Principes élémentaires du droit international privé, à l'usage des étudiants en droit (3e année, cours semestriel), par [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Audinet, Eugène (1859-1935). Principes élémentaires du droit international privé, à l'usage des étudiants en droit (3e année, cours semestriel), par Eugène Audinet. 1894.

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.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

BIBLIOTHÈQUE DE L'ÉTUDIANT EN DROIT

DÉPOT LÉGAL
Marne.
139
1893

PRINCIPES ÉLÉMENTAIRES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

(3e ANNÉE — COURS SEMESTRIEL)

PAR

EUGÈNE AUDINET

AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX

CHARGÉ DU COURS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

UNIVERSITÉ D'AIX
4
NOVEMBRE
93
BIBLIOTHÈQUE

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

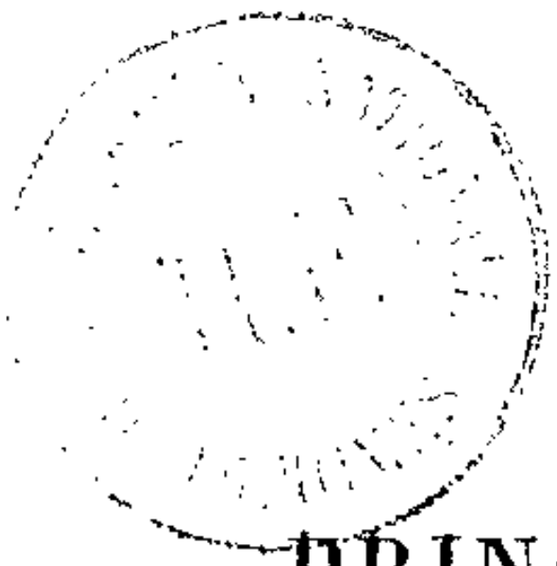
LIBRAIRES DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, RUE SOUFFLOT, 13

1894

DEPOT LEGAL
Ille Marne.
(2Ve 137
1893



PRINCIPES ÉLÉMENTAIRES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Chaque exemplaire doit porter la signature de l'auteur et celle de l'éditeur.

PRINCIPES ÉLÉMENTAIRES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

A L'USAGE

DES ÉTUDIANTS EN DROIT

(3e ANNÉE — COURS SEMESTRIEL)

PAR

EUGÈNE AUDINET

AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX

CHARGÉ DU COURS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

LIBRAIRES DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, RUE SOUFFLOT, 13

1894

AVANT-PROPOS

Le titre de ce volume peut paraître ambitieux, s'il est vrai que rien n'est plus difficile que de formuler les principes et d'exposer les éléments d'une science. Il indique le but que je me suis proposé, sans me flatter de l'avoir atteint.

Je me suis efforcé de mettre en lumière les règles, peu nombreuses du reste, qu'il faut suivre pour résoudre les conflits de législations, dans les hypothèses très variées où ils se produisent ; je n'ai pas craint de les exposer longuement, parce qu'elles constituent, à vrai dire, tout le droit international privé. Les diverses solutions particulières sont les conséquences de ces principes fondamentaux, dont la connaissance exacte et complète est ainsi indispensable. Cette élude occupe la première et plus importante partie de cet ouvrage.

Ces principes établis, j'en passe en revue, dans une seconde partie, les principales applications. On pourrait reprendre, à ce point de vue particulier, toutes les matières du droit civil et du droit commercial. Les exigences de l'enseignement, aujourd'hui surtout qu'il est réduit à un semestre, m'ont obligé à me borner. J'ai laissé de côté certaines questions, ou trop spéciales, ou d'un intérêt restreint, ou enfin pour lesquelles l'application des principes n'offrait pas de difficulté particulière (1). J'ai préféré traiter moins de sujets, mais d'une façon plus approfondie.

(1) Par exemple, je n'ai pas consacré de chapitre spécial aux hypothèques. Il est traité des hypothèques, en général, avec le statut réel, de l'hypothèque judiciaire à propos des effets des jugements, de l'hypothèque légale de la femme avec les effets du mariage, etc.

On trouvera peut-être bien étroite la place faite aux législations étrangères. Sauf quelques rares exceptions, je me suis borné à leur emprunter les exemples nécessaires pour montrer comment les conflits se produisent. Quel que soit l'intérêt du droit comparé, il ne doit pas, en effet, se confondre avec le droit international privé, et il n'est pas sans inconvénient de présenter aux jeunes gens trop de notions, forcément très sommaires, sur des lois fort diverses et dont la multiplicité même risque de jeter leur esprit dans la confusion et le découragement.

Au contraire, j'ai exposé avec délails les solulions données au conflit des lois, soit par la loi, soit par la jurisprudence et la pratique françaises. Il est permis et même nécessaire de les discuter et de montrer en quoi elles s'éloignent trop souvent des vrais principes,mais l'étude du droit international privé resterait incomplète, si les élèves n'en emportaient pas, avec la connaissance des solutions les plus exactes en théorie, celle des règles suivies et surtout consacrées par la loi dans leur pays.

Puissent les étudiants, à qui je destine ce livre, y trouver quelque profit ; ma seule ambition est de leur être utile, en leur faisant apercevoir, sous leurs applications diverses, ces règles immuables du juste et du droit. qui président aux rapports des États comme des individus.

Aix, le 6 juillet 1893.

OUVRAGES CITÉS

PAR LE SEUL NOM DE LEUR AUTEUR.

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français.*
Brocher (Charles). — *Cours de droit international privé, suivant les principes du droit positif français.*
Demante et Colmet de Santerre. — *Cours analytique de Code civil.*
Demolombe. — *Cours de Code civil.*
Despagnet. — *Précis de droit international privé* (2e édition).
Fiore (Pasquale). — *Droit international privé*, traduit par Pradier-Fodéré.
Fœlix. — *Traité du droit international privé*, 4e édition, revue et annotée par Ch. Demangeat.
Laurent. — *Le droit civil international.*
Marcadé. — *Explication théorique et pratique du Code civil.*
Surville et Arthuys. — *Cours élémentaire de droit international privé.*
Weiss. — *Traité élémentaire de droit international privé* (2e édit.).

ABRÉVIATIONS

Dal.... Dalloz, *Recueil périodique de jurisprudence.*
D. A... Dalloz, *Répertoire alphabétique de jurisprudence.*
Sir .... Sirey, *Recueil général des lois et arrêts.*
Cl ..... *Journal du droit international privé*, dirigé par M. Clunet.

Addition à la page 48. — La loi sur le séjour des étrangers en France, dont il est parlé page 48, note 1, a été promulguée, pendant que ce livre était en cours d'impression, le 8 août 1893. La déclaration de résidence qu'elle exige n'est imposée qu'aux étrangers qui viennent en France pour y exercer une profession, un commerce ou une industrie; mais les autres étrangers doivent toujours faire la déclaration de résidence exigée par le décret du 8 octobre 1888, dont les prescriptions sont moins rigoureuses que celles de la loi du 8 août 1893.

PRINCIPES ÉLÉMENTAIRES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PRÉLIMINAIRES

NOTION ET EXISTENCE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. — APERÇU HISTORIQUE. — DIVISION.

I. — Notion et existence du droit international privé.

1. — Le *droit international* peut se définir : « L'ensemble des règles qui président aux rapports des nations ou des États entre eux ».

Il se subdivise en deux branches : Le droit international *public* et le droit international *privé*.

Le droit international public comprend les règles applicables aux rapports qui existent entre États à l'occasion d'intérêts généraux.

Le droit international privé comprend les règles relatives aux rapports qui existent entre États à l'occasion d'intérêts privés.

Nous n'avons pas à insister ici sur la notion du droit international en général, ni sur celle du droit international public. Nous ne parlerons que du droit international privé.

2. — Nous avons défini le droit international privé : l'ensemble des règles relatives aux rapports qui s'établissent entre les États à l'occasion d'intérêts privés.

Dans chaque État les lois règlent les droits et les intérêts des particuliers. Ces lois ne sont pas partout les mêmes : les différences qui existent entre elles, suivant les pays, sont un fait constant, mais aussi un fait naturel et inévitable. Il y a, sans doute, de grandes analogies entre les législations des peuples qui ont eu à peu près les mêmes développements et qui sont parvenus à la même civilisation, mais il y a aussi forcément des différences, qui tiennent aux diversités de races, de tempéraments, de traditions, de religions.. etc. Les législations, qui doivent s'adapter à la nature et aux besoins de chaque peuple varient sous ces diverses influences : une loi uniforme pour tous les peuples ne conviendrait à aucun d'eux. Ces différences se remarquent surtout dans le droit des personnes et dans les matières qui touchent de plus près à la constitution sociale et politique des États, comme l'organisation de la propriété et les successions.

En raison de cette diversité, il est indispensable de savoir quel est le pays dont la loi doit, dans un cas donné, régir les droits des particuliers. Le plus souvent, il est vrai, il n'y a pas de doute : il s'agit d'apprécier en France l'état et la capacité d'un français, de savoir s'il est enfant légitime ou naturel, majeur ou mineur ; — un français invoque, devant les tribunaux français, des droits à l'égard d'un autre français ou sur des biens situés en France ; — deux ou plusieurs français accomplissent en France un acte juridique : dans tous ces cas, il est évident que la loi française est seule applicable.

Fréquemment aussi la situation est moins simple et, dans diverses circonstances, l'hésitation est possible entre les lois de plusieurs pays. Par exemple, il s'agit de déterminer l'état et la capacité d'une personne dans un pays auquel elle n'appartient pas par sa nationalité : un français demande à un tribunal étranger d'annuler, pour cause de minorité, l'obligation qu'il a contractée : est-ce la loi française ou la loi étrangère qui fixe l'âge de sa majorité ? — Les deux personnes qui ont entre elles un rapport juridique quelconque ne sont pas de même nationalité : un français épouse une étrangère : quelle loi règle les conditions d'aptitude exigées des futurs époux ? — L'acte accompli par deux étrangers ou deux français à l'étranger est-il subordonné, pour le fond

et pour la forme à la loi du pays où il est fait ou à la loi nationale des parties ? — Quelle loi règle la nature et l'étendue des droits qu'un étranger peut avoir sur des immeubles situés en France, ou un français sur des immeubles situés à l'étranger ? — Quelle loi en régit la transmission héréditaire ? Dans toutes ces hypothèses on peut hésiter entre les lois de deux ou plusieurs États : il y a conflit.

3. — Tracer les règles à suivre pour vider le conflit et déterminer la loi applicable, tel est l'objet du droit international privé. C'est bien là une partie du droit international. En effet, il s'agit de savoir quelle est l'étendue et quelles sont les limites de la souveraineté des États relativement aux lois de droit privé. Chacun d'eux peut-il imposer l'application de ses lois à toutes les personnes qui se trouvent sur son territoire ou prétendent y exercer des droits, aux étrangers aussi bien qu'à ses nationaux ? ou bien au contraire, chaque personne doit-elle, dans tous les pays, rester soumise aux lois qui la régissent, en raison de sa nationalité et, par conséquent, chaque État peut-il se trouver obligé d'admettre et d'assurer chez lui l'application de lois étrangères ? C'est là la question fondamentale du droit international privé ; mais il faut la généraliser. Le conflit, en effet, ne se produit pas uniquement entre la loi territoriale d'un État et celle d'un État étranger. Plusieurs étrangers peuvent être en cause et, par conséquent, plusieurs lois être en conflit. En définitive, il s'agit de déterminer l'État compétent pour régler législativement un rapport juridique d'intérêt privé.

4. — Après avoir ainsi marqué, dans l'ensemble du droit international la place du droit international privé, nous pouvons, pour mieux en préciser l'objet, le définir : « L'ensemble des règles qui ont pour but de déterminer la loi applicable à un rapport juridique d'intérêt privé, lorsque, pour une raison ou l'autre il existe un doute entre les législations de divers pays ».

5. — Le droit international privé n'est, dans son ensemble, ni codifié, ni promulgué ; aussi son existence même est-elle contestée. Les objections qu'elle soulève sont de deux sortes. Les unes nient, d'une façon générale, l'existence du

droit international ; les autres sont spéciales au droit international privé.

6. — A. Objections générales. — S'il n'existe pas de droit international, de *jus inter gentes*, le droit international privé, qui en est une branche, n'existe pas davantage. Or on soutient qu'il ne peut exister de droit entre les nations, parce qu'il n'y a pas de législateur, au moins de législateur humain, qui puisse établir ce droit, et parce qu'il n'aurait pas de sanction. La seconde objection, nous allons le voir, ne s'applique pas au droit international privé ; il est facile de répondre à la première.

L'absence d'une autorité supérieure commune aux différents États peut empêcher l'existence du droit international comme droit positif, mais non celle d'un droit international naturel. En supposant donc que le droit international privé n'existe pas comme droit positif, il existe tout au moins comme droit naturel. Il y a lieu de rechercher comment doivent se vider les conflits de législations, en considérant la nature des relations des états entre eux, celle des lois à appliquer et du rapport juridique en cause. D'ailleurs le droit international privé existe encore dans une certaine mesure, fort restreinte jusqu'ici, il est vrai, comme droit positif, non pas imposé aux États, mais librement accepté par eux.

7. — Les sources du droit international privé positif sont les mêmes que celles du droit international en général.

a) Les *traités*. Un certain nombre formulent des règles de droit international privé : par exemple ceux qui sont relatifs à la propriété artistique, littéraire ou industrielle, aux successions, aux tutelles, à la compétence judiciaire, à l'exécution des jugements. Il va sans dire qu'ils ne sont obligatoires que pour les États contractants. C'est au moyen des traités que le droit international pourrait devenir un droit positif. Il est a souhaiter qu'ils se multiplient.

b) La *coutume*. Quelques principes, sans être écrits nulle part, sont admis d'une façon constante dans la pratique des États : telles sont les immunités dont jouissent les agents diplomatiques : elles sont admises partout, même sans être consacrées par des textes formels.

c) La *législation interne de chaque État* est encore une source importante du droit international privé. Elle formule certaines règles, obligatoires dans le pays où la loi les a édictées. Tels sont, dans le Code civil, les articles 3, 47, 48, 170, 999, 1000... Notre Code, d'ailleurs, n'a pas, à beaucoup près, prévu toutes les hypothèses. Le Code Italien (1865) et le Code Espagnol (1889) sont, sous ce rapport plus complets et mieux en harmonie avec les principes rationnels.

d) La *doctrine des jurisconsultes* et les *décisions des tribunaux* doivent encore être rangées parmi les sources du droit international. Elles contribuent, en effet, à la formation de la coutume et finissent souvent par obtenir la consécration des lois ou des traités.

8. — Le droit international public n'a qu'une sanction imparfaite. Le droit international privé, au contraire, a une véritable sanction ; la même que les autres branches du droit privé. Son application donne lieu à des débats entre particuliers, relatifs à des intérêts privés ; ils doivent être soumis aux tribunaux du pays où ils s'élèvent. Il appartient donc aux tribunaux de chaque État d'appliquer et de faire respecter les règles du droit international privé.

9. — **B. Objections spéciales.** — Certaines opinions, tout en admettant l'existence du droit international, contestent celle du droit international privé, en tant que branche spéciale du droit.

10. — On a prétendu d'abord que les règles relatives au conflit des lois n'appartiennent pas au droit international : elles rentreraient dans le droit interne de chaque État. C'est là une erreur. Le règlement de ces conflits, nous l'avons déjà montré, a pour but de déterminer l'État compétent pour appliquer sa législation à un rapport juridique d'intérêt privé. Il appartient donc bien au droit international, qui régit les relations des États entre eux et dépasse la sphère du droit privé. D'ailleurs, les règles qui président à la solution des conflits doivent être partout les mêmes ; si elles diffèrent, le conflit, loin d'être évité, renaîtra : elles doivent donc constituer un droit spécial, indépendant des législations, forcément variables, des divers États. Le droit positif, dans cha-

que État, doit consacrer et formuler ces règles, mais elles existent en dehors et au dessus de lui. Ce qui est vrai seulement, c'est que le juge doit d'abord chercher la solution du conflit dans la loi de son pays et est tenu de s'y conformer alors même qu'elle lui semblerait contredire les principes rationnels.

11. — Un autre système, en faveur surtout en Angleterre et aux Etats-Unis, aboutit à refuser au droit international privé les caractères d'un véritable droit (1). Chaque État aurait le droit rigoureux de refuser sur son territoire toute application des lois étrangères. S'il consent à l'admettre, c'est par courtoisie pour les autres États, ou plutôt par intérêt bien entendu, pour obtenir un pareil traitement de la part de ses voisins. Il reste toujours libre, en droit, de la refuser, sans être tenu, pour cela d'observer aucune règle. Le droit international privé ne serait plus alors que la collection des solutions qui ont été admises ou qui pourraient l'être, le cas échéant : il ne constituerait pas un véritable droit, c'est-à-dire un ensemble de principes certains et de règles obligatoires. Nous n'accepterons pas ce point de vue. Ce n'est pas l'intérêt ou le bon plaisir, c'est le droit qui préside aux rapports des États. Nous nous proposons de le démontrer par la suite : c'est, dans certains cas, une obligation pour eux d'admettre sur leur territoire l'application des lois étrangères. Dans quels cas ? C'est ce que nous aurons à voir. Mais nous ne nous bornerons pas à collectionner les solutions admises en fait ; nous chercherons à dégager les principes dont l'ensemble constitue le droit international privé.

II. — Aperçu historique.

12. — Avec son nom et sous sa forme actuelle, le droit international privé est une science de date assez récente. Mais les conflits de lois ont depuis longtemps appelé l'attention et exercé la sagacité des jurisconsultes. Le droit romain, cependant, ne nous fournit, à cet égard, aucun renseigne-

(1) Nous retrouverons plus loin et nous discuterons plus complètement ce système.

ment utile. Au surplus, le *jus civile*, étant inapplicable aux pérégrins, ne pouvait se trouver en conflit avec les lois étrangères. Les conflits étaient, au contraire, possibles entre le *jus gentium* et le droit particulier des cités auxquels appartenaient les pérégrins. Nous ignorons comment ils étaient résolus.

13. — Après les invasions, le système de la *personnalité des lois* (1) dut amener des conflits fréquents entre les lois régissant les races divérses qui co-habitaient dans les royaumes barbares. Quelle en était la solution ? Ici encore nous sommes réduits à des conjectures.

14. — C'est seulement au moyen âge qu'apparaît un système suivi et raisonné. La féodalité avait morcelé les États européens en une foule de petites souverainetés indépendantes, ayant chacune sa loi ou sa coutume particulière. Il est probable qu'à l'origine chaque coutume locale s'appliquait d'une façon absolue sur son territoire, sans jamais avoir d'effets au dehors. Ce régime de territorialité absolue avait d'autant plus d'inconvénients que les coutumes étaient plus nombreuses et leur territoire plus restreint : une même personne se trouvait majeure ou mineure, capable ou incapable, suivant le lieu où elle contractait. Les jurisconsultes édifièrent un système plus juridique et plus acceptable en pratique, qui prit naissance dans les écoles Italiennes, aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles et a gardé de son origine le nom de *théorie des statuts*. Les savants commentateurs du droit Romain, connus sous le nom de glossateurs, entreprirent de délimiter l'application de ce droit, par rapport aux divers *statuts* locaux des villes Italiennes et celle de ces divers statuts locaux entre eux. Plus tard, à leur exemple, en France et dans les Pays-Bas, de nombreux auteurs, parmi lesquels on doit citer d'Argentré et Dumoulin (XVI^e^ siècle), appliquèrent, en leur faisant subir plus d'un changement, ces théories au conflit des coutumes ; leur système finit par

---

(1) Il ne faut pas confondre le système de la personnalité des lois, usité après l'invasion des barbares, avec le principe de la personnalité des lois qu'on invoque aujourd'hui pour résoudre les conflits entre les législations des divers pays.

se résumer dans la célèbre distinction du statut réel et du statut personnel. Le statut réel est relatif aux biens immobiliers ; il régit tous ceux qui sont situés sur le territoire de la coutume, quel que soit le domicile de leur propriétaire, et ne s'applique pas hors de ce territoire. Le statut personnel est principalemant relatif à l'état et à la capacité des personnes ; il ne régit que les personnes domiciliées sur le territoire de la coutume, mais il les suit partout où elles vont. Cette distinction admise en France, avant la Révolution, dans la pratique et la jurisprudence, n'a pas seulement un intérêt historique ; comme nous le verrons, elle a été, en grande partie, consacrée par le Code civil.

15. — Le droit international privé a reçu, dans ce siècle, son nom et sa forme actuelle. Les anciens jurisconsultes envisageaient surtout les conflits entre les différentes lois d'un même pays. L'unité de législation les rend aujourd'hui impossibles en France, mais ils peuvent toujours se produire là où cette unité n'est pas établie (1). D'autre part, les conflits sont devenus fréquents entre les lois des pays différents. La facilité des communications, les habitudes de déplacement qui en ont été la suite, ont multiplié, d'un côté à l'autre des frontières, les relations de commerce, d'affaires ou de famille ; beaucoup de personnes ont émigré et sont allées se fixer hors de leurs pays. Sous l'empire de ces circonstances, les travaux des jurisconsultes, les décisions des tribunaux, la promulgation de lois nouvelles ont donné d'importants développements et fait réaliser de grands progrès au droit international privé.

---

(1) Il existe, en effet, plusieurs États où l'unité de législation n'est pas établie: la monarchie Britannique, l'empire Austro-Hongrois, l'empire d'Allemagne, l'Espagne où la promulgation du Code civil a laissé subsister les lois locales ou *fueros* en vigueur dans certaines provinces. L'unité de législation n'existe pas non plus dans plusieurs colonies françaises ; les indigènes de l'Algérie, de l'Inde et de l'Indo-Chine sont, à certains égards régis par leurs lois personnelles. Le conflit entre les diverses lois d'un même État se résout, en général, d'après les mêmes principes que le conflit entre les lois des différents États; nous n'avons pas à nous en occuper, parce qu'il n'appartient pas, à proprement parler, au droit international.

III. — Plan et division.

16. — Nous devons étudier le droit international privé à deux points de vue : 1° Au point de vue théorique général : Quels sont les principes rationnels que l'on devrait suivre pour résoudre le conflit des lois ? 2° Au point de vue spécial du droit français : Quelles sont les règles suivies en France pour la solution de ce conflit ? Ces règles sont de deux sortes : les unes, en petit nombre, sont consacrées par la loi et les traités, elles s'imposent à l'interprète comme au juge. Il n'est pas défendu de les apprécier, ni-même de les critiquer, mais nous ne pouvons méconnaître leur caractère obligatoire ; au législateur seul il appartiendrait de les modifier. Les autres, admises d'une façon plus ou moins constante dans la pratique et la jurisprudence, n'ont cependant rien d'obligatoire ; elles laissent une entière liberté, non seulement à l'interprète qui les apprécie, mais aux juges qui restent toujours libres de modifier leur jurisprudence.

L'exposé théorique des principes n'est pas d'ailleurs sans intérêt pratique, même au point de vue spécial du droit français et pour décider les questions qui se posent journellement devant les tribunaux. D'après l'article 4 du Code civil, « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Lors donc qu'il y a doute entre les lois de différents pays, le juge, pour déterminer celle qui est applicable, doit d'abord consulter la loi française. Si elle est muette, et elle le sera souvent, il devra néanmoins juger : il ne pourra le faire qu'en suivant les principes théoriques et rationnels.

17. — Nous diviserons nos explications en deux grandes parties.

Dans la première, nous exposerons les principes généraux qui président à la solution des conflits de lois.

Dans la seconde nous appliquerons ces principes aux plus importantes matières du droit civil et commercial

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

---

18. — Division. — Avant d'aborder l'étude du conflit des lois, il est nécessaire de traiter deux autres matières, qui n'appartiennent pas précisément au droit international privé, mais qui en forment l'introduction indispensable : la condition des étrangers, car si les étrangers étaient privés de tous les droits civils, il n'y aurait pas à rechercher par quelle loi ils doivent être régis : le conflit serait impossible ; — et la nationalité, parce que la loi applicable dépend souvent de la nationalité des personnes : il faut donc savoir comment elle se détermine. D'autre part, après avoir étudié la loi applicable, nous verrons comment elle est appliquée.

Notre première partie se divisera donc en quatre titres :

1° Condition des étrangers ;
2° Nationalité ;
3° Conflits des lois ;
4° Compétence, procédure et jugements.

TITRE I. — Condition des étrangers.

19. — Pour que le conflit des lois puisse se produire dans un pays, il faut que la jouissance d'au moins certains droits y soit reconnue aux étrangers. Si les étrangers étaient encore privés en France, comme ils l'ont été pendant de longs siècles, du droit de transmettre leur succession *ab intestat* ou testamentaire on n'aurait pas à rechercher par quelle loi cette transmission doit être régie : il n'y aurait pas, en France. d'autre succession que celle des français et, par conséquent, pas d'autre loi applicable que la loi française. Si, par impossible, un pays étranger ne reconnaissait pas aux français le

droit de se marier, le mariage que deux français auraient contracté dans ce pays, valable en France, ne pourrait être régi que par la loi française ; la loi étrangère ne saurait prétendre s'appliquer à un acte qui pour elle serait non avenu.

Quels droits les étrangers doivent-ils avoir ?
Quelle a été, dans l'histoire, leur condition ?
Quelle est-elle en droit français ?
Quelle est-elle dans les législations étrangères ?
Nous répondrons à ces questions dans quatre chapitres.

CHAPITRE I. — Quelle doit être la condition des étrangers ?

20. — Les étrangers ne doivent pas avoir la jouissance des droits politiques ; ils doivent, au contraire, jouir, comme les nationaux, des droits civils ou privés et aussi de certains droits, qui ne sont ni politiques ni privés, et qu'on appelle, au sens étroit du mot : droits publics.

21. — A. Droits politiques. — On entend par droit politique le droit de participer à l'exercice de la puissance publique : ainsi l'électorat ou l'éligibilité aux diverses assemblées nationales, provinciales ou départementales et communales ; l'aptitude aux fonctions dont les titulaires sont, pour une part, dépositaires de l'autorité publique, administrateurs, juges, notaires, commandant de la force armée etc... Les lois positives peuvent aussi considérer comme une dépendance des droits politiques l'exercice d'emplois ou professions qui, par eux-mêmes, n'auraient pas ce caractère, comme ceux de professeur ou d'avocat.

Les droits politiques ne doivent pas appartenir aux étrangers. Pour participer au gouvernement d'une cité, la première condition est d'en être membre. Exempts, d'ailleurs, des plus lourdes charges imposées aux citoyens, les étrangers ne peuvent prétendre à jouir des mêmes droits.

22. — B. Droits civils ou privés. — Les droits civils ou privés sont les droits, relatifs à des intérêts privés, qui appartiennent aux particuliers, en général dans leurs rapports entre eux, et quelquefois dans leurs rapports avec l'Etat. Les droits de famille : mariage, paternité, filiation, puissance

paternelle, tutelle ; le droit de propriété et toutes ses conséquences, le droit d'acquérir et de transmettre des biens entre vifs ou par succession, etc., constituent des droits civils ou privés.

Les législations positives consacrent ces droits et les règlent, de façons souvent très diverses : elles ne leur donnent pas l'existence. Elles n'ont pas créé, par exemple, la propriété ou la puissance paternelle. Ces droits existent indépendamment d'elles ; ils tiennent à la nature même de l'homme ; ils lui sont nécessaires pour assurer son existence et l'entier développement de ses facultés physiques, intellectuelles ou morales : les étrangers doivent donc en jouir, aussi bien que les nationaux, parce qu'ils ont la même nature et le même droit à l'existence.

23. — Mais ne faut-il pas, parmi les droits privés, distinguer deux catégories ? Il en est qui se rencontrent, en effet, dans toutes les législations, au moins dans celles des peuples civilisés : on peut donc y voir des droits naturels et on comprend que les étrangers doivent en avoir la jouissance. Il en est d'autres que certaines législations admettent et que d'autres ignorent ; on ne peut donc les considérer comme inhérents à la nature de l'homme, puisqu'ils n'existent pas partout : ce sont des droits *civils*, au sens strict du mot « *jus proprium civitatis*... » Ne doit-on pas décider qu'ils seront réservés aux nationaux et refusés aux étrangers ? Notre ancienne législation a emprunté, plus ou moins exactement, au droit romain cette célèbre distinction des droits civils et des droits naturels ; le Code civil s'en est inspiré : elle ne me paraît cependant pas fondée en raison. Elle est très vague et très arbitraire. Les mêmes droits, suivant les époques, ont été rangés tantôt parmi les droits civils, tantôt parmi les droits naturels : aucun *criterium* certain ne sépare les uns des autres; en outre, lorsqu'un étranger invoque un droit, de deux choses l'une : ou sa loi nationale l'admet, ou elle ne l'admet pas. Si elle ne l'admet pas, ce peut être une raison pour lui en refuser l'exercice ; si ce droit est admis tout à la fois par la loi nationale de l'étranger et par celle du pays où il est invoqué, comment le lui contester, sous prétexte que les lois d'autres pays ne l'admettent pas ?

24. — L'intérêt bien entendu des États doit lui-même les conduire à reconnaître aux étrangers la jouissance des droits civils. De la sorte, ils assurent à leurs nationaux un pareil traitement dans les autres pays. Ceux qui se montrent hostiles ou peu généreux à l'égard des étrangers exposent leurs nationaux à des représailles. Toutefois cette considération, qui répond aux objections d'un patriotisme étroit et peu éclairé, ne saurait être prédominante : on en pourrait conclure que chaque État doit reconnaître aux étrangers la jouissance des seuls droits que les pays auxquels ils appartiennent acordent à ses nationaux. Ce serait un système de réciprocité que plusieurs législations et même le Code civil ont adopté, mais qui est trop restrictif et ne se place pas au vrai point de vue. Ce n'est pas l'intérêt, c'est la justice et le droit qui doivent diriger les rapports des États entre eux et leur conduite à l'égard des étrangers.

25. — C. Droits publics. — On appelle ainsi, dans un sens restreint, certains droits, qui ne sont pas politiques, parce qu'ils n'ont rien de commun avec l'exercice de la puissance publique, et qui n'ont pas cependant le caractère de droits privés : liberté individuelle, liberté religieuse, droit d'association, etc. Les étrangers doivent en avoir la jouissance, à la condition de se conformer aux lois de police et d'ordre public.

26. — La condition des étrangers reste cependant, à bien des égards, différente de celle des nationaux : 1° ils n'ont pas la jouissance des droits politiques ; 2° dans l'exercice des droits privés, ils ne sont pas, comme nous le verrons, soumis aux mêmes lois ; 3° il n'y a point de lien juridique entre eux et l'État qui leur donne l'hospitalité. Ils ne sont pas tenus envers lui au service militaire, mais, d'autre part, ils n'ont pas un véritable droit de séjourner sur son territoire. Aussi chaque État peut-il expulser les étrangers qui seraient chez lui des éléments de trouble et de désordre ; l'exercice de cette faculté doit être réglé de façon à respecter, autant que possible, la liberté individuelle, mais son existence ne paraît pas contestable.

CHAPITRE II. — Notions historiques sur la condition des étrangers. (1)

27. — L'histoire de la condition des étrangers est celle des progrès qu'elle a faits. Toutes les nations, à l'origine, leur sont hostiles ; elles les combattent, ou du moins les tiennent à l'écart. Il ne faut pas s'en étonner. Tant qu'un peuple est en voie de formation, c'est pour lui une sorte de nécessité d'éloigner les éléments hétérogènes dont le mélange pourrait altérer son individualité ; quand il a acquis une existence nationale distincte, il se montre plus hospitalier. Cependant aucun peuple de l'antiquité n'est arrivé à reconnaître aux étrangers la plénitude des droits civils, ni même à reconnaître des droits à tous les étrangers. C'est seulement quand le christianisme a proclamé la fraternité de tous les hommes et introduit dans le monde la charité, que la condition des étrangers s'améliore d'un mouvement progressif et continu et se rapproche de plus en plus de celle des nationaux. Nous ne passerons pas en revue toutes les législations qui ont précédé la nôtre ; nous nous bornerons à celles dont l'influence se fait encore sentir aujourd'hui : le droit Romain, l'ancien droit français et le droit intermédiaire.

SECTION I. — *Droit Romain.*

28. — Dans l'ancienne langue latine, l'étranger se nomme *hostis*. La signification particulière que ce mot a prise plus tard indique assez que pour les Romains primitifs tout étranger est un ennemi. La guerre était l'état normal dans les rapports de Rome et des peuples voisins : *adversus hostem æterna auctoritas*. (2) Bientôt cependant des relations pacifiques et régulières s'établirent entre Rome et quelques nations : elles donnèrent naissance à la législation sur les pérégrins. D'après les règles suivies à leur égard, on pourrait croire que le droit Romain se montrait libéral envers

---

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers*. Durand, *Essai de droit international privé*, 1re partie.

(2) L. XII-tab. ap. Cic. *de officiis*. I, 12, 37.

les étrangers et leur accordait très largement la jouissance des droits privés. Ce serait une erreur. Parmi les étrangers, les pérégrins n'ont jamais été qu'une minorité ; ils finirent même par n'être plus des étrangers, mais des sujets de Rome. En dehors de cette catégorie privilégiée restait la grande masse des peuples : les barbares.

29. — Les pérégrins étaient des peuples qui avaient conclu avec Rome des traités d'alliance (*fœdus*) ou lui étaient unis par certains liens que les textes appellent *amicitia* ou *hospitium* (1). Dans le dernier état du droit, ce sont des peuples soumis à l'empire sans avoir obtenu le droit de cité. Les pérégrins n'avaient pas la jouissance du *jus civile Quiritium*, du droit spécial à la cité romaine : « *quod quisque populus ipse sibi jus constituit* ; » mais ils avaient celle du *jus gentium*, droit commun à toutes les nations, « *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit... vocatur, jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur* » (2). Quelques-uns avaient une condition encore supérieure ; c'étaient autrefois les *Latini veteres*, peuples du Latium qui acquirent le droit de cité à la suite de la guerre sociale ; plus tard les peuples qui avaient obtenu, sous le nom de *jus latinitatis* certains démembrements du droit de cité. Laissons ces hypothèses particulières, pour insister sur la condition des pérégrins ordinaires et la distinction du *jus civile* et du *jus gentium*.

30. — *a*) Les pérégrins ne jouissent pas du *jus civile*. Il résulte de là : 1° Qu'ils n'ont pas le *jus suffragii*, c'est-à-dire les droits politiques, ce qui s'explique aisément ; 2° Parmi les droits privés, ils n'ont pas le *connubium*. L'union qu'ils contractent n'a point le caractère des *justæ nuptiæ* et n'en produit pas les conséquences ; — ils ne peuvent avoir ni *manus* sur la femme, ni puissance paternelle sur les enfants ; — la parenté civile, ou agnation, la tutelle, la curatelle n'existent pas pour eux ; 3° Ils n'ont pas non plus le *connubium* ; ils sont donc incapables d'avoir la propriété qui-

---

(1) L. 5. D. *De captivis et postliminio.*
(2) Gaius, *Com.*, I, § 1.

ritaire, — *dominium ex jure Quiritium* ; — d'acquérir par les modes du droit civil : mancipation, *in jure cessio*, usucapion ; — de faire un testament, d'être institués héritiers, de recevoir un legs.... — de stipuler dans la forme *spondesne ? spondeo* ; — de devenir créanciers par le contrat *litteris*, de s'obliger par le même contrat dans la forme de la *transcriptio a persona in personam*.

31. — *b*) Les pérégrins jouissent du *jus gentium* et, par là même, de la plupart des droits privés. S'ils sont incapables de contracter les *justæ nuptiæ*, ils peuvent cependant contracter un mariage valable, *matrimonium sine connubio*, union régulière, supérieure même au concubinat, car elle rend punissable l'adultère de la femme, et leurs enfants ont une filiation régulière (1). — Pour les droits relatifs aux biens surtout, l'infériorité des pérégrins est plus apparente que réelle. A défaut du domaine quiritaire, ils ont l'*in bonis*, seule propriété dont les fonds provinciaux fussent susceptibles, et, même pour les fonds italiques, la différence entre la propriété quiritaire et l'*in bonis* finit par être presque nominale. Ils peuvent acquérir par les modes du droit des gens et, en particulier, par la tradition qui, rigoureusement, ne s'applique qu'aux *res nec mancipi* corporelles, mais qui met *in bonis* les *res mancipi* et dont le préteur étendit l'application aux choses incorporelles, usufruit et servitudes. A la place de l'usucapion, ils peuvent invoquer la *longi temporis præscriptio*. Enfin ils peuvent devenir créanciers et débiteurs par contrats, quasi contrats ou pactes, sauf une réserve, sans importance pratique, pour une des formes de la stipulation et une autre pour le contrat *litteris*. Encore peuvent-ils s'obliger *litteris* par des modes qui leur sont spéciaux : les *chirographa* et les *syngraphæ*. Ce n'est pas tout. Les pérégrins peuvent encore exercer les droits que leur donne la loi de leur propre cité, aux conditions qu'elle détermine ; dans ces conditions, par exemple, ils peuvent faire un testament, être tuteurs ou se trouver en tutelle (2). Ainsi,

---

(1) L. 13 § 1. D. *Ad legem Juliam de adulteriis*. Gaius. *Com*. I, § 92.

(2) Ulpien. *Reg*. Tit., XX § 15. Gaius, *Com*. I, § 189 et suiv. *Com*. III, § 96 et 120.

qu'ils leur soient reconnus par la loi romaine, sous le nom de *jus gentium*, ou accordés par la loi de leur cité, les pérégrins jouissent de presque tous les droits privés.

32. — Tout autre était la condition des barbares, c'est-à-dire des peuples qui n'étaient ni soumis ni unis à Rome par les liens de l'alliance, de l'*amicitia* ou de l'*hospitium*. Entre les barbares et les Romains il n'y avait point de droit ; la guerre était perpétuelle et sans règle, la loi du plus fort existait seule. Le barbare tombé au pouvoir des Romains pouvait être réduit en esclavage (1), on ne leur reconnaissait donc même pas le droit à la liberté : *à fortiori* n'en devaient-ils avoir aucun autre. Plus tard, lorsque la conquête eut donné à l'empire une étendue immense, beaucoup de peuples, jusque là considérés comme barbares, furent enfermés dans ses limites ; leur condition fut dès lors celle des pérégrins, en attendant que Caracalla accordât à tous le droit de cité. En même temps, des relations plus ou moins régulières s'établissaient forcément avec les barbares qui enserraient de toutes parts les frontières ; un certain nombre reçurent des concessions de terres, beaucoup entrèrent dans les armées impériales. Quelques-uns s'assirent sur le trône : bientôt l'empire devait tomber sous leurs coups.

Section II. — *Ancien droit Français.*

33. — Pour étudier la condition des étrangers dans l'ancien droit français, nous le diviserons en trois périodes :

1° Les deux premières races ;
2° La féodalité ;
3° La période monarchique.

§ 1. — Les deux premières races.

34. — Il n'est pas facile de déterminer avec précision la condition des étrangers dans cette période lointaine et troublée de notre histoire. Les Francs, conquérants de la Gaule,

(1) L. 3, § 2, D. *De captivis*.

avaient apporté avec eux les coutumes de la Germanie ; la condition des étrangers resta, surtout au début, la même que dans ce pays.

Les Germains se groupaient en associations. Seuls, ceux qui en faisaient partie étaient véritablement hommes libres, seuls, ils pouvaient délibérer dans le conseil et porter les armes. Une étroite solidarité en unissait les membres : si l'un d'eux se rendait coupable d'un délit, tous répondaient avec lui du paiement de la peine pécuniaire (Wergheld) ; si l'un d'eux, au contraire, était victime de quelque méfait, l'association lui prêtait son appui pour la poursuite du wergheld. Dans cette organisation, l'étranger (Warganeus) est celui qui, sans être serf, n'appartient pas à l'association des hommes libres. Par là même qu'il ne fait pas partie de l'association, il n'est pas véritablement homme libre ; il n'a pas le droit de porter les armes, de délibérer dans l'assemblée générale de la tribu, ni de faire de dispositions à cause de mort, ces sortes d'actes s'accomplissant dans l'assemblée. Rien ne prouve cependant qu'il fût esclave, mais il pouvait facilement le devenir. Comme l'association ne garantissait pas pour lui le paiement du wergheld, il était, dans le cas où il commettait quelque crime, exposé à être mis à mort ou réduit en esclavage à titre de châtiment. D'autre part, privé de l'appui de l'association pour la poursuite du wergheld, il restait sans défense contre ceux qui abusaient de leur force pour le maltraiter et en faire leur esclave ; peut-être même le wergheld ne lui était-il pas dû. Cette situation s'améliorait soit lorsqu'un des membres de l'association voulait servir à l'étranger de patron ou de répondant, et l'on devenait, de plein droit le répondant de celui à qui on avait donné l'hospitalité pendant trois nuits ; soit, d'après la loi salique, lorsqu'il avait séjourné douze mois dans la tribu : il était alors censé y être admis et traité comme un de ses membres, quant à la poursuite et au paiement du wergheld ; mais pour être admis à porter les armes ou à délibérer dans les assemblées, le consentement de l'association était indispensable (1).

(1) Tacite, *De moribus Germ.* XIII.

35. — La condition de l'étranger était donc précaire chez les Germains. Tacite, cependant, fait l'éloge de leur hospitalité (1); mais le tableau qu'il en trace paraît trop flatteur, ou du moins tout le monde ne pratiquait pas ces vertus hospitalières. Les lois des barbares, rédigées en latin après les invasions ou sous les rois francs de la première race, défendent à plusieurs reprises de maltraiter l'étranger, de le réduire en esclavage ou de le tuer. Ces excès devaient donc être assez fréquents : on ne songe guère à défendre ce qui n'arrive jamais ; mais, dès lors, sous l'influence du christianisme, la loi s'efforçait de les réprimer (2). Les mœurs s'adoucirent, en effet. Les capitulaires de Charlemagne ne parlent plus de maltraiter l'étranger, mais seulement de lui refuser l'hospitalité. Il paraît même qu'à l'époque Carolingienne, il existait des établissements, fondés sans doute par le clergé, et destinés à recevoir les voyageurs étrangers.

36. — L'établissement des Francs en Gaule avait modifié leur constitution sociale. Fixés sur les terres conquises, ils étaient devenus sédentaires ; l'état eut dès lors une base et une circonscription territoriales. On ne considéra donc plus comme étranger celui qui n'appartenait pas à l'association, mais celui qui était né hors du territoire de l'État (3). Sa condition s'est aussi modifiée. L'usage de la recommandation, qui s'est introduit ou développé à cette époque, permet à l'étranger de se recommander d'un seigneur et de le prendre pour patron : il acquiert ainsi une place régulière dans la société. C'est même pour lui une sorte d'obligation. Un capitulaire de Charlemagne (806) prescrit à ses *missi dominici* de dresser la liste des étrangers qui sont dans leur ressort et d'y mentionner le nom de leur seigneur (4). L'étranger qui ne se

---

(1) Tacite, *ibid.*, XVII.

(2) La loi des Bavarois appuie ses prohibitions sur un texte de l'exode : « *Peregrinum et advenam non contristabis de suis rebus* ».

(3) Le capitulaire connu sous le nom de « *charta divisionis regni francorum* » permet de croire que ce changement était accompli à la mort de Charlemagne.

(4) « Volumus ut cum missi nostri ad placitum nostrum veniant habeant scriptum quanti adventicii sunt in illorum missiatico et de quo pago sunt *et qui sunt seniores illorum* ».

serait pas recommandé était dépourvu de la protection que lui eût assurée le patronage d'un seigneur, il était même frappé de certaines incapacités en matière de contrats (1). On a prétendu que les étrangers étaient à cette époque considérés comme serfs ; on a cru aussi y trouver les premières traces de l'incapacité qui les a si longtemps frappés en matière de succession : ce sont là des questions discutées et qui ne comportent guère de solution certaine.

§ 2. — Féodalité.

37. — La condition des étrangers, sous le régime féodal, nous est mieux connue. Dès cette époque et dans tout l'ancien droit, l'étranger est appelé *aubain* (2) et quelquefois *épave*. Le droit d'aubaine, dans un sens large, est l'ensemble des règles applicables aux aubains et des droits dont ils sont l'objet : plus spécialement, c'est le droit qu'ont les seigneurs ou les rois de s'emparer de la succession des étrangers.

38. — A l'époque féodale, le droit d'aubaine appartient aux seigneurs. Est *aubain*, dans chaque seigneurie, quiconque n'y est pas né et vient s'y établir. L'aubain doit faire aveu au seigneur ; il devient alors son homme, il reçoit de lui une terre, à titre de tenure : ce peut être soit une censive, ou tenure roturière, soit une tenure servile ou de mainmorte. Cette dernière hypothèse, la plus favorable à l'intérêt du seigneur, était évidemment la plus fréquente ; c'est la seule dont les anciens textes s'occupent et dont nous allons parler. « Les aubains ou épaves, dit Pothier (3), étaient en quelque sorte regardés comme serfs, ou du moins leur condition ne différait pas de celle des serfs. » La règle, sans doute n'était pas absolue, mais elle était générale : les exceptions devaient être fort rares.

---

(1) « Ut nullus comparet caballum, bovem, vel jumentum, vel alia nisi eum cognoscat qui vendidit, aut de quo pago est, vel ubi manet, *vel quis est ejus senior* ». (Capit. de l'année 806).

(2) L'étymologie de ce mot est incertaine. Pothier, *Successions*, ch. I, sect. I, § 1, le fait dériver des mots *alibi nati*. Cette origine est difficilement acceptable.

(3) *Traité des personnes et des choses*, n° 48.

39. — L'aubain était donc serf ou mainmortable. A ce titre : *a*) il était attaché à la terre ; il était homme de poursuite ; le seigneur était en droit de le revendiquer dans le cas où il serait allé se fixer hors de son domaine ; les droits sur les aubains se transmettaient avec la propriété du sol.

b) Il devait payer diverses redevances :

1° Celles qu'il devait au seigneur en raison de la terre qu'il en avait reçue, comme toute personne qui a une tenure;

2° Le droit de *chevage*, impôt personnel de capitation ;

3° Le droit de *formariage*, lorsqu'il épousait une personne d'une autre condition que la sienne ou établie dans une autre seigneurie. Ces redevances lui étaient communes avec les serfs proprement dits.

c) L'aubain est incapable de transmettre ou de recueillir par succession. On admit cependant que ses enfants légitimes pourraient lui succéder ; d'où la maxime : « Epave ou aubain mort ne peut avoir d'héritier que de son corps ».

d) Il est incapable également de transmettre par testament, si ce n'est jusqu'à concurrence de cinq sols (1). La condition servile de l'aubain explique son incapacité de transmettre à cause de mort : à son décès, les biens qu'il possédait à titre de mainmorte devaient faire retour au seigneur.

e) Enfin, nul ne pouvait plaider devant un autre seigneur que le sien, sans fournir *plège*, c'est-à-dire caution. C'est l'origine d'une règle qui existe encore aujourd'hui.

40. — Nous venons de décrire la condition de l'étranger roturier. Elle n'était vraisemblablement pas celle de l'étranger d'origine noble. On s'imaginerait difficilement qu'il pût devenir serf du seigneur sur la terre duquel il serait venu se fixer. Du moins est-il certain que l'étranger noble et surtout prince souverain, résidant hors de France, n'était pas incapable de transmettre et recueillir par succession. Des fiefs nombreux, relevant de la couronne de France, ont été acquis et transmis par des princes étrangers, sans qu'on ait jamais songé à contester leur droit.

---

(1) Pothier, *Des personnes et des choses*, n° 48.

§ 3. — Epoque monarchique.

41. — La royauté, qui cherchait par tous les moyens à restreindre les pouvoirs des seigneurs féodaux, s'efforça de leur enlever, à son profit, leurs prérogatives à l'égard des aubains. Tout d'abord, les rois firent admettre que tout aubain qui, en entrant en France, leur faisait aveu était, par là même, soustrait à la puissance des seigneurs ; puis ils soutinrent que les étrangers ne pouvaient, en aucun cas, avoir d'autre seigneur que le roi. Ces revendications de la royauté commencent de bonne heure : on les rencontre, dès les premières années du XIII^e^ siècle, dans une charte de Louis VIII (1225) ; mais elles ne triomphèrent pas sans de longues résistances ; au XVI^e^ siècle, les coutumes d'Aujou et du Maine proclament que le droit d'aubaine appartient aux seigneurs et c'est aussi la thèse que soutient, à la même époque, le jurisconsulte Dumoulin. Toutefois, et sauf ces exceptions locales, dès la fin du XIV^e^ siècle, c'est généralement un fait accompli : le droit d'aubaine appartient au roi, le roi s'est substitué aux seigneurs dans leurs droits sur les étrangers.

42. — Cette extension de la puissance royale fut favorable aux étrangers.

La catégorie des aubains devint plus restreinte. A mesure que le roi prend la place des seigneurs et que l'unité du royaume se réalise, l'aubain n'est plus celui qui est né hors de la seigneurie, mais seulement celui qui est né hors du royaume. Ce changement ne s'accomplit que progressivement. Les établissements de Saint Louis nous montrent que, dès l'époque où ils furent rédigés, la condition des aubains nés hors de la seigneurie n'était déjà plus la même que celle des aubains nés hors du royaume ; il leur suffit de léguer quatre deniers au seigneur pour pouvoir disposer du reste de leur succession. Ce droit, appelé quelquefois *aubénage*, se retrouve encore dans certaines coutumes rédigées au commencement du XVI^e^ siècle. La coutume de Londunois autorise le seigneur à percevoir « sur les biens des forains qui ne sont du diocèse et qui décèdent en sa justice aubénage

d'une bourse neuve et quatre deniers dedans » (1). Enfin, jusqu'à un arrêt du parlement de Paris de 1569, le français même devait fournir caution lorsqu'il plaidait devant un parlement dans le ressort duquel il n'était pas domicilié. Ces vestiges des anciennes coutumes disparurent entièrement. Les seuls étrangers ou aubains furent ceux qui étaient nés hors du royaume.

43. — Leur condition s'était grandement améliorée. Le servage avait cessé d'être leur état habituel : les rois, en effet, l'avaient aboli de bonne heure dans leur domaine. D'ailleurs les étrangers n'étaient plus des agriculteurs, établis sur une terre concédée en mainmorte ; c'étaient le plus souvent, des commerçants habitant les villes ; leur situation était donc forcément différente. Les droits de chevage et de formariage ont disparu, mais fort souvent des taxes étaient levées sur les étrangers. On en rencontre encore sous Louis XIII et Louis XIV (2). Cependant les aubains restent frappés d'incapacités nombreuses, dans l'ordre du droit privé et dans l'ordre du droit public.

44. — I. — INCAPACITÉS QUI TIENNENT AU DROIT PRIVÉ. — Nous en avons déjà rencontré les plus importantes : incapacités en matière de succession, nécessité de fournir caution en justice. Par leur véritable origine, elles se rattachent au droit féodal et coutumier ; mais, après la première renaissance du droit romain, les légistes, suivant leur coutume, en invoquèrent les principes pour régler la condition des aubains. Ils les assimilèrent aux pérégrins et ressuscitèrent l'ancienne distinction du *jus civile* et du *jus gentium*. Les aubains auront la jouissance du droit des gens, mais ils n'auront pas celle du droit civil ; c'est ainsi qu'on expliqua les incapacités déjà existantes et qu'on en créa de nouvelles. Cette théorie a subsisté dans tout notre ancien droit et elle a encore inspiré le Code civil. C'était ce-

---

(1) Une disposition analogue se rencontre dans la coutume de Touraine et dans la coutume locale de Saint-Cyran en Touraine.

(2) On voit que l'idée d'impôts particuliers sur les étrangers n'est pas nouvelle.

pendant un emprunt malheureux fait au droit romain. A Rome, la distinction du *jus civile* et du *jus gentium*, peut-être arbitraire en soi, ne laissait du moins aucune place au doute ; elle était formulée en règles précises et certaines ; transportée en droit français, elle est toujours restée vague et indécise. Il était, en effet, impossible d'appliquer purement et simplement les principes du droit romain : l'état social où ils avaient pris naissance avait subi des changements trop profonds. Aussi, tout en prenant le droit romain comme point de départ et en procédant autant que possible par analogie avec lui, on arriva à des conclusions très différentes. Ainsi on admettait généralement que tous les actes entre vifs étaient du droit des gens : rien de moins vrai en droit romain ; plus d'un mode de transférer la propriété entre vifs, ou même de contracter était du droit civil ; — on ne doutait pas qu'un étranger pût contracter un mariage valable : cependant, en droit romain, les *justæ nuptiæ* étaient du droit civil. La condition des aubains se trouvait même, à certains égards, inférieure à celles des pérégrins. Tandis que les pérégrins pouvaient exercer, sinon d'après le droit romain, du moins d'après celui de leur propre cité, les droits même qui rentraient dans le *jus civile*, on refusait absolument aux aubains la jouissance des droits civils, sans leur permettre de les exercer, conformément à leur loi nationale. Le système que, par une admiration irréfléchie, on empruntait au droit romain n'était donc pas exactement reproduit et ne pouvait pas l'être.

Quoi qu'il en soit, voici quelle était à ce point de vue, la condition des aubains :

45. — A. L'aubain a la jouissance du droit des gens ou droit naturel. — Il peut se marier, être propriétaire, contracter, disposer de ses biens entre vifs, à titre onéreux et gratuit. D'une façon générale, les actes entre-vifs sont du droit des gens ; cependant quelques auteurs distinguent parmi eux des actes du droit civil et des actes du droit des gens (1).

(1) Pothier, *Des personnes et des choses*, n° 49.

46. — B. L'aubain n'a pas la jouissance du droit civil. — 1° Il est incapable de transmettre et de recueillir par succession *ab intestat*. Toutefois, il transmet sa succession à ses enfants légitimes, établis dans le royaume, lorsqu'ils y sont nés, — car alors ils sont français de naissance, — ou naturalisés, pourvu que, dans ce cas, les lettres de naturalité portent qu'ils pourront succéder à leurs père et mère étrangers (1).

S'il laisse des enfants français et d'autres qui ne le sont pas, ces derniers succèdent avec leurs frères, à la seule condition d'être établis dans le royaume. La présence des enfants français empêche l'exercice du droit d'aubaine et « le roi peut opposer aux enfants la loi du royaume qui les exclut de la succession de leurs père et mère, mais les enfants ne peuvent se l'opposer entre eux. » (2)

2° L'aubain est incapable de disposer ou de recevoir par testament ou donation à cause de mort. Cette donation est assimilée au legs et on considère comme telle celle que fait une personne dans la maladie dont elle meurt, même en forme de donation entre vifs. C'était, du reste, une question controversée de savoir si les dons mutuels entre conjoints devaient, dans les coutumes qui les permettaient, être considérés comme actes entre vifs ou à cause de mort ; on se demandait aussi si un étranger ne pourrait pas faire, par contrat de mariage, une donation de biens présents et à venir : la faveur du mariage portait certains auteurs à admettre l'affirmative.

L'incapacité de transmettre et de recueillir à cause de mort était la plus grave de toutes celles qui frappaient les aubains ; c'est elle qui constitue, particulièrement, le droit d'aubaine. Mais cette expression s'applique, plus spécialement, à l'incapacité de transmettre par succession ; dans son sens propre, elle désigne le droit qu'a le roi de s'emparer, après la mort des étrangers, de leurs biens meubles et immeubles

---

(1) Pothier, *Des personnes et des choses*, n° 49. Le même auteur (*Des successions*) dit cependant que les enfants naturalisés peuvent succéder sans parler de clause spéciale dans les lettres de naturalité.

(2) Pothier, *Des personnes*, etc. *Loc. cit.*

qui se trouvent dans le royaume. Lorsque, dans notre ancien droit, on parle, sans autre explication, du droit d'aubaine, de l'exemption du droit d'aubaine, on l'entend toujours dans le sens restreint et technique.

47. — Il va sans dire que la succession d'un étranger naturalisé n'est pas assujettie au droit d'aubaine ; mais il ne peut la transmettre qu'à des héritiers français ; à leur défaut, elle appartient au roi, par voie de déshérence, car les héritiers étrangers sont personnellement incapables de la recueillir. Réciproquement, l'étranger naturalisé devient capable de recevoir à cause de mort, mais ses parents, restés étrangers, étant incapables de transmettre, il ne peut leur succéder que si une clause formelle des lettres de naturalité lui en donne le droit. (1)

48. — Le droit d'aubaine comportait beaucoup d'exceptions, plus ou moins étendues. Dans le dernier état de l'ancien droit, son application intégrale était devenue fort rare.

a) Il ne s'exerçait pas dans certaines provinces. Plusieurs des pays de droit écrit en avaient obtenu l'exemption : la ville de Toulouse et tout le Languedoc (1475-1483) ; la ville de Bordeaux (1474) et, suivant certains auteurs, toute la province de Guyenne, ainsi que la Provence. La ville de Marseille n'y fut jamais soumise : ce privilège lui fut reconnu par une ordonnance de 1543 et, en dernier lieu, par un édit de Louis XIV (1669). En dehors des pays de droit écrit, pareille faveur avait été accordée aux villes de Châlons-sur-Marne, Calais, Longwy et Dunkerque et à toute la province d'Artois, dont la coutume déclarait formellement : « En Artois on n'use pas d'aubanité ».

b) Les étrangers pouvaient transmettre par succession les rentes créées par le roi à la charge qu'elles seraient exemptes du droit d'aubaine.

c) Plusieurs catégories d'étrangers en avaient été exemp-

(1) Pothier, *Des personnes*... nos 49, 52, 53.

tées : les marchands qui se rendaient à certaines foires ; les ambassadeurs ou agents diplomatiques ; les écoliers des Universités, aux termes d'une ordonnance de Louis X, mais ce privilège leur était contesté. Dans tous ces cas, la partie mobilière de la succession était seule soustraite au droit d'aubaine ; les immeubles situés en France restaient soumis aux règles communes.

d) Enfin les sujets de divers pays, dont le nombre alla toujours croissant jusqu'à la veille de la révolulion, étaient exemptés du droit d'aubaine en France. Ces pays étaient de trois sortes :

α) Ceux sur lesquels les rois de France prétendaient avoir des droits et dont, par conséquent, ils ne pouvaient, sans contredire leurs prétentions, traiter les habitants comme d'autres étrangers : la Flandre, la Bretagne, la Franche-Comté, Metz, Toul et Verdun, jusqu'à leur réunion à la couronne, le Milanais, suivant une opinion très controversée.

β) Ceux auxquels le roi avait spontanément accordé cette exemption : l'Angleterre, en vertu de lettres patentes de Louis XVI (1787), Avignon, Genève.

γ) Ceux avec qui la France avait conclu un traité, sous condition de réciprocité : c'était l'hypothèse la plus fréquente. La première de ces conventions, conclue avec la Hollande, remonte au règne de Henri IV. Les autres sont intervenues dans la seconde moitié du XVIII^e^ siècle avec la Sardaigne (1760), l'Espagne et les Deux-Siciles (1762), l'Autriche (1766), la Toscane (1768), la Suisse et le Danemark (1772), les Pays-Bas (1773), la Pologne (1777), le Portugal, les Etats-Unis (1778), la Russie (1787) et de nombreux Etats de l'Allemagne. Ces traités cessaient d'avoir effet en temps de guerre et ne revivaient ensuite que par une disposition formelle du traité de paix.

49. — L'abolition du droit d'aubaine n'avait pas toujours la même étendue. Tantôt elle était pure et simple, tantôt le roi se réservait de prélever une certaine part sur la succession ouverte en France : 5 ou 10 0/0 : c'était le droit de détraction.

Il faut bien remarquer que ces exceptions, spontanées ou conventionnelles, ne s'appliquaient, en règle générale qu'au droit d'aubaine *stricto sensu*. Le roi renonçait à s'approprier la succession ; il accordait donc à l'étranger la capacité de la transmettre, mais non pas la capacité personnelle de succéder. En voici les conséquences : la succession laissée en France par un étranger passe à ses héritiers légitimes, même étrangers ; le roi ne peut plus exercer le droit d'aubaine, la succession doit suivre son cours naturel. Mais, s'il existe des héritiers français et des héritiers étrangers, les français excluent les étrangers ; le roi a bien renoncé, pour son compte, à ses droits sur la succession, mais il n'a pas accordé aux héritiers étrangers une capacité dont ils puissent se prévaloir contre les héritiers français. Enfin, l'étranger ne pourra pas recueillir la succession de ses parents français. Ici, en effet, le droit d'aubaine est hors de cause, l'incapacité de succéder subsiste dans son entier, et c'est par droit de déshérence que la succession, à défaut d'héritiers, sera attribuée au roi. Par exception cependant, la capacité de succéder était accordée à certains étrangers : aux Hollandais, comme l'avait décidé un arrêt du parlement de Paris du 20 février 1715, et aux Anglais, aux termes des lettres patentes de 1787.

50. — En résumé, en 1789, le droit d'aubaine était aboli, ou remplacé par le droit de détraction, dans les rapports de la France et de presque tous les États civilisés. A l'égard de la Suède, il n'avait été aboli que pour les successions mobilières ; il s'appliquait d'une façon complète à l'égard de la Prusse, des Etats Pontificaux, de la république de Gênes. de la Turquie et de quelques États de l'Allemagne.

51. — 3° Les aubains étaient privés du droit de garde noble ou bourgeoise, admis par quelques coutumes, et auquel était attachée la jouissance des biens des enfants mineurs. On l'assimilait à la puissance paternelle, dont les pérégrins, à Rome, n'avaient pas la jouissance.

4° Ils ne pouvaient être investis de la tutelle, au moins de

la tutelle dative, qui existait seule dans la plupart des coutumes.

5° Ils étaient soumis à la contrainte par corps, pour toute espèce de dettes, dans les cas même où les Français n'y étaient pas assujettis (ordonnance de 1667) et, pour y échapper, ils n'étaient pas admis à faire cession de biens.

6° Les aubains pouvaient-ils invoquer la prescription ? La question était vivement débattue. Ici, en effet, l'application du droit Romain n'aboutissait qu'à l'incertitude. *L'usucapio* était du droit civil, mais la *prœscriptio longi temporis* était du droit des gens : à laquelle des deux devait être assimilée la prescription du droit moderne ? On admettait généralement les étrangers à se prévaloir de la prescription libératoire, il y avait plus de doute pour la prescription acquisitive. Pothier leur refuse le droit d'invoquer la prescription de 10 à 20 ans ; quant à la prescription trentenaire, il adopte deux opinions différentes : dans son traité *des personnes*, il en accorde, avec quelque hésitation le bénéfice aux étrangers ; il le leur refuse implicitement, dans le traité *de la prescription*. Cette contradiction d'un même auteur montre assez combien la solution était restée discutée.

7° Certaines règles défavorables s'appliquaient à l'aubain, en matière de procédure. Défendeur contre un français, il pouvait être cité devant un tribunal français, même s'il ne résidait pas dans le royaume ; demandeur, il devait fournir une caution qu'on nommait *judicatum solvi*, pour la rattacher au droit romain, mais assez mal à propos, car, à Rome, la caution ainsi nommée était exigée du défendeur et, en France, du demandeur.

52. — II. — INCAPACITÉS QUI TIENNENT AU DROIT PUBLIC. — Les aubains étaient incapables : 1° De posséder dans le royaume aucun bénéfice ecclésiastique. Les plus hautes dignités ecclésiastiques restaient même inaccessibles à l'étranger naturalisé.

2° De tenir aucun office de justice, de finance ou de guerre dépendant du roi ou des seigneurs.

3° D'exercer aucune fonction politique au sens le plus large du mot. Ils ne pouvaient pas être avocats, principaux ou régents dans les Universités ; on ne leur conférait les degrés universitaires qu'à la charge de n'en pas faire usage dans le royaume.

4° Ils ne pouvaient être témoins dans certains actes solennels, tels que les testaments.

Section III. — *Droit intermédiaire.*

53. — Dès le début de la révolution, le 6 août 1790, l'Assemblée constituante, « au nom des principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes et des droits sacrés et inviolables de l'humanité, » déclara « le droit d'aubaine et celui de détraction abolis pour toujours ». On pouvait croire toutefois que cette loi ne supprimait que le droit d'aubaine proprement dit et laissait subsister l'incapacité de succéder ; aussi la loi du 8 avril 1791, développant et complétant la première, accorda aux étrangers le droit de recueillir en France les successions de leurs parents, même français, comme aussi de disposer et de recevoir par tous les moyens qui seront autorisés par la loi.

Les autres incapacités n'avaient pas disparu ou ne tardèrent pas à reparaître. La caution *judicatum solvi*, était toujours exigée. La Convention avait aboli la contrainte par corps, mais une loi du 24 ventôse an V la rétablit et une loi du 15 germinal an VI y soumit, comme par le passé, tous les étrangers, à moins qu'ils n'eussent en France des immeubles ou un établissement de commerce. Les étrangers restaient incapables d'exercer les droits politiques et la loi du 28 vendémiaire an VI donna à l'autorité administrative le droit de les expulser. Il faut seulement observer que les constitutions de cette époque rendaient très facile l'acquisition de la nationalité française et quelquefois même la conféraient d'office.

CHAPITRE III. — Condition des étrangers dans le droit français actuel.

54. — Nous traiterons dans deux sections de la condition des individus et de celle des personnes morales.

SECTION I. — *Individus étrangers.*

§ 1. — Droits privés.

55. — Lors de la rédaction du Code civil, les idées de fraternité universelle n'étaient plus en faveur. Le tribunat, cependant, réclama, sans grande insistance, le maintien du système libéral introduit par l'Assemblée constituante, mais des considérations d'un tout autre ordre furent prédominantes, soit dans l'élaboration du projet au Conseil d'Etat, soit dans son adoption définitive. On se demanda dans quelle mesure la France avait intérêt à reconnaître aux étrangers la jouissance des droits civils et, spécialement, des droits de succession. Or la France n'avait tiré aucun profit de sa générosité et en avait plutôt été dupe. Les autres Etats n'avaient point suivi son exemple. Tandis qu'en France les étrangers pouvaient librement succéder et transmettre leurs successions, les français, dans les pays étrangers, restaient frappés des droits d'aubaine et de détraction. Pour obtenir un traitement plus favorable de la part des autres Etats, il faut mesurer les concessions faites aux étrangers sur celles qu'ils feront eux-mêmes aux français ; les étrangers jouiront en France des mêmes droits civils que leur pays aura, par un traité formel, reconnu aux français : c'est le système de la réciprocité diplomatique, formulé dans l'article 11 du Code civil. Mais l'article 13 permet au gouvernement de leur accorder la jouissance des droits civils, en les autorisant à fixer leur domicile en France. Il existe donc des étrangers privilégiés, qui jouissent des droits civils, en vertu d'une autorisation de domicile ou d'un traité, et des étrangers ordinaires, qui n'en jouissent pas.

Pour les uns comme pour les autres, il faut bien poser la question. C'est la loi nationale de la personne qui déter-

mine ses droits et en règle l'exercice. Donc, pour qu'un étranger jouisse en France d'un droit civil, il est sans doute nécessaire que la loi française le lui permette, mais cela ne suffit pas toujours ; en règle générale, il faut d'abord que sa loi nationale lui reconnaisse ce droit. Au lieu donc de rechercher quels droits la loi française accorde aux étrangers, il serait plus exact de demander quels sont ceux dont elle ne les empêche pas de jouir, à supposer, par ailleurs, qu'ils leur appartiennent.

56. — I. — ETRANGERS ORDINAIRES. — Aux termes de l'article 11 du code civil, « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

Dans le langage juridique habituel, on entend par droits *civils* les droits privés. Il semble donc bien résulter de l'article 11 que les étrangers, lorsqu'ils ne peuvent pas invoquer la réciprocité diplomatique, n'ont en France aucun droit, excepté, bien entendu, ceux que la loi leur accorde expressément. C'est là un résultat inadmissible. Les étrangers ne sont pas, en France, frappés d'une sorte de mort civile ; ils peuvent se marier, être propriétaires, contracter... etc. La plupart des droits privés, de l'aveu de tous, leur appartiennent. L'article 11 n'a donc pas le sens qu'il paraît présenter et son interprétation offre une difficulté, dont il ne faut pas cependant exagérer la portée et les conséquences pratiques. En dehors même des hypothèses que la loi a prévues, l'accord est unanime sur presque tous les points. Dans quelques cas seulement il y a controverse : la solution dépend alors du sens que l'on donne à l'article 11.

Pour procéder du connu à l'inconnu, nous exposerons successivement :

1° Quels droits la loi refuse expressément aux étrangers, ou, en général, quelles mesures défavorables elle prend à leur égard.

2° Quels droits la loi leur accorde expressément.

3° Quels droits leur sont unanimement reconnus, bien que la loi n'en ait pas parlé.

4° Quels droits leur sont contestés ; — ce qui nous ramènera à l'explication de l'article 11.

Nous ne ferons ici qu'une simple énumération des droits accordés ou refusés aux étrangers ; nous renvoyons pour les détails aux matières auxquelles ils se rapportent.

57. — A. Droits refusés aux étrangers par la loi. — Mesures défavorables prises à leur égard. — *a) Incapacités encore existantes.* — 1° L'étranger défendeur contre un français peut être cité devant un tribunal de France, même s'il réside hors de ce pays : il n'a donc pas le bénéfice de la règle *actor sequitur forum rei* (C. civ. art. 14).

2° L'étranger demandeur contre un français doit fournir la caution *judicatum solvi* (art. 16) ; s'il est défendeur, il n'a pas le droit de l'exiger d'un autre étranger.

3° L'étranger ne peut invoquer le bénéfice des lois qui protègent en France la propriété du nom commercial, des marques, dessins ou modèles de fabrique que si la loi de son pays assure le même avantage aux français. (Loi du 26 nov. 1873, art. 9). La réciprocité simplement législative se trouve ainsi substituée à la réciprocité diplomatique de l'art. 11. En outre, les étrangers obtiennent pour les marques de fabrique la même protection que les français lorsqu'ils ont en France un établissement industriel (Loi du 23 juin 1857, art. 5).

4° Les étrangers ne participent pas au partage des bois d'affouage. (Loi du 23 nov. 1883).

58. — *b) Incapacités supprimées.* — Le Code civil et d'autres lois avaient frappé les étrangers d'incapacités plus graves qui ont aujourd'hui disparu.

1° L'étranger, d'après la loi du 17 avril 1832 (art. 14), était soumis à la contrainte par corps, même en matière civile. Cette rigueur n'existe plus. La loi du 27 juillet 1867 (art. 1er) supprime la contrainte par corps contre les étrangers. Ils n'y sont plus soumis que dans les cas exceptionnels où les français le sont eux-mêmes. Cette suppression enlève presque tout son intérêt à la disposition de l'article 905 du Code de procédure civile, aux termes duquel les étrangers ne sont pas admis à faire cession de biens, pour échapper à la contrainte par corps.

2° Sous l'empire du Code civil, l'étranger était incapable de succéder (art. 726) et de recevoir par donation ou testament (art. 912). Ces incapacités s'appelaient encore dans la pratique et jusque dans les documents officiels, le droit d'aubaine. On retrouve ce nom dans l'intitulé même de la loi qui les a abolies. (Loi du 14 juillet 1819, relative à l'abolition des *droits d'aubaine ou de détraction*). En réalité, le droit d'aubaine n'était pas rétabli et les incapacités édictées par le Code, analogues sans doute à celles de l'ancien droit, n'étaient cependant pas identiques. L'étranger était incapable de succéder *ab intestat*, mais non de transmettre sa succession, ce qui autrefois constituait, à proprement parler, le droit d'aubaine. Il est vrai que si tous les héritiers étaient étrangers, la succession appartenait à l'État par droit de déshérence; mais tous les héritiers français, et non plus seulement les enfants légitimes, pouvaient la recueillir. Ils excluaient leurs cohéritiers étrangers. L'étranger était aussi incapable de recevoir à titre gratuit, soit comme par le passé, par testament, soit même par donation entre vifs, ce qui était une rigueur nouvelle. Dans l'ancien droit, les donations entre vifs étaient du droit des gens et, par conséquent, accessibles aux étrangers. Etait-il également incapable de disposer ? Le Code ne le disait pas et la question était controversée (1).

Sous la restauration, la loi du 14 juillet 1819 a abrogé les articles 726 et 912 du Code civil et accordé aux étrangers « le droit de succéder, de disposer et de recevoir, de la même manière que les français dans toute l'étendue du royaume ». Néanmoins, les héritiers français, en concours avec des étran-

---

(1) Qu'étaient devenus les nombreux traités, antérieurs à la Révolution et qui avaient, en tout ou en partie aboli le droit d'aubaine ? Dans la discussion du Code civil on les présenta comme toujours existants et peut-être l'article 11 y fait-il allusion, quand il parle des droits qui sont ou seront accordés par des traités. Mais leurs effets cessaient en cas de guerre et, pendant la révolution, la France s'était trouvée en guerre avec presque toute l'Europe. De fait, ils ne paraissent plus avoir été en vigueur après la promulgation du Code. Le gouvernement impérial accorda des exceptions individuelles ou collectives du droit d'aubaine aux sujets de plusieurs États auxquels la France était autrefois liée par un traité.

gers, peuvent exercer un certain prélèvement dont nous parlerons plus loin. Les derniers vestiges du droit d'aubaine ont ainsi disparu.

59. — B. Droits formellement accordés aux étrangers par la loi. — 1° Les étrangers sont capables de transmettre et de recevoir par succession *ab intestat*, testament ou donation. (Loi du 14 juillet 1819, art. 1). Ils sont ainsi relevés de l'incapacité qui créait entre eux et les français la plus profonde différence.

2° Ils ont le droit d'intenter en France une action en justice contre un français. (C. civ., art. 15).

3° Ils ont les mêmes droits de propriété artistique ou littéraire que les français. (Décret-loi du 28 mars 1852). Mais de nombreux traités sont intervenus pour régler, à cet égard, leur condition.

4° Ils peuvent obtenir en France des brevets d'invention (Loi du 5 juillet 1844, art. 27, 28, 29).

60. — C. Droits unanimement reconnus aux étrangers, bien que la loi ne les leur accorde pas expressément. — Il faudrait énumérer ici presque tous les droits relatifs à la personne, à la famille et au patrimoine : droit de se marier, avec ses diverses conséquences : droit de propriété et ses démembrements, droits de créance, etc. Il est beaucoup plus court d'indiquer les droits contestés aux étrangers : tous les autres leur sont reconnus d'un commun accord.

61. — D. Droits contestés. — La controverse porte surtout sur les points suivants :

1° Les père et mère étrangers ont-ils la jouissance légale des biens situés en France, appartenant à leurs enfants mineurs ?

2° Les étrangers peuvent-ils être tuteurs, curateurs, membres du conseil de famille d'un mineur français ?

3° Peuvent-ils adopter ou être adoptés ?

4° Les femmes, mineurs ou interdits étrangers ont-ils hypothèque légale sur les immeubles situés en France et appartenant à leurs maris ou tuteurs ?

5° On se demande aussi si les étrangers peuvent invoquer la prescription ; mais l'affirmative est généralement admise.

6° Enfin, les tribunaux français sont-ils compétents pour juger les contestations entre étrangers ? La question est très discutée, mais elle touche à beaucoup de matières et sa solution n'est pas nécessairement la même que celle des précédentes.

Pour résoudre ces diverses questions, il faut nécessairement prendre parti sur le sens de l'article 11.

62. — Le champ de la controverse est ainsi délimité. L'interprétation de cet article a un double intérêt : intérêt théorique : en vertu de quel principe les étrangers jouissent-ils en France de la plupart des droits civils, qu'aucune loi ne leur accorde ? — intérêt pratique : ont-ils la jouissance des droits, peu nombreux, qui leur sont contestés ? La difficulté réside dans les mots : *droits civils*. Faut-il entendre par là tous les droits privés ? Faut-il donner à cette expression un sens plus restreint ?

63. — D'après une opinion qui a trouvé un défenseur éminent (1), l'article 11 emploierait bien les mots *droits civils* dans leur sens large de *droits privés*. Les étrangers ne jouissent en France des droits privés que si un traité les leur a reconnus, à moins qu'ils ne leur aient été accordés par la loi. Or la loi française accorde aux étrangers presque tous les droits privés. Quelquefois, nous l'avons vu, expressément, plus souvent implicitement : elle suppose, en effet, qu'ils peuvent les exercer. Ainsi les articles 12 et 170 règlent les conditions de validité et une des conséquences du mariage contracté par un étranger avec une française, ou réciproquement : par là même ils reconnaissent aux étrangers le droit de se marier, avec les conséquences qui en découlent. L'article 3 décide que les immeubles appartenant à des étrangers sont régis par la loi française ; les étrangers peuvent donc être propriétaires et, par suite, acquérir, transmettre, etc. Les articles 14, 15, 16 prévoient que les étrangers sont

(1) Demolombe, t. I, p. 364 et suiv. de Folleville, *Naturalisation*, p. 462.

demandeurs ou défendeurs à des actions personnelles : c'est admettre qu'ils ont le droit de devenir créanciers ou débiteurs. Ainsi on s'explique, malgré les termes absolus de l'article 11, que la plupart des droits privés appartiennent aux étrangers. Ceux-là seulement leur sont refusés dont la loi ne parle pas et que, par suite, elle ne leur accorde ni expressément, ni tacitement, comme la jouissance légale, l'adoption, la tutelle, l'hypothèque légale.

64. — Ce système est inacceptable. Il repose tout entier sur cette idée que la loi accorde implicitement aux étrangers la plupart des droits privés ; or cela n'est pas exact. Divers articles supposent bien que certains étrangers jouissent des droits civils dont ils parlent : tels sont, en effet, les étrangers autorisés à fixer leur domicile en France et ceux qui bénéficient de traités diplomatiques ; mais rien n'indique que ces textes aient une application générale et que tous les étrangers aient la jouissance de ces droits. Ce n'est donc pas en vertu de dispositions formelles de la loi que la plupart des droits privés appartiennent aux étrangers ; c'est alors nécessairement qu'ils ne sont pas compris parmi les droits civils que l'article 11 leur refuse et cette expression doit avoir ici un sens particulier et restreint.

65. — La tradition nous en fournit l'explication. Dans notre ancien droit, comme nous l'avons vu, pour déterminer la condition des étrangers, on opposait toujours les *droits civils* aux *droits des gens* ou *droits naturels*. Le droit civil est le droit propre de chaque cité et correspond plus ou moins exactement au *jus civile*. Les rédacteurs du Code, habitués à la pratique et à la terminologie de l'ancien droit, l'ont reproduite dans cette circonstance. Siméon explique très clairement ce qu'il faut entendre par droit civil (1) :

« Ce qui caractérise essentiellement le droit civil, c'est d'être propre et particulier à un peuple, et de ne point se communiquer aux autres nations... Les successions étant de droit civil, parce que c'est la loi qui les défère ou qui permet d'en disposer, la capacité de succéder est un des princi-

(1) Rapport au tribunat. Locré, t. II, p. 245-247.

paux effets du droit civil proprement dit. Au contraire, les effets du droit naturel se communiquent partout, à l'étranger comme au citoyen. Pour en jouir, il n'est pas nécessaire d'être membre d'une certaine nation plutôt que d'une autre, il suffit d'être homme. C'est du droit naturel que dérivent presque tous les contrats. En un mot, le droit civil proprement dit est celui de chaque cité ou de chaque nation.

« Le droit civil général est celui de tous les hommes civilisés ».

Les droits civils que l'article 11 refuse aux étrangers ne sont donc pas tous les droits privés, mais ceux-là seulement qui constituent le droit propre de la nation française. Les autres, droits des gens ou droits naturels, appartiennent aux étrangers comme aux français.

66. — Quels sont les droits civils et quels sont les droits naturels ?

Dans les cas où la loi s'est expliquée, il n'y a pas de difficulté. Les droits qu'elle refuse aux étrangers ou réserve aux Français sont des droits civils ; les droits qu'elle accorde expressément aux étrangers sont des droits naturels (1). On considère aussi, sans hésiter, comme droits naturels la plupart des droits privés : le mariage, la propriété, les contrats, etc.

Mais, en cas de doute, à quel caractère distinguerons-nous les droits civils des droits naturels ? Sur ce point, il y a deux systèmes.

67. — Suivant la majorité des auteurs et une jurisprudence bien établie, la loi ne contiendrait, à cet égard, aucune règle fixe. Les tribunaux apprécieront. Ils décideront si, d'après sa nature, d'après la tradition aussi, tel droit est un droit civil, propre à la nation française, ou un droit naturel, commun à tous les peuples. Ainsi on enseigne et il a été jugé plusieurs fois que la jouissance légale des père et mère,

---

(1) Il est à noter que les droits de succession, autrefois considérés comme les droits civils par excellence, sont aujourd'hui rangés par la loi parmi les droits naturels.

l'adoption, la tutelle, l'hypothèque légale sont des droit civils et ne doivent pas appartenir aux étrangers (1).

Ce système offre de graves inconvénients. Il laisse au juge le soin de déterminer la condition des étrangers : le législateur abdique, en quelque sorte, en sa faveur. Cette détermination, ainsi comprise, n'offre aucune fixité ; elle variera avec les tribunaux et avec les époques. Certains auteurs, il est vrai, présentent cette mobilité même comme un avantage (2) ; mais, entendue de la sorte, la distinction des droits civils et des droits naturels devient vague et arbitraire, la condition des étrangers est livrée à l'incertitude.

68. — Pour échapper à cet inconvénient, il faut s'en tenir rigoureusement au texte de la loi, ce qui est chose facile. Les seuls droits civils sont ceux qu'elle a expressément refusés aux étrangers ou réservés aux français ; tous les autres, soit qu'elle les accorde formellement aux étrangers, soit qu'elle n'en parle pas, sont des droits naturels. Ce système est le seul qui permette de trouver dans la loi une règle fixe sur la condition des étrangers et qui donne un *critérium* précis et certain pour distinguer les droits civils des droits naturels ; c'est là une raison décisive en sa faveur ; théoriquement, il est préférable, parce qu'il étend davantage les droits des étrangers. Nous allons d'ailleurs l'établir mieux encore, en répondant aux objections qu'il soulève (3).

69. — 1° L'article 11 décide que les étrangers ne jouissent pas des droits civils ; nous aboutissons, au contraire

---

(1) On trouvera les décisions de la jurisprudence sous les diverses matières qu'elles concernent. V. Aubry et Rau, t. I, p. 288 et suiv. Demante, Colmet de Santerre, t. I, p. 91, et suiv. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, nos 405 et suiv. *Droit civil international* t. II, nos 4 et suiv. Brocher, t. I, p. 160 et suiv.

(2) Aubry et Rau, t. I, p. 293, n° 15.

(3) *Sic* Weiss., p. 50. Surville et Arthuys, p. 124. Durand. *op. cit.* p. 224. Ce système avait été présenté, il y a assez longtemps, par M. Valette. (*Explication sommaire du liv. I du C. nap.*, p. 408) et par M. Demangeat (*Condition des étrangers*, p. 248 et suiv.); mais sous une forme un peu différente de celle que j'indique. V. aussi Despagnet, p. 74.

à leur reconnaître tous ceux qui ne leur sont pas expressément refusés. N'est-ce pas contredire formellement le texte de la loi ?

Cette objection, très forte en apparence, repose, en réalité sur une équivoque : celle que présentent en effet, les mots : droits civils ; signifient-ils : droits privés ? Il est bien vrai qu'ils appartiennent presque tous aux étrangers; et, sauf les controverses que nous avons signalées, personne n'en doute. Signifient-ils : droits propres à la nation française ? Nous admettons parfaitement qu'ils n'appartiennent pas aux étrangers ; nous sommes donc d'accord avec le texte ; seulement, nous pensons que les seuls droits de cette nature sont ceux que la loi refuse expressément aux étrangers.

70. — 2° Le Code civil a suivi la tradition. Il a emprunté à l'ancien droit l'expression de droits civils et sa signification. Or elle désignait autrefois, non seulement les droits que la loi actuelle refuse expressément aux étrangers, mais aussi ceux-là même que leur refusent la jurisprudence et une partie de la doctrine : ne faut-il pas, encore aujourd'hui, lui attribuer la même extension ?

Nous ne nous y croyons cependant pas obligé. Les rédacteurs du Code ont pu emprunter à l'ancien droit son principe général, sans pour cela le suivre dans tous ses détails ; ils s'en étaient même notablement écartés dans la matière la plus importante à leurs yeux, celle des successions et dispositions à titre gratuit. D'ailleurs, l'ancienne jurisprudence n'avait guère pu prendre parti sur les points qui sont spécialement en litige ; il s'agit, en effet, d'institutions juridiques nouvelles ou transformées. Ainsi autrefois l'adoption était inconnue ; la tutelle dative existait seule dans la plupart des coutumes ; l'usufruit des biens des mineurs n'était pas un attribut constant de la puissance paternelle, mais une conséquence du droit exceptionnel de garde noble ou bourgeoise. Enfin, dans l'ancien droit, la distinction des droits civils et naturels était l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence ; elles en avaient posé le principe, elles en tiraient les conséquences avec une grande latitude. Aujourd'hui, c'est la loi elle-même qui règle la condition des étrangers ; les jurisconsultes et les juges n'en doivent être que les interprètes ;

ils ne peuvent donc pas étendre, plus ou moins arbitrairement, la catégorie des droits qu'elle refuse aux étrangers.

71. — 3° L'article 11 n'aura aucune portée ni aucune conséquence, si la loi énumère tous les droits refusés aux étrangers. Il ne signifie alors qu'une chose : c'est que les étrangers ne jouissent pas des droits que la loi leur refuse, à moins qu'un traité ne les leur accorde : était-il bien nécessaire de dire une chose si évidente ?

On peut cependant tenir pour certain que le législateur n'a vu dans l'article 11 qu'un texte de renvoi, l'énoncé d'un principe général dont il se réservait de régler plus tard les conséquences. Dans toute la discussion de cet article, on s'est préoccupé uniquement de la capacité de succéder ; on n'a donc pas cru inutile de l'édicter pour trancher, sans retard, cette question importante, sur laquelle cependant le Code devait revenir. Grenier le disait formellement au Tribunat : « les droits civils sont ceux qui seront établis successivement dans les recueils de nos lois... Les droits dont les étrangers sont privés seront marqués successivement dans les titres du Code qui y auront trait... Mais dans un titre où il s'agit seulement de la jouissance et de la privation des droits civils, cette énumération n'était pas nécessaire » (1).

Enfin, si, en dehors des textes formels, le Code avait entendu refuser certains droits aux étrangers, pourquoi s'expliquer dans quelques cas et ne pas le faire dans d'autres ? Ce serait rechercher, comme à plaisir, l'obscurité.

On ne peut pas, à coup sûr, affirmer que, dans la pensée des rédacteurs du Code, les seuls droits civils étaient ceux qu'ils refusaient expressément aux étrangers ; mais, dans le doute, nous devons nous tenir au texte même de la loi.

72. — II. — ÉTRANGERS PRIVILÉGIÉS. — **A. Etrangers autorisés à établir leur domicile en France.** — Après avoir étudié les conditions et les effets de l'autorisation de domicile, nous parlerons du domicile établi en France par l'étranger, sans autorisation.

---

(1) Fenet, t. VII, p. 240.

73. — *a) Conditions de l'autorisation de domicile.* — L'autorisation de domicile est accordée par décret, sur demande adressée au ministre de la justice. La loi n'indique pas la capacité requise de l'étranger. Il faut et il suffit qu'il soit capable d'avoir en France un domicile. La femme mariée non séparée pourra donc obtenir cette autorisation si son mari est domicilié en France, aux conditions requises par sa loi nationale ; le mineur non émancipé, si son père ou son tuteur sont domiciliés en France : la demande sera faite pour lui par ses représentants légaux (1) ; quant au mineur émancipé, il sera capable aussi bien qu'un majeur. L'autorisation peut toujours être révoquée par un décret rendu en conseil d'Etat, (loi du 11 déc. 1849, art. 3.) Elle cesse, de plein droit, d'avoir ses effets au bout de cinq ans, si l'étranger ne demande pas la naturalisation ou si sa demande est rejetée (art. 13 § 2). C'est là une innovation de la loi du 26 juin 1889. Antérieurement, l'autorisation avait une durée illimitée ; l'étranger en conservait le bénéfice tant qu'il continuait à résider en France ; aussi beaucoup préféraient à la naturalisation cette situation intermédiaire qui ne leur offrait que des avantages, sans leur imposer les charges inhérentes à la qualité de français. La loi a voulu prévenir ce calcul. L'autorisation de domicile n'est plus désormais que le prélude temporaire de la naturalisation. Le seul moyen d'avoir définitivement les droits des français, c'est d'en acquérir la nationalité, avec ses obligations.

74. — *b) Effets.* — 1° L'autorisation de domicile confère à l'étranger les droits civils que la loi lui refusait et l'exempte des mesures défavorables dont il était l'objet : il ne sera, par exemple, plus tenu de fournir la caution *judicatum solvi* ; il pourra l'exiger d'un autre étranger, etc... Il jouira aussi des autres prérogatives que nous croyons lui appartenir toujours, mais que la jurisprudence lui conteste, telles que la tutelle ou l'hypothèque légale. Il ne serait cependant pas exact de dire que les étrangers sont alors assimilés aux fran-

---

(1) Bordeaux, 14 mai 1876. Sir. 77.2.109. — Weiss. *Nationalité*, p. 320. Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 58. Semler. Cl. 1890, p. 393. — *Contra*, Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 815.

çais, dans l'exercice des droits privés : la loi française ne leur en refuse aucun, mais, en général, ils ne peuvent en jouir que s'ils leur sont reconnus par leur loi nationale.

2° L'autorisation de domicile facilite la naturalisation ; la durée du domicile requis pour l'obtenir est réduite à trois ans et quelquefois à un an.

3° Les effets de l'autorisation de domicile s'étendent à la femme et aux enfants mineurs de celui qui l'a obtenu. (1)

Cela résulte de la loi du 26 juin 1889. La naturalisation du père confère la nationalité française à ses enfants mineurs ; à plus forte raison doivent-ils bénéficier de l'autorisation de domicile. Quant à la femme, l'autorisation accordée à son mari lui permet d'obtenir la naturalisation, soit de son vivant et en même temps que lui, soit après sa mort (art. 12, § 2 ; 13 § 3) ; on doit, semble-t-il, admettre, par analogie, qu'elle en profitera également sous les autres rapports. (2) Cela, cependant, peut être contesté.

75. — *c) Domicile non autorisé.* — L'établissement d'un étranger en France, sans autorisation du gouvernement, constitue-t-elle un véritable domicile susceptible d'avoir des effets juridiques ? La question est controversée, mais la discussion porte plus sur les mots que sur le fond des choses, sur les conséquences de ce domicile, plutôt que sur son existence même.

D'après le système que nous avons adopté, l'étranger peut avoir, même sans autorisation, un véritable domicile, dès lors qu'aucun texte ne lui refuse ce droit. L'article 102, qui définit le domicile, ne parle, il est vrai, que des français, mais il a eu en vue l'hypothèse habituelle, sans entendre, pour cela exclure les étrangers. Bien entendu, ce domicile ne produit pas les effets attachés à l'autorisation et ne confère pas la jouissance des droits civils (3) ; mais il détermine le tribunal compétent en matière personnelle ou mobilière et le lieu où doivent être remis les exploits: c'est là, en somme,

---

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 313. Surville et Arthuys, p. 135, 136. Despagnet, p. 79. — *Contra*, Weiss, *Nationalité*, p. 321.

(2) Paris, 13 août 1889. Cl. 1889, p. 817.

(3) *Contra* Aix, 28 août 1872, Sir. 73. 2. 265.

le système qu'ont consacré divers arrêts de la cour de cassation (1). Cependant, d'autres arrêts de la cour suprême affirment que les étrangers sont incapables d'avoir en France, sans autorisation, un domicile légal ; mais, à les regarder de près, ils se bornent à décider que l'établissement des étrangers n'aura pas alors les effets d'un domicile autorisé : ils se concilient donc sans peine avec les précédents (2).

Néanmoins, la discussion a un intérêt pratique, si on admet, avec la jurisprudence, que la succession mobilière d'un étranger doit être régie par la loi de son domicile. A ce point de vue, en particulier, on a décidé que, à défaut d'autorisation, l'étranger n'était pas valablement domicilié en France et que, par conséquent, sa succession n'était pas régie par la loi française, mais par celle de son pays ; solution exacte en soi, mais qu'on doit, comme nous le verrons, justifier autrement.

76. — B. Traités diplomatiques. — D'après l'article 11, les étrangers jouissent en France des droits reconnus aux français par les traités conclus avec la nation à laquelle ils appartiennent. C'est le système de la réciprocité diplomatique. On aurait pu se contenter de la réciprocité législative : accorder aux étrangers les droits reconnus aux français par les lois de leur pays : c'était le système proposé par le projet du Code civil. Le Tribunat le fit abandonner, en observant que la condition des étrangers en France varierait alors avec la législation de leurs pays et que la loi française serait, sur ce point, subordonnée aux lois étrangères (3). Les traités offrent d'ailleurs cet avantage de ne pouvoir être modifiés qu'avec le consentement des deux parties. Il en a été conclu plusieurs ; les uns accordent tous les droits civils, et les autres quelques-uns d'entre eux seulement.

77. — Les traités qui accordent aux étrangers en France

(1) Cass. 19 mars 1872, Sir. 72.1.238. — 7 juillet 1874, Sir. 75.1.19.

(2) Cass. 12 janvier 1869, D. 69.1.294. — 5 mai 1875, D. 75.1.343. V. aussi Demolombe, t. 1, n° 268, qui, tout en enseignant que les étrangers ne peuvent avoir en France de domicile légal, reconnaît à leur établissement les effets que j'ai signalés, en matière de procédure.

(3) Fenet, t. VII, p. 10.

et, réciproquement, aux français à l'étranger la jouissance de tous les droits civils sont :

1° Le traité conclu avec la Suisse le 23 février 1882 (1);

2° L'article 4 du traité de commerce conclu le 18 juin 1883 avec la Serbie (2) ;

3° Et, par voie de conséquence, les traités qui ont stipulé, sous ce rapport, le traitement de la nation la plus favorisée, par exemple, celui qui a été conclu avec le Brésil, le 7 juin 1826 (3).

Les traités qui accordent certains droits sont relatifs à la compétence judiciaire, à l'exécution des jugements, aux hypothèques légales, à la propriété littéraire, artistique ou industrielle : nous les retrouverons en étudiant les matières auxquelles ils se rapportent.

§ 2. — Droits politiques et publics.

78. — A. Droits politiques. — L'étranger n'a pas, en France, la jouissance des droits politiques.

1° Il ne peut exercer les droits politiques proprement dits : il n'est ni électeur ni éligible aux chambres, aux conseils généraux, d'arrondissement et municipaux ; il ne peut exercer les fonctions qui participent à l'exercice de la puissance publique, dans l'ordre administratif ou judiciaire : il ne peut être notaire, commissaire priseur, etc.

2° Il est incapable de servir dans l'armée française, à l'exception de la légion étrangère.

3° Il ne peut être investi des emplois, ni exercer les professions, pour lesquelles la loi exige la qualité de citoyen ou

---

(1) V. De Clercq, *Recueil des traités de la France*, t. XIII, p. 294.

(2) « Les Français en Serbie et les Serbes en France... auront les mêmes droits (excepté les droits politiques)... qui sont accordés aux nationaux ». — V. De Clercq, *Recueil*, t. XIV, p. 126.

Pareille stipulation se trouvait dans le traité de commerce avec l'Espagne du 6 février 1882, mais ce traité est expiré depuis le 1er février 1892 et les négociations engagées, conformément à la loi du 29 décembre 1891, pour en renouveler les clauses non relatives à un tarif douanier, n'ont pas encore abouti. — V. Cass. 3 juin 1885, Dall. 85.1.409.

(3) De Clercq, *Recueil*, t. III, p. 402-408. — Paris, 18 avril 1889. Cl. 1889, p. 803.

la nationalité française : fonctions de professeurs, dans les établissements de l'Etat, ou de ministre du culte rétribué par l'Etat ; profession d'avocat, suivant une jurisprudence constante et fondée, en grande partie, sur ce que les avocats sont, à défaut de juges, appelés à siéger dans les tribunaux.

4° Il ne peut être témoin dans les actes notariés. La loi du 25 ventôse an XI exige pour cela la jouissance des droits de citoyen et l'article 980 du Code civil, spécial aux testaments, la nationalité française.

Les étrangers autorisés à établir leur domicile en France n'ont, relativement aux droits politiques, aucun privilège et les traités n'en accordent aucun. Cependant, en vertu d'une convention consulaire de 1882, renouvelée sur ce point et modifiée le 2 mai 1892 (1), les Espagnols nés et domiciliés en France, sont appelés à faire leur service militaire dans l'armée française, s'ils ne justifient pas de l'avoir accompli dans leur pays. Il en est de même, réciproquement, pour les français en Espagne.

79. — B. Droits publics. — Les étrangers ont, en principe, aussi bien que les français, les droits que l'on désigne sous ce nom *stricto sensu* : liberté religieuse, liberté individuelle, droit d'enseigner.

Il faut cependant faire certaines réserves :

1° Les étrangers, pour diriger un établissement d'enseignement libre ou pour y enseigner, doivent être autorisés à établir leur domicile en France et obtenir une autorisation spéciale du ministre de l'Instruction publique (Lois des 15-17 mars 1850, art. 78 et du 12 juillet 1875, art. 9; Décrets du 5 décembre 1850, art. 1er et du 25 janvier 1876, art. 8) (2).

2° Les étrangers sont soumis à certaines mesures de police particulières.

a) Ils doivent, en arrivant en France, pour s'y fixer, et à chaque changement de résidence, faire une déclaration à la mairie de la commune où ils se proposent de résider. Cette déclaration n'est pas requise de ceux qui sont déjà autorisés

---

(1) Cl. 1892, p. 1083.

(2) V. Circulaire du ministre de l'instruction publique, 29 juin 1891, Cl. 1893, p. 1056 et suiv.

à fixer leur domicile en France (Décret du 2 octobre 1888) (1).

b) Ils peuvent être expulsés de France par mesure administrative. La loi du 28 ventôse an VI admettait déjà ce droit d'expulsion. Aux termes de l'article 272 du Code pénal, les étrangers condamnés pour vagabondage pourront « être conduits par les ordres du gouvernement hors du territoire français. » Enfin, d'après la loi du 11 décembre 1849 (art. 7) « le ministre de l'intérieur peut, par mesure de police, enjoindre à tout étranger... de sortir immédiatement du territoire français. » Le préfet a le même droit, dans les départements frontières, mais seulement à l'égard des étrangers non résidant.

Pour les étrangers autorisés à fixer leur domicile en France, l'arrêté d'expulsion cesse d'avoir effet au bout de deux mois, si, dans cet intervalle, l'autorisation n'est pas retirée.

Divers traités restreignent le droit d'expulsion, en obligeant le gouvernement français, avant de l'exercer, à prévenir les agents diplomatiques ou consulaires qui représentent en France le pays de l'étranger. Il en sera de même, réciproquement, des français en pays étranger. Ces traités ont été conclus avec la Bavière et plusieurs républiques de l'Amérique du Sud. Ils s'appliquent, par voie de conséquence, aux États qui ont stipulé, pour leurs nationaux, le traitement de la nation la plus favorisée, tels que le Brésil (traité de 1826), l'Angleterre (traité de commerce du 28 février 1882, art. 1er), l'Allemagne (traité de Francfort, 10 mai 1871).

Section II. — *Personnes morales.*

80. — L'existence des personnes morales ne s'impose pas comme celle des individus. Aussi, avant de savoir quels droits ont en France les personnes morales étrangères, il faut rechercher d'abord si elles sont susceptibles d'en avoir, si elles existent.

§ 1. — Existence des personnes morales étrangères.

81. — Suivant certains auteurs, les personnes morales ne sauraient avoir aucune existence hors du pays dont la loi les

(1) Une loi qui vient d'être votée par les Chambres (juillet 1893) impose aux étrangers cette obligation, déjà introduite par le décret cité au texte.

a créées. Leur personnalité expire à la frontière et ne se prolonge pas au delà. Elles ne pourraient, par conséquent, exister et exercer leurs droits en France qu'après avoir fait l'objet d'une reconnaissance, spéciale ou collective, conforme à la loi française (1).

Nous croyons, au contraire, qu'en thèse générale, les personnes morales, légalement établies dans un pays, doivent être tenues pour existantes, même en pays étranger. En particulier, rien dans la loi française ne s'oppose à ce qu'on leur reconnaisse cette existence (2).

82. — I.— PERSONNES MORALES EN GÉNÉRAL.—Ce qui empêcherait les personnes morales d'exister à l'étranger, c'est qu'elles sont de pures fictions, auxquelles la loi seule donne la vie. Or la loi qui les crée ne saurait avoir d'effets hors du territoire de la souveraineté qui l'a promulguée (3).

Ce sont là deux propositions fausses, ou du moins singulièrement exagérées.

On qualifie habituellement les personnes morales de *fictions*, pour indiquer qu'elles n'ont pas d'existence physique ; mais il ne faut pas croire que ce soient des créations arbitraires, qui ne correspondent à aucune réalité et n'ont de raison d'être que dans la loi qui les établit ; sous cette fiction, se cache une réalité vivante : les individus. L'existence des personnes morales a son fondement dans la nature même, elle est indispensable pour assurer aux individus l'entier exercice de leurs droits et donner satisfaction à leurs besoins et à leurs intérêts. Au fond, une personne morale est une collection d'individus réunis pour poursuivre un but commun. Les individus ainsi groupés ont chacun des intérêts personnels distincts; ils ont aussi des intérêts communs, en vue desquels on reconnaîtra à la collectivité la capacité d'avoir un patrimoine, d'exercer des droits et de contracter des obligations : c'est là ce qui constitue la personnalité morale. Mais si les intérêts de chacun ne sont pas ceux de tous, les inté-

---

(1) Laurent, t. IV, nos 119 et suiv. Weis, p. 145.

(2) Despagnet, p. 81. Surville et Arthuys, p. 140. Fœlix et Demangeat, t. I, n° 31 et note. Brocher, n° 61. Lainé, *Des personnes morales en droit international privé*, Cl. 1893, p. 273.

(3) Laurent, t. IV, nos 119 et suiv., n° 130.

rêts de la collectivité sont certainement ceux de chacun des membres qui la composent. Lorsqu'une société de commerce réalise des bénéfices ou subit des pertes, ce n'est pas un être fictif, c'est chacun de ses membres qui s'enrichit ou se ruine.

Or, dès que le but poursuivi est licite, c'est un droit pour les individus de s'associer à l'effet de l'atteindre ; et s'il est pour cela nécessaire de reconnaître à la collectivité certains droits, c'est-à-dire la personnalité morale, cette reconnaissance elle-même est un droit pour les individus associés.

Mais, si c'est là un droit, il doit appartenir aux étrangers comme aux nationaux ; il n'y a pas de raison pour les en priver. Les étrangers, pris individuellement, peuvent être propriétaires, contracter, etc. ; pourquoi leur refuser ces droits, lorsqu'ils se sont associés pour les exercer ?

83. — Dira-t-on que les lois qui président à la formation et à l'organisation des personnes morales, sont faites pour le territoire de la souveraineté de qui elles émanent et ne sauraient s'appliquer au delà ? On pourrait faire la même objection pour les lois qui régissent les droits des individus ; nous verrons qu'on ne doit pas s'y arrêter. Le droit international privé repose tout entier sur cette idée que chaque État est obligé de souffrir l'application de certaines lois étrangères ; si cela est vrai pour les lois qui régissent les droits des personnes, prises individuellement, pourquoi en serait-il autrement de celles qui régissent les droits de ces mêmes personnes groupées et associées ?

Il y a cependant, je le reconnais, une différence. Les personnes morales, par la puissance qu'elles peuvent acquérir, par leur durée, qui excède de beaucoup celle de la vie humaine, souvent par le but qu'elles se proposent, touchent de très près à l'ordre public : voilà pourquoi souvent l'existence de personnes morales étrangères ne sera pas reconnue ou ne le sera qu'avec restriction. Sous cette réserve, aucun principe ne s'oppose à ce que les personnes morales étrangères existent et excercent leurs droits hors du pays où elles sont légalement établies.

84. — La loi française ne contient pas de règles générales sur les personnes morales étrangères ; elle s'est préoccupée uniquement de quelques sociétés de commerce.

Son silence même doit s'interpréter en ce sens qu'elle ne refuse pas aux personnes morales les droits qu'elle accorde, sans distinction, aux étrangers. Ainsi, quand l'article 15 du Code civil permet à l'étranger d'agir en justice contre un français, sur quel texte ou sur quel principe s'appuierait-on pour contester à une personne morale étrangère le droit d'ester en justice ? Un avis du conseil d'Etat a, d'ailleurs, formellement reconnu aux personnes morales étrangères la capacité de recevoir des dons et des legs, et, par conséquent, l'existence (1). Dans la pratique, on ne conteste pas celle de diverses sociétés dont la loi n'a pas parlé.

On ne saurait cependant admettre l'existence de personnes morales qui seraient contraires à l'ordre public. On ne saurait, par exemple, reconnaître la personnalité à une corporation étrangère, si la loi française défendait de la conférer aux corporations semblables qui sont établies en France.

85. — II. — SOCIÉTÉS DE COMMERCE (2). — **A. Sociétés par intérêts.** — On admet sans difficulté la personnalité morale des sociétés étrangères par intérêts, en nom collectif ou en commandite simple. Aucun texte ne la leur confère, mais elle a été formellement reconnue dans les travaux préparatoires de la loi du 11 juin 1857.

86. — **B. Sociétés par actions.** — 1° *Sociétés anonymes*. — Elles font l'objet principal de la loi du 11 juin 1857.

---

(1) 12 janvier 1854. Dal. 56. III. 16.— *Contra* Cass. 1er août 1860, Sir. 60. 1. 80 (motifs). — Un jugement du tribunal civil de Montdidier, 4 février 1892, Cl. 1892, p. 447 a reconnu au Saint-Siège, représenté par le Souverain Pontife régnant, la capacité d'être institué légataire en France. Nous nous rallions entièrement à cette décision, sans cependant en approuver tous les motifs. Ainsi, si nous considérons le Saint-Siège comme une personne morale, nous ne saurions y voir un Etat. V. pour la critique de ce jugement et en sens contraire : Moreau, *De la capacité des Etats étrangers pour recevoir par testament en France*. Cl. 1892, p. 339. Cpr. Cl.1892, p. 149, *Questions et solutions pratiques*. — Ce jugement a été réformé par un arrêt de la Cour d'Amiens, 21 février 1893, Cl. 1893, p. 384, mais par des motifs étrangers à la question de droit international.

(2) Lyon Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II, ch. II, sect. 7.

Il n'est pas inutile de rappeler brièvement les circonstances qui l'ont amenée. L'ancien article 37 du Code de commerce soumettait les sociétés anonymes à l'autorisation du gouvernement : cette exigence devait-elle s'appliquer aux sociétés anonymes étrangères ? La jurisprudence était disposée à les reconnaître en France, dès lors qu'elles étaient légalement établies en pays étranger ; la pratique administrative les soumettait à la même autorisation que les sociétés françaises et, croyons-nous, à juste titre. L'autorisation gouvernementale était requise, à tort ou à raison, dans l'intérêt des tiers et du crédit public : c'était donc une mesure d'ordre public, qui s'imposait même aux étrangers.

Cette solution fut aussi admise par un arrêt de la Cour de cassation belge (8 février 1849) ; elle entravait singulièrement les rapports commerciaux de la Belgique avec les pays voisins, en particulier avec la France. Aussi la loi du 14 mars 1855 admit-elle à exercer leurs droits en Belgique les sociétés anonymes et autres sociétés soumises en France à l'autorisation du gouvernement et qui l'auraient obtenue, pourvu que les sociétés légalement établies en Belgique, jouissent, en France, du même traitement.

La loi du 11 juin 1857 a donc eu pour premier objet de reconnaître en France les sociétés belges, afin d'assurer, en Belgique, aux sociétés françaises le bénéfice de la réciprocité. L'article 1er dispose que les sociétés anonymes et les « autres associations commerciales... qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France en se conformant aux lois de l'empire. » L'article 2 a une portée beaucoup plus générale : « Un décret rendu en Conseil d'Etat peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'article 1er » Ainsi, les sociétés anonymes étrangères, pour exister en France, doivent obtenir du gouvernement une autorisation, non pas individuelle, mais générale, commune à toutes celles déjà formées, ou qui se formeront dans un pays.

87. — Postérieurement à la loi de 1857, la condition des sociétés anonymes en France et dans d'autres pays, a subi un grand changement. En France, la loi du 24 juillet 1867

a abrogé l'article 37 du Code de commerce et supprimé, pour ces sociétés, la nécessité de l'autorisation. La même liberté a été accordée en Espagne (1869), en Allemagne (1870), en Belgique (1873), en Hongrie (1876), au Brésil (1882), en Italie (1883).

Ce nouveau régime a fait naître deux questions :

1° Les sociétés étrangères restent-elles soumises à l'autorisation qui n'est plus nécessaire pour les sociétés françaises ?

2° L'autorisation collective, admise par la loi de 1857, peut-elle s'appliquer aux sociétés anonymes établies dans un pays où elles ne sont plus soumises à l'autorisation du gouvernement ?

88. — 1° Les sociétés étrangères restent toujours soumises à l'autorisation exigée par la loi de 1857 ; la loi du 24 juillet 1867 l'a laissée subsister. Celle qu'elle a supprimée, en abrogeant l'article 37 du Code de commerce, était une autorisation individuelle, accordée à chaque société par un décret spécial ; elle n'a rien de commun avec l'autorisation collective, accordée, en vertu de la loi de 1857, à toutes les sociétés d'un pays. Il n'y a, du reste, aucune contradiction à exiger pour les sociétés étrangères une autorisation dont les sociétés françaises sont exemptes. Le législateur a soumis les sociétés françaises à des conditions qu'il a cru suffisantes pour la sûreté des tiers ; ces conditions ne s'appliquent pas aux sociétés étrangères ; il est naturel que la garantie de l'autorisation les remplace (1).

En fait, l'autorisation a été accordée aux sociétés anonymes de divers pays postérieurement à la loi de 1867.

89. — 2° L'autorisation collective, admise par la loi de 1867, peut s'appliquer aux sociétés anonymes établies dans

---

(1) *Sic* Weiss, p. 158 et suiv. Despagnet, p. 87. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 1104. Lyon-Caen, note sous Paris, 8 juillet 1881, Sir. 82.2.169. Trib. de com. de la Seine, 28 mai 1891, Cl. 1891, p. 969 et 4 avril 1892, Cl. 1892, p. 1026. Paris, 22 décembre 1892, D. 93.2.157.— *Contra*, Paris, 8 juillet 1881, Sir. 82.2.169. 15 février 1882, Cl. 1882, p. 212. Lyon, 13 décembre 1889, Cl. 1892, p. 479.

un pays où elles ne sont pas soumises à l'autorisation du gouvernement. On a cependant allégué, à l'appui de la solution contraire, le texte et l'esprit de la loi. Le texte : les sociétés anonymes auxquelles s'applique la loi de 1857 sont celles qui sont soumises à l'autorisation de leur gouvernement et qui l'ont obtenue. Des sociétés non soumises à l'autorisation, et qui, par conséquent, ne l'ont pas obtenue, ne sauraient en bénéficier. L'esprit de la loi, car si la loi de 1857 a permis de reconnaître en masse, par décret, toutes les sociétés d'un pays, c'est précisément en raison de l'autorisation qu'elles ont obtenue (1).

Ces raisons sont insuffisantes. A le regarder de près, le texte de la loi est assez large pour s'appliquer à toutes les sociétés anonymes étrangères, soumises ou non à l'autorisation de leur gouvernement. Les mots : *qui sont soumises à l'autorisation et qui l'ont obtenue*, ne sont relatifs qu'aux autres sociétés dont il est question après les sociétés anonymes. D'ailleurs, si les sociétés anonymes, librement constituées à l'étranger, ne pouvaient plus, en France, être autorisées collectivement, quelle serait leur situation ? Elles ne pourraient non plus faire l'objet d'une autorisation spéciale, qui a disparu avec l'article 37 du code de commerce ; il faudrait donc, ou bien qu'une loi particulière autorisât chacune d'elles, ou bien qu'elle se constituât à nouveau en France, suivant toutes les prescriptions de la loi française. Ce serait une source de grandes difficultés dans les relations commerciales, et il serait à craindre que, par représailles, on ne refusât de reconnaître, à l'étranger, les sociétés anonymes françaises. Il est vrai que les sociétés étrangères, n'étant plus soumises à l'autorisation, présentent moins de garanties, ou du moins ne présentent plus celles en vue desquelles la loi de 1857 permettait de les admettre en France ; mais le gouvernement français est toujours maître d'apprécier et, si elles ne présentent pas une sécurité suffisante, de refuser son autorisation, ou même de retirer celle qu'elles auraient déjà obtenue (2).

---

(1) Trib. de la Seine, 14 octobre 1879. Paris, 8 juillet 1881, Sir. 82.2. 169. — Weiss, p. 162.

(2) Lyon-Caen, note, sous Paris, 8 juillet 1881, *sup. cit.*, Despagnet.

90. — 2° *Sociétés en commandite par action*. — Il faut, en ce qui les concerne, faire une distinction : dans le pays auquel elles appartiennent, sont-elles soumises à l'autorisation du gouvernement ? Elles rentrent dans les prévisions de la loi de 1857 (et autres sociétés qui sont soumises, etc.) ; leur situation est la même que celle des sociétés anonymes ; comme elles, elles ne peuvent exercer leurs droits en France que si elles bénéficient d'un décret d'autorisation collective. Au contraire, dans leur pays, sont-elles librement constituées ? elles échappent par là même à la loi de 1857 et peuvent exercer leurs droits en France, sans avoir besoin d'aucune autorisation (1). Cette solution est, en soi, fort peu satisfaisante. S'il y a quelque danger à admettre en France, sans condition, les sociétés étrangères en commandite par actions, ce danger est le même, sinon plus grand, pour celles qui ne sont assujetties à aucune autorisation préalable. En outre, ces sortes de sociétés sont, en France, soumises à des conditions assez rigoureuses, qui peuvent ne pas se rencontrer dans les lois étrangères ; on aura donc moins d'exigences pour les sociétés étrangères que pour les sociétés françaises. Pour échapper à ces inconvénients, des auteurs ont pensé que les commandites par actions étrangères n'auraient d'existence en France que si elles remplissent toutes les conditions imposées à ces sociétés par la loi du 24 juillet 1867 (2). Cette manière de voir est inadmissible. Il a été entendu, dans les travaux préparatoires de la loi de 1857 qu'elle ne s'applique pas aux « sociétés collectives, en commandite ou autres, représentées par un ou plusieurs directeurs, gérants ou actionnaires responsables dont elles portent le nom » et qu'en conséquence ces sociétés existent en France, dès lors qu'elles sont légalement constituées à l'étranger. Or les commandites même par actions, rentrent dans cette catégorie. Lorsqu'elles sont constituées librement dans leur pays, elles restent en dehors de la loi de 1857 et par conséquent, existent en France de plein droit (3).

---

p. 87-88. Surville et Arthuys, p. 492. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 1105. — Paris, 22 décembre 1892. D. 93.2.157.

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 1106.
(2) Weiss, p. 166-167.
(3) Despagnet, p. 89. Surville et Arthuys, p. 493-495.

§ 2. — Droits des personnes morales étrangères.

91. — 1° Les personnes morales étrangères ne peuvent avoir, en France, les droits qui sont refusés aux individus étrangers. Par exemple, demanderesses en matière civile devant un tribunal français, elles devront fournir la caution *judicatum solvi* ; — un français pourra les citer devant un tribunal français, pour l'exécution des obligations contractées envers lui (1).

2° Leurs droits et leur capacité sont déterminés, en principe, par la loi du pays auquel elles appartiennent. C'est la règle générale, pour toutes les personnes étrangères.

3° Cependant, toutes les restrictions que la loi française apporte aux droits et à la capacité des personnes morales sont d'ordre public et s'appliquent, par conséquent, aux personnes morales étrangères. En particulier, l'autorisation du gouvernement français leur est nécessaire pour accepter des dons et des legs (2).

CHAPITRE IV. — Législations étrangères.

92. — La tendance presque universelle est aujourd'hui d'établir l'égalité entre les étrangers et les nationaux, sous le rapport du droit privé.

A. Législations qui admettent l'égalité complète.

ITALIE. — Code civil, article 5 : « l'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux citoyens. »

ESPAGNE. — Code civil, article 27. « Les étrangers jouissent en Espagne des droits que les lois civiles accordent aux Espagnols ».

Le Code espagnol s'est aussi préoccupé des personnes morales étrangères. Sans leur refuser l'existence, il ne la leur accorde pas cependant d'une façon absolue. Il renvoie, sur ce point, aux traités et aux lois spéciales. Art. 28 : « Les as-

---

(1) Cass. 19 mai 1863, Dal. 63.1.218 ; 14 novembre 1864, Dal. 64.1.466; 17 juillet 1877, Dal. 78.1.366 ; Paris, 9 mars 1892, Dal. 92. 2.284.

(2) Avis du cons. d'Etat du 2 janvier 1854, Dal. 56. III. 16. Trib. de Montdidier, 4 février 1892, Cl. 1892, p. 447.

sociations domiciliées à l'étranger auront, en Espagne, le traitement et les droits que déterminent les traités et les lois spéciales ».

PAYS-BAS. — Code civil, article 9 « Le droit civil du royaume est le même pour les étrangers que pour les néerlandais ». — C'est-à-dire les uns et les autres ont pareillement la jouissance des droits civils. Toutefois, par une grave dérogation à ce principe, le même Code consacrait l'incapacité des étrangers en matière de succession. La loi du 7 avril 1869 l'a fait disparaître.

RUSSIE. — Les étrangers ont la jouissance des droits civils, en particulier des droits de succession. Cependant, la tendance actuelle de la législation Russe est plutôt défavorable aux étrangers. L'ukase du 14 mars 1887 (1) leur interdit même d'acquérir, dans certaines provinces voisines des frontières, aucun droit de propriété et de jouissance sur les immeubles situés hors des villes ou des ports.

93. — B. Législations conformes à la loi Française. — Dans tous les pays où le Code civil français est resté en vigueur, on distingue entre les droits naturels et les droits civils et l'on n'accorde les derniers aux étrangers que dans le cas de réciprocité diplomatique. Il en est ainsi, notamment, en Belgique, où l'on interprète comme en France l'article 11 du Code civil. C'est la loi du 25 avril 1865 qui, dans ce pays, a reconnu aux étrangers les droits de succession. Sous d'autres rapports, nous l'avons vu, la condition des étrangers a été récemment améliorée. L'article 14 du Code civil a été abrogé et le demandeur belge ne peut plus citer le défendeur étranger devant un tribunal belge, lorsqu'il ne réside pas en Belgique ; les tribunaux belges sont compétents pour juger les contestations entre étrangers domiciliés en Belgique.

94. — C. Législations qui suivent le système de la réciprocité législative. — ALLEMAGNE. — La plupart des Etats de l'empire, notamment la Prusse et la Bavière, tout en accordant aux étrangers la jouissance des droits civils, leur

(1) Cl. 1891, p. 324.

refusent cependant ceux dont ne jouiraient pas les Allemands, dans le pays auquel ces étrangers appartiennent.

AUTRICHE. — La règle est la même. Les étrangers n'ont la jouissance des droits civils que s'ils sont, dans leur pays, reconnus aux Autrichiens.

SERBIE. — Le Code civil Serbe (1844) consacre aussi le même principe.

95. — D. Législations qui frappent les étrangers d'incapacités particulières. — SUISSE. — La condition des étrangers varie avec les divers cantons. Il en est encore plusieurs où ils ne peuvent être propriétaires fonciers qu'avec l'autorisation du gouvernement.

SUÈDE. — Les étrangers n'ont les droits civils, en particulier les droits de succession, qu'à charge de réciprocité. Ils ne peuvent être propriétaires d'immeubles ou faire le commerce qu'avec l'autorisation du gouvernement.

ROUMANIE. — Le Code civil de 1865 accordait aux étrangers les mêmes droits civils qu'aux nationaux ; mais la loi du 13 octobre 1879 a considérablement restreint leurs droits, en les déclarant incapables d'acquérir des immeubles ruraux.

96. — E. Législations Anglo-Saxonnes. — La législation Anglaise et celle des Etats-Unis, fondées l'une et l'autre sur la *common law* anglaise ont, jusqu'à ces derniers temps, frappé les étrangers d'incapacités qui avaient leur source dans le droit féodal.

D'après la *common law*, le roi est seigneur de toutes les terres et tous les droits sur la terre sont tenus du roi ; il faut, pour en être investi, être sous l'allégeance du roi et ils sont, par conséquent, refusés aux étrangers. Ceux-ci sont donc incapables, non seulement d'être propriétaires fonciers, mais même de prendre un immeuble à bail ; ils sont également incapables de succéder et de transmettre leur succession, parce que le *sang héritable*, comme parlent les jurisconsultes anglais, leur fait défaut.

Ces incapacités, dont la pratique trouvait déjà le moyen d'éluder les plus graves conséquences ont reçu de notables atténuations.

ANGLETERRE. — La *denization*, conférée par le roi, permettait déjà aux étrangers d'obtenir la jouissance des droits civils ; ils restaient cependant incapables de transmettre leur succession à leurs enfants, nés avant la denization.

La loi de 1844 les a autorisés à prendre à bail des immeubles, mais pour un temps n'excédant pas vingt-un ans.

Les anciennes incapacités ont enfin été, en grande partie, effacées par la loi du 12 mai 1870, qui donne aux étrangers le droit de posséder, d'acquérir, de transmettre la propriété immobilière et mobilière par tous les modes légaux, par conséquent, même par succession. Mais ces droits ne sont reconnus qu'aux étrangers résidant en Angleterre et amis ; ceux dont le pays est en guerre avec l'Angleterre n'en ont plus le bénéfice, mais la pratique apporte ici certains tempéraments.

Indépendamment des droits que leur accorde le statut de 1870, les étrangers ont en Angleterre, depuis longtemps, le droit de propriété mobilière, le droit de contracter et aussi en général, les droits de famille. Cependant l'étranger ne peut être tuteur, excepté de ses enfants, nés d'une femme de nationalité anglaise.

Enfin, il est remarquable que la condition de l'étranger, qui est restée longtemps rigoureuse au point de vue du droit privé, est, au contraire, meilleure que dans la plupart des autres pays, au point de vue du droit public. Ils ne peuvent être expulsés, à moins que le parlement n'ait en ce qui les concerne, suspendu la garantie de l'*habeas corpus*. Bien que n'ayant pas les droits politiques, ils peuvent, d'après une loi de 1870, faire partie du jury après dix ans de résidence.

ÉTATS-UNIS. — Les principes de la *common law* continuèrent à régir les colonies anglaises lorsqu'elles se furent déclarées indépendantes. La suzeraineté de la terre passe du roi à la nation ; pour avoir des droits sur la terre, il faut faire partie de la nation ; les étrangers en sont exclus.

Les adoucissements qu'a reçus le principe varient avec les États. C'est là, en effet, une matière qui rentre dans la compétence législative de chacun d'eux. Quelques-uns ont intégralement conservé les anciennes incapacités ; d'autres les ont abolies au profit des étrangers résidant ; d'autres seulement au profit de ceux qui ont déclaré leur intention d'être naturalisés ; d'autres enfin les ont complètement suppri-

mées (1). Cette diversité de législation a empêché de modifier par des traités la condition des étrangers : le gouvernement fédéral n'en peut conclure sur les matières qui rentrent dans la compétence législative des États. Ainsi, le traité entre la France et les États-Unis (23 février 1853) a stipulé, au profit des français, le droit d'acquérir ou de transmettre la propriété immobilière, de disposer et recevoir par succession; mais il a dû réserver les droits des États et ne s'applique que dans ceux où il ne contredit pas la loi locale.

TITRE II. — De la nationalité.

97. — L'étude de la nationalité est encore un préliminaire indispensable à celle du conflit des lois. La loi applicable à chaque personne est habituellement sa loi nationale ; il est donc nécessaire de savoir à quelle nation chaque personne appartient. Ce n'est pas là, cependant, une partie du droit international privé : les règles de la nationalité dépendent du droit interne des États. Fréquemment il est vrai, les différences qui existent, sous ce rapport entre les législations amènent des conflits, qui rentrent bien dans l'objet propre de nos études ; nous devons les signaler, mais sans y insister, cependant. Nous ne saurions, en effet, en trouver la solution dans les principes ordinaires du droit international : l'accord des États peut seul les prévenir ou les trancher.

CHAPITRE I. — **Principes généraux.**

98. — La nationalité est le lien qui unit une personne à une nation, c'est-à-dire à un État déterminé. — Au point de vue juridique, en effet, la nation est l'État régulièrement constitué ; ce sont deux termes équivalents (2).

---

(1) Elles n'ont jamais existé dans la Louisiane, ancienne colonie française, régie par la coutume de Paris et non par la *common law*.

(2) Nous n'examinons pas ici la célèbre théorie des nationalités, d'après laquelle la notion de l'*Etat* et celle de la *nation* ne se confondraient pas. Elle renferme beaucoup de faux avec un peu de vrai, et n'a d'ailleurs au point de vue du droit positif, aucune conséquence juridique.

Toute personne doit avoir une nationalité ;
Nul ne peut en avoir deux ;
Toute personne peut librement changer de nationalité et, réciproquement, nul ne peut être contraint d'en changer contre sa volonté :

Tels sont les principes fondamentaux que nous devons, tout d'abord expliquer et justifier (1).

99. — 1° *Toute personne doit avoir une nationalité.* — La nature le veut ainsi. Le genre humain ne forme pas une société unique, mais une réunion de nations. Tout homme appartient à la société, par là même il doit avoir une patrie, comme il a une famille.

L'homme sans nationalité serait étranger partout. Or, nous l'avons vu : l'étranger, dans presque tous les pays civilisés, a, à peu de choses près, les mêmes droits civils que les nationaux, sans être tenu des mêmes obligations. Il bénéficierait donc des avantages que procure l'existence de la société et de l'État, en échappant aux charges les plus lourdes qui en résultent. Par exemple, il ne devrait nulle part le service militaire. Il invoquerait donc la protection de l'État pour sa personne et ses biens, mais l'heure venue de participer à la défense commune, il invoquerait pour s'y soustraire, sa qualité d'étranger : situation où l'égoïsme trouverait son compte, mais que la morale condamne.

Toute personne doit avoir, dès sa naissance, une nationalité. Elle peut aussi, après sa naissance, en acquérir une nouvelle, différente de celle qui lui appartenait d'abord : il faut ainsi distinguer la nationalité d'origine et la nationalité acquise.

100. — 2° *Nul ne peut avoir deux nationalités.* — C'était déjà la règle en droit Romain : « *Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili, nemo potest...* » (2). C'est aussi, sans nul doute, le principe admis dans notre droit

---

(1) Weiss, *Nationalité*, p. 10. de Folleville, *Naturalisation*, p. XIV ; et suiv. Cogordan, *La nationalité dans les rapports internationaux*, p. 8 et suiv.

(2) Cicéron, *Pro Balbo*.

français. Treilhard le formule en ces termes : « On ne peut pas avoir deux patries ». (1)

L'homme ne peut avoir qu'une nationalité d'origine ; ce lien naturel, formé habituellement par la communauté de la race et du sang, ne le rattache qu'à une nation, et non pas à deux simultanément.

On naît anglais ou français, on ne naît pas l'un et l'autre à la fois. Il peut arriver, cependant, qu'un individu, issu d'un père et d'une mère de nationalités différentes, se rattache, par les liens du sang, à deux patries, mais l'une des deux nationalités doit alors forcément s'effacer devant l'autre.

En effet, deux nationalités différentes sont incompatibles, sous le rapport des droits et surtout des obligations qui en résultent. On ne comprendrait pas qu'un même individu exerçât les droits politiques, participât à la puissance publique, fût électeur ou élu dans deux États. Lorsque leurs intérêts seraient contraires, ne sacrifierait-il pas l'un à l'autre ? Il serait plus impossible encore de concilier les obligations dont on serait tenu à l'égard de deux patries : *nemo potest duobus dominis servire*. Celui qui devrait dans deux pays le service militaire se trouverait dans une situation inextricable lorsque la guerre éclaterait entre eux.

Par conséquent, la personne qui acquiert une nationalité nouvelle ne peut conserver sa nationalité primitive.

En fait, il n'est pas rare qu'un homme se trouve sans nationalité, ou, au contraire en ait deux. Cette situation anormale résulte des divergences qui séparent les diverses législations. C'est un de ces conflits dont nous parlerons plus loin.

101.— 3° *Tout individu peut changer librement de nationalité et nul n'en doit changer contre sa volonté.* — Ce principe, comme le précédent, était déjà admis en droit romain : « *Ne quis invitus in civitate maneat* » (2) ; il l'a toujours été en France. A diverses époques, il est vrai, la législation a apporté des entraves à la liberté d'expatriation, mais sans jamais considérer la nationalité française comme in-

(1) Locré, t. II, p. 326.
(2) Cicéron, *pro Balbo*.

délébile (1). D'autres pays ont suivi et quelques-uns suivent encore un système contraire : l'allégeance serait perpétuelle, c'est-à-dire qu'on ne pourrait perdre la nationalité primitive, même pour en acquérir une autre.

Parfois aussi, l'annexion d'un territoire à un État change, même malgré eux, la nationalité de ses habitants.

La violation du principe ou les exceptions qu'il reçoit ne l'empêchent pas d'exister et d'être fondé en raison.

Tout homme peut librement changer de nationalité. Il est vrai qu'un lien naturel unit l'homme à sa patrie, et ce lien ne peut être complètement brisé ; mais, d'un autre côté, l'homme a, avant tout, le droit de vivre, d'assurer son existence, physique, morale, religieuse : de développer librement et en sûreté ses facultés de tout ordre, et le devoir de l'État est de respecter ce droit, d'en protéger et d'en faciliter l'exercice. Or si, dans sa patrie d'origine, il ne peut trouver satisfaction à ces divers points de vue, il a le droit absolu d'émigrer et d'aller chercher dans un autre pays le moyen de vivre et de développer ses facultés : c'est une conséquence du droit à l'existence.

Toutefois, comme on ne doit pas rester sans patrie, la perte de la nationalité est subordonnée à cette condition d'en avoir acquis une nouvelle : nous verrons plus loin comment elle peut être remplie.

Nul homme ne peut être contraint de changer de nationalité contre sa volonté : c'est une autre face de la même idée. On ne peut imposer à une personne de conserver son ancienne patrie ; on ne peut, par les mêmes raisons, le contraindre à en acquérir une nouvelle.

102. — De tout ce que nous venons de dire, il résulte que la nationalité est un lien volontaire entre l'État et l'individu. L'enfant ne choisit pas sa nationalité d'origine, mais l'homme peut à son gré, la changer ou la conserver, sans qu'on ait le droit d'entraver sa liberté. Ce lien crée des droits et des obligations réciproques entre l'État et l'individu. L'État doit

---

(1) L'article 17, 1° du Code civil, tel que l'a rédigé la loi de 1889, subordonne cependant, dans un cas particulier, la perte de la nationalité française à l'autorisation du gouvernement.

assurer à l'individu la protection de sa personne et de ses biens, tout en respectant sa liberté ; l'individu est tenu de subir les charges nécessaires au fonctionnement de l'État, comme les impôts ou le service militaire.

La nationalité reposant ainsi sur le consentement et entraînant des obligations réciproques, on en cherche quelquefois la base juridique dans un contrat synallagmatique entre l'État et l'individu (1). Il y a, sans doute, une certaine analogie, mais l'identité n'existe pas. Pour l'enfant, incapable de volonté, il ne saurait être question de consentement ni de contrat. De plus, un contrat synallagmatique ne peut être dissous que par le consentement réciproque des deux parties, qui doivent être entre elles dans une parfaite égalité. Or, l'individu est libre de rompre le lien de la nationalité sans le consentement de l'État, tandis que l'État ne peut le faire sans le consentement de l'individu.

Nous avons vu comment se justifie le caractère volontaire de la nationalité : il n'est pas exact d'en chercher l'explication dans un prétendu contrat.

103. — Division. — Nous traiterons successivement : 1° de la nationalité d'origine ; 2° des changements de nationalité, en étudiant, dans ces deux chapitres, les principes, — la loi française, — les lois étrangères ; 3° des conflits en matière de nationalité (2).

---

(1) Weiss, *Nationalité*, p. 7. Cpr. Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, p. 7.

(2) La nationalité est aujourd'hui régie en France par la loi du 26 juin 1889. Cette loi, incorporée pour la plus grande partie dans le Code civil, en a modifié les articles 7 à 10, 12, 13, 17 à 21. Elle a refondu et codifié un grand nombre de dispositions, éparses jusque-là dans des textes nombreux ; elle a aussi introduit des innovations importantes, inspirées par le désir de faciliter aux étrangers l'acquisition de la nationalité française. La loi du 22 juillet 1893 (C. civ., art 8. et 9) vient de modifier sur des points importants celle de 1889.

CHAPITRE II. — Nationalité d'origine.

SECTION I. — *Principes.*

104. — L'enfant, dès sa naissance a une nationalité ; comment est-elle déterminée ? On conçoit, à cet égard, deux systèmes absolus : 1° Donner à l'enfant, *jure sanguinis*, par un effet de la filiation, la nationalité de ses parents, quel que soit le lieu de sa naissance ; 2° Donner à l'enfant, *jure soli*, la nationalité du pays où il est né, quelle que soit celle de ses parents. En outre, ces deux systèmes absolus peuvent être combinés ensemble et tempérés l'un par l'autre de façons très variables.

105. — L'étude de l'histoire et celle des législations contemporaines nous montrent l'application successive ou simultanée de ces divers systèmes.

Dans les cités antiques, jalouses de leur nationalité et désireuses, du moins à l'origine, de lui conserver toute sa pureté, c'est le *jus sanguinis* qui détermine la nationalité. A Rome, la naissance sur le sol de la cité est indifférente pour l'acquisition du titre de citoyen. Cette qualité se transmet par la filiation. L'enfant né *ex justis nuptiis* suit la condition qu'avait son père au moment de la conception ; il est citoyen, si son père l'était lui-même à cette époque. L'enfant né hors des justes noces suit la condition de sa mère ; il est donc pérégrin, si sa mère est pérégrine ; il devrait être Romain, si sa mère est Romaine ; mais, dans le cas où l'un des auteurs était pérégrin, une loi *Mencia*, de date incertaine, avait décidé que l'enfant lui-même serait pérégrin (1).

A l'époque féodale, un principe contraire a prévalu. La terre détermine la condition des personnes ; le *jus soli* règle la nationalité d'origine. L'enfant né dans la seigneurie est l'homme du seigneur : plus tard, avec les progrès de la royauté, l'enfant né en France est sujet du roi. Il y trouve, du reste, un certain intérêt, parce qu'il échappe ainsi aux déchéances qui frappent les aubains.

(1) Ulpien, *Reg.*, tit. V, § VIII.

Le Code civil introduit dans la législation française le principe de la filiation (*jus sanguinis*). Depuis lors, il a pénétré dans la plupart des États de l'Europe ; mais, en France même, une réaction s'est produite depuis la deuxième moitié de ce siècle. Commencée en 1851, elle a abouti à la loi du 26 juin 1889, qui, sans abandonner le *jus sanguinis*, rend une très large place au *jus soli* et attribue à la naissance en France une très grande influence sur la nationalité de l'enfant.

Les législations se partagent aujourd'hui entre l'application du *jus soli*, celle du *jus sanguinis* et les sytèmes intermédiaires qui combinent les deux principes.

A quelle théorie faut-il donner la préférence ?

106.— I.— Il faut rejeter le système qui attribuerait au *jus soli*, c'est-à-dire au lieu de naissance, une influence décisive ou prédominante sur la nationalité d'origine et qui imposerait à l'enfant la nationalité du pays où il est né, sans tenir compte de celle de ses parents. Sa nationalité pourrait ainsi résulter de circonstances fortuites qui l'auraient fait naître hors du pays de ses parents, il appartiendrait à un pays auquel il est réellement étranger, par la race, la langue, les traditions ; il aurait une nationalité différente de son père, ce qui serait, dans leurs rapports juridiques, une source de complications ; enfin l'État n'a pas d'intérêt à ranger, sans distinction, parmi ses nationaux, tous ceux qui naissent chez lui : les sujets qu'il acquiert ainsi, loin d'être une force, deviennent souvent un embarras. Comment, lorsqu'ils ont quitté leur pays natal, réclamer d'eux l'accomplissement des obligations que tout État a le droit d'exiger ? Faudra-t-il que, en cas de guerre, ils s'abstiennent de porter les armes contre le pays où ils sont nés ? C'est une cause évidente de difficultés et de conflits.

107.— II.— Si donc il faut rejeter le système qui impose à l'enfant la nationalité du pays où il est né, il en résulte qu'il doit suivre celle de ses parents. On doit donner, au moins en règle générale, la préférence au *jus sanguinis*.

En effet, tous les éléments naturels de la nationalité, la communauté de race, de mœurs, de traditions, se transmet-

tent avec le sang et par la filiation ; la nation, d'ailleurs, se compose de familles, et la filiation, qui rattache l'enfant à une famille, doit aussi le rattacher à la nation dont elle fait partie; enfin, il est avantageux pour l'enfant d'avoir la même nationalité que ses parents et d'être régi par la même loi ; on évite ainsi de sérieuses difficultés.

108. — III. — En théorie, le système du *jus sanguinis* est le meilleur et le plus rationnel ; en pratique, il présente, dans certaines circonstances, des inconvénients ; il est donc juste de ne pas l'appliquer exclusivement et de reconnaître aussi au lieu de naissance quelque influence sur la nationalité. La naissance de l'enfant dans un pays autre que celui de ses parents ne résulte pas toujours du hasard. Quelquefois, son père y sera définitivement établi ; l'enfant y aura été élevé, il y aura toujours résidé, en fait il n'en aura point d'autre. L'intérêt de l'enfant et celui du pays s'unissent pour demander qu'il en ait, en droit, la nationalité : l'enfant jouira des avantages qui y sont attachés et l'État pourra lui en faire supporter les charges. Du reste, il est dangereux pour un pays que les familles fixées sur son territoire, quelquefois depuis plusieurs générations, restent perpétuellement étrangères ; il est utile qu'elles se fondent promptement dans la masse des nationaux.

En résumé, les systèmes les plus satisfaisants, et qui concilient le mieux les exigences de la pratique avec celles de la théorie, sont ceux qui tiennent compte à la fois de la filiation et du lieu de naissance. On peut donner à l'enfant les moyens d'acquérir plus facilement la nationalité du pays où il est né : on peut même la lui conférer d'office, mais alors sans la lui imposer. L'enfant doit conserver le droit d'opter pour celle de ses parents, qui est sa nationalité naturelle ; autrement, on se heurte aux objections que soulève le *jus soli* et l'on risque d'attribuer à l'enfant deux nationalités : celle de ses parents et celle du lieu de sa naissance.

SECTION II. — *Loi française.*

109. — Dans l'ancien droit français, l'enfant a la nationalité du pays où il est né. L'enfant, né en France, est alors

français, même si ses parents sont étrangers. Réciproquement, on admit pendant longtemps que l'enfant né en pays étranger, même de parents français, était étranger. Mais, plus tard, la rigueur du principe fléchit sur ce point et on reconnut à cet enfant la nationalité française (1). Ainsi, avant la Révolution, sont français d'origine : 1° tout enfant né en France, *jure soli* ; 2° tout enfant né en pays étranger de parents français, *jure sanguinis*.

Ces règles furent maintenues par le droit intermédiaire. Elles étaient également reproduites dans le projet du Code civil, dont l'article 2 portait : « Tout individu né en France est français », et l'article 3 : « Tout enfant né d'un français en pays étranger est français. » Cette dernière disposition fut admise sans difficulté. L'opposition du Tribunat fit rejeter la première. On observa que le *jus soli* était une conséquence du régime féodal et devait disparaître avec lui, et qu'aucun lien ne rattacherait à la France l'enfant que le hasard y aurait fait naître, mais qui l'aurait quittée aussitôt après sa naissance ; enfin on considéra la nationalité française comme un bienfait qu'on ne devait pas prodiguer ; on ne devait pas la conférer à des individus, domiciliés en pays étranger, qui en réclameraient les avantages, tandis que leur éloignement les soustrairait à ses charges. Il suffisait donc d'offrir la nationalité française aux individus nés en France, sans la leur imposer, et à la double condition qu'ils manifestent la volonté de l'acquérir et fixent leur domicile en France.

110. — Tel fut le système du Code civil. Tout enfant né d'un français, même en pays étranger, est français (art. 10, §1). — L'individu né en France d'un étranger peut, dans l'année qui suivra sa majorité, réclamer la qualité de français, pourvu qu'il déclare son intention de fixer son domicile en France et qu'il l'y établisse effectivement (art. 9).

En théorie, le système était excellent, mais l'expérience en révéla les inconvénients pratiques et montra que le danger n'était pas là où on avait cru le voir.

Dans le Code civil, la condition de l'étranger était encore

(1) Pothier, *Des personnes et des choses*, nos 43, 45, 47.

notable ment inférieure à celle des français ; en particulier il était incapable de succéder ou d'acquérir à titre gratuit. On pouvait donc supposer que son intérêt même le pousserait suffisamment à réclamer la qualité de français. Mais la loi du 14 juillet 1819 a fait disparaître cette incapacité ; la loi de 1867 a aboli la contrainte par corps : la condition des étrangers est donc devenue à peu près égale à celle des français. Sans doute, les droits politiques et quelques droits civils leur manquent, mais leur privation est moins sensible que le poids des charges qui les balancent, surtout du service militaire ; si bien que les étrangers nés et domiciliés en France, trouvaient plutôt leur intérêt à ne pas acquérir la nationalité française. D'autre part, ceux mêmes qui l'auraient acceptée volontiers omettaient par négligence, quelquefois par ignorance, de remplir la formalité nécessaire pour la réclamer. Ainsi, fort peu d'individus bénéficiaient de l'article 9 du Code civil. Beaucoup de familles étrangères s'établissaient en France et les générations s'y succédaient, sans jamais devenir françaises ; en outre, ces individus, souvent en droit, plus souvent encore en fait, avaient cessé d'appartenir à leur ancienne patrie : ils se trouvaient ainsi n'avoir pas de nationalité et échapper partout aux obligations qu'elle impose.

111. — Cette situation anormale avait depuis longtemps attiré l'attention. Certains auteurs avaient cru lui trouver un remède dans une interprétation, suivant eux plus exacte, du Code civil. « J'inclinerais à décider, dit Demante, que la naissance sur le sol rendra français l'enfant auquel ses parents ne pourraient transmettre qu'un état négatif » (1). — C'est-à-dire dont les parents seraient sans nationalité. Et Proudhon considérait comme français de plein droit les enfants nés en France d'étrangers fixés dans ce pays à perpétuelle demeure, dont il qualifiait la situation du nom d'*incolat* (2). Ces systèmes étaient contraires à la lettre comme

---

(1) Demante, t. I, n° 18 *bis*, IV.

(2) Proudhon, *Etat des personnes*, t. I, pp. 190 et suiv. ; notamment p. 197.

à l'esprit du Code ; la loi seule pouvait apporter le remède désiré.

La loi du 7 février 1851 essaya de le faire. Elle décide que « tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né est français. » Elle ne lui impose cependant pas la nationalité française et lui laisse le droit de réclamer, à sa majorité, celle de ses parents ; cette réclamation rétroagit au jour de la naissance. En outre, la loi du 16 décembre 1874, pour éviter que ceux qui abdiquent la qualité de Français ne restent sans nationalité, les oblige à prouver qu'ils ont conservé celle de leurs parents.

112.—Ces deux lois donnèrent des résultats peu appréciables. Le nombre des étrangers résidant en France n'a cessé de s'accroître ; dans les départements voisins des frontières et en Algérie, ils forment des groupes assez denses pour n'être pas sans danger. D'autre part, depuis que le service militaire personnel est imposé à tous les français, l'immunité dont jouissent, à cet égard, les étrangers, constitue un privilège encore plus choquant au profit de ceux qui, nés en France, y sont définitivement établis. Cette situation a provoqué des plaintes et l'affluence des étrangers en France a vivement préoccupé l'opinion. Les uns ont proposé de prendre contre eux des mesures restrictives ; d'autres, avec plus de raison, ont pensé que, s'il convient d'en réduire le nombre, c'est surtout en en faisant des français. Cette idée a prévalu et inspiré, comme nous allons le voir, la loi du 26 juin 1889 (1).

La nationalité française est acquise tantôt par la filiation tantôt par la naissance sur le sol français.

§ 1.— Nationalité française conférée par la filiation *jus sanguinis*.

113. — Tout individu né, en France ou à l'étranger, de parents français est français (C. civ., art. 8, § 1). Dans l'application de la règle, il faut distinguer entre l'enfant légitime et l'enfant naturel.

---

(1) La facilité avec laquelle la nationalité française était acquise dans certains cas présentait des inconvénients que la pratique a révélés et auxquels la loi du 22 juillet 1893 cherche à remédier.

114. — A. Enfant légitime. — Deux difficultés peuvent se présenter : 1° les père et mère ne sont pas de même nationalité ; 2° le père a changé de nationalité entre la conception et la naissance de l'enfant.

a) Lorsque son père et sa mère ne sont pas de même nationalité, l'enfant suit celle de son père (1). L'hypothèse est, d'ailleurs fort rare, puisque la femme mariée suit la nationalité de son mari : il faut, pour qu'elle se présente, qu'un des auteurs de l'enfant ait changé de nationalité au cours du mariage.

b) Le père change de nationalité entre la conception et la naissance : à quel moment faut-il se placer, pour déterminer la nationalité de l'enfant ? La question est beaucoup plus douteuse et il est regrettable que la loi ne l'ait pas tranchée. Dans la pratique, on suit ici la règle : *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. L'intérêt de l'enfant est d'être français, il suffira donc, pour que cette nationalité lui appartienne, que le père l'ait eue lui-même, soit lors de la conception, soit lors de la naissance, soit à un moment intermédiaire (2).

Nous croyons préférable de s'attacher toujours au moment de la naissance. Si le Code applique quelquefois la règle : *infans conceptus*.., il ne la formule nulle part en termes généraux : elle n'est donc pas obligatoire pour nous. Ce n'est que par une fiction qu'on peut considérer l'enfant conçu comme vivant. En réalité, il ne compte dans la société qu'après sa naissance ; il est donc juste de ne lui attribuer une nationalité qu'à ce moment-là. Cette fiction aurait, d'ailleurs, en notre matière, plus d'un inconvénient : elle rendrait la nationalité incertaine ; il est difficile de déterminer avec précision l'époque de la conception, et l'on ne saurait appliquer ici les présomptions de l'article 312, faites pour la filiation et qui sont de droit étroit ; — elle attribue à l'enfant une nationalité différente de celle de son père, devenu étranger avant sa

---

(1) C'est l'opinion unanime. V. cep. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1, p. 429. Cpr. le même, *Droit civil international*, t. III, p. 183.

(2) Aubry et Rau, t, I. p. 231. note 2. Demolombe, t. 1, n° 51. De Folleville, *Naturalisation*, p. 262. Despagnet, p. 184. Surville et Arthuys, p. 52.

naissance, et cela, sous plus d'un rapport, est contraire à son intérêt ; — elle risque enfin d'attribuer à l'enfant deux nationalités : en France, on lui reconnaîtra la nationalité française, qui était celle de son père lors de la conception ; à l'étranger, par un raisonnement semblable, on lui reconnaîtra la nationalité que le père a acquise lors de la naissance. On évite ce conflit, en ne tenant compte que du moment de la naissance pour déterminer la nationalité d'origine (1).

115. — B. Enfant naturel. — L'enfant naturel reconnu, ou dont la filiation a été établie en justice, suit la nationalité de ses parents, ou de celui d'entre eux à l'égard de qui la filiation est prouvée. Mais il faut pour cela que la reconnaissance, volontaire ou judiciaire, soit intervenue pendant la minorité. Après la majorité, elle serait sans influence : l'enfant conserverait la nationalité qu'il a reçue à sa naissance, comme né de parents inconnus. La loi ne veut pas qu'il soit exposé à se voir enlever sa nationalité rétroactivement et contre sa volonté.

La nationalité de l'enfant naturel reconnu soulève les mêmes difficultés que celle de l'enfant légitime :

a) Quelle sera sa nationalité si les père et mère qui l'ont reconnu n'ont pas la même ? La question, qui peut se présenter assez fréquemment, était controversée. La loi de 1889 l'a résolue par une distinction : La preuve de la filiation a-t-elle été faite à l'égard du père et de la mère simultanément, par un même acte de reconnaissance ou un même jugement ? l'enfant suit la nationalité de son père. La preuve a-t-elle été faite à l'égard du père et de la mère par deux actes ou jugements séparés et successifs ? L'enfant suit la nationalité de celui de ses parents à l'égard de qui la preuve a d'abord été faite ; la reconnaissance qui surviendrait plus tard ne la changerait pas et, de cette façon encore, la nationalité de l'enfant naturel devient plus certaine.

b) A quel moment la nationalité de l'enfant naturel est-elle déterminée ? On peut considérer trois époques : la re-

---

(1) Weiss, *Nationalité*, pp. 57-59. Cogordan, *Nationalité*, p. 35. — Cass. Belgique, 17 avril 1887, Dal. 88.2.9 et la note de M. de Boeck.

connaissance, la naissance, la conception. La reconnaissance est déclarative ; elle constate la filiation, mais elle ne la crée pas. Ce n'est pas seulement à partir de ce moment et pour l'avenir que l'enfant prend la nationalité de ses parents; il est réputé rétroactivement l'avoir toujours eue ; il faut donc, pour la déterminer, remonter au moins jusqu'à sa naissance (1).

Faut-il se placer au moment de la naissance ou de la conception ? Nous retrouvons ici la discussion que nous avons déjà rencontrée : elle comporte les mêmes solutions.

§ 2. — Nationalité française conférée par la naissance en France. — *Jus soli*.

116. — Sont français, *jure soli* : 1° Les enfants nés en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue ; 2° Les enfants nés en France de parents étrangers, lorsque leurs parents y sont nés, ou qu'ils y sont domiciliés eux-mêmes à leur majorité.

117. — A. Enfants de parents inconnus. — Ce sont : 1° Les enfants naturels dont la filiation n'est pas légalement établie, même si leurs parents sont connus en fait ; 2° les enfants trouvés, dont les parents sont inconnus, en fait comme en droit. A moins de les laisser sans nationalité, il faut nécessairement leur attribuer celle du pays où ils sont nés. Il est d'ailleurs vraisemblable, lorsqu'ils sont nés en France, que leurs parents sont français. Aux enfants de parents inconnus, la loi assimile justement ceux dont les parents n'ont pas de nationalité connue.

118. — B. Enfants de parents étrangers. — Nous allons rencontrer ici les innovations principales de la loi de 1889. Elle divise en trois catégories les individus nés en France de parents étrangers : 1° les individus dont le père est lui-même né en France. Ils sont français de droit et définitivement, sans pouvoir abdiquer cette nationalité ; 2° les individus nés en France, mais dont le père n'y était pas né ;

(1) Weiss, *Nationalité*, p. 69, 70. Cogordan, *Nationalité*, p. 34.

ils sont français, lorsqu'ils sont domiciliés en France à leur majorité, mais ils peuvent réclamer la nationalité de leurs parents ; 3° les individus nés en France, mais qui n'y sont pas domiciliés à leur majorité : ils peuvent seulement réclamer la qualité de français.

Nous allons reprendre ces diverses catégories, mais après avoir fait trois observations qui leur sont communes : 1° La loi confère la nationalité française à des individus *nés* en France. Il ne leur suffirait donc pas d'avoir été conçus dans ce pays. La date et le lieu de la conception sont d'ailleurs trop sujets à l'incertitude.

2° Par la France, il faut entendre également ses colonies. On n'a jamais fait, à cet égard, de différence entre elles et la métropole. Au surplus, la loi de 1889 est expressément déclarée applicable à l'Algérie, à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion. Il en est autrement des pays soumis au protectorat de la France : Tunisie, Tonkin, etc. Malgré les liens étroits qui les unissent à notre pays, ils ont conservé une souveraineté distincte et ne font pas partie du territoire français.

3° Il suffit qu'à l'époque de la naissance le territoire où elle s'est produite fût uni à la France ; peu importe qu'il en ait été séparé par la suite (1). Mais la naissance sur un territoire étranger, plus tard réuni à notre pays, ne serait pas réputée avoir eu lieu en France : l'annexion, nous le verrons n'a pas d'effet rétroactif (2).

119. — I. — INDIVIDUS NÉS EN FRANCE D'UN ÉTRANGER QUI LUI-MÊME Y EST NÉ. — Ces individus sont français définitivement et sans condition. Ils n'ont plus le droit, que leur accordaient les lois de 1851 et 1874, d'opter pour la nationalité de leurs parents.

D'après la loi de 1889, il suffisait que l'un des deux auteurs de l'enfant fût né en France : soit le père, soit la mère. La question déjà controversée sous l'empire de la loi de 1851

---

(1) Cass. 7 décembre 1883, Dal., 84.1.209 et 8 avril 1891, Cl. 1892, p. 463.

(2) *Contra* Décision de la chancellerie, 17 novembre 1876, Cl. 1877, p. 10.

était généralement résolue en ce sens, c'est dans ce sens aussi que la cour de cassation l'avait récemment tranchée. (1) L'expression : *d'un étranger*, dont se servait la loi, employée sans autre précision, devait s'entendre également des deux sexes, de la mère aussi bien que du père.

Cette extension du *jus soli* a justement paru exorbitante et la loi du 22 juillet 1893 fait une distinction : Est-ce le père qui est né en France ? L'enfant sera définitivement français. Est-ce la mère ? L'enfant sera encore français de plein droit, mais il pourra, à sa majorité, opter pour la nationalité de son père.

L'enfant naturel reconnu sera définitivement français lorsque celui de ses auteurs dont il devrait suivre, *jure sanguinis*, la nationalité sera né en France.

Cette disposition, même ainsi modifiée, de la loi de 1889, est cependant critiquable. En enlevant à l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né le droit de réclamer la nationalité de ses parents, on se heurte aux inconvénients que présente l'application absolue du *jus soli*. Cet individu aura souvent deux nationalités et, s'il lui plaît de préférer, à celle qu'il tient de sa naissance en France, la nationalité de ses parents, s'il va fixer son domicile dans leur pays, la France n'aura aucun intérêt à le réclamer et, en le faisant, s'exposerait à des difficultés sérieuses. La loi serait plus facile à justifier, si la double naissance qu'elle exige prouvait nécessairement un établissement définitif de la famille en France ; mais il n'en est rien : l'une ou l'autre ou toutes les deux peuvent s'être produites en France par hasard. Le législateur a voulu établir une gradation : les enfants nés en France de familles établies dans ce pays doivent être français ; à la première génération, on leur permet de réclamer, s'ils la préfèrent, la nationalité de leurs parents ; à la seconde génération, ce droit d'option n'existe plus. Mais, dans le texte de la loi, cette gradation n'est pas observée. A

---

(1) Cass. (req.), 7 décembre 1891, Cl. 1892, p. 223. Cpr. Cass. (civ.), 12 avril 1892, Cl. 1892, p. 1170. — Weiss, *Nationalité*, p. 201. Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 754. Le Sueur et Dreyfus, *De la nationalité d'un individu né en France d'une étrangère qui elle-même y est née*, Cl. 1892, p. 78.

la première génération, il ne suffit pas que l'étranger soit né en France ; la loi exige qu'il y soit domicilié, non pas pour lui imposer, mais simplement pour lui offrir la nationalité française ; à la seconde génération, l'enfant né en France est définitivement français, et cependant la loi n'exige, ni de lui, ni de ses parents, aucune condition de domicile ; c'est une contradiction, ou tout au moins un défaut d'harmonie. Le plus simple, pour l'éviter, était de réserver le même droit d'option à tous les enfants nés en France de parents étrangers, sans distinguer suivant que leurs parents y étaient nés ou non. L'intérêt de la France n'exige pas davantage.

120. — II. — INDIVIDU NÉ EN FRANCE D'UN ÉTRANGER QUI N'Y EST PAS NÉ, ET QUI, A L'ÉPOQUE DE SA MAJORITÉ EST DOMICILIÉ EN FRANCE. — D'après le système du Code civil combiné avec la loi du 7 février 1851, l'individu né en France d'un étranger qui n'y était pas né, devait toujours, pour être français, réclamer expressément cette nationalité. La nouvelle loi distingue. Est-il domicilié en France à sa majorité ? Il est français de plein droit, mais il peut abdiquer cette nationalité, en réclamant formellement celle de ses parents. Est-il domicilié hors de France ? La règle ancienne est maintenue. Il peut seulement devenir français par une déclaration expresse et en fixant son domicile en France. Nous ne nous occupons, en ce moment, que de la première hypothèse.

Code civil, article 8 : « Sont français...

« 4° Tout individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France, à moins que dans l'année qui suit l'époque de sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de français... » Ainsi, en ce qui concerne les enfants d'étrangers, domiciliés en France, la situation ancienne est retournée. Autrefois, une déclaration expresse était exigée d'eux pour devenir français ; aujourd'hui, c'est pour cesser de l'être qu'une déclaration est nécessaire. On a pensé que cette même force d'inertie, qui s'exerçait naguère au détriment de la nationalité française, s'exercerait dorénavant à son profit.

Il résulte encore de l'article 8, 4° que la nationalité des enfants nés en France d'étrangers est subordonnée à deux conditions, agissant en sens inverse : ils sont français, s'ils sont domiciliés en France à leur majorité : c'est une condition suspensive ; mais ils ne le sont alors que sous une condition résolutoire : « à moins que, dans l'année qui suit sa majorité... il n'ait décliné la qualité de français. »

Trois questions appellent l'examen :

1° Quelle est la condition de l'individu né en France de parents étrangers pendant sa minorité, *pendente conditione* ?

2° Quelle est sa situation après sa majorité ; quel est, à son égard, l'effet de la condition accomplie ?

3° Comment peut-il abdiquer la nationalité française?

121. — A. Situation pendant la minorité. — L'enfant né en France d'un étranger est étranger de naissance et reste étranger pendant toute sa minorité. Il ne devient français qu'au moment où s'accomplit la condition qui tenait sa nationalité en suspens : au moment de sa majorité (1).

On pourrait concevoir un autre système. L'enfant né en France d'un étranger serait français de naissance et pendant sa minorité ; il perdrait cette nationalité, soit en transférant son domicile hors de France, soit par une déclaration expresse : ce serait une double condition résolutoire. Mais cette interprétation ne serait pas exacte. Les termes même de l'article 8 présentent le domicile en France comme une condition suspensive de la nationalité française ; donc, d'après les principes généraux, l'individu dont nous parlons doit être étranger. — L'article 9, § 9 (2) est également formel en ce sens : il donne aux enfants, nés en France d'étrangers, le droit d'acquérir, pendant leur minorité, la nationalité française ; il suppose donc nécessairement qu'elle ne leur appartient pas déjà. Enfin mieux vaut attribuer à ces enfants, pendant leur minorité, la nationalité de leurs parents ; on évite ainsi de sérieuses difficultés. De plus on ne leur attri-

---

(1) Cass. 9 décembre 1891, Cl. 1892, p. 690. — Weiss, *Nationalité*, p. 167-168. Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 160.

(2) L'article 9 C. civ., modifié par la loi du 22 juillet 1893, contient aujourd'hui dix alinéas.

bue une nationalité différente qu'au moment où ils peuvent déjà la décliner ; de la sorte, on n'en fait pas des français malgré eux.

122. — De ce que cet enfant est étranger pendant sa minorité, résultent les conséquences suivantes :

1° Son état et sa capacité sont régis par la loi étrangère ;

2° Il n'est pas soumis aux charges inhérentes à la qualité de français. Aussi l'article 11 de la loi militaire du 15 juillet 1889 décide qu'il sera porté sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de sa majorité (1).

3° Il ne jouit pas des droits attachés à cette qualité. Notamment, il ne peut être admis dans les écoles du gouvernement. Dans le but de leur en permettre l'accès, la loi du 16 décembre 1874 permettait aux jeunes gens, nés en France d'un étranger qui lui-même y était né, de renoncer d'avance à la faculté de réclamer la qualité d'étrangers à leur majorité. L'article 11 du décret du 13 août 1889 admet que les individus nés en France de parents étrangers pourront faire cette renonciation ; il est cependant assez difficile de comprendre qu'ils renoncent au droit de décliner une nationalité qui ne leur appartient pas encore. Nous verrons, du reste, que l'article 9, § 9 donne aux étrangers nés en France un moyen d'acquérir, pendant leur minorité, la nationalité française.

4° Sa condition est, à tous égards, la même que celle des

---

(1) Par une singulière inadvertance, l'article 11 de la loi du 15 juillet 1889, oubliant la loi sur la nationalité qui avait été promulguée le 26 juin précédent, se réfère à la législation antérieure. Ainsi, il suppose que les individus qu'il prescrit d'inscrire, après leur majorité, sur les tableaux de recensement sont des étrangers, et non pas qu'ils ont déjà acquis, par le seul fait de leur domicile fixé en France, la nationalité française. Néanmoins, les termes de l'article sont assez larges et assez formels pour s'appliquer à la situation qui nous occupe, bien qu'il ne l'ait pas expressément prévue. —V. sur l'antinomie entre la loi militaire et la loi sur la nationalité, Weiss, *La nouvelle loi sur la nationalité dans ses rapports avec le recrutement militaire*, Cl. 1890, p. 5.

autres étrangers ; ainsi, il peut être expulsé de France par mesure administrative. (1)

123. — B. Situation après la majorité. — Lorsque l'enfant, né en France d'un étranger qui n'y est pas né, est domicilié en France à sa majorité, la condition à laquelle sa nationalité était subordonnée se trouve accomplie : il est français de plein droit.

L'enfant est donc français : 1° lorsqu'il est légalement domicilié en France, c'est-à-dire lorsque son père ou son tuteur y ont eux-mêmes leur domicile. Peu importe qu'il réside hors de France. Le texte de la loi est formel et la fraude serait trop facile, si, pour en éluder l'application, il suffisait d'aller, à l'époque de la majorité, habiter momentanément hors de France ; 2° lorsqu'il a en France un domicile de fait. Ceux que la loi a voulu atteindre et déclarer français de plein droit, ce sont les enfants nés en France qui sont fixés dans notre pays et l'habitent effectivement à l'époque de leur majorité, bien qu'ils n'y aient pas leur domicile, au sens juridique du mot, parce que celui de leurs parents ou tuteurs est établi en pays étranger. « La résidence permanente équivaut au domicile. » (2)

124. — La nationalité française n'est-elle acquise que pour l'avenir, ou l'est-elle rétroactivement et pour le passé ? L'individu, né et domicilié en France, ne sera-t-il français que du jour de sa majorité, ou sera-t-il réputé l'être depuis sa naissance ?

Suivant une opinion, la nationalité française ne serait acquise que pour l'avenir. Ce système serait, en effet, le plus simple ; il échapperait aux complications, inévitables avec la rétroactivité, fiction contraire à la réalité des choses ; il aurait de plus le mérite de mettre l'harmonie entre deux textes, qu'il est sans cela bien difficile de concilier : l'arti-

---

(1) Cass. 19 décembre 1891, *sup. cit.*

(2) 2e rapport supplémentaire de M. A. Dubost à la Chambre des députés. *Officiel*, Documents parlementaires, 1889, p. 576. — Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.*, p. 166. Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 759. — *Contra* Weiss, *Nationalité*, p. 130-131.

cle 8, 4° et l'article 9, § 9. L'étranger né en France ne pourrait jamais acquérir la nationalité française que pour l'avenir : de plein droit, s'il est domicilié en France ; par une déclaration expresse, au cas contraire. Il peut de plus l'acquérir, par anticipation, pendant sa minorité, au moyen d'une déclaration formelle (1).

Nous croyons, cependant, que ce système n'est conforme ni au texte, ni à l'esprit de la loi.

Aux termes de l'article 8, 4°, est français, tout individu qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France ; cela équivaut à dire qu'il est français s'il est domicilié en France, c'est-à-dire sous condition suspensive. Or, suivant la règle générale, la condition suspensive accomplie a un effet rétroactif. Aussi, l'article 8 range-t-il évidemment cet individu parmi les français de naissance et l'article 20, qui indique les diverses hypothèses où la qualité de français n'est acquise que pour l'avenir, (art. 9, 10, 18 et 19) ne vise point celle qui nous occupe. Il est difficile de voir là un oubli. L'article 9, relatif aux étrangers qui réclament à leur majorité la qualité de français, ne figurait pas primitivement dans l'énumération de l'article 20 ; il y a été ajouté par la loi nouvelle, pour trancher une controverse. Si l'on avait voulu appliquer aux étrangers domiciliés la même règle qu'aux étrangers non domiciliés et ne conférer aux uns et aux autres la nationalité française que pour l'avenir, ou bien le même article 9 aurait prévu les deux cas, ou bien l'article 20 eût renvoyé à l'article 8 comme à l'article 9.

Enfin, plusieurs passages des travaux préparatoires manifestent en ce sens la volonté du législateur. « Quant à celui qui est né en France d'un étranger qui n'y est pas lui-même né, la qualité de français lui appartient *de par sa naissance sur notre sol.* » (2) « Le principe du projet est que tout individu né en France est français. » (3) Cela ne veut pas

---

(1) Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.*, p. 665. Stemler, *Application pratique de la nouvelle loi sur la nationalité par l'administration*, Cl. 1890, p. 562.

(2) Rapport de M. A Dubost à la Chambre des députés. *Officiel*, Documents parlementaires, 1887; p. 231.

(3) Discours de M.M. Lecomte à la Chambre : Séance du 16 mars 1889.

dire, sans doute, qu'il est français dès l'instant de sa naissance, mais cela signifie au moins qu'il doit être réputé français de naissance, lorsque la condition qui tenait en suspens sa nationalité est accomplie. (1).

125. — Cette rétroactivité produit, entre autres, les conséquences suivantes : l'état et la capacité de l'individu né et domicilié en France seront considérés comme ayant été régis, pendant sa minorité, par la loi française ; — le mariage qu'il aura contracté à cette époque sera valable, s'il a satisfait aux conditions de la loi française, même s'il a violé celles de la loi étrangère ; — la femme étrangère, qu'il aura épousée, sera devenue française ; — ses enfants seront français d'origine.

126. — C. Abdication de la nationalité française. — L'étranger né en France, domicilié dans ce pays à sa majorité, est français de plein droit, mais sous condition résolutoire : « à moins que, dans l'année qui suit sa majorité,... il n'ait décliné la qualité de français. »

Quels sont les conditions et les effets de cette abdication ?

127. — *a*) *Conditions*. 1° Elle résulte d'une déclaration expresse, reçue, en France, par le juge de paix, à l'étranger par les agents diplomatiques ou consulaires français.

2° Elle doit être faite dans l'année qui suit la majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un individu du sexe masculin, cette année ne lui est pas laissée tout entière. Il est appelé au tirage au sort dans le cours de cette même année qui suit sa majorité, et c'est au moment de cet appel qu'il doit réclamer la qualité d'étranger, en faisant les justifications que nous allons indiquer. S'il s'en abstient, il accepte par là même la nationalité française et renonce dès lors au droit de la décliner. La loi cependant ne le dit pas expressément. L'article 11 de la loi militaire, qui se réfère à l'ancienne législation, n'a pas prévu cette situation nouvelle. L'article 9, § 10 du Code civil :

(1) Weiss, *Nationalité*; p. 165. Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 759, 760.

« Il devient également français si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations du recrutement sans exciper de son extranéité » s'applique à des individus non domiciliés en France et qui ne deviennent français que par une déclaration formelle ; mais sa formule est assez large pour s'appliquer même à un individu domicilié en France et français de plein droit ; sans doute, il ne devient pas français, puisqu'il l'est déjà, mais il le devient d'une façon définitive en perdant le droit d'abdiquer cette nationalité. Du reste, si, en prenant part aux opérations du recrutement, un étranger devient français, à bien plus forte raison un individu, déjà français sous condition résolutoire, doit-il faire défaillir cette condition et rendre irrévocable en lui la qualité de français (1).

3° L'individu qui décline la nationalité française doit prouver qu'il a conservé celle de ses parents, par une attestation en due forme de son gouvernement. Il ne faut pas qu'il reste sans nationalité. Il ne sera pas toujours facile de satisfaire à cette exigence, parce qu'aucune autorité étrangère n'aura compétence pour délivrer l'attestation dont parle la loi (2). Un arrangement est intervenu à cet égard, entre la France et l'Angleterre, afin d'arrêter les termes du certificat que le ministre de l'intérieur anglais fournira à ses nationaux (3).

4° Il doit produire, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux conformément à la loi militaire de son pays. Il ne faut pas que les étrangers nés et résidant en France puissent échapper au service militaire, tout à la fois, en France et au lieu de leur origine. Mais cette preuve ne sera pas exigée si leur loi nationale ne les soumet pas au service militaire (4).

---

(1) *Sic* Cogordan, *Nationalité*, p. 97-98. Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 764. Despagnet, Journal *le Droit*, 19 octobre 1889. Cpr. Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.* p. 242. — *Contra*, Weiss, *Nationalité*, p. 173.

(2) D'après un avis du conseil d'Etat, ce certificat devrait être demandé aux agents diplomatiques étrangers. Cl. 1891, p. 135, *Questions et solutions pratiques.*

(3) Cl. 1892 p. 1243, et suiv.

(4) Cf. formule du certificat délivré, en Angleterre, par le ministre de l'intérieur. Cl. 1892, p. 1245.

5° La déclaration doit être, *à peine de nullité*, enregistrée au ministère de la justice. L'enregistrement peut être refusé, si les conditions requises pour l'abdication de la nationalité française n'ont pas été remplies ; mais l'intéressé peut se pourvoir devant les tribunaux judiciaires, seuls compétents pour statuer sur l'état des personnes. (Loi du 22 juillet 1893. C. civ. art. 9).

127 *bis*. — *b*) *Effets*. — La déclaration régulière, accompagnée des justifications requises, fait perdre à l'individu né en France la qualité de français, non seulement pour l'avenir, mais rétroactivement dans le passé. Il résulte bien du texte qu'il est français sous condition résolutoire : « à moins qu'il ne décline cette qualité. » Du reste, il faut que l'option laissée à ces individus ait les effets les plus étendus, pour que, à aucun moment, ils n'aient été français malgré eux.

128. — III. — INDIVIDU NÉ EN FRANCE D'UN ÉTRANGER QUI N'Y EST PAS NÉ, ET QUI N'EST PAS DOMICILIÉ EN FRANCE A SA MAJORITÉ. — Avec l'article 9, nous traiterons successivement :

1° Des majeurs ;
2° Des mineurs ;
3° Des conséquences du service militaire accompli en France pour les uns et les autres.

129. — **A. Majeurs.** — L'ancien texte de l'article 9, combiné avec la loi de 1851, donnait à tout indivividu né en France d'un étranger qui n'y était pas né, le droit de réclamer, après sa majorité la nationalité française. La nouvelle rédaction ne parle plus que de l'étranger non domicilié en France à sa majorité ; l'étranger domicilié est français de plein droit ; la règle générale est devenue l'exception.

A quelles conditions est alors subordonnée l'acquisition de la nationalité française ? Quel en est l'effet ?

130. — *a*) *Conditions*. — 1° L'étranger qui veut acquérir la nationalité française doit faire une double déclaration : il doit d'abord, devant les agents diplomatiques ou consulai-

res de France, faire sa soumission (c'est-à-dire prendre l'engagement) de fixer son domicile en France ; — après l'y avoir établi, il doit déclarer, devant le juge de paix du canton où il réside, qu'il réclame la qualité de français ;

2° Il doit effectivement établir son domicile en France dans l'année qui suit l'engagement qu'il a pris.

Le législateur n'a pas prévu le cas où l'étranger fixerait son domicile en France après sa majorité, mais avant l'expiration de l'année qui la suit. Il lui suffit, alors, pour acquérir la nationalité française, de la réclamer devant le juge de paix, en justifiant qu'il a son domicile en France. Il n'a point à prendre l'engagement d'établir ce domicile, puisqu'il l'a déjà fait, et que, d'ailleurs, cette soumission, reçue par les agents diplomatiques ou consulaires, ne saurait avoir lieu en France ;

3° La soumission de domicile doit être faite avant l'âge de 22 ans, c'est-à-dire avant l'expiration de l'année qui suit la majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française.

La date de la soumission sert de point de départ à un nouveau délai, accordé pour établir le domicile en France et réclamer la qualité de français. Cette dernière déclaration peut donc être différée presque jusqu'à 23 ans (1).

L'ancien article 9 parlait, sans préciser autrement, de l'année qui suit la majorité. L'âge devait-il en être déterminé par la loi étrangère ou par la loi française ? En se prononçant dans ce dernier sens, la loi nouvelle adopte la solution la moins rationnelle. Celui qui réclame la nationalité française est, jusqu'à ce qu'il l'ait acquise, étranger. La loi étrangère régit donc son état et sa capacité ; elle seule devrait fixer l'âge de la majorité. Comme, dans plusieurs pays, il est plus reculé qu'en France, il arrivera qu'un jeune homme aura perdu le droit de réclamer la qualité de français à un âge où, toujours soumis à l'autorité de ses parents ou de son tuteur, il n'était pas encore libre de la demander. Mais le législateur, comme de parti pris, n'a tenu aucun compte des lois étrangères.

---

(1) Weiss, *Nationalité*, p. 103. Cogordan, *Nationalité*, p. 82. Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 135. — V. cep. Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 836.

4° La déclaration à l'effet de réclamer la nationalité française doit être, à peine de nullité, enregistrée au ministère de la justice : l'enregistrement peut être refusé, soit lorsque la réclamation est irrégulière, sauf alors recours devant les tribunaux judiciaires, soit pour cause d'*indignité*. L'enregistrement, dans ce dernier cas, est refusé par un décret rendu sur l'avis *conforme* du conseil d'État. L'intéressé est admis à présenter devant le conseil des mémoires justificatifs. C'est là l'innovation la plus grave de la loi du 22 juillet 1893 ; il en résulte, en effet, que ,dans le cas prévu par l'article 9 et l'article 10, l'acquisition de la nationalité française n'est plus un droit absolu.

131. — *b*) *Effets*. — La réclamation de la nationalité française la fait acquérir pour l'avenir seulement. L'ancien texte du Code civil laissait la question indécise et la jurisprudence se prononçait habituellement dans le sens de la rétroactivité. Le nouvel article 20 tranche, avec raison, croyons-nous, la controverse en sens contraire.

La nationalité française est acquise du jour de la déclaration et non pas seulement à l'expiration du délai imparti à l'administration pour refuser l'enregistrement.

Au surplus, l'acquisition de la nationalité française produit ici les mêmes effets que dans tout autre cas : nous les retrouverons en parlant de la naturalisation.

132. — B. Mineurs. — D'après l'avant-dernier paragraphe de l'article 9, les mineurs nés en France, ont, par l'intermédiaire de leurs représentants légaux, le droit de réclamer la nationalité française. C'est une innovation de la loi de 1889. Le Code civil et la plupart des lois postérieures consacraient, expressément ou tacitement, le principe opposé. Les mineurs étaient absolument incapables de changer de nationalité. Ils ne pouvaient ni acquérir, ni perdre la nationalité française. Ils ne pouvaient l'acquérir par eux-mêmes, parce que, dans notre droit, les mineurs sont incapables d'accomplir eux-mêmes les actes de la vie civile; leurs pères ou tuteurs ne pouvaient l'acquérir en leur nom, parce que le changement de nationalité est un acte personnel et libre, pour lequel les représentants du mineur ne peuvent le remplacer, ni substituer leur volonté à la sienne. Aussi, les

divers textes relatifs à l'acquisition de la nationalité française exigeaient que l'étranger qui la réclame ou la sollicite fût déjà majeur. C'était, en particulier, ce que décidait l'article 9 : « Tout individu né en France d'un étranger pourra, *dans l'année qui suivra sa majorité*, réclamer la qualité de français ».

Cette incapacité absolue du mineur n'était pas sans inconvénient. Elle lui fermait, ou lui rendait très difficile, l'accès des écoles du gouvernement. Aussi plusieurs lois assez récentes l'avaient partiellement atténuée, en permettant à certains mineurs, soit de renoncer par anticipation au droit d'abdiquer la nationalité française (loi du 16 décembre 1874), soit même de la réclamer (lois du 14 février 1882 et du 28 juin 1883), en vue de s'enrôler dans l'armée ou d'entrer dans les écoles du gouvernement. Ce n'étaient là que des exceptions, admises en faveur de catégories strictement déterminées et pour un but particulier. La règle générale subsistait. Notamment, elle n'avait subi aucune modification dans le cas prévu par l'article 9, pour les enfants nés en France de parents étrangers.

La loi de 1889 a transformé l'exception en règle générale. Tous les étrangers qui ont, à un titre ou à un autre, le droit de réclamer la nationalité française, peuvent en user pendant leur minorité, quel que soit le but qu'ils se proposent. Il en est ainsi, en particulier, des individus nés en France de parents étrangers. Des raisons pratiques très sérieuses ont fait écarter ici la rigueur des principes ; toutefois le système adopté n'est pas, nous le verrons, à l'abri de toute critique.

Nous ne nous occupons, en ce moment, que des mineurs nés en France de parents étrangers. Les dispositions qui les concernent sont obscures et il est difficile de déterminer exactement leur situation. Nous rechercherons : 1° Quels mineurs ont le droit de réclamer la nationalité française ? 2° A quelles conditions cette réclamation est soumise ? 3° Quels en sont les effets ?

133. — *a) Quels mineurs ont le droit de réclamer la nationalité française* ? D'après le neuvième paragraphe de l'article 9, l'individu qui peut, avant l'âge de 21 ans, récla-

mer la nationalité française, est le même dont il est question dans le paragraphe 1er, c'est-à-dire celui qui n'est pas domicilié en France à sa majorité. Nous rencontrons aussi cette assertion dans les rapports présentés à la Chambre des députés et au Sénat (1). Ce n'est cependant que par inadvertance qu'on a pu la produire. Le mineur qui aurait le droit de réclamer la nationalité française serait celui qui, né en France, n'y est pas domicilié à sa majorité : cette proposition renferme une véritable contradiction : comment savoir si le mineur sera domicilié en France à sa majorité ?

Tous les mineurs nés en France, qu'ils y soient ou non domiciliés, peuvent réclamer la nationalité française ; tous sont étrangers, tous ont le même intérêt, tous doivent avoir le même droit ; il n'y aurait aucune raison pour refuser aux uns la faculté qu'on accorderait aux autres. Le plus souvent même, ce sont les mineurs actuellement résidant en France qui auront intérêt à devenir français (2).

134. — *b*) *Conditions.* — 1° Le mineur doit avoir son domicile en France ou venir l'y fixer. Comme nous l'avons déjà dit, il satisfait également à cette condition, soit qu'il ait en France son domicile légal avec son père ou son tuteur, soit qu'il y ait seulement sa résidence habituelle. La loi n'exige pas ici la soumission préalable, relative à l'établissement du domicile, précisément sans doute parce que le mineur n'a pas, au sens légal du mot, de domicile indépendant (3). 2° La réclamation de la nationalité française suffira donc. Elle sera faite, au nom de mineur, « par son père ; en cas de décès, par sa mère ; en cas de décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les articles 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par la délibération du conseil de famille » (art. 9).

---

(1) 2e Rapport supplémentaire de M. A. Dubost. Chambre, Documents parlementaires, 1889, p. 576. Rapport de M. Delsol. Sénat, Documents parlementaires, 1887, p. 234.

(2) Cogordan, *Nationalité*, p. 100. Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 765. — V. aussi circulaire du garde des sceaux, 23 août 1889, Cl. 1889, p. 753.

(3) Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, p. 838. Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 136. — *Contra* Weiss, *Nationalité*, p. 130, 132.

La loi mérite ici plusieurs critiques : 1° Le mineur ne peut être représenté dans tous les actes de la vie civile. Ses représentants ne peuvent faire pour lui ceux qui engagent sa personne et supposent, de sa part, une appréciation individuelle et libre, comme le mariage, le contrat de mariage, le testament, la reconnaissance d'enfant naturel. Or le changement de nationalité est un acte qui engage la personne et doit être essentiellement libre ; il est donc, par sa nature, de ceux où le père et le tuteur ne peuvent représenter le mineur. Il aurait mieux valu admettre que le mineur, à partir d'un certain âge, ferait lui-même sa réclamation, avec l'assistance de ses parents ou de son tuteur.

C'est un système analogue que suit déjà la loi française pour certains actes : le mariage, le contrat de mariage, le testament (1) ; c'est le système qu'avaient adopté, pour l'acquisition de la nationalité française, les lois de 1874, 1882, 1883 ; c'est celui que vient de consacrer, en Belgique, une loi du 16 juillet 1889, qui a modifié l'article 9 du Code civil. Elle permet aux mineurs de réclamer eux-mêmes la nationalité belge, à partir de l'âge de 18 ans, avec le consentement du père, ou, à son défaut, de la mère, ou, à défaut de père et mère, avec l'autorisation des personnes qui doivent consentir au mariage.

2° Il est une autre critique plus grave. Ici encore, le législateur n'a tenu aucun compte des lois étrangères. Il donne au mineur le droit d'acquérir la nationalité française ; il donne le pouvoir de la réclamer en son nom à son père, à son tuteur et à son conseil de famille. Or le mineur est encore étranger. C'est la loi étrangère qui le régit et généralement elle ne lui accorde pas la capacité de changer de nationalité. La même loi règle les attributions de son tuteur et organise sa tutelle, d'une façon souvent très différente de la loi française. Fréquemment donc, le mineur sera devenu français, sans perdre sa nationalité d'origine : il aura deux nationalités, ce qui est un inconvénient grave. Parfois même, il sera impossible, en fait, de se conformer au texte de l'article 9. Comment y parvenir, si, dans le pays du mineur, il n'y

(1) Avec cette observation qu'aucune assistance n'est nécessaire pour le testament.

a pas de conseil de famille ? Il eût été bien préférable, en pratique comme en théorie, de s'en rapporter à la loi étrangère pour régler les conditions dans lesquelles le mineur serait représenté ou habilité, mais la loi française n'a pas voulu le faire.

135. — *c*) *Effets.* — La déclaration faite au nom du mineur lui confère la nationalité française d'une façon irrévocable. Il ne pourra donc plus user du droit que lui confère l'article 8, 4° et la décliner après sa majorité (1). Il ne l'acquiert que pour l'avenir (art. 20). Mais nous rencontrons ici une grave difficulté. Le mineur, qui a déjà réclamé et acquis pour l'avenir la nationalité française, sera domicilié en France à sa majorité ; ne va-t-il pas se trouver dans le cas prévu par l'article 8, 4° et ne faudra-t-il pas admettre qu'il sera dès lors français, non plus seulement pour l'avenir, mais rétroactivement et dès sa naissance ?

Nous ne le pensons pas. La vérité est que ces deux textes (art. 8, 4° et art. 9, § 9) sont inconciliables ; ils appartiennent à deux systèmes législatifs différents, qui ont été successivement adoptés dans la préparation de la loi : on a négligé de les mettre d'accord. En présence de cette antinomie, il faut appliquer chacun d'eux séparément à l'hypothèse qu'il prévoit. L'article 8, 4° ne s'applique pas à un individu qui a déjà réclamé la qualité de français par l'intermédiaire de ses représentants légaux. Celui-là est régi uniquement par l'article 9 : il n'a acquis la nationalité française que pour l'avenir.

136. — La solution contraire résulterait pourtant du décret du 13 août 1889 (art. 11), aux termes duquel « la renonciation du mineur à la faculté qui lui appartient, par application de l'article 8 § 4.... du Code civil, de décliner à sa majorité la nationalité française, est faite en son nom par les personnes désignées dans l'article 9 du Code civil ». Cette disposition semble bien signifier que la renonciation placerait, dès à présent, le mineur dans la même situation que s'il avait laissé passer l'année qui suit sa majorité, sans dé-

(1) Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.*, p. 137. Vincent, *op. cit.*, p. 766. — *Contra* Weiss, *Nationalité*, p. 131.

cliner la qualité de français : c'est-à-dire qu'il serait réputé français de naissance.

Mais la loi ne parle nulle part de cette renonciation et ne peut pas en parler, car les étrangers nés en France ne sont pas français pendant leur minorité ; comment donc renonceraient-ils à décliner une nationalité qui ne leur appartient pas encore ? Le seul droit des mineurs est celui que leur donne l'article 9. En réclamant, en leur nom, la nationalité française, leurs parents, par là même, renoncent pour eux à la décliner ; mais le décret n'a rien pu changer ni ajouter à la loi ; il n'a pas pu conférer aux mineurs une faculté qu'elle ne leur donnait pas. Par conséquent, la renonciation au droit de décliner la qualité de français serait sans efficacité, si la réclamation formelle de cette nationalité ne l'accompagnait pas ; et d'autre part, la réclamation, même jointe à une renonciation expresse, n'a point d'effet dans le passé, mais pour l'avenir seulement. (1)

137. — C. Conséquences du service militaire. — Le dernier alinéa de l'article 9 est ainsi conçu : « Il devient également français, si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité.. » Il s'agit ici des individus dont il est question dans les deux paragraphes précédents : des majeurs et des mineurs. D'autre part, l'article 11 de la loi militaire décide que les étrangers nés et résidant en France sont portés sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française. « S'ils ne réclament pas, le tirage au sort équivaudra pour eux à la réclamation prévue par l'article 9 du Code civil. S'ils se font rayer, ils sont immédiatement déchus du bénéfice dudit article. » Cette disposition vise, cela n'est pas douteux, l'ancien article 9 du Code civil ; au premier abord, elle semble aussi d'accord avec la nouvelle rédaction ; mais cette harmonie n'est qu'apparente. L'article

---

(1) La formule arrêtée par la chancellerie, pour la déclaration que doivent faire les parents du mineur, réunit la réclamation de la nationalité française et la renonciation à la faculté de la décliner ; à vrai dire cette renonciation expresse est inutile. *Quod abundat non vitiat.*

11 de la loi militaire s'applique à des individus *majeurs* et résidant en France ; l'article 9, § 10 du Code civil s'applique soit à des *mineurs*, soit à des majeurs *ne résidant pas en France*.

Nous n'insisterons pas sur cette discussion. Le dernier alinéa de l'article 9 sera d'ailleurs d'une application rare. Il faut supposer une erreur administrative, pour que des étrangers mineurs ou des étrangers majeurs, mais ne résidant pas en France, soient inscrits sur les tableaux de recensement (1). Voici, à mon avis, les meilleures solutions :

1° Un étranger né, mais ne résidant pas en France, est, dans l'année qui suit sa majorité, inscrit sur les tableaux de recensement. S'il ne proteste pas, il devient français (Code civil, art. 9) ; s'il excipe de son extranéité pour se faire rayer, il perd aussitôt le droit de réclamer la nationalité française. Cela résulte des termes, largement interprétés, de la loi militaire et l'on ne peut en faire entière abstraction.

2° Un étranger né en France, y résidant ou non, est inscrit, avant sa majorité, sur les tableaux de la classe à laquelle il appartient par son âge. Il acquiert aussitôt la qualité de français, s'il n'excipe pas de son extranéité (2). Cette acquisition a le même effet que si elle résultait d'une déclaration formelle, c'est-à-dire qu'elle ne se produit que pour l'avenir. S'il se fait rayer, est-il déchu de ses droits à la nationalité française ? Je ne le pense pas. L'article 11 de la loi militaire déclare déchu du bénéfice de l'article 9 du Code civil celui qui se fait rayer après sa majorité ; on ne saurait étendre cette déchéance à celui qui a été inscrit, par erreur, avant sa majorité. Il serait d'ailleurs excessif d'attacher une pareille conséquence à l'acte d'un mineur, incapable d'avoir une volonté juridiquement efficace. Le mineur qui aurait excipé de son extranéité pour faire opérer sa radiation pourra donc,

---

(1) La loi du 25 mars 1849 permettait à l'étranger né en France de réclamer la qualité de français, même après sa majorité, s'il avait servi dans les armées françaises de terre ou de mer ou satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité. Pour que cette seconde hypothèse pût se produire, il fallait nécessairement que l'étranger eût été inscrit par erreur sur les tableaux du recensement.

(2) Le Sueur et Dreyfus., *Nationalité*, p. 143. — *Contra* Weiss, p. 118. Cpr. Vincent, *op. cit.*, p. 862.

dans l'année qui suivra sa majorité, réclamer la qualité de français, en venant fixer son domicile en France ; il devra alors se soumettre aux obligations militaires (1). A plus forte raison sera-t-il français de plein droit si, lors de sa majorité, il est domicilié en France, sauf à décliner alors cette nationalité, suivant les conditions que nous avons indiquées.

§ 3. — Preuve de la nationalité d'origine.

138. — La loi n'a point organisé de mode de preuve spéciale pour la nationalité.

A. — Lorsque c'est la naissance sur le sol français qui a conféré la nationalité française, il faut, pour faire la preuve, produire l'acte de naissance, qui doit indiquer le lieu où elle s'est produite.

L'enfant de parents inconnus n'aura pas à fournir d'autre justification.

L'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né devra produire, avec le sien, l'acte de naissance de celui de ses parents qu'il prétendra être né en France.

L'enfant né en France d'un étranger et domicilié en France à sa majorité, devra justifier du lieu de sa naissance et prouver qu'il était bien domicilié en France à sa majorité, en invoquant les diverses circonstances qui servent, d'ordinaire, à établir le domicile. Ce serait à la personne qui prétendrait que cet individu n'est pas français, à prouver son assertion, en produisant la déclaration par laquelle il aurait abdiqué cette nationalité.

B. — Lorsqu'un individu se prétend français par sa filiation, il semblerait qu'il dût justifier que tous ses ascendants paternels, aussi haut qu'on remonte, ont été français.

En réalité, la preuve est plus simple. Elle peut se faire par la possession d'état. Il lui suffira d'établir que lui-même, son père et ses ascendants paternels encore vivants ont constamment joui de la nationalité française. Depuis la loi de 1851, il lui suffira même de prouver, s'il est né en France, que l'un de ses auteurs y était également né (2).

C. — Quant à l'étranger né en France qui aura réclamé la

---

(1) Cpr. Nancy, 8 juillet 1890, Sir. 1891, 2. 272 et Cass. 26 octobre 1811, Cl. 1891, p. 1226.

(2) Aubry et Rau, p. 233, 235 et les notes.

qualité de français dans le cas prévu par l'article 9, et qui n'est pas d'ailleurs un français d'origine, il prouvera sa nationalité au moyen de la déclaration faite devant le juge de paix.

139. — Toutes les déclarations à l'effet d'acquérir ou d'abdiquer la nationalité française doivent, nous l'avons vu, être enregistrées au ministère de la justice ; cette formalité qui, d'après la loi de 1889, n'avait d'autre but que d'assurer la conservation de ces actes et d'en faciliter la preuve, est aujourd'hui prescrite à peine de nullité. Il faudra donc toujours justifier qu'elle a été remplie. Toutefois, il appartient aux tribunaux judiciaires de décider si le refus d'enregistrement est fondé (1) ; et, si l'enregistrement avait eu lieu, les intéressés pourraient toujours contester, devant les mêmes tribunaux que la nationalité eût été régulièrement acquise.

SECTION III. — *Législations étrangères.*

140. — Sans donner de longs détails, nous voulons faire ressortir les principes qui ont inspiré les lois des peuples civilisés, dans la détermination de la nationalité d'origine. Ces lois doivent se diviser en deux grandes catégories, suivant qu'elles se rattachent au *jus sanguinis* ou au *jus soli* et font de la filiation ou du lieu de naissance le fondement de la nationalité d'origine.

141. — PREMIÈRE CATÉGORIE. — *Législations qui déterminent la nationalité d'origine par la filiation.*

Ce sont, en Europe, les plus nombreuses, mais celles même qui ont ce point de départ commun offrent entre elles d'importantes différences. On peut les subdiviser en trois groupes.

A. — Les unes ne tiennent compte que de la filiation exclusivement. L'enfant de parents étrangers n'a jamais, de droit, la nationalité du pays où il est né, ni aucune facilité

---

(1) Loi du 22 juillet 1893 ; Code civil, article 9. — Antérieurement la Cour de cassation avait décidé que le ministre de la justice n'était pas juge de la déclaration qui lui était transmise et ne pouvait, par son refus de l'enregistrer, préjudicier aux droits du requérant, 28 octobre 1891, Cl. 1891, p. 1246.

particulière pour l'acquérir. C'est le système suivi en *Autriche-Hongrie*, en *Allemagne*, en *Suisse* (1) et en *Suède*.

142. — B. — D'autres Etats facilitent aux enfants d'étrangers l'acquisition de la nationalité du pays où ils sont nés, en leur permettant de la réclamer à leur majorité. Ce sont : la *Belgique*, où le système primitif du Code civil est resté en vigueur. L'article 9, comme nous l'avons déjà dit, a, cependant, été récemment modifié, pour permettre aux mineurs de réclamer, à partir de l'âge de 18 ans, la nationalité belge. — L'*Espagne* : l'article 17 du Code civil semblerait consacrer, d'une façon absolue, l'application du *jus soli*. « Sont espagnoles, les personnes nées en territoire espagnol ». Mais les articles 18 et 19 montrent que cette nationalité leur est seulement offerte, sans leur être ni imposée ni même conférée d'office ; elle doit être réclamée, soit par les intéressés eux-mêmes, après leur majorité, soit, pendant leur minorité, par leurs pères (2). — La *Russie*, la *Grèce*, la *Roumanie*, la *Turquie*, le *Mexique*, la république de *Costa-Rica*.

143. — C. — Enfin, d'autres Etats vont encore plus loin. Non seulement ils facilitent aux étrangers l'acquisition de la nationalité du pays où ils sont nés, mais ils la leur confèrent d'office dans certains cas exceptionnels.

Deux petits Etats, le Grand duché de *Luxembourg* et la principauté de *Monaco*, se sont approprié, à peu près, les dispositions de la loi Française de 1851.

L'*Italie* occupe, dans ce groupe, la place la plus importante. Le Code italien veut conférer la nationalité italienne aux enfants nés en Italie de familles qui y sont établies. C'est l'idée qui a inspiré aussi la loi française. Mais, au lieu de tenir compte, soit de deux naissances successives, soit du

---

(1) Dans l'empire d'Allemagne et en Suisse il existe deux nationalités ; la nationalité fédérale et la nationalité particulière de chaque Etat ou de chaque canton. Pour avoir la nationalité fédérale, il faut d'abord avoir celle d'un des Etats de l'empire ou d'un des cantons de la confédération.

(2) Sur l'application du *jus soli*, en Espagne, avant le C. civ. de 1889, Gpr. Cl. 1892, p. 141. *Chronique*.

domicile de l'enfant à sa majorité, ce Code prend en considération la durée du séjour que le père a fait en Italie. Lorsqu'il y réside depuis moins de dix ans, l'enfant naît étranger et peut, dans l'année qui suit sa majorité, réclamer la nationalité italienne ; lorsqu'il y réside depuis plus de dix ans, l'enfant naît italien, mais peut, dans l'année qui suit sa majorité, opter pour la nationalité de son père. C'est aussi la situation de l'enfant né en Italie, d'un père qui aurait perdu la nationalité italienne.

La loi des *Pays-Bas*, bien que très différente des précédentes, admet aussi, en principe, le *jus sanguinis* et, par exception, le *jus soli*. Elle distingue, suivant que les parents ont ou non la qualité de *régnicoles établis*. Les enfants de régnicoles établis, c'est-à-dire ceux dont le père réside sur le territoire européen du royaume, depuis trois ans, ou depuis dix-huit mois, s'il a déclaré son intention de s'y fixer, sont néerlandais de naissance et n'ont pas la faculté d'opter pour la nationalité de leurs parents. Les enfants d'étrangers non établis suivent la nationalité de leur père, mais peuvent réclamer la nationalité néerlandaise, dans l'année qui suit leur majorité.

La loi française appartient aussi à la même famille. Toutefois, la grande influence qu'elle attribue à la naissance sur le sol de la France, lui attribue, en réalité, une place à part, intermédiaire entre les législations qui suivent le *jus sanguinis* et celles qui adoptent le *jus soli*.

144. — SECONDE CATÉGORIE. — *Législations qui déterminent la nationalité d'origine par le lieu de naissance.* — Le caractère commun aux législations des divers pays dont nous allons parler, c'est qu'elles attribuent à tous les enfants nés sur leur territoire, même de parents étrangers, la nationalité de leur lieu de naissance ; mais elles présentent aussi entre elles de grandes différences. En particulier, les unes réservent à l'enfant le droit d'opter pour la nationalité de ses parents, tandis que les autres lui imposent, sans réclamation possible, celle du pays qui l'a vu naître.

145. — A. Législations qui réservent le droit d'option. — La principale est celle de l'*Angleterre*. Jusqu'en 1870,

elle appliquait rigoureusement le *jus soli*, comme notre ancien droit français. Tout enfant né en Angleterre était anglais, mais les enfants nés hors de l'Angleterre, de parents anglais, l'étaient aussi, *jure sanguinis*. L'*act* du 12 mai 1870 a modifié profondément les règles suivies jusqu'alors. L'enfant né en Angleterre de parents étrangers est toujours anglais, mais il peut, à sa majorité, opter pour la nationalité de son père, si elle lui appartient, en vertu de la loi étrangère. Réciproquement, l'enfant né de parents anglais, à l'étranger, peut, à sa majorité, opter pour la nationalité de son lieu de naissance, lorsqu'elle lui appartient, d'après la loi du pays : disposition fort sage et que la loi française eût bien fait d'imiter.

Le *Portugal* suit à peu près le même système, avec quelques différences. Le père ou le tuteur d'un enfant étranger, né dans ce pays, peut, pendant sa minorité, réclamer en son nom la nationalité de ses parents ; mais ce n'est qu'une option provisoire, contre laquelle l'enfant lui-même a le droit de réclamer à sa majorité. L'enfant né à l'étranger de parents portugais est aussi portugais, mais à la condition d'établir son domicile dans le royaume.

Pareillement, l'enfant né en *Bulgarie* de parents étrangers est bulgare, mais peut réclamer la nationalité de ses parents.

146. — B. Lois qui ne réservent pas le droit d'option. — En Europe, deux États seulement, longtemps unis sous la même souveraineté, et qui ont conservé la même législation, sont restés fidèles à l'ancienne tradition : le *Danemarck* et la *Norwège*. Tous les enfants nés dans ces pays en prennent la nationalité et ne la perdent qu'en allant se fixer définitivement à l'étranger.

Presque tous les États de l'*Amérique du Sud* suivent le *jus soli* et considèrent comme leurs nationaux tous les enfants nés sur leurs territoires. Seul, ou à peu près, le *Brésil* a admis certains tempéraments. Ce sont là des pays neufs, donc la population se recrute, en partie, par l'émigration Européenne. Ils ont un intérêt évident à s'assimiler les éléments qui leur arrivent du dehors et à ne pas laisser s'établir et se perpétuer chez eux de véritables colonies étrangè-

res. D'ailleurs, ces mêmes Etats admettent aussi que les enfants de leurs nationaux, nés à l'étranger, suivent la nationalité de leurs parents. Quelques lois, cependant, exigent d'eux une option formelle ; d'autres veulent qu'ils fixent leur domicile dans le pays de leurs parents.

Les *États-Unis* ont conservé les principes de l'ancienne législation anglaise. Sont citoyens américains toutes les personnes nées sur le territoire de l'Union. Le texte ajoute : et qui ne sont sujettes d'aucune puissance étrangère. Nous ne savons s'il faut entendre par là que les enfants nés aux Etats-Unis conserveront la nationalité étrangère, lorsque la loi de leurs parents la leur attribue.

CHAPITRE III. — Changements de nationalité. — Naturalisation. — Perte de la nationalité. — Annexion.

147. — Nous étudierons, dans ce chapitre, tous les événements qui peuvent modifier la nationalité d'origine. En principe, ces changements sont individuels ; il n'atteignent qu'un seul individu et quelquefois sa femme et ses enfants mineurs ; et ils sont volontaires, nous l'avons montré. Ils résultent de l'acquisition d'une nationalité nouvelle, c'est-à-dire de la naturalisation, au sens large du mot ; parfois aussi, la nationalité actuelle est perdue, sans qu'aucune autre soit acquise à la place.

Exceptionnellement, le changement de nationalité est collectif, c'est-à-dire s'applique à tous les habitants d'un même territoire, et forcé : il se produit sans qu'ils le veuillent et même contre leur gré. Il résulte alors de l'annexion.

I. — Changement de nationalité individuel et volontaire.

SECTION I. — *Principes généraux et notions historiques.*

148. — Trois règles, conséquences des principes que nous avons précédemment établis, doivent régir les changements de nationalité.

1° Nul ne doit être contraint de conserver sa nationalité actuelle ;

2° Nul ne doit perdre sa nationalité actuelle qu'à la condition d'en acquérir une autre ;

3° La loi ne doit pas permettre l'abdication pure et simple de la nationalité, ni en imposer la perte, à titre de peine ou de déchéance.

149. — A. — Nul ne doit être contraint de conserver sa nationalité actuelle, originaire ou acquise ; en d'autres termes, l'expatriation doit être libre.

Nous en avons déjà donné les motifs ; nous n'y reviendrons pas. L'étude de la loi française et des législations étrangères nous montrera plus loin dans quelle mesure elles ont respecté la liberté d'expatriation.

150. — B. — Nul ne doit perdre sa nationalité, qu'à la condition d'en acquérir une autre ; nul, en effet, ne doit rester sans patrie. Cette acquisition constitue, au sens large du mot, la naturalisation. La législation interne de chaque Etat en détermine les conditions. On peut la comprendre de deux façons : ou bien la naturalisation est une faveur pour le naturalisé, une concession libre de l'Etat, qui est toujours maître de refuser sa nationalité à celui qui la sollicite ; ou bien la naturalisation est un droit : tout individu a le droit d'acquérir la nationalité de son choix, sans que l'Etat puisse la lui refuser dès lors qu'il remplit les conditions fixées, d'une manière générale, par la loi.

151. — L'histoire nous montre que ces deux systèmes ont été l'un et l'autre appliqués.

Les Etats de l'antiquité se réservent le droit d'accorder leur nationalité à qui il leur plaît, et à titre de faveur. Ils s'en montrent généralement avares ; il en est même, comme à Sparte, où la loi défend d'admettre un étranger au nombre des citoyens.

A Rome, l'acquisition du *jus civitatis* résulte d'une concession individuelle ou collective faite par le peuple ou par le Sénat, et, sous l'empire, par le Sénat ou l'empereur. Exceptionnellement, elle est un droit, pour diverses catégories de personnes, notamment pour les Latins, *veteres*, *colonia-rii* ou *Juniani*, dans certaines situations particulièrement favorables. Il suffit de rappeler ici les exemples classiques de la *causæ probatio* et de l'*erroris causæ probatio*.

Dans l'ancien droit français, la naturalisation est librement accordée par le roi. Il concède aux étrangers qui les sollicitent, soit des *lettres de naturalité* : c'est la règle générale ; soit, dans quelques cas particuliers, des *lettres de déclaration de naturalité*. Les lettres de naturalité étaient strictement individuelles et n'avaient d'effet que pour l'avenir ; l'effet des lettres de déclaration s'étendait aux enfants de celui qui les obtenait et se produisait, rétroactivement, même pour le passé. Les rois avaient aussi déclaré naturalisés collectivement tous les étrangers appartenant à des catégories déterminées : par exemple, les ouvriers qui travaillaient, pendant un certain temps, dans les manufactures de tapisserie de Flandre, des Gobelins et de Beauvais ; les individus qui servaient pendant cinq ans dans l'armée de mer, ou, pendant dix ans, dans l'armée de terre et déclaraient leur intention de se fixer en France ; les étrangers qui s'établissaient à demeure aux colonies. La naturalisation était alors un droit pour ces étrangers, lorsqu'ils satisfaisaient aux conditions prescrites. C'était une exception.

Après la Révolution, les règles jusqu'alors suivies se trouvent retournées. Pendant toute la période du droit intermédiaire, depuis la loi des 30 avril-2 mai 1790, jusque et y compris la constitution de l'an VIII, le principe constamment admis c'est que tous les étrangers ont le droit d'acquérir la nationalité française, à la charge seulement de remplir les conditions déterminées par la loi ; ils n'avaient pas besoin de la demander et elle ne pouvait pas leur être refusée. Ces conditions étaient faciles. La constitution de 1793 allait même, à cet égard, jusqu'à l'excès. Pour qu'un étranger, domicilié en France, devînt français, il lui suffisait d'acquérir une propriété, d'épouser une française, d'adopter un enfant, de nourrir un vieillard, ou même de vivre en France du produit de son travail. Il n'était pas utile d'exprimer la volonté de devenir français. Les constitutions de 1791 et 1793 admettaient aussi que le Corps législatif pouvait conférer la nationalité française, sans condition, aux étrangers qu'il en jugerait digne. Mais cette naturalisation, librement concédée, était devenue l'exception.

D'après la constitution de l'an VIII, l'étranger devenait français, lorsqu'après avoir déclaré son intention de se fixer

en France, il y restait domicilié pendant dix ans. Peu d'années après, le décret du 17 mars 1809 revint à l'ancien système. Un étranger ne peut être admis à jouir des droits de citoyen français que s'il obtient des lettres de naturalisation. C'est le principe qui a, depuis lors, toujours subsisté et que la loi de 1889 a inscrit dans le Code civil (art. 8, *in fine*) mais à côté de la règle se trouve l'exception: dans quelques cas que prévoit le Code, la nationalité française est acquise, de droit, aux étrangers qui la réclament.

Parmi les législations des autres pays, la très grande majorité voient dans la naturalisation une faveur pour l'étranger ; quelques-unes seulement la regardent comme un droit.

En résumé, presque toujours et presque partout, l'acquisition d'une nationalité nouvelle est une concession libre de l'Etat, qui peut, à son gré l'accorder ou la refuser.

152. — Tel est, en effet, en thèse générale, et sauf des exceptions limitées, le véritable caractère de la naturalisation.

On a cependant soutenu que la naturalisation est un droit (1). Toute personne peut librement changer de nationalité : cela implique, tout à la fois, le droit de perdre la nationalité actuelle et celui d'en acquérir une nouvelle. Un Etat a d'ailleurs intérêt à accorder largement sa nationalité à tous ceux qui se fixent sur son territoire. Par là il attire chez lui les étrangers, ce qui est tout profit, et évite la présence de ces hommes « qui, dans leur égoïsme, préfèrent d'être étrangers partout ».

Ces raisons ne sont pas décisives. Si les particuliers ont le droit d'exister et, pour cela, de changer, au besoin, de patrie, les Etats ont aussi le droit et le devoir d'assurer leur existence et leur conservation et, pour cela, d'écarter tout ce qui est susceptible de leur nuire. Or l'admission d'un étranger au nombre de ses citoyens peut être, pour un État, un embarras ou même un danger. Parfois l'étranger qui vient se fixer dans un pays n'a pas de ressources régulières et tombe bientôt à la charge de l'assistance publique ; par-

(1) Laurent, t. III, nos 173-183.

fois même il demande au crime ses moyens d'existence, ou bien il a été condamné dans sa propre patrie : il y aurait alors de graves inconvénients à lui permettre d'acquérir, par une résidence plus ou moins prolongée, la nationalité du pays où il s'est établi. Ce sont là, sans doute, des hypothèses exceptionnelles ; le plus souvent, il n'y aura pas de raison pour refuser à l'étranger la naturalisation qu'il sollicite, l'intérêt de l'État lui conseillera même de l'accorder et de grossir ainsi le nombre de ses sujets : on comprend donc qu'on rende faciles les conditions de la naturalisation et qu'on ne l'entoure pas d'entraves inutiles ; mais l'État doit rester libre de l'accorder en connaissance de cause et de la refuser aux indignes.

Ainsi, le droit de changer de nationalité comporte une limite. Il est absolu à l'égard de l'Etat qu'on veut quitter; il est subordonné à l'adhésion de celui auquel on veut appartenir. Il faut, en effet, concilier les droits et les intérêts des individus avec ceux des Etats.

153. — C. — La loi ne doit pas permettre l'abdication pure et simple de la nationalité, ni en imposer la perte, à titre de peine ou de déchéance.

En effet, l'abdication pure et simple laisserait la personne sans nationalité. Il en serait de même de la déchéance pénale, qui, de plus, change contre son gré la nationalité de l'individu. C'est là, au surplus, une peine singulière. Elle prive, il est vrai, celui qu'elle atteint des droits inhérents à la nationalité, mais elle l'exempte aussi de ses charges. Peut-être, en dernière analyse, estimera-t-il n'avoir pas acheté trop cher cette exonération par la perte de certains droits civiques ou politiques. L'Etat veut-il se réserver de le traiter comme un étranger et de l'expulser au besoin ? Mais un Etat n'a pas le droit d'exporter ainsi chez ses voisins les citoyens dont il veut se débarrasser.

Nous verrons cependant que quelques législations étrangères autorisent l'abdication pure et simple de la nationalité : elle n'a jamais été permise en France, mais notre ancien droit et le droit actuel ont toujours admis certaines déchéances de la qualité de français.

SECTION II. — *Loi française. — Acquisition et perte de la nationalité française.*

§ 1. — Acquisition.

154. — La nationalité française est acquise : 1° par la naturalisation proprement dite ; 2° par la réintégration ; 3° par le bienfait de la loi. Dans les deux premiers cas, elle est librement concédée à l'étranger ; dans le troisième, elle est un droit pour lui.

Nous allons, tout d'abord, rechercher à quelles conditions est subordonnée, dans ces trois hypothèses, l'acquisition de la nationalité française ; nous en étudierons ensuite les effets, qui sont, à peu de chose près, les mêmes dans tous les cas.

155. — A. Naturalisation. — La naturalisation, au sens large, est toute acquisition de la nationalité. Dans le sens précis du mot, c'est l'acquisition de la nationalité française en vertu d'une concession du gouvernement.

Depuis le décret de 1809, qui a mis fin au système suivi dans le droit intermédiaire, deux règles fondamentales dominent et résument les conditions de la naturalisation :

1° La naturalisation est une concession du gouvernement;

2° L'étranger, pour être naturalisé doit avoir résidé en France un certain temps.

L'application de ces principes a plusieurs fois varié, avec les diverses lois qui se sont succédé, notamment la loi du 11 décembre 1849 et celle du 7 juillet 1867. Nous croyons inutile de les analyser en détail. Il suffira d'indiquer, chemin faisant, en quoi la loi actuelle leur ressemble et en quoi elle s'en écarte.

La loi du 26 juin 1889 a incorporé au Code civil, pour la plus grande partie, les dispositions relatives à la naturalisation. L'article 8, § 5 en détermine les conditions ; d'autres textes en règlent les effets. Au fond, pour attirer à la nationalité française un plus grand nombre d'étrangers, cette loi a facilité les conditions de la naturalisation, comme elle en a, ainsi que nous le verrons, étendu les effets.

Voici les conditions.

156. — 1° *Résidence en France.* — L'étranger, pour être naturalisé, doit avoir résidé en France pendant un temps déterminé. La résidence en pays étranger, pour l'exercice de fonctions conférées par le gouvernement français, équivaut à la résidence en France.

La durée de ce stage varie suivant les circonstances, plus ou moins favorables où l'étranger se trouve placé. On doit d'abord distinguer suivant qu'il a été ou non autorisé à établir son domicile en France.

a) L'étranger n'a pas été autorisé à établir son domicile en France. Il peut alors être naturalisé, en justifiant d'une résidence non interrompue pendant dix ans (1).

Il n'est pas nécessaire que, au point de départ, l'étranger ait manifesté l'intention de s'établir en France ; il lui suffit, au moment de sa demande de naturalisation, de produire des documents prouvant qu'il y a résidé pendant le temps voulu.

b). L'étranger a obtenu l'autorisation de fixer son domicile en France. D'après les lois de 1849 et de 1867, l'étranger, désireux de se faire naturaliser, devait d'abord obtenir cette autorisation ; le domicile autorisé était le seul dont il fût tenu compte. La nouvelle loi a supprimé cette exigence, et avec raison : c'était une entrave inutile à la naturalisation. L'autorisation de domicile est un avantage pour l'étranger, on ne voit pas pourquoi on l'obligerait à la solliciter. La demande en naturalisation et l'enquête qui la suivent suffisent ; pourquoi renouveler deux fois la demande et l'enquête ? Toutefois, cette autorisation est une garantie de plus ; on s'explique donc que la durée de la résidence soit abrégée au profit de ceux qui l'ont obtenue.

La loi de 1889 reproduit, dans ce cas, avec quelques modifications, celle de 1867. En règle générale, l'étranger pourra être naturalisé après trois ans de domicile, à compter de l'enregistrement de la demande d'autorisation au ministère de la justice. Par exception ce délai sera réduit à un an : *α*) Au profit de l'étranger qui aura rendu à la France certains services déterminés, ou dont le séjour en France est

---

(1) Ce délai se rencontrait également dans la constitution de l'an VIII et dans la loi de 1849.

considéré comme utile à l'intérêt général (1) ; β) au profit de celui qui a épousé une française.

157. — 2° *Demande et concession de la naturalisation.* — L'étranger doit adresser une demande au ministère de la justice et payer un droit de sceau, à moins qu'il n'en soit dispensé, ce qui arrive assez souvent. Il est fait une enquête administrative sur sa moralité. Enfin, il est statué par décret du président de la République, qui peut accorder ou refuser la demande.

158. — 3° *Capacité.* — Le législateur n'a pas indiqué la capacité nécessaire pour être naturalisé français. La question se pose principalement pour les mineurs et les femmes mariées.

a) *Mineurs.* L'individu qui sollicite la naturalisation reste étranger jusqu'au moment où il l'a obtenue. Il appartient donc à sa loi nationale de déterminer dans quelle mesure il est capable de changer de nationalité. Sans doute, chaque Etat a le droit de subordonner aux conditions qu'il lui plaît l'acquisition de sa nationalité. La loi française peut donc très bien exiger une capacité qui ne serait pas nécessaire d'après la loi étrangère : décider, par exemple, que l'étranger, pour être naturalisé, devra être majeur, bien que sa loi nationale lui permette de changer de nationalité pendant sa minorité, ou fixer un âge au-dessous duquel, même majeur d'après la loi de son pays, il ne pourra cependant obtenir la naturalisation ; mais jamais on ne devrait l'accorder à un individu incapable d'après sa loi nationale : autrement, en effet, il aura acquis sa nationalité nouvelle sans avoir perdu sa nationalité primitive, il en aura donc deux à la fois.

En d'autres termes, l'étranger, pour être naturalisé, doit satisfaire à la fois aux conditions de capacité requises par la loi de son pays et à celles qu'exige expressément la loi de l'Etat auquel il veut appartenir. Si cette loi n'en exige spécialement aucune, celles que détermine sa loi nationale, toujours nécessaires, seront aussi suffisantes ; ce qui ne saurait,

---

(1) V. le texte, C. civ., art. 8. § 5, 3°.

d'ailleurs, avoir d'inconvénient; l'Etat restant toujours libre de refuser la naturalisation.

La loi française garde le silence. Faut-il en conclure que la loi de l'étranger doit seule décider s'il est capable d'être naturalisé (1) ? Cette solution n'aurait aucune chance d'être acceptée dans la pratique et elle paraît, en effet, contraire à l'intention du législateur.

Antérieurement à la loi actuelle, toutes celles qui se sont succédé exigeaient de l'étranger qui veut être naturalisé l'âge de 21 ans, c'est-à-dire la majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française. Le texte, voté en première lecture par le Sénat, mentionnait encore expressément cette condition ; elle a disparu entre les deux lectures, sans qu'on en ait dit la raison : nous ne croyons pas cependant qu'on ait voulu modifier la règle jusqu'alors suivie (2).

L'étranger qui sollicite la naturalisation doit toujours être majeur. Jusqu'à la loi de 1889, le mineur était, dans tous les cas, incapable d'acquérir la nationalité française. La loi actuelle, nous l'avons vu, s'est, dans diverses hypothèses, écartée de ce système, mais quand elle a voulu le faire, elle l'a dit expressément ; elle a pris soin d'indiquer par qui et comment le mineur serait représenté. Nous ne trouvons rien de pareil pour la naturalisation et il est hors de doute que le mineur reste, comme par le passé, incapable de devenir français, toutes les fois que la loi n'a pas dit le contraire. Nous ne ferons même pas, au profit du mineur émancipé, une exception qui serait cependant bien explicable, mais que la loi française n'a jamais admise.

L'étranger sera réputé majeur à 21 ans. Il sera nécessaire qu'il ait atteint cet âge, même si, d'après sa loi nationale, celui de la majorité était moins élevé, ce qui, nous l'avons dit, n'a rien que d'acceptable ; d'autre part, il suffira toujours qu'il l'ait atteint, bien que la loi de son pays fixe la majorité à 23, 24, ou même 25 ans, et cela est beaucoup moins rationnel ; mais, jusqu'à présent, la majorité française a toujours été seule exigée pour la naturalisation et la loi nouvelle

---

(1) Weiss, *Nationalité*, p. 311. Cogordan, *Nationalité*, p. 132.

(2) Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 72. Vincent, *op. cit.*, p. 819.

n'indique nullement l'intention de consulter les lois étrangères, afin de régler la capacité de l'individu qui veut devenir français. Au contraire, elle en fait abstraction de parti pris, et ne tient compte nulle part que de la loi française. Elle a tranché dans ce sens des questions jusque-là controversées ; il n'est pas vraisemblable qu'elle ait, en même temps, introduit l'application de la loi étrangère dans un cas où on ne l'a jamais admise.

Il suffit que l'étranger ait 21 ans, au moment où il sollicite la naturalisation. Celui qui aura résidé en France dix ans pendant sa minorité pourra donc être naturalisé au lendemain de sa 21me année. Quant à l'étranger autorisé à fixer son domicile en France, et qui est admis à la naturalisation après un stage de trois ans ou même quelquefois d'un an, doit-il également être majeur au moment de l'autorisation de domicile ? Nous nous sommes expliqué plus haut sur ce point (1).

159. — b) *Femmes mariées.* — La loi ne s'en est jamais occupée ; elle n'a donc jamais exigé d'elles une capacité particulière et il faut s'en tenir aux principes généraux. La femme mariée devra, si elle veut être naturalisée, remplir toutes les conditions qui, d'après sa loi nationale, sont nécessaires pour l'habiliter ; à l'inverse, elle n'aura pas besoin de l'autorisation maritale, si cette même loi lui permet de s'en passer.

160. — *Naturalisation dans les colonies françaises et les pays de protectorat.* — Dans l'ancien droit, nous l'avons vu, tous les étrangers qui se fixaient aux colonies devenaient par là même français. Sans aller jusque-là, le législateur a voulu leur faciliter, au moins dans certaines colonies, l'acquisition de la nationalité française. En Algérie (Sén.-consulte du 14 juillet 1865), en Cochinchine (décret du 25 mai 1881) et dans la Nouvelle-Calédonie (décret du 10 nov. 1882), les étrangers peuvent être naturalisés en justifiant d'une résidence de trois années seulement, même sans avoir été autorisés à y fixer leur domicile (2).

---

(1) V. ci-dessus, n° 73.

(2) En Algérie et en Cochinchine, il existe une naturalisation spé-

Deux décrets du 29 juillet 1887 ont étendu cette faveur à la Tunisie, au Tonkin et à l'Annam, pays soumis au protectorat de la France. Les étrangers établis dans ces pays ou les indigènes peuvent être naturalisés français ; les étrangers après trois ans de résidence, les indigènes, lorsque, pendant le même temps, ils ont servi dans l'armée française ou rempli des fonctions ou emplois rétribués par le gouvernement français. Ces mesures sont, en elles-mêmes, parfaitement justifiées. Sont-elles légales ? cela est douteux. En permettant de naturaliser des individus qui n'ont jamais résidé sur le territoire français, dont les pays de protectorat ne font pas partie, les décrets de 1887 contredisent directement la loi.

161. — B. Réintégration. — La réintégration, comme son nom l'indique, est réservée aux français qui ont perdu leur nationalité, pour une des causes que nous verrons plus loin. Cependant, ceux qui ont pris du service militaire en pays étranger ne peuvent redevenir français que par la naturalisation ordinaire.

La réintégration est une naturalisation privilégiée. Elle est accordée par décret du président de la République, mais elle n'exige aucun stage préalable de domicile. La seule condition, pour l'obtenir, est la résidence en France, sans que la durée en soit déterminée. Lorsqu'une femme, qui a perdu la nationalté française en épousant un étranger, désire la recouvrer, l'article 19 veut, en outre, qu'elle déclare son intention de fixer son domicile en France, sans que rien explique pourquoi cette manifestation de volonté est ici particulièrement nécessaire.

162. — *Naturalisation exceptionnelle, au profit des descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes* — D'après le décret (ou plutôt la loi) des

---

ciale aux indigènes, qui ne leur fait pas acquérir la nationalité française, — elle leur appartient déjà, — mais les droits de citoyen et les soumet au statut personnel français. — De même, dans les Indes françaises, les indigènes peuvent renoncer à leur statut personnel, pour se soumettre à la loi française. Nous nous contentons de mentionner ces institutions, analogues à la naturalisation, mais qui n'intéressent à aucun point de vue les rapports internationaux.

9-15 décembre 1790 (art. 22), « toutes personnes qui... descendent, en quelque degré que ce soit, d'un français ou d'une française expatriés pour cause de religion, sont déclarés naturels français et jouiront des droits attachés à cette qualité », à la condition de fixer leur domicile en France et de prêter le serment civique. La loi de 1790 était toujours restée en vigueur, bien que certains doutes se fussent manifestés à cet égard, mais le serment civique, depuis longtemps disparu, était remplacé par une simple déclaration de volonté. Aux termes de la loi de 1889 (art. 4), l'acquisition de la nationalité française résultera, en pareil cas, d'un décret spécial pour chaque demandeur. Au lieu d'être un droit, elle devient une faveur ; c'est une naturalisation privilégiée, dont les conditions sont les mêmes que celles de la réintégration. Par une exception remarquable, les mineurs sont admis à en bénéficier, avec le consentement de leurs père, mère, ou aïeuls. C'est la disposition de la loi de 1790, qui n'a pas été modifiée sur ce point.

163. — C. Bienfait de la loi. — Nous réunissons sous ce nom diverses hypothèses, où l'acquisition de la nationalité française est un droit pour l'étranger.

1° *Mariage d'une étrangère avec un français* (art. 12, § 1). L'étrangère qui épouse un français devient française de droit. Peu importe qu'elle soit alors mineure : *habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*. Il faut seulement que le mariage soit valable ou produise les effets d'un mariage putatif.

164. — 2° *Naissance en France* (art. 9). L'individu né en France, d'un étranger qui n'y est pas né, peut, lorsqu'il n'est pas domicilié en France et n'est pas, par conséquent, français de plein droit, réclamer cette nationalité, jusqu'à l'âge de 22 ans. Nous avons déjà traité de cette hypothèse, à propos de la nationalité d'origine.

165. — 3° *Enfant d'un ex-français* (art. 10). Le même droit appartient à l'enfant né de parents dont l'un a perdu la qualité de français. Peu importe que ce soit le père ou la mère : le texte le dit formellement. L'enfant acquiert la na-

tionalité française aux conditions fixées par l'article 9, c'est-à-dire, en faisant sa soumission de fixer son domicile en France, — en l'y établissant effectivement dans l'année qui suit (1) — et en réclamant expressément la qualité de français. Cette dernière déclaration sera seule nécessaire s'il est domicilié en France. Elle devra être enregistrée au ministère de la justice, et l'enregistrement pourra être refusé, comme nous l'avons dit plus haut (C. civ., art. 9, loi du 22 juillet 1893).

La réclamation peut être faite, au nom du mineur, par son père, sa mère, ou son tuteur : nous renvoyons, sur ce point, aux observations que nous avons déjà présentées. Mais l'article 10 l'autorise à tout âge et, par conséquent, même après l'expiration de l'année qui suit la majorité.

Toutefois, lorsque, étant domiciliés en France et appelés sous les drapeaux lors de leur majorité, ils ont revendiqué la qualité d'étrangers (art. 10, *in fine*), ces individus sont, dès lors, déchus du droit de réclamer la nationalité française. La loi cherche toujours à prévenir le calcul de ceux qui voudraient s'en assurer les bénéfices, tout en échappant à ses charges. Mais cette disposition sera d'une application assez rare. Il faut, pour qu'elle se produise d'une façon normale, que l'enfant soit né en France et que, en même temps, ses parents, bien que français d'origine, n'y soient pas nés. Dans ce cas il doit, en effet, s'il réside en France à sa majorité, être inscrit sur les listes du recrutement ; il peut s'en faire rayer, mais alors il ne peut plus, par la suite, réclamer la qualité de français. Si lui-même n'est pas né en France, il ne doit pas être inscrit sur les listes du recrutement ; si cependant il y était porté par erreur, la disposition de l'ar-

(1) Il avait été jugé que l'étranger, qui se trouve dans la situation prévue par les articles 9 et 10 et qui aurait été frappé d'un arrêté d'expulsion, pourrait néanmoins faire sa soumission d'établir son domicile en France et que l'administration ne pourrait alors l'empêcher d'y rentrer : la mesure de police qui l'a atteint ne lui enlevant pas le droit, que la loi elle-même lui donne, de réclamer la nationalité française. Cass. 27 octobre 1891, Cl. 1891, p. 1223. Lyon, 10 novembre 1890, Sir., 92, 2, 268. C'est précisément pour éviter ce résultat que la loi du 22 juillet 1893 permet alors de refuser l'enregistrement de la déclaration pour cause d'indignité.

ticle 10 trouverait encore son application. Enfin, si ses parents sont, comme lui, nés en France, ce qui arrivera fréquemment, il sera français définitivement, sans pouvoir décliner cette qualité ; l'article 10 ne s'appliquera donc plus.

Le texte ne parle que des jeunes gens appelés sous les drapeaux à leur majorité. Si donc ils y étaient appelés, par erreur, à l'âge normal du tirage au sort, c'est-à-dire pendant leur minorité, ils pourraient exciper de leur extranéité, sans perdre leurs droits à la nationalité française (1).

166. — D. Effets de l'acquisition de la nationalité française. — L'acquisition de la nationalité française a, sauf quelques différences, les mêmes effets dans les trois cas que nous venons de passer en revue. Nous les réunissons sous le nom de *naturalisation*. Chemin faisant, nous signalerons s'il y a lieu, les différences que présentent la réintégration ou l'acquisition par le bienfait de la loi.

Quels effets produit la naturalisation ? A l'égard de quelles personnes ? Pour quel temps ?

167. — *a) Quels effets produit la naturalisation ?* — L'étranger naturalisé est assimilé aux français d'origine. Comme eux, il est, pour son état et sa capacité, régi par la loi française ; — il a les mêmes droits ; — il est soumis aux mêmes obligations.

Droits. — « L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques, attachés à la qualité de citoyen français » (Loi du 26 juin 1887, art. 3). Nous savons ce qu'il faut entendre par *droits civils*. Quant aux *droits politiques*, la loi fait une réserve. L'étranger naturalisé devient apte à remplir les fonctions pour lesquelles la jouissance des droits de citoyen est requise ; il est électeur, éligible même aux assemblées départementales et communales ; il n'est pas aussitôt éligible aux assemblées législatives.

L'ordonnance du 4 juin 1814 avait déjà distingué la naturalisation ordinaire conférée par le pouvoir exécutif, de la grande naturalisation, accordée par une loi, et néces-

(1) Nancy, 8 juillet 1890, Sir. 92, 2, 272. Cass. 26 octobre 1891, Cl. 1891, p. 1226.

saire pour faire partie des Chambres. Cette distinction, maintenue par la loi du 11 décembre 1849, avait été supprimée implicitement par la constitution de 1852, expressément par la loi du 5 juillet 1867. La loi de 1889 l'a rétablie dans une certaine mesure.

L'étranger naturalisé n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai, qui pourra être réduit à une année. Il doit, pour être admis à exercer une part de la souveraineté, avoir donné « des preuves d'un dévouement persévérant, des garanties qui permettent de le croire sincèrement attaché à sa patrie d'adoption (1) ». Ce nouveau stage de dix ans n'est pas imposé aux français qui recouvrent cette qualité après l'avoir perdue ; ils sont immédiatement éligibles aux assemblées législatives.

On doit, au contraire, y soumettre ceux qui réclament la qualité de français, dans les cas prévus aux articles 9 et 10 du Code civil. Il y a cependant quelque doute, parce que la loi n'a pas prévu cette situation, et semble même l'écarter, quand elle parle d'un délai de dix ans, *à partir du décret de naturalisation* ; mais nous ne voyons pas de motif pour écarter ici l'application du droit commun. D'ailleurs, la loi, voulant y soustraire les français réintégrés, l'a dit expressément : cette exception serait inutile, si la règle ne s'appliquait qu'à la naturalisation proprement dite et ne devait pas s'étendre à toute acquisition de la nationalité française.

168. — *Obligations.* — L'étranger qui a acquis la nationalité française est dorénavant soumis à toutes les obligations qui pèsent sur les français, notamment au service militaire. Aussi la loi du 15 juillet 1889, sur le recrutement de l'armée, décide que « les individus devenus français par voie de naturalisation, réintégration, ou déclaration faite conformément aux lois, sont portés sur les tableaux de re-

---

(1) Ce stage de 10 ans ne s'applique pas aux étrangers déjà naturalisés avant la promulgation de la loi de 1889. Ils avaient acquis la plénitude des droits politiques et la loi nouvelle n'a pu leur préjudicier. V. Cl. 1890, p. 92 et suiv. (Le cas de M. Mac-Adaras).

censement de la première classe formée après leur changement de nationalité.... et assujettis aux obligations du service de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge » (1).

169. — *b) A l'égard de quelles personnes la naturalisation produit-elle ses effets* ? — Les effets de la naturalisation sont-ils strictement limités à celui qui l'a obtenue, ou, au contraire, la femme et les enfants mineurs doivent-ils acquérir, en même temps que le chef de famille, la nationalité française ?

Il existe deux systèmes opposés. A un point de vue rationnel, il vaut mieux décider que la naturalisation sera limitée à celui qui l'obtient. Cela est conforme à sa nature : c'est une concession libre, accordée ou refusée par des motifs tout personnels à l'individu qui la sollicite ; si sa femme et ses enfants sont forcément liés à son sort, la liberté de l'État n'est plus entière. Pour accorder la naturalisation au chef de la famille, il sera forcé de l'accorder à sa femme et à ses enfants, bien qu'il y ait, peut-être, de bons motifs de la leur refuser ; pour refuser la naturalisation à la femme ou aux enfants, il doit la refuser à leur mari ou à leur père, qui lui-même en est, peut-être, parfaitement digne. D'autre part, la femme prend, au mariage, la nationalité de son mari, les enfants, en général, prennent à leur naissance celle de leur père ; néanmoins, la nationalité de la femme et des enfants, même mineurs, n'est point une dépendance de celle du chef de famille ; elle leur appartient en propre ; elle fait partie de leur état, dont le mari ou le père n'a pas le droit de disposer. Le changement de nationalité doit être libre : or la femme et les enfants changeront de nationalité sans le vouloir et même contre leur gré.

Ce système était suivi, en France, jusqu'en 1889. Le silence de la loi avait, il est vrai, fait naître des difficultés ; mais, relativement aux enfants mineurs, la loi du 7 février

---

(1) La loi de 1872 ne soumettait les étrangers à aucune obligation militaire ; c'était un privilège injustifiable, que la nouvelle loi a, avec raison, supprimé.

1851 (art. 2) avait tranché la question. En leur permettant de réclamer, à leur majorité, la nouvelle nationalité de leur père, elle supposait évidemment qu'ils ne l'avaient pas acquise en même temps que lui. — Pour la femme, il n'existait pas de textes formels ; mais, en leur absence, on devait suivre les principes rationnels et décider que la naturalisation, nominativement accordée au mari, ne profitait qu'à lui. L'article 12 disposait bien que « l'étrangère, qui aura épousé un français, suivra la condition de son mari » ; mais il se plaçait au moment du mariage. L'étrangère, qui épouse un français, sait qu'elle suivra sa nationalité et consent à l'acquérir ; mais elle ne consent pas par avance, et d'une manière générale, à changer de nationalité, si plus tard il plaît à son mari d'en acquérir une nouvelle.

Cependant, un grand nombre de lois étrangères consacrent une solution opposée ; elles décident que la femme et les enfants mineurs changent de nationalité avec le chef de famille et sont compris dans la naturalisation qui lui est accordée.

Les raisons ne manquent pas non plus en faveur de ce système.

Il est utile de maintenir dans la famille l'unité de nationalité : elle sauvegarde l'unité morale. Si le père et les enfants, si les frères ne sont pas de même nationalité, ils pourront un jour appartenir à des nations ennemies et être forcés de s'armer les uns contre les autres. Sans aller jusqu'à des conséquences aussi graves, la différence des nationalités, qui soumet les membres d'une même famille à des lois différentes, sera une source fréquente d'embarras. Ainsi, quelle loi appliquer en matière de puissance paternelle, de tutelle, de succession ? Ces difficultés ne sont pas insolubles, mais elles entraînent des embarras et peut-être des procès. Il est aussi, sous certains rapports, utile aux enfants mineurs d'acquérir, en même temps que leur père, la nationalité du pays qu'ils vont habiter avec lui ; et il est utile à l'État de la leur conférer, plutôt que de les voir s'établir chez lui en qualité d'étrangers.

170. — La loi de 1889 a cherché à tenir compte de ces diverses considérations et à concilier les intérêts et les droits

opposés. Après d'assez longues hésitations, elle a consacré un système intermédiaire.

α) Femme mariée. — Elle peut elle-même juger de ses intérêts et solliciter, si elle le désire, la nationalité française. La loi ne la lui confère donc pas d'office, en même temps qu'à son mari, mais elle lui en facilite l'acquisition. Elle peut, dit l'article 12, « si elle le demande, obtenir la qualité de française, sans condition de stage, par le décret qui confère cette qualité à son mari. »

Ainsi, la femme ne devient française que sur sa demande et par une concession expresse, ce qui respecte sa propre liberté et réserve l'appréciation nécessaire du gouvernement. L'intérêt qu'a la femme à suivre la nationalité de son mari et le besoin de maintenir l'unité de la famille reçoivent aussi satisfaction, parce qu'elle peut être naturalisée par le même décret que son mari, sans remplir personnellement les conditions requises pour le stage de résidence. Par exemple, si le mari est dans le cas voulu pour être naturalisé après un an de domicile autorisé, la femme peut l'être également. Elle bénéficiera de cette faveur même si elle est mineure (1). La loi ne le dit pas expressément, mais cela résulte suffisamment de ce qu'elle parle, en termes généraux, de la femme mariée, sans distinguer suivant qu'elle est majeure ou mineure.

171. —*β) Enfants mineurs.* — On ne peut pas s'en remettre à eux pour solliciter la naturalisation. Ils deviennent français de plein droit, lorsque leur père se fait naturaliser français ; il n'a pas besoin de demander pour eux cette nationalité et le gouvernement ne peut pas la leur refuser, ce qui est un inconvénient. Mieux aurait valu admettre, comme en Allemagne ou en Suisse, par exemple, que les enfants pourraient être formellement exceptés de la naturalisation accordée à leur père.

La nationalité française, conférée d'office au mineur, ne lui est cependant pas imposée. Il a le droit d'y renoncer, par une déclaration expresse, dans l'année qui suit sa majorité: sa liberté est ainsi sauvegardée. Sa renonciation est soumise

(1) Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.*, p. 73.

aux conditions qu'établit l'article 8, § 4 ; en particulier, le déclarant doit prouver qu'il a conservé une nationalité étrangère et s'il y a lieu, qu'il a satisfait aux obligations militaires dans son pays d'origine. La déclaration rétroagira jusqu'au jour de la naturalisation du père ; l'enfant sera réputé n'avoir jamais été français. Le texte même indique qu'il n'acquiert cette qualité que sous condition résolutoire, « à moins qu'il ne la décline... » Il y a cependant une grande différence entre les enfants nés en France d'un étranger et ceux d'un père naturalisé français. Les premiers, pendant leur minorité, sont étrangers ; les seconds sont déjà français, sous condition résolutoire.

L'article 11 du décret du 13 août 1889 admet que les père, mère ou tuteur peuvent, au nom de leurs enfants mineurs, renoncer à la faculté de décliner, à leur majorité, la nationalité française. Cette renonciation anticipée serait, en effet, utile, par exemple, pour l'engagement dans l'armée ou l'entrée dans les écoles du gouvernement, mais la loi ne l'a prévue nulle part et un décret ne pouvait accorder au mineur une faculté, et à ses représentants un pouvoir qu'elle ne leur donne pas. Non seulement c'est là ajouter au texte de la loi, mais c'est aussi en contredire l'esprit. Le législateur a réservé à l'enfant d'un étranger naturalisé le droit de décliner, à sa majorité, la qualité de français, parce qu'il ne veut pas que ses parents puissent changer, malgré lui, sa nationalité ; or, précisément, le décret leur permet de dépouiller le mineur, sans qu'il le veuille, du droit d'option que la loi lui confère.

Au surplus, l'enfant d'un étranger naturalisé, étant déjà français, doit, en principe, et à moins de dispositions contraires dans les lois spéciales, avoir les mêmes droits et les mêmes obligations que les autres français. Cependant, d'après l'article 11 de la loi militaire, c'est seulement après sa majorité qu'il sera inscrit sur les listes du recrutement. Ce texte, il est vrai, se réfère à la législation antérieure, d'après laquelle ces jeunes gens n'étaient pas français de plein droit, mais il peut encore s'appliquer à la situation actuelle. Mieux vaut ne pas les appeler sous les drapeaux à une époque où leur nationalité est encore incertaine et soumise à une condition résolutoire.

172. — γ) *Règle commune à la femme et aux enfants mineurs.* — Lorsque le père, autorisé à fixer son domicile en France, meurt avant d'être naturalisé, « l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profitent à la femme et aux enfants, mineurs lors du décret d'autorisation » et leur permet d'obtenir, au bout de trois ans, la naturalisation (art. 13, § 3).

173. — δ) *Enfants majeurs.* — Les enfants déjà majeurs lorsque leur père est naturalisé, sont maîtres de leurs personnes et de leurs droits ; il ne peut donc être question de leur conférer, d'office, la nationalité française, mais la loi leur en facilite l'acquisition.

Leur situation est la même que celle de la femme mariée. Ils doivent solliciter la naturalisation et elle doit leur être accordée expressément, mais ils l'obtiennent par le même décret qui la confère à leur père, sans satisfaire personnellement aux conditions requises pour le stage de résidence.

Antérieurement, la loi du 7 février 1851 (art. 2) leur donnait le droit de réclamer, dans l'année qui suivait la naturalisation de leur père, la nationalité française. C'était un système dangereux ; il peut y avoir, en effet, de bonnes raisons pour refuser la naturalisation au fils, tout en l'accordant au père. Cependant ce bénéfice est maintenu à l'enfant majeur qui se trouve encore dans les délais voulus pour faire la déclaration prescrite par l'article 9 du Code civil ; il peut, aux conditions de cet article, réclamer la nationalité française. C'est ce qui résulte de la phrase assez obscure qui termine le 2e paragraphe de l'article 12. Les explications du rapport présenté à la Chambre des députés lui attribuent cette signification, sans expliquer d'ailleurs pourquoi, dans ce cas particulier, on a établi une règle exceptionnelle (1).

---

(1) Douai, 11 juin 1891, Cl. 1891, p. 958. — D'après Weiss (*Nationalité*, p. 360), Cogordan (*Nationalité*, p. 138), Le Sueur et Dreyfus, (*Nationalité*, p. 87), la femme du naturalisé pourrait également bénéficier de cette disposition. Cette interprétation pourrait s'autoriser du texte de l'article 12, § 2, mais le sens de cet article, très mal rédigé d'ailleurs, doit se déterminer d'après les travaux préparatoires. On a voulu « rendre l'article 9 applicable aux enfants majeurs etc.... » ; mais il n'a pas été question de la femme (V. rapport de M. A. Dubost

174. — L'acquisition de la nationalité française produit les mêmes effets à l'égard de la femme et des enfants, mineurs ou majeurs, soit qu'elle résulte de la naturalisation proprement dite (art. 12), de la réintégration (art. 18), ou de la réclamation prévue par les articles 9 et 10. Dans ce cas, il est vrai, la loi ne l'a pas dit formellement, mais on ne voit aucun motif pour distinguer. Seulement, la femme et les enfants majeurs ne peuvent être compris dans le même décret que leur mari ou leur père, puisqu'il n'en est pas rendu, en ce qui le concerne. Ils joignent leur demande à la déclaration faite par lui et un décret spécial statue à leur égard (1).

175. — La naturalisation ou la réintégration de la mère survivante produit, à l'égard de ses enfants, mineurs ou majeurs, les mêmes effets que celle du père. Cependant, il en sera différemment, si la mère était devenue étrangère par son mariage. Sa réintégration, après qu'elle est devenue veuve, n'a alors aucune conséquence pour les enfants majeurs et ne confère pas de plein droit aux mineurs la nationalité française. Ils peuvent seulement être compris dans le décret de réintégration, sur la demande expresse de la mère, ou être naturalisés par un décret ultérieur, « si le tuteur en fait la demande, avec l'approbation du conseil de famille ». Il ne faut pas chercher de bonne raison à cette singularité. C'est un vestige d'un système qui avait d'abord été adopté, puis repoussé, et qu'on a, par inadvertance laissé subsister dans ce cas particulier.

Lorsqu'une femme étrangère épouse un français, ses enfants déjà nés ne deviennent pas français avec elle (2). Le changement de nationalité a alors pour la femme un motif tout personnel, l'indivisible communauté d'existence entre elle et son mari. Cette raison ne s'applique pas aux enfants,

---

à la Chambre des députés. *Officiel*, Documents parlementaires, 1887, p. 236).

(1) Décret du 13 août 1889, art. 5. Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 138, 139. — *Contra* Weiss, *Nationalité*, 175. Vincent, *op. cit.*, p. 880. — V. Nancy, 25 mars 1890, Dal. 91.2.89 et note de M. de Bœck.

(2) Weiss, *Nationalité*, p. 515.

qui n'entrent pas dans la famille du second mari de leur mère. Il serait contraire à l'intention du législateur de leur conférer la qualité de français (1).

176. — c) *Pour quel temps la naturalisation produit-elle ses effets ?* — De quelque façon qu'elle se réalise, l'acquisition de la nationalité française n'a d'effet que pour l'avenir. L'individu qui devient français a été jusqu'alors étranger ; supposer qu'il a toujours été français serait une fiction sans aucune raison d'être, et qui entraînerait de graves complications.

L'article 20 du Code civil formule le principe : « les individus qui acquerront la qualité de français, dans les cas prévus par les articles 9, 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque. » Ce texte ne vise pas la naturalisation proprement dite ; c'est une lacune (2), mais il n'y a jamais eu et il ne peut y avoir, à cet égard, aucun doute.

177. — L'application du principe soulève certaines difficultés.

Un fait s'est produit ou un droit a pris naissance avant la naturalisation, mais ses conséquences ne se produisent qu'après ; la naturalisation aura-t-elle quelque influence sur les conséquences d'un fait ou d'un droit qui lui est antérieur ?

Il faut suivre ici la même règle que pour l'application d'une loi nouvelle.

La naturalisation n'aura aucune influence sur les faits accomplis et les droits acquis antérieurement, soit au naturalisé lui-même, soit surtout à des tiers. Elle aura, au contraire, tous ses effets, relativement aux simples expectatives, aux droits éventuels déjà nés auparavant, mais sans être

---

(1) *Contra* Nancy, 25 mars 1890, Sir. 92.2.287 et Dal. 91.2.89, note de M. de Bœck.

(2) Cela s'explique, parce que l'article 20 est reproduit de l'ancien texte du Code civil, qui ne contenait pas les règles de la naturalisation. La nouvelle rédaction ajoute seulement, pour trancher une controverse, l'article 9 à ceux qu'énumérait l'ancien article 10.

définitivement acquis. Nous retrouverons plus tard des conséquences importantes de cette règle, surtout en étudiant les droits de famille. Nous nous bornerons ici à la faire ressortir par quelques exemples.

1° La validité des actes faite par le naturalisé, avant son changement de nationalité, doit toujours être, au point de vue de sa capacité, appréciée suivant la loi qui la régissait à cette époque. Un espagnol qui, d'après sa loi nationale, n'est majeur qu'à 23 ans, a contracté une dette à 22 ans ; il est naturalisé français ; il peut demander la nullité de cette obligation, bien que, d'après la loi française, qui le régit désormais, il eût été majeur dès l'âge de 21 ans. C'est là pour lui un droit acquis, que sa propre naturalisation ne lui a pas fait perdre. — Réciproquement, un suisse a contracté à 20 ans, étant déjà majeur d'après sa loi nationale. Il ne peut, une fois devenu français, soutenir que, d'après la nouvelle loi à laquelle il est soumis, il n'était majeur qu'à 21 ans. La validité de l'obligation est un droit acquis pour le créancier.

2° La femme restée étrangère conserve le droit d'exercer, dans la succession de son mari naturalisé français, tous les gains de survie que lui attribuent ses conventions matrimoniales ou la loi qui lui en tient lieu (1). Au contraire, le légataire universel, institué par un testament antérieur à la naturalisation, ne pourrait invoquer la loi sous l'empire de laquelle cet acte a été fait, pour réclamer dans la succession une part plus forte que la quotité disponible fixée par la loi française. Le droit du légataire n'est acquis qu'au décès du testateur ; jusque là, c'est une simple expectative, qui subit l'influence des événements ultérieurs.

3° La compétence du tribunal est un droit pour toutes les parties en cause, lorsque la demande a été introduite par l'exploit d'ajournement. Le changement de nationalité du défendeur ne saurait la modifier. Ainsi, dans l'hypothèse inverse de celle qui nous occupe, le défendeur, français au début de l'instance, mais devenu étranger pendant sa durée, ne peut, pour ce motif, décliner la compétence du tribu-

(1) Aix, 22 mars 1882, Cl. 1882, p. 541.

nal français, régulièrement saisi (1). Au contraire, tant que l'instance n'est pas engagée, les parties n'ont pas de droit acquis à la compétence du tribunal; elle peut donc changer avec leurs nationalités (2).

4° L'Etat auquel appartenait l'étranger devra obtenir son extradition, même après la naturalisation, en raison d'un délit antérieur. C'est là, pour lui, un droit acquis. Cette solution est consacrée par le traité conclu entre la France et l'Angleterre le 14 août 1876 (art. 2). Cependant en pareil cas, certains Etats ont, à tort, refusé l'extradition (3).

Il va, du reste, sans dire que, ni le naturalisé ni les tiers ne pourraient exercer en France, sous prétexte qu'il leur est acquis, un droit contraire à l'ordre public et surtout à la morale ; comme si un musulman prétendait que les deux femmes qu'il a épousées, avant d'être français, doivent l'une et l'autre rester légitimes.

§ 2. — Perte de la nationalité française.

178. — D'après les articles 17 et 18 du Code civil, la nationalité française se perd : 1° par l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère ; 2° par l'abdication, jointe à l'option pour une nationalité étrangère, dans deux cas ; 3° par le mariage d'une femme française avec un étranger ; 4° par la déchéance, dans trois hypothèses.

179. — A. Acquisition volontaire d'une nationalité étrangère (art. 17, 1°). — Tout français, sauf une réserve que nous indiquerons, a le droit de changer de nationalité.

La loi du pays auquel il veut appartenir déterminera les conditions nécessaires pour en acquérir la nationalité et les effets de cette acquisition ; la loi française déterminera les conditions nécessaires pour perdre la nationalité française et les effets de cette perte. C'est à ce dernier point de vue que nous devons nous placer.

---

(1) Cass. 4 février 1891, Cl. 1891, p. 171. — V. cep. Cass. 15 juin 1885, Dal. 86. 1. 214.

(2) V. *infrà*, n° 428.

(3) Cogordan, *Nationalité*, p. 148.

180. — A) CONDITIONS. — Nous devons d'abord résoudre une question préalable.

Quelle autorité est compétente pour apprécier si ces conditions ont été remplies ? L'autorité étrangère ou l'autorité française ? Chacune a son rôle. Les tribunaux étrangers jugent si la nationalité étrangère a été valablement acquise, les tribunaux français si la nationalité française a été valablement perdue. Peut-être leurs décisions se contrediront-elles : une même personne aura alors deux nationalités. Ce sera un de ces conflits que la différence des législations rend inévitables.

Suivant une autre opinion, les tribunaux français n'auraient point ici à intervenir. Lorsque les autorités étrangères ont jugé que la naturalisation est valablement acquise, il en résulterait nécessairement que la nationalité française est perdue (1). Nous ne saurions admettre ce système. Les tribunaux français, gardiens de la loi française, ont certainement le droit et l'obligation d'apprécier si les conditions auxquelles elle soumet la perte de la nationalité française ont été remplies. Il s'agit d'une question relative à l'état d'un français, présumé tel jusqu'à ce que le changement de nationalité ait été prouvé, et qui touche de près à l'intérêt général : comment croire que les tribunaux français n'aient qu'à enregistrer la sentence des juges étrangers ? Mais il faut bien préciser leur rôle : ils empiéteraient sur la souveraineté étrangère, s'ils prononçaient la nullité de la naturalisation. Ils devront donc se borner à décider qu'elle est en France inefficace (2).

Les conditions que les tribunaux français sont appelés à vérifier sont les suivantes :

1° Si le français est soumis au service militaire, il doit obtenir l'autorisation du gouvernement ;

2° Il doit avoir acquis volontairement une nationalité étrangère ;

---

(1) De Folleville, *Naturalisation*, p. 353 et suiv. Bluntschli, *De la naturalisation en Allemagne d'une femme séparée de corps en France* (*Revue pratique de droit français*, 1876, p. 305 et suiv.).

(2) Tribunal de la Seine, 10 mars 1876 et Paris, 7 juillet 1876, Sir. 76. 2. 249.

3° Il doit être capable de changer de nationalité ;

4° Suivant la jurisprudence, l'acquisition de la nationalité étrangère n'est pas valable, lorsqu'elle a eu pour but de faire fraude à la loi française.

181. — 1° *Consentement du gouvernement.* — Le Code civil laissait entièrement libre le changement de nationalité. Postérieurement à sa promulgation, un décret du 6 août 1811 obligeait les français, pour se faire naturaliser en pays étranger, à obtenir l'autorisation du gouvernement. Ceux qui avaient enfreint ces prescriptions étaient frappés de certaines peines, mais ils perdaient cependant la qualité de français. La loi de 1889 a abrogé ce décret, qui, depuis longtemps n'était plus appliqué, mais elle apporte une restriction au droit de changer de nationalité. Le français qui est soumis au service militaire pour l'armée active, en y comprenant sa réserve, doit, s'il veut se faire naturaliser en pays étranger, être autorisé par le gouvernement français. A défaut d'autorisation, la naturalisation qu'il acquiert est non avenue en France. Il ne perd pas la qualité de français ; il reste par conséquent, tenu au service militaire et passible, s'il ne l'accomplit pas, des peines prononcées par la loi. Le législateur n'a pas voulu empêcher l'usage légitime de la liberté d'expatriation, mais seulement ses abus et prévenir les changements de nationalité qui n'auraient d'autre but que d'échapper au service militaire.

182. — 2° *Acquisition volontaire d'une nationalité étrangère.* — Il faut que le français ait acquis une *nationalité* étrangère. La concession de certains droits civils, comme, en Angleterre, la *denization*, ne suffirait pas à lui faire perdre la nationalité française (1).

Il faut que la nationalité étrangère soit *acquise*. Il ne suffirait pas que le français l'eût sollicitée, même s'il avait déclaré, en même temps, renoncer à la nationalité française : on ne peut en effet la perdre par une simple manifestation de volonté.

(1) Paris, 27 juillet 1859, Sir. 59.2.677. Cass. 16 février 1875, Sir. 75.1.193.

Il faut que la nationalité étrangère ait été acquise *volontairement*. Un français ne perdrait pas sa nationalité, si celle d'un autre Etat lui avait été conférée contre sa volonté, comme dans la République de Vénézuéla où tous les immigrants sont naturalisés d'office.

Il y a plus : en Angleterre, la naturalisation est accordée à un étranger avec cette condition : « qu'il ne sera pas censé sujet anglais, sur le territoire de l'Etat dont il était sujet, à moins qu'il n'ait cessé de l'être en raison des lois de ce pays ou d'un traité ». Il a été jugé, en France et en Angleterre, que cette naturalisation ne faisait pas perdre la nationalité française (1).

L'étude des législations étrangères nous montrera à quelles conditions, dans les divers pays, la nationalité est volontairement acquise. L'article 17 prévoit qu'elle peut l'être soit par une naturalisation proprement dite, soit de droit par une déclaration analogue à celle que permettent nos articles 9 et 10. Il assimile, avec raison, au français naturalisé « celui qui acquiert, sur sa demande, la nationalité française par l'effet de la loi ». Par exemple, l'enfant né de parents français en Belgique, où le Code civil est en vigueur, cesse d'être français, si, à sa majorité, il réclame la nationalité belge. Il est un autre cas que la loi n'a pas prévu : c'est celui où un français aurait conservé volontairement la nationalité que la loi du pays où il est né lui avait conférée d'office, en lui laissant le droit de la décliner. Ainsi un français, né en Angleterre et qui laisse passer sa majorité sans opter pour la nationalité française, est anglais d'une façon définitive et par sa volonté au moins tacite. Cependant, comme il n'a pas eu besoin de faire de demande, il ne perd pas la nationalité française et n'a même aucun moyen de la perdre, car il ne peut acquérir par naturalisation la nationalité anglaise qui lui appartient de naissance. Il aurait fallu alors, comme l'a fait la loi anglaise, reconnaître au français le droit d'opter, par une déclaration expresse, pour la nationalité étrangère. C'eût été la réciproque du système adopté pour l'étranger né en France.

---

(1) Paris, 29 novembre 1891, Cl. 1892, p. 471. — Haute-Cour d'Angleterre, division de chancellerie, 11 janvier 1888, Dal. 88, 2, 83.

183. — 3° *Capacité*. — La loi française règle la capacité nécessaire pour perdre la nationalité française. Les pays étrangers ne devraient jamais conférer leur nationalité à un français incapable d'en changer : s'ils méconnaissent ce principe, il en résultera un conflit. Le français aura acquis une nationalité nouvelle, sans perdre celle qui lui appartenait jusqu'alors.

Aucune capacité spéciale n'est requise pour le changement de nationalité. Nous n'avons pas à nous occuper des interdits, parce que la question, à leur égard n'a pas d'intérêt pratique, ni des individus pourvus d'un conseil judiciaire, parce que le changement de nationalité ne figure pas parmi les actes, limitativement énumérés, dont ils sont incapables. Nous n'avons à parler que des mineurs et des femmes mariées.

184. — α) *Mineurs*. — Bien que cela ne soit écrit nulle part, le mineur français est certainement incapable de changer de nationalité. Il n'en peut changer par lui-même, puisqu'il est incapable d'accomplir par lui-même aucun acte juridique ; son père ou son tuteur n'en peuvent changer pour lui. Ils le représentent, à la vérité, dans tous les actes de la vie civile, mais encore en est-il certains qui, par leur nature, répugnent à cette représentation : le changement de nationalité, nous l'avons dit, est du nombre. D'ailleurs, si la loi l'avait permis, elle l'aurait certainement subordonné à des formalités au moins aussi rigoureuses que l'aliénation d'immeubles ou l'hypothèque : comment croire qu'elle donne au tuteur le pouvoir de changer la nationalité du mineur sans même exiger l'autorisation du conseil de famille ? Il est vrai que, dans certains cas, le père ou le tuteur d'un mineur étranger ont le pouvoir d'acquérir pour lui la nationalité française ; mais ce sont là des exceptions qu'on ne saurait étendre par analogie. La règle générale, telle qu'elle résulte des principes, telle qu'elle était admise avant la loi actuelle, c'est que le mineur est incapable de changer de nationalité. Le législateur de 1889, qui ne l'ignorait pas, l'a modifiée, dans certains cas particuliers, pour l'acquisition de la nationalité française ; il l'a volontairement laissée subsister, par son silence même, pour la perte de cette nationa-

lité. Le mineur naturalisé à l'étranger ne cesserait donc pas d'être français (1). Il ne faut pas même faire pour les mineurs émancipés, une exception qui serait cependant très justifiée, puisqu'ils sont maîtres de leur personne, et agissent par eux-mêmes, avec l'assistance de leur curateur. Mais, dans le droit français, l'incapacité est toujours la règle pour eux ; le changement de nationalité n'est pas au nombre des actes dont la loi déclare capable le mineur émancipé, sa condition est donc, sous ce rapport, la même que celle du mineur ordinaire.

185. — β) *Femme mariée.* — On comprend qu'une femme mariée française se fasse naturaliser en pays étranger, en même temps que son mari. Aucun principe même ne s'oppose à ce qu'elle soit naturalisée seule, son mari restant français. La nationalité du mari détermine, au moment du mariage, celle de la femme, mais par la suite elles sont indépendantes l'une de l'autre. En fait, cela arrivera rarement quand l'union conjugale sera dans son état normal et régulier ; le cas au contraire s'est présenté après la séparation de corps et a soulevé d'assez graves difficultés que, d'ailleurs, un changement dans la loi empêchera pour l'avenir de se reproduire.

Quelle est donc la capacité soit de la femme non séparée soit de la femme séparée ?

186. — *Femme non séparée.* — Pour se faire naturaliser en pays étranger, elle doit obtenir l'autorisation de son mari ou celle de la justice. La règle n'est pas contestée, bien que la loi ne la formule expressément nulle part. C'est une conséquence de l'incapacité ordinaire de la femme mariée. Sans doute, l'article 217, ni aucun autre, ne mentionne le changement de nationalité parmi les actes soumis à l'autorisation du mari; mais son énumération n'est pas limitative.

---

(1) Cass. 26 février 1890, Cl. 1890, p. 117. Mais, d'après le même arrêt, il cesserait d'être français si, après sa majorité, il en manifestait de nouveau l'intention devant les autorités étrangères. — Cogordan, *Nationalité*, p. 179. Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 181. Vincent, *op. cit.* p. 890.

Ainsi il ne parle pas des contrats ni des obligations. L'incapacité de la femme mariée n'est pas absolue ; cependant les actes qu'elle peut faire seule restent l'exception.

Le changement de nationalité est un acte grave pour la femme elle-même et pour la famille, qui se trouve soumise à des lois différentes et dont l'unité morale subit une atteinte ; il est donc bien naturel que l'autorisation du mari soit exigée.

187. — *Femme séparée.* — La loi du 6 février 1893 restitue à la femme séparée de corps son entière capacité : elle a donc désormais le droit de changer de nationalité. Antérieurement, la question avait été vivement débattue à l'occasion d'une affaire célèbre (1). La jurisprudence avait admis, avec raison, croyons-nous, que la femme, même séparée de corps, avait besoin de l'autorisation de son mari ou de la justice pour acquérir valablement une nationalité étrangère. Même après la séparation, la femme restait, en principe, incapable ; si une capacité particulière lui était attribuée, ce n'était que pour des actes limitativement déterminés, parmi lesquels le changement de nationalité n'était compris ni directement, ni par analogie. On avait bien soutenu que la femme pouvant avoir un domicile distinct, pouvait, par là même, acquérir librement une nationalité nouvelle : mais autre chose est le domicile, autre chose la nationalité. La femme séparée était capable de fixer son domicile en pays étranger ; il n'en résultait pas qu'elle fût capable d'avoir une nationalité étrangère.

Nous n'insistons pas davantage sur cette discussion, qui n'offre plus désormais d'intérêt pratique.

188. — *4° Naturalisation acquise en fraude de la loi française.* — *α)* Qu'est-ce que la fraude à la loi ?

L'acquisition d'une nationalité étrangère, en soumettant le français à une loi nouvelle, aura souvent pour consé-

---

(1) L'affaire de la princesse de Beaufremont. — Trib. de la Seine, 10 mars 1876 et Paris, 7 juillet 1876, Dal. 78.2.1. Cass. 18 mars 1878, Dal. 78.1.201. — V. en sens contraire au nôtre, de Folleville, *Naturalisation*, p. 317.

quence soit de le soustraire à une obligation qu'impose la loi française, soit de lui permettre d'exercer un droit ou une faculté qu'elle n'admet pas, soit enfin de lui épargner une gêne quelconque résultant de son application. C'est là, en soi, un effet normal et régulier du changement de nationalité. Mais lorsque les circonstances de fait montrent que le français, en changeant de nationalité, n'a eu d'autre but que d'éluder l'application de nos lois, d'atteindre un résultat en contradiction avec elles, et de léser ainsi un intérêt soit public, soit privé, on considère alors la naturalisation comme acquise en fraude de la loi française.

Le changement de nationalité porte atteinte à un intérêt général, notamment lorsque le français a voulu se soustraire au service militaire. Nous avons vu comment l'article 17 du Code civil prévoit aujourd'hui cette fraude. Le français appartient-il à l'armée active ou à sa réserve ? Il doit, pour s'expatrier, obtenir l'autorisation du gouvernement, sinon la naturalisation obtenue en pays étranger est inefficace en France. Appartient-il à l'armée territoriale ? Aucune autorisation n'est plus nécessaire. La naturalisation, n'eût-elle eu d'autre objet que de le soustraire à ses obligations militaires, sera donc pleinement valable en France. On n'a pas voulu entraver alors, sans utilité sérieuse, la liberté d'expatriation.

Mais la loi n'a pas prévu le cas où le changement de nationalité porterait atteinte à un intérêt privé, et c'est alors précisément que les tribunaux ont bien souvent déclaré la naturalisation acquise en pays étranger frauduleuse et sans effet en France.

Ainsi, lorsque la loi française n'admettait pas le divorce, l'un des conjoints obtenait la naturalisation dans un pays où il était admis et le faisait ensuite prononcer par les tribunaux locaux, sauf à revenir ensuite habiter la France comme auparavant. Quelquefois même les deux conjoints se concertaient pour faire ainsi dissoudre leur union (1). La Cour de cassation et les Cours d'appel ont toujours jugé que

---

(1) C'était généralement en Suisse que la naturalisation était alors demandée, parce que, jusqu'à la loi fédérale de 1876, elle était très facile dans ce pays.

cette naturalisation acquise en fraude de la loi française était inefficace ; que le premier mariage subsistait toujours et que, par conséquent, le second était nul (1). Aujourd'hui encore la question peut se poser, bien qu'en des termes un peu différents, puisque, dans plusieurs pays, les causes de divorce sont plus nombreuses qu'en France.

Ainsi encore, un mari, au moment où sa femme va former contre lui une demande de séparation de corps, se fait naturaliser en Suisse et décline ensuite, en raison de son extranéité, la compétence du tribunal français: le déclinatoire n'est pas admis et la naturalisation ne change pas la compétence (2).

De même une personne n'empêchera pas la nomination d'un conseil judiciaire, si elle acquiert, au cours de l'instance, une nationalité étrangère (3).

189. — *β*) Que faut-il penser de cette jurisprudence?

La liberté d'expatriation, dont l'exercice légitime est un droit, peut aussi devenir un abus. Si, par exemple, une personne voulait, dans la mesure du possible, s'assurer les avantages d'une nationalité nouvelle, tout en échappant à ses charges, et en même temps éluder les inconvénients de la nationalité française, tout en bénéficiant de ses avantages. C'était le cas d'une femme qui, naturalisée étrangère pour obtenir le divorce, redevenait presqu'aussitôt française, en épousant un français ; c'était le cas de ces naturalisations qu'on pouvait autrefois obtenir si facilement dans certains cantons suisses, presque sans quitter la France et sans former en Suisse d'établissement sérieux.

Il est donc naturel de chercher à prévenir et à réprimer ces abus. Nous ne croyons pas cependant que les tribunaux aient réellement le droit de déclarer la naturalisation inefficace, comme acquise en fraude de la loi française. Aucun texte ne leur donne ce pouvoir. On invoque seulement, pour le justifier, l'adage : *fraus omnia corrumpit*. Mais, en pareil cas, en quoi consiste exactement la fraude ? On ne la

---

(1) V. *Suprà* les arrêts rendus dans l'affaire Beauffremont et Cass. 18 décembre 1845, Sir. 46.1.100. — Paris, 30 juin 1877, Dal. 78.2.6.
(2) Toulouse, 17 juillet 1874 et Cass., 19 juillet 1876, Dal. 76.1.5.
(3) Trib. de la Seine, 8 mars 1884 (*Gaz. des Tribunaux* du 14 mars).

trouvera pas, sans doute, dans le seul désir d'échapper à l'application de la loi française : comment, sans interdire le changement de nationalité, défendre à un français de changer la loi qui le régit ? Les tribunaux devront se livrer à une appréciation bien périlleuse pour découvrir si l'expatriation a été sérieuse ou non, de bonne ou de mauvaise foi ; il leur sera très difficile d'arriver à une certitude et très facile de tomber dans l'arbitraire. L'article 17 dit que le français naturalisé en pays étranger perd sa nationalité. C'est là une disposition absolue qui n'autorise aucune distinction : on la contredirait en refusant d'admettre les conséquences du changement de nationalité, suivant les motifs qui l'ont inspiré. Portalis expliquait très bien qu'on ne pouvait rechercher les motifs, « à moins de préférer la probabilité des conjectures à la certitude que donne l'évidence ».

D'ailleurs la loi subordonne, pour une catégorie déterminée de français, la perte de la nationalité à une autorisation du gouvernement ; ne résulte-t-il pas de là que, si elle a été obtenue ou si elle n'était pas nécessaire, aucune autre condition n'est requise (1) ?

190. — Ce n'est pas à dire cependant que, dans les diverses hypothèses où les tribunaux jugent la naturalisation frauduleuse, elle doive produire ses effets à l'encontre de la loi française et surtout des droits des français. Mais il est inutile, pour éviter ce fâcheux résultat, d'invoquer ici une prétendue fraude à la loi ; il suffit, dans la plupart des cas, d'observer que l'acquisition de la nationalité étrangère est, comme nous le verrons tout à l'heure, individuelle et ne porte aucune atteinte aux droits acquis. Ce motif, que les arrêts joignent d'ordinaire à la constatation de la fraude, est à lui seul péremptoire (2). Ainsi nous établirons, en traitant du divorce, que le changement de nationalité de l'un des époux ne peut, à l'égard de l'autre, introduire une cause nouvelle de dissolution du mariage. De même le mari, de-

---

(1) Weiss, *Nationalité*, p. 460. De Folleville, *Naturalisation*, p. 291. Cogordan, *Nationalité*, p. 181 et suiv.

(2) L'arrêt de la Cour de cassation, 4 février 1891, Cl. 1891, p. 171, n'invoque, avec raison, que ce seul motif.

venu étranger, n'a pas pu enlever à sa femme le bénéfice de l'article 14 du Code civil, qui permet au français de citer le défendeur étranger devant un tribunal français et, par conséquent, de former devant ce tribunal la demande en séparation de corps.

Ajoutons enfin que le français devenu étranger ne saurait exercer en France un droit contraire à l'ordre public, et nous aurons ainsi, sans recourir à l'idée de fraude, remédié à la plupart des éventualités. La naturalisation ne sera guère contestée si elle ne porte atteinte ni aux droits des tiers ni à l'ordre public.

191. — Il serait cependant à souhaiter que la loi prévînt, d'une façon encore plus complète, les expatriations abusives ; mais il est difficile de trouver à cet égard une solution satisfaisante. Voudrait-on généraliser celle que la loi a adoptée pour les individus soumis au service militaire dans l'armée active, et subordonner pour tout français le changement de nationalité à l'autorisation du gouvernement ? C'est le système suivi en Allemagne. Nous ne proposerions pas de l'imiter. En effet, de deux choses l'une : ou bien le gouvernement est toujours libre de refuser l'autorisation, suivant les circonstances, et alors la liberté d'expatriation n'existe plus : elle est soumise au bon plaisir de l'administration. Ou bien, comme en Allemagne, elle ne peut être refusée que pour des causes limitativement déterminées et elle ne présente alors aucune garantie. La législation suisse a consacré à cet égard un système ingénieux. Elle accorde à la commune où l'émigrant a le droit de bourgeoisie et aux particuliers le droit de faire, au changement de nationalité, une opposition dont l'autorité judiciaire fédérale est chargée d'apprécier le mérite ; mais ce procédé serait à peu près illusoire dans un vaste pays comme la France, où les changements de résidence sont fréquents ; bien souvent les intéressés seraient inconnus et il serait difficile de les mettre sérieusement en demeure de faire opposition.

Les conventions diplomatiques offrent le meilleur et peut-être le seul moyen de prévenir ces difficultés : telle est celle qui a été conclue entre les États-Unis et la Prusse le 22 février 1868 (traité Bankroft). La Prusse ne considère comme

américains ses nationaux naturalisés aux États-Unis qu'après cinq ans de séjour dans ce pays et réciproquement pour les américains naturalisés en Prusse.

192. — B) EFFETS DE LA PERTE DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE RÉSULTANT DE L'ACQUISITION D'UNE NATIONALITÉ ÉTRANGÈRE. — Nous retrouvons ici les trois questions que nous avons examinées à propos de l'acquisition de la nationalité française : Quels sont ces effets ? — A l'égard de quelles personnes ? — Pour quel temps se produisent-ils ?

1° *Quels sont ces effets* ?

Le français qui a perdu sa nationalité est désormais étranger.

Il n'est plus soumis aux lois françaises qui régissent l'état et la capacité des personnes.

Il ne jouit plus des droits attachés à la nationalité française.

Il n'est plus tenu aux obligations qui en sont la conséquence, notamment au service militaire : il est même incapable de servir dans l'armée française. Mais si, avant d'être naturalisé à l'étranger, il n'avait pas satisfait à ses obligations militaires, quel sera, à cet égard, l'effet du changement de nationalité (1) ?

Nous n'avons pas à nous occuper de l'individu que son âge range dans l'armée active : s'il n'obtient pas l'autorisation requise, il ne cesse pas d'être français ; s'il l'obtient, cela suppose évidemment qu'il est en règle avec la loi.

Quant à celui qui n'appartient plus à l'armée active, et n'a, par conséquent, besoin d'aucune autorisation, il faut distinguer.

Il n'a pas satisfait au service, parce qu'il avait été omis, sans fraudes ni manœuvres de sa part, sur les listes du tirage au sort : le changement de nationalité le libère entière-

---

(1) V. Correspondance entre le gouvernement français et celui des Etats-Unis, à l'occasion de français naturalisés aux Etats-Unis, sans avoir satisfait, en France, au service militaire : Cl. 1889, p. 253. De Folleville, *Naturalisation*, p. 522-523. Gogordan, *Nationalité*, p. 200 et suiv.

ment. L'omission n'est pas un délit punissable ; elle doit être seulement réparée, après sa découverte, et l'omis être inscrit sur les listes ; mais cette inscription est impossible lorsqu'il est devenu étranger et il n'est, pour le passé, passible d'aucune peine.

C'est volontairement qu'il n'a pas satisfait au service. Il a usé de fraudes ou manœuvres pour se faire omettre, ou, après avoir été inscrit, il n'a pas répondu à l'appel : cette omission frauduleuse ou cette insoumission est un délit, pour lequel il peut être poursuivi devant le conseil de guerre et condamné, même après avoir acquis une nationalité étrangère. Mais le conseil de guerre n'est point juge de la nationalité : en cas de contestation sur ce point, il doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la question ait été jugée par les tribunaux civils.

En outre, le délit d'insoumission est un délit successif, qui se prescrit par trois ans, à partir du jour où le service militaire a cessé d'être dû, c'est-à-dire du jour où la nationalité française a été perdue. Donc, trois ans après avoir acquis une nationalité étrangère, l'ex-français est à l'abri de toutes poursuites pour les infractions à la loi militaire commises avant son expatriation.

Le décret du 26 août 1811 punissait de mort le français, naturalisé à l'étranger, qui porterait les armes contre la France. Cette pénalité exorbitante et illogique a disparu. La loi du 26 juin 1889 (art. 6) a abrogé le décret de 1811.

193. — 2° *A l'égard de quelles personnes se produisent ces effets* ?

Lorsque le chef de famille acquiert une nationalité étrangère, quelle en est la conséquence à l'égard de la femme et des enfants mineurs ?

Si la loi étrangère n'attribue à la naturalisation que des effets individuels, sans les étendre à la femme et aux enfants, il est certain qu'ils resteront français. Autrement, ils n'auraient plus de nationalité. Mais, dans beaucoup de pays, ils auront acquis en même temps que leur père sa nationalité nouvelle. Perdront-ils alors la nationalité française ? La loi nouvelle n'en a rien dit. Mais son silence doit, bien certainement, s'interpréter en ce sens, que l'acquisition d'une na-

tionalité étrangère n'aura aucun effet à l'égard de la femme et des enfants mineurs (1). Telle était la règle antérieurement à la loi du 26 juin 1889 (2). Il suffit que le texte nouveau ne l'ait pas expressément modifiée pour qu'elle reste toujours en vigueur ; outre qu'elle est plus conforme aux principes strictement rationnels, telle a été, sans aucun doute, l'intention du législateur. Le Sénat avait admis, en première lecture, que la femme et les enfants mineurs du français naturalisé à l'étranger perdraient la nationalité française, lorsqu'ils auraient acquis en même temps que lui la nationalité étrangère et qu'ils résideraient hors de France. Cette disposition fut retirée par la commission avant la seconde délibération. Bien qu'on n'ait pas dit le motif de cette suppression, il résulte des débats qu'elle a été faite volontairement et en connaissance de cause : le législateur n'a rien voulu changer au système jusque là en vigueur (3).

Ainsi, tandis que l'acquisition de la nationalité française a des effets plus ou moins étendus pour la femme et les enfants mineurs, l'acquisition d'une nationalité étrangère n'a, à leur égard, aucune conséquence. C'est une solution peu logique. On comprend qu'on suive l'un ou l'autre système ; que la naturalisation soit strictement individuelle ou, dans une certaine mesure, collective. Mais c'est une contradiction évidente d'adopter un système pour l'acquisition de la nationalité française et le système opposé pour l'acquisition d'une nationalité étrangère. Le législateur a voulu surtout gagner des français et en perdre le moins possible : il ne s'est pas assez soucié de mettre l'harmonie entre les diverses parties de son œuvre.

---

(1) V. cep. pour les enfants mineurs, Nancy, 18 novembre 1891, Cl. 1892, p. 507.

(2) Douai, 3 août 1858, Dal. 58.2.218. Toulouse, 17 juillet 1874, Sir., 76. 2. 149. Cass. 19 août 1874, Dal. 75. 1. 151. Lyon, 19 mars 1875, Dal. 77. 2. 66. Toulouse, 26 janvier 1876, Dal. 77.2.65. Paris, 4 février 1876, Dal. 76. 2. 193.

(3) Weiss, *Nationalité*, p. 462, et les auteurs cités notes 2 et 3. Cogordan, *Nationalité*, p. 249. Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.*, p. 198-199. Vincent, *loc. cit.*, p. 907 et suiv.— *Contra* (pour les enfants mineurs) Cohendy, Journal *Le Droit*, 2-3 novembre 1889.

194. — 3° *Pour quel temps se produisent ces effets ?*

La perte de la nationalité française n'a d'effets que pour l'avenir. Elle ne rétroagit donc pas et ne porte pas atteinte aux droits acquis, soit au naturalisé lui-même, soit à des tiers. Quoique la loi ne l'ait pas formulé expressément, le principe n'est pas douteux. Nous en avons indiqué les plus importantes applications, en parlant soit de l'acquisition de la nationalité française, soit de la naturalisation dite *en fraude de la loi*. Nous en trouverons d'autres par la suite : il est inutile d'insister ici davantage.

195. — B. Abdication de la nationalité française avec option pour une nationalité étrangère (1). — En principe, l'abdication pure et simple de la nationalité française n'est pas permise. Mais, dans deux cas que nous avons indiqués et qui sont prévus par les articles 8, 4°, 12, § 3 et 18, un français peut réclamer une nationalité étrangère, en justifiant qu'il l'a conservée.

Nous avons dit à quelles conditions cette réclamation est soumise et quels en sont les effets.

La perte de la nationalité française se produit alors rétroactivement, même pour le passé. Il en résulte que la femme et les enfants mineurs y sont compris ; en effet, la femme sera réputée avoir épousé un étranger et les enfants seront nés d'un père étranger. Toutefois, s'ils étaient nés en France, ainsi que leur père, ce qui arrivera habituellement dans le cas prévu par l'article 8, 4°, les enfants seraient français par application de l'article 8, 3°. Au surplus, l'abdication de la nationalité étrangère devant avoir lieu dans l'année qui suit la majorité, il sera bien rare que celui qui la fait soit déjà marié.

196. — C. Mariage d'une française avec un étranger. — De même que la femme étrangère qui épouse un français, la femme française qui épouse un étranger suit la condi-

---

(1) La loi du 26 juin 1889 a, pour la première fois, mentionné dans l'article 17 C. civ. cette cause de perte de la nationalité. Antérieurement déjà, elle résultait de la loi du 7 février 1851, dans une hypothèse que nous avons indiquée et qui ne peut plus se présenter aujourd'hui.

tion de son mari (art. 19) : peu importe qu'elle soit majeure ou mineure. Toutefois, elle resterait française si, d'après la loi étrangère, son mariage ne lui conférait pas la nationalité de son mari. La loi du 26 juin 1889 a fait cette réserve et avec raison : car si, comme le voulait le texte primitif, la femme perdait dans tous les cas la nationalité française, il pourrait arriver qu'elle n'en eût aucune. L'hypothèse est, à la vérité, fort rare, presque toutes les législations attribuant à cet égard le même effet au mariage, mais elle n'est pas impossible : cela suffit pour qu'on ait bien fait de la prévoir.

Ainsi, aucune disposition formelle de la loi n'attribue à la femme qui épouse un sujet ottoman la nationalité de son mari (1).

Il peut aussi arriver que le mari ait perdu sa nationalité primitive, sans en acquérir aucune autre à la place ; dans ce cas encore, la femme à qui son mari ne pourrait donner aucune nationalité déterminée resterait française (2).

Il est, d'ailleurs, bien entendu que la femme française devient étrangère lorsqu'elle épouse un individu déjà étranger lors du mariage, mais non lorsque son mari, français à cette époque, devient, par la suite, étranger.

197. — D. Déchéances de la nationalité française. — La nationalité française est encore perdue dans trois cas, prévus, deux par le code civil, un par une loi spéciale.

Ce sont de véritables déchéances, qui ont, dans une certaine mesure, un caractère pénal. Bien qu'elles résultent d'actes volontaires, elles font perdre à celui qui les encourt la nationalité française sans qu'il le veuille et contre son gré; en outre, elles la lui font perdre sans qu'il en acquière aucune

---

(1) Trib. consulaire d'Alexandrie, 4 juillet 1890, Cl. 1891, p. 60. Trib. de Marseille, 16 juillet 1891, Cl. 1891, p. 956 confirmé par la Cour d'Aix le 14 décembre 1891, V. Cl. 1892, p. 424, *Questions et solutions pratiques*. — On cite souvent la loi anglaise, comme n'attribuant pas à la femme qui épouse un anglais la nationalité de son mari. Cela n'est plus vrai aujourd'hui. Depuis 1844, la législation anglaise est, sur ce point, conforme à celle de presque tous les autres pays.

(2) Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité de l'individu né en France*, etc. Cl. 1892, p. 94.

à la place; elles sont donc contraires aux principes et nous les avons, sous ce rapport, déjà critiquées.

Cependant, les déchéances admises par le Code civil l'étaient déjà par notre ancien droit. Le droit intermédiaire les avait multipliées. Ainsi nous voyons parmi les causes qui font perdre à cette époque la qualité de citoyen, l'affiliation à une corporation étrangère qui suppose des distinctions de naissance ou exige des vœux de religion, la condamnation à une peine afflictive ou infamante (1).

Le Code civil était revenu au système de l'ancien droit; la loi de 1889 a rendu plus rares encore les déchéances de la nationalité française.

Après avoir dit dans quels cas et à quelles conditions elles sont encourues, nous en ferons connaître les effets.

198. — A) CAS ET CONDITIONS. — 1° *Fonctions publiques à l'étranger.* — Perd la qualité de français celui « qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé ».

Il faut que les fonctions aient le caractère de fonctions *publiques* : — fonctions politiques, administratives, judiciaires, diplomatiques (2) ; celles même de ministre du culte et de professeur, lorsque l'État intervient dans la nomination ou fournit le traitement (3). L'exercice en pays étranger d'une profession libérale, comme celle d'avocat ou de médecin, ne fait jamais perdre la nationalité française.

Il faut, en outre, que le français, malgré l'injonction de son gouvernement, ait refusé de résigner ces fonctions dans le délai qui lui était fixé. D'après le texte du Code civil, il suffisait qu'il les eût acceptées sans autorisation du gouvernement. Aujourd'hui, ce consentement est présumé ; seule la

---

(1) Il est difficile de dire si tous les événements qui faisaient perdre les droits de citoyen faisaient perdre aussi la nationalité française.

(2) Les fonctions des consuls ne sont pas des fonctions diplomatiques ni des fonctions publiques.

(3) Paris, 12 mai 1891, *Rev. prat. de dr. intern. pr.*, 1890-91, 1, p. 327.

résistance à un ordre formel fait perdre la qualité de français.

2° *Service militaire à l'étranger.* — Perd la qualité de français, celui « qui, sans autorisation du gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire ».

Seul le service dans une armée régulière, destinée à combattre l'étranger, fait perdre la nationalité française. Il en serait autrement de l'enrôlement dans une garde nationale ou de l'assistance prêtée à l'un des partis dans une guerre civile (1).

3° *Commerce et possession d'esclaves.* — Cette déchéance, établie par le décret du 27 avril 1848 et les lois des 11 décembre 1851 et 28 mai 1858, frappe les français qui ont acquis des esclaves, autrement que par succession, donation ou contrat de mariage, ou en ont fait le commerce postérieurement à la date de 1848, époque à laquelle l'esclavage a été supprimé dans les colonies françaises. Lors de la discussion de la loi de 1889, il avait été question de supprimer cette pénalité, très rarement appliquée en fait. Cependant, pour ne pas paraître, en quelque sorte, amnistier les possesseurs d'esclaves, on a laissé subsister le décret de 1848, mais sans l'insérer dans le Code civil.

199. — 4° *Capacité.* — Une condition commune s'applique à ces quatre hypothèses. Les faits auxquels est attachée la perte de la nationalité française sont des faits volontaires, qui n'ont de conséquences que s'ils émanent d'une personne capable de changer de nationalité. Un mineur n'encourra donc jamais ces déchéances.

On a cependant soutenu l'opinion contraire, dans le cas où il prend du service militaire à l'étranger. La perte de la nationalité française est alors une peine civile, punition d'un délit (2). Or la minorité n'empêche pas l'application d'une

---

(1) Cass. 20 février 1877, Dal., 78.1.25.

(2) Trib. de Blidah, 7 avril 1887, Cl. 1889, p. 111. — De Folleville, *Naturalisation*, p. 396. Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.*, p. 195.

peine et le mineur s'oblige par ses délits. Mais ce double principe est ici appliqué à faux.

D'une part, on ne doit pas transporter, dans une matière qui relève du droit civil, les principes du droit pénal sur la capacité des mineurs ; d'autre part, si le mineur, capable de discernement, s'oblige par ses délits, cela signifie qu'il doit réparer le dommage qu'il a causé à autrui : ce qui n'est pas encore le cas. On ajoute, il est vrai, que le mineur est capable de s'enrôler dans l'armée, à 18 ans avec l'autorisation de ses père et mère ou tuteur, à 20 ans sans autorisation (1), et que, dès lors, il pourra perdre sa nationalité par suite de cet enrôlement. Mais la loi a fixé cette capacité spéciale pour l'engagement dans l'armée française ; elle n'a pas eu en vue l'engagement dans une armée étrangère et encore moins la perte de la nationalité.

Il n'y a donc pas lieu d'écarter ici l'application des règles ordinaires; le mineur ne perd pas sa nationalité en prenant du service militaire à l'étranger. Mais il la perdra, après sa majorité, s'il ne quitte pas ce service dès que la chose lui sera possible (2).

200. — B) EFFETS. — Le français, déchu de sa nationalité, devient étranger, mais sans avoir aucune nationalité déterminée. Cet effet ne se produit que pour l'avenir et est individuel. Il est d'autant plus juste de ne pas l'étendre à la femme et aux enfants mineurs, que les déchéances pénales sont, par leur nature, rigoureusement personnelles.

Nous avons dit précédemment comment le français peut être réintégré dans la nationalité qu'il a perdue. Ce bénéfice n'est point accordé à celui qui a pris du service militaire en pays étranger ; il ne peut rentrer en France qu'avec l'autorisation du gouvernement et ne redevient français que par la naturalisation ordinaire.

201. — Suivant le Code civil (art. 17, 3°), conforme en

---

(1) Loi du 15 juillet 1889, art. 11.

(2) Metz, 25 avril 1849, Dal., 49.2.120 — Weiss, *Nationalité*, p. 480. Aubry et Rau, t. I, p. 270, n. 9. Demolombe, t. I, n° 185. Cogordan, *op. cit.*, p. 301. Vincent, *loc. cit.*, p. 902.

cela à l'ancien droit, l'établissement sans esprit de retour en pays étranger faisait perdre la nationalité française. La loi nouvelle a supprimé cette disposition, qui multipliait le nombre des individus sans nationalité, et dont l'application était souvent difficile. Comment, en effet, savoir si l'esprit de retour était ou non conservé ? Cependant, si un jugement, passé en force de chose jugée antérieurement à la promulgation de la loi, constatait qu'un français fixé à l'étranger a perdu sa nationalité, elle resterait perdue même après cette promulgation ; la nouvelle loi n'a pas d'effet rétroactif et ne restitue pas dans leur nationalité ceux à qui elle n'appartient plus (1).

SECTION III. — *Lois étrangères. — Acquisition et perte de la nationalité.*

202. — Nous ne passerons pas en revue, successivement, toutes les lois étrangères. Nous chercherons plutôt à en prendre une vue d'ensemble et, pour cela, nous en grouperons les dispositions autour de quelques idées générales.

§ 1. — Acquisition de la nationalité.

203. — Tous les pays admettent aujourd'hui la naturalisation. Il n'en a pas toujours été ainsi. La naturalisation proprement dite n'existait pas en Turquie jusqu'en 1869 : embrasser l'Islamisme était le seul moyen d'acquérir la nationalité ottomane. Dans quelques pays, le bénéfice en a été ou en est refusé à des catégories déterminées d'étrangers. En Roumanie, elle ne pouvait être accordée qu'aux chrétiens, d'après le Code civil et la constitution de 1866, modifiés sur ce point en 1879. Aux Etats-Unis, les nègres en étaient exclus jusqu'en 1870 et 1875. Par contre, ce sont les blancs qui, dans la République d'Haïti n'y sont pas admis.

A quelles conditions les lois étrangères soumettent-elles la naturalisation ? Quels effets lui attribuent-elles ?

---

(1) Rennes, 7 avril 1891, Cl. 1892, p. 720.

204. — A. Conditions. — 1° *La naturalisation est-elle une concession libre de l'Etat ou un droit pour l'étranger qui remplit les conditions fixées par la loi ?*

Les législations se partagent inégalement entre ces deux systèmes ; la grande majorité, du moins en Europe, considèrent la naturalisation comme étant, en règle générale, une faveur ; d'autres la regardent, en principe, comme un droit.

Presque toutes, actuellement, admettent que la femme, en se mariant, acquiert la nationalité de son mari. Nous avons déjà dit que cette disposition ne se trouve pas dans la loi ottomane.

a) La naturalisation est, en règle générale, une concession libre dans les Etats suivants :

En Europe : Allemagne, Angleterre, Autriche-Hongrie, Belgique, Grèce, Italie, Luxembourg, Monaco, Pays-Bas, Portugal, Russie, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie.

En Amérique : Guatémala, Colombie, Equateur.

La naturalisation est accordée par le pouvoir exécutif en Allemagne, en Grèce, en Portugal, en Suède, dans la principauté de Monaco, en Turquie, dans les Républiques de Colombie et de l'Equateur ; par le ministre de l'intérieur, en Russie ; par les autorités provinciales en Autriche.

Elle émane tantôt du pouvoir exécutif et tantôt du pouvoir législatif en Italie et en Angleterre. En Italie, la naturalisation ordinaire est accordée par un décret royal, et la grande naturalisation, qui confère la plénitude des droits politiques, par une loi.

En Angleterre, la naturalisation est accordée par le secrétaire d'Etat à l'intérieur (*act* de 1870) ; mais on reconnait communément qu'un vote du Parlement peut seul donner le droit d'y siéger.

C'est toujours le pouvoir législatif qui accorde la naturalisation en Belgique, dans les Pays-Bas, le Luxembourg et la Roumanie.

En Suisse, elle nécessite l'intervention du pouvoir fédéral et des pouvoirs cantonaux. Jusqu'en 1876, les cantons étaient maîtres d'accorder la naturalisation, comme bon leur semblait. Ils le faisaient quelquefois avec une facilité qui avait soulevé les réclamations des gouvernements voisins, en particulier de la France. La loi du 3 juin 1876 a voulu préve-

nir ces difficultés. L'étranger, pour se faire naturaliser, doit d'abord obtenir l'autorisation du Conseil fédéral, pouvoir exécutif, représentant de la confédération dans ses rapports avec les États étrangers. La naturalisation doit ensuite être obtenue dans un canton et le droit de bourgeoisie dans une commune, suivant les législations cantonales variables sur ce point. Souvent elles réservent la décision au pouvoir législatif. Presque partout, l'étranger doit payer des droits assez élevés, qui représentent sa part dans la jouissance des biens communaux.

205. — Dans plusieurs des États que nous venons d'énumérer, la naturalisation est toujours une faveur et n'est jamais un droit : ainsi en Angleterre, en Autriche-Hongrie, en Portugal, en Suède et en Suisse.

Ailleurs, le droit d'acquérir la nationalité du pays est reconnu, par exception, aux étrangers dont la situation particulière justifie ce privilège.

Ainsi nous savons que, dans beaucoup d'États, ce bénéfice appartient aux individus nés dans le pays de parents étrangers. Ailleurs, on rencontre d'autres dérogations à la règle générale. En Allemagne, les sujets d'un État de l'empire qui passent dans un autre ont droit à la naturalisation, qui leur est conférée par un acte d'admission. La nomination d'un étranger à des fonctions publiques équivaut pour lui à la naturalisation.

206. — *b*) *La naturalisation de droit et la naturalisation de faveur* sont concurremment admises en Espagne, où l'acquisition de la nationalité résulte soit de lettres de naturalisation, soit de l'obtention du droit de cité dans quelque ville du royaume.

Les lettres de naturalisation sont de quatre degrés. Une loi est nécessaire pour celles des trois premiers, seules celles du quatrième degré peuvent être accordées par le roi.

On obtient le droit de cité, par exemple, en fixant son domicile en Espagne, en y possédant des immeubles, en épousant une espagnole et en habitant avec elle en Espagne. Il suffit alors, pour acquérir la nationalité espagnole, de se faire inscrire comme espagnol sur le registre de l'état civil.

207. — c) *La naturalisation est en règle générale un droit dans certains Etats.* — Ce n'est que par exception qu'elle est accordée à titre de faveur.

En Europe, cette règle n'est suivie que par le Danemark et par la Norvège, encore régis par la même législation. Ils déterminent, nous l'avons vu, la nationalité d'origine par le lieu de naissance; ils font dépendre de l'établissement du domicile l'acquisition de la nationalité. Tout étranger domicilié sans esprit de retour est sujet du royaume. Il acquiert successivement, par une résidence prolongée, les droits qui appartiennent aux nationaux du pays. Toutefois, pour lui conférer l'indigénat, c'est-à-dire l'assimilation complète aux nationaux, il faut en Norvège une résidence de 10 ans, qu'une loi spéciale peut abréger. En Danemark, une loi est toujours nécessaire.

Aux Etats-Unis, la naturalisation est acquise à l'étranger après cinq ans de résidence, à la condition qu'au début et à la fin de ce délai il ait déclaré son intention de devenir citoyen des Etats-Unis, et qu'il renonce à tout lien d'allégeance envers une autre puissance. Il doit faire la preuve que ces conditions ont été remplies devant les cours de justice et justifier, en outre, qu'il est digne de la naturalisation par sa conduite, son attachement au pays et à ses institutions.

Les tribunaux ont le droit d'apprécier et, en conséquence, celui de refuser la naturalisation.

Le même système, à peu près, est suivi au Mexique, mais le délai de résidence n'est que de deux ans.

Dans l'Amérique du Sud, presque tous les Etats, mus sans doute par le désir de s'assimiler le plus promptement possible les émigrants, déclarent l'étranger naturalisé après un temps de domicile plus ou moins long, lorsqu'il satisfait à certaines conditions, généralement faciles. En outre, soit le pouvoir exécutif, soit le pouvoir législatif, suivant les Etats, peut accorder, à titre de faveur, la naturalisation à un étranger qui ne remplit pas les conditions ordinairement requises. Le Brésil où, jusqu'à la dernière révolution, la naturalisation était, en principe, concédée par le pouvoir exécutif, s'est, depuis lors, rallié au système suivi par les Etats ses voisins (Décret du 15 décembre 1889).

Habituellement, l'étranger doit déclarer devant l'auto-

rité compétente son intention d'acquérir la naturalisation ; au Brésil, il peut la refuser. La République de Vénézuéla va plus loin encore ; elle impose la naturalisation à tous les étrangers émigrants, par le seul fait de leur arrivée dans le pays. De plus l'allégeance est perpétuelle ; la nationalité ainsi acquise ne peut donc pas se perdre.

208. — 2° *Domicile*. — Quel que soit le système adopté, une condition est partout requise. L'étranger, pour être naturalisé, doit être domicilié dans le pays. Cela est nécessaire pour garantir que le changement de nationalité est sérieux. Cependant certains Etats se sont parfois montrés trop faciles à cet égard. Divers cantons suisses n'exigeaient pas bien rigoureusement la translation de domicile. La loi de 1876 a, comme nous l'avons vu, mis fin à ces abus. La Grèce a souvent naturalisé des sujets de l'empire ottoman, d'origine hellénique, mais domiciliés en Turquie ; aussi la Turquie a-t-elle subordonné la perte de la nationalité à une autorisation du gouvernement.

Habituellement même, il faut un certain temps de résidence. Cependant, la loi allemande de 1870 (art. 8) et le Code civil italien (art. 10) exigent seulement l'établissement du domicile, sans lui assigner aucune durée déterminée.

209. — 3° *Capacité*. — Plusieurs lois ne déterminent pas d'une façon spéciale la capacité requise pour acquérir la nationalité. On applique alors, sans doute, les règles habituellement suivies dans le pays relativement à la capacité des étrangers : ainsi en Angleterre, en Grèce, en Espagne, en Russie... etc.

D'après les principes rationnels, comme nous l'avons dit, on ne devrait jamais naturaliser un étranger incapable, d'après sa loi nationale, de changer de nationalité. C'est ce que décide expressément, en Allemagne, la loi du 1er juin 1870 (art. 10), aux termes de laquelle les étrangers, pour être naturalisés, doivent être « capables de disposer de leur personne, d'après les lois du pays auquel ils ont appartenu jusqu'alors ; » en Hongrie, la loi du 23 décembre 1879, calquée sur la loi allemande, et, au Mexique, la loi du 28 mai 1886 (art. 13).

C'est ce qui résulte aussi de la loi suisse de 1876. Le Con-

seil fédéral ne peut autoriser la naturalisation que des étrangers « dont les rapports avec l'Etat dont ils ressortissaient sont tels, qu'il est à prévoir que leur admission à la nationalité suisse n'entraînera, pour la confédération, aucun préjudice. » Or, précisément, la naturalisation d'un incapable serait de nature à entraîner des difficultés. Elle ne devra donc pas être admise.

En Portugal, l'étranger doit être majeur, tout à la fois, d'après sa loi nationale et d'après la loi locale : solution à l'abri de toute critique.

La loi turque veut qu'il soit arrivé à sa majorité, sans dire comment elle sera fixée.

Dans d'autres États, la loi exige seulement la majorité fixée par la loi locale : par exemple en Belgique, en Suède, dans les Pays-Bas, le Grand-Duché de Luxembourg, aux États-Unis, au Brésil. Ce système, également suivi en France, est, avons-nous dit, le moins rationnel.

En Allemagne, en Autriche et en Hongrie les mineurs, habilités conformément à la loi, pourront être naturalisés. Ce bénéfice ne devrait pas, croyons-nous, s'étendre à ceux qui, suivant leur loi nationale, sont incapables de changer de nationalité, même avec l'assistance ou par l'intermédiaire de leurs représentants légaux. Ce serait le cas des mineurs français.

210. — *4° Précautions prises pour éviter que l'étranger naturalisé ait une double nationalité.* — Plusieurs États, encore en trop petit nombre, ont adopté, dans ce but, certaines mesures. Telle est la disposition de la loi suisse que nous citions à l'instant. Il en résulte qu'un étranger ne peut être naturalisé lorsqu'il n'a pas perdu sa nationalité d'origine. La même règle existe dans le Luxembourg. En Suède, l'étranger pour être naturalisé, doit justifier qu'il a cessé d'être sujet de son pays d'origine. On rencontre aussi en Roumanie une disposition semblable. En Espagne, l'étranger qui obtient des lettres de naturalisation ou qui acquiert le droit de cité doit, pour jouir de la nationalité espagnole, renoncer préalablement à sa nationalité antérieure (1).

---

(1) Cette renonciation se rencontre également aux États-Unis et au Mexique.

Mais il faut bien remarquer que les effets de cette renonciation sont limités aux rapports de l'étranger naturalisé et du gouvernement espagnol. L'État auquel l'étranger appartient peut toujours soutenir qu'il n'a pas perdu sa nationalité. Ainsi un français, soumis au service militaire dans l'armée active, naturalisé en Espagne sans autorisation, ne cesserait pas d'être français, malgré sa renonciation formelle. Cette renonciation ne prévient donc pas les conflits (1).

211. — 5° *Publicité de la naturalisation.* — Diverses lois se sont préoccupées de rendre publique l'acquisition de la nationalité. D'après le Code civil italien et le Code civil espagnol, elle ne produit d'effet que lorsqu'elle est inscrite sur les registres de l'état civil.

212. — **B. Effets.** — Nous examinerons ici deux questions :

1° L'étranger naturalisé a-t-il l'entière jouissance des droits politiques ?

2° Quel est l'effet de la naturalisation à l'égard de sa femme et de ses enfants mineurs ?

213. — *a) Jouissance des droits politiques.* — Dans beaucoup de pays, les droits de l'étranger naturalisé sont, sous ce rapport, les mêmes que ceux des autres citoyens. D'autres au contraire font des réserves.

En Belgique et en Italie, la grande naturalisation est requise pour que l'étranger soit électeur et éligible aux Chambres et même, en Italie, pour qu'il remplisse les fonctions de juré.

En Angleterre, un vote du Parlement est nécessaire pour

---

(1) En France dans les travaux préparatoires de la loi du 26 juin 1889, on avait proposé d'admettre qu'un étranger ne pourrait être naturalisé s'il conservait sa nationalité primitive. Cette proposition fut rejetée sur la demande du Garde des Sceaux. Il fit observer qu'on ne pourrait pas alors naturaliser les étrangers dont la loi nationale admet l'allégeance perpétuelle, par exemple les russes, et demanda de s'en remettre au gouvernement du soin d'éviter les conflits. Il est cependant regrettable qu'une disposition si parfaitement juridique n'ait pas pris place dans la loi.

que l'étranger naturalisé puisse en faire partie ou siége au conseil privé.

En Espagne, les lettres de naturalisation du premier degré confèrent seules la jouissance de tous les droits politiques qui appartiennent aux espagnols.

En Portugal, les naturalisés ne sont pas aptes à être députés, ministres, conseillers d'État.

En Danemark, les étrangers doivent être naturalisés par une loi pour exercer les fonctions publiques et les droits politiques. Ceux qui ont acquis la nationalité danoise en établissant leur domicile dans le pays n'y sont pas admis. Il en est de même en Norwège, avec cette différence que ces prérogatives sont acquises de droit après 10 ans de résidence.

Aux Etats-Unis, les naturalisés ne peuvent être Président ou Vice-Président de la République. Ils ne sont éligibles au congrès qu'après un certain délai.

Enfin, dans les Républiques de l'Amérique du Sud, les étrangers qui acquièrent la nationalité par le seul fait d'une résidence prolongée sont, d'ordinaire, exclus de certaines fonctions politiques et de certains emplois publics.

214. — *b) Effets de la naturalisation à l'égard de la femme et des enfants mineurs.* — Les lois des divers pays se partagent entre les deux systèmes que nous avons indiqués.

En Portugal, en Turquie, en Belgique, en Grèce, dans la République argentine, les effets de la naturalisation sont strictement individuels. Cependant dans les trois derniers pays, les enfants mineurs de l'étranger naturalisé ont des facilités particulières pour acquérir sa nationalité. Peut-être ces effets sont-ils aussi individuels dans les pays assez nombreux où la loi ne s'est pas expliquée sur ce point: comme le Danemark, la Norwège, les Pays-Bas (1), le Mexique... etc.

En Allemagne, en Angleterre, en Autriche-Hongrie, en Espagne, en Bulgarie, dans le Grand-Duché de Luxembourg, aux États-Unis, dans la République de Colombie,

---

(1) V. cependant: Cour de cassation des Pays-Bas, 20 mars 1891, Cl. 1892, p. 522.

en Italie et en Suisse, les effets de la naturalisation s'étendent à la femme et aux enfants mineurs de l'étranger qui l'obtient. Mais, en Italie, les enfants mineurs ont le droit de réclamer, à leur majorité, leur nationalité d'origine.

En Suisse, la femme et les enfants mineurs ne sont pas compris dans la naturalisation, si, d'après la loi du pays auquel ils appartenaient, ils n'ont pas perdu leur nationalité d'origine (1). Cette disposition très rationnelle prévient les conflits de législation.

En Russie et en Suède, la femme est comprise dans la naturalisation du mari, les enfants mineurs n'y sont pas compris (2).

§ 2. — Perte de la nationalité.

215. — Nous allons rechercher ici : 1° si toutes les législations étrangères admettent que la nationalité puisse être perdue ; 2° pour quelles causes elle peut l'être.

Nous aurions à nous demander aussi quelles sont les conséquences de cette perte, notamment si elle est individuelle ou si elle s'étend à la femme et aux enfants mineurs. Mais nous n'aurions guère qu'à répéter ce que nous avons dit plus haut. Là où l'acquisition de la nationalité s'étend à la femme et aux enfants mineurs, il en est de même de la perte ; là où l'acquisition est individuelle, la perte l'est aussi. Sans doute, il y aurait des différences à signaler et des distinctions à faire ; sans entrer dans les détails, nous nous en tiendrons à cette idée générale.

216. — A. La nationalité peut-elle être perdue ? — Tout homme est libre de changer de nationalité. La plupart des législations étrangères consacrent ce principe. Quelques-unes cependant le méconnaissent et suivent le système appelé de l'*allégeance perpétuelle*.

Elles considèrent que la nationalité est indélébile et que, par conséquent, le citoyen ne peut en changer. D'autres enfin,

---

(1) V. cependant : Cour de justice civile de Genève, 7 juillet 1890, Cl. 1892, p. 305.

(2) Nous avons vu que la loi française fait actuellement la distinction opposée.

sans prohiber l'expatriation, la soumettent à l'autorisation du gouvernement ou à d'autres formalités.

217. — 1° *Allégeance perpétuelle.*— Le principe de l'allégeance perpétuelle était consacré par la *common law* anglaise. En Angleterre même il a persisté jusqu'à l'*act* du 18 mai 1870, qui l'a abrogé. Il subsiste aux Etats-Unis qui l'ont, cependant, depuis longtemps, condamné en théorie. Il est arrivé, en effet, que, en vertu de ce même principe, l'Angleterre a refusé d'admettre que des anglais, naturalisés aux États-Unis, eussent perdu la nationalité britannique. Le gouvernement américain protesta et le bill de 1868 sur la *protection à l'étranger des citoyens américains même par naturalisation* déclara, dans son préambule que « le droit d'expatriation est un droit naturel, inné pour tous les hommes, indispensable pour la jouissance du droit à la vie, à la liberté, à la recherche du bonheur. » Néanmoins, la législation a toujours continué d'admettre que la nationalité est indélébile. En 1875, un message du président invitait le congrès à la changer : il n'a été suivi d'aucun effet. Différents traités ont été conclus, notamment avec l'Angleterre, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique.... etc. pour reconnaître la naturalisation obtenue dans ces pays par les citoyens américains ; mais, sauf ces exceptions, l'allégeance perpétuelle est toujours la règle.

La Russie admet le même principe. Jusqu'en 1864, la nationalité russe ne peut être perdue, excepté dans le cas où une femme russe épouse un étranger. L'acquisition de la naturalisation, ou même le séjour sans autorisation en pays étranger, sont punis de peines diverses : privation des droits civils, bannissement et même déportation en Sibérie en cas d'infraction au bannissement ; mais la nationalité russe est, cependant, toujours conservée. L'ukase de 1864 introduit une exception. Les étrangers devenus russes par naturalisation peuvent abandonner cette nationalité ; les russes d'origine ne peuvent pas la perdre. Cependant la loi sur le recrutement du 1er janvier 1875 semblerait indiquer qu'un sujet russe peut perdre sa nationalité, à la condition « d'avoir satisfait complètement aux obligations mi-

litaires ou d'en être exempté. » Mais cette conclusion ne paraît pas avoir été admise dans la pratique.

Enfin divers États de l'Amérique du Sud n'admettent pas non plus que la nationalité puisse être perdue : tels la République argentine, le Vénézuéla, le Pérou, l'Equateur.

Quelques-uns de ces États n'admettent même pas que la femme, en épousant un étranger, perde sa nationalité. Nous croyons, sans oser l'affirmer, qu'il en est encore ainsi aux Etats-Unis ; du moins la *common law* admettait cette conséquence de l'allégeance perpétuelle. Elle n'a disparu en Angleterre que par l'*act* de 1870.

218. — 2° *Autorisation du gouvernement.* — En Turquie, l'autorisation du Sultan est nécessaire à un sujet ottoman, pour abandonner sa nationalité, sinon, le gouvernement peut, à son gré, considérer qu'il l'a perdue ou qu'il l'a conservée.

En Allemagne, tout sujet de l'empire qui veut quitter sa nationalité doit obtenir du gouvernement une autorisation ou congé (*entlassung*). Ce n'est le plus souvent qu'une pure formalité, puisque ce congé ne peut être refusé aux personnes âgées de moins de 17 et de plus de 25 ans, sauf dans des cas limitativement déterminés et qui se rattachent tous aux obligations militaires. Les individus âgés de 17 à 25 ans doivent, pour l'obtenir, prouver que leur but, en s'expatriant, n'est pas de se soustraire au service militaire. La loi allemande ne s'est donc pas proposé d'enlever aux sujets de l'empire la faculté de s'expatrier, ni même de la soumettre au bon vouloir du gouvernement ; elle veut, d'une part, prévenir l'émigration qui n'aurait d'autre raison que d'échapper au service militaire ; de l'autre, donner un moyen précis et certain d'abdiquer la nationalité allemande.

En Autriche, d'après la loi du 21 décembre 1867, les personnes soumises au service militaire doivent, pour s'expatrier, obtenir l'autorisation de l'autorité militaire ; les autres personnes n'ont besoin d'aucune autorisation. La loi hongroise des 20-24 septembre 1879 a reproduit, à peu près, le système allemand (1).

---

(1) La loi française du 26 juin 1889 a, nous l'avons vu, emprunté à

219. — 3° *Formalités particulières exigées en Suisse.* — Ces formalités, établies par la loi fédérale du 3 juin 1876, ne restreignent pas précisément le droit de changer de nationalité : on veut seulement empêcher l'expatriation que nous avons appelée en fraude de la loi, contraire aux droits du public ou des particuliers.

Celui qui veut abandonner la nationalité suisse doit adresser une renonciation écrite et formelle au gouvernement fédéral, qui la communique aux autorités de la commune où le renonçant a le droit de bourgeoisie.

Pendant quatre semaines au plus, la commune et les particuliers ont le droit de faire une opposition sur laquelle statue le tribunal fédéral. Il la maintient ou en donne main-levée. S'il n'y a pas d'opposition ou que la main-levée en ait été obtenue, l'autorité cantonale compétente, d'après la loi en vigueur dans le canton, « déclare le requérant libéré des liens de la nationalité cantonale ou communale ». C'est donc la perte de la nationalité cantonale qui fait perdre la nationalité fédérale. Or les cantons de Genève et de Neufchâtel admettent l'allégeance perpétuelle. Les citoyens de ces cantons ne pourront donc pas perdre la nationalité suisse. Cependant, certains auteurs pensent que la loi de 1876 a entraîné implicitement l'abrogation de ces législations cantonales et aboli l'allégeance perpétuelle là où elle existait encore.

219 *bis.* — **B. Pour quelles causes la nationalité est-elle perdue ?** — 1° Dans tous les pays, à l'exception de ceux que j'ai indiqués plus haut, la femme qui épouse un étranger perd sa nationalité.

220. — 2° Toutes les législations aussi, sauf, bien entendu, celles qui consacrent l'allégeance perpétuelle, décident que l'acquisition d'une nationalité nouvelle fait perdre la nationalité actuelle. C'est même la seule cause admise en Angleterre et en Suisse : ces deux législations sont sur ce point les plus conformes aux vrais principes.

---

ces législations, la nécessité d'une autorisation pour les personnes soumises au service militaire dans l'armée active.

Aucun sujet britannique ne peut perdre sa nationalité s'il ne justifie d'avoir acquis ou conservé une nationalité étrangère (loi du 12 mai 1870, art. 3, 4, 6).

En Suisse, la loi du 3 juillet 1876 (art. 6) exige, pour qu'un citoyen perde sa nationalité, que celle d'un État étranger lui soit acquise ou assurée, pour lui, sa femme et ses enfants mineurs. Bien qu'en principe la femme et les enfants perdent, en même temps que leur mari ou leur père, la nationalité suisse, ils la conservent cependant, si, d'après la loi étrangère, ils ne sont pas compris dans la naturalisation. En outre et indépendamment des formalités que nous avons énumérées plus haut, la loi de 1876 veut que le suisse n'ait plus de domicile dans la confédération, et qu'il soit capable d'après la loi de sa résidence. Il eût été beaucoup plus juridique de déterminer cette capacité d'après la loi suisse : on a voulu, par cette solution peu rationnelle, couper court aux difficultés que fait naître la différence entre les législations.

221. — 3° La plupart des lois admettent que la nationalité peut être perdue, sans qu'aucune autre soit acquise à la place. Quelques-unes en permettent l'abdication pure et simple. En Allemagne, celui qui a obtenu le congé ou permis d'émigration dont nous avons parlé perd la nationalité allemande, du jour de sa délivrance, à la seule condition de transporter son domicile hors du territoire de l'empire dans un délai de six mois (loi du 13 juin 1870, art. 13, 1°). La loi hongroise contient la même disposition (art. 29). (1)

En Italie, l'état de citoyen est perdu : « Pour celui qui y renonce par une déclaration devant l'officier de l'état civil de son domicile propre et transfère sa résidence dans un pays étranger ».

4° L'établissement définitif en pays étranger fait aussi, dans plusieurs États, perdre la nationalité.

Quelquefois la loi fixe un délai, passé lequel la nationalité est perdue. Il est de 10 ans, en Allemagne et en Hongrie, mais il ne court pas tant que l'allemand ou le hongrois est

---

(1) A la seule différence que le délai est d'un an.

immatriculé sur les registres du consulat de sa nation ou qu'il est en possession d'un passeport ou d'un certificat de domicile encore valable. Le délai est le même au Chili, mais la nationalité est conservée après son expiration, si le séjour à l'étranger est autorisé par le président de la République. Enfin le délai est de cinq ans, d'après le Code des Pays-Bas, mais il faut, en outre, l'intention évidente de ne pas faire retour.

Ailleurs la loi, sans fixer de délai, laisse au juge le soin de décider, d'après les circonstances et les preuves qui lui sont fournies, si l'établissement à l'étranger est définitif et l'esprit de retour abandonné. Par exemple, en Autriche, en Belgique, en Suède, en Norwège et en Danemark.

Plusieurs autres lois ne parlent pas de l'établissement formé en pays étranger ; il faut, sans doute, les interpréter en ce sens qu'il ne fait pas perdre la nationalité.

5° Enfin, beaucoup de lois étrangères admettent, dans certains cas, la déchéance de la nationalité. Par exemple, en Italie, en Espagne, en Portugal, dans les Pays-Bas, en Grèce, au Mexique, au Brésil, elle résulte du service dans une armée étrangère, de l'acceptation de fonctions civiles, quelquefois même de faveurs conférées par un gouvernement étranger.

Par contre, en Belgique, la loi du 21 juin 1865 a abrogé les articles 17, 2° et 21 du Code civil. En conséquence, un belge ne perd pas sa nationalité, lorsque, même sans autorisation, il accepte des fonctions publiques ou prend du service militaire en pays étranger.

En Portugal et au Brésil, la peine du bannissement entraîne la perte de la nationalité.

En Allemagne, la loi de 1870 (art. 13, 2°) dispose que la nationalité peut être perdue « par une décision de l'autorité », sans préciser autrement.

Les constitutions des États de l'Amérique du Sud multiplient généralement ces sortes de déchéances : mais peut-être les faits qu'elles prévoient et qui font perdre les droits de citoyen, ne font-ils pas tous perdre la nationalité.

II. — Changement de nationalité collectif et forcé. — Annexion.

SECTION I. — *Principes généraux.*

221 *bis*. — L'annexion est la réunion à un État d'un territoire nouveau. Quelquefois, c'est un État tout entier qui disparaît et est absorbé par un autre ; plus souvent, un territoire est détaché d'un État diminué, mais toujours subsistant, pour être incorporé à un autre.

L'étude générale des annexions appartient au droit international public ; nous n'examinerons ici qu'un de ses effets : elle change la nationalité des habitants du territoire annexé. Ce changement de nationalité est collectif et forcé ; il embrasse toute une catégorie de personnes, sans leur consentement et même contre leur volonté. Quels individus y sont compris ? Par quel moyen peuvent-ils y échapper ? Pour quel temps se produit-il ?

222. — A. Personnes comprises dans le changement de nationalité. — Il est bien entendu que le changement de nationalité ne comprendra que les sujets de l'Etat annexant; il n'atteindra pas les sujets d'une puissance tierce résidant sur le territoire annexé.

Lorsqu'un Etat entier est annexé à un autre, tous ceux auxquels appartient sa nationalité prennent celle de l'Etat annexant, autrement ils n'en auraient plus aucune. Mais lorsqu'une partie d'un Etat est démembré, ceux-là seuls changent de nationalité qu'un certain lien rattache au territoire annexé.

Pour les déterminer faut-il s'attacher à l'origine, c'est-à-dire au fait de la naissance sur ce territoire, ou au domicile qui y est actuellement établi?

On a proposé, à cet égard, ou suivi divers systèmes.

223. — La seule origine ne doit pas déterminer le changement de nationalité. Elle n'établit pas un lien suffisant entre l'individu et le lieu où peut-être le hasard seul l'a fait naître. L'Etat annexant n'a d'ailleurs pas d'intérêt à impo-

ser sa nationalité à des individus qui n'habitent pas le territoire annexé : ils peuvent, sans aucun danger pour lui, conserver leur ancienne nationalité ; enfin ils ont eux-mêmes tout intérêt à conserver celle de l'Etat démembré, où ils sont établis. L'acquisition de la nationalité nouvelle serait pour eux une source de difficultés et d'embarras, sans profit pour personne.

Est-ce donc le domicile qui déterminera le changement de nationalité ? On peut le croire et on l'a souvent admis (1). C'est en effet le domicile qui établit une relation juridique et un lien de fait entre une personne et un territoire. L'intérêt de l'Etat annexant est de conférer sa nationalité à ceux qui sont domiciliés dans le territoire annexé ; leur intérêt à eux-mêmes sera souvent de l'acquérir. Mais, d'autre part, on peut objecter que la nationalité est, en principe, indépendante du domicile : elle est fixée par la naissance, soit que l'enfant prenne celle de ses parents ou celle du pays où il est né ; et si, dans la suite, le changement de domicile conduit au changement de nationalité, il ne suffit pas, à lui seul, pour le produire.

Souvent on impose le changement de nationalité aux individus originaires des territoires cédés, même s'ils n'y sont pas domiciliés, et à ceux qui y sont domiciliés, même s'ils n'en sont pas originaires. Ce système, très favorable à l'Etat annexant, se heurte à la fois aux objections que soulèvent les deux autres.

On ne trouve donc une solution satisfaisante dans aucun des systèmes qui se contentent, pour le changement de nationalité, soit de l'origine séparée du domicile, soit du domicile séparé de l'origine. La conséquence est qu'il faut réunir l'une et l'autre : pour changer de nationalité, il est nécessaire d'appartenir au territoire annexé par le double lien de l'origine et du domicile, d'y être né et domicilié au moment de l'annexion. Ce système est théoriquement le plus satisfaisant ; il échappe aux inconvénients des autres tout en réunissant leurs avantages. Mais c'est le plus restrictif des droits de

---

(1) Weiss, *Nationalité*, p. 527. Aubry et Rau, t. I, n° 178. Selosse, *Traité de l'annexion au territoire français et de son démembrement*, p. 282.

l'Etat annexant : voilà pourquoi, sans doute, il n'est guère suivi dans la pratique (1).

224. — B. Le changement de nationalité qui résulte de l'annexion est forcé. — L'annexion est quelquefois acceptée par les populations intéressées sous forme de plébiscite. C'est une pratique utile pourvu qu'elle soit loyale, mais on en a, à mon avis, exagéré l'importance. Elle n'empêche pas, dans tous les cas, l'annexion d'être forcée, soit pour ceux qui ont émis un vote négatif, soit pour ceux qui n'ont pas été appelés à donner leur suffrage, comme les femmes et les mineurs, c'est-à-dire, en résumé, pour la plus grande partie de la population.

Le changement de nationalité étant forcé s'impose même aux incapables: dès lors que le consentement n'est pas nécessaire, on ne doit pas s'occuper de la capacité.

225.— Le caractère forcé de l'annexion reçoit, d'ailleurs, un tempérament, dans la faculté laissée aux habitants de conserver leur ancienne nationalité, moyennant certaines conditions. C'est le *droit d'option*. Bien qu'elle soit, en droit, ouverte à tous, les conditions de l'option ne sont accessibles en fait, qu'à un petit nombre de personnes: le changement de nationalité reste donc forcé pour tous ceux qui ne sont pas à même de les remplir.

Il est nécessaire que le traité réserve ce droit d'option. Si c'est une assez faible atténuation aux conséquences rigoureuses de l'annexion, c'est au moins un hommage rendu aux principes. On remarquera seulement que, lorsqu'un Etat est annexé tout entier, il ne peut plus être question d'en conserver la nationalité dorénavant éteinte. Même alors, le droit d'option est utile : il permet aux habitants de ne pas subir malgré eux une nationalité nouvelle.

Le droit d'option apparaît déjà sous l'ancien régime, au moins depuis la fin du XVII^e^ siècle. Pothier observe (2)

---

(1) Ce système trouve un certain appui dans l'opinion de Pothier, *Traité des personnes et des choses*, n^os^ 43 et 44. — V. aussi de Folleville, *Naturalisation*, p. 208.

(2) *Traité des personnes et des choses*, n° 44.

que « lorsqu'une province est démembrée de la couronne, les habitants changent de domination. Ils peuvent, cependant, conserver la qualité et les droits de citoyens, en venant s'établir dans une autre province de la domination française. » Les traités de Ryswick (1697) et d'Utrecht (1713) accordaient aux habitants des pays qui changeaient de souveraineté un délai d'un an pour transférer leur domicile hors de ces provinces : cette émigration était alors la seule condition imposée pour conserver la nationalité primitive.

Pendant la période révolutionnaire, les traités sont plus rigoureux. Le traité de Campo-Formio (1797) et d'autres de la même époque obligent ceux qui veulent conserver leur nationalité à déclarer formellement leur intention dans le délai de trois mois ; à transférer leur domicile hors des territoires annexés et à vendre les immeubles qu'ils y possèdent. Sous le premier empire, le droit d'option a presque disparu. A l'exception d'un seul (traité de Vienne, 1809) les traités n'en parlent pas et même plusieurs décrets impériaux obligent les habitants des pays annexés à y conserver leur domicile ou à y entrer, s'ils s'en étaient éloignés (1). Les traités de 1814-1815 marquent un retour encore incomplet au droit d'option ; il est aujourd'hui généralement admis par les traités qui stipulent une cession de territoire.

Dans la pratique actuelle, la validité de l'option est généralement subordonnée aux conditions suivantes : 1° une déclaration de volonté, dans un certain délai ; elle empêche toute incertitude sur la nationalité. Cette condition pourrait suffire, et quelquefois elle a été seule requise (2) ; mais le plus souvent les traités imposent en outre : 2° l'obligation de fixer le domicile hors du territoire annexé. Cette exigence, qui entrave l'exercice de la faculté d'option, est cependant légitime en soi. Autrement, le territoire annexé pourrait rester peuplé d'étrangers, contrairement à l'intérêt et au droit de l'Etat annexant.

226. — Les incapables, notamment les femmes mariées

---

(1) Selosse, *Traité de l'annexion au territoire français et de son démembrement*, p. 157 et 158.

(2) Cf. Cogordan, *Nationalité*, p. 326.

et les mineurs, étant atteints par le changement de nationalité, ont également la faculté d'opter pour leur nationalité primitive. Mais : 1° ont-ils un droit d'option distinct et personnel, ou suivent-ils nécessairement le parti que leur mari ou leur père a adopté pour lui-même ? 2° s'ils ont un droit propre d'option, à quelles conditions l'exercent-ils ?

227. — 1° Les femmes mariées et les mineurs ont un droit d'option distinct ; ils peuvent prendre un autre parti que leur mari ou leur père. Je l'ai établi précédemment : la nationalité des femmes et des mineurs leur appartient en propre ; elle ne se confond pas avec celle du mari ou du père, et tout acte relatif à la nationalité ne doit avoir, en théorie, que des effets personnels. Cependant, tout en admettant ce principe pour le changement de nationalité individuel, on en a contesté l'application au changement collectif qui résulte de l'annexion. Dans ce cas, la nationalité du père serait inséparable de celle de sa femme et de ses enfants mineurs. Le père s'abstient d'opter : ce n'est pas sa volonté, c'est l'effet de l'annexion qui fait acquérir la nationalité nouvelle à la femme et aux mineurs. S'il use du droit d'option, il conserve la nationalité primitive, non seulement à lui-même, mais à sa femme et à ses enfants : de ce qu'il ne peut pas changer leur nationalité, il ne résulte pas qu'il ne puisse faire les actes nécessaires pour la leur conserver (1).

Ce raisonnement part de principes vrais pour aboutir à des conclusions fausses. Il est vrai que ce n'est pas le défaut d'option, mais l'annexion elle-même, qui fait acquérir une nationalité nouvelle ; il est vrai aussi que l'option conserve et ne change pas la nationalité ; mais, d'autre part, il n'est pas moins vrai que l'option, comme le changement, suppose un choix entre deux nationalités, et que ce choix doit être libre et, par conséquent, personnel à celui qu'il intéresse.

Les femmes mariées et les mineurs ont donc un droit propre d'option.

---

(1) Paris, 13 août 1883, Cl. 1883, p. 626. Trib. de Constantine, 21 juin 1876, Cl. 1877, p. 426. — Aubry et Rau, t. I, p. 262, n. 22.

228. — 2° Comment l'exerceront-ils ?

Femmes mariées. — Elles opteront elles-mêmes, dans le délai fixé, avec l'autorisation de leur mari ou de la justice, conformément aux lois de l'État démembré et à celles de l'État annexant (1).

Mineurs. — On peut hésiter entre diverses solutions :

a) L'option serait faite, au nom du mineur, dans le délai fixé, par son père ou son tuteur.

Pas plus que le système que j'ai repoussé tout à l'heure, celui-ci ne respecte la liberté du mineur. Sa condition, il est vrai, ne serait pas nécessairement inséparable de celle de son père, mais il n'aurait pas véritablement un droit propre d'option : ce n'est pas à lui, c'est à son père que le choix appartiendrait (2).

b) Le mineur fait lui-même son option, dans le délai fixé, avec l'assistance de ses représentants légaux.

C'est fort bien, s'il est émancipé ou proche de sa majorité ; il est alors capable, en fait, d'un choix suffisamment libre et éclairé. Mais l'intervention personnelle d'un mineur en bas âge ne sera qu'une vaine formalité : c'est toujours son père ou son tuteur qui lui dictera le parti à prendre. Ce système serait même tout à fait impraticable pour un mineur *infans*, qui ne serait susceptible d'aucun discernement.

c) La meilleure solution, pour réserver au mineur un choix libre et sérieux, serait de reculer, en ce qui le concerne, le point de départ du délai d'option jusqu'au jour de sa majorité : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Une fois majeur, il fera son option par lui-même et en connaissance de cause. Sa nationalité restera assez longtemps indécise ; c'est un inconvénient et une source de difficultés, mais elles ne sont pas insurmontables. Il est d'ailleurs inévitable que l'annexion apporte pendant un temps

---

(1) D'après la loi du 6 février 1893, la femme française séparée de corps n'aurait plus besoin d'autorisation.

(2) La loi française fournirait aujourd'hui un certain appui à ce système. Dans quelques cas, le père ou le tuteur peut faire, au nom du mineur, les actes relatifs à sa nationalité. Mais, outre que cette règle n'est consacrée nulle part en termes généraux, elle est fort peu satisfaisante en théorie.

plus ou moins long, une certaine incertitude dans la condition des personnes.

Ce système est cependant peu suivi en pratique, probablement parce qu'il est favorable à l'État démembré et restrictif pour l'État annexant (1).

229. — **C. Époque du changement de nationalité.** — Le changement de nationalité se produit au jour fixé par le traité ; ou, à défaut d'indication expresse, au jour où l'annexion a été consommée par la ratification du traité; ou enfin, s'il n'y a pas eu de traité, au jour où l'État annexant a manifesté l'intention de s'approprier définitivement le territoire conquis.

Si le traité réserve un délai d'option, ce n'est pas seulement à son expiration que la nationalité est changée. C'est, en effet, l'annexion elle-même, ce n'est pas leur consentement manifesté par le défaut d'option qui donne aux habitants une nationalité nouvelle. Cependant cette nationalité restera conditionnelle pendant toute la durée du délai. Les habitants seront citoyens de l'État annexant sous condition résolutoire et de l'État démembré sous condition suspensive.

L'annexion ne produit d'effets que pour l'avenir, sans rétroactivité. C'est la règle pour tout changement de nationalité. Il faudrait recourir à une fiction qui n'aurait ni avantage ni raison d'être, pour supposer qu'un territoire n'a jamais appartenu à l'Etat dont il a fait partie quelquefois pendant de longs siècles (2).

SECTION II. — *Annexions réalisées et démembrements subis par la France depuis* 1814.

230. — Trois événements principaux ont modifié, au cours de ce siècle, l'étendue du territoire français: 1° le dé-

---

(1) Ce système serait en harmonie avec la loi française actuelle, qui confère au mineur la nationalité de son père devenu français, mais lui réserve le droit de réclamer, à sa majorité, sa nationalité d'origine. Weiss, *Nationalité*, p. 533. Cogordan, *op. cit.*, p. 325.

(2). V. cep. lettre du garde des sceaux au préfet de la Gironde, 19 novembre 1876, Cl. 1877, p. 101 et Alauzet, *De la qualité de français*, p. 75 et 98.

membrement de l'empire de Napoléon 1er en 1814-1815 ; 2° l'annexion de la Savoie et du comté de Nice, 1860 ; 3° la perte de l'Alsace-Lorraine, 1871.

Je néglige quelques changements peu importants et les acquisitions coloniales, qui ne sont pas habituellement soumises aux règles en vigueur en Europe ; je signalerai seulement la rétrocession faite par la Suède de l'île St-Barthélemy (10 août 1877), en raison, non de son importance intrinsèque, mais de l'intérêt juridique du traité qui l'a effectuée.

I. — Démembrement de l'empire de Napoléon.

231. — A la fin du XVIIIe et au commencement du XIXe siècles une série de conquêtes avaient donné à l'empire français une étendue démesurée. Les habitants des pays réunis à la France étaient devenus français, soit que la réunion eût été sanctionnée par un traité ou prononcée par un simple décret impérial (1).

Il est inutile d'insister sur ces annexions passagères qui n'offrent plus guère aujourd'hui qu'un intérêt historique. Les traités de 1814 et 1815 reprirent à la France ses acquisitions nouvelles et la firent rentrer dans ses anciennes frontières.

232. — 1° *Personnes atteintes par le changement de nationalité.* — Par une singularité remarquable, on a attribué au démembrement de 1814 un effet rétroactif, conforme d'ailleurs, sinon à la lettre même, du moins à l'esprit du traité. C'était alors une tendance générale, chez les souverains européens, d'effacer, autant que possible, les traces de la période qui venait de s'écouler et de « renouer la chaîne des temps, » comme si elle n'avait jamais été brisée. Les pays qui avaient été temporairement rattachés à la France furent donc réputés n'en avoir jamais fait partie. En conséquence, les personnes qui perdirent la nationalité française furent celles qui étaient originaires de ces pays, mais en prenant cette expression dans un sens particulièrement large.

La réunion à la France des territoires séparés en 1814

(1) Cass. 12 juin 1874, Sir. 1878. 1.45.

étant réputée non avenue, tous ceux qui n'étaient devenus français que par suite de l'annexion redevenaient étrangers, même s'ils étaient domiciliés en France ; tous ceux qui avaient acquis la qualité de français par une cause indépendante de l'annexion conservaient cette nationalité, même s'ils étaient nés sur les territoires cédés par la France ou s'ils y étaient domiciliés.

Devenaient ainsi étrangers : 1° ceux qui, étant nés avant la réunion de leur pays à la France, étaient devenus français à l'époque de cette réunion ; 2° les enfants dont le père, français lors de leur naissance, ne devait cette qualité qu'à l'annexion (1). Peu importait qu'ils fussent nés dans les provinces nouvellement acquises par la France, ou sur l'ancien territoire, du moins lorsque leur naissance était postérieure à la promulgation du Code civil ; 3° la femme, française d'origine, dont le mari devait à l'annexion la nationalité française. Son mari était censé n'avoir jamais été français ; elle se trouvait ainsi avoir épousé un étranger (2).

Restaient au contraire français tous ceux qui l'auraient été même si l'annexion n'avait pas eu lieu. Ainsi : 1° l'enfant né sur l'ancien territoire français, après l'annexion, mais avant la promulgation du Code civil, d'un père originaire des pays annexés. A supposer même que l'annexion ne se fût pas produite, il aurait été français *jure soli* (3) ; 2° l'enfant né dans un des pays annexés d'un père originaire de l'ancien territoire français. Même si l'annexion ne s'était pas produite il aurait été français *jure sanguinis*.

233. — *2° Moyen de conserver la nationalité française.* — Le traité du 30 mai 1814 (art. 17) accorde aux habitants des territoires qui changeaient de maître un délai de six ans pour se retirer dans tel pays qu'il leur plairait de choisir. Cette stipulation était semblable, sauf la longueur du délai, à celles des traités conclus sous l'ancien régime. On l'interprétait alors en ce sens que l'émigration don-

---

(1) *Contra*, Amiens, 26 novembre. 1891, Sir. 92. 2. 97.

(2) Metz, 25 août 1825, Sir. 27. 2. 192. Paris, 24 août 1844, Sir. 44. 2. 568.

(3) Cass. 5 mai 1862, Sir. 62. 1. 65.

nait un moyen de se soustraire au changement de nationalité : ceux qui venaient se fixer en France restaient français. On aurait pu croire que tel était aussi le sens du traité de 1814, et c'est en effet ce qui a été admis dans certains pays qui ont fait partie de l'empire de Napoléon 1er, notamment dans la Prusse Rhénane (1).

En France et en Belgique une autre solution a prévalu. Les individus originaires des territoires démembrés sont réputés n'avoir jamais été français, ils n'ont donc aucun droit à conserver cette nationalité. En leur garantissant la faculté de se retirer, pendant un délai de six ans, dans le pays qu'il leur plaît de choisir, le seul but du traité est d'empêcher que la liberté d'émigration subisse aucune entrave : mais cette clause n'a pas de rapport avec la nationalité (2).

Ce point de départ admis, la loi des 14-17 octobre 1814 a facilité aux individus originaires des territoires séparés de la France l'acquisition de la nationalité française, mais en la subordonnant à une concession expresse du roi ; ils pouvaient recevoir des lettres de déclaration de naturalité, plus avantageuses que les lettres de naturalisation, parce qu'elles avaient un effet rétroactif. Celui qu'elles concernaient était censé n'avoir jamais cessé d'être français (3). Il fallait, pour les obtenir, avoir été domicilié pendant 10 ans, soit avant la promulgation de la loi, soit après, dans le territoire français tel que le délimitait le traité de 1814. Tous ceux qui pouvaient bénéficier de la loi avaient un délai de trois mois, pour faire connaître leur volonté d'en profiter, en déclarant qu'ils voulaient conserver ou établir leur domicile en France ; mais ce délai a été considéré comme purement comminatoire. Ce n'est que la loi du 11 décembre 1849 (art. 4) qui a interdit d'appliquer à l'avenir la loi de 1814.

234. — 3° *Moment où s'est produit le changement de nationalité.* — Le démembrement, nous l'avons déjà dit, a

---

(1) Cour de Cologne, 11 mars 1841, cité par Cogordan, *Nationalité*, p. 342. — V. Weiss, *Nationalité*, p. 538. Cogordan, *op. cit.*, p. 332.

(2) De Folleville, *Naturalisation*, p. 409.

(3) Cons. d'Etat, 22 juin 1836, D. A. V° *Droits civils*, n° 165, — *Contra* Alauzet, *De la qualité de français*, p. 89 et suiv.

eu un effet rétroactif. Le changement de nationalité ne s'est donc pas produit seulement pour l'avenir, mais pour le passé : ceux qui cessaient d'être français étaient réputés ne l'avoir jamais été. Cependant la jurisprudence, du moins la jurisprudence actuelle, de la Cour de cassation refuse de faire produire à cette fiction toutes les conséquences dont elle est susceptible. La réunion à la France des pays qui en ont été plus tard séparés est un fait dont on ne peut faire abstraction ; leurs habitants, s'ils l'ont perdue depuis, ont eu pendant quelque temps la nationalité française et les droits qu'ils ont acquis, sous l'empire de la loi française et en conformité avec elle, doivent leur rester définitivement acquis.

Ainsi, il a été jugé qu'un enfant né en France d'un père né en Belgique, pendant que ce pays était réuni à la France, était français de naissance, aux termes de la loi du 7 février 1851 (1). Ainsi encore, le régime matrimonial de deux personnes originaires des États pontificaux, mariées sans contrat, pendant la réunion de ce pays à l'empire français, a été déterminé par le Code civil français. Ce régime n'a pas changé lorsque les États pontificaux ont été séparés de la France, et la femme a conservé le droit d'invoquer les avantages qui résultent pour elle de la communauté (2). Ces décisions sont peu en harmonie avec le principe de la rétroactivité, antérieurement admis par la Cour de cassation elle-même ; mais, dans son arrêt de 1883, elle est allée jusqu'à déclarer inutile de recourir à cette fiction pour régler les conséquences du démembrement de 1814 (3). Il y a donc eu, à cet égard, un changement notable dans la jurisprudence.

II. — Annexion de la Savoie et du comté de Nice.

235. — La Savoie et le comté de Nice ont été cédés à la France par le royaume de Sardaigne au traité de Turin (24 mars 1860). Ce fut une annexion entièrement amiable, réalisée par le libre consentement des deux États, après avoir consulté les populations intéressées et en avoir obtenu un

---

(1) Cass. 7 décembre 1883, Dal. 84.1.209 ; 8 avril 1891, Cl. 1892, p. 463, et Sir. 92. 1.94.

(2) Cass. 12 juin 1874, Dal. 75.1.333.

(3) Dans le même sens, Amiens, 26 novembre 1891, Sir. 92.2.97.

vote favorable. L'article 6 réglait sommairement les questions relatives à la nationalité des habitants ; il faut y joindre le décret du 30 juin 1860 auquel il est difficile, sinon impossible, de trouver un sens raisonnable. Nous allons exposer d'abord les stipulations du traité, abstraction faite du décret ; nous viendrons ensuite aux dispositions que contient ce décret.

236.— A) TRAITÉ DE TURIN.—1° *Personnes atteintes par le changement de nationalité.* — Ce furent « les sujets sardes, originaires de la Savoie ou de l'arrondissement de Nice ou domiciliés actuellement dans ces provinces ». Les personnes originaires,sans être domiciliées, aussi bien que celles qui étaient domiciliées sans être originaires, se trouvaient comprises dans cette formule. On suivit le système le plus favorable à l'État annexant, mais le plus critiquable.

237. — 2° *Droit d'option.* — Les personnes atteintes par l'annexion avaient le droit d'opter pour la nationalité sarde, en déclarant leur intention, dans un délai d'un an, devant l'autorité compétente et en transférant leur domicile en Italie. Le gouvernement français se montra peu rigoureux pour l'accomplissement de cette dernière condition. On se contenta d'une translation purement fictive, résultant de l'élection du domicile dans une commune d'Italie. Un arrêt de la Cour d'Aix a cependant jugé que l'option n'était pas valable, si celui qui l'avait faite n'avait pas réellement quitté la France (1).

Le traité n'a pas réglé la situation des femmes mariées et des mineurs. On admit cependant que les femmes ne suivraient pas nécessairement la condition de leurs maris et qu'elles pourraient opter personnellement, avec l'autorisation de leur mari ou celle de la justice. Quant aux mineurs, on avait le choix entre trois solutions: 1° leur refuser le droit propre d'option ; 2° reporter à leur majorité le point de départ du délai d'option ; 3° les admettre à opter personnellement avec le consentement de leur père ou de leur tuteur.

(1) Aix, 2 mai 1888, Cl. 1889, p. 407.

Une jurisprudence constante a consacré la première solution. Les Cours de Chambéry et d'Aix ont décidé plusieurs fois que « le droit d'option pour le mineur, doit se confondre avec celui du père de famille (1) ». Il sera donc devenu français, ou sera resté sarde, suivant que son père lui-même aura ou non valablement opté pour cette dernière nationalité. Ce système est cependant le moins bon des trois. Il est en contradiction avec le traité de Turin, puisqu'il refuse aux mineurs le droit d'option que le traité accorde sans distinction à tous ceux dont l'annexion changeait la nationalité ; il est en contradiction avec les principes du droit français, tel qu'il existait en 1860. Il était en effet admis, comme nous l'avons vu plus haut, que le changement de nationalité du père et, à plus forte raison, du tuteur ne s'appliquait pas à l'enfant mineur (2).

Le système le plus rationnel eut été de retarder jusqu'à la majorité le point de départ du délai d'option, mais les termes du traité s'y opposaient puisque, sans faire de distinction entre les mineurs et les majeurs, il n'accordait pour l'option qu'un délai d'un an « à partir des ratifications » (3).

Il ne restait donc qu'un parti à prendre : permettre au mineur de faire lui-même l'acte d'option avec l'assistance de son père ou de son tuteur. C'est un procédé peu satisfaisant en soi, peu conforme aussi aux règles générales du droit français, et c'est pour cela que les tribunaux ne l'ont pas admis. Ne pouvait-on pas dire cependant que le traité obligeait implicitement à le suivre, par cela seul qu'il accordait à tous le droit d'option et qu'il n'y avait pas pour les mineurs d'autre moyen de l'exercer? C'était, semble-il, le cas d'invoquer la maxime : *Specialia generalibus derogant* (4).

---

(1) Chambéry, 22 décembre 1862, Dal. 63. 2. 97. Aix, 17 mai 1865, Sir. 65. 2. 169, et 2 mai 1888. *Suprà*.

(2) L'affirmation contraire se rencontre cependant dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'Aix du 2 mai 1888. La loi de 1889 a modifié sur ce point la législation française, mais on ne saurait, évidemment, l'invoquer pour interpréter un traité de 1860.

(3) De Folleville, *Naturalisation*, p. 222.

(4) Trib. de St. Jean de Maurienne, 3 juillet 1862, Dal. 62.2.98. — Cogordan, *op. cit.*, p. 353.

238. — 3° *Epoque du changement de nationalité*. — Le traité gardant le silence sur ce point, c'est au moment de sa ratification que la nationalité française aura été acquise. Mais l'option a eu un effet rétroactif ; elle a maintenu à ceux qui l'ont faite la nationalité sarde, comme s'ils ne l'avaient jamais perdue.

239. — B) Décret du 30 juin 1860. — Ce décret, qui s'est proposé de compléter le traité de Turin, est, en réalité, inconciliable avec lui. Il donne aux sujets Sardes majeurs, domiciliés dans les territoires cédés à la France, le droit de réclamer, dans le délai d'un an, la qualité de français qui leur est conférée par un décret de naturalisation, sans autre condition et sans payer aucun droit (art. 1er) ; et aux sujets sardes encore mineurs, nés dans ces mêmes territoires, le droit de réclamer la qualité de français, conformément à l'article 9 du Code Napoléon (art. 2). Mais les majeurs domiciliés en Savoie et à Nice, aussi bien que les mineurs qui en étaient originaires, étaient devenus français de plein droit et par le fait de l'annexion : comment donc peut-on leur faciliter l'acquisition d'une nationalité qui leur appartient déjà ? Le décret du 30 juin 1860 repose sur une véritable erreur de fait et de droit (1), il ne peut avoir un sens satisfaisant. On ne saurait admettre qu'il ait modifié le traité de Turin, et que les majeurs domiciliés, sans y être nés, dans les territoires cédés, ne soient pas devenus français de plein droit ; un traité est un contrat que la volonté d'une des parties ne peut changer (2).

Il faut chercher les personnes qui pourraient bénéficier du décret du 30 juin parmi celles que l'annexion n'aurait pas rendues françaises. Par exemple, un individu majeur qui aurait établi son domicile dans les territoires cédés, postérieurement à l'annexion, mais antérieurement à la date du décret, ne serait pas français de plein droit : il pourrait alors réclamer cette nationalité (3).

---

(1) Alauzet, *De la qualité de français*, p. 100.

(2) La Cour de Chambéry a cependant adopté cette solution, 4 mai 1875, Sir., 75.2.230. Mais V. Cass. 23 novembre 1881, Sir. 82.1.53.

(3) De Folleville, *Naturalisation*, p. 230.

Quant aux mineurs, on a proposé diverses explications. Par exemple, les enfants nés en Savoie ou à Nice de parents qui n'étaient pas originaires de ces provinces et qui n'y avaient pas, à l'époque de la naissance, un domicile permanent, mais seulement une résidence accidentelle, ne seraient pas devenus français ; ils pourraient seulement, aux termes du décret, réclamer cette qualité à leur majorité. C'est une interprétation divinatoire. Elle a cependant été adoptée dans un arrangement intervenu, en 1874, entre l'Italie et la France relativement au service militaire (1). Les mineurs qui se trouvent dans la situation dont je viens de parler n'y seront pas soumis en France, à moins qu'ils n'aient réclamé la nationalité française. Mais il a été bien entendu que cette solution était purement administrative et ne préjugeait en rien la question de nationalité, que les tribunaux seuls sont compétents pour trancher.

On a pensé encore aux mineurs, dont les pères auraient opté pour la nationalité sarde et qui, dans le système de la jurisprudence française, auraient ainsi conservé eux-mêmes cette nationalité. Ils auraient, en effet, un sérieux intérêt à se prévaloir du décret de 1860 pour acquérir à leur majorité la qualité de français (2) ; mais rien n'indique que les auteurs du décret aient eu en vue cette hypothèse particulière.

Au surplus, à supposer même que le décret de 1860 soit, en effet, applicable dans ces cas, il se heurte toujours à une objection insurmontable : c'est qu'il n'est pas légal. Un simple décret ne pouvait créer des modes nouveaux d'acquérir la nationalité française, en dehors des prévisions et contrairement aux règles de la loi.

III. — Cession de l'Alsace-Lorraine.

240. — Après la désastreuse guerre de 1870-71, le traité de Francfort (10 mai 1871) dut consentir au nouvel empire allemand la cession du département entier du Bas-Rhin, de celui du Haut-Rhin, moins l'arrondissement de Belfort, et d'une partie des départements de la Moselle, de la Meurthe et des Vosges. Les questions relatives au changement de na-

---

(1) Cl. 1877, p. 105.
(2) Cass. de Turin, 17 juin 1874, Cl. 1875, p. 138.

tionalité sont réglées par l'article 2 du traité et par la convention additionnelle du 11 décembre 1871 (art. 1).

L'interprétation de ces stipulations a soulevé entre la France et l'Allemagne de nombreuses dissidences, dues à la mauvaise foi du gouvernement allemand et à son parti pris d'empêcher, par tous les moyens possibles, les habitants des territoires annexés de conserver la nationalité française (1).

241. — 1° *Personnes atteintes par le changement de nationalité.* — L'article 2 du traité de Francfort réserve le droit d'opter pour la nationalité française : « aux sujets français, originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ces territoires » ; donc ceux-là seuls qui étaient tout à la fois nés et domiciliés en Alsace et en Lorraine devaient perdre la nationalité française, puisque seuls ils avaient besoin d'une option pour la conserver. L'Allemagne n'admit pas cette interprétation logique, mais trop favorable aux intérêts de la France. La convention additionnelle du 11 décembre reconnaît que tous les individus originaires des territoires cédés, c'est-à-dire tous ceux qui y étaient nés, devraient, s'ils voulaient la conserver, opter formellement pour la nationalité française ; faute de quoi ils étaient devenus allemands, même sans être domiciliés dans ces territoires. Quant aux individus qui y étaient domiciliés, sans en être originaires, il n'en était question ni dans le traité ni dans la convention additionnelle : ils n'avaient donc besoin d'aucune formalité pour rester français, ils conservaient, de droit, cette nationalité (2). Ce fut la solution admise en France. Le gouvernement allemand soutint, au contraire, que tous les habitants de l'Alsace-Lorraine, originaires ou non, étaient devenus allemands par le fait seul de la cession territoriale, sans qu'il fût nécessaire de le constater dans le traité. On avait parlé uniquement des originai-

---

(1) Robinet de Cléry, *Questions concernant la nationalité des habitants de l'Alsace-Lorraine*, *Revue critique*, 1872-73, p. 216, 291, 396, 465 ; 1875, p. 264, 317, 459 ; 1876, p. 15 et 89.

(2) Circulaire du ministre de la justice du 30 mars 1872, Dal. 72. 3.25. Paris, 24 juillet 1874, Sir. 75.2.227.

res, domiciliés ou non, parce que pour eux seuls on avait jugé à propos de régler diplomatiquement les formalités nécessaires pour conserver la nationalité française ; mais il n'en fallait pas conclure que les individus simplement domiciliés dans les territoires annexés, n'eussent, pour rester français, besoin d'aucune formalité. C'était une interprétation inadmissible. Si le traité n'avait rien dit de ces personnes, c'est que l'annexion ne changeait pas leur nationalité ; autrement, il est impossible de croire que la France se fût désintéressée de leur sort, laissant l'Allemagne libre de le régler seule et à son gré (1).

Le gouvernement allemand invoquait, il est vrai, un précédent à l'appui de ces prétentions ; c'était le système suivi lors de l'annexion de la Savoie et du comté de Nice. Tous les sujets sardes domiciliés dans ces provinces, même sans en être originaires, étaient devenus français : mais outre que cela résultait expressément du traité de Turin, il est clair que les clauses d'une convention conclue entre la France et la Sardaigne ne pouvaient servir à interpréter celles d'une convention conclue entre la France et l'Allemagne.

Aucune entente ne put donc s'établir. Les individus domiciliés en Alsace-Lorraine, sans en être originaires, ont été considérés, en France, comme français, en Allemagne comme allemands : ils ont eu deux nationalités.

242. — 2° *Droit d'option.* — Il faut distinguer les personnes originaires des territoires cédés et celles qui y étaient domiciliées sans y être nées.

Les personnes originaires de ces territoires ont dû, pour conserver la nationalité française, déclarer formellement leur intention devant l'autorité compétente et transporter leur domicile en France, ou du moins, hors de l'Alsace-Lorraine. Ceux qui, originaires de cette province, n'y étaient pas domiciliés avaient déjà, par avance, satisfait à cette dernière condition.

Quant aux personnes simplement domiciliées, on les considéra en France comme restées françaises sans formalités. Le gouvernement allemand les obligea, pour conserver leur

(1) Note du gouvernement français, 15 septembre 1872., Dal.72.3.70.

nationalité, à transéfrer leur domicile hors de l'Alsace-Lorraine, mais sans avoir à faire de déclaration formelle. Le délai imparti pour l'option et la translation de domicile se prolongeait jusqu'au 1er octobre 1872, pour les individus demeurant en Europe, et jusqu'au 1er octobre 1873 pour ceux qui demeuraient dans une autre partie du monde.

Le gouvernement allemand exigea, avec une grande rigueur un changement effectif de domicile et annula un grand nombre d'options parce que cette condition n'avait pas été suffisamment remplie ; mais cette annulation administrative ne lie pas les tribunaux judiciaires, seuls compétents pour statuer sur la nationalité des personnes (1).

242 *bis*. — L'exercice du droit d'option présente toujours des difficultés particulières pour les femmes mariées et les enfants mineurs. Elles s'aggravaient dans le cas présent, par suite de l'antinomie entre la loi française et la loi allemande. D'après la loi française, le changement de nationalité du père était sans influence sur sa femme et ses enfants mineurs; d'après la loi allemande, au contraire, la nationalité de la femme et des mineurs est nécessairement liée à celle de leur mari ou de leur père : le gouvernement allemand s'en prévalait pour leur refuser tout droit propre d'option, mais cette prétention n'était pas fondée en droit. Dans le conflit entre la loi allemande et la loi française, il n'y avait aucune raison pour faire prédominer la première : un arrangement diplomatique eût été nécessaire pour régler la question. Mais il y a mieux : le conflit n'existait même pas. La loi allemande sur la nationalité n'a été promulguée en Alsace-Lorraine que par l'ordonnance impériale du 8 janvier 1873. Donc, pendant tout le délai d'option, la loi française était seule en vigueur et devait seule s'appliquer. En vain prétendait-on que le mineur ne peut avoir une autre nationalité que son père, parce que, d'après l'article 108 du Code civil, il a forcément le même domicile. Ce sont là deux idées différentes : on peut avoir même domicile sans avoir même nationali-

(1) *Sic*, Trib. civ. de Strasbourg, 17 octobre 1874, *Revue critique*, 1875, p. 371. — *A fortiori*, la plus entière liberté appartient aux tribunaux français.

té (1). Le gouvernement allemand persista dans ses prétentions et la condition des femmes et surtout des mineurs a été réglée de façons opposées en France et en Allemagne.

243. — *a*) FEMMES MARIÉES. — Suivant le système allemand, la femme n'a pu garder la nationalité française que si le mari l'avait conservée lui-même par une option régulière, mais dans ce cas, une déclaration personnelle lui était inutile : il est même arrivé que les fonctionnaires allemands ont refusé celle qu'elle voulait faire.

En France, la circulaire du Ministre de la justice relative à l'exercice du droit d'option ne décidait pas si la femme pourrait prendre un autre parti que son mari ; elle présentait la question comme controversée : à mon avis l'affirmative était certaine. Du moins exigeait-on qu'elle fît elle-même, avec l'autorisation de son mari ou de la justice, une option personnelle pour la nationalité française. Cependant le tribunal de Constantine (2) a jugé que l'option du mari avait suffi pour conserver à sa femme la qualité de française : solution critiquable en théorie, mais à laquelle les circonstances étaient singulièrement favorables. Si les autorités allemandes n'ont pas voulu recevoir la déclaration de la femme, comment lui faire subir les conséquences de ce refus ?

244. — *b*) MINEURS. — Dans les négociations qui ont préparé la convention additionnelle du 11 décembre 1871, les plénipotentiaires français demandèrent, sans pouvoir l'obtenir, que l'exercice du droit d'option fût différé pour les mineurs jusqu'après leur majorité. Les plénipotentiaires allemands répondirent « qu'il n'y avait pas lieu de faire de distinction entre les mineurs émancipés ou non émancipés, et que le concours de leurs représentants légaux serait né-

---

(1) On pouvait, il faut le dire, invoquer, à l'appui des prétentions allemandes, la jurisprudence française qui, lors de l'annexion de la Savoie et de Nice, a refusé aux mineurs le droit propre d'option. Cette jurisprudence, à mon avis, n'est pas fondée, mais c'est un de ses inconvénients d'avoir pu se retourner contre nous.

(2) 21 juin 1876, Cl. 1877, p. 426.

cessaire pour la déclaration d'option des mineurs ». Cette réponse avait été insérée au procès-verbal ; il semblait bien en résulter que, moyennant l'assistance de leur père ou tuteur les mineurs pourraient exercer eux-mêmes leur droit d'option. Ce fut la solution admise en France (1). Celle au contraire qu'adopta l'Allemagne contredisait absolument la déclaration de ses plénipotentiaires. Le Président supérieur d'Alsace-Lorraine fit connaître que les mineurs suivraient nécessairement la condition de leur père ou de leur tuteur et ne pourraient pas opter valablement, si le père ou le tuteur ne l'avait fait pour lui-même. Ces deux points de départ opposés ont conduit, en Allemagne et en France, à des conséquences entièrement différentes.

245 — *α*) *Règles suivies en Allemagne.* — Il faut distinguer entre les mineurs originaires et les mineurs domiciliés.

Mineurs originaires.— D'après les déclarations du chargé d'affaires allemand en France, il fallait considérer comme originaires des territoires cédés les personnes qui y étaient nées. Mais, pour les mineurs, on donna à ce mot une extension beaucoup plus considérable. Sous prétexte qu'ils ne pouvaient avoir une autre nationalité que leur père, on considéra comme allemands ceux dont le père était originaire d'Alsace-Lorraine, bien qu'ils fussent eux-mêmes nés en France.

Ces mineurs ne peuvent, nous l'avons dit, opter pour la nationalité française que si leur père a fait pour son compte, une option valable : logiquement, il fallait décider que le mineur n'aurait pas besoin, dans ce cas, de faire lui-même une déclaration expresse (2).

---

(1) Circulaire du ministre de la justice du 30 mars 1872. Cette circulaire annonçait en même temps, pour régulariser ce procédé, peu en harmonie avec la législation française, le dépôt d'un projet de loi, qui n'a jamais été effectué.

(2) *Contra*, Jugement du tribunal de Strasbourg, cité par Cogordan, *Nationalité*, p. 374. Ce jugement a décidé que des mineurs, dont le père avait opté valablement pour la nationalité française et transféré son domicile en France, étaient devenus allemands parce qu'ils n'a-

On appliqua aux mineurs émancipés, la même règle qu'aux autres : ils ne peuvent opter que si leur curateur l'a fait valablement ; on exigea même, tout à la fois, l'option du père et du curateur, lorsqu'ils étaient distincts l'un de l'autre.

Mineurs domiciliés. — S'ils ne sont pas émancipés, ils n'ont pas d'autre domicile que leurs parents ou tuteurs. Ils ne conservent donc la nationalité française que si leur père ou tuteur la conserve lui-même en émigrant.

S'ils sont émancipés, ils ont le droit d'avoir un domicile distinct ; ils conserveront donc, en le transférant hors d'Alsace, la qualité de français. C'est le seul cas où l'on admit en Allemagne que le mineur pourrait ne pas suivre nécessairement la nationalité de son père, tuteur ou curateur.

246. — β) *Règles suivies en France.* — A l'inverse de l'interprétation adoptée en Allemagne, on a admis, en France, que, pour être originaire de l'Alsace-Lorraine, le mineur devra y être né. Celui qui était né en France était français de plein droit, quelle que fut l'origine de son père (1) et même s'il était domicilié avec ses parents en Alsace.

Les mineurs nés en Alsace-Lorraine ont donc eu seuls besoin d'une option pour conserver la nationalité française ; ils ont pu la faire, quelque fût le parti pris par leur père ou tuteur, mais une déclaration expresse était nécessaire, bien que le père ou le tuteur eût lui-même opté valablement. Cependant, la Cour de Paris a jugé que l'option du père avait suffit pour conserver la nationalité du mineur (2) : solution peut-être désirable, dans l'espèce, mais critiquable au point de vue des principes.

Ainsi, les mineurs qui avaient opté pour la nationalité française, bien que leur père ou leur tuteur fût devenu définitive-

---

vaient pas fait d'option personnelle et avaient continué à habiter l'Alsace. Le tribunal observe, avec raison, que la loi allemande sur la nationalité n'était pas applicable en Alsace ; mais cette décision n'est pas en harmonie avec la pratique administrative allemande.

(1) Paris, 24 juillet 1874, Sir. 75.2.227. Trib. de la Seine, 25 juin 1875. Paris, 4 février 1876. Cass., 6 mars 1877, Cl. 1877, p. 354, 355.

(2) Paris, 13 août 1883, Cl. 1883, p. 626. Mais V. Trib. corr. de Lille, 31 octobre 1891, Cl. 1892, p. 464.

ment allemand; avaient une double nationalité. Français en France, ils étaient allemands en Allemagne. C'était un grave inconvénient, parce qu'ils étaient susceptibles d'être appelés au service militaire dans les deux pays. Le gouvernement français prescrivit de ne les inscrire sur les listes du recrutement qu'avec leur assentiment exprès, et après les avoir avertis qu'ils s'exposaient à être traités en Allemagne comme des réfractaires. Le gouvernement allemand n'admit aucun tempérament semblable et exerça des poursuites rigoureuses contre les jeunes gens qui voulaient se soustraire au service militaire.

Cependant la loi allemande elle-même fournit aux jeunes alsaciens un moyen d'abdiquer la nationalité allemande, et de ne conserver que la française. Il leur suffisait, pour cela, d'obtenir un permis d'émigration (*entlassung*), qui ne peut être refusé à tout individu âgé de moins de 16 ans, et de transférer ensuite, dans un délai de six mois, leur domicile hors d'Allemagne. Un mineur, il est vrai, ne peut avoir de domicile propre, mais il était facile aux parents de tourner la difficulté en l'émancipant à l'âge de 15 ans. Les autorités allemandes avaient admis la régularité de ce procédé.

247. — Les Alsaciens-Lorrains qui ont perdu la nationalité française peuvent la recouvrer, conformément à l'article 18 du Code civil, en fixant leur domicile en France et en obtenant leur réintégration par décret. Ce texte, il est vrai, ne vise pas le cas où la nationalité est perdue par suite d'un démembrement, mais il n'est pas douteux qu'il puisse s'appliquer à cette hypothèse, la plus favorable de toutes.

Les enfants nés, après l'annexion, de parents qui ont, à cette époque, perdu la qualité de français, peuvent bénéficier de l'article 10 du Code civil, en fixant leur domicile en France et en réclamant, soit après leur majorité, soit même auparavant la nationalité française (1).

248. — 3° *Epoque du changement de nationalité* (1). — En l'absence de stipulation contraire, il s'est produit au moment

---

(1) Chavegrin, *Note sur la condition juridique des Alsaciens-Lorrains depuis l'annexion*, Cl. 1885, p. 169.

de la ratification du traité. On s'est demandé s'il ne devait pas être différé jusqu'à l'expiration du délai d'option. La question n'a d'ailleurs qu'un intérêt très restreint, en raison de la rétroactivité de l'option. La Cour de Nancy a jugé que les Alsaciens-Lorrains étaient, pendant les délais, restés français, sous condition résolutoire (1). Si l'on comprend le sentiment qui a inspiré cette décision, elle est, comme nous l'avons précédemment montré, inacceptable au point de vue juridique. Le traité, il est vrai, stipule que l'option maintient la nationalité française ; mais cela signifie simplement qu'elle rétroagit et que la nationalité française sera réputée avoir été conservée ; cela ne veut pas dire qu'elle n'ait pas été perdue, conditionnellement, du jour de l'annexion.

IV. — Rétrocession de l'ile de St-Barthélemy.

249. — Par le traité du 10 août 1877 la Suède rétrocéda à la France la petite île St-Barthélemy, aux Antilles, qui lui avait déjà appartenu. Cette acquisition, fort peu importante en elle-même, mérite d'être signalée, parce que le traité qui l'a réalisée est de tous le plus conforme aux principes rationnels.

L'annexion ne fut consommée qu'après un vote favorable presqu'unanime des habitants.

Les sujets suédois domiciliés dans l'île sont devenus français, même s'ils n'y étaient pas nés. Au contraire, ceux qui étaient originaires de l'ile, mais n'y étaient pas domiciliés, sont restés suédois.

Les intéressés ont eu un délai d'un an afin de déclarer leur intention d'opter pour leur nationalité primitive. Il n'était pas indispensable de transférer le domicile hors de l'île ; le gouvernement français se réservait seulement le droit de l'exiger. Le délai d'option pour les mineurs ne devait courir qu'à partir de leur majorité.

Enfin le traité a expressément fixé le moment du changement de nationalité, au jour où l'autorité française prendrait possession de l'île.

---

(1) Nancy, 10 juin et 11 août 1871, Sir. 71. 2. 129 et 130.

CHAPITRE IV. — Conflits en matière de nationalité.

250. — C'est le résumé et la conclusion des notions précédentes.

Les législations diverses consacrent des règles souvent très différentes relativement à la nationalité d'origine ou aux changements de nationalité. Par suite il arrive qu'une personne a deux nationalités, ou, au contraire, qu'elle n'en a aucune. Ce sont des conflits de lois, de la nature de ceux qui font l'objet du droit international privé. Nous allons d'abord, en empruntant des exemples aux diverses législations, montrer comment ils peuvent naître. Mais, comme nous le verrons, les principes rationnels ordinaires sont impuissants à les résoudre. C'est aux législations positives ou à la diplomatie de formuler les règles les plus propres à les éviter. Nous pouvons seulement indiquer celles qu'il serait désirable d'adopter ou qui l'ont été, en fait, dans les divers États.

§ 1. — Cas de conflit.

251. — A. Conflits relatifs à la nationalité d'origine. — *a*) Une personne n'a pas de nationalité d'origine. Rarement, les divergences qui existent entre les législations auront ce résultat. Cela n'est cependant pas impossible. Il suffit que les parents de l'enfant appartiennent à un pays qui applique rigoureusement le *jus soli* dans toutes ses conséquences, et qu'il naisse dans un pays qui ne tient compte, au contraire, que du *jus sanguinis*. Par exemple, un enfant né en Autriche, en Allemagne, en Suisse, de parents brésiliens et qui continue d'habiter ce pays n'a pas de nationalité. D'après la loi autrichienne, il est étranger, *jure sanguinis*, parce que ses parents sont étrangers ; au regard de la loi brésilienne, il est également étranger, *jure soli* ; il aurait dû fixer son domicile au Brésil pour en avoir la nationalité.

252. — *b*) Plus souvent, un individu aura deux nationalités d'origine. Là surtout se manifeste le conflit entre le *jus soli* et le *jus sanguinis*. L'enfant peut avoir tout à la fois,

la nationalité de ses parents, d'après la loi de leur pays, et celle de son lieu de naissance, d'après la loi de ce pays. Un enfant né en France de parents allemands ou suisses, nés eux-mêmes en France, est français d'après la loi française; mais, en même temps, il est allemand ou suisse, d'après la loi allemande ou la loi suisse. La nouvelle loi française rendra ces conflits très fréquents.

Il n'est même pas nécessaire, pour se trouver en conflit, que les deux législations suivent des systèmes opposés. Le conflit est possible même entre des lois qui ont l'une et l'autre le même fondement, soit le *jus soli*, soit le *jus sanguinis*. Il suffit que l'une d'elles ou toutes les deux fassent, dans une certaine mesure, l'application simultanée des deux principes.

Ainsi, d'après la loi italienne, comme d'après la loi autrichienne, la filiation est la base de la nationalité d'origine. Néanmoins, l'enfant né en Italie d'un père autrichien fixé depuis dix ans dans ce pays aura deux nationalités; il sera autrichien et italien, parce que, dans ce cas exceptionnel, la loi italienne applique le *jus soli*.

La loi anglaise et la loi française font une application à peu près semblable du *jus soli* aux enfants de parents étrangers. Cependant l'enfant né en Angleterre de parents français sera tout à la fois français et anglais; parce que la loi française, comme d'ailleurs la loi anglaise elle-même, attribue, *jure sanguinis*, la nationalité française à tous les enfants nés, même à l'étranger, de parents français.

Il y a plus: on a pu voir une même loi, appliquée dans deux Etats différents, se trouver en conflit avec elle-même.

L'article 9 du Code civil, en vigueur en Belgique comme en France, donne à l'enfant né, dans un de ces pays, de parents étrangers le droit de réclamer la nationalité française ou belge. Cependant, antérieurement à la loi de 1889, on a refusé de reconnaître qu'un individu qui avait réclamé la nationalité belge eût perdu la qualité de français. Il était porté en France sur les listes du recrutement et exposé, dans le cas où il ne répondait pas à l'appel, à être poursuivi comme réfractaire. La loi de 1889 (Code civil, art. 17, 1°) a, il est vrai jusqu'à un certain point, prévenu ce conflit, elle

ne l'a cependant pas rendu impossible. En effet la loi belge de 1889 admet à réclamer la nationalité belge le mineur âgé de 18 ans.

253. — B. Conflits résultant d'un changement de nationalité. — *a*) Une personne reste sans nationalité, toutes les fois qu'elle perd sa nationalité actuelle, sans en acquérir une autre. Quelquefois cela arrive sans qu'il y ait de conflit, par l'application normale et régulière des lois d'un Etat. Parfois aussi, c'est la conséquence de l'opposition qui existe entre les lois de deux pays. Ainsi, d'après le texte primitif du Code civil (art. 19), la femme qui épousait un étranger perdait toujours la nationalité française, même si elle n'acquérait pas la nationalité étrangère. La nouvelle loi a heureusement modifié sur ce point le Code civil, mais il reste en vigueur en Belgique. Il est vrai que l'accord de la plupart des lois rendra le conflit rare sur ce point. Il se présentera plus fréquemment dans un autre cas, lorsque la femme et les enfants mineurs auront perdu leur nationalité primitive, en même temps que leur père naturalisé étranger, et n'auront pas acquis avec lui sa nationalité nouvelle. Ainsi, un italien est naturalisé français ; sa femme n'est plus italienne, mais elle ne devient pas française si elle n'en fait pas la demande expresse.

254. — *b*) Une personne a deux nationalités, toutes les fois qu'elle en acquiert une nouvelle, sans avoir perdu sa nationalité actuelle. Les exemples en sont nombreux :

1° Les Etats, qui confèrent la naturalisation aux étrangers sans qu'ils la demandent, leur donnent, presque toujours, par là-même, deux nationalités. Cette acquisition involontaire d'une nationalité nouvelle ne leur fait point perdre la leur.

2° L'individu naturalisé appartient à un pays où l'allégeance est perpétuelle : c'est un russe ou un citoyen des Etats-Unis ; ou bien il n'a pas obtenu l'autorisation à laquelle sa loi nationale soumet l'expatriation : c'est un allemand ou un autrichien soumis au service militaire. S'il est naturalisé en France, il devient français, mais il reste allemand ou russe. Il en serait de même d'un français, assujetti au service militaire dans l'armée active, et naturalisé en pays

étranger sans autorisation du gouvernement. Bien qu'ayant acquis une nationalité nouvelle, il serait toujours français.

3° Un individu, incapable suivant la loi de son pays de changer de nationalité, est naturalisé dans un pays étranger : il a encore deux nationalités. C'est ce qui arrivera en France pour les mineurs que les art. 9 et 10 autorisent à réclamer la qualité de français et qui en seront habituellement incapables d'après leur loi nationale, et encore pour l'étranger naturalisé à l'âge de 21 ans et qui n'est majeur qu'à 23, 24 ou 25 ans.

4° Enfin, les effets diversement étendus que les législations attribuent à la naturalisation aboutissent souvent à donner deux nationalités à la femme et aux enfants mineurs. Ainsi, la naturalisation accordée en Allemagne à un français comprend sa femme et ses enfants, et cependant ils ne perdent pas la nationalité française.

§ 2. — Règles suivies ou à suivre pour éviter les conflits. Traités diplomatiques.

255. — Distinguons entre le conflit négatif (absence de nationalité) et le conflit positif (réunion de deux nationalités).

A. Conflit négatif. — L'absence de nationalité ne met pas véritablement en conflit les lois des Etats, puisqu'aucun ne réclame l'individu : il n'en peut donc pas résulter entre eux de difficulté. Mais c'est une situation fâcheuse et dont nous avons dit les dangers, surtout au point de vue interne et pour les Etats où se trouvent les individus sans nationalité.

On éviterait ces inconvénients et toute personne aurait une nationalité d'origine, si toutes les législations se ralliaient à un même principe, soit au *jus soli*, soit plutôt au *jus sanguinis*. Il suffirait de décider, dans chaque Etat, que l'enfant aura toujours la nationalité de ses parents, même lorsqu'il naît en pays étranger, sauf à admettre une exception pour le cas où la loi de ce pays lui donnerait une autre nationalité.

D'autre part, toutes les lois devraient admettre, comme celles de l'Angleterre et de la Suisse, que la nationalité ne

peut jamais être perdue, à moins qu'une autre ne soit acquise à la place.

256. — En attendant la réalisation de cet accord, peut-être difficile à espérer, et la généralisation des règles fort sages dont certains pays ont donné l'exemple, divers Etats ont pris des mesures pour diminuer chez eux le nombre des personnes sans nationalité, ou remédier à quelques inconvénients de cette situation.

En France, nous avons vu que, dans ce but, les lois de 1851 et 1874 avaient déclaré français tout individu né en France d'un étranger qui y était né, en lui réservant un droit d'option à sa majorité. C'est toujours dans le même but que la loi de 1889, allant encore bien plus loin, supprime ce droit d'option ; qu'elle déclare français tout individu né en France d'un étranger qui n'y est pas né, domicilié dans ce pays à sa majorité, et que, pour lui permettre de réclamer la nationalité de ses parents, elle exige qu'il justifie de l'avoir conservée.

En Suisse, où le nombre des gens sans patrie (*heimatlosen*) est considérable, la loi du 3 décembre 1850 décide qu'ils seront répartis entre les divers cantons par le gouvernement fédéral et incorporés dans une commune par les gouvernements cantonaux.

En Allemagne, les Etats de la confédération se sont obligés par la convention du 15 juin 1851 à accorder, chacun dans son territoire, la naturalisation aux individus sans patrie qui y sont domiciliés depuis 5 ans ou remplissent d'autres conditions.

Dans ce même pays, la loi militaire du 3 juin 1870 (art. 7) prescrit d'inscrire sur les listes du recrutement, comme les nationaux et au même âge, les étrangers qui ne justifient pas d'une nationalité déterminée. Une disposition analogue existe en Belgique (loi du 3 juin 1870). Il ne s'agit pas, du reste, de conférer à ces étrangers une nationalité, mais d'empêcher qu'ils ne puissent se soustraire partout au service militaire.

La même préoccupation se rencontre dans la convention consulaire intervenue entre la France et l'Espagne le 7 janvier 1862 (art. 5). Les français nés en Espagne y doivent

accomplir le service militaire, s'ils n'établissent pas qu'ils y ont satisfait en France ; et réciproquement pour les Espagnols nés en France. C'est là une exception, peut-être critiquable, au principe de notre droit public, d'après lequel les étrangers sont incapables de servir dans les armées françaises.

257. — B. Conflit positif. — La co-existence en un même individu de deux nationalités met effectivement en conflit deux lois différentes, elle peut créer de véritables difficultés internationales et avoir, pour les États comme pour les individus, de graves conséquences. Deux États prétendent imposer au même homme les obligations inhérentes à la nationalité, particulièrement le service militaire. Quel que soit le lieu où il l'accomplisse, il est dans l'autre déserteur et réfractaire. Que la guerre éclate entre ces deux États, il est exposé aux peines les plus graves, peut-être à la peine de mort, soit qu'il refuse de prendre les armes dans le pays où il se trouve, soit qu'il combatte contre l'autre pays.

Ici, comme dans tous les conflits, il s'agit, au fond, de savoir quelle est la loi compétente ; quelle est celle qui doit régir l'état de la personne, au point de vue de sa nationalité. Mais, pour la solution, les principes habituels nous font défaut. Le principe est que l'état de la personne est régi par sa loi nationale. Mais il ne saurait s'appliquer au cas présent, puisque la question est précisément de savoir quelle est la nationalité et, par conséquent, quelle est la loi nationale.

Ainsi, pour empêcher ou vider le conflit, il faut, soit que les États mettent spontanément l'accord entre leurs lois internes, soit, ce qui est plus facile, qu'ils s'entendent entre eux. Les traités ont d'ailleurs cet avantage que leur modification exige le consentement de tous les états contractants. Voici les règles qui pourraient éviter la co-existence de deux nationalités.

258. — *a) Nationalités d'origine.* — Il n'y aurait pas de conflit si toutes les législations admettaient un même principe, soit le *jus soli*, soit plutôt, ce qui serait le plus rationnel, le *jus sanguinis*. L'enfant n'aura jamais qu'une natio-

nalité si l'on décide, comme font les lois de divers Etats européens, qu'il suivra toujours et exclusivement celle de son père. Même en faisant au *jus soli* une place plus ou moins large, il est encore facile d'éviter les conflits, ou du moins d'en atténuer les plus graves inconvénients. Il suffirait d'admettre dans tous les pays ces deux règles :

1° Toutes les fois que la loi attribue aux enfants d'étrangers la nationalité du pays où ils sont nés, il faut leur reconnaître le droit d'opter, à leur majorité, pour celle de leurs parents. C'est ce que fait la loi anglaise dans tous les cas, et aussi la loi française, mais seulement à la première génération.

2° Réciproquement, on devrait aussi admettre, dans chaque législation, que les enfants nés à l'étranger pourront, à leur majorité, opter pour la nationalité de leur lieu de naissance, lorsque la loi de ce pays la leur confère, et abdiquer ainsi celle de leurs parents. Nous avons rencontré cette disposition dans la loi anglaise et nous en avons regretté l'absence dans la loi française.

Enfin, la loi militaire devrait, pour tous ceux dont la nationalité serait ainsi conditionnelle, ajourner l'appel sous les drapeaux jusqu'au moment où ils ont dû prendre parti, c'est-à-dire jusqu'après leur majorité. La loi française le décide ainsi pour les enfants nés en France de parents étrangers, mais non pas pour ceux qui sont nés en pays étranger de parents français.

259. — *b) Changement de nationalité.* — Trois règles très simples et qui prendraient place sans peine dans les lois de tous les pays, malgré les différences qui existent entre elles, empêcheraient les conflits qui résultent des changements de nationalité.

1° La naturalisation ne devrait jamais être conférée à un étranger sans qu'il en eût manifesté la volonté, ou du moins sans qu'il lui fût permis de la refuser. C'est d'ailleurs le système suivi presque dans tous les Etats.

2° La naturalisation ne devrait jamais être conférée à une personne incapable d'après sa loi nationale. C'est l'application des principes généraux. Les lois allemande, hongroise, portugaise, suisse et mexicaine l'ont expressément consacrée.

3° Enfin, et dans tous les cas, pour acquérir une nationalité nouvelle, une personne devrait justifier qu'elle a perdu sa nationalité primitive. Nous avons vu comment cette règle est déjà formulée en Suède, en Suisse, dans le Grand Duché du Luxembourg et en Roumanie. L'application du même principe conduirait aussi à décider que la femme et les enfants mineurs ne seront point compris dans la naturalisation de leur mari ou de leur père, s'ils n'ont pas perdu en même temps que lui leur nationalité.

260. — Différents traités ont été conclus en vue d'empêcher les conflits relatifs à la nationalité ou d'en prévenir les conséquences.

1° Le traité entre la France et la Suisse du 23 juillet 1879 est relatif aux enfants mineurs dont le père est naturalisé en Suisse. D'après la loi suisse, ces enfants devraient acquérir la nouvelle nationalité de leur père, à moins d'une exception formelle, lors de la naturalisation. D'après la loi française, ils conservent leur nationalité d'origine. Le traité décide que ces enfants restent, en effet, français, mais il leur reconnaît le droit de cesser de l'être, en optant à leur majorité pour la nationalité suisse. Ils ne seront portés en France sur les listes du recrutement qu'après leur 22e année. Enfin, ils peuvent, avec l'assistance de leur père ou de leur tuteur, renoncer, avant leur majorité au droit d'option, à l'effet de servir dans l'armée française. Ce sont là des solutions très heureuses : il est regrettable que la loi française ne les ait pas adoptées d'une façon générale.

2° Un autre traité a été conclu entre la France et la Belgique le 30 juillet 1891 et ratifié le 31 décembre de la même année (1). Il n'a pas précisément pour objet d'empêcher que certains individus n'aient deux nationalités, par suite des oppositions existant entre les deux lois, mais il prévient du moins les conséquences les plus fâcheuses du conflit ; celles qui sont relatives au service militaire.

Il concerne : *a*) Les enfants nés en France de parents belges qui y sont nés. Français d'après la loi française, bien qu'é-

(1) Cl. 1892, p. 326.

tant, d'après la loi belge, belges *jure sanguinis*, ils sont exonérés en Belgique de tout service militaire.

b) Les enfants nés en France de parents belges qui peuvent devenir français à leur majorité, de plein droit s'ils sont domiciliés en France, par une réclamation formelle, s'ils n'y sont pas domiciliés.

c) Les enfants nés en Belgique de parents français et qui peuvent réclamer la nationalité belge, depuis l'âge de 18 ans, jusqu'à 22 ans.

d) Les enfants mineurs de belges naturalisés français ou réintégrés dans cette qualité, qui deviennent français de plein droit, sauf à réclamer, à leur majorité, la nationalité belge.

e) Les enfants mineurs de français naturalisés belges qui peuvent réclamer de 18 à 22 ans la nationalité belge.

La nationalité de tous ces individus est indécise jusqu'à l'expiration de l'année qui suit leur majorité ; ils ne devront pas, avant cette époque, être portés, ni en France, ni en Belgique, sur les listes du recrutement; ils n'y figureront qu'après l'âge de 22 ans, dans le pays qu ils auront alors choisi.

Toutefois, les enfants nés en France de parents belges qui auront réclamé, pendant leur minorité, la nationalité française, ou les enfants de belges naturalisés qui auront, par avance, renoncé au droit de la décliner (1), seront inscrits aussitôt en France, sur les listes du recrutement.

Enfin, tous les individus des catégories précédentes qui changeront de nationalité, seront libérés de toute obligation militaire envers le pays auquel ils appartenaient jusqu'alors et y seront soumis dans celui dont ils feront dorénavant partie.

261. — 3° Diverses nations étrangères ont conclu entre elles des traités relatifs à la nationalité. Nous citerons d'abord ceux que l'Espagne a conclus avec ses anciennes colonies, les républiques de l'Amérique du Sud. Le plus souvent, l'Espagne a reconnu l'application du *jus soli*. Ainsi, l'enfant né de parents espagnols, dans les républiques de l'Equateur,

(1) Cpr. décret du 13 août 1889, article 11.

du Chili, de Vénézuéla, de Bolivie, de Costa-Rica... est considéré comme appartenant uniquement à ces pays. Toutefois, l'Espagne et la République argentine sont convenues d'appliquer chacune les règles de sa propre législation, pour déterminer la condition de ses nationaux respectifs. L'enfant né de parents espagnols dans la République argentine sera donc jugé espagnol, *jure sanguinis*, si sa nationalité est appréciée en Espagne ; argentin, *jure soli*, si elle est appréciée dans la République argentine. C'est une solution peu satisfaisante. Cet enfant n'aura pas deux nationalités simultanément, mais ils les aura alternativement, suivant le pays où il se trouve.

D'autres traités ont été conclus par les Etats-Unis avec diverses puissances : la Prusse et la confédération de l'Allemagne du Nord (22 février 1868), l'Angleterre (1870), l'Autriche, le Mexique, la Suède et la Norwège, le Danemark, la Belgique. — Les Etats contractants déclarent reconnaître réciproquement la naturalisation acquise dans l'un ou l'autre par leurs sujets respectifs, tantôt dès qu'elle est obtenue, tantôt après un certain délai, qui est de 5 ans dans le traité conclu avec la Prusse.

§ 3. — Solution du conflit, en l'absence de règles positives.

262. — Lorsque ni les lois positives, ni les traités ne contiennent de règles pour prévenir le conflit et faire cesser le doute qui existe sur la nationalité d'une personne, les tribunaux sont cependant obligés de statuer et de la déterminer d'une façon ou d'une autre.

Une première hypothèse ne présente pas de difficulté. Le tribunal appelé à se prononcer appartient à l'une des deux nations dont les lois sont en conflit. Il doit, évidemment, appliquer la loi de son pays. Ainsi un individu est né de parents français dans un pays où règne le *jus soli*, dans la République de Vénézuéla, par exemple : les tribunaux français lui attribueront nécessairement la nationalité française. Ils ne pourraient décider autrement sans violer directement la loi française, dont ils doivent, avant tout, assurer l'application. Mais le conflit s'élève devant les tribunaux d'une puissance tierce, désintéressée dans la question : il s'agit de

savoir, en France, quelle est la nationalité d'un individu né au Vénézuéla de parents italiens. Ici, on ne peut donner aucune règle; la plus grande latitude appartiendra aux juges. Ils peuvent, par exemple, tenir compte du domicile et considérer la personne comme ayant la nationalité de celui des deux pays où elle est domiciliée. Si elle n'a son domicile ni dans l'un ni dans l'autre, les juges pourront appliquer la loi qui se rapproche le plus de la leur propre. Ainsi, un individu, né au Vénézuéla de parents italiens, sera de préférence considéré, en France, comme italien. Mais ces règles n'ont rien de rigoureux ni d'obligatoire (1).

263. — Lorsqu'ils se trouveront en présence d'un individu sans nationalité, les tribunaux ne pourront lui en reconnaître aucune. Le domicile remplace alors, dans une certaine mesure, la nationalité, notamment pour déterminer la loi qui régit la personne.

TITRE III. — Du conflit des lois.

264.— Résoudre les conflits qui se produisent entre les lois des diverses nations ; déterminer, en cas de doute, celle qui doit s'appliquer : tel est l'objet propre du droit international privé.

Les étrangers jouissent en France, à quelques rares exceptions près, des droits privés ; il en est de même des français à l'étranger. A quelle loi est soumis l'exercice de ces droits ? Est-ce la loi française ou la loi étrangère qui régit, en France, l'état et la capacité des étrangers, les biens meubles et immeubles qui leur appartiennent, les actes juridiques qu'ils accomplissent ? Est-ce la loi française ou la loi étrangère qui régit les français en pays étranger ?

Prenons un exemple.

Un étranger vend à un français un immeuble situé en France ; cette vente soulève, en droit, diverses questions relatives à la capacité du vendeur ou de l'acheteur, à la validité du contrat, dans le fond et dans la forme, au mode de

---

(1) Weiss, *Nationalité*, p. 254 et 677.

preuve, aux effets du contrat : la translation de la propriété entre les parties ou à l'égard des tiers résulte-t-elle directement du contrat ou nécessite-t-elle une certaine publicité ? Le vendeur a-t-il des sûretés particulières, notamment un privilège, pour obtenir le paiement de son prix ?

Pour résoudre toutes ces questions, faut-il appliquer la loi française qui est la loi personnelle de l'acheteur, celle de la situation de l'immeuble et celle du lieu où l'acte a été passé, ou la loi étrangère, loi personnelle du vendeur ?

Dans cet exemple, la réponse ne doit pas être uniforme : sur certains points, il faut appliquer la loi française, sur d'autres la loi étrangère. Il est donc nécessaire de déterminer dans quels cas et dans quelle mesure la loi étrangère doit s'appliquer dans un pays, dans quels cas la loi territoriale doit l'emporter.

La solution de ce conflit entre la loi territoriale et les lois étrangères est fondamentale ; mais ce n'est pas le seul qui puisse se produire. La loi territoriale écartée, l'hésitation subsistera parfois entre deux ou plusieurs lois étrangères. Des valeurs mobilières qui se trouvent en France dépendent de la succession d'un étranger ; il est certain que leur dévolution héréditaire n'est pas régie par la loi française ; mais, en les supposant de nationalités différentes, faudra-t-il appliquer la loi du *de cujus* ou celle de ses héritiers ?

Nous devons rechercher la solution de ces conflits à deux points de vue :

Au point de vue rationnel : en théorie, quelles sont les règles les meilleures et les plus exactes ?

Au point de vue de la loi française : quelles sont les règles que l'on doit suivre en France, sous l'empire des lois actuelles ?

Nous répondrons d'abord à ces questions en deux chapitres.

Dans les chapitres suivants, nous développerons les règles générales que nous aurons formulées. Nous prendrons pour point de départ le Code civil français, en l'appréciant au point de vue des principes généraux et en le rapprochant des principales législations étrangères.

CHAPITRE I. — Solutions théoriques du conflit.

265. — On a proposé ou suivi divers systèmes pour résoudre le conflit des lois. On peut les ramener à quatre principaux :

1° Le système de la territorialité des lois. — La loi de chaque Etat doit s'appliquer, sur son territoire, à l'exclusion de toute autre, à toutes les choses et à toutes les personnes qui s'y trouvent.

2° Le système des statuts. — Les lois qui régissent les immeubles forment le statut réel : elles sont territoriales et régissent, dans chaque Etat, tous les immeubles, même appartenant à des étrangers, mais ne s'appliquent pas sur le territoire d'un autre Etat. Les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes forment le statut personnel ; elles ne s'appliquent, dans chaque Etat, qu'aux nationaux, ou (suivant une autre opinion) aux individus qui y sont domiciliés; mais elles les suivent même sur le territoire d'un Etat étranger.

3° Le système de la communauté du droit. — La loi applicable à chaque rapport juridique se détermine d'après sa nature, et les juges doivent appliquer les lois étrangères, aussi bien que celles de leur pays, lorsque la nature du rapport juridique le demande.

4° Le système de la personnalité des lois. — La personne et ses droits de toute nature, relatifs aux autres personnes ou aux biens, doivent être régis, en quelque pays que ce soit, par sa loi nationale.

Nous allons exposer successivement ces quatre systèmes ; nous tirerons ensuite nos conclusions.

SECTION I. — *Système de la territorialité des lois. — Courtoisie internationale.*

266. — **A. Exposé.** — Le système de la territorialité des lois est d'origine féodale (1). La féodalité avait morcelé la

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 270.

France et tous les pays où elle s'étendit, en seigneuries à peu près indépendantes, malgré le lien qui les unissait ; dans chacune d'elles s'établit une coutume et le nombre de ces lois locales s'accrut à l'infini. Or, toutes les institutions féodales ont un caractère territorial ; la terre est le fondement de la souveraineté : chaque seigneur est souverain dans sa terre ; la terre détermine la condition des personnes, et, pour ainsi dire, leur nationalité : chacun est l'homme du seigneur sur la terre duquel il est né. De même, la loi, ou plutôt la coutume, est territoriale ; son empire est absolu dans les limites de la seigneurie à laquelle elle s'applique ; elle régit, à l'exclusion de toute autre, les choses ou les personnes qui s'y trouvent et les actes qui s'y accomplissent ; mais il s'arrête à ces limites ; il ne peut s'étendre, ni aux choses ni aux personnes, dans le ressort d'une autre coutume. C'est le principe qu'on formule ainsi : les coutumes sont réelles.

Né de la féodalité et du morcellement de la souveraineté, le principe survit à son déclin et même à sa disparition. Il s'affirme énergiquement au XVI^e^ siècle, lors de la rédaction des coutumes. Il subsiste encore à la veille de la Révolution.

267. — A l'origine, la réalité des coutumes dut être absolue. Dans chaque seigneurie, le juge appliquait exclusivement sa loi sans jamais s'occuper des autres. Une personne qui contracte dans le ressort de la coutume de Paris, sera tenue pour capable suivant cette coutume, bien qu'elle soit incapable d'après la coutume de son domicile. Il faudra apprécier, même en la forme, suivant la coutume de Paris, la valeur des actes invoqués dans son ressort, bien qu'ils aient été passés dans un autre. Aucun texte contemporain ne formule expressément ces conséquences ; on peut cependant les tenir pour certaines. Elles résultent logiquement du principe de la réalité et du caractère des institutions féodales.

268. — Le système de la territorialité des lois est encore suivi aujourd'hui dans les pays où la législation privée a ressenti le plus longtemps l'influence féodale : en Angleterre et aux États-Unis. On allègue, pour le justifier, que la souveraineté de chaque État est, de sa nature, territoriale : absolue dans l'intérieur des frontières, elle ne s'étend pas au

delà. Les lois qui émanent de cette souveraineté doivent être également territoriales (1).

269. — Pour que ce régime de territorialité absolue soit praticable, en fait, il faut que les territoires régis par diverses législations restent isolés les uns des autres, et que les rapports entre eux soient rares et exceptionnels. Dès qu'un contact s'établit, que les relations deviennent fréquentes et suivies, comment faire entière abstraction des lois étrangères ? comment n'en tenir aucun compte lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur des actes accomplis sur leur territoire ou surtout la capacité des perosnnes qui leur sont soumises ? Aussi arrive-t-il fréquemment qu'un État consent à écarter l'application de ses propres lois pour admettre celle de lois étrangères. Il obéit alors à des raisons de courtoisie envers les autres États, de convenance, d'intérêt bien entendu ; il veut entretenir de bons rapports avec ses voisins, assurer à ses nationaux un pareil traitement, mais il n'est pas obligé de faire l'application de ces lois, pas plus que les autres États ne sont en droit de l'exiger. « Chaque nation, dit Story, doit être juge en dernier ressort, non seulement de la nature et de l'étendue de cette obligation, mais encore des cas où on peut justement lui demander de s'en acquitter (2). »

270. — B. Appréciation. — Le principe de la territorialité absolue des lois ne tranche pas, à proprement parler, les conflits. Il les rend impossibles. Le juge n'hésitera jamais entre les législations de divers Etats, si celle de son pays est la seule qu'il doive toujours appliquer.

Tout, cependant, n'est pas faux dans ce système. La souveraineté s'exerçant sur un territoire particulier et dans ses limites, les lois qu'elle établit sont destinées normalement à s'appliquer sur ce territoire et non pas ailleurs. Il est vrai aussi qu'un Etat n'a aucun moyen d'assurer l'observation de ses propres lois, ou d'en exiger le respect, sur le territoire d'un autre Etat. Mais on tire de ces principes des consé-

---

(1) Story, *Comentaries on the conflict of laws*, chap. II, p. 21. Westlake, *A treatise on private international law* (*passim*). Fœlix, t. I, p. 19.

(2) Story, *op. cit.*, p. 32, n° 33.

quences exagérées et inexactes, quand on soutient qu'un Etat a le droit d'imposer toutes ses lois à toutes les personnes, même étrangères, qui se trouvent sur son territoire, et n'est jamais obligé de souffrir l'application des lois étrangères.

La nature humaine offre, dans son unité, de nombreuses variétés : variétés physiques, qui tiennent à la race, quelquefois aux influences extérieures, comme celle du climat; variétés morales, de traditions et de mœurs ; variétés dans les besoins à satisfaire..... ; de cette diversité des hommes naît forcément celle des lois. La loi qui convient le mieux à un peuple est celle qui s'adapte à sa race, à ses mœurs, à sa situation géographique, à ses bonnes ou mauvaises qualités. La loi, bonne pour un peuple, ne l'est donc pas de la même façon, et peut-être pas du tout, pour les autres.

Ainsi, les lois qui régissent, en Angleterre, la capacité des personnes et la protection des incapables sont, nous le supposons, parfaitement appropriées au tempérament et aux besoins des anglais ; par là même, elles ne conviendront pas aux français, et réciproquement. Il n'est donc ni raisonnable ni juste d'appliquer, sur ce point, aux français qui se trouvent en Angleterre, les lois anglaises qui ne leur conviennent pas, et de ne pas permettre qu'ils soient régis par la loi française.

Du reste, avec la territorialité absolue des lois, une personne est tantôt capable, tantôt incapable suivant le lieu où elle se trouve : conséquence bizarre, car si une personne a l'aptitude physique et morale nécessaire pour se conduire et gérer ses affaires, cette aptitude doit être partout identique.

En résumé, les lois d'un pays ne peuvent pas toutes s'appliquer aux étrangers, pour qui elles ne sont pas faites; dans certains cas, au moins, elles doivent céder la place aux lois personnelles de ces étrangers : nous verrons plus loin quels sont ces cas.

271. — On ne méconnaît pas, du reste, entièrement la nécessité d'admettre quelquefois les lois étrangères ; mais ce serait là, de la part d'un Etat, une concession libre, à laquelle il aurait strictement le droit de se refuser. Ici, il ne faut pas confondre le fait et le droit. En fait, un Etat peut

interdire, sur son territoire, l'application des lois étrangères, ou la réduire aux cas qu'il lui plaît de déterminer : les juges sont bien forcés alors de suivre la loi de leur pays. Mais, en droit, c'est là un abus et non pas l'exercice légitime du pouvoir. Un État est obligé de permettre l'application des lois étrangères, parce qu'elle est commandée par la justice et la raison, auxquelles les nations, pas plus que les individus, ne doivent se soustraire, et par le droit naturel qui régit les rapports des États entre eux.

Au surplus, si chaque État est seul juge des cas où il lui plaît d'accepter les lois étrangères, le droit international privé n'existe pas, du moins comme ensemble de règles fixes et raisonnées, formant un corps et destinées à résoudre les conflits de législations. Ce n'est plus que la collection des cas où on a appliqué, en fait, les lois étrangères, sans que rien en garantisse l'application dans l'avenir.

C'est bien là le point de vue des auteurs anglais, pour qui le droit consiste à connaître les décisions des juges, sans les apprécier ni les discuter (1) ; mais ce n'est pas le nôtre : nous ne saurions donc admettre le système de la territorialité des lois, même en le tempérant par les concessions faites à la courtoisie internationale.

Section II. — *Système des statuts.*

272. — Dès le moyen âge, on s'aperçut qu'il était impossible de suivre strictement la règle de la territorialité absolue des lois. On rechercha donc bientôt si l'on ne doit pas, dans un pays ou un territoire, faire place à l'application des lois ou coutumes étrangères. Vers le XIII^e^ siècle, on commença, pour résoudre ce problème, à édifier un système d'une importance capitale et qui, avec des vicissitudes diverses, a subsisté jusqu'à nos jours : le système ou théorie des statuts (2).

---

(1) Harrisson, *Le droit international privé ou le conflit des lois, particulièrement en Angleterre*, Cl. 1888, p. 417 et suiv., 533 et suiv. *passim*. — V. dans le même sens, Fœlix, t. I, p. 26 (n° 13).

(2) V. pour l'histoire et l'exposé de la doctrine des statuts, le savant ouvrage de M. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I et II.

273. — A. Origines historiques. — Ce système a pris naissance en Italie. Au moyen âge, ce pays, surtout dans le Nord, comptait un grand nombre de villes commerçantes, riches, à peu près indépendantes en fait ; chacune avait sa législation particulière, appelée *statut*, et le droit romain était considéré comme le droit commun. De nombreux rapports existaient entre elles et mettaient leurs lois en contact. A la même époque et dans le même pays, l'étude du droit était florissante, particulièrement à Bologne, Plaisance, Modène.... etc..... Les jurisconsultes étudièrent les difficultés que soulevaient les conflits des statuts locaux avec le droit romain et de ces divers statuts entre eux. Un statut local peut-il s'étendre hors de son territoire et s'appliquer sur un territoire étranger ? L'examen de cette question est le point de départ de la première théorie de droit international privé : elle a emprunté son nom aux *statuts* des villes italiennes.

Ces jurisconsultes étaient avant tout des commentateurs du droit romain, auquel ils ajoutaient des gloses ou remarques plus ou moins étendues. Ils rattachèrent leur théorie à la loi 1, C. *De summa Trinitate*. Les mots qui la commencent : « *Cunctos populos quos clementiæ nostræ regit imperium* » attirèrent l'attention d'un glossateur, Accurse peut-être, sur la diversité des législations existant dans l'empire et il formula la glose suivante : « *Quod si Bononiensis conveniatur Mutinæ, non debet judicari secundum statuta Mutinæ quibus non subest* ». Depuis lors, on prit l'habitude de traiter des conflits entre les divers statuts à propos de la loi *cunctos populos* et de la glose : *Quod si Bononiensis....*

274. — Nous n'énumèrerons pas les divers jurisconsultes qui, pendant les XIII^e^, XIV^e^ et XV^e^ siècles, contribuèrent aux développements de la théorie des statuts ; le plus célèbre d'entre eux est *Bartole*, qui, sans en être, comme on le dit quelquefois, l'inventeur, lui donna des développements considérables.

Nous n'analyserons pas non plus leurs doctrines, souvent très diverses et peu concordantes entre elles. Leur méthode consistait généralement à examiner les divers points de

vue sous lesquels le conflit des lois peut se présenter. Ainsi, ils distinguaient suivant que le statut est relatif aux contrats, aux délits, aux successions, aux testaments..... et ils recherchaient si, en justice et en raison, le statut local ou un autre devait l'emporter. Leur tendance habituelle, lorsque les statuts étaient en conflit avec le droit romain, était d'en restreindre l'application et de les considérer comme purement locaux ; ils n'avaient, du reste, aucune répugnance à écarter l'application du statut local, lorsque celle d'une autre loi leur semblait justifiée. Sur plus d'un point, ils ont formulé les principes les plus exacts, comme la règle *locus regit actum* qu'ils ont admise après discussion. Nous rencontrons même, dans les écrits de Bartole et d'Albéric de Rosate, l'idée de la personnalité des lois de succession, qui passe, aujourd'hui, pour une nouveauté. Ces auteurs, Bartole entre autres, distinguaient encore les statuts relatifs aux choses ou aux biens et les statuts relatifs aux personnes. Le statut local doit toujours s'appliquer aux biens ; il ne s'applique pas, au contraire aux étrangers, s'il concerne la personne elle-même, son état et sa capacité. La personne devra être régie par les lois de son domicile, mais on n'admettait cette solution qu'avec beaucoup de tâtonnements et d'hésitations.

Ce n'était là ni toute la doctrine, ni même sa partie la plus importante. Par la suite, cependant, les autres points se sont effacés ou confondus, et l'on n'a plus vu dans cette théorie, et, en particulier, dans le système de Bartole, que la distinction des statuts en deux classes : réels et personnels. C'est sous cette forme surtout que nous la trouvons en France et dans les Pays-Bas, du XVI^e^ au XVIII^e^ siècle.

275. — Presque dès son origine, au XIII^e^ siècle, des jurisconsultes français, mais imbus des idées et de la méthode de l'école italienne, enseignèrent à Toulouse et à Orléans le système des statuts.

Il se heurtait, en France, à une difficulté qu'il n'avait pas rencontrée, du moins au même degré, en Italie : le principe féodal de la territorialité ou réalité des coutumes. Ce principe dut forcément céder et recevoir des tempéraments, mais il exerça une double influence sur les développements du système des statuts :

1° Il imposa une plus grande réserve pour admettre l'application des coutumes étrangères ou écarter celle de la coutume locale.

2° Sans doute aussi, il conduisit à diviser tous les statuts en deux classes : réels et personnels. Négligeant les autres distinctions, on prit l'habitude d'opposer aux statuts réels, qui rentrent dans le principe féodal et ont une application strictement territoriale, les statuts personnels qui dérogent au contraire au principe. Les mots réels et personnels font naturellement antithèse, et, d'autre part, les statuts relatifs à la personne, à son état et à sa capacité, sont en effet ceux qui appoitent l'exception la plus nécessaire à la territorialité absolue. Au surplus, le statut réel (*quod agit in rem*) a ce caractère sous deux rapports : comme les coutumes elles-mêmes, parce qu'il est territorial et parce qu'il concerne les choses.

275 *bis*. — Trois grands jurisconsultes : Dumoulin, Guy Coquille et d'Argentré, le premier et le dernier surtout, ont développé au XVI^e^ siècle, sans avoir, à beaucoup près, le même esprit, la théorie des statuts.

Dumoulin (1500-1566) est encore, à certains égards, le continuateur des auteurs italiens. Il commente leurs écrits, rattache comme eux ses théories à la loi *cunctos populos* et suit une méthode analogue. Il fait, sans doute, une place importante à l'opposition du statut réel et du statut personnel ; mais il ne range cependant pas sous ces deux chefs toutes les dispositions des lois ou coutumes ; il distingue encore celles qui concernent les délits, la forme des actes, la substance des contrats.

Dumoulin respecte le principe féodal de la réalité des coutumes, et, par suite, donne au statut réel plus d'importance que les italiens. Il l'étend à des matières qu'ils hésitaient à y comprendre et que quelques-uns d'entre eux en excluaient, comme les successions ; mais, en même temps, il a une tendance très marquée à le restreindre, autant qu'il se croit permis de le faire.

Ainsi, il écarte l'application du statut réel ou local lorsqu'il s'agit des conventions expresses ou tacites, et, en particulier, de celles qui déterminent le régime des biens des époux : elles

doivent produire leurs effets sur les biens en quelque endroit qu'ils soient situés.

Guy Coquille (1533-1603) obéit, en partie, aux mêmes inspirations que Dumoulin. Plus hardi que lui, il critique le principe même de la réalité des coutumes, ou du moins sa trop grande extension. Il partage les dispositions des coutumes en statut réel et statut personnel. Mais sa tendance est d'étendre l'application du statut personnel et de restreindre celle du statut réel.

D'Argentré (1519-1590) est animé d'un esprit et professe des doctrines tout autres. Né en Bretagne, province depuis peu réunie à la Monarchie, jalouse de ses traditions et de son indépendance, il est partisan déclaré des idées et des maximes féodales. Il rejette toutes les distinctions des auteurs italiens, « *scholastici scriptores . . . . . ut nemo se talibus Mœandris possit explicare,* » et prend comme règle la réalité absolue des coutumes. En principe donc, tous les statuts sont réels. C'est exceptionnellement que l'on écarte la coutume locale pour appliquer une coutume étrangère, et cette exception doit être aussi étroite que possible : elle ne comprend que les matières relatives à l'état de la personne et à sa capacité, envisagées d'une façon générale et abstraction faite de tout rapport avec les biens immeubles. Les statuts qui concernent à la fois la personne et les immeubles, qualifiés de statuts mixtes; suivent la condition des statuts réels. Les dispositions même qui régissent l'état et la capacité de la personne, mais sur un point spécial, appartiennent au statut réel. Les dispositions relatives aux meubles sont comprises, par extension, dans le statut personnel de leurs propriétaires.

Enfin d'Argentré combat très vivement l'extension extra-territoriale que Dumoulin attribuait aux lois relatives aux contrats, et spécialement aux régimes matrimoniaux.

276. — La distinction du statut réel, qui est la règle, et du statut personnel, qui est l'exception, est restée après d'Argentré, sauf peut-être quelques réserves que je n'indique pas ici, le principe fondamental du système des statuts et le cadre obligé des théories sur le conflit des lois. Quelques auteurs y ont ajouté des statuts mixtes, sans donner toujours à ces termes la même signification.

Mais, le principe une fois accepté, il s'en faut qu'on en ait toujours tiré les mêmes conséquences. Les uns, qu'on peut appeler *réalistes*, ont, à la suite de d'Argentré, accentué la règle et réservé un domaine plus étendu au statut réel ; les autres, qu'on nomme *personnalistes* et qui se rattachent plutôt à Dumoulin, ont admis plus largement l'exception et étendu la sphère du statut personnel.

Au XVII^e^ siècle, les plus célèbres interprètes de cette théorie appartiennent aux Pays-Bas belges et hollandais. Bourgoigne, Rodenburg, Paul et Jean Voët sont des réalistes outrés. Jean Voët enseigne même qu'on pourrait, en droit strict, écarter toute application des coutumes étrangères, quelle que soit la nature du statut. Si on les admet, c'est librement, par courtoisie (*comitas*) ou plutôt par intérêt bien entendu. En France, la jurisprudence des parlements se montra plus favorable à l'extension de la personnalité, et, au XVIII^e^ siècle, cette doctrine plus libérale se retrouve, à des degrés divers, dans les écrits de Boullenois (1680-1762), de Froland (mort en 1746) et surtout de Bouhier (1673-1746), les derniers auteurs qui aient consacré des études particulières à la théorie des statuts.

277. — B. Exposé de la doctrine. — Nous n'exposerons pas ici tous les systèmes, très divers suivant les époques et les opinions, qu'on peut rattacher à la théorie des statuts. Nous nous bornerons aux traits généraux, en les empruntant principalement aux auteurs français, surtout à ceux du XVIII^e^ siècle.

A la différence du système que j'ai précédemment exposé, et qui considère toutes les lois comme territoriales, le système des statuts fait une distinction. Il y a, en effet, des lois territoriales, qui s'appliquent aux étrangers comme aux nationaux, aux domiciliés comme aux non domiciliés ; mais d'autres lois ne sont pas territoriales :

1° Parce qu'elles ne s'appliquent pas à ceux qui ne sont pas domiciliés sur leur territoire ;

2° Parce qu'elles suivent ceux qu'elles régissent, à raison de leur domicile, même sur le territoire d'autres lois ou coutumes.

Comment l'extension donnée à ces lois, hors de leur ter-

ritoire, se conciliait-elle avec le principe de la réalité des coutumes ? Certains jurisconsultes ne se préoccupaient même pas de l'expliquer. D'Argentré affirme simplement que : « Lorsqu'il s'agit de la condition d'une personne..... il appartient pleinement aux autorités de son domicile.... de fixer son état.... de manière qu'elle en jouisse et en demeure affectée en quelque lieu qu'elle se rende. » D'autres, comme, en France, Boullenois et Bouhier justifient cette extension par la *comitas gentium*, la courtoisie internationale.

278. — Quoi qu'il en soit, c'est en raison de leur objet que les lois sont territoriales ou ne le sont pas.

Les lois qui ont pour objet les choses ou les biens forment le statut réel, dont l'empire est absolu sur tous les biens situés dans son ressort, quel que soit d'ailleurs le domicile des personnes qui y ont des droits, mais ne s'étend pas au-delà. Les lois qui ont pour objet les personnes forment le statut personnel, qui ne s'applique qu'aux personnes domiciliées dans son ressort, mais les suit partout où elles se trouvent.

Plusieurs jurisconsultes ont aussi admis des statuts mixtes, mais en donnant à ces termes diverses significations.

D'Argentré appelle ainsi ceux qui concernent à la fois les personnes et les choses ; mais, comme il les assimile au statut réel, cette distinction est, au fond, sans intérêt. Paul Voët nomme statuts mixtes les dispositions relatives à la forme des actes, dont Pothier fait aussi un troisième statut, sans lui donner de nom particulier.

Laissons de côté cette troisième espèce, pour nous tenir aux deux catégories acceptées par tous : le statut réel et le statut personnel.

279. — Il suffit d'y regarder d'un peu près, pour comprendre que la distinction des lois relatives aux biens ou aux personnes est vague et ne fournit qu'un *criterium* insuffisant. La plupart des lois, en effet, concernent à la fois les personnes et les biens. Celles même qui règlent l'état de la personne ne sont pas sans influence à l'égard des biens, puisque l'état de la personne est la source de droits pécuniaires importants, par exemple des droits de succession ; de

même, à plus forte raison, pour celles qui déterminent la capacité, puisque les conséquences de la capacité se produisent à l'égard des biens. A l'inverse, les lois relatives aux biens concernent aussi les personnes, car elles règlent, en somme, les droits qui appartiennent aux personnes sur les biens.

Comment donc distinguer les lois réelles des lois personnelles ?

Citons, pour mémoire, l'opinion de Bartole, à laquelle on a peut-être donné plus d'importance qu'il le faisait lui-même : le statut est réel ou personnel, suivant qu'il parle d'abord des choses ou des personnes. Cette solution, qui s'attache à l'ordre des termes employés par le législateur, n'a rien de rationnel.

D'après Dumoulin, le statut est réel, lorsque « *principaliter et directo concernit bona* » ; personnel, lorsque « *principaliter et primario et directo disponit in personas subjectas et in actum, non autem disponit in res et bona, nisi saltem per consequentias.* »

La notion du statut réel et du statut personnel a varié, suivant les opinions des jurisconsultes, qui donnaient, tantôt à l'un, tantôt à l'autre, une plus grande extension. L'idée de Dumoulin paraît avoir triomphé dans la pratique.

Pothier définit ainsi les statuts : « On appelle *statuts personnels* les dispositions coutumières qui ont pour *objet principal* de régler l'état des personnes. On appelle *statuts réels* les dispositions qui ont pour *objet principal* les choses » (1).

Avec un *critérium* si vague, le doute devait être fréquent. Dans le doute, la plupart des auteurs décidaient que le statut devait être réel : en effet, la réalité était la règle et la personnalité l'exception.

Voyons maintenant, un peu plus en détail, quelles matières comprenaient le statut réel et le statut personnel.

280. — *a*) *Statut réel.* — Il ne s'appliquait qu'aux immeubles, seuls susceptibles d'une situation fixe. Pothier cite, comme en faisant partie, les dispositions qui concernent « les fiefs, les censives, les servitudes, les successions, le douaire

(1) *Introduction aux coutumes*, n° 6.

coutumier, les choses dont on peut disposer par donation, les prescriptions, les retraits lignagers... etc... » C'est-à-dire, abstraction faite des exemples aujourd'hui sans intérêt, qu'il y range : 1° les dispositions qui déterminent la nature juridique et la qualité des immeubles ; 2° les droits réels dont ils sont susceptibles ; 3° certains modes d'acquérir la propriété (donations, prescriptions) ; 4° les successions *ab intestat* et testamentaires. Sur ce dernier point, en particulier, la controverse qu'avaient autrefois agitée les jurisconsultes italiens n'avait jamais été soulevée en France et, dans tous les cas, ne l'était plus depuis le XVIe siècle. Personne ne contestait la réalité du statut.

281. — *b) Statut personnel.* — C'est celui qui règle l'état et la capacité des personnes. Il dépend de la coutume du lieu où la personne a son domicile et non de son lieu d'origine. Les opinions ont beaucoup varié sur l'étendue qu'on doit lui reconnaître. En effet, les lois relatives à la capacité des personnes ont, à l'égard des biens, des conséquences importantes ; il est donc difficile de faire la part du statut réel et celle du statut personnel.

De l'aveu de tous, le statut est personnel : 1° lorsqu'il a pour objet l'état ou la capacité universels de la personne : tel est, par exemple, celui qui fixe l'âge de la majorité ; 2° lorsque cette capacité est sans influence sur les immeubles situés dans le ressort d'une coutume autre que celle du domicile de la personne.

Deux questions, au contraire, étaient surtout controversées :

1re *Question* : La capacité pour aliéner un immeuble, et, en général, pour exercer des droits sur un immeuble, est-elle fixée par la loi de la situation de l'immeuble, ou par la loi du domicile de la personne ? La maxime de la réalité des coutumes avait fait admettre, au XVIe siècle, que la capacité, nécessaire pour aliéner un immeuble, était régie par la loi de sa situation. Plus tard, la jurisprudence des parlements, notamment du parlement de Paris, se prononça en sens contraire : elle décida que la loi du domicile fixerait la capacité de la personne, même pour l'aliénation d'immeubles situés dans le ressort d'une autre coutume. C'est aussi

la doctrine des auteurs français du XVIIIe siècle, Boullenois, Froland, Bouhier. Elle avait triomphé.

2e *Question* : On avait soutenu aussi que les règles de capacité n'appartenaient plus au statut personnel, mais au statut réel, lorsqu'elles étaient relatives à un point spécial. Ainsi, la coutume qui interdisait les donations entre mari et femme se serait, dans son ressort, appliquée à tous, domiciliés ou non, mais n'aurait eu, en dehors, aucune extension. Ici encore, la jurisprudence des parlements se montra plutôt favorable à la personnalité du statut. Ainsi les coutumes de certaines provinces, par dérogation à l'incapacité générale de la femme mariée, lui permettaient de faire son testament : le testament d'une femme domiciliée dans une de ces provinces était valable, même pour les biens situés dans le ressort d'une coutume qui n'accordait pas cette capacité particulière. Le parlement de Paris avait encore déclaré personnelle l'incapacité du sénatus-consulte Velléien, admis dans quelques parties de la France et abrogé dans d'autres. Cependant, la discussion n'était pas entièrement épuisée au XVIIIe siècle : Boullenois fait une distinction. Si la règle spéciale de capacité n'est pas relative aux biens, comme celle du sénatus-consulte Velléien, le statut est personnel ; si elle est relative aux biens, comme la disposition de certaines coutumes qui permet au mineur de faire un don mutuel à son conjoint, le statut est réel.

Au reste, dans ces deux cas, la logique commandait de reconnaître la personnalité du statut. Une fois admis que la capacité de la personne doit être partout réglée par la loi de son domicile, il est contradictoire de décider différemment suivant qu'il s'agit, par exemple, de contracter une obligation ou d'aliéner un immeuble ; suivant qu'il s'agit de la capacité générale, ou de celle qui est spécialement requise ou accordée pour un acte particulier. Seul, le principe de la réalité des statuts et la timidité avec laquelle on s'en écartait explique ces distinctions arbitraires.

282. — Nous n'avons parlé jusqu'à présent que des lois qui concernent soit les immeubles, soit l'état et la capacité des personnes : les seules, il est vrai, qui rentrent dans la définition exacte du statut réel et du statut personnel. Que

décider pour les lois relatives : 1° aux meubles ; 2° aux contrats ?

1° *Meubles*. Le statut réel, bien que, par étymologie, il soit applicable aux choses (*res*), ne l'est cependant pas aux meubles, qui n'ont pas de situation fixe. Ils sont régis par la loi du domicile de leur propriétaire. La règle n'était pas contestée, mais on n'était pas d'accord sur ses motifs. Suivant les uns, les meubles *suivent la personne* et rentrent ainsi dans le statut personnel (1). D'autres pensaient que le patrimoine mobilier était réputé tout entier réuni au domicile de la personne, et qu'ainsi la loi de ce domicile était la loi de leur situation, non pas réelle mais fictive (2).

Les deux opinions conduisaient au même résultat : il est cependant intéressant de les distinguer, parce qu'aujourd'hui, comme nous le verrons, elles aboutissent à des conséquences fort différentes l'une de l'autre.

283. — 2° *Contrats*. Il faut distinguer les règles de forme et les règles de fond.

On était d'accord pour appliquer à la forme des actes la loi du lieu où ils étaient passés : *Locus regit actum*.

Au fond, il s'agit principalement de savoir quelle loi doit régir l'interprétation et les effets des contrats. La question avait été surtout étudiée à propos des conventions matrimoniales.

D'après Dumoulin, les conventions expresses ou tacites, et, par suite, la loi à laquelle les contractants seraient présumés avoir voulu les soumettre, devaient avoir leurs effets sur les immeubles, en quelque endroit qu'ils fussent situés. Il tirait de là, entre autres, cette conséquence importante que la communauté, établie entre époux par la coutume de leur domicile, comprendrait même les acquêts immobiliers situés dans un pays où la communauté n'était pas admise.

D'Argentré, sans contester aux conventions expresses la portée que leur donnait Dumoulin, refusait d'admettre que l'adoption de la loi qui doit régir les biens des époux résultât

---

(1) C'était l'opinion de d'Argentré, de Bouhier, de Pothier (*Introduction aux coutumes*, n° 24).

(2) C'était l'opinion de Dumoulin, de Rodenburgh, de Boullenois.

d'une convention tacite. Suivant lui, le statut de communauté est réel, et la coutume qui l'établit n'aura point d'effets sur les immeubles situés hors de son ressort.

De nombreux arrêts du parlement de Paris s'étaient prononcés pour la personnalité du statut de communauté. Pothier (1) adopte aussi la doctrine de Dumoulin ; il est donc permis de croire qu'elle était généralement reçue en pratique.

Toutefois, elle rencontrait encore des résistances, notamment dans la jurisprudence du parlement de Normandie.

284. — Les auteurs qui ont enseigné la théorie des statuts envisageaient presque toujours le conflit entre les législations et coutumes d'un même pays, qui était autrefois le plus fréquent. Quelquefois aussi ils ont prévu le conflit, plus rare alors, entre les législations de divers Etats : dans les deux cas, ils donnaient la même solution.

C'est en l'appliquant à la dernière hypothèse que plusieurs législations modernes ont adopté ce système. On le rencontre ainsi notamment dans le code civil français, — nous verrons bientôt dans quelle mesure, — en Autriche, en Prusse (2), dans les Pays-Bas. Mais, si l'ancienne doctrine est encore aujourd'hui en vigueur, elle n'est plus susceptible d'application, dans quelques-unes de ses parties. Il en est ainsi, principalement, de l'ancienne maxime de la réalité des statuts. On ne doit plus admettre que les statuts réels soient la règle et les statuts personnels l'exception et se prononcer, dans le doute, pour la réalité. Il faut, sans hésiter, donner au statut personnel toute l'extension qu'il comporte, en droit et en justice, sans distinguer entre la capacité générale ou spéciale, les actes relatifs aux meubles ou aux immeubles.

En outre, au lieu de déterminer le statut personnel par la loi du domicile, comme le faisait l'ancien droit, et comme le font encore aujourd'hui diverses législations, il est plus rationnel de le déterminer suivant la nationalité. C'est, nous le verrons, ce que décide la loi française.

---

(1) *Traité de la communauté,* nos 11 et suiv.

(2) Avec cette réserve importante que la succession, même immobilière, serait régie par la loi du dernier domicile du *de cujus.* C'est du moins ce qu'enseigne Savigny, *Traité de droit Romain*, t. VIII, § 376.

285. — C. Appréciation. — La théorie des statuts renferme une grande part de vérité ; elle ne donne pas cependant une solution satisfaisante du conflit des lois.

Son idée première est exacte.

Il est vrai que, parmi les lois d'un État, il en est dont l'empire est absolu sur leur territoire sans s'étendre jamais au-delà, et d'autres, au contraire, qui n'ont pas ce caractère territorial. Il est vrai encore que l'état et la capacité de la personne doivent être partout régis par la même loi: celle de son domicile, d'après les anciens jurisconsultes, la loi nationale, d'après l'opinion préférable qui triomphe aujourd'hui. Enfin, sous beaucoup de rapports, les immeubles sont, en effet, régis par la loi du pays où ils sont situés, quelle que soit la nationalité de leurs propriétaires.

Mais si le système des statuts approche ainsi de la vérité, il ne l'atteint pas complètement et mérite plusieurs critiques graves.

1° Formé sous l'empire de la féodalité, dominé par le principe de la réalité des coutumes, il attribue à la situation des immeubles trop d'influence sur les droits de leurs propriétaires. On était allé autrefois jusqu'à admettre que la capacité de la personne variait avec la situation de ses immeubles, et,si cette opinion fut généralement repoussée, tout le monde admettait que la succession aux immeubles était régie par la loi de leur situation. Les lois semblent donc avoir les biens pour objets immédiats et n'atteindre les personnes que par voie de conséquence. Or, il est beaucoup plus vrai que les lois sont faites pour les personnes et, en thèse générale, s'appliquent aux biens en raison de leurs rapports avec les personnes.

2° La distinction entre le statut réel et le statut personnel, telle qu'elle est faite, est vague et arbitraire. La plupart des lois concernent à la fois les personnes et les biens. Les discussions, qui se sont élevées autrefois sur la nature de certains statuts, sont inhérentes au système lui-même et se reproduiront fatalement toujours.

3° La théorie des statuts ne donne pas la solution de tous les conflits. La distinction qu'elle fait est un cadre trop étroit pour embrasser toutes les lois. Les lois relatives aux meubles restent en dehors. C'est par une assimilation un

peu forcée qu'on les range dans le statut personnel. Les lois relatives aux contrats n'y rentrent pas davantage.

4° Enfin, la théorie des statuts se préoccupe du conflit entre la loi territoriale et les lois étrangères ; mais elle ne fournit aucun élément pour résoudre le conflit entre deux ou plusieurs lois étrangères.

Section III. — *Système de la communauté du droit et autres systèmes allemands.*

286. — Nous exposerons brièvement diverses théories, proposées par les auteurs allemands, pour insister ensuite sur la plus importante et la plus féconde, celle de Savigny.

287. — **A. Systèmes divers.** — 1° Quelques auteurs ont pensé que le juge devait toujours appliquer, au litige dont il est saisi, la loi de l'Etat au nom duquel il rend la justice : *Lex fori*. Sous une forme un peu différente, ce système a les mêmes conséquences que celui de la territorialité des lois. Je l'ai déjà réfuté et je n'y reviens pas.

En général, les auteurs allemands cherchent, sans s'arrêter à la territorialité des lois, à déterminer celle qui est applicable. Ils admettent qu'un Etat peut être obligé d'appliquer les lois étrangères, sans distinguer, *à priori*, entre celles qui concernent les biens et celles qui concernent les personnes.

2° Hauss (1) propose de suivre la loi que les parties auront choisie, ou seront présumées avoir voulu choisir. Mais cette intention est souvent difficile à découvrir, et, d'autre part, dans bien des cas, l'application de la loi ne dépend pas de la volonté des intéressés. Ils ne sont pas libres de l'accepter ou de s'y soustraire.

3° D'après Schœffner (2), on devra suivre la loi du lieu où aura pris naissance le rapport de droit : critérium trop vague, parce que ce lieu sera, dans bien des cas, très difficile, ou même impossible à déterminer.

---

(1) *De principiis a quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas.*

(2) *Entwikelung des internationalen Privatrechts.*

288. — B. Système de Savigny. — Savigny a nettement dégagé les principes fondamentaux du droit international privé, bien que les applications qu'il en a faites soient parfois critiquables (1). Il prend, pour point de départ, ce qu'il nomme la *communauté du droit entre les différents peuples*. Cela signifie, non pas que les lois soient ou doivent être partout identiques, mais que chaque pays doit admettre l'application des lois étrangères, aussi bien que des siennes propres. Chaque rapport de droit ou fait juridique est, par sa nature, subordonné à la loi d'un pays. C'est cette loi que devront toujours lui appliquer les tribunaux, dans quelque pays que ce soit. Ils devront, pour la déterminer, se décider uniquement par la nature du fait juridique, et non par ce qu'on pourrait appeler la nationalité de la loi. Le caractère étranger d'une loi ne s'oppose donc pas à son application.

Cependant, on ne doit pas toujours admettre, sans différence entre elles, les lois locales ou les lois étrangères. Dans chaque pays, certaines lois sont exclusivement applicables et rigoureusement obligatoires pour tous, sans distinction de nationalité : ce sont celles qui ont pour but de sauvegarder les principes de la morale, ou bien qui ont en vue un intérêt général, politique, économique ou de police. D'autre part, un Etat ne peut souffrir, chez lui, l'application des lois étrangères, contraires à ses institutions politiques ou sociales, et, en général, à l'ordre public.

Ainsi, cette théorie se résume en deux principes, qui se limitent l'un par l'autre, et que nous posons à la base de nos études :

1° La loi applicable se détermine uniquement par la nature du fait juridique qu'elle doit régir, sans distinguer entre celle du pays où l'on en doit faire l'application et les lois étrangères.

2° Dans toutes les matières d'ordre public, la loi de chaque pays doit seule s'appliquer, à l'exclusion des lois étrangères.

---

(1) Ce système est développé dans le *Traité de droit Romain*, t. VIII, Chap. I, « Limites locales de l'empire des règles du droit sur les rapports de droit ».

289. — Après avoir établi ces principes, Savigny en fait l'application. Ses conclusions se rapprochent, sur certains points, de la doctrine des statuts ; elles s'en écartent sur d'autres, et la ressemblance entre les deux systèmes est plus apparente que réelle. Il distingue les lois qui concernent : 1° l'état et la capacité des personnes, qui sont régies par la loi de leur domicile ; 2° les biens, régis par la loi de leur situation, sans distinguer entre les meubles et les immeubles ; 3° les successions, soumises à la loi du pays où le défunt avait son domicile lors de son décès ; 4° les obligations. La forme extérieure de l'acte qui leur a donné naissance est soumise à la loi du lieu où il est passé (*Locus regit actum*) ; leurs conditions de validité intrinsèque et leurs effets, à la loi du lieu où se trouve le siège juridique de l'obligation. Ce lieu est celui où elle doit être exécutée, à moins que les parties n'aient manifesté une volonté contraire.

290. — On a critiqué ce système, dans son principe et dans ses applications. L'idée de la communauté du droit, a-t-on dit, est vague ; elle ne fait que déplacer ou reculer la difficulté. Mais une règle unique, qui comprend tous les cas, ne saurait être plus précise. Il est impossible d'en formuler une qui donne, à première vue, la solution de tous les conflits.

Savigny a indiqué exactement la règle à suivre pour trouver cette solution ; les applications sont plus contestables, mais certaines critiques sont encore exagérées.

Ainsi, on a reproché, avec raison, à l'auteur allemand, de subordonner l'état et la capacité des personnes à la loi de leur domicile, au lieu de les soumettre à leur loi nationale, ce qui est beaucoup plus exact.

On lui a reproché encore de donner trop d'importance à la loi de la situation des biens ; mais cette critique perd beaucoup de sa force, si on remarque qu'il applique à la succession la loi du domicile du défunt et non celle de la situation.

Enfin, on fait observer qu'on ne saurait, pour déterminer la loi applicable, rechercher le siège de l'obligation, fait immatériel qui n'a de siège dans aucun lieu ; mais Savigny appelle ainsi le lieu à la loi duquel les parties ont voulu

soumettre leur convention. L'expression est obscure ; mais l'idée, au fond, est exacte.

Quoi qu'il en soit des détails, l'idée de la communauté du droit est, aujourd'hui, unanimement acceptée. C'est le point de départ du système de la personnalité des lois.

Section IV. — *Système de la personnalité des lois.*

291. — Ce système, qui est aujourd'hui le plus en faveur, a été surtout enseigné par les jurisconsultes italiens. Ils avaient tiré, dans le droit public, des conséquences importantes, très contestables d'ailleurs, de l'idée de nationalité ; c'est au même principe que, dans le droit privé, ils demandèrent, avec plus de raison, la solution du conflit des lois. Consacré d'abord par le Code italien (1865), qui est plus explicite sur ces matières que la plupart des autres législations, ce système l'a été aussi, plus récemment, par le Code espagnol de 1889.

292. — **A. Exposé** (1). — Suivant cette doctrine, c'est la loi nationale de chaque individu qui doit régir sa personne et ses droits, en quelque pays qu'il se trouve, même à l'étranger. Telle est la règle générale ; elle renferme deux propositions :

1° La loi personnelle de chaque individu doit le régir en quelque pays qu'il se trouve. Les lois sont faites pour les personnes. En effet, si l'État, pour être parfait, suppose un territoire sur lequel il est établi, ce qui le constitue avant tout, c'est l'association des personnes. On ne peut concevoir l'État abstraction faite des personnes qui le composent. L'Etat existe *par* et *pour* les personnes ; la souveraineté s'exerce sur les personnes, et les lois, émanation de cette souveraineté, ont les personnes pour objet.

---

(1) V. Mancini, *De l'utilité de rendre obligatoires... un certain nombre des règles générales du droit international privé*.... Cl., 1874, p. 221 et suiv., 285 et suiv., notamment p. 291 et suiv. Pasquale Fiore ; en particulier : Préliminaires, Chap. IV. Esperson, *Le droit international privé dans la législation italienne*, Cl., 1880, p. 248 et suiv. Laurent, t. I, Chap. VI, p. 624. Weiss, p. 240 et suiv. Surville et Arthuys, p. 31. Durand, *Essai de droit international privé*, p. 238.

Cela est d'autant plus vrai qu'elles doivent s'adapter à leurs qualités physiques et morales, et que les lois qui conviennent à un peuple ne conviennent pas à un autre.

Ainsi, les lois sont personnelles. La personne doit être régie, en tout pays, par les lois de la souveraineté à laquelle elle est soumise et qui sont faites pour elle. Il n'y a pas à distinguer entre les lois qui règlent l'état et la capacité et celles qui règlent les droits de la personne, à l'égard des autres personnes ou à l'égard des biens : dans ces deux hypothèses, les États sont obligés d'admettre sur leur territoire l'application des lois étrangères.

2° Cette loi personnelle est déterminée par la nationalité et non par le domicile. Le domicile est un lien accidentel et souvent passager ; la nationalité est un lien naturel. L'individu est membre de l'Etat auquel il appartient par sa nationalité ; il est soumis à sa souveraineté ; les lois de ce pays conviennent le mieux à ses qualités et à sa manière d'être : ce sont celles qui doivent le régir.

293. — Il reste à résoudre une question que nous avons déjà indiquée : comment la personnalité des lois se concilie-t-elle avec la souveraineté des Etats ? Comment un Etat peut-il être obligé d'appliquer chez lui les lois étrangères ?

Remarquons-le d'abord : l'Etat dont la loi est appliquée sur un territoire étranger n'y fait pas acte de souveraineté. Ce sont les juges et les autorités du pays où la contestation s'élève qui doivent faire observer la loi étrangère, et assurer, s'il y a lieu, les mesures d'exécution.

Allons plus au fond : les Etats sont souverains, mais aussi égaux entre eux. Chaque particulier ne peut exercer ses droits et sa liberté qu'en respectant ceux des autres particuliers ; de même, chaque Etat ne peut exercer sa souveraineté qu'en respectant celle des autres Etats. Or, chaque Etat a le droit de régir, par ses lois, ses nationaux, même en pays étranger : il doit donc reconnaître chez lui le même droit aux autres Etats. En d'autres termes, lorsqu'il ne s'agit que d'intérêts privés et que celui de l'Etat n'est pas en cause, sa souveraineté ne s'exerce pas sur les étrangers.

294. — Mais l'application de la loi nationale comporte diverses exceptions :

1° *Ordre public.* La souveraineté de l'Etat s'exerce seule sur les étrangers, comme sur les nationaux, dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Sous ce rapport, la loi territoriale s'applique toujours, à l'exclusion de toutes lois étrangères. Nous y reviendrons.

2° *Autonomie de la volonté.* La loi nationale ne s'applique pas nécessairement aux matières que règle souverainement la volonté des particuliers, par exemple à l'interprétation et aux effets des contrats. La loi n'a alors d'autre but que d'interpréter l'intention des parties : on devra suivre celle qu'elles auront expressément ou tacitement choisie. A ce point de vue encore, un Etat peut être obligé d'appliquer une loi étrangère ; ce n'est plus le respect dû à la souveraineté des autres États qui le commande, c'est le respect de la liberté individuelle.

3° *Forme des actes.* Ici encore, la loi nationale des parties ne s'applique pas nécessairement. Elles peuvent la suivre, lorsqu'elles sont de même nationalité et que l'acte est sous-seing privé ; mais l'acte est toujours valable lorsqu'il a suivi la forme usitée dans le pays où il est passé. C'est même la seule possible pour un acte authentique, ou lorsque les parties sont de nationalités différentes. Des raisons pratiques conduisent alors les Etats à appliquer d'autres lois que les leurs, pour apprécier la forme des actes passés à l'étranger.

295. — B. Appréciation. — Le principe de la personnalité des lois, professé d'abord par les jurisconsultes italiens, est aujourd'hui généralement admis dans la doctrine (1), excepté, bien entendu, celle des auteurs anglais et américains. C'est, en effet, croyons-nous, le plus rationnel : la personne et ses droits doivent être, en tout pays, régis par sa loi nationale. Toutefois, il faut se garder d'en exagérer la portée :

1° On ne doit pas faire la règle trop générale. Toutes les lois ne sont pas personnelles. La territorialité des lois d'ordre public, l'application dans certains cas de la loi choisie par les parties, la règle *locus regit actum* ne sont pas seule-

(1) V. les auteurs cités ci-dessus, n° 292.

ment des exceptions à la personnalité; ce sont des principes distincts, qui ont chacun une sphère importante d'influence. On ne peut donc pas chercher, dans l'application de la loi personnelle et nationale, la solution de tous les conflits.

2° On ne doit pas faire non plus la règle trop absolue, et appliquer la loi nationale à des conflits qui doivent trouver leur solution ailleurs, notamment dans la libre volonté des parties.

3° Enfin, la personnalité des lois tranche le conflit entre la loi territoriale et les lois étrangères ; mais elle ne résout nullement celui des diverses lois étrangères entre elles. Un père étranger exerce en France la puissance paternelle sur un fils également étranger, mais d'une nationalité différente. Nous savons bien que la loi française ne doit pas s'appliquer; mais faut-il préférer celle du père ou celle de l'enfant? On ne peut le décider que par l'analyse faite, dans chaque circonstance, du rapport juridique en question.

En définitive, si l'on veut trouver une règle qui convienne à tous les cas, il faut forcément remonter au principe de la communauté du droit (1).

Section V. — *Conclusions.*

296. — En discutant les divers systèmes, nous en avons sucessivement dégagé les idées qui nous ont paru exactes: celles de la communauté du droit, de la personnalité des lois, de l'ordre public, de la liberté laissée, en certaines matières, à la volonté des parties.

Il nous reste à conclure. Pour cela, nous formulerons brièvement quelques principes qui sont, à nos yeux, les règles fondamentales du droit international privé :

1° Toutes les lois qui ont pour objet l'ordre public s'appliquent seules, dans le territoire de l'Etat, à l'exclusion des lois étrangères ;

2° Quand l'ordre public n'est pas en cause, l'État est obligé d'admettre l'application des lois étrangères comme des siennes propres, si elle est commandée par la nature du fait ju-

---

(1) Despagnet, p. 171.

ridique qui est en litige, sans distinguer les lois relatives aux biens de celles qui sont relatives aux personnes ;

3° La personne et ses droits de toute espèce sont régis, dans tous les pays, par sa loi personnelle ;

4° La loi personnelle est celle de la nationalité et non celle du domicile ;

5° En cas de conflit entre deux lois personnelles étrangères, l'analyse du rapport juridique détermine celle qui doit s'appliquer ;

6° Dans certaines matières, les parties ont le droit de choisir la loi applicable, qui n'est pas alors nécessairement leur loi nationale ;

7° L'acte est toujours valable en la forme, lorsqu'il a suivi la loi du pays où il a été fait.

Il me resterait, pour compléter ces principes, à développer ces diverses propositions : à préciser la nature de l'ordre public, à indiquer les cas où la loi nationale s'applique nécessairement, ceux où la libre volonté des parties est souveraine, à exposer la règle *locus regit actum*. Il faut auparavant rechercher quel système la loi française a suivi, pour la solution des conflits de lois. Nous étudierons ensuite ces questions, tout à la fois au point de vue des principes rationnels et au point de vue de la loi française.

CHAPITRE II. — Solution du conflit d'après la loi française.

297. — Le juge, dans chaque pays, doit, nous l'avons dit, demander d'abord à sa propre loi la solution du conflit. Quelle solution donne donc la loi française ? C'est ce que nous allons rechercher.

298. — Le Code civil ne contient pas une théorie complète du droit international privé, et ne donne pas de réponse à toutes les questions qu'il soulève. Quelques textes seulement, en petit nombre, ont prévu les rapports qui peuvent se présenter entre les lois francaises et étrangères.

L'article 3 formule certains principes généraux.

L'article 47 traite des actes de l'état civil reçus en pays étranger.

Les articles 170 et 171 sont relatifs aux mariages contractés, en pays étranger, par des français.

L'article 2123 § 4 du Code civil et l'article 546 du Code de procédure civile règlent l'exécution en France des jugements étrangers.

L'article 2128 décide que les contrats passés en pays étranger ne peuvent constituer hypothèque sur les biens situés en France.

Les articles 14, 15, 16 s'occupent, non pas précisément du conflit des lois, mais de la compétence des tribunaux français dans les contestations entre français et étrangers.

On rencontre, en dehors du Code civil, l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, sur le partage d'une succession entre cohéritiers français et étrangers, et divers textes relatifs à la propriété littéraire, artistique, ou industrielle.

Nous citerions encore les articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle, sur la poursuite en France des crimes et délits commis en pays étranger, si le droit pénal ne devait pas rester en dehors de nos études.

Enfin, pour compléter ce tableau rapide du droit international privé positif, d'après les lois françaises, il faut mentionner des traités assez nombreux, relatifs notamment à la compétence judiciaire, à l'exécution des jugements, aux successions, aux tutelles, à la propriété artistique ou industrielle, etc.

298 *bis*. — Nous retrouverons, par la suite, la plupart de ces textes. Nous n'expliquerons ici que celui dont la portée est plus générale : l'article 3 du Code civil.

Il contient trois règles :

1° Les lois françaises de police et de sûreté s'appliquent à tous ceux qui se trouvent sur le territoire de la France, même aux étrangers.

2° Les lois françaises s'appliquent à tous les immeubles situés en France, même appartenant à des étrangers.

3° Les lois françaises qui concernent l'état et la capacité des personnes s'appliquent aux français, même quand ils se trouvent en pays étranger.

Ces trois règles, relatives au conflit des lois françaises et étrangères, sont loin de constituer une théorie générale. Fort

laconiques en elles-mêmes, elles ne touchent pas à tous les points en litige et passent sous silence beaucoup de questions qu'examinaient les anciens auteurs. Cette brièveté est regrettable, mais s'explique facilement. Ces matières étaient restées jusqu'alors dans le domaine de la doctrine. Les rédacteurs du Code ont donné à quelques principes la consécration de la loi, mais ils auraient craint de méconnaître le caractère de leur œuvre, en entrant dans tous les détails. D'ailleurs, ils ne le croyaient sans doute pas bien utile. L'unité de législation établie par le Code prévenait, pour l'avenir, les conflits entre les diverses coutumes locales ; quant aux conflits avec les lois étrangères, ils n'étaient pas alors, à beaucoup près, aussi fréquents qu'ils le sont devenus.

Quel est le système général consacré par l'article 3 ? C'est ce que nous voulons ici nous demander.

299. — Le paragraphe 1 de l'article 3 affirme le caractère absolu, même pour les étrangers, des lois d'ordre public. La seule difficulté est de déterminer quelles sont ces lois; nous essaierons de le faire un peu plus loin.

300. — Les paragraphes 2 et 3 distinguent les lois relatives aux immeubles, et les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes. Cette distinction rappelle immédiatement la doctrine des statuts. Le Code civil l'a-t-il donc adoptée ? C'est ce que nous devons examiner.

Il faut d'abord l'observer : si, pour résoudre le conflit entre les lois françaises et étrangères, le Code a emprunté son principe au système des statuts, il ne l'a cependant pas reproduit sans changement. Le statut personnel ne dépendra plus du domicile, mais de la nationalité. Ce sont, en effet, les français, et non les individus domiciliés en France, dont les lois françaises régissent l'état et la capacité. D'autre part, l'article 3 n'envisage qu'une face de la question : l'application des lois françaises aux immeubles situés en France et aux français résidant à l'étranger. Il ne parle ni des immeubles appartenant à des français en pays étranger, et le Code français n'avait pas, en effet, à dire quelle loi leur serait applicable, il suffit qu'il ne prétende pas les régir ; ni des étrangers résidant en France, et c'est là une lacune qui a fait naître, nous le verrons, certaines difficultés.

301. — Mais est-ce bien le système des statuts que le Code a voulu consacrer ? Le laconisme de son texte donne à cette question un grand intérêt.

Lorsque le législateur a fait assez clairement connaître la règle, nous n'avons qu'à la suivre : peu nous importe qu'il l'ait ou non empruntée à l'ancien droit. Ainsi, l'article 3 dispose, sans réserve, que les lois françaises régissent l'état et la capacité des français en pays étranger ; nous n'avons plus, dès lors, à distinguer entre la capacité générale ou spéciale, les actes sur les meubles et les actes sur les immeubles. Il est inutile de se préoccuper des anciennes discussions : la loi nouvelle les a closes. Mais, à plus d'un égard, l'article 3 est obscur et incomplet.

Entend-il, par exemple, que l'état et la capacité des étrangers en France, comme ceux des français en pays étranger, seront régis par la loi française ? Sous quels rapports applique-t-il cette loi aux immeubles situés en France ? Il ne parle même pas des meubles, des contrats, de la forme des actes.

I lest donc indispensable de savoir quel système le Code a voulu adopter, soit pour interpréter, soit pour compléter les dispositions de l'article 3.

A mon avis, le Code a consacré le système des statuts dans sa partie principale, mais il ne l'a pas consacré tout entier (1).

302. — 1° Le Code a consacré, dans sa partie principale, le système des statuts.

Cela résulte des termes qu'il emploie et qui reproduisent les deux règles les plus importantes de l'ancienne doctrine, celles qui en étaient, en quelque sorte, la formule. Cela résulte encore des déclarations produites dans les travaux préparatoires. Portalis rattachait ainsi le système du Code à la tradition : « On a toujours distingué les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui sont relatives aux biens. Les premières sont appelées personnelles et les secondes réelles (2). » Le tribun Faure

(1) Surville et Arthuys, p. 34.
(2) Locré, t. I, p. 304.

est encore plus explicite : « L'article consacre les *principales bases* d'une matière connue dans le droit sous le titre de *statuts personnels* et de *statuts réels* » (1).

On peut s'étonner que le Code ait rappelé si brièvement l'ancien système ; mais ce n'est pas la seule fois que ses rédacteurs ont évité des développements, qui leur semblaient appartenir plutôt à la doctrine, et ont rappelé en quelques mots une théorie connue de tous. L'article 1167 nous donne, à propos de l'action Paulienne, un exemple de cette manière de faire.

Le Code ayant ainsi consacré le système des statuts, il faut recourir à cette ancienne théorie, pour fixer la portée des termes qu'il emploie : on doit croire qu'il a voulu leur laisser leur signification traditionnelle. Ainsi, le second paragraphe de l'article 3 : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, » nous donne la formule du statut réel ; il comprendra toutes les matières qu'on y faisait autrefois rentrer : droits réels immobiliers, prescriptions acquisitives, successions testamentaires ou *ab intestat*. Le troisième paragraphe donne la formule du statut personnel, et, par suite, il faut l'interpréter en ce sens que, si l'état et la capacité des français sont régis, même en pays étranger, par la loi française, l'état et la capacité des étrangers sont régis, même en France, par leur loi nationale. C'est le double effet qu'on a toujours attribué au statut personnel.

303. — Il ne faut pas oublier, cependant, que, dans le dernier état de l'ancienne doctrine, il y avait, pour ainsi dire deux parties. Certains principes étaient universellement admis, personne ne les discutait plus : tels étaient ceux que je viens de rappeler. Sur d'autres points, l'accord n'était pas fait et la discussion continuait toujours. Le Code civil consacre les règles universellement admises et leur donne force de loi ; quant aux discussions qu'il n'a pas tranchées, il n'impose évidemment aucune solution et nous restons libres d'adopter celle qui nous paraît la meilleure.

---

(1) Locré, t. I, p. 317.

304. — 2° Le Code n'a pas reproduit la théorie des statuts tout entière. Il passe sous silence des matières importantes, que les anciens jurisconsultes n'avaient pas négligées : les meubles, les contrats, l'effet des régimes matrimoniaux et notamment de la communauté légale sur les biens situés à l'étranger. Sur tous ces points, le Code s'est-il référé à l'ancienne théorie et sommes-nous obligés de la suivre ? Le silence de la loi n'autorise pas cette conclusion. Il est impossible d'admettre que les auteurs du Code aient voulu consacrer et rendre obligatoires des règles auxquelles ils n'ont même pas fait allusion. Ce n'est pas, du reste, un oubli de leur part. Un article du projet soumettait les meubles à la loi personnelle de leur propriétaire ; il a disparu sans laisser de traces ; c'est donc volontairement qu'on les a passés sous silence. Enfin, l'orateur du tribunat a bien déclaré que l'article 3 contient les *principales* bases de la matière des statuts, mais rien ne nous permet de croire qu'il la contienne tout entière.

Donc, dans ces matières dont le Code n'a pas parlé, nous ne sommes liés par aucun système : les opinions sont libres. Et le juge, forcé de se prononcer, suivra les principes qui lui paraîtront, en théorie, les meilleurs.

En résumé, nous devons recourir aux doctrines traditionnelles pour *interpréter* l'article 3, mais non pour le *compléter*.

305. — Plusieurs auteurs et différents arrêts attribuent à l'ancienne doctrine une influence encore plus grande. Ils en voient, dans l'article 3, le maintien intégral (1). Toutefois, ceux-là même ne se croient pas tenus de la suivre complètement, soit dans les questions discutées, soit dans celles dont la loi n'a pas parlé. En enseignant nettement que certains points sont restés en dehors des prévisions du législateur, nous évitons un des principaux inconvénients du système des statuts et nous ne sommes pas obligés de

---

(1) Laurent, t. II, nos 39 à 44. Barde, *Théorie traditionnelle des statuts d'après le droit civil français*. Fœlix, *Traité de droit international privé*. — Cpr., Brocher, t. I, 1re partie, section III.

faire rentrer, dans son cadre trop étroit, des matières qui n'appartiennent véritablement, ni au statut réel, ni au statut personnel.

306. — D'autres auteurs récents, frappés des inconvénients inhérents à tout système qui prend pour point de départ la distinction des statuts, ont cru pouvoir faire, pour expliquer l'article 3, entière abstraction de l'ancienne théorie : opinion ingénieuse, mais, à notre avis, paradoxale, que nous allons exposer et discuter (1).

307. — Exposé. — L'article 3 a certainement fait quelques emprunts à l'ancienne doctrine : comme elle, il oppose les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes aux lois qui concernent les immeubles ; mais il n'a pas, pour cela, voulu la reproduire. Du moins, rien ne prouve que telle ait été l'intention du législateur. On doit interpréter l'article 3 en lui-même, sans recourir à l'ancien système, ni pour le compléter (ce qui est aussi mon avis), ni pour l'interpréter.

Relativement aux lois qui régissent l'état et la capacité des personnes, le sens de l'article 3, § 3 n'est pas changé. Il aura toujours la même signification, qu'on le rattache ou non à l'ancienne théorie. On a cependant proposé de comprendre, parmi les lois « concernant l'état et la capacité des personnes », toutes celles qui régissent, non seulement la personne elle-même, mais ses droits de toute nature : droits de famille ou patrimoniaux. « La disposition de l'article 3, § 3 revient à dire que tous les droits du français, quels qu'ils soient, seront gouvernés hors de France par sa loi nationale (2) ». Le Code civil aurait ainsi consacré le principe de la personnalité des lois. Mais c'est là donner une extension inadmissible aux mots *état* et *capacité*, dont l'usage a nettement défini et limité la signification.

L'intérêt de ce système se trouve surtout dans l'interpré-

---

(1) Despagnet, p. 155 et suiv. et *Théorie des statuts dans le Code civil*, *Revue critique*, 1884, p. 487. Weiss, p. 270 et suiv. Durand, *Essai de droit international privé*, p. 249.

(2) Weiss, p. 273. Durand, *op. cit.*, p. 250.

tation du second paragraphe de l'article 3, relatif aux lois qui régissent les immeubles. On en restreint singulièrement le domaine, si on décide que le Code n'a pas voulu reproduire l'ancienne doctrine. Au lieu d'y comprendre toutes les matières qui rentraient autrefois dans le statut réel, on donne à ses termes leur sens le plus strict. Les lois qui régissent les immeubles sont celles qui les envisagent en eux-mêmes, qui règlent leur condition juridique, celles, par exemple, qui distinguent les biens en meubles et en immeubles et déterminent les droits dont les immeubles sont susceptibles, en un mot les lois qui président à l'organisation de la propriété immobilière. Cette organisation touche à l'intérêt général, politique ou économique de l'Etat : voilà pourquoi, dans chaque pays, elle dépend de la loi locale. Au contraire, on ne doit pas ranger dans cette catégorie les lois qui se rapportent, non plus à la condition des immeubles eux-mêmes, mais aux rapports juridiques qui ont les immeubles pour objet. Par exemple et surtout, on n'y rangera pas les lois relatives aux successions immobilières.

308. — Discussion. — A l'appui de ce système, on fait observer que le Code a gardé le silence sur des points importants, autrefois enseignés avec la théorie des statuts, et compris, plus ou moins heureusement, dans son cadre. Or, il résulte bien de là, comme je l'ai dit, que le Code n'a pas consacré le système des statuts tout entier, mais on n'en peut pas conclure que, sur les matières dont il s'est occupé, il ait voulu faire abstraction des idées jusqu'alors admises.

On ajoute que le Code n'a même pas prononcé les noms de statut réel et de statut personnel : ce serait bien surprenant, s'il avait entendu consacrer le système dont ces termes étaient comme le résumé. Mais peu importe que les mots ne soient pas dans la loi, si les choses s'y trouvent. On comprend d'ailleurs facilement que le Code ait évité un terme qui désignait plus particulièrement les législations locales, désormais abrogées.

On allègue encore que le système des statuts était compris de façons très diverses par les différents auteurs ; la loi, pour se l'approprier, aurait dû dire quelles solutions elle consacrait. Mais j'ai déjà répondu, par avance, que, dans ce

système, à côté des controverses toujours subsistantes, il y avait des principes admis universellement ; le texte de l'article 3 a tranché certaines discussions, et, pour les autres, la solution reste libre.

Enfin, pour insister sur le point le plus saillant, est-il vraisemblable que, en parlant des lois qui régissent les immeubles, on n'ait pas donné à ces expressions leur sens connu, accepté de tous, mais un autre, plus rationnel, mais nouveau ? que, par exemple, sans l'indiquer nulle part, on ait écarté la loi de la situation dans un des cas les plus importants et les plus certains où elle s'appliquait, celui des successions ?

309. — Au surplus, si j'ai cherché à établir que le Code a consacré l'ancienne doctrine, c'est qu'il est indispensable de connaître la loi positive, qui doit s'appliquer telle qu'elle est. Mais, au point de vue rationnel, le système du Code est peu satisfaisant. En s'appropriant la théorie des statuts, il s'en est approprié, par là même, les inconvénients : par exemple, il donne trop d'influence à la situation des immeubles.

Nous ne reviendrons pas sur les critiques que nous avons déjà faites. En entrant dans le détail, nous devrons, plus d'une fois, montrer, à côté de la solution adoptée par le Code, celle qui serait plus rationnelle.

310. — Après avoir ainsi déterminé le sens général de l'article 3, nous devons entrer dans de plus amples développements.

L'article 3 formule trois règles, relatives : à l'ordre public, à l'état et à la capacité des personnes, aux immeubles. D'autres textes montrent, assez clairement, de la part du législateur, l'intention d'appliquer à la forme des actes la règle *locus regit actum* ; mais il n'existe aucune disposition, générale ou particulière, sur les meubles et sur les contrats.

Quelles sont les règles du Code ? Que faut-il décider dans son silence ?

Pour répondre à ces questions, nous passerons en revue successivement : l'ordre public ; — l'état et la capacité des personnes ; — les biens, immeubles et meubles ; — la forme

extérieure des actes ; — les contrats. Sur chaque point, nous dirons quels sont les principes rationnels et nous ferons connaître les solutions données par le Code civil ou admises en France ; enfin, nous indiquerons brièvement celles qu'ont données les principales législations étrangères.

CHAPITRE III. — **Lois d'ordre public.**

311. — Les lois d'ordre public doivent, dans chaque Etat, s'appliquer sur son territoire à toutes les personnes qui s'y trouvent, sans distinction de nationalité et à l'exception de toutes les lois étrangères (1).

C'est le principe que nous avons plusieurs fois formulé et que consacre l'article 3, § 1. Mais que faut-il entendre par lois d'ordre public ?

C'est l'ensemble des dispositions légales ou des institutions qui, dans un Etat, ont pour but de régler et de sauvegarder les droits de la société et ses intérêts généraux, envisagés sous différents rapports : intérêts religieux, moraux, politiques, économiques, intérêts de la police et de la tranquillité publique.

Cette définition est très vague et ne peut guère être plus précise, pour deux raisons :

1° La notion de l'ordre public est très compréhensive. Elle embrasse des dispositions fort différentes les unes des autres par leur objet immédiat ;

2° La notion de l'ordre public est entendue de façons très différentes, suivant les pays et suivant les époques. On peut presque répéter ici le mot de Pascal : « Vérité en deça des Pyrénées, erreur au-delà. » Mais il faut s'entendre : la vérité, de sa nature, est une et la même chose ne peut être vraie et fausse à la fois. Les vérités religieuses ou morales, qui sont, pour une grande part, la base de l'ordre public, prises en soi, sont immuables. Mais l'erreur ou le préjugé peuvent les obscurcir ou les faire voir sous des jours différents. D'autre

---

(1) V. Despagnet, *L'ordre public en droit international privé*, Cl. 1889, p. 5,307. Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*. Boissarie, *L'ordre public au point de vue international*. (Th. doct.).

part, l'ordre public se rattache aussi à des circonstances et à des intérêts changeants, qui ne sont pas les mêmes pour tous les temps et tous les lieux, comme les institutions politiques ou administratives, les intérêts économiques... etc.

Quoi qu'il en soit, c'est un fait certain : tandis qu'une institution est considérée dans un pays comme indispensable au bon ordre ou à la morale publique, dans d'autres pays on attribue la même portée à l'institution directement contraire. Ici, c'est l'indissolubilité du mariage, ailleurs le divorce qui est d'ordre public. Ici, les privilèges accordés à certaines classes, par exemple à la noblesse, sont considérés comme essentiels à l'ordre social ; ailleurs, l'égalité de tous devant la loi est la règle absolue. Ces différences se produisent, avec les époques, dans une même législation. En France, le divorce a été tantôt condamné, tantôt admis. Dans l'ancien droit, la hiérarchie des personnes et des terres, qui était le fonds même de l'organisation féodale, était certainement une règle d'ordre public. Cette hiérarchie est proscrite par l'article 638 du Code civil, aux termes duquel : « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre » ; et cette nouvelle disposition est, elle aussi, sans aucun doute, d'ordre public.

312. — On peut rendre plus claire la définition de l'ordre public en indiquant les principales lois qui y sont comprises.

L'article 3 les qualifie : lois de police et de sûreté ; mais il ne faut pas prendre ces expressions dans un sens étroit, comme synonymes de lois pénales. Les lois pénales sont d'ordre public, mais ce ne sont pas les seules.

Ce serait encore, tout à la fois, trop restreindre et trop étendre les lois d'ordre public, que de les identifier aux lois prohibitives : trop les restreindre, car des lois d'ordre public peuvent n'être pas prohibitives dans la forme ; trop les étendre, car toutes les lois prohibitives ne sont pas d'ordre public, du moins à l'égard des étrangers.

Parmi les lois d'ordre public, nous rangeons :

1° Toute la partie du droit appelée *droit public* : les lois constitutionnelles, politiques, administratives, et, en général, toutes celles qui organisent les pouvoirs publics ; les lois qui

posent et mettent en œuvre les principes fondamentaux du droit public : la liberté individuelle ou religieuse, l'égalité de tous devant la loi, l'inviolabilité de la propriété ; les lois pénales.

2° Des dispositions nombreuses qui appartiennent au droit privé, parce qu'elles règlent les rapports des particuliers entre eux, mais qui touchent aussi, soit à la morale, comme les empêchements au mariage fondés sur l'existence d'un premier mariage, ou sur la parenté ou l'alliance au degré prohibé ; — soit à l'intérêt politique de l'État, comme la prohibition des substitutions ; — soit à son intérêt économique, comme la publicité des transmissions de la propriété immobilière et des hypothèques, et, en général, l'organisation de la propriété foncière ; — soit au maintien du bon ordre et de la tranquillité publics, comme l'obligation pour l'auteur d'un dommage de le réparer.

Mais ici, il faut faire une observation importante.

313. — Il est, en effet, nécessaire d'envisager l'ordre public à deux points de vue : en droit interne et en droit international, et de distinguer ainsi l'ordre public interne de l'ordre public international (1).

En droit interne, les lois d'ordre public sont celles auxquelles les particuliers ne peuvent déroger par des conventions particulières : c'est ce que décide l'article 6 du Code civil, le seul même qui emploie l'expression : ordre public.

En droit international, les lois d'ordre public sont celles qui, dans chaque Etat, s'imposent même aux étrangers et auxquelles il ne peut être dérogé par l'application des lois étrangères (C. civ., art. 3, § 1).

Or, la notion de l'ordre public interne est plus extensive que celle de l'ordre public international.

Les lois qui composent le droit public sont d'ordre public sous les deux rapports ; mais, parmi les lois de droit privé, il en est qui sont d'ordre public interne, mais non d'ordre

---

(1) Brocher, t. I, p. 106 et suiv. Boissarie, *op. cit.*, p. 146 et suiv. Despagnet, *L'ordre public en droit international privé*. Cl. 1889, p. 207 et suiv. et *Précis*, p. 176 et suiv. Weiss, p. 245 et suiv. Surville et Arthuys, p. 38. Cpr. Laurent, t. II, p. 350, nos 191 à 195. — *Contra*, Pillet, *op. cit.*, p. 28.

public international : ce sont les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes. Elles sont d'ordre public interne, pour les français, puisque la volonté des particuliers n'y peut rien changer : elles ne sont pas d'ordre public international, puisqu'elles ne s'appliquent pas aux étrangers qui restent régis par leurs propres lois.

Cette distinction s'explique, sans doute, par l'idée que certains rapports de droit privé intéressent l'Etat, quand ils concernent ses nationaux, et non quand ils concernent des étrangers.

Au reste, les étrangers ne pourraient pas invoquer la loi qui régit leur état, dans un pays où elle serait considérée comme contraire à la morale : ainsi, si les lois relatives à l'état des personnes ne sont pas toutes d'ordre public international, quelques-unes cependant ont ce caractère.

Les lois d'ordre public international sont les seules qui doivent nous occuper.

314. — La loi française, pas plus que celle des autres pays, n'a indiqué d'une façon précise celle de ses dispositions qui sont d'ordre public, soit interne, soit international. Nous aurons, dans les diverses matières, à nous poser la question. Le juge est compétent pour décider, dans chaque cas déterminé, si l'ordre public s'oppose à l'application de la loi étrangère. On court, il est vrai, le risque d'appréciations divergentes ou un peu arbitraires ; mais une énumération trop précise, faite par la loi elle-même, aurait un autre inconvénient : le juge ne pourrait pas alors tenir compte de ce qui est mobile et variable dans la notion de l'ordre public.

CHAPITRE IV.— Lois relatives à l'état et à la capacité des personnes.

315. — L'*état* d'une personne est l'ensemble des qualités juridiques qui la caractérisent et qui constituent sa condition dans la famille et dans la société.

On entend par *capacité* l'aptitude à accomplir certains actes.

L'organisation de la famille et les droits qui en dérivent sont une dépendance de l'état des personnes. Les mesures destinées à les protéger, comme la tutelle ou la curatelle, se rattachent à leur capacité.

Déterminons la loi qui doit régir l'état et la capacité de la personne, d'après les principes, la loi française et les lois étrangères.

SECTION I. — *Principes.*

316. — Nos explications antérieures nous dispensent d'insister longuement sur ce point. La personne est partout la même. La loi qui détermine sa condition juridique, qui règle son état et sa capacité, doit être aussi partout identique. Le principe est depuis longtemps reconnu ; toutefois, il n'a été admis d'abord que timidement, avec des réserves et des distinctions qui, petit à petit, ont disparu et qui étaient, en effet, arbitraires.

Cette loi unique était, dans l'ancien droit, celle du domicile. Il en est encore de même aujourd'hui dans certains pays, et quelques auteurs professent aussi cette opinion (1). Mais mieux vaut décider que la loi qui régit l'état et la capacité de la personne est sa loi nationale. Aux raisons que nous en avons déjà données, nous ajouterons que l'état de la personne doit être fixe et certain ; or, le domicile est plus variable que la nationalité et souvent moins facile à déterminer avec certitude. L'état de la personne serait bien fixe si, ainsi que le veulent certains auteurs, on le déterminait, non par son domicile actuel, mais par son domicile d'origine, qui se confond, du reste, le plus souvent, avec la nationalité. Mais il reste toujours que la loi nationale est le mieux appropriée à la personne et celle, par suite, dont l'application est préférable.

S'il en était autrement dans l'ancien droit, c'était une conséquence du caractère strictement territorial de la souveraineté. On ne pouvait pas, du reste, s'attacher à la nationalité pour régler le conflit entre les diverses lois d'un

(1) V. notamment Savigny, *op. cit.*, t. VIII, § 359, 362. Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 414 ; notes sur Fœlix, t. I, p. 58 et *Revue pratique de droit français*, t. I, p. 65.

même Etat ; on devait donc forcément appliquer à chaque personne la loi de son domicile. Toute autre est aujourd'hui la situation : il s'agit du conflit entre les lois de différents Etats, dont la souveraineté est personnelle aussi bien que territoriale. La tradition n'a donc pas ici une autorité décisive (1).

Par exception, on appliquera la loi du domicile : 1° lorsque le conflit s'élève entre les diverses lois d'un même Etat : on ne peut alors tenir compte de la nationalité puisqu'elle est la même pour toutes les personnes, bien que les lois qui les régissent soient différentes ; 2° lorsque la personne sera sans nationalité connue.

SECTION II. — *Loi française.*

317. — « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger » (art. 3, § 3). La loi ne dit pas quelle loi régit, en France, l'état et la capacité des étrangers, mais il est facile de la déterminer.

§ 1. — Français en pays étranger.

318. — Des termes absolus de l'article 3, nous pouvons conclure : 1° que la loi française régit l'état et la capacité des français, même *domiciliés* en pays étranger ; 2° qu'elle régit leur capacité quelle qu'en soit l'étendue ou l'objet et 3° quelle que soit la cause qui l'ait modifiée ou affectée.

319. — 1° La loi française régit l'état et la capacité des français, même *domiciliés* en pays étranger. On pourrait se demander d'abord si un français peut avoir à l'étranger un domicile légal, au point de vue de la loi française. Je crois qu'en effet, lorsqu'un français a, en pays étranger, le *principal* établissement dont parle l'article 102, rien ne s'oppose à ce qu'on le considère comme un véritable domicile ; mais alors son état et sa capacité restent régis par la loi fran-

---

(1) C'est l'opinion des auteurs italiens et de presque tous les auteurs français.

çaise. On a soutenu le contraire (1) : les lois françaises, d'après l'article 3, s'appliquent aux français *résidant* en pays étranger. *A contrario*, elles ne s'appliqueraient pas à ceux qui y sont *domiciliés*. Mais c'est là attacher trop d'importance au mot *résidant*, terme large, qui désigne tous ceux qui se trouvent en pays étranger. Rien n'indique que le Code l'emploie ici dans un sens restreint, par opposition aux *domiciliés*. Cela est d'autant moins probable que le titre préliminaire du Code civil a été voté et promulgué avant celui du domicile.

C'est donc bien leur loi nationale, et non celle de leur domicile, qui régit l'état et la capacité des français.

320. — 2° La loi française régit la capacité des français, quelle qu'en soit l'étendue et quel que soit l'objet relativement auquel s'exerce son influence.

Les distinctions qu'on faisait autrefois entre la capacité générale ou spéciale, les actes relatifs aux immeubles ou aux meubles, ont disparu, par cela même que le Code ne les reproduit pas.

Les dispositions qui s'appliquent aux français en pays étranger ne sont donc pas seulement celles qui régissent leur état ou leur capacité d'une façon générale, qui fixent, par exemple, la durée et la conséquence de la minorité, ou obligent la femme mariée à obtenir l'autorisation de son mari ou celle de la justice ; ce sont également celles qui confèrent à un incapable une capacité spéciale pour un acte déterminé, comme l'article 904 qui permet au mineur, après l'âge de 16 ans, de disposer, par testament, de la moitié de ses biens ; ou, au contraire, celles qui restreignent, sur un point déterminé, la capacité générale d'une personne, comme l'article 1595 qui prohibe la vente entre époux. Pareillement, la loi française règle la capacité du français, même pour les actes qu'il accomplit sur des immeubles situés en pays étranger.

320 *bis*. — 3° Enfin, la loi française détermine les causes qui peuvent affecter ou modifier, en pays étranger, l'état et la ca-

---

(1) Demangeat, *op. et loc. cit.* (V. *suprà* n° 316.)

pacité des français. Ils pourront donc être frappés, non seulement des incapacités qui résultent directement de la loi elle-même, mais encore de celles qui résultent d'un jugement conforme à la loi : interdiction judiciaire, ou même légale, dation d'un conseil judiciaire (1).

Au contraire, l'application d'une loi étrangère ne pourra jamais modifier la capacité d'un français. S'il est frappé, par un tribunal étranger, d'une peine qui entraîne soit l'interdiction légale, soit toute autre privation des droits civils, cette déchéance l'atteint dans le pays où elle est prononcée : c'est une mesure d'ordre public, commune aux étrangers et aux nationaux ; mais elle n'a en France aucune conséquence (2).

Les Etats étrangers ne permettront point chez eux l'application des lois françaises qu'ils jugeront contraires à l'ordre public ; mais, au point de vue de la loi française, on ne doit tenir aucun compte de cette restriction.

§ 2. — Etranger en France.

321. — L'article 3 n'a pas dit quelle loi régit en France l'état et la capacité des étrangers : ce silence a fait naître des difficultés. Cependant, sauf des dissidences trop rares pour être signalées (3), tout le monde reconnaît que l'état et la capacité des étrangers sont régis en France, non par la loi française, mais par leur loi nationale. C'est la règle la plus rationnelle, et c'est aussi celle que le Code civil a, implicitement, adoptée (4).

---

(1) Un arrêt déjà ancien de la Cour de Cassation (26 janvier 1807, Sir. 1807. 1. 123) a cependant jugé que les émigrés ne devaient pas être considérés, en pays étranger, comme frappés de la mort civile prononcée contre eux par les lois révolutionnaires. Cette décision s'explique, sans doute, par le caractère exclusivement politique de cette déchéance.

(2) Cass. 14 avril 1868, Dal. 68. 1. 262 ; 30 avril 1885, Cl. 1887, p. 603 ; Trib. de Pontarlier, 1er mars 1887. *France judiciaire*, 1886. 2. 207.

(3) Alauzet, *De la qualité de Français*, etc. chap. XVIII. V. *hoc sensu*, trib. de commerce du Havre, 9 novembre 1891, Cl. 1892, p. 1141.

(4) V. notamment, Paris, 11 août 1817, Sir. 18. 2. 30 ; Bastia, 17 fé-

Le 3e paragraphe de l'article 3, nous l'avons dit, consacre l'existence et donne la formule du statut personnel. Or, il a toujours été admis que les lois du statut personnel suivent ceux qu'elles régissent en quelque territoire qu'ils se trouvent, mais réciproquement, dans un pays, ne s'appliquent pas aux étrangers.

Cette interprétation ressort encore naturellement du texte, insuffisant néanmoins, de l'article 3. Les deux premiers paragraphes parlent de lois qui régissent tout à la fois les français et les étrangers, mais ils ont soin de le dire expressément. Le 3e paragraphe déclare que les lois qui concernent l'état et la capacité régissent les français ; par cela seul qu'il ne parle pas des étrangers, il indique suffisamment qu'ils ne sont pas soumis à l'empire de ces lois.

Ainsi, nous entendons le 3e paragraphe de l'article 3 en ce sens que les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes ne régissent *que* les français. Les étrangers resteront, par conséquent, régis par leur loi nationale.

Ce principe, cependant, souffre exception lorsque la loi étrangère est, en France, contraire à l'ordre public.

Quelquefois aussi une jurisprudence, très contestable d'ailleurs, a écarté la loi étrangère lorsqu'elle serait contraire à l'intérêt d'un français.

Nous allons étudier la règle, puis rechercher les exceptions qu'elle comporte.

322. — A. Règle générale. — L'état et la capacité des étrangers sont régis, en France, par leur loi nationale.

Ils sont régis par cette loi, exactement dans la même mesure et dans les mêmes cas que les français sont régis, en pays étranger, par la loi française. L'article 3 s'applique aux deux hypothèses, à l'une directement, à l'autre par réciprocité.

En conséquence : 1° les étrangers restent régis par leur loi nationale, même lorsqu'ils sont domiciliés en France ; 2° quelle que soit l'étendue de leur incapacité, et quel que soit l'objet sur lequel s'exerce son influence ; 3° quelle que

---

vrier 1844, Sir. 44. 2. 663 ; Lyon, 25 février 1857, Sir. 57. 2. 625 ; Cass. 20 février 1882, Dal. 82. 1. 619 (dans les motifs) ; Paris, 14 novembre 1887, Dal. 88. 2. 225. — C'est l'opinion à peu près unanime des auteurs.

soit la cause qui affecte ou modifie leur état ou leur capacité.

323. — 1° Les étrangers restent régis par leur loi nationale, même lorsqu'ils sont domiciliés en France et même, bien que le contraire ait été soutenu (1), lorsqu'ils ont été autorisés à établir leur domicile en France.

Il est vrai que, dans ce dernier cas, les étrangers, aux termes de l'article 13, jouissent en France des droits civils; mais il n'en résulte nullement que leur état et leur capacité soient soumis à la loi française. Il ne faut pas confondre la jouissance des droits et la détermination de la loi qui en régit l'exercice : ce sont deux questions distinctes l'une de l'autre.

Cependant, par la force des choses, l'étranger domicilié en France sera soumis à la loi française, lorsqu'il n'aura pas de nationalité connue (2).

324. — N'en sera-t-il pas de même, lorsque la loi du pays auquel l'étranger appartient soumet à la loi de son domicile son état et sa capacité?

Un allemand est domicilié en France ; il faut recourir à sa loi nationale pour savoir quel est son état et sa capacité. Mais, d'après la loi allemande elle-même, c'est la loi de son domicile qui le régit. On aboutit donc à cette conséquence, que l'état de cet étranger, domicilié en France, est régi par la loi française. Plusieurs arrêts admettent, en effet, cette conclusion (3). Nous ne croyons cependant pas pouvoir l'accepter. Lorsqu'un étranger est domicilié en France, il y a conflit, pour la détermination de son état, entre sa propre loi nationale — la loi allemande, par exemple, — et la loi française. La loi allemande résout ce conflit en appliquant la loi du domicile, c'est-à-dire la loi française ; la loi fran-

---

(1) Demangeat, *op.* et *loc. cit.* (*suprà*, n° 316).

(2) Trib. de la Seine, 23 février 1883, Cl., 1883, p. 388.

(3) Bruxelles, 14 mai 1881, Sir. 81, 4, 41 ; Cass. 24 juin 1878, Dal. 79. 1.56 ; 22 février 1882, Dal. 82.1.301 (ces deux derniers arrêts n'ont pas été rendus à propos d'une question d'état, mais dans une autre matière où se présentait la même difficulté).

çaise le résout en ce sens qu'il faut appliquer la loi nationale, c'est-à-dire la loi allemande. Or, la solution que donne la loi française est rigoureusement obligatoire pour les juges français ; ils devront donc toujours appliquer la loi étrangère à l'état d'un étranger domicilié en France (1).

Il en sera ainsi toutes les fois que la loi française ordonne l'application de la loi étrangère, quand même cette loi, de son côté, se prononcerait pour l'application de la loi française.

325. — 2° La loi nationale des étrangers régit, en France, leur capacité, quelle qu'en soit l'étendue, et quel que soit l'objet sur lequel s'exerce son influence.

Le silence de la loi a cependant fait renaître les anciennes discussions et les distinctions entre la capacité générale et la capacité spéciale, les actes sur les meubles et les actes sur les immeubles. Fœlix enseigne que la loi étrangère ne s'applique plus, s'il s'agit de la capacité particulièrement requise pour disposer d'un immeuble, ou le recevoir par donation entre vifs ou par testament (2). Un arrêt, déjà ancien, de la Cour de Cassation a admis que la capacité, nécessaire pour hypothéquer un immeuble situé en France, dépendait uniquement de la loi française, et que, par conséquent, une femme espagnole ne pouvait pas, en invoquant l'incapacité particulière qui résulte du sénatus-consulte Velleien, demander la nullité de l'hypothèque par elle consentie au profit de son mari (3).

Cette jurisprudence est, depuis longtemps, et avec raison, abandonnée. Si l'on applique aux étrangers, par réciprocité, ce que l'article 3 dit des français, il n'autorise, nous l'avons vu, aucune distinction ; si l'on considère que la loi n'a pas tranché la discussion, il faut encore adopter la même solution, parce qu'elle est la plus rationnelle.

326. — 3° La loi nationale de l'étranger détermine les

---

(1) Trib. de la Seine, 10 février 1893. Cl. 1893, p. 530. Labbé, *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère, relativement à la loi applicable à la cause.* Cl., 1885, p. 5.

(2) Fœlix, t. I, p. 64.

(3) Cass. 17 juillet 1833, Sir. 33.1.663.

causes qui ont pu modifier ou affecter son état et sa capacité.

Les jugements des tribunaux civils étrangers produiront donc leurs effets en France, quand ils auront placé la personne en état d'interdiction, ou dans toute autre condition analogue.

Il en sera de même des jugements des tribunaux criminels, quand ils auront prononcé, à titre de peine, une déchéance plus ou moins semblable à l'interdiction légale. Ici, cependant, on a fait une objection : les lois pénales sont rigoureusement territoriales et la condamnation ne peut s'exécuter sur le territoire d'une souveraineté autre que celle de qui elle émane (1). Mais cela n'est vrai que dans la mesure où l'application de la peine exige le concours de la force publique ; or, son intervention n'est pas nécessaire pour que les déchéances résultant de ces condamnations produisent leurs effets. Lorsqu'un jugement établit une incapacité, il n'y a pas de raison pour distinguer, suivant qu'il émane d'un tribunal civil ou d'un tribunal de répression (2).

En définitive, il n'y a pas à s'inquiéter de la cause pour laquelle l'étranger est incapable ; il suffit de constater que cette incapacité existe, d'après sa loi nationale.

Réciproquement, l'application de la loi française ne peut modifier l'état d'un étranger. S'il est condamné en France à une peine qui emporte la privation de certains droits : dégradation civique, interdiction légale, privation de la faculté de disposer ou recevoir à titre gratuit, il est frappé en France de cette incapacité, qui est d'ordre public (3), mais il n'en sera pas atteint dans son pays, à moins, bien entendu, que les lois étrangères ne contiennent, à cet égard, une disposition contraire.

327. — B. Exceptions. — *a) Ordre public.* — Les lois étrangères qui régissent l'état et la capacité des personnes

---

(1) Valette sur Proudhon, *État des personnes*, p. 135, note A. Demolombe, t. 1, n° 198. Cpr. (dans les motifs) Cass. 14 avril 1868, Dal. 68, 1, 262.

(2) Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 375. Notes sur Fœlix, t. 1, p. 318. Moreau, *Effets internationaux des jugements*, p. 52. Weiss, p. 236.

(3) Grenoble, 14 juin 1892, Cl. 1892, p. 1143.

ne peuvent s'appliquer en France, quand elles sont contraires à l'ordre public international.

Nous rencontrerons plus tard de nombreuses applications de ce principe. Je me contente d'en signaler ici, à titre d'exemple, quelques-unes qui ne trouveraient pas leur place ailleurs.

Ainsi, il va sans dire que l'incapacité des esclaves n'aurait aucun effet en France.

Le principe de la liberté des cultes s'opposerait également à ce que l'on tint compte de l'incapacité qui atteindrait une personne, à raison de sa croyance.

Les conséquences de la mort civile résultant d'une condamnation pénale ne se produiraient pas non plus en France. La loi française a aboli cette peine, par des considérations qui touchent à la morale et sont certainement d'ordre public (1). Il en serait de même de la mort civile résultant des vœux de religion (2). Ce n'est pas que ces vœux aient rien en eux-mêmes de contraire à l'ordre, ni surtout à la morale publics ; ce qui est contraire à l'ordre public, c'est l'existence d'un individu qui n'aurait pas de personnalité.

On s'est encore refusé à reconnaître, en France, les effets de certaines déchéances qui, à raison de leurs motifs, de la façon dont elles avaient été prononcées, ou pour toute autre cause, avaient le caractère de mesures politiques, plutôt que d'incapacités civiles (3).

328. — *b) Préjudice causé à un français.* — L'application d'une loi étrangère relative à la capacité des personnes causera préjudice à un français, toutes les fois qu'elle permettra l'annulation d'un acte qui, d'après la loi française, serait valable. Des auteurs considérables ont pensé, et divers arrêts ont admis, qu'on pourrait alors apprécier la valeur de l'acte d'après la loi française, et non d'après la loi étrangère. Toutefois, ceux qui croient ainsi pouvoir tenir compte de

---

(1) Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, p. 149.

(2) Laurent, t. VI, p. 320. — *Contra*, Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 160, note a. Demolombe, t. Ier, nº 198.

(3) Paris, 16 janvier 1836, Sir 36.2.70 (affaire de l'interdiction du duc de Brunswick).

l'intérêt des français, pour écarter l'application de la loi étrangère, ne le font pas tous dans la même mesure. Il existe sur ce point deux opinions, l'une absolue, l'autre plus atténuée.

329. — α) Dans l'opinion la plus absolue, l'étranger ne pourrait jamais invoquer sa loi nationale, lorsqu'il en résulterait un préjudice pour un français (1).

Sans doute, en règle générale, l'état et la capacité des étrangers doivent être régis, en France, par la loi étrangère, mais ce principe ne s'applique qu'autant qu'il ne lèse pas l'intérêt des français. On suivra donc la loi étrangère, lorsqu'elle sera plus favorable à la validité de l'acte que la loi française elle-même. Ainsi, sera valable l'obligation contractée, en France, par un suisse âgé de plus de 20 ans. On suivra encore la loi étrangère, lorsque l'acte aura été passé entre deux étrangers de même nationalité, ou même de nationalités différentes ; mais, au contraire, un étranger ne pourrait, en alléguant que, d'après la loi de son pays, il n'est majeur qu'à 23 ans ou 25 ans, demander la nullité de l'obligation qu'il aurait contractée, en France, envers un français, à l'âge de 22 ans.

En effet, dit-on, l'article 3 ne décide pas expressément que la capacité d'un étranger sera régie par la loi étrangère. Ce silence laisse une certaine latitude au juge et à l'interprète. Or, il est raisonnable de croire que, s'il permet d'appliquer les lois étrangères, le législateur ne veut pas cependant que les français puissent en souffrir. Les lois étrangères ne sont pas obligatoires pour les français, et l'on ne saurait prétendre ici que chacun doit connaître la condition de celui avec qui il contracte. Il est impossible d'admettre, même par présomption, que les français doivent connaître toutes les lois étrangères. L'application de ces lois, si elle pouvait se faire à leur détriment, leur causerait donc un préjudice, contre lequel ils ne devaient ni ne pouvaient se mettre en garde.

---

(1) Paris, 17 juin 1834, Sir. 34. 2. 371; 15 octobre 1834, Sir. 34. 2. 657. — Valette sur Proudhon, *Etat des personnes*, t. I, p. 85 et 98. Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 373, 374. (Cet auteur s'est prononcé en sens contraire dans ses notes sur Fœlix, t. I, p. 204).

330. — β) D'autres auteurs proposent un système différent et qui n'est qu'une atténuation du précédent (1).

Il est trop absolu d'écarter l'application de la loi étrangère, toutes les fois qu'elle lèse l'intérêt d'un français. Il se peut qu'en fait celui-ci ait connu la capacité de l'étranger avec qui il contracte : lui permettre alors de repousser la demande en nullité seraitencourager sa mauvaise foi. Il n'est même pas toujours vrai que le français ne soit pas tenu de connaître la capacité de l'étranger. La prudence oblige à se renseigner sur la nationalité dé celui avec qui on contracte et, si c'est un étranger; sur sa capacité. Le français qui s'en est abstenu a commis une faute, et il ne doit s'en prendre qu'à lui-même du préjudice que lui cause l'application de la loi étrangère. D'autre part, il serait aussi trop absolu d'affirmer qu'on devra toujours appliquer la loi étrangère, même au préjudice d'un français. Il peut se faire, en effet, qu'il ait, sans aucune imprudence, ignoré l'incapacité et même la nationalité de celui avec qui il traitait. Il faut donc, en résumé, se décider suivant les circonstances. Le français est-il en faute de n'avoir pas connu l'incapacité de son co-contractant ? Il devra subir l'application de la loi étrangère. N'est-il pas en faute ? Il serait inique de l'appliquer à son préjudice.

La jurisprudence a consacré ce système. Certains jugements ou arrêts posent, en règle générale, que la capacité de l'étranger dépend de son statut personnel et que, en conséquence, le sort des actes qu'il a passés en France doit être apprécié d'après sa loi nationale (2). Mais plusieurs autres ont admis que l'étranger ne pourrait opposer aux français son incapacité et son extranéité, lorsque ceux-ci « ont traité sans légèreté, sans imprudence et de bonne foi ;... lorsqu'ils sont excusables de n'avoir point vérifié une capacité que nulle apparence, nulle circonstance particulière ne les autorisait à suspecter (3). Ainsi, il a été jugé que le mineur

---

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 93. Demolombe, t. I, n° 102.

(2) Paris, 20 février 1858, note sous Cass. Sir.1861.1.305 ; Trib. de la Seine, 2 juillet 1878, Cl. 1878. p. 502 ; Trib. de la Seine, 8 juin 1886 et Paris, 14 novembre 1887, Dal. 88. 2.225.

(3) Paris, 10 juin 1879, Cl. 1879, p. 488.

étranger qui se trouve en France, sans être accompagné de ses parents, peut valablement s'obliger, soit pour fourniture d'aliments, soit pour le paiement de loyers (1). Il a été jugé encore que le tiers porteur d'un effet de commerce n'était pas astreint à s'inquiéter de la capacité de l'étranger qui l'avait accepté, avec qui il n'avait pas traité directement (2). Cette appréciation des circonstances concilie certaines décisions qui, sans cela, seraient contradictoires. Ainsi, un étranger mexicain, âgé de plus de 21 ans, mais de moins de 25, et mineur d'après sa loi nationale, avait, à Paris, emprunté de l'argent en souscrivant des lettres de change et acheté des bijoux pour une somme considérable. La Cour de Paris a annulé les lettres de change et déclaré valable l'obligation résultant de l'achat des bijoux. La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt (3). La Cour a pensé que celui qui avait prêté de l'argent n'avait pu, sans imprudence, ignorer la nationalité et la capacité véritables de son emprunteur, tandis qu'un marchand n'est pas tenu de se renseigner sur la personnalité de tous ceux qui achètent chez lui.

331. — Que faut-il penser de ces systèmes ? S'il fallait nécessairement choisir entre eux, celui qui tient compte des circonstances paraîtrait préférable. Mais ni l'un ni l'autre ne sont acceptables.

L'état et la capacité des étrangers qui se trouvent en France doivent être régis par leur loi nationale, même lorsqu'il en résulte un préjudice pour un français, et sans avoir à rechercher si ce français est ou non en faute.

En effet : 1° C'est la conséquence du principe de la communauté du droit, qui domine tout le droit international privé. Le juge doit appliquer la loi étrangère, aussi bien que la loi française, lorsque la nature du rapport juridique le commande. Il ne doit prendre en considération que le droit, et non pas l'intérêt des français en cause, pas plus qu'il n'envisage

---

(1) Paris, 19 octobre 1854, Sir. 1854. 2.680; Trib. de la Seine, 1er juillet 1886, Cl. 1887, p. 178.

(2) Paris, 18 juin 1879, Cl. 1879. p. 188; Paris 8 février 1883, Dal. 1884.2.24; Paris, 20 mars 1890, Cl. 1891, p. 493.

(3) Paris, 20 février 1858 ; 18 juillet 1859; Cass., 16 janvier 1861, Sir. 1861.1.305.

l'intérêt de l'une des parties, lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi française.

2° La tradition que le Code a consacrée n'est point favorable au système que nous combattons. L'ancienne doctrine n'admettait, même dans l'intérêt des nationaux, aucune restriction au statut personnel.

3° Ce système conduit à des résultats incohérents. La capacité de l'étranger doit être régie par sa loi nationale ou par celle du pays où il se trouve. On ne peut pas suivre tantôt l'une, tantôt l'autre, suivant la personne avec qui il a contracté. De plus, il est hors de doute que, si l'acte a été fait à l'étranger, les tribunaux français apprécieront la capacité de l'étranger suivant sa loi nationale, quelque préjudice qu'il en résulte pour un français. Pourquoi admettre une autre solution lorsque l'acte a été fait en France ?

4° On objecte que le français va se trouver victime de l'incapacité édictée par une loi étrangère, qu'il a pu ignorer sans aucune faute de sa part. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour écarter la solution qui résulte des principes. Ne peut-on pas ignorer, sans aucune faute, une incapacité même édictée par la loi française ? La loi est censée connue de tous, mais le fait de l'incapacité ne le sera pas toujours. Le jugement du tribunal de Lille, qui donne à une personne un conseil judiciaire, ne sera-t-il pas, malgré la publicité dont il a été l'objet, fréquemment ignoré à Marseille ?

D'ailleurs, si, comme le fait la jurisprudence, on doit consulter les circonstances pour admettre ou écarter l'application de la loi étrangère, on aboutit à des difficultés presque inextricables ; il est impossible d'apprécier avec certitude si le français a pu, sans aucune faute, ignorer l'incapacité de l'étranger avec qui il a contracté.

5° Enfin, l'intérêt même des français, envisagé d'une façon générale, et non plus au point de vue particulier de tel ou tel individu, conseille d'admettre, sans restriction, l'application des lois qui régissent la capacité des étrangers. C'est le meilleur moyen d'assurer aux incapables français, de la part des États étrangers, un pareil traitement et la protection qui leur est due (1).

---

(1) Liége, 31 décembre 1879, Cl. 1881, p. 87. — Weiss, p. 276. Des-

332. — Il faut, cependant, faire une réserve : l'étranger ne pourra plus se prévaloir de l'incapacité qu'établit sa loi nationale si, par des manœuvres dolosives, il a trompé le français sur sa véritable condition. L'incapable, en effet, est responsable de ses délits et ne peut, par conséquent, bénéficier de la fraude qu'il a commise (1).

SECTION III. — *Aperçu des principales législations étrangères.*

333. — Elles sont toutes d'accord sur un point : c'est que la loi personnelle d'un étranger ne peut s'appliquer dans un pays où elle est contraire à l'ordre public.

Sur d'autres, il existe entre elles de profondes différences que nous ferons ressortir en examinant ces trois questions :

1° La loi qui régit l'état et la capacité de la personne est-elle invariable et doit-elle la suivre même en pays étranger ?

2° La loi personnelle est-elle déterminée par la nationalité ou par le domicile ?

3° L'application des lois étrangères souffre-t-elle quelque restriction dans l'intérêt des nationaux.

334. — 1° *La loi qui régit l'état et la capacité de la personne est-elle invariable et doit-elle la suivre même en pays étranger* ?

La très grande majorité des législations admettent que l'état et la capacité de la personne sont toujours régis par la même loi, en quelque pays qu'elle se trouve.

Deux législations seulement, issues de la même source, font exception à cette règle générale : ce sont celles de l'Angleterre et des Etats-Unis.

Elles admettent que l'état et la capacité de la personne sont régis par la loi de son domicile, mais seulement lors-

---

pagnet, p. 279. Surville et Arthuys, p. 159. Fœlix, t. I, p. 199 et suiv. Laurent, nos 48-51. Fiore, n° 172. Renault, *Examen doctrinal*. *Revue critique*, 1884, p. 722.

(1) Trib. de la Seine, 2 juillet 1878, Cl. 1878, p. 502 ; Paris, 8 février 1883, Dal. 1884. 2. 44.

qu'elle est à ce domicile et pour les actes qu'elle y accomplit. Valables en ce lieu, ces actes doivent être considérés comme valables, même en pays étranger. Au contraire, lorsque la personne est hors de son domicile, son état et sa capacité sont régis par la loi du pays où elle se trouve. Ainsi, la loi anglaise régit, en Angleterre, l'état et la capacité des étrangers, même lorsqu'ils ne sont pas domiciliés dans ce pays, à l'exclusion de leur loi nationale ou de celle de leur domicile.

335. — 2° *La loi personnelle est-elle déterminée par la nationalité ou par le domicile ?*

Les législations se partagent.

a) Un bon nombre, en Europe, peut-être la majorité, décident, comme la loi française, que l'état et la capacité de la personne dépendent de sa loi nationale.

Le Code italien est, de toutes les lois, celle qui affirme cette idée de la façon la plus précise et la plus complète. Il ne se contente pas, comme notre Code civil, d'envisager un côté de la question et de statuer pour les Italiens qui se trouvent en pays étranger ; il dispose, d'une façon générale, que « l'état et la capacité des personnes, comme les rapports de famille, sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent » (Dispositions préliminaires, art. 6). On voit, de plus, qu'il soumet expressément les rapports de famille à la loi nationale : règle importante dont nous signalerons plus loin les conséquences.

En Belgique, l'article 3 du Code civil est interprété comme en France ; il semble même qu'on n'admette pas, dans l'intérêt des nationaux, la restriction à l'application des lois étrangères que nous avons signalée en France.

L'article 6 du Code des Pays-Bas reproduit, avec une légère différence, notre article 3 : « Les lois concernant les *droits*, l'état et la capacité des personnes, suivent les néerlandais même en pays étranger. » Quelle loi régit aux Pays-Bas l'état des étrangers ? Le texte ne le dit pas, mais on admet, par réciprocité, que ce sera leur loi nationale.

En Espagne, l'article 9 du nouveau Code civil dispose que « les lois relatives aux droits et obligations de famille, à l'état, à la condition et à la capacité légale des personnes,

obligent les espagnols même résidant en pays étranger ». Comme l'article 6 du Code italien, ce texte vise les droits de famille, en même temps que l'état des personnes; mais, comme l'article 3 du Code français, il ne se préoccupe pas des étrangers en Espagne. On a toujours admis que leur statut personnel dépendrait de leur loi nationale.

L'unité de législation n'existant pas en Espagne, le Code a prévu le conflit entre les différentes lois locales du royaume, pour déterminer la loi personnelle de chaque espagnol. Le système qu'il a suivi serait trop long à exposer ici. Disons seulement qu'il rappelle les règles de la nationalité. C'est, généralement, en vertu de son origine, qu'une personne est soumise au droit commun ou aux diverses lois provinciales.

Enfin, dans l'empire russe, à l'exception seulement des provinces baltiques, l'état et la capacité des personnes sont régis par leur loi nationale.

b) Au contraire, les législations de plusieurs pays admettent que la loi de son domicile régit l'état de la personne.

D'après le Code civil prussien (Introduction, § 23 et 24), l'état et la capacité de l'individu sont régis par la loi « de la juridiction dans le ressort de laquelle il a son domicile réel ».

Le Code autrichien fait une distinction fort peu rationnelle (1). L'autrichien qui se trouve en pays étranger reste soumis à la loi autrichienne, du moins en tant qu'elle restreint sa capacité et que les actes accomplis à l'étranger doivent produire leurs conséquences en Autriche. Quant à l'étranger, sa capacité est réglée par la loi de son domicile, par conséquent par la loi étrangère, s'il a son domicile à l'étranger, et par la loi autrichienne, s'il a son domicile en Autriche. Si son domicile est inconnu, il est soumis à la loi de son pays d'origine, et il en est de même, paraît-il, pour certaines matières particulières, notamment pour le mariage.

336. — 3° *L'application de la loi étrangère souffre-t-elle quelque restriction dans l'intérêt des nationaux?*

Certaines lois n'admettent plus l'application du statut personnel étranger, lorsqu'il causerait un préjudice aux nationaux.

(1) L'interprétation du Code autrichien est discutée. Cpr. Stœrck, Cl. 1880, p. 329.

D'après le Code prussien, la capacité de l'étranger qui contracte en Prusse, sur des biens situés dans ce pays, doit être appréciée d'après la loi la plus favorable à la validité de la convention. L'étranger sera donc réputé également capable lorsqu'il sera majeur, d'après sa loi nationale, bien que mineur d'après la loi prussienne, et lorsqu'il sera majeur d'après la loi prussienne, bien que mineur d'après sa loi nationale.

La loi autrichienne renferme une disposition semblable, pour le cas où l'étranger contracte une obligation unilatérale. La capacité qui lui est nécessaire pour conclure une convention synallagmatique avec un citoyen autrichien, est toujours régie par la loi autrichienne.

Enfin, la loi fédérale suisse du 22 juin 1881, sur la capacité civile, présente une solution analogue. La capacité des étrangers est, en principe, régie par leur loi nationale. Cependant, lorsque l'étranger est capable d'après la loi suisse, il contracte valablement en Suisse, même s'il est incapable d'après sa loi nationale.

CHAPITRE V. — **Loi applicable aux biens.**

337. — Nous diviserons ce chapitre en trois sections : 1° loi applicable aux biens sous l'empire du Code civil ; 2° loi applicable aux biens au point de vue rationnel et théorique ; 3° loi applicable aux biens d'après les législations étrangères.

SECTION I. — *Code civil.*

338. — Nous savons déjà qu'aux termes de l'article 3, §2, « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » Sous quels rapports ces immeubles sont-ils régis par la loi française ? Quelle loi doit régir les meubles, dont le texte ne parle pas ?

§ 1. — Immeubles.

339. — L'article 3 ne parle que des immeubles situés en France et appartenant à des étrangers ; quant aux immeubles situés à l'étranger et appartenant à des français, le Code

n'avait pas à dire par quelle loi ils seraient régis, mais il est certain qu'il ne prétend pas s'y appliquer. Par sa nature et d'après la tradition, le statut réel n'a point d'effet hors de son territoire.

C'est, en effet, la tradition, nous l'avons montré précédemment, qui doit nous servir de guide pour interpréter l'article 3 et déterminer sous quels rapports les immeubles, appartenant à des étrangers, sont régis par la loi française.

340. — Il ne faut pas croire, tout d'abord, que la loi française s'applique toujours, par cela seul qu'il s'agit d'un droit exercé ou d'un acte accompli sur un immeuble situé en France. Elle ne s'applique pas : 1° comme nous l'avons dit, à la capacité requise pour disposer d'un immeuble : elle est régie par la loi personnelle du disposant ; 2° aux effets que les contrats produisent sur les immeubles, lorsqu'ils dépendent de la volonté expresse ou tacite des parties (1). La question était déjà discutée dans notre ancien droit. On se demandait, notamment, si les effets des régimes matrimoniaux dépendaient du statut réel et devaient être régis par la loi de la situation des immeubles. L'opinion générale, au XVIII^e^ siècle, et la jurisprudence du Parlement de Paris se prononçaient pour la personnalité du statut. En tout cas, ce n'était pas une des matières comprises, d'un avis unanime, dans le statut réel. Le Code n'ayant pas tranché cette discussion, nous restons libres d'adopter la solution la plus rationnelle, et il est certain qu'il ne nous oblige pas du tout à appliquer la loi française aux contrats qui ont pour objet des immeubles situés en France. En particulier, la jurisprudence admet que les conventions matrimoniales, arrêtées expressément ou tacitement sous l'empire d'une loi étrangère, produiront leurs effets, même sur les immeubles situés en France (2).

341. — La loi française ne s'applique donc aux immeu-

---

(1) V. cep. Fœlix, t. I, p. 12 et suiv., d'après lequel la loi de la situation de l'immeuble régirait, abstraction faite de la capacité générale de l'individu, la capacité de disposer d'un immeuble ou de le recevoir par donation ou testament, les obligations qui naissent de la vente d'un immeuble, etc.

(2) V. *infrà*, II^e^ partie, titre II, chap. II.

bles situés en France et appartenant à des étrangers, que lorsqu'il s'agit de l'influence de la loi elle-même sur les immeubles, abstraction faite de la capacité et de la volonté des parties.

Voici, en prenant pour guide la tradition certaine de l'ancien droit, ces cas d'application et, par conséquent, les matières qui composent le statut réel :

1° La distinction des biens en meubles et en immeubles et des différentes classes d'immeubles : immeubles par nature, par destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent (1).

2° La détermination des immeubles qui sont ou ne sont pas dans le commerce. Les biens du domaine public ne sont pas susceptibles de propriété privée ou de droits réels d'aucune sorte, même au profit d'étrangers.

3° Les limitations apportées au droit de propriété ou les charges qui doivent le grever, en vertu de la loi elle-même, au profit des particuliers, comme les servitudes naturelles ou légales (art. 640 à 665), ou du public, comme les servitudes légales d'utilité publique, l'expropriation pour cause d'utilité publique..... etc...

4° La détermination des droits réels immobiliers et de leur étendue. Il ne peut être établi sur les immeubles d'autres droits réels que ceux que la loi énumère limitativement, et ils ne peuvent avoir plus d'étendue qu'elle ne le permet (2). Ainsi, il ne pourra être constitué par convention aucune hypothèque générale sur les immeubles situés en France et les effets des hypothèques, soit au point de vue du droit de préférence, soit au point de vue du droit de suite, seront exclusivement réglés par la loi française.

5° Les conditions requises pour la constitution et la transmission des droits réels entre les parties ou à l'égard des tiers. La vente d'un immeuble situé en France en transmet, *solo consensu*, la propriété à l'acheteur, bien que la loi personnelle des contractants ou celle du pays où le contrat est passé exige la tradition. Mais, à l'égard des tiers, la propriété ne sera jamais transférée que par la transcription. L'ins-

---

(1) Cass. 5 avril 1887, Sir. 89. 1. 387.
(2) Cpr. Cass. 20 avril 1891, Cl. 1892, p. 200.

cription sera toujours nécessaire pour rendre l'hypothèque efficace à l'égard des tiers et lui attribuer son rang. La loi française détermine aussi les cas où l'inscription n'est pas exigée (1).

6° Les droits de préférence établis par la loi elle-même et qui ne peuvent l'être par la convention, c'est-à-dire les privilèges.

7° Les conditions et la durée de la prescription immobilière, dans ses diverses applications : prescription acquisitive de la propriété et des servitudes, prescription extinctive des servitudes et des hypothèques (2).

8° Les mesures d'exécution sur les immeubles : la saisie immobilière.

9° La transmission de la propriété immobilière par succession *ab intestat* ou testamentaire, ainsi que l'existence et le montant de la réserve et de la quotité disponible relativement aux immeubles. C'est là une des conséquences les plus importantes et les plus certaines de l'article 3, § 2, bien que, en soi, une des plus contestables.

342. — Sous ces différents rapports, les immeubles situés en France sont certainement régis par la loi française bien qu'appartenant à des étrangers. Il y a controverse sur d'autres points, notamment en ce qui concerne l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs et l'hypothèque légale des femmes mariées, mineurs et interdits. Est-ce la loi de la situation des immeubles qui décide si les père et mère ont la jouissance des biens de leurs enfants mineurs et à quelles conditions ? est-ce cette loi qui décide si les femmes, mineurs ou interdits ont hypothèque sur les biens de leurs maris ou tuteurs ? Nous ne discuterons pas ici ces questions qui trouveront leur place plus loin ; nous nous contenterons d'indiquer la réponse que, selon nous, elles comportent.

L'ancien droit ne nous offre ici aucune solution certaine ;

---

(1) Cass. 5 novembre 1878, Cl. 1879, p. 65.

(2) Cass. 12 juillet 1821, D. A. V° *Prescription civile*, n° 227. Cass. 13 juillet 1829. *ib.* V° *Lois*, n° 421 ; Lyon, 19 juillet 1877, Cl. 1878, p. 44.

le Code ne s'est pas expliqué ; nous sommes donc libres d'adopter le système qui nous paraît le meilleur.

La jouissance des biens des enfants mineurs est un attribut de la puissance paternelle : elle doit donc être régie par la même loi, c'est-à-dire par la loi personnelle du père et de l'enfant, quelle que soit la situation des immeubles sur lesquels elle s'exerce. C'est, en effet, ce que décide la jurisprudence de la Cour de cassation (1).

De même, l'hypothèque légale est une mesure prise pour la protection des incapables. Elle dépend, par conséquent, de la loi qui régit leur capacité, c'est-à-dire de leur loi personnelle. Toutefois, la jurisprudence n'a pas consacré cette solution : elle refuse, en effet, aux étrangers, la jouissance même du droit d'hypothèque légale sur les immeubles situés en France. Les contestations relatives à l'hypothèque que des français prétendraient exercer sur des immeubles situés à l'étranger, ne sont pas portées devant les tribunaux français.

§ 2. — Meubles.

343. — Le projet du Code civil contenait un article aux termes duquel « le mobilier du citoyen français résidant à l'étranger est régi par la loi française, comme sa personne ». Cette disposition a disparu, comme la plupart de celles qui, dans la rédaction primitive, formaient le *livre préliminaire* du Code civil. L'article 3 ne fait aucune allusion aux meubles. En conséquence, suivant les principes d'interprétation que nous avons adoptés, nous ne sommes pas liés, sur ce point, par une règle légalement obligatoire, et nous pouvons abandonner les solutions traditionnelles pour adopter celles qui nous paraissent les plus rationnelles. De fait, tout en invoquant les doctrines des anciens jurisconsultes sur les statuts réel et personnel, les auteurs et la jurisprudence ne se croient pas tenus de les suivre rigoureusement. Ils distinguent d'habitude les meubles considérés comme universalité, soumis alors à la loi personnelle de leur propriétaire, et les meubles considérés individuellement, soumis à la loi du pays où ils se trouvent.

---

(1) Cass. 13 janvier 1873, Sir. 1873. 1. 13 et 14 mars 1878, Sir. 1878. 1. 25.

1° *Les meubles considérés comme formant une universalité*, et spécialement comme composant une succession, sont régis par la loi personnelle de leur propriétaire. C'est la tradition. Mais cette loi personnelle est-elle celle du domicile ou celle de la nationalité ? Ici, la tradition n'aboutit qu'à l'incertitude. En effet, dans l'ancien droit, les meubles sont régis par la loi du domicile de leur propriétaire, suivant les uns, parce qu'ils sont réputés fictivement réunis et situés à ce domicile, suivant les autres (et c'était l'opinion la plus commune), parce qu'ils sont attachés à la personne et soumis au statut personnel. Les deux opinions conduisaient également à appliquer la loi du domicile ; aujourd'hui, elles auraient des conséquences très différentes. Faut-il considérer les meubles comme réunis au domicile de leur propriétaire et soumis à la loi de cette situation fictive ? Nous leur appliquerons toujours la loi du domicile. Faut-il voir dans la loi qui les régit une dépendance du statut personnel ? Nous appliquerons la loi nationale de leur propriétaire, quel que soit son domicile.

La jurisprudence décide que le mobilier d'une personne, et spécialement sa succession mobilière, est régi par la loi de son domicile ; mais elle entend cette règle d'une telle façon et avec de telles réserves que, le plus souvent, la loi du domicile se confondra avec la loi nationale. En effet, l'étranger ne sera réputé domicilié en France que lorsqu'il aura été autorisé à y fixer son domicile. Au cas contraire, sa succession mobilière devra être régie par la loi du pays où il a son domicile réel, c'est-à-dire, presque toujours, par sa loi nationale (1).

C'est, en effet, la loi nationale de la personne qui doit régir ses droits mobiliers et particulièrement sa succession ; cette loi, nous l'avons vu, est mieux faite que toute autre pour régir les droits, même pécuniaires, de l'individu, et la tradition, quelle qu'elle soit, n'a rien ici d'obligatoire, puisque le Code civil ne l'a pas consacrée.

384. — 2° *Meubles considérés individuellement.* — Les meubles ne seront pas toujours et nécessairement sou-

(1) V. pour l'indication de la jurisprudence, *infrà*, II^e^ partie, tit. II, chap. I.

mis à la loi personnelle de leur propriétaire. Lorsqu'ils sont envisagés individuellement, on applique la loi française à ceux qui se trouvent en France (1). La loi française décide alors quels objets sont meubles (2) ; — quels sont les droits réels dont les meubles sont susceptibles : ainsi, les meubles, en France, ne pourront être frappés d'hypothèque et il ne serait pas tenu compte, dans la distribution du prix, de celle qui aurait pu les atteindre en vertu d'une loi étrangère (3). Les seuls privilèges mobiliers dont il sera tenu compte, en France, seront ceux qu'établit la loi française (4). — La même loi préside aux mesures d'exécution et décide si les meubles sont ou non saisissables (5). — Nous l'appliquerons encore à la prescription des meubles : elle permettra d'opposer, même à un propriétaire étranger, la règle : En fait de meubles possession vaut titre. — Enfin, la loi française détermine les formalités requises, dans certains cas exceptionnels, pour que la transmission de la propriété d'un meuble, ou la constitution de droits réels mobiliers, soit opposable aux tiers. La Cour de Rouen a appliqué cette règle à la vente d'un navire (6), hypothèse particulièrement discutable, sur laquelle nous allons revenir. De même, la cession ou la mise en gage d'une créance, lorsqu'elle a lieu en France ou lorsque le débiteur y réside, doit, pour être opposable aux tiers, être notifiée à ce débiteur ou acceptée par lui (7).

---

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 102. Demolombe, t. I, nos 93 et 94. Surville et Arthuys, p. 170-171.

(2) Cass. 5 avril 1887, Sir. 89.1.387.

(3) Caen, 12 juillet 1870, Sir. 71.2.57. Cass. 19 mars 1872, Dal. 74.1. 465. — Ces deux arrêts sont relatifs à l'hypothèque des navires, à une époque où la loi française ne l'admettait pas.

(4) Rouen, 23 juillet 1873, Dal. 74.1.180. Trib. com. de Marseille, 8 avril 1874 confirmé par Aix, 22 mai 1876, sous Cass. Sir. 80. 1. 257 ; Douai, 11 décembre 1891, Cl. 1892, p. 928.

(5) Trib. de la Seine, 17 avril 1885, Journal *le Droit* du 18 avril.

(6) 3 juillet 1876, *infrà*.

(7) Cpr. Trib. com. de la Seine, 5 mars 1892, Cl. 1893, p. 161. — Il résulte de ce jugement que la cession d'une créance dont le débiteur est étranger et réside hors de France, n'est opposable aux tiers, en France, qu'autant que les formalités exigées par la loi étrangère ont été remplies. — Fiore, no 372. Laurent, t. VII, no 231. Brocher, t. II, no 195.

345. — DES NAVIRES. — Les navires sont des meubles, mais d'une importance et, à certains égards, d'une nature particulières. Faut-il déterminer la loi qui les régit suivant les mêmes principes que pour les autres objets mobiliers?

L'intérêt de la question se manifeste, en particulier, à trois points de vue : 1° relativement à la publicité nécessaire pour que la vente des navires soit opposable aux tiers ; 2° relativement à l'hypothèque dont ils peuvent faire l'objet (Lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885) ; 3° relativement aux privilèges dont ils sont frappés.

Si nous appliquons ici les règles générales, nous dirons: 1° que la vente d'un navire étranger, lorsqu'elle a lieu en France, doit être rendue publique par la transcription en douane ; 2° que si la saisie et la vente d'un navire étranger a lieu en France, les créanciers ne pourront se prévaloir de leur hypothèque qu'autant qu'elle satisfait aux conditions de validité et de publicité requises par la loi française ; 3° que, dans le même cas, on tiendra compte uniquement des privilèges admis par la loi française (1).

Mais il y a une grande différence entre les navires et les autres meubles. Bien qu'étant essentiellement mobiles, ils ont, à leur port d'attache, une situation fixe, indépendante du lieu où ils se trouvent actuellement, en cours de navigation; ils ont une nationalité. On en a conclu que la loi de leur pavillon, c'est-à-dire de leur nationalité, leur serait toujours applicable. Cette loi régira la publicité de la vente, la constitution et la publicité de l'hypothèque ; les formalités requises pour que l'une et l'autre soient opposables aux tiers, devront toujours être remplies au port d'attache ; la même loi décidera de quels privilèges les navires sont grevés (2).

---

(1) Caen, 12 juillet 1870, Sir., 71.2.57. Rouen, 3 juillet 1876, Sir. 77.2.129. Aix, 22 mai 1876 (sous Cass.) Sir. 80.1.257.

(2) Cass. 25 novembre 1879, Sir. 80.1.257. Grenoble (sur renvoi), 11 mai 1881, Cl. 1881, p. 428. — Cpr. Bordeaux, 1er avril 1889, Cl. 1892, p. 1006. Notes de M. Lyon-Caen, sous les arrêts de Rouen, 3 juillet 1876, et de Cass. 25 novembre 1879.

SECTION II. — *Loi applicable aux biens au point de vue rationnel et théorique.*

346. — En faisant la critique de la doctrine des statuts, nous avons fait, par avance, celle du système que le Code a suivi. Il donne trop d'importance à la situation des biens pour déterminer la loi qui leur est applicable et range, dans le statut réel, certaines dispositions qui ne concernent pas plus les choses que les personnes, par exemple celles qui sont relatives aux successions.

Le Code est critiquable, précisément parce qu'il a fait une classe particulière des lois qui régissent les immeubles. Comme nous l'avons dit précédemment, on ne doit pas, *à priori*, écarter une loi étrangère, par la seule raison qu'elle exerce son influence sur les immeubles. C'est la nature du rapport ou fait juridique qui doit toujours décider de la loi qui le régit.

Or, il faut envisager les biens ou les choses sous deux aspects différents : dans leurs rapports avec l'intérêt général de l'Etat, dans leurs rapports avec l'intérêt privé des particuliers (1).

Dans leurs rapports avec l'intérêt général, les biens doivent être régis par la loi du pays où ils sont situés, sans distinguer entre les immeubles et les meubles. Les meubles, il est vrai, n'ont pas de situation fixe, en ce sens qu'ils se déplacent facilement, mais encore faut-il qu'ils soient quelque part, et ils sont soumis aux lois d'intérêt général, dans le pays où ils se trouvent.

Lorsque les biens ne sont en rapport qu'avec l'intérêt des particuliers et que celui de l'Etat est hors de cause, la loi de la situation ne s'impose plus, et la loi étrangère peut fort bien s'appliquer aux immeubles comme aux meubles.

Nous allons démontrer l'exactitude de ces propositions et en faire ressortir les conséquences.

---

(1) Fiore, n° 195. Laurent, t. II, n°s 142 et suiv. Despagnet, p. 158 et suiv. et *Revue critique*, 1884, p. 487. Durand, *op. cit.* p. 403 et suiv.

347. — 1° Les lois du pays où les biens sont situés leur sont seules applicables quand elles ont pour objet l'intérêt général. Le principe n'a pas besoin de démonstration. Ces lois, en effet, sont d'ordre public international. Il faut remarquer seulement que l'intérêt général offre des aspects très divers : il peut être un intérêt politique ou économique. Que la loi se propose de faire respecter la constitution de l'Etat, de sauvegarder la paix et la tranquillité publiques, d'organiser la propriété, d'assurer aux terres une bonne culture ou de garantir le crédit public, sous tous ses rapports, elle touche à l'intérêt général.

Dans quelles matières s'applique alors la loi de la situation ?

Pour les immeubles, ce sont toutes celles que j'ai énumérées plus haut comme faisant partie du statut réel, à la seule exception, — mais elle est d'une importance capitale, — des successions. Sans en reprendre l'énumération, quelques exemples montreront comment ces dispositions touchent à l'intérêt général. Cela va de soi, lorsque la puissance publique est directement en cause, comme dans l'expropriation pour cause d'utilité publique. Mais la loi peut encore concerner l'intérêt général, bien qu'elle ne règle que les droits des particuliers. Ainsi, les droits des riverains d'une eau courante, le droit de passage sur un fonds voisin, qui appartient au propriétaire enclavé, leur sont reconnus dans un intérêt général, celui de l'agriculture.

La limitation des droits réels immobiliers offre habituellement un intérêt économique, quelquefois même un intérêt politique. Les articles 638 et 686, qui règlent l'établissement des servitudes par la convention, veulent prévenir et prohiber le rétablissement des droits féodaux.

La publicité de la constitution ou de la transmission des droits réels immobiliers est exigée dans l'intérêt du crédit public, c'est-à-dire toujours dans un intérêt général.

La prescription est établie, soit en vue d'un intérêt économique, pour garantir la sécurité de la propriété, soit pour empêcher que des procès multipliés troublent la paix et la tranquillité publiques.

Ce ne sont là que des exemples, mais les mêmes caractères se rencontrent dans les cas dont nous n'avons pas parlé.

Quant aux meubles, les hypothèses où ils doivent être régis par la loi du pays où ils se trouvent, parce que l'intérêt général est en cause, nous sont aussi connues. Ainsi, les meubles ne sont pas susceptibles de certains droits réels, par exemple d'hypothèque, par une raison de crédit public : on a pensé, à tort ou à raison, qu'ils n'offriraient pas une garantie suffisamment sûre. Divers meubles sont déclarés insaisissables : ou bien par des raisons d'humanité, c'est-à-dire d'ordre public, ou bien pour fortifier le crédit national, comme les rentes sur l'État. Les motifs sur lesquels est fondée la prescription, ceux de la publicité requise quelquefois pour la transmission de la propriété, sont les mêmes pour les meubles que pour les immeubles.

348. — 2° Toutes les fois que l'intérêt général est hors de cause et qu'il ne s'agit que d'intérêts privés, les biens ne sont pas nécessairement soumis à la loi de leur situation. Rien n'empêche alors que la loi étrangère ne s'applique en France, aux immeubles aussi bien qu'aux meubles. Nous savons, en effet, qu'en dehors des matières d'ordre public, les États ne doivent pas exclure chez eux l'application des lois étrangères, et que la loi nationale de la personne doit régir ses droits, même pécuniaires ou patrimoniaux.

Nous ne dirons cependant pas, d'une façon absolue, que les biens situés en France sont toujours soumis à la loi nationale de leurs propriétaires.

Sous certains rapports, la volonté des parties est libre et souveraine : on doit suivre alors la loi qu'elles ont choisie, ou sont présumées avoir choisie : c'est, du reste, ce qu'on reconnaît généralement. Mais les droits réglés impérativement et d'une façon obligatoire par la loi elle-même, sont régis par la loi nationale des personnes à qui ils appartiennent.

Cela est vrai, en particulier, des successions : les successions immobilières, aussi bien que mobilières, doivent être soumises à la loi nationale du *de cujus*. Les rapports de parenté et de famille sont le fondement de la dévolution héréditaire, et il n'est pas rationnel que leurs conséquences varient avec la nature et la situation des biens ; la succession est transmise suivant la volonté présumée du *de cujus* et

l'ordre probable de ses affections : il n'est pas vraisemblable qu'il ait eu une volonté différente pour les immeubles et pour les meubles, différente aussi avec les pays où les immeubles étaient situés. La succession doit être soumise tout entière à la loi qui régit les rapports de famille et qui est mieux à même d'interpréter la volonté du *de cujus*, c'est-à-dire à sa loi nationale.

On fait cependant une objection (1). La succession aux immeubles devrait être régie par la loi de leur situation, en vertu même des principes que nous avons posés : elle se rattache à l'intérêt économique et politique de l'État, à l'ordre public largement entendu. « Ce qui domine dans les successions, ce sont des vues politiques, des raisons d'intérêt social (2) ». « Dans chaque État, la loi sur les successions n'est qu'un corollaire de l'organisation politique (3) ». De fait, le régime des successions varie, suivant les époques et les pays, avec la constitution politique : ainsi, en France, à l'heure présente, il est institué de façon à sauvegarder l'égalité, qui est une des bases de l'ordre politique et social.

Ces considérations ne sont pas décisives. Sans aucun doute, le régime des successions tient à l'organisation politique et sociale de chaque État ; comme les droits de famille dont il est une dépendance, il est d'ordre public, mais d'ordre public interne : les nationaux ne peuvent y déroger que dans la mesure fixée par la loi elle-même. Il n'est pas d'ordre public international : on ne doit pas exclure, dans cette matière, les lois étrangères.

D'abord, si le régime des successions était réellement d'ordre public international, cela serait vrai des successions mobilières comme des successions immobilières. Les unes et les autres s'inspirent des mêmes raisons politiques et sociales. Or, tout le monde reconnaît que les lois étrangères peuvent s'appliquer à la dévolution des meubles ; pourquoi en serait-il autrement des immeubles ? Autrefois, peut-être, la fortune mobilière était trop peu importante pour intéresser

---

(1) Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 145. Aubry et Rau, t. I, p. 99, note 45.

(2) Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*

(3) Demangeat, *op. et loc. cit.*

l'État : aujourd'hui rien ne serait plus faux ; il est inadmissible que la transmission d'une bicoque importe à l'ordre public, tandis que celle des capitaux mobiliers les plus condérables lui serait indifférente. On comprend, d'ailleurs, très bien que le règlement d'une succession intéresse l'État quand il s'agit de ses nationaux, et non quand il s'agit d'étrangers. Il faut, en effet, que la dévolution de la succession d'un français soit conforme au régime égalitaire et démocratique que notre pays a adopté, mais qu'importe à l'État français qu'au décès d'un anglais ses immeubles situés en France soient attribués à un enfant plutôt qu'à un autre, de façon à maintenir à la famille et à la société anglaises leur constitution aristocratique ? Si la réunion sur une même tête de trop grandes propriétés territoriales est un danger, il se présentera assez rarement pour n'être pas sérieusement à craindre.

Au surplus, nous ne contestons pas que, parmi les règles des successions immobilières ou mobilières, quelques-unes soient d'ordre public international. Il en est certainement : par exemple, celles qui prohibent les substitutions ; il sera quelquefois difficile de discerner ce caractère, mais il n'appartient assurément pas au régime des successions tout entier.

SECTION III. — *Aperçu des législations étrangères.*

349. — A. Immeubles. — Les lois de tous les pays, croyons-nous, décident qu'ils sont soumis à la loi de leur situation, mais le point important est de savoir quelle portée elles donnent à ce principe.

C'est dans la législation et la doctrine anglaises et américaines que l'application aux immeubles de la loi de leur situation est la plus étendue, et il n'y a pas lieu d'en être surpris. Elle régit, non seulement les successions et autres droits qui résultent directement de la loi, comme le douaire de la veuve, mais encore la forme des actes dont les conséquences se produisent sur les immeubles situés en Angleterre. Même passés en pays étranger, les contrats qui les concernent doivent être faits par écrit, conformément au *statute of frauds* de Charles II.

Le Code autrichien, le Code prussien et le Code bavarois

soumettent aussi les immeubles à la loi de leur situation.

Le Code autrichien étend cette règle à la succession *ab intestat*. En Prusse, au contraire, la succession aux immeubles n'est pas régie par la loi de la situation des biens, mais par la loi personnelle du *de cujus*.

D'après le Code civil italien (dispositions préliminaires, art. 7), « les biens immeubles sont soumis à la loi en vigueur au lieu de leur situation. » En apparence, c'est, sous une forme plus générale, le même principe que celui du Code civil français ; mais cet article 7 doit être rapproché de ceux qui le précèdent : il prend ainsi une signification bien plus restreinte. Il résulte, en effet, de l'article 6, que la capacité des personnes, même pour les actes relatifs aux immeubles, est régie par la loi de la nation à laquelle ils appartiennent ; — de l'article 9, que les effets des contrats, même sur les immeubles, dépendent de la volonté des parties contractantes ; — de l'article 8, que « les successions légitimes et testamentaires sont réglées par la loi de la nation de celui dont l'hérédité est ouverte, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. » Il en est de même, d'après l'article 9, pour « la substance et les effets des donations et des dispositions de dernière volonté. » Toutes ces matières écartées, sous quels rapports les immeubles seront-ils régis par la loi de leur situation ? Uniquement dans leurs rapports avec l'intérêt général, et, malgré ses expressions larges, l'article 7 n'a pas d'autre portée.

Le Code espagnol doit aussi s'entendre dans le même sens que le Code italien. L'article 10 décide que les biens immeubles sont régis par la loi du pays où ils sont situés ; mais il ajoute que les successions légitimes et testamentaires sont régies par la loi nationale du *de cujus*, quels que soient la nature des biens et le pays où ils sont situés.

350. — B. Meubles. — Le Code bavarois soumet les meubles, comme les immeubles, à la loi de leur situation.

Les autres législations leur appliquent généralement la loi personnelle de leur propriétaire : loi du domicile ou loi nationale, suivant qu'on admet l'un ou l'autre système.

Ainsi, en Angleterre, les meubles sont régis par la loi du

domicile de la personne ; et c'est ce que décident également le Code autrichien et le Code prussien.

D'après le Code civil italien (dispositions préliminaires, art. 7 précité) « les biens meubles sont soumis à la loi de la nation de leur propriétaire, sauf disposition contraire de la loi du pays où ils se trouvent ». Cette loi locale doit donc seule s'appliquer, toutes les fois que ces dispositions sont relatives à l'intérêt général. C'est le système que nous avons précédemment exposé.

Le Code espagnol consacre la même règle (art. 10).

CHAPITRE VI. — **Formes des actes. — Preuve.**

351. — On entend par *formes* des actes tous les éléments extérieurs qui ont pour but de les manifester, de les rendre visibles et apparents : tel est, en première ligne, l'écrit (*instrumentum*) qui est dressé pour en constater l'existence.

On ne doit pas y comprendre : 1° les éléments intrinsèques de l'acte, tels que le consentement des parties, le prix, dans la vente, etc. Ces éléments constituent le fond même de l'acte ; c'est très improprement que certains auteurs les ont qualifiés de formalités intrinsèques ou viscérales. 2° Les formalités *habilitantes*, qui ont pour objet de rendre la personne capable d'accomplir l'acte, comme l'autorisation maritale, l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal : elles sont soumises à la loi nationale de la personne, qui régit sa capacité. 3° Les formalités requises pour que l'acte soit opposable aux tiers : transcription, inscription, notification ou acceptation d'une cession de créance : elles dépendent de la loi du pays où sont situés les biens, notamment les immeubles; sur lesquels l'acte produit ses effets. Ce sont, d'ailleurs, des formalités *postérieures* à l'acte, plutôt que des formes de l'acte même.

352. — Les formes des actes sont régies par la loi du pays où ils sont passés : valable suivant cette loi, l'acte est valable en quelque pays qu'il soit apprécié. C'est ce qu'on formule par cet adage traditionnel : « *Locus regit actum.* »

Cette règle s'est introduite sous l'empire de la nécessité,

Bien souvent, en effet, il sera matériellement impossible aux personnes d'observer pour les actes qu'elles font en pays étranger les formes prescrites par leur loi nationale: les obliger à les suivre, serait leur rendre impossible l'acte lui-même.

353. — Nos anciens auteurs n'hésitaient donc pas à admettre la maxime *locus regit actum* ; mais, habitués à ne distinguer que deux sortes de statuts, ils étaient fort embarrassés pour classer dans l'une ou l'autre catégorie les règles relatives à la forme des actes. Ils les rangeaient parmi les statuts *personnels*, parce que leurs effets n'étaient pas limités au territoire de la coutume et se produisaient même au dehors. Pour justifier cette personnalité, certains jurisconsultes considéraient la forme des actes comme une dépendance du statut personnel de l'officier public chargé de les recevoir (1) : explication aussi subtile que peu exacte. Il n'y a rien de commun entre l'état et la capacité d'une personne et la forme des actes que son ministère l'appelle à rédiger, en qualité d'officier public. La forme des actes ne rentre, à vrai dire, ni dans le statut personnel, ni dans le statut réel ; aussi n'était-ce pas sans raison que Paul Voët et après lui Pothier y voyaient une troisième espèce de statuts (2).

354. — Le Code civil n'a pas reproduit, sous sa forme générale, la règle *locus regit actum*. L'article du projet, d'après lequel « la forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés, » a disparu comme celui qui était relatif aux meubles. Mais le Code en a fait plusieurs applications particulières aux actes de l'état civil (art. 47), au mariage (art. 170), au testament (art. 999) ; il y a fait aussi allusion, mais pour l'écarter, à propos de l'hypothèque conventionnelle (art. 2128). On doit en conclure que, dans la pensée du législateur, la règle ancienne restait en vigueur et on doit l'appliquer, même dans les hypothèses qu'il n'a pas prévues.

---

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chapitre XXVIII.

(2) Pothier, *Introduction aux coutumes*, nos 5 et 25.

Toutefois, lorsque le sens et la portée du principe donnent lieu à discussion, le silence du législateur nous laisse la liberté de suivre l'opinion la plus rationnelle, sans nous considérer comme liés par la tradition.

Nous retrouverons par la suite et nous apprécierons les divers textes relatifs à la forme des actes ; pour le moment, nous nous bornerons à exposer les principes généraux, d'après la doctrine rationnelle et d'après la pratique et la jurisprudence françaises.

Nous jetterons ensuite un coup d'œil sur les législations étrangères, et nous parlerons enfin des actes reçus par les consuls et agents diplomatiques.

Section I. — *La règle* locus regit actum, *d'après la doctrine rationnelle, la pratique et la jurisprudence françaises.*

355. — A quels actes s'applique la règle ? Quel en est le caractère ? Est-elle obligatoire ou facultative ? Quelles exceptions reçoit-elle ? Telles sont les trois questions auxquelles nous devons répondre.

356. — I. — Actes auxquels s'applique la règle. — Les formes des actes sont diverses ; leur but n'est pas toujours le même ; leur violation n'a pas toujours les mêmes conséquences. Ainsi, les écrits sont authentiques ou sous-seing privé ; d'autre part, les formalités sont exigées, le plus souvent, *ad probationem*, pour assurer la preuve des actes, mais quelquefois aussi *ad solemnitatem*, c'est-à-dire pour leur existence même. La *lex loci actûs* s'applique-t-elle également à ces divers points de vue ?

357. — **A. Actes authentiques et actes sous-seing privé.** — *a) Actes authentiques.* — C'est en ce qui les concerne que la règle *locus*... s'impose de la façon la plus certaine. Les officiers publics, chargés de donner l'authenticité aux actes, ne peuvent recevoir que ceux pour lesquels la loi de leur pays leur donne compétence et suivant les formes qu'elle prescrit. Ce sont donc aussi les seules que les étrangers pourront observer. Par exemple, en Prusse, le

testament authentique est reçu par un tribunal, en France, par un notaire. Un prussien, qui veut faire un testament authentique en France, ne peut suivre la forme établie par sa loi nationale : aucun tribunal ne recevrait sa déclaration ; il n'a donc d'autre moyen que de tester dans la forme de la loi française, c'est-à-dire par acte notarié.

358. — *b*) *Actes sous-seing privé.* — Les actes sous-seing privé sont l'œuvre des parties elles-mêmes et tirent leur force de leur signature ; mais, outre cette signature, ils exigent encore parfois diverses formalités, qui ne sont pas les mêmes dans tous les pays. Ainsi, la rédaction en double original de l'acte qui constate une convention synallagmatique, imposée par le Code français, ne l'est pas par le Code italien. Le *bon* ou *approuvé*, dont le billet qui constate une obligation de somme d'argent doit être revêtu (art. 1326), n'est pas nécessaire d'après la loi anglaise. Les formalités assez nombreuses auxquelles notre Code de commerce soumet la lettre de change ne se rencontrent pas dans tous les pays. L'acte sera-t-il valable si celui qui l'a souscrit a suivi les formes prescrites par la loi du pays où il est passé, même s'il a violé celles que requiert sa loi nationale ? La raison de douter vient de ce que l'officier public n'intervient pas. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que les parties suivent, en quelque pays que ce soit, leur loi nationale. La nécessité, qui est la raison d'être de la règle *locus*..., ne semble pas se rencontrer ici ; ne faut-il pas croire, par suite, que la règle elle-même ne s'applique plus ? (1)

Mais si la nécessité d'admettre les formes prescrites par la *lex loci actûs* est moindre, elle existe cependant, même pour les actes sous-seing privé. Ceux qui ont à les rédiger sont souvent fort peu instruits ou complètement ignorants de leur loi nationale, et ils trouveront difficilement à se renseigner en pays étranger. Les formes de la loi locale sont les seules qu'ils puissent certainement connaître, et, de fait, il leur sera moralement impossible d'en observer d'autres

(1) V. Duguit, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes* (Th. doc.), p. 41-54 et suiv. (au point de vue particulier de la loi française).

En définitive, la règle *locus*... s'applique aux actes sous-seing privé aussi bien qu'aux actes authentiques : c'est dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée (1).

359. — **B. Formes requises** *ad probationem* **et formes requises** *ad solemnitatem*. — *a) Formes requises pour la preuve des actes*. — Elles sont déterminées, sans aucun doute, par la *lex loci actûs*. Cette loi décide donc :

1° Si l'acte, destiné à faire preuve, a été rédigé dans les formes voulues.

2° Quelle est sa force probante, notamment si l'acte rédigé par un officier public fait foi jusqu'à inscription de faux. Cette force, en effet, dépend de l'autorité dont l'officier public est revêtu, des garanties personnelles qu'il présente, de celles dont la confection de ses actes est entourée, de la confiance enfin dont il est présumé digne : sur tous ces points, il faut évidemment se référer à la loi qui l'a institué et qui règle la forme de ses actes. S'agit-il d'actes sous-seing privé ? La loi du pays où ils ont été faits décidera s'ils ont date certaine à l'égard des tiers (2).

3° Enfin, la *lex loci actûs* décide si un écrit a dû être dressé, et, par conséquent, dans quels cas et jusqu'à quel chiffre on peut admettre la preuve par témoins et par présomption de fait. En effet, les parties, désireuses de s'assurer une preuve, ont naturellement consulté la loi du pays où l'acte est accompli, et ont dû se croire en règle, dès qu'elles s'y sont conformées. Pratiquement, il leur serait bien difficile, ou même impossible, de connaître et de suivre les exigences de leur loi nationale. La même nécessité qui oblige à considérer comme valable l'écrit qui a respecté les formes usitées au lieu de sa rédaction, oblige donc aussi à considérer la preuve par témoins ou présomptions comme suffisante, lorsqu'elle est jugée telle par la loi du même lieu (3).

---

(1) Cass. 18 août 1856, Dal. 57.1.39. Paris, 12 janvier 1889, Cl. 1889, p. 291. Laurent, t. II, n° 238. Weiss, p. 254-355. Despagnet, p. 320. Surville et Arthuys, p. 199.

(2) Cass. 23 mai 1892, Cl. 1892, p. 1176. — *Contra* Weiss, p. 625-726. Duguit, *op. cit.*, p. 124. Despagnet, p. 353.

(3) Cass. 24 août 1880, Dal. 80.1.447.— Laurent, t. VIII, n^{os} 37 et suiv. Brocher, t. I, p. 129 et suiv. Weiss, p. 809. Surville et Arthuys,

Observons seulement que la preuve admise par la *lex loci actûs* ne pourrait être employée dans un pays où elle serait contraire à l'ordre public, mais ce n'est pas le cas, en France, pour la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs (1); et que la procédure à suivre pour administrer la preuve ne dépend pas de la *lex loci actûs*, mais de la loi du tribunal saisi (*lex fori*) (2).

360. — *b) Formes requises pour la solennité des actes.* — Dans certains cas, les formes des actes sont requises *ad solemnitatem*, c'est-à-dire pour en assurer l'existence. Ces actes ou contrats solennels sont l'exception dans notre droit français. Pour quelques-uns d'entre eux, le mariage, le testament, l'hypothèque, la loi a expressément prévu le cas où ils sont faits en pays étranger : il ne peut donc y avoir de difficulté. La question ne se pose que dans les hypothèses dont les textes n'ont pas parlé, comme la reconnaissance d'enfant naturel, la donation ou le contrat de mariage.

La règle *locus regit actum* s'applique-t-elle aux formes exigées pour la solennité des actes ?

Il importe d'abord de bien préciser le sens de cette question.

Un français veut faire une donation à un autre français, en pays étranger. En admettant même qu'il soit nécessaire d'employer un acte authentique, il est certain que les formes requises pour cette authenticité sont déterminées par la *lex loci actûs*. Mais est-ce cette même loi qui décide si la solennité est nécessaire ? Deux français pourront-ils, en pays étranger, faire une donation ou un contrat de mariage par acte sous seing privé, lorsque la loi locale le permet ?

---

p. 456. — *Contra*, Beauchet, *Conflit des lois en matière de preuve testimoniale*, Cl. 1892, p. 359, qui se prononce pour l'application de la *lex fori*. Duguit, *op. cit.*, p. 56.

(1) Cass. 24 août 1880. *Suprà*.

(2) Nous ne nous occupons pas ici des autres modes de preuve : présomptions légales, aveu, serment, qui sont étrangers ou ne se rattachent que très indirectement à la forme des actes. Nous étudierons, à propos de certaines matières, les preuves qui leur sont propres; nous parlerons aussi de celle qui résulte de l'autorité de la chose jugée.

Les opinions, à cet égard, sont partagées. Quelques auteurs pensent qu'il n'appartient pas à la *lex loci* de décider si l'acte doit être fait en forme solennelle (1). La solennité, étant exigée pour l'existence même de certains actes, est une condition de fond plutôt que de forme ; la règle *locus*..., est donc ici sans application. Il faudra suivre la loi personnelle des parties, ou celle du pays où sont situés les biens objets de l'acte ou du contrat, suivant que la solennité est exigée par des considérations qui tiennent à la personne, ou par des motifs qui se rattachent au crédit public et à l'organisation de la propriété. C'est la solution adoptée par la loi hypothécaire belge. L'hypothèque conventionnelle ne peut être constituée sur des immeubles situés en Belgique que par acte authentique ; cette condition sera également exigée si l'acte est passé à l'étranger, mais les formes de l'authenticité seront réglées par la loi locale.

Cette manière de voir me paraît, cependant, inexacte. Soit en thèse générale, soit au point de vue particulier de la loi française, la *lex loci actûs* doit déterminer, non seulement quelles sont les formes requises pour la solennité de l'acte, mais encore si cette solennité est nécessaire.

Il faut, en effet, toujours revenir au fondement de la règle *locus*..... : la nécessité, l'impossibilité de suivre une loi autre que celle du pays où l'acte est passé. En exigeant que les français, partout où ils se trouvent, fassent une donation, un contrat de mariage ou tous autres actes solennels en la forme authentique, on arrivera à les leur rendre impossibles ; il suffit de supposer qu'ils se trouvent dans un pays où il n'existe pas d'officier public chargé de donner l'authenticité aux actes, et spécialement à ceux dont il s'agit. Ce n'est pas une hypothèse chimérique. Il n'est pas certain, par exemple, qu'on trouvât en Turquie un officier public compétent pour recevoir le contrat de mariage de deux chrétiens: aussi l'usage s'est-il établi, parmi les chrétiens d'Orient, de rédiger sous seing privé les actes qui constatent leurs conventions matrimoniales. Alors même qu'il n'existera pas ainsi d'impossibilité matérielle, il faut tenir compte aussi,

(1) Laurent, t. II, nos 240 et suiv. Duguit, *op. cit.*, p. 112 et suiv. Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, p. 121.

comme nous l'avons fait pour les actes sous-seing privé, de l'espèce d'impossibilité morale où se trouve quelquefois un français, ignorant les lois de son pays, d'en connaître l'existence dans un pays étranger.

Enfin, si, dans un contrat, les deux parties sont de nationalités différentes, que la loi nationale de l'une exige la solennité, tandis que la loi nationale de l'autre ne l'exige pas, à laquelle donner la préférence ? La difficulté serait insoluble ; on l'évitera en appliquant toujours la *lex loci actûs*.

La jurisprudence française se prononce dans ce sens d'une façon constante (1).

361. — II. — CARACTÈRE DE LA RÈGLE « LOCUS REGIT ACTUM. » — La règle *locus regit actum* est-elle obligatoire ou facultative ? L'acte est valable en la forme, lorsqu'il a suivi la loi du pays où il a été passé ; mais cette condition est-elle nécessaire à sa validité ? Ne pourra-t-il pas être encore valable, s'il est conforme à la loi nationale des personnes qui l'ont fait, ou même à la loi du pays où il doit produire ses effets, par exemple où sont situés les immeubles qui en sont l'objet ?

Pour résoudre cette question, il faut d'abord bien circonscrire le champ du débat.

362. — 1° Il n'y a pas de doute pour les actes authentiques. Les formes prescrites par la *lex loci actûs* peuvent seules être suivies. Les officiers publics français ne peuvent, en effet, instrumenter, même à l'égard des étrangers, que dans les formes de la loi française et il en est de même des officiers publics étrangers à l'égard des français.

2° Même pour un acte sous-seing privé, l'application de la *lex loci actûs* est obligatoire, lorsqu'il est passé entre deux ou plusieurs personnes de nationalités différentes. Il n'y a pas de raison pour donner la préférence à la loi nationale de l'une des parties ; l'acte, conforme à la loi natio-

---

(1) Paris, 11 mai 1816, Sir. 17.2.10. Paris 22 novembre 1828, Sir. 29.2.77. Cass. 12 juin 1855. Dal. 55.1. 389 ; 11 juillet 1855, Sir. 55. 1.699 ; 18 avril 1865, Dall. 65.1.542. — Fiore, n° 318. Weiss, p. 252,253. Despagnet, p. 353. Surville et Arthuys, p. 200.

nale de l'une d'elles, serait peut-être valable dans son pays, mais pourquoi le serait-il dans celui de l'autre ? Au contraire, la *lex loci actûs* leur convient également à l'une et à l'autre. Conforme à cette loi, l'acte sera certainement valable dans tous les pays.

363. — La question ne se pose donc que pour les actes sous-seing privé, et, pour ceux-là même, dans deux cas seulement :

1° Lorsque l'acte est unilatéral, comme un testament ;

2° Lorsqu'il est passé entre deux ou plusieurs étrangers de même nationalité.

Ne pourront-ils pas suivre leur loi nationale, de préférence à celle du pays où l'acte est passé ?

Certains auteurs prétendent que, même alors, la *lex loci actûs* doit seule et impérativement s'appliquer (1). En effet, disent-ils, la forme des actes ne dépend pas de la volonté des parties, mais de la loi ; on ne peut donc leur laisser le choix entre leur loi nationale et la loi locale. L'une ou l'autre doit nécessairement s'appliquer. Or, nous l'avons vu, les parties ont toujours le droit de suivre la loi locale ; elles en ont donc aussi l'obligation.

Ce raisonnement repose sur une idée vraie : les formes des actes ne sont pas abandonnées à la libre volonté des individus. Un français, en France, ne pourrait suivre les formes de la loi allemande, ou un allemand, en France, celles de la loi anglaise. Mais c'est tirer de ce principe une conséquence exagérée, que de leur refuser le choix limité entre leur loi nationale et celle du pays où ils se trouvent.

Un français fait en pays étranger un acte qui n'est pas conforme à la loi locale : comment pourrait-on, en France, l'invalider, alors qu'il réunit les formes et les conditions requises par la loi française ?

Il n'y a pas non plus de raison pour refuser d'admettre, en France, la validité de l'acte qu'un étranger aurait fait dans ce pays, suivant sa loi nationale. On ne doit écarter les lois étrangères que quand elles sont contraires à l'ordre

---

(1) Merlin, *Répertoire*, V° *Preuve*. Demolombe, t. I, n° 106 *bis*. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 184, note a,

public ; or, ce n'est pas le cas. La forme des actes sous-seing privé n'est pas d'ordre public international. Le droit de suivre la loi du pays où l'acte est passé « constitue, pour les étrangers, une faveur et une dérogation apportée, dans leur intérêt, au droit commun de la personnalité des lois » (1); elle ne doit pas se retourner contre eux. C'est un avantage qui leur est fait, mais non pas une obligation, lorsqu'il leur est possible de suivre les règles de leur loi nationale (2).

La règle *locus regit actum* est donc facultative. L'article 999 du Code civil fournit encore un argument en ce sens. Il en résulte, en effet, que le testament olographe, fait par un français en pays étranger, est valable, lorsqu'il remplit les conditions fixées par la loi française, même s'il n'est pas conforme à la loi étrangère. C'est aussi ce qu'admet la jurisprudence la plus récente. La Cour de Douai a reconnu la validité des conventions matrimoniales que deux anglais avaient rédigées en France, par acte sous-seing privé, suivant leur loi nationale (3).

364. — L'acte peut encore être reconnu valable, s'il est conforme à la loi du pays où sont situés les biens sur lesquels il doit produire ses effets (4). Le Code italien (art. 1314, 4°) exige que tout bail d'immeubles excédant 9 ans soit fait, à peine de nullité, par un acte écrit, public ou privé. Cependant, le bail passé en Italie d'un immeuble situé en France serait valable, même si aucun écrit n'avait été rédigé. Il pourrait être prouvé, soit par témoins, s'il y avait un commencement de preuve par écrit, au moins lorsque le bail a déjà reçu un commencement d'exécution, soit par l'aveu ou

---

(1) Douai, 13 janvier 1887. *Infrà*.

(2) Quelquefois, cependant, les formes prescrites par la loi française sont exigées dans un intérêt d'ordre public : par exemple en matière de mariage. Elles s'appliquent alors aux étrangers comme aux français.

(3) Douai, 13 janvier 1887, Dal. 87. 2. 121. *Sic.* Cass. 19 mai 1880, Sir. 30. 1. 325. — *Contra*, Cass. 9 mars 1853, Sir. 53. 1. 274. — Fiore, n° 320. Laurent, t. II, n° 247. Weiss, p. 256. Despagnet, p. 357. Surville et Arthuys, p. 40.

(4) Laurent, t. II, n° 248. Fiore, n^{os} 321, 322. — V. *contra*, Surville et Arthuys, p. 215.

le serment. Un tribunal français n'exigerait sans doute pas, pour la location d'immeubles situés en France, des formalités que la loi française ne considère pas comme indispensables.

365. — En résumé, l'acte est valable en la forme : 1° lorsqu'il a suivi la loi du pays où il est fait ; 2° lorsqu'il a suivi la loi nationale des parties, à condition qu'elles soient de même nationalité et que l'acte soit sous-seing privé ; 3° lorsqu'il a suivi la loi du pays où sont situés les biens sur lesquels doivent se produire ses effets.

Le plus sûr moyen d'éviter toutes les difficultés est de suivre la *lex loci actûs*.

366. — III. — EXCEPTIONS A LA RÈGLE « LOCUS REGIT ACTUM. » — Théoriquement, on pourrait soutenir que notre règle ne comporte aucune exception. En fait, cependant, il résulte des prescriptions des diverses législations positives que, dans certains cas, l'acte ne sera pas valable en la forme, bien qu'il ait suivi celle du pays où il a été fait.

1° La *lex loci actûs* ne s'applique plus, lorsque la loi nationale des parties leur défend de faire un acte ou un contrat dans une forme donnée, bien qu'elle soit admise par la loi du pays où elles se trouvent, ou lorsqu'elle les oblige formellement à suivre, même en pays étranger, les formes requises par leur loi nationale. Ainsi, d'après l'article 999 du Code civil, tel du moins que je crois devoir l'interpréter (1), le français qui fait son testament olographe en pays étranger est tenu de suivre toutes les règles de la loi française ; les articles 982 et 992 combinés du Code des Pays-Bas ne permettent aux néerlandais qui se trouvent en pays étranger de tester par acte sous-seing privé, que pour certains objets déterminés ; ils ne pourront donc faire, en France, un testament olographe dans les hypothèses qui ne sont pas autorisées par leur loi nationale (2). Quelquefois seulement, on peut se demander si l'interdiction d'une certaine forme s'applique même au cas où l'acte est fait en pays

(1) *Infrà*, n° 680.
(2) *Contra*, Orléans, 3 août 1859, Dal. 59.2.158, (*infrà*, n° 682).

étranger. Ainsi, aux termes de l'article 968, deux français ne peuvent faire leur testament par un seul et même acte; le testament conjonctif est-il ainsi prohibé, lorsqu'il est fait dans un pays étranger où la loi le permet ? La question est douteuse. Nous croyons, pour notre part, devoir la résoudre affirmativement, bien que deux arrêts se soient prononcés en sens contraire (1).

2° Quelquefois, la loi exige que les actes relatifs aux immeubles soient faits, même en pays étranger, dans les formes prescrites par la loi de la situation des biens. Dans ce cas encore, la règle *locus regit actum* ne s'applique pas. L'acte, pour être valable, doit être conforme à la *lex rei sitæ*. C'est, du reste, dans le pays où les immeubles sont situés qu'il sera apprécié, puisque, en matière immobilière, ce sont les tribunaux de ce pays qui sont compétents. Ainsi, d'après la loi anglaise, (*statute of frauds*), l'aliénation d'un immeuble situé en Angleterre, même si elle a lieu en pays étranger, n'est valable qu'autant qu'elle est faite par acte écrit ; d'après la loi hypothécaire belge (art. 77), l'acte passé en pays étranger doit être authentique, pour constituer hypothèque sur un immeuble situé en Belgique. L'article 2128 du Code civil français va plus loin encore : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France ». La règle *locus regit actum* est donc ici entièrement écartée.

367. — 3° On a proposé une autre exception. L'acte, même conforme à la loi locale, ne serait pas valable toutes les fois que les français, en venant dans un pays étranger, n'ont eu d'autre but que de faire fraude à leur loi nationale et d'en éluder l'application (2).

Le législateur, dit-on, ne peut accorder d'effets à des actes accomplis au mépris de son autorité : *Fraus omnia corrumpit*. D'ailleurs, la nécessité, qui est la raison d'être de la règle *locus regit actum*, ne se rencontre pas ici. Lorsque deux français sont allés à l'étranger, exprès pour faire une

---

(1) Toulouse, 11 mai 1850, Sir. 50. 2. 538. Caen 22 mai 1850, Sir. 50. 2. 566, (*infrà*, n° 679).

(2) Fœlix, t. I, n° 82. Laurent, t. II, n° 239.

donation par acte sous-seing privé, rien ne les forçait à s'écarter des formes prescrites par la loi française. L'acte ne sera donc pas valable, au moins lorsque, comme dans l'espèce, il a violé des formes requises à peine de nullité. Il n'y aurait pas, au contraire, de raison pour prononcer la nullité, lorsque l'infraction, même commise en France, ne l'entraînerait pas.

En d'autres termes, lorsque l'acte est fait à l'étranger en fraude de la loi française, la sanction du vice de forme doit être la même que si l'acte était fait en France (1).

Je repousse entièrement cette restriction à la règle *locus regit actum*. A mon avis, sauf les exceptions que j'ai indiquées plus haut, l'acte est valable lorsqu'il est conforme à la *lex loci*, sans rechercher pour quels motifs les parties l'ont accompli en pays étranger.

Il en doit être ainsi, d'abord, dans les hypothèses que le Code a formellement prévues : pour les actes de l'état civil (art. 47), le mariage (art. 170), le testament (art. 999). Dans tous ces cas, le législateur reconnaît la validité de l'acte passé en pays étranger et dans les formes étrangères. Il ne fait point la distinction qu'on propose ; nous n'avons donc pas non plus le droit de l'admettre. Je dois dire, cependant, que, relativement au mariage, la question est très controversée et que la jurisprudence, comme nous le verrons plus loin, se prononce dans le sens contraire à celui que j'indique.

Quant aux hypothèses dont le Code n'a pas parlé, nous ne pouvons nous appuyer sur le texte de la loi, mais il ne serait pas logique d'adopter, dans des cas semblables, des solutions opposées. Il est vrai que quand une personne se rend en pays étranger en vue d'accomplir un acte déterminé, aucune nécessité ne l'obligeait à s'écarter des prescriptions de sa loi nationale ; mais comment savoir si, en se rendant en pays étranger, cette personne a eu précisément pour but d'échapper à ces prescriptions, ou si elle a été guidée par quelque autre motif légitime ? Il serait nécessaire, pour cela, de se livrer à une recherche d'intention où il serait très difficile de découvrir, d'une façon précise et certaine, la vérité (2).

---

(1) Despagnet, p. 355.
(2) Weiss, p. 257.

SECTION II. — *Coup d'œil sur les législations étrangères.*

368. — La règle *locus regit actum* est admise sous l'empire de toutes les législations. La nécessité, qui en est la raison d'être, se retrouve dans tous les pays.

Parmi ces lois étrangères, quelques-unes formulent la règle expressément et en termes généraux. Ainsi, le Code civil italien (dispositions préliminaires, art. 9) : « Les formes extrinsèques des actes entre-vifs et de ceux de dernière volonté suivent la loi du lieu où ils se font ; » — le Code civil espagnol (art. 11) ; — le Code néerlandais (dispositions préliminaires, (art. 10) ; — le Code bavarois ; — le Code saxon ; — ceux de plusieurs cantons suisses ; — le Code de Mexico ; — celui de la République argentine.

D'autres lois, comme notre Code civil, sans formuler expressément le principe, en font des applications plus ou moins nombreuses. Tel est le Code prussien, qui pose la règle, mais seulement à l'égard des contrats : « La forme d'un contrat sera jugée d'après les lois du lieu où il a été passé ».

Ailleurs enfin, la règle, sans être écrite nulle part, est reçue par la jurisprudence et la pratique : par exemple, en Angleterre, en Autriche, aux Etats-Unis.

Quant à la portée de la règle *locus regit actum* et à l'étendue de son application, la législation et la jurisprudence des États étrangers sont, en général, et sauf quelques divergences, conformes aux solutions que j'ai données ci-dessus. Ainsi, on admet que la règle s'applique aux actes solennels (Code espagnol, art. 11) ; — que les moyens de preuve sont déterminés par la *lex loci actîs* (Code italien, dispositions préliminaires, art. 10, § 2).

La tendance générale est aussi de reconnaître à la règle un caractère facultatif. Quelques Codes le décident expressément, notamment le Code saxon et le Code italien (dispositions préliminaires, art. 9) : les parties peuvent suivre les formes fixées par leur loi nationale, pourvu qu'elles soient toutes soumises à la même.

SECTION III. — *Actes reçus par les consuls ou agents diplomatiques.*

369. — Les actes faits par des étrangers sont, nous l'avons vu, valables en la forme, lorsqu'ils suivent la loi du pays où ils ont été passés ; ils peuvent aussi, s'ils le préfèrent, suivre leur loi nationale pour les actes sous-seing privé ; enfin, un autre moyen leur est offert : c'est de recourir au ministère des consuls de leur nation. Il est, du reste, évident que l'intervention des consuls sera beaucoup plus rare que l'application de la *lex loci actûs* : il n'y a pas de consuls partout ; partout, au contraire, il est facile de s'adresser aux autorités et officiers publics du pays.

Les consuls, entretenus par la France dans les États étrangers, sont compétents pour recevoir les actes de toute nature qui intéressent les français. Ils remplissent le rôle d'officiers de l'état civil pour les actes de l'état civil et les mariages, celui de notaires pour les testaments, et, en général, pour tous les actes ou conventions que leurs nationaux désirent faire devant eux. L'origine de ces attributions se trouve, en grande partie, dans l'ordonnance sur la marine (août 1681) et, pour les actes de l'état civil et les mariages, dans l'article 48 du Code civil, complété par l'ordonnance du 23 octobre 1833.

Les consuls français suivent les formes prescrites par la loi française. L'acte est reçu par le consul lui-même ou le chancelier du consulat.

Réciproquement, on reconnaît aux consuls étrangers en France le droit de recevoir, dans les formes des lois étrangères, les actes qui intéressent leurs nationaux ; mais il faut, bien entendu, que la loi du pays qui les a institués leur confère ce pouvoir : c'est ce que font presque tous les États.

Au surplus, la France a conclu avec plusieurs autres puissances des conventions consulaires qui reconnaissent aux consuls français accrédités dans ces pays et, réciproquement, aux consuls étrangers en France, le droit de recevoir les actes qui intéressent leurs nationaux.

370. — L'intervention des consuls est une faculté pour leurs nationaux, mais elle n'est pas obligatoire pour eux :

ils sont toujours libres de s'adresser aux officiers publics du pays où ils se trouvent.

Il n'en faut pas chercher la raison d'être dans la fiction de l'exterritorialité, — qui n'est pas, d'ailleurs, accordée aux consuls, — mais dans une juridiction personnelle. Aussi, les consuls français n'ont de compétence qu'à l'égard de leurs nationaux. Ils pourront recevoir, soit un acte unilatéral émané d'un français, par exemple un testament, soit un contrat passé entre deux français ; mais ils ne seraient plus compétents si le contrat intervenait, soit entre deux étrangers, soit entre un français et un étranger. En effet, la loi française peut bien conférer aux consuls, officiers publics français, certaines attributions à l'égard des français, même qui se trouvent en pays étranger ; mais elle ne peut leur conférer aucun pouvoir à l'égard des sujets du pays où ils se trouvent ou d'une puissance tierce.

Réciproquement, on ne reconnaîtrait pas en France la validité des actes passés devant un consul étranger entre un étranger et un français, même si la loi du pays auquel le consul appartient l'autorisait à les recevoir.

Mais un certain nombre de traités ont modifié cette règle: ce sont les conventions consulaires conclues par la France avec les États-Unis (1853), le Brésil (1860), l'Espagne (1862), l'Italie (1862), le Portugal (1866), la Russie (1874), la Grèce (1876), la République de Salvador (1879). Elles stipulent que les consuls français, dans ces différents États, pourront recevoir les actes passés entre leurs nationaux et les sujets du pays où ils résident, et même les actes passés entre sujets de ce pays seulement, pourvu que, dans ce dernier cas, ces actes se rapportent à des biens situés en France, ou à des affaires qui doivent se traiter sur le territoire français.

371. — Parmi les conventions relatives à la compétence des consuls, il faut faire une place à part aux *Capitulations* qui règlent la condition des européens, et notamment des français, dans l'empire Ottoman et le Maroc et aux traités semblables, conclus plus récemment avec quelques États de l'Extrême-Orient, notamment la Chine et le Japon.

Nous reviendrons plus loin sur la juridiction qu'exercent, dans ces pays, les consuls. Entre autres attributions, ils rem-

plissent à l'égard des français les fonctions d'officiers publics.

On s'est demandé s'ils ne devaient pas être compétents, même pour les actes passés entre français et étrangers. Le but des capitulations est de soustraire entièrement les français à la juridiction des autorités locales : ils ne doivent donc, dans aucun cas, s'y trouver soumis. Cependant, la Cour de cassation s'est prononcée très nettement en sens contraire : elle a jugé que les consuls seraient incompétents pour célébrer les mariages entre français et sujets de l'empire Ottoman (1). Quant aux contrats ordinaires passés entre français et ottomans, l'arrêt du 18 avril 1865 (2), sans affirmer d'une façon absolue l'incompétence du consul, penche évidemment vers cette solution. La compétence des consuls français en Orient serait donc, suivant le principe général, restreinte aux actes qui n'intéressent que leurs nationaux.

On a soutenu aussi que leur compétence serait obligatoire pour les français. L'acte ne serait valable que s'il était reçu par le consul et dans les formes françaises. Ici encore, la Cour de cassation a jugé (18 avril 1865) (3) que les privilèges accordés aux français en Orient ne leur enlevaient pas le bénéfice du droit commun et de la règle *locus regit actum* ; et elle a reconnu la validité du contrat de mariage de deux français rédigé, par acte sous-seing privé, dans les formes en usage parmi les chrétiens d'Orient. La question, il est vrai, n'eut pas été la même, s'il se fût agi d'un acte reçu par un officier public ottoman et peut-être aussi la solution eût-elle été différente. Il n'est même pas bien certain que ces officiers se reconnussent à eux-mêmes compétence à l'égard des étrangers.

CHAPITRE VII. — **Des conventions ou contrats.**

372. — Les actes volontaires se rattachent à toutes les parties du droit. Ils sont relatifs à la personne, comme le mariage, la reconnaissance d'enfant naturel, etc., ou aux biens. Les actes volontaires relatifs aux biens se divisent eux-mêmes en actes entre vifs : ce sont les conventions ou

---

(1) 10 août 1819, Sir. 19. 1. 111.
(2) Dal. 65. 1. 143.
(3) *Sup. cit.*

contrats ; et actes à cause de mort : ce sont les testaments. Les actes relatifs à la personne sont soumis à la loi qui régit son état et sa capacité. L'étude des testaments sera mieux à sa place avec celle des successions. Nous ne parlerons donc ici que des actes volontaires, relatifs aux biens et entre vifs, et, plus spécialement, des actes à titre onéreux. Les actes entre vifs à titre gratuit, les donations, obéissent, sous bien des rapports, aux mêmes règles que les conventions ordinaires ; quant aux particularités qu'elles présentent, nous les joindrons à l'étude des testaments.

373 *bis*.—Les mots *convention* et *contrat* ne sont pas synonymes. La convention est le genre, le contrat, l'espèce ; mais, comme on le fait d'ordinaire, et suivant l'exemple même du législateur, nous les prendrons indifféremment l'un pour l'autre.

Les anciens jurisconsultes, nous l'avons vu, avaient cherché à déterminer la loi applicable aux contrats, notamment aux conventions matrimoniales. Le Code n'a fait aucune allusion à ces controverses. Nous pouvons donc et nous devons adopter la solution qui nous paraît la meilleure, sans nous préoccuper de la distinction des statuts réel et personnel, à laquelle, d'ailleurs, notre matière est complètement étrangère.

J'ajoute que les solutions généralement adoptées en doctrine, sont aussi habituellement suivies dans la pratique française.

Les contrats occupent une grande partie du Code civil et du Code de commerce. Quelques-uns d'entre eux, comme le contrat de mariage, la vente, le louage, la lettre de change, font l'objet d'une réglementation particulière dont l'examen, au point de vue du droit international privé, ne serait pas à sa place dans cet exposé des principes généraux.

Je n'ai même pas l'intention de passer en revue, avec détail, toutes les matières comprises dans le titre : « Des contrats, ou des obligations conventionnelles en général ». Je traiterai principalement de la formation et des effets des conventions. J'étudierai ensuite, dans une seconde section, l'extinction des obligations.

SECTION I. — *Formation et effets des contrats.*

373. — Rappelons d'abord trois points déjà acquis :

1° La capacité de contracter, capacité générale ou spéciale à certains contrats, est régie par la loi personnelle de chacune des parties ;

2° La forme des actes dépend de la *lex loci actûs*, avec les réserves et dans le sens que nous avons précédemment indiqués ;

3° Enfin, l'ordre public s'oppose à l'application de toutes lois étrangères ou de toutes conventions particulières qui lui seraient contraires : nous en indiquerons certaines conséquences.

Laissons de côté ces trois points en recherchant la loi applicable au contrat : loi unique, comme l'acte qu'elle doit régir est un, que le contrat soit unilatéral ou synallagmatique.

374. — D'après l'article 1134 du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites ». Pour les rapports que leurs conventions établissent entre elles, les parties se font à elles-mêmes leur propre loi : ce qu'on exprime en disant que la volonté est autonome (αὐτὸς νὸμος) : elle est son propre législateur.

Les particuliers sont donc libres de régler comme ils l'entendent les clauses et conditions de leurs conventions, leurs modalités et leurs conséquences. Lorsque les juges auront à apprécier le rapport établi entre eux, ils devront rechercher quelle a été leur volonté, de même que, pour interpréter une loi générale, ils doivent rechercher quelle a été la volonté du législateur. Les juges devront ainsi appliquer les conventions particulières, quel que soit le lieu où elles ont été formées et la nationalité de ceux qui les ont faites. Dès que la volonté est connue, qu'importe en quel pays elle a été manifestée ? Tous les États doivent respecter la liberté individuelle et ses manifestations, de la part des étrangers comme de leurs nationaux. Cette liberté, d'ailleurs, n'est point une concession de telle ou telle loi : elle tient à la na-

ture même de l'homme. Les lois positives n'interviennent que pour en interpréter l'expression, pour la régler, quelquefois pour la restreindre ; mais elle existe indépendamment et au-dessus d'elles.

Les conventions expresses des particuliers doivent donc être appliquées dans tous les pays et par tous les tribunaux. C'est un principe admis depuis longtemps : d'Argentré lui-même ne le contestait pas plus que Dumoulin.

Mais, jusqu'à présent, nous n'avons pas vu comment le conflit est possible, à ce sujet, entre les diverses lois : voici comment il se produira.

375. — 1° Les parties n'expriment pas, d'ordinaire, toutes les conséquences de leurs conventions. Le législateur intervient alors pour suppléer à leur silence. Il a prévu les clauses les plus usuelles et en a réglé la portée et les effets. Ainsi, lorsque deux débiteurs s'obligent solidairement, ou qu'un débiteur s'oblige sous condition, la loi détermine les effets de l'obligation solidaire ou conditionnelle. Elle fait mieux encore : elle offre aux particuliers des modèles de contrats tout faits, auxquels ils peuvent se référer en tout ou en partie. Ainsi, elle a prévu et réglé le contrat de mariage, la vente, le louage, etc., Toutes ces dispositions de la loi sont supplétives ou interprétatives de la volonté des parties : elles ne leur sont que proposées ; elles peuvent y déroger, mais elles les suivent, par cela même qu'elles ne manifestent pas l'intention de s'en écarter. Or, à quelle loi les parties se sont-elles référées ? Quelle est la loi qui doit régir leur contrat ? Le doute est possible à cet égard, toutes les fois que les parties contractantes sont de nationalités différentes, ou que, étant de même nationalité, elles ont contracté hors de leur pays.

2° La loi intervient aussi pour régler et restreindre la liberté des particuliers. La convention n'est obligatoire que si elle est légalement faite, c'est-à-dire si elle satisfait aux prescriptions et respecte les défenses de la loi. Ainsi, les articles 1108 à 1133 du Code civil déterminent les conditions, relatives au consentement, à l'objet et à la cause, nécessaires à l'existence et à la validité du contrat. Lorsqu'elles font défaut, la volonté des parties ne suffit pas à les obliger. Le

législateur prohibe diverses conventions, comme la stipulation d'intérêt au-dessus d'un certain taux, ou refuse de les sanctionner par une action en justice, comme le jeu ou le pari. Il interdit aussi certaines clauses dans un contrat : les articles 1388 à 1390 du Code civil en fournissent des exemples pour le contrat de mariage, l'article 1628 pour la vente, etc. Ce sont là des dispositions *impératives*, auxquelles les parties ne peuvent pas déroger. Il est donc indispensable, sous ce rapport, de savoir à quelle loi elles sont soumises, lorsqu'elles ne sont pas de même nationalité ou contractent hors de leur pays.

Nous étudierons successivement les conflits que soulèvent les lois supplétives ou interprétatives de la volonté et ceux que soulèvent les lois impératives.

§ 1. — Lois supplétives ou interprétatives. — Autonomie de la volonté.

376. — Lorsqu'il s'agit des dispositions qui ont pour but de suppléer au silence de la convention ou de l'interpréter, la loi applicable, de l'aveu général, est celle que les parties ont choisie ou sont présumées avoir choisie (1). Leur volonté expresse ou tacite est souveraine. Nous allons démontrer le principe et en tirer les conséquences.

377. — I. — DÉMONSTRATION. — Les parties sont libres de régler, comme elles l'entendent, les clauses de leurs conventions et le juge doit les appliquer en quelque pays que ce soit ; elles peuvent donc emprunter, en les reproduisant intégralement, les dispositions d'une loi quelconque, autre que leur loi nationale, ou que celle du pays où elles contractent ; de même, au lieu de reproduire textuellement la loi dont elles empruntent les dispositions, elles sont libres de se borner à une référence générale et de déclarer que leur convention sera régie par la loi de tel pays. Rien n'empêche,

(1) Fœlix, t. I, n° 94. Fiore, liv. II, chap. I. Laurent, t. II, n^{os} 209 et suiv. ; t. VII, n^{os} 427 et suiv. Esperson, *Le droit international privé dans la législation italienne*, Cl. 1882, p. 270. Weiss, p. 257 et 628. Despagnet, p. 473. Surville et Arthuys, p. 220.

par exemple, deux français de décider que les clauses et conditions de la vente passée entre eux seront régies par la loi allemande. Cela est, il est vrai, peu vraisemblable si les contractants et la chose vendue sont en France ; on s'expliquerait mieux cette stipulation si, la vente ayant lieu en France, la chose vendue était en Allemagne ; on la comprend facilement si la vente est passée en Allemagne, soit entre deux français, soit, mieux encore, entre un français et un allemand.

Toutes les dispositions de la loi à laquelle les parties se sont soumises ont ainsi la même force que les autres stipulations arrêtées entre elles ; la loi qu'elles ont expressément adoptée régit donc leur convention, en quelque pays que ce soit.

378. — Mais il est bien rare que les parties déterminent expressément cette loi, ou, pour mieux dire, cela n'arrivera jamais : que décider dans le cas habituel où elles ne se seront pas expliquées?

Même alors, il faut suivre les mêmes principes. Pour appliquer et apprécier la convention, il faut savoir quelle a été la volonté des parties ; donc, pour connaître la loi applicable, il faut savoir celle qu'elles ont choisie tacitement, quand elles ne l'ont pas fait expressément.

La volonté tacite des parties aura les mêmes effets que leur volonté expresse : la loi à laquelle elles se sont soumises régira leur convention, en quelque pays que ce soit.

379. — Comment savoir quelle loi les parties ont tacitement choisie ? C'est une question d'interprétation de volonté, qu'il faut résoudre en fait, dans chaque cas particulier (1). On consultera d'abord le contrat lui-même et, s'il ne révèle rien, on tiendra compte des circonstances qui l'entourent, du lieu où il a été conclu, de la nationalité des contractants, etc. On s'efforcera donc, d'après les faits connus, de présumer l'intention des parties. Les auteurs ont formulé à cet égard

---

(1) L'appréciation des juges du fait est souveraine sur ce point et échappe à la censure de la Cour de cassation. — Cass. 19 mai 1884, Dal. 74.1. 386.

et la pratique suit diverses règles que nous allons indiquer ; mais, il faut bien le remarquer, elles ne constituent nullement des présomptions légales, puisque la loi française ne les a pas formulées, ni surtout des présomptions *juris et de jure*. Non seulement elles admettent la preuve contraire, mais on n'y doit recourir qu'à défaut d'autres indications sur la volonté des contractants.

Les parties sont présumées avoir voulu suivre la loi que l'une et l'autre ont le mieux connue, ou ont pu le plus facilement connaître. Partant de là, on doit d'abord distinguer suivant que le contrat a été formé entre présents ou entre absents.

380. — A. Contrats entre présents. — Le contrat se forme entre présents, lorsque les parties se sont rencontrées et ont traité ensemble dans un même lieu. Deux cas peuvent alors se présenter :

1° Deux personnes de même nationalité contractent ensemble hors de leur pays. On appliquera au contrat leur loi nationale commune. Elles ont pu l'une et l'autre également la connaître ; c'est celle qui régit, d'une façon générale, leurs personnes et leurs droits, et il est à croire qu'elles ont entendu la suivre de préférence à toute autre (1).

Cependant, une autre solution pourrait résulter des circonstances. Deux français contractent dans un pays étranger, où tous les deux sont depuis longtemps établis et où se trouve le centre de leurs intérêts : on admettra facilement qu'ils ont voulu se soumettre à la loi de ce pays.

2° Les deux contractants sont de nationalités différentes. On applique la loi du pays où le contrat est formé : *lex loci contractûs*. Chacun, en effet, a pu connaître sa propre loi nationale, mais il est peu vraisemblable qu'il ait connu celle de son co-contractant ; il est plus probable qu'ils ont connu l'un et l'autre celle du pays où ils contractent, ou du moins il leur était facile de se renseigner sur ses dispositions. On doit d'ailleurs penser qu'ils ont entendu maintenir entre

---

(1) Besançon, 11 janvier 1883, Cl. 1883, p. 153. — Laurent, t. VII, n° 433. Fœlix, t. I, p. 227 et 243. Fiore, n° 239. Weiss, p. 629. Despagnet, p. 674. Surville et Arthuys, p. 223.

eux l'égalité, sans donner à la loi de l'un une sorte de prééminence sur celle de l'autre : la *lex loci* est, pour ainsi dire, un terrain neutre où il faut plutôt croire qu'ils ont voulu se placer.

Le système qui, dans ce cas, applique au contrat la loi du lieu où il est formé, enseigné par plusieurs anciens jurisconsultes, est aujourd'hui admis par la plupart des auteurs et suivi dans la jurisprudence française (1).

381. — D'autres auteurs ont proposé une solution différente. Lorsque les parties n'auraient pas manifesté une volonté contraire, on appliquerait à leur contrat la loi du lieu où il doit être exécuté (*lex loci executionis*), c'est-à-dire, en général, du domicile du débiteur, si la convention n'en a pas décidé autrement. Ce système, déjà soutenu dans l'ancien droit, a été notamment défendu par Savigny (2).

Ce savant jurisconsulte appuie son opinion sur divers textes du droit romain et sur ce motif que, la juridiction compétente pour connaître de l'obligation étant habituellement celle du lieu de son exécution, la convention doit, par une conséquence naturelle, être soumise à la loi de ce même lieu.

Cette dernière raison n'a rien de décisif. Il n'existe aucun lien nécessaire entre la compétence et la loi applicable : un tribunal, en effet, peut parfaitement être conduit, et même obligé, à appliquer une loi étrangère.

Quant aux textes de droit romain, dont la portée est, d'ailleurs, fort contestable, il suffit d'observer, sans les discuter en détail, qu'ils n'ont rien d'obligatoire pour nous. Quelle que soit la solution qu'ils consacrent, il est plus conforme à la volonté probable des parties et plus simple de soumettre la convention à la loi du lieu où elle a été conclue.

---

(1) V. notamment, Cass. 23 février 1864, Sir. 64.1.385. ; 31 mars 1874, Sir. 74.1.385 ; 4 juin 1878, Sir. 80.1.428. — Fœlix, t. I, p. 223 et 227. Fiore, nos 239 et suiv. Laurent, t. VII, nos 434, 435 et suiv. Brocher, t. II, p. 76. Weiss, p. 632. Despagnet, p. 674. Surville et Arthuys, p. 226.

(2) *Traité*, t. VIII, § 380 et 382.

En effet, le temps de l'exécution est postérieur à la formation du contrat ; le lieu en est incertain, puisqu'il dépend habituellement du domicile du débiteur. Est-il probable que les parties aient entendu soumettre leur convention, dès sa naissance, à une loi inconnue d'elles et qui ne pourra être déterminée qu'à une date plus ou moins éloignée ?

En outre, le débiteur peut, en changeant de domicile, changer le lieu de l'exécution et, par suite, la loi applicable ; or, il n'est pas à supposer que les contractants aient laissé à l'un deux le droit de choisir cette loi, suivant son bon plaisir.

Enfin, ce système ne permet pas de déterminer la loi qui régit un contrat synallagmatique. Il y a alors deux débiteurs, deux obligations susceptibles de s'exécuter dans deux endroits différents, et, finalement, deux lois applicables à un fait juridique unique, entre lesquelles le conflit serait insoluble.

On ne doit donc pas présumer que les parties aient entendu soumettre leur convention à la loi du pays où elle sera exécutée. On doit cependant en tenir compte, lorsqu'il s'agit de certaines questions qui se rattachent à l'exécution même de l'obligation.

382. — B. Contrats entre absents. — Le contrat se forme entre absents, lorsque les parties ne se sont pas rencontrées dans un même lieu et ont traité entre elles, soit par l'intermédiaire d'une tierce personne, soit par correspondance. La détermination de la loi applicable, lorsque les parties ne se sont pas expliquées et que les circonstances ne révèlent pas leur intention, offre alors une certaine difficulté.

383. — Il est cependant plusieurs cas auxquels les présomptions que nous avons formulées plus haut peuvent s'appliquer.

1° Les deux contractants habitaient des pays différents, mais étaient de même nationalité : leur loi nationale commune régira leur convention (1).

---

(1) Douai, 11 décembre 1891, Cl. 1892, p. 928.

2° Les deux contractants sont de même nationalité et habitent l'un et l'autre un même pays étranger : nous appliquerons encore leur loi nationale, à moins que les circonstances n'indiquent qu'ils ont voulu suivre, de préférence, celle de leur domicile commun, ce qu'on admettra facilement s'ils sont fixés dans ce pays depuis longtemps, s'ils y font le commerce, etc. Il est d'ailleurs bien entendu que si le contrat a été conclu par mandataire, il faut faire abstraction de sa nationalité pour ne considérer que celle des parties.

3° Enfin, le contrat s'est formé entre deux personnes de nationalités différentes, par mandataire ou par correspondance, mais dans l'intérieur d'un même pays : on appliquera la loi de ce pays, où le contrat a pris naissance.

Reste donc le cas où les contractants n'étaient pas de même nationalité et où, de plus, au moment du contrat, ils se trouvaient dans des pays différents. Nous distinguerons alors, suivant que le contrat a été conclu par l'intermédiaire d'une tierce personne ou par correspondance. C'est la loi du pays où il s'est formé qui doit régir le contrat, mais quel sera ce pays ?

384. — *a) Contrat par intermédiaire.* — L'intermédiaire qui est intervenu dans la conclusion du contrat peut avoir agi à divers titres.

1° C'est le mandataire de l'une des parties. Le vendeur, par exemple, a envoyé un représentant en pays étranger, en lui donnant mandat de traiter avec l'acheteur à des conditions déterminées. Le mandataire, au moins en droit français, s'identifie avec le mandant ; le consentement qu'il exprime est celui du mandant lui-même. Les choses doivent donc se passer comme si le vendeur s'était rendu en pays étranger : le lieu de la formation du contrat est celui où le mandataire a traité avec l'acheteur (1).

385. — 2° L'intermédiaire avait été chargé de faire des offres, mais sans avoir reçu le pouvoir de traiter. C'est un voyageur de commerce qu'un industriel envoie à l'étranger

---

(1) Laurent, t. VII, n° 454. Fœlix, t. I, n° 105. Fiore, n° 248. Surville et Arthuys, p. 234.

prendre les ordres de ses clients, mais en se réservant de conclure lui-même le marché. Le voyageur rapporte des commandes de marchandises et le négociant les exécute. L'intermédiaire a bien été alors un mandataire, mais le mandataire de l'acheteur, dont il a transmis la demande et les propositions : le contrat n'a pris naissance que par le consentement du vendeur ; c'est donc à son domicile qu'il s'est formé (1).

3° L'intermédiaire a traité, mais sans avoir mandat de le faire, soit de sa propre initiative, comme gérant d'affaires, soit parce que le mandant, tout en chargeant son représentant de débattre les clauses du contrat, s'était cependant réservé le droit de les ratifier. Dans les deux cas, la ratification intervenue après coup équivaut au mandat donné avant l'opération : elle produit les mêmes effets. Le maître qui ratifie est censé avoir traité lui-même et directement. La convention sera donc formée au lieu où le représentant l'a conclue (2) ; ce ne sera pas, comme on l'a soutenu quelquefois, au lieu où la ratification a été donnée (3).

386. — *b*) *Contral par correspondance.* — Le contrat par correspondance est celui qui se conclut par lettre, ou par télégramme, ou même par téléphone. La loi applicable est toujours celle que les contractants ont voulu choisir ; mais, s'ils ne se sont pas expliqués, il est assez difficile de la déterminer. Lorsque, cependant, sans avoir la même nationalité, ils ont le même domicile, on pourra croire qu'ils ont entendu suivre la loi de ce domicile ; de même, si l'un d'eux a son domicile dans le pays auquel l'autre appartient par sa nationalité: c'est un français domicilié en Russie qui contracte avec un russe résidant en Autriche ; le contrat, à défaut d'autres indications, sera régi par la loi du pays auquel des liens de différentes natures rattachent les deux parties (4).

---

(1) Laurent, t. VII, n° 456. Fiore, n° 248. Surville et Arthuys, p. 234.

(2) Fœlix, t. I, n° 105. Fiore, n° 249. Surville et Arthuys, p. 234.

(3) D'après Laurent, t. VII, n° 437, le contrat conclu par un gérant d'affaires est formé au lieu où le gérant a contracté, le contrat conclu par un mandataire qui a outrepassé son mandat est formé au lieu où le mandant ratifie.

(4) Surville, *Du contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux*, Cl. 1891, p. 369-370.

Mais si les contractants n'ont rien de commun entre eux, ni le domicile, ni la nationalité, quelle loi auront-ils adoptée? On décide généralement, comme pour les contrats entre présents, que la convention sera soumise à la loi du lieu où elle a été formée ; mais il faut alors préciser le moment et, par conséquent, le lieu où le contrat est devenu parfait.

Un contrat par correspondance suppose plusieurs opérations : une offre ou, pour mieux dire, une pollicitation est faite par une première lettre ; celui à qui elle a été adressée l'accepte et, par une seconde lettre, il en informe le pollicitant. D'après une opinion que la jurisprudence française a plusieurs fois adoptée (1) et que diverses législations étrangères ont expressément consacrée (2), le contrat ne serait formé que lorsque l'acceptation est parvenue à la connaissance du pollicitant, au moment donc et au lieu où il a reçu la lettre qui la constate. Jusque-là, dit-on, il y a bien, en fait, coexistence de consentements ; mais il n'y a pas véritablement concours des volontés : elles n'ont pas encore conscience l'une de l'autre. N'est-ce pas, d'ailleurs, ce que dispose l'article 932 du Code civil, aux termes duquel la donation qui n'a pas été acceptée séance tenante n'a d'effet, à l'égard du donateur, « que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié » (3) ?

Nous croyons, cependant, que la convention est formée du moment où l'acceptation a été émise : les deux parties ont donné leur consentement ; rien ne manque donc plus à la perfection du contrat. On peut, d'ailleurs, considérer l'article 932 plutôt comme une exception que comme une application de la règle générale. Il faut seulement que l'acceptant ne soit plus maître de revenir sur son acceptation, qu'il se

---

(1) Bourges, 19 janvier 1866, Dal. 66.2.64. Douai, 15 mars 1886, Dal. 86.2.37. Chambéry, 8 juin 1877, Dal. 78.2.113. Poitiers, 4 novembre 1886, *Gaz du Palais*, 1886.2.90. (Il est à noter qu'aucun de ces arrêts ne prévoit le conflit entre législations étrangères).

(2) V. notamment : Code civ. autrichien, art. 862. Code saxon, § 815. —Cpr. Code de com. italien, art. 36. Projet de Code civ. allemand, art. 86-87.

(3) Larombière, *Obligations*, t. I, p. 15. Fiore, n° 247. Laurent, t. VII, n° 447.

soit dessaisi du document qui la constate : qu'il ait mis, par exemple, la lettre à la poste ou envoyé la dépêche télégraphique. C'est donc au lieu où l'acceptation a été ainsi émise que le contrat s'est formé ; c'est la loi de ce pays qu'il faudra appliquer (1).

387. — Mais doit-on bien ici présumer que les contractants ont voulu suivre la *lex loci contractûs* ? Certains auteurs ne l'ont pas pensé. Le pollicitant, en faisant son offre, n'a pu avoir en vue que sa loi nationale, la seule qu'il connaisse et à laquelle il soit habituellement soumis ; il n'a donc entendu s'engager que dans les conditions et avec les conséquences admises par cette loi. L'acceptant, du moins s'il n'a fait aucune réserve, a adhéré à l'offre dans la mesure où elle a été faite. Le pollicitant a voulu s'engager suivant sa loi nationale, et l'acceptation a eu lieu sous la même condition. C'est donc, en définitive, et sauf manifestation d'une volonté contraire, la loi nationale du pollicitant, de celui qui a pris l'initiative du contrat, qui doit le régir (2).

C'est là, assurément, un système fort ingénieux ; nous ne croyons pas, cependant, devoir nous y rallier. Il se heurte, en effet, à cette objection décisive que le raisonnement sur lequel il repose conduirait à appliquer la loi de l'acceptant, tout aussi bien que celle du promettant. Si le promettant n'a voulu s'engager que suivant la loi de son domicile, n'est-il pas aussi vrai de dire que l'acceptant n'a voulu accepter que dans les conditions fixées par la loi de son propre domicile, qui lui est familière et sous l'empire de laquelle il est habitué à traiter ses affaires ? Chacun des contractants n'a probablement songé qu'à sa propre loi, et il n'y a pas de raison pour croire que l'acceptant ait adhéré à la loi du pollicitant,

---

(1) Lyon, 1er juin 1857, Dal. 58.2.20. Rennes, 6 février 1873, Dal. 73.2.225. Rouen, 28 février 1874, Dal. 77.2.222. Rennes, 15 décembre 1891 ,Cl. 1892, p. 912.— Cpr. Code féd. suisse des obligations, art. 8. C. com. allemand, art. 319 à 321. — Savigny, *op. cit.*, t. VIII, § 371. Demolombe, t. XXIV, n° 75. Aubry et Rau, t. IV, p. 294, n° 25. Brocher, t. II, p. 80. Weiss, p. 634. Despagnet, p. 479.

(2) C. Cass. Turin, 13 janvier 1891, Cl. 1891, p. 1026. — Surville et Arthuys, p. 232. Surville, Cl. 1891, p. 361.

pas plus que pour croire que le pollicitant se soit soumis à la loi de l'acceptant.

388. — Il faut donc s'en tenir au système généralement suivi et soumettre le contrat par correspondance à la loi du lieu où il s'est formé, c'est-à-dire, suivant nous, de celui où l'acceptation a été émise. Ce n'est pas cependant que cette solution soit bien satisfaisante. Elle présente à peu près le même inconvénient que celle que nous avons repoussée ; elle soumet le contrat à la loi d'un des contractants, sans que rien n'indique que l'autre l'ait connue : elle rompt ainsi l'égalité au profit de l'un deux. Dans un contrat entre présents, on peut raisonnablement présumer que les parties se sont référées à la loi du lieu où il s'est formé, parce que si toutes deux ne l'ont peut-être pas également connue, toutes deux au moins ont pu aussi bien se renseigner sur ses dispositions. Mais, dans un contrat par correspondance, il n'y a plus de raison pour présumer que la loi du domicile de l'acceptant soit celle que les parties ont l'une et l'autre le mieux connue : elle aura presque toujours été ignorée du pollicitant.

Il est donc bien difficile, en cette matière, de formuler une présomption qui échappe à toute objection. C'est surtout dans les circonstances de fait que le juge devra rechercher l'intention des parties. Ainsi, nous appliquerions de préférence la loi du domicile du pollicitant, lorsque c'est le lieu expressément fixé pour l'exécution du contrat. Un négociant de Paris achète à un négociant anglais une certaine quantité de marchandises livrables à Londres : l'affaire tout entière se passe en Angleterre. C'est de là que l'offre est partie, c'est là aussi que la convention est exécutée. Il est certain que la loi anglaise est la seule à laquelle le vendeur ait songé, et l'attention de l'acheteur a dû être appelée sur la même loi, par le fait seul qu'il a accepté l'exécution en Angleterre.

389. — II. — Conséquences. — Sous quels rapports le contrat est-il régi par la loi que les parties ont volontairement choisie, c'est-à-dire, lorsqu'elles ne sont pas de même nationalité, par celle du pays où il est formé ? C'est ce qu'il faut maintenant préciser.

Cette loi s'applique :

1° A la formation du contrat. En règle générale, et sauf exception, il devra, pour être valable, réunir les conditions qu'exige cette loi. Cependant, à cet égard, la liberté des parties n'est pas entière ; nous reviendrons sur ce point ;

2° A l'interprétation du contrat, à moins, bien entendu, qu'il ne résulte des circonstances que les parties se sont référées à une loi différente ;

3° A la nature du contrat et de l'obligation qui en découle : Est-elle solidaire ou indivisible ? pure et simple, à terme, sous condition suspensive ou résolutoire ?

4° Elle règle l'étendue des obligations des parties. Ce principe a été fréquemment appliqué au contrat de transport qui, conclu dans un pays, doit souvent s'exécuter dans un autre. La Cour de cassation a toujours décidé que l'obligation du voiturier, les soins qu'il est tenu de donner à la chose, l'étendue de sa responsabilité, doivent s'apprécier d'après la loi du pays où le contrat a été formé, et non d'après celle du pays où les marchandises ont dû être transportées (1).

5° La même loi détermine, d'une façon générale, les effets du contrat ou de l'obligation ; mais certains auteurs font ici des réserves.

390. — Ils distinguent entre les effets, ou conséquences immédiates, et les suites, ou conséquences médiates du contrat.

La *lex loci contractûs* régit les effets, directement produits par le contrat lui-même, par exemple, dans la vente, l'obligation de délivrance et de garantie qui pèse sur le vendeur, l'obligation de payer le prix qui est à la charge de l'acheteur.

Les suites sont les conséquences de faits postérieurs au contrat, qui s'y rattachent comme à leur principe, mais en sont néanmoins distincts : elles seraient régies par la loi du pays où se produisent les faits d'où elles résultent (2). Il en sera ainsi, en particulier, des dommages-inté-

---

(1) Cass. 23 février 1864, Sir. 64.1.385 ; 31 mars 1874, Sir. 74.1.385 ; 4 juin 1878, Sir. 80.1.448.

(2) Fœlix, t. I, p. 247 et suiv. Fiore, nos 257 et suiv.

rêts dus à raison de l'inexécution du contrat ou du retard du débiteur. Ils ne seraient pas déterminés par la *lex loci contractûs*, mais par celle du pays où est survenu le fait qui a engagé la responsabilité du débiteur ou de celui où il a été mis en demeure. Les intérêts moratoires seraient également réglés suivant la loi du pays où a eu lieu la mise en demeure.

Ces distinctions me paraissent arbitraires (1). Où s'arrêtent les effets et où commencent les suites ? Il est impossible d'établir entre eux une démarcation précise et certaine. Toutes les conséquences du contrat doivent être régies par la même loi qui a présidé à sa formation, c'est-à-dire, dans l'hypothèse que nous envisageons, par la *lex loci contractûs*.

Spécialement, quant aux dommages-intérêts, les parties auraient pu les fixer elles-mêmes, dans la convention, par une clause pénale qui se serait appliquée en quelque lieu que se fût produite l'inexécution. Ce n'est qu'à défaut d'une stipulation expresse, insérée dans le contrat, que la loi indique sur quelles bases ils devront être calculés ; il faut donc appliquer ici la loi à laquelle les parties se sont référées lors de la formation du contrat : la *lex loci contractûs*.

Nous donnerons la même solution pour la fixation des intérêts moratoires, qui ne sont que des dommages-intérêts dus pour le retard apporté au paiement d'une somme d'argent. La Cour de cassation, cependant, paraît incliner, dans ce cas, vers l'application de la *lex loci executionis* (2). Tout au moins, ne faut-il pas décider que le tribunal saisi de la demande ne pourra dépasser le taux *maximum* que la loi de son pays fixe pour l'intérêt conventionnel ? Nous retrouverons cette question à propos des intérêts expressément stipulés.

391. — L'application aux effets du contrat de la loi du pays où il a été formé comporte deux restrictions.

a) Il suffit de signaler la première : les effets du contrat ne

---

(1) Laurent, t. VII, nos 463 et suiv. ; t. VIII, no 214. Despagnet, p. 483. Surville et Arthuys, p. 240.

(2) Cass. 13 avril 1885, Cl. 1886, p. 489.

peuvent être admis dans un pays où ils seraient contraires à l'ordre public. On s'est souvent demandé, à ce propos, si la stipulation, valablement faite en pays étranger, d'un intérêt supérieur au *maximum* fixé par la loi de 1807, pourrait s'exécuter en France, ou si l'intérêt ne devrait pas être réduit à 5 0/0 en matière civile. La jurisprudence admet communément que cette convention s'exécutera en France, quel que soit le taux de l'intérêt (1).

b) Le seul effet des contrats n'est pas de créer des obligations : en droit français, ils peuvent transmettre la propriété ou établir des droits réels. Or, les conditions auxquelles est soumise la transmission de la propriété dépendent uniquement de la loi de la situation, surtout pour les immeubles. Un immeuble situé en France est vendu en pays étranger : les obligations de l'acheteur, l'obligation de garantie du vendeur seront régies par la loi du pays où la vente a été passée ; mais pour la transmission de la propriété, la loi française s'appliquera seule : elle se sera donc effectuée entre les parties par le seul consentement, bien que la tradition fût nécessaire d'après la *lex loci contractûs*, et, à l'égard des tiers, elle ne s'opérera que par la transcription.

§ 2. — Lois impératives.

392. — Les lois relatives aux contrats n'ont pas seulement pour but d'interpréter la volonté des parties, ou de suppléer à leur silence. Elles règlent et restreignent parfois, l'exercice de leur liberté. Ces dispositions impératives donnent aussi lieu à des conflits : il est, en effet, indispensable de connaître la loi à laquelle les contractants ont été soumis, et dont ils ont dû respecter les prescriptions et les prohibitions. Et, comme il s'agit ici de restrictions apportées à la liberté, on ne peut plus dire que la volonté des parties déterminera la loi applicable ; il faut nécessairement user de distinctions.

Nous étudierons donc le conflit qui peut se produire sur ces deux points :

1° Conditions essentielles à l'existence ou à la validité du contrat ; 2° Caractère licite ou illicite de la convention.

---

(1) V. *infrà*, n° 400.

393. — I. — CONDITIONS ESSENTIELLES A L'EXISTENCE OU A LA VALIDITÉ DU CONTRAT. — Ce sont, d'après l'article 1108 du Code civil : la capacité des parties, leur consentement, un objet et une cause.

La capacité des parties est régie par la loi nationale de chacune d'elles. Elle n'est d'ailleurs requise que pour la validité du contrat.

Les trois autres conditions sont essentielles à son existence même. Leur nécessité ne donnera naissance à aucun conflit : il n'y a pas de législation qui admette une convention sans consentement, sans objet ou sans cause. Mais des divergences, et, par suite, des conflits, sont possibles sur ces trois points : 1° Dans quels cas le consentement est-il vicié? 2° L'objet est-il juridiquement possible ? 3° La cause est-elle suffisante ?

394. — A. Vices du consentement. — D'après certains auteurs, la loi que les parties sont présumées avoir choisie déciderait dans quels cas leur consentement est pleinement valable, dans quels cas il est infecté d'un vice qui le rend imparfait et permet de demander la nullité du contrat (1). C'est là, cependant, à mon avis, une véritable pétition de principes. La difficulté, est précisément de savoir si les parties ont eu une volonté véritable et libre, et, par conséquent, si elles ont voulu soumettre leur contrat à une loi quelconque : on ne peut donc la résoudre en renvoyant à la loi que les parties ont voulu adopter : c'est répondre à la question par la question.

La loi applicable, quelle qu'elle soit, s'impose ici aux contractants. Ce sera, ou bien la *lex loci contractûs*, ou bien la loi nationale des contractants : il faut choisir entre elles.

395. — L'application de la *lex loci contractûs* supposerait que la loi de chaque pays régit, d'une façon obligatoire, les actes accomplis sur son territoire : ce serait admettre, au moins dans ce cas, la réalité ou territorialité des lois que nous avons déjà repoussée.

---

(1) Brocher, t. II, p. 81-82. Weiss, p. 642. Surville et Arthuys, p. 347.

Nous sommes ainsi conduits à appliquer la loi nationale des parties (1). Cette application se justifie d'autant mieux qu'entre l'incapacité et les vices du consentement, l'analogie me paraît évidente : de part et d'autre, c'est l'imperfection du consentement qui entraîne la nullité de l'acte ; de part et d'autre, le législateur intervient pour assurer la protection des individus contre les dangers que présente l'insuffisance de leur connaissance et de leur liberté, qu'elle provienne de l'âge, de la faiblesse d'esprit, ou de circonstances accidentelles. Donc, dans les deux cas, la loi nationale des parties décidera si leur consentement est suffisamment libre, éclairé et exempt de vices.

Cette solution, qui n'offrira aucune difficulté si les parties sont de même nationalité ou si le contrat est unilatéral, entraînera, il faut le reconnaître, des complications assez sérieuses dans un contrat synallagmatique, si les parties sont de nationalités différentes ; mais elle est, croyons-nous, la seule juridique.

396. — Quelle loi régira la rescision pour cause de lésion ? Le Code civil, on le sait, ne l'admet que dans le partage et dans la vente d'immeubles. L'étude du partage se rattache à celle des successions. Quant à la vente, on a proposé d'appliquer la *lex rei sitæ* (2) : la rescision, n'étant admise qu'en matière immobilière, se rattacherait au statut réel.

Mais c'est là donner à ce statut une extension excessive. La lésion entraîne la rescision du contrat parce qu'elle révèle un vice du consentement : c'est la conséquence d'une situation gênée, d'un besoin pressant d'argent, qui n'a pas laissé au vendeur une liberté suffisante : voilà pourquoi l'article 1118 en parle dans la section consacrée au consentement. Il faut donc appliquer à la lésion la même loi qu'aux vices du consentement : la loi nationale des contractants (3).

---

(1) Laurent, t. VIII, n° 158. Despagnet, p. 428.
(2) Fœlix, t. I, p. 217. Brocher, t. II, p. 84 et suiv.
(3) Laurent, t. VIII, n^os 144 à 147. Demangeat s. Fœlix, t. I, p. 217, note a. Despagnet, p. 487. — Pour l'application de la *lex contractûs*, V. Fiore, n° 294. Weiss, p. 642. Surville et Arthuys, p. 237-238.

397. — B. Objet. — La possibilité matérielle de l'objet ne dépend pas de la loi : mais quelle est celle qui décidera s'il est possible au point de vue juridique ? Nous ne trouverons pas la réponse dans la libre volonté des parties : il ne dépend pas d'elles de rendre possible ce qui ne l'est pas. Nous appliquerons la loi du pays où l'obligation doit être exécutée (1). Si, dans ce pays, son objet est juridiquement impossible, si c'est un bien hors du commerce, l'obligation ne pourra jamais recevoir d'exécution : elle est elle-même impossible, c'est-à-dire inexistante.

398. — C. Cause. — L'obligation a-t-elle une cause suffisante ? Il faut, sur ce point, consulter la loi à laquelle les parties ont voulu se soumettre.

La cause insuffisante, d'après cette loi, doit être partout jugée telle. La personne s'est obligée pour une cause qu'elle savait, ou devait savoir, insuffisante : elle n'a donc pas voulu contracter d'obligation sérieuse.

Réciproquement, si la cause est suffisante d'après cette loi, la convention sera partout valable. Il s'agit, en effet, de savoir dans quelle mesure le promettant a eu l'intention de s'obliger : or, il faut interpréter sa volonté d'après la loi à laquelle il a voulu se soumettre.

Cependant, il en serait autrement, comme nous allons le voir, si la cause était considérée comme illicite, hors du pays où la convention est passée.

399. — II. — CONTRATS ILLICITES. — Le contrat peut être illicite par son objet ou sa cause, ou parce que la loi, d'une façon ou de l'autre, l'interdit. D'après quelle loi faut-il apprécier ce caractère ? On devra tenir compte de celle à laquelle les contractants se sont soumis, mais le contrat ne sera pas licite par cela seul qu'elle l'autorise.

Il faut, à cet égard, poser plusieurs règles :

1° Le contrat n'est pas valable s'il est illicite d'après la loi sous l'empire de laquelle il a été formé, loi nationale des contractants ou *lex loci contractûs*. Dès lors que les parties s'y sont soumises volontairement, elles en ont accepté toutes

---

(1) Cass. 18 juillet 1876, Dal. 76.1.497.

les conséquences et ont dû notamment en respecter les prohibitions.

400. — 2° Le contrat est encore illicite, lorsqu'il est prohibé par la loi du tribunal auquel on demande d'en ordonner l'exécution (*lex fori*). L'interdiction d'une convention est fondée sur des motifs d'ordre et souvent de morale publics. Quel que que soit le pays où elle a été formée et la loi qui y régne, un tribunal ne peut sanctionner une stipulation que condamne la loi qu'il a mission de faire respecter (1). Ainsi, un tribunal français ne reconnaîtra pas une dette de jeu ou de pari, même née en pays étranger, ou celle qui aurait été contractée pour le paiement du billet d'une loterie interdite en France (2). Au contraire, la jurisprudence française admet qu'un intérêt légalement stipulé à l'étranger peut être exigé en France, mème lorsqu'il excède, en matière civile, le taux de 5 0/0 (3). Il semble bien, cependant, que les dispositions de la loi de 1807 soient d'ordre public et que, par suite, la stipulation qui les enfreint, même intervenue en pays étranger, soit sans valeur. Mais les tribunaux ont, sans doute, pensé qu'elles sont seulement d'ordre public interne et ne s'appliquent qu'aux conventions conclues sur le territoire français. Ils n'ont pas voulu voir un principe de morale générale dans une règle dont la valeur économique est très contestée, que beaucoup d'Etats ont rejetée, et qui ne s'applique même pas dans certains pays régis par la loi française, par exemple en Algérie. La question est, d'ailleurs, discutable.

401. — 3° Le contrat ne sera pas valable, lorsque son objet sera illicite d'après la loi du pays où il doit être exé-

---

(1) Cpr. les motifs de Cass. 31 mars 1874, Sir. 74.1.385, et 4 juin 1878, Sir. 80.1.428.

(2) Paris, 25 juin 1829, Sir. 29.2.341.

(3) Cass. 10 juin 1857, Sir. 59.1.752. Chambéry, 6 juin 1890, Cl. 1891, p. 567. Trib. de la Seine, 14 novembre 1890, Cl. 1892, p. 987. — *Sic* Aubry et Rau, t. V, p. 606. Fœlix, t. I, p. 251-252. Fiore, n° 264. Despagnet, p. 493. Surville et Arthuys, p. 247. — *Contra*, Savigny, *op. cit.*, t. VIII, § 375. Demangeat s. Fœlix, t. I, p. 252, note a. Laurent, t. VIII, n°s 205 et suiv. Weiss, p. 639.

cuté, même s'il était licite d'après la *lex loci contractûs* ou la *lex fori* : l'objet illicite, est, en effet, juridiquement impossible, ce qui nous ramène à une hypothèse déjà examinée.

A l'inverse, il suffit quelquefois, pour que le contrat soit valable, que son objet soit licite d'après la *lex loci executionis*, bien que prohibé par la *lex loci contractûs* et la *lex fori*, lorsque cette prohibition ne tient pas à des raisons de moralité, mais s'explique par des considérations purement locales. Ainsi, on pourrait réclamer devant les tribunaux français le paiement du prix dû pour la vente d'une certaine quantité de tabac, qui devait être livré dans un pays où le commerce de cette denrée est libre.

4° On devra enfin consulter la loi nationale des contractants, lorsque la prohibition d'une convention peut être considérée comme une incapacité particulière ou lorsqu'elle se rattache à l'état et à la capacité des personnes. Nous en trouverons des exemples en traitant du contrat de mariage et des donations.

402. — *Remarques sur quelques législations étrangères.*— *a*) Les présomptions qui servent à interpréter la volonté des parties et à déterminer la loi à laquelle elles ont entendu soumettre leur contrat, sont, en France, de simples présomptions de fait, sans caractère légal. Le Code italien les a formellement consacrées. (Dispositions préliminaires, art. 9, § 2) : « Le fond et les effets des obligations sont censés réglés par la loi du lieu où les actes se sont faits, et, si les contractants étrangers sont d'une même nation, ce sera par leur loi nationale, sauf l'expression d'une autre volonté. »

b) Quelques législations allemandes ont adopté le système qui soumet le contrat à la loi du pays où il doit être exécuté.

c) Les jurisconsultes anglais et américains envisagent la question à un point de vue tout différent du nôtre. Ils appliquent au contrat la *lex loci contractûs*, mais ce n'est pas par une interprétation de la volonté des parties : c'est une conséquence du caractère rigoureusement territorial qu'ils attribuent à la loi et de la souveraineté absolue qu'ils lui reconnaissent sur tous les actes accomplis, comme sur toutes les personnes et toutes les choses, dans l'étendue de son

territoire. Les contractants ne pourraient donc pas, même en déclarant expressément leur intention, se soumettre à une autre loi.

SECTION II. — *Extinction des obligations.*

403.—Nous savons déjà par quelle loi sont régis plusieurs modes d'extinction des obligations. La condition résolutoire et ses effets dépendent de la loi qui, d'après l'intention des parties, régit leur contrat ; la nullité et la rescision sont soumises, le plus souvent, à la loi nationale des contractants.

D'autres modes d'extinction constituent des actes juridiques distincts de l'obligation primitive. La novation est une convention nouvelle à laquelle s'appliquent les principes que nous avons posés ; il en est de même de la remise de la dette, quand elle est conventionnelle ; lorsqu'elle est testamentaire, elle suit les règles du testament. La perte de la chose due, c'est-à-dire l'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation, est évidemment admise partout et ne peut, par conséquent, donner lieu à aucun conflit. Il en est de même de la confusion, dont l'effet doit être reconnu partout : le fait dont elle résulte, généralement une succession, est soumis à sa loi propre, indépendante de celle qui régit l'obligation. Nous n'avons donc à traiter que du paiement, de la compensation et de la prescription libératoire.

Nous devons encore distinguer ici entre les lois interprétatives et les lois impératives. Tandis, en effet, que les règles du paiement sont, à plusieurs égards, une interprétation de la volonté des parties, les deux autres modes d'extinction dérivent directement de la loi elle-même.

404. — A. Paiement. — Le paiement est l'exécution de l'obligation, la prestation de la chose due. Or, pour savoir quelle chose est due et comment elle est due, et, par conséquent, quelle chose doit être payée et comment elle doit l'être, il faut évidemment consulter la volonté des contractants. Le paiement est donc régi par la loi qu'ils ont choisie expressément ou tacitement : leur loi nationale ou la *lex loci contractûs*, suivant les cas. Cette loi décidera notamment si le paiement peut être partiel, en quel lieu il doit être fait,

quelle doit être, lorsqu'il s'agit d'une dette de genre, la qualité des choses payées, etc. Les parties pourraient, sur tous ces points, s'écarter des règles de la loi ; elles ne s'appliquent donc que par une interprétation de leur volonté. La même loi détermine aussi les cas où se produit la subrogation légale, qui n'est qu'une modification aux effets du paiement. Elle régira également la subrogation conventionnelle : le droit de consentir la subrogation est, en effet, pour le créancier et le débiteur, un effet de la convention elle-même, subordonné à la loi qui la régit. Mais, lorsque la subrogation conventionnelle a lieu en France, les conditions requises pour sa validité par l'article 1220 du Code civil devront toujours être observées : c'est, en effet, dans l'intérêt des tiers qu'elles sont exigées.

La loi du contrat ne régit pas, cependant, le paiement à tous les points de vue. La capacité du créancier qui reçoit le paiement et du débiteur qui le fait dépendent de leur loi nationale. Les formes du paiement sont régies par la loi du pays où il doit avoir lieu (*lex loci executionis*) ; elle s'appliquera notamment à la procédure des offres réelles et de la consignation. Quant aux voies d'exécution, elles sont exclusivement soumises à la loi du pays où se trouvent les biens qui en font l'objet.

405. — B. Compensation. — Il y a compensation lorsque deux personnes sont réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre : les deux dettes s'éteignent alors jusqu'à concurrence de la plus faible. La compensation suppose donc deux obligations nées successivement : la seconde éteint la précédente. Cet effet est forcé, sous certaines conditions, d'après le Code civil français ; ailleurs, au contraire, notamment d'après le Code civil italien, il est facultatif.

Quelle loi décidera si la compensation s'est produite ? Ce n'est point, du moins dans le système français, par une interprétation de la volonté des parties que la compensation a lieu, puisqu'elles ne sont pas libres d'y renoncer (art. 1290). L'extinction des dettes résulte de la loi elle-même. D'autre part, la compensation est un effet de la seconde obligation contractée. Or, la loi qui préside à la naissance de l'obligation en régit aussi les effets. La compensation devra

donc se produire toutes les fois qu'elle est admise par la loi à laquelle cette seconde obligation est soumise, *lex loci contractûs* ou loi nationale des parties. Dès lors qu'ils se sont placés sous l'empire de cette loi, les contractants doivent en subir toutes les conséquences.

Mais il faut aussi tenir compte de la loi qui régit la première obligation. Si elle n'admet pas la compensation légale, ou la subordonne à des conditions différentes, il ne serait pas juste de priver le créancier de son droit, par suite de circonstances qu'il n'avait pu prévoir (1).

En résumé, la compensation légale doit, pour se produire, être admise à la fois par les lois qui régissent les deux obligations.

406. — C. Prescription libératoire. — C'est la loi elle-même qui fixe le délai de la prescription et déclare l'obligation éteinte, lorsque le créancier est resté un certain temps sans en réclamer l'exécution. Mais quelle loi faut-il appliquer ? Plusieurs se trouvent ici en conflit. Le délai de la prescription peut être, en effet, fixé de différentes façons : 1° par la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été formé ; 2° par la loi nationale des parties ; 3° par la loi du domicile du créancier et par celle du domicile du débiteur ; 4° par la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée ; 5° par la loi du tribunal devant lequel le créancier intente son action.

407. — Un grand nombre de systèmes ont été proposés ou suivis pour résoudre ce conflit.

a) Je ne cite que pour mémoire la doctrine de Pothier (2), suivant laquelle la prescription serait réglée par la loi du domicile du créancier : elle est aujourdhui unanimement rejetée.

b) On a proposé d'appliquer, au contraire, la loi du domicile qui était celui du débiteur au moment du contrat : mais à quel titre (3) ? La loi personnelle du débiteur est sa loi

---

(1) Pour l'application de la loi de la créance que l'on prétend avoir été éteinte par compensation, V. Trib. de l'empire d'Allemagne, 1er juillet 1890, Cl. 1891, p. 981.

(2) *De la prescription*, n° 251.

(3) Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. VI, n° 1495, 2°, *in fine*. Surville et Arthuys, p. 264.

nationale, et la loi de son domicile ne régit le contrat qu'autant que les parties ont voulu s'y soumettre.

c) D'après l'opinion la plus répandue, et qui paraît notamment adoptée dans la jurisprudence française, on devrait suivre la loi du domicile qui est celui du débiteur au moment des poursuites : la prescription est un moyen de défense accordé au débiteur contre les prétentions du créancier ; elle doit être régie par la loi du lieu où les poursuites seront intentées (1).

d) Quelques auteurs appliqueraient de préférence la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée, parce que la prescription est précisément un obstacle opposé à l'exécution. On remarquera, du reste, que ces deux derniers systèmes se confondront souvent, puisque, à moins d'indications contraires, l'obligation doit être exécutée au domicile du débiteur (2).

e) Enfin, d'autres jurisconsultes appliqueraient la loi qui régit la formation du contrat, c'est-à-dire celle que les parties ont voulu adopter (3). La durée de l'obligation tient à sa substance même ; il est naturel de supposer que les parties ont entendu faire dépendre ce point si essentiel de la loi sous l'empire de laquelle elles ont placé toute leur convention. Cette solution serait, en effet, parfaitement exacte sous l'empire d'une législation qui laisserait aux parties le droit

---

(1) Cass. 15 janvier 1869, Sir. 69.1.49; Besançon, 11 janvier 1883. Cl. 1883, p. 153 ; Trib. de la Seine, 18 juillet 1885, Cl. 1886, p. 202 et Paris, 26 janvier 1888, Cl. 1888, p. 390. — Fœlix, t. I, p. 230. Cpr. p. 241.

(2) Trib. de Marseille, 20 décembre 1865, *Journal.... de Marseille*, 1866.1.36 ; Aix, 20 juin 1866, ib. 1867.1.116 ; Trib. de la Seine, 12 juin 1881, Cl. 1881, p. 320. — Troplong, *De la prescription*, n° 38.

(3) Cette solution a été admise par quelques arrêts étrangers : Sénat dirigeant de Varsovie, 23-24 nov. 1873, Cl. 1874, p. 333 et suiv.; Trib. d'Anvers, 17 mai 1884, Cl. 1886, p. 373 ; Trib. suprême de Leipsick, 4 janvier et 12 juillet 1882, *Rev. de dr. intern.*, 1887, p. 269. — Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 358. Fiore n° 296. Despagnet, p. 505. Savigny, *op. cit.*, t. VIII, § 374, applique aussi à la prescription la loi du contrat ; mais, d'après lui, c'est la loi du lieu de l'exécution. — Laurent, t. VIII, n° 254 applique la loi du lieu où le contrat s'est formé, mais il repousse ici l'application du principe de l'autonomie.

de fixer elles-mêmes, ou de modifier à leur gré le délai de la prescription. Elle est inadmissible sous l'empire de la loi française. L'article 2220 du Code civil porte qu'on ne peut d'avance renoncer à la prescription. En pareille matière, les parties ne sont donc pas libres ; ce n'est pas par une interprétation de leur volonté que l'obligation est réputée éteinte, après un certain laps de temps. Nous sommes en présence de dispositions impératives de la loi, et nous savons que, pour les dispositions de cette nature, ce n'est pas d'après l'intention présumée des parties qu'on doit déterminer la loi applicable. Il y a bien un certain compte à tenir de la loi qui a régi la formation du contrat, mais nous ne croyons pas qu'elle doive seule être prise en considération.

408. — Pour déterminer la loi applicable à la prescription libératoire, il faut bien en préciser le but et la raison d'être. La prescription est établie, tout à la fois, dans l'intérêt général et dans l'intérêt particulier du débiteur.

Elle est établie dans l'intérêt général, pour prévenir la multiplicité des procès et couper court à des constestations, inspirées par l'esprit de chicane, et où l'ancienneté même des prétentions du demandeur rendrait la solution fort difficile. Par là, la prescription est d'ordre public, et comme le juge doit toujours appliquer sa propre loi lorsqu'elle est d'ordre public, il doit admettre que l'obligation est prescrite toutes les fois que le délai fixé par cette loi est écoulé. On objecte que le moyen de défense tiré de la prescription n'est pas d'ordre public, parce que les juges ne peuvent, au moins en France, le suppléer d'office (art. 2223) ; mais on s'explique aisément que le débiteur ne soit pas forcé de s'abriter derrière un moyen auquel sa conscience répugne. Cela ne veut pas dire qu'en lui permettant de l'invoquer, la loi n'ait pas en vue l'intérêt général (1).

Mais la prescription est aussi établie dans l'intérêt du débiteur. Elle le protège contre les réclamations qu'élèverait un créancier de mauvaise foi, à une époque où la preuve de la

---

(1) Pour l'application de la *lex fori*, Trib. suprême de Leipsick, 18 mars 1875, Cl. 1877, p. 243; Cour de Bois-le-Duc, 2 mars 1882, Sir. 83.4.9. — Labbé, note, Sir. 1869.1.49. Brocher, t. II, p. 409.

libération peut, sans négligence répréhensible, s'être perdue. Or le débiteur a certainement cru bénéficier de cette protection, à l'expiration du délai fixé par la loi sous l'empire de laquelle il a contracté. Il s'est obligé sous cette condition qu'après ce délai toute action contre lui serait éteinte; on ne doit pas le priver d'un avantage sur lequel il a pu légitimement compter. La prescription sera donc toujours acquise à l'expiration du temps fixé par la loi qui régit l'obligation, même si, d'après la loi du juge saisi, le délai était plus long. S'il en était autrement, d'ailleurs, il dépendrait, dans certains cas, du créancier, d'allonger la prescription au détriment du débiteur (1).

CHAPITRE VIII. — Force obligatoire de la loi étrangère. — Preuve. — Recours en cassation.

409. — L'étude que nous avons faite dans les chapitres précédents nous l'a montré : les juges français devront fréquemment appliquer une loi étrangère ; par exemple, lorsqu'il s'agit de l'état et de la capacité des étrangers, de la forme des actes passés dans un pays étranger, souvent même du fond des conventions qui y sont conclues, et dans d'autres hypothèses encore. Dans quelle mesure l'application de la loi étrangère est-elle alors obligatoire pour le juge ? Comment se fait la preuve de ses dispositions ? Sa violation donne-t-elle lieu au recours en cassation ? Trois questions auxquelles nous allons répondre.

410. — I. — FORCE OBLIGATOIRE DE LA LOI ÉTRANGÈRE. — L'application de la loi étrangère est obligatoire pour le juge français : d'abord, cela est évident, lorsqu'elle est ordonnée par un texte formel de la loi française, comme les articles 47, 170 et 999, relatifs à la forme d'actes reçus en pays étranger. Mais elle est également obligatoire, lorsque, à défaut de texte, elle est commandée par les principes du droit international privé : le juge, en effet, qui doit statuer, même dans le silence de la loi, est obligé de se décider d'après les règles de la raison.

---

(1) Cpr. Aubry et Rau, t. I, p. 108. Weiss, p. 645.

411. — II. — PREUVE DE LA LOI ÉTRANGÈRE. — Si le juge est tenu d'appliquer la loi étrangère, une difficulté se présente : il connaît nécessairement la loi française, mais il n'en est pas de même des lois étrangères. Comment donc la preuve en sera-t-elle faite ?

D'après une opinion que paraît adopter la jurisprudence française, et qui triomphe surtout en Angleterre (1) et aux Etats-Unis, l'existence et l'application d'une loi étrangère serait, pour le juge, une pure question de fait ; d'où il résulterait :

1° Que c'est à la partie qui l'invoque d'en faire la preuve, comme de tout autre fait qu'elle allègue en sa faveur (2).

2° Que, faute par elle de faire cette preuve, elle succombe dans sa prétention. Le juge n'étant point obligé de vérifier d'office l'existence et les dispositions de la loi étrangère, pas plus que tout autre fait invoqué par les parties, pourrait appliquer sa propre loi nationale (3).

Ni les principes, ni la conclusion ne me paraissent admissibles.

Il n'est pas exact que l'existence de la loi étrangère soit un pur fait pour le juge français. Dès lors que son application est obligatoire, elle constitue une question de droit.

Il est vrai que, s'il y a quelque doute sur l'existence ou l'interprétation de la loi étrangère, celui qui l'invoque en sa faveur doit faire la preuve (4). Il n'existe, pour cette preuve, aucun mode particulier. Les certificats de notoriété, délivrés par des avocats ou officiers de justice, et en usage dans notre ancien droit, ont disparu aujourd'hui. On ne saurait, cependant, appliquer ici, sans réserve, les règles ordinaires de la preuve. Ainsi, il ne peut être question de présomptions,

---

(1) V. Haute Cour d'Angleterre, div. du Banc de la Reine, 3 février 1891, Cl. 1891, p. 257. — Fœlix, t. I, n° 18.

(2) Paris, 26 janvier 1888, Cl. 1888, p. 390 ; Trib. de la Seine, 14 octobre 1891, Cl. 1892, p. 681.

(3) Demangeat s. Fœlix, t. I, p. 220, note a.

(4) La diversité des coutumes, dans l'ancien droit, rendait souvent nécessaire la preuve de leurs dispositions. On avait imaginé pour cela un mode de procédure spécial, l'enquête par turbe, que ses inconvénients firent proscrire dans l'ordonnance de 1667. Elle fut remplacée par les certificats de notoriété.

pas plus que de l'aveu ou du serment qui laisseraient les parties maîtresses de faire la loi à leur gré. On admettra seulement la preuve écrite, mais sans distinguer entre les actes authentiques et les actes sous seing privé, et la preuve testimoniale, sans se préoccuper de la valeur du litige. Les écrits seront surtout les textes des lois étrangères (1) ; les témoignages, les consultations ou attestations des jurisconsultes. On y joindra les décisions de la jurisprudence étrangère, fort importantes pour former la conviction du juge français.

Mais, si la partie qui invoque la loi étrangère doit en administrer la preuve, il n'en faut pas conclure que le juge ne soit pas tenu de s'en enquérir, même d'office. L'application de la loi étrangère est obligatoire pour le juge français : il ne peut se refuser à la faire, sous prétexte qu'il n'est pas assez éclairé. Si les indications des parties sont insuffisantes, il est tenu de se procurer à lui-même la connaissance nécessaire pour asseoir son jugement (2).

412.—III. — Recours en cassation. — Lorsque le juge n'a pas appliqué, ou a faussement appliqué la loi étrangère, le recours en cassation est-il admissible ?

Dès lors que l'application de la loi étrangère est obligatoire pour le juge, il semble bien que la sanction de cette obligation doive être la même que pour la loi française, et que le recours en cassation doive être ouvert dans les deux cas. Cependant, la jurisprudence constante de la Cour suprême se prononce en sens contraire. Elle a maintes fois jugé que le pourvoi ne peut être admis en raison de la violation d'une loi étrangère, à moins qu'elle n'ait eu pour conséquence la violation de la loi française elle-même (3). C'est,

---

(1) Il ne suffirait pas d'une copie manuscrite de la loi dont rien n'établirait l'origine et ne garantirait l'authenticité. Bordeaux, 1er mars 1892, Cl. 1892, p. 990.

(2) Brocher, t. I, p. 153. Laurent, t. II, n° 269. Weiss, p. 259. Despagnet, p. 30.

(3) Jurisprudence constante. V. comme arrêts les plus récents: Cass. 29 avril 1885, Sir. 86.1.118 ; 18 mai 1886, Sir. 86.1.243 ; 15 juillet 1889, Cl. 1889, p. 835 ; 10 février 1892, Cl. 1892, p. 988 ; 23 no-

croyons-nous, avec raison. En effet, la Cour de Cassation n'a d'autre compétence que celle que lui confère la loi française, et cette loi énumère limitativement les cas où le pourvoi en cassation est admis : la violation d'une loi étrangère n'y figure pas. Le décret du 27 novembre 1790 (art. 3) range parmi les causes de cassation : « la contravention expresse au texte de la loi ». Il s'agit ici, évidemment, de la loi française : le législateur, à cette époque surtout, n'a pas prévu l'application des lois étrangères.

Le juge est donc tenu d'appliquer ces lois, sans que leur violation puisse être réprimée par la Cour suprême : c'est là une anomalie ; il serait désirable qu'elle prît fin, mais elle me paraît s'imposer en l'état actuel de la loi française (1).

413. — La règle que nous admettons, avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, comporte un tempérament important. Le pourvoi en cassation est admis toutes les fois que la violation de la loi étrangère a pour conséquence la violation de la loi française elle-même, ce qui peut arriver dans trois cas :

1° Lorsque l'application de la loi étrangère est expressément commandée par un texte de la loi française. Ainsi, les articles 47, 170, 999 du Code civil appliquent la règle *locus regis actum* aux actes de l'état civil, au mariage et au testament authentique faits à l'étranger (2). Le jugement ou l'arrêt qui refuserait d'apprécier ces actes d'après la loi étrangère, violerait formellement ces textes et encourrait la censure de la Cour suprême. Ainsi encore, d'après l'article 17, 1°, perd la qualité de français « le français naturalisé à l'étranger, ou celui qui acquiert, sur sa demande, une nationalité étrangère par l'effet de la loi. » Pour décider si la nationalité française a été perdue, les tribunaux doivent donc rechercher si la nationalité étrangère a été acquise valablement, suivant les lois étrangères : la violation de ces lois

---

vembre 1892, Cl. 1893, p. 127. La Cour de cassation belge se prononce dans le même sens : 4 juin 1891, Cl. 1892, p. 748.

(1) *Contra*, A. Colin, *Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère*, Cl. 1890, p. 406 et 794. Surville et Arthuys, p. 43.

(2) Cass. 12 février 1879, Cl. 1881, p. 152.

méconnaîtrait donc les prescriptions implicites de l'article 7 et donnerait ouverture à cassation. On a prétendu que, dans ces différents cas, la cassation n'était possible que lorsque les juges n'avaient pas appliqué la loi étrangère, mais non lorsqu'ils l'avaient faussement interprétée (1). Cette manière de voir nous paraît erronée. Quand la loi française ordonne l'application d'une loi étrangère, il s'agit évidemment d'une application exacte. Il est inadmissible que le juge, tenu d'appliquer une loi, soit en même temps libre de la dénaturer, même sciemment, par une fausse interprétation (2).

2° Lorsque l'application de la loi étrangère est prescrite par un traité diplomatique. Les traités régulièrement conclus ont force de loi dans chacun des États contractants (3).

3° La Cour de Cassation admet encore le pourvoi, bien que l'application de la loi étrangère ne soit pas prescrite par un texte formel, dans des cas où sa violation aboutit indirectement à celle de la loi française. C'est ce que des exemples feront comprendre.

a) La Cour de Cassation a cassé un arrêt de la Cour d'Aix qui avait apprécié, d'après la loi française, la responsabilité d'une compagnie anglaise, pour la perte de bagages chargés par un français à Hong-Kong. La Cour suprême estime que cette décision viole l'article 1134 du Code civil, d'après lequel la convention légalement formée fait la loi des parties, parce que, « pour décider si une convention a été légalement formée, il faut l'examiner d'après les règles de la législation à laquelle sa formation était soumise; or la convention est soumise à la loi du lieu où elle a été passée (4). »

b) Un particulier avait reçu du bey de Tunis la concession d'un immeuble et l'avait ensuite fait figurer comme apport dans une société. Le gouvernement beylical contesta que, d'après les termes de la concession, il pût disposer de l'immeuble. Pour apprécier la nature de ce droit immobilier, la

---

(1) Cass. 15 avril 1861, Dal. 61.1.420.
(2) Cpr. Cass. 12 février 1879, *sup. cit.*
(3) Cass. 11 juillet 1811, Sir. 1811.1.301.
(4) 28 février 1 65, Sir. 65.1.385.

Cour d'Aix appliqua la loi française. Son arrêt fut encore cassé comme contraire à l'article 1128, d'après lequel : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet des conventions. » Or, pour savoir si un immeuble est dans le commerce, il faut appliquer la loi du pays où il est situé (1).

La violation de la loi française était, il faut bien le dire, dans ces deux cas, si indirecte qu'elle n'apparaît pas à première vue, mais la violation des principes du droit international était certaine. Il ne faut pas se plaindre de ce que la Cour suprême ait voulu en assurer la sanction, même au prix d'un raisonnement un peu subtil.

c) Serait encore, à mon avis, sujet à cassation, l'arrêt qui aurait apprécié, d'après la loi française, l'état et la capacité d'un étranger. Le sens de l'article 3, c'est que les lois françaises relatives à l'état et à la capacité ne s'appliquent qu'aux français. Il est donc violé si on les applique aux étrangers (2).

Toutefois, on sait que, suivant une jurisprudence que j'ai combattue, la loi étrangère pourrait être écartée, toutes les fois qu'elle causerait un préjudice à un français, sans aucune faute de sa part. Dans ce système, le juge du fait déciderait souverainement si le français est ou non exempt de faute, et si, par suite, la loi française doit ou non s'appliquer : son appréciation échapperait, sur ce point, au contrôle de la Cour suprême (3).

414. — Nous achevons ici l'étude générale des conflits de lois. Nous avons envisagé les divers aspects sous lesquels ils peuvent se produire et nous en avons recherché la

---

(1) Cass. 18 juillet 1876, Dal. 77.1.497.

(2) Cass. 20 février 1882, Dal. 82.1.119. — *Contra*, Cass. 17 juillet 1833, Sir. 33.1.663.

(3) La Cour de Cassation, 23 mai 1892, Sir. 92.1.523, a cassé un arrêt de la Cour de Paris, parce que ses motifs n'indiquaient pas suffisamment s'il appliquait à la forme d'un acte la loi du pays où il avait été fait ; la cassation est ici prononcée, sans qu'il y ait infraction proprement dite à la loi française, pour violation de la règle *locus regit actum*. V. dans le même sens, Despagnet, p. 34. — *Contra*, Cass. belge, 4 juin 1891, Cl. 1892, p. 748.

solution, soit en théorie, soit au point de vue spécial de la loi française. Nous aurons plus loin à rapprocher ces diverses solutions et à en montrer la combinaison dans les principales matières du droit. Nous devons, auparavant, étudier encore une question générale. Nous avons montré quelle est la loi applicable ; il reste à voir comment elle sera appliquée.

TITRE IV. — Compétence, procédure et jugements en droit international privé.

415. — Le droit international privé a la même sanction que le droit privé ordinaire : l'autorité du juge qui applique la loi et ordonne de l'observer et l'intervention de la force publique, qui fait exécuter le jugement malgré la résistance du condamné.

Lorsque le litige soulève une question de droit international privé, quel est le juge ? suivant quelles formes juge-t-il ? quels sont les effets des jugements ? Les trois chapitres qui suivent répondront à ces questions.

CHAPITRE I. — **De la compétence.**

416. — La nature de chaque litige détermine le juge compétent pour en connaître. Ainsi, en matière personnelle ou mobilière, c'est celui du domicile du défendeur ; en matière réelle immobilière, celui dans le ressort duquel est situé l'immeuble litigieux.

Il faut suivre le même principe pour l'application du droit international privé.

La compétence du tribunal doit résulter uniquement de la nature du débat ; elle est indépendante de la nationalité de la loi et de la nationalité des parties.

Elle est indépendante de la nationalité de la loi. Peu importe que ce soit celle du tribunal saisi ou une loi étrangère. Le juge doit choisir la loi applicable, d'après la nature du fait juridique, non seulement parmi celles de son propre pays, mais encore parmi les lois étrangères ; il doit donc être compétent pour appliquer les unes comme les autres.

Elle est indépendante de la nationalité des parties. Les tribunaux sont compétents à l'égard des étrangers comme de leurs nationaux. Les étrangers, en effet, doivent avoir la jouissance des droits privés ; ils doivent donc avoir accès près des tribunaux.

C'est à la lumière de ces principes que nous allons étudier et apprécier la loi française, en la rapprochant sommairement des législations étrangères.

417. — Quelle est la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers ? Il faut distinguer deux cas : 1° la contestation s'élève entre un français et un étranger ; 2° la contestation s'élève entre étrangers seulement (1).

La première hypothèse est seule prévue par la loi (art. 14 et 15 du Code civil). La seconde ne l'est pas et la solution est vivement débattue dans la doctrine et la jurisprudence.

SECTION I. — *Contestations entre français et étrangers.*

418. — Nous n'avons à nous occuper que des actions personnelles ou mobilières. En matière réelle immobilière, la compétence est réglée sans prendre en considération les personnes en cause, mais seulement d'après la situation de l'immeuble. Le tribunal dans le ressort duquel il se trouve sera donc compétent, quelle que soit la nationalité des plaideurs, même si l'un d'eux est un étranger. Quant aux actions mixtes, le demandeur peut, à son choix, les considérer comme personnelles ou réelles ; elles rentrent donc dans l'une des hypothèses précédentes.

Il faut encore distinguer suivant que l'étranger est demandeur ou défendeur contre un français : dans les deux cas, du reste, le tribunal français est compétent.

§ 1. — Etranger demandeur. — Caution *judicatum solvi*.

419. — D'après l'article 15 du Code civil : « Un français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des

---

(1) Il va sans dire que si une question de droit international privé se trouve mêlée à une contestation entre français, la compétence du tribunal n'est pas changée.

obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger » ; à plus forte raison, si l'obligation avait été contractée en France.

Les rédacteurs du Code ont présenté ce texte comme une preuve éclatante de leur esprit de justice envers les étrangers. Boulay de la Meurthe disait au Corps législatif : « Nous ne voulons pas que l'étranger soit victime de la mauvaise foi des français. On ne peut pas porter plus loin l'esprit de justice et d'impartialité ». L'article 15 ne mérite pas tant d'éloges. On ne saurait, sans la plus criante injustice, refuser à l'étranger les moyens d'exiger l'accomplissement des obligations qu'un français a contractées envers lui ; d'autre part, au moins si le français est domicilié en France, l'article 15 ne fait qu'appliquer les règles générales de compétence. Il n'y déroge que dans le cas où le français serait domicilié à l'étranger ; même alors il pourrait être cité devant les tribunaux français. Mais il n'a pas à se plaindre de cette exception au droit commun, puisqu'elle aboutit à le soumettre à sa juridiction nationale. Au surplus, la règle de l'article 15 est, pour le français, un bénéfice auquel il est le maître de renoncer ; si, étant cité devant un tribunal étranger, il ne décline pas sa compétence, il sera, par là même réputé l'avoir acceptée.

En parlant d'obligation *contractée*, l'article 15 a eu en vue l'hypothèse la plus fréquente : *quod plerumque fit* ; mais la règle est la même, quelle que soit la cause de l'obligation et, en général, pour toute action personnelle. Ainsi, le tribunal français serait, sans aucun doute, compétent pour connaître d'une contestation intentée par un étranger et relative à l'état d'un français.

420. — *Caution* judicatum solvi.— Le droit de l'étranger d'agir, comme demandeur, devant un tribunal français et contre un français, subit une restriction, ou du moins est subordonné à une condition. Il doit, en règle générale, fournir la caution dite *judicatum solvi*, dont nous avons précédemment signalé l'origine dans le droit féodal.

L'idée qui explique l'obligation de fournir cette caution, c'est que l'étranger, alors qu'il n'a pas d'immeubles en France, pourrait intenter contre un français une poursuite témé-

raire, et, s'il perd son procès, se soustraire aisément, en retournant dans son pays, à l'exécution des condamnations prononcées contre lui : du moins le français aurait-il beaucoup de difficultés à se faire payer. Ces raisons sont insuffisantes. Les étrangers, il faut le répéter, devraient avoir les mêmes droits privés que les français et, par conséquent, un aussi libre accès devant les tribunaux. D'ailleurs, la caution n'est pas exigée de l'étranger défendeur, parce que, dit-on, la défense est de droit naturel. La demande ne l'est-elle pas également ? et faut-il que l'étranger, s'il n'a ni argent ni crédit, n'ait en France aucun moyen de faire respecter ses droits ?

421. — *a) Par qui la caution peut-elle être exigée ?*— Le droit d'exiger la caution n'appartient qu'au français ou à l'étranger autorisé à établir son domicile en France et admis à la jouissance des droits civils ; l'étranger ordinaire ne peut la demander (1).

Dans notre ancien droit, cependant, on admettait le défendeur étranger à la réclamer, mais à la condition de la fournir lui-même (2). En effet, la situation des deux parties était la même, puisque l'une et l'autre étaient étrangères ; il n'y avait donc pas de raison pour ne pas leur imposer la même obligation, et pour favoriser l'une aux dépens de l'autre. Mais aujourd'hui, l'étranger défendeur ne devra jamais la caution ; on ne saurait donc invoquer les précédents de l'ancien droit pour l'autoriser à la réclamer (3).

422. — *b) Qui est tenu de fournir caution ?* — La caution doit être exigée, — sauf les exceptions que nous indiquerons, — de tout étranger, demandeur principal ou intervenant (C. civ., art. 15 ; C. proc. civ., art. 166).

Elle peut être exigée en appel, aussi bien qu'en première instance, et même l'étranger qui a déjà donné caution en première instance peut être tenu d'en fournir une seconde en

---

(1) Cass. 15 avril 1842, Sir. 42.1.473.

(2) Pothier, *Des personnes et des choses*, n° 49.

(3) *Contra*, Despagnet, p. 296. Demangeat s. Fœlix, t. I, p. 296, note a.

appel. La première, en effet, ne garantissait que les frais de la première instance et non ceux qui seront faits en appel (1).

Mais, pour que l'étranger soit tenu de fournir caution en appel, il faut : 1° qu'il soit appelant ; 2° qu'il ait été demandeur en première instance.

1° Il doit être appelant. On a soutenu, cependant, que l'intimé, demandeur en première instance, devait encore caution en appel, parce que, au fond, c'est toujours sa demande qu'il continue à soutenir (2). C'est là une logique extrême que nous n'admettons pas. Serait-il juste d'obliger celui qui a triomphé en première instance à fournir caution, pour défendre en appel des prétentions dont le fondement a déjà été reconnu ? D'ailleurs les articles 16 du Code civil et 166 du Code de procédure civile n'imposent cette obligation qu'au demandeur, et ces textes dérogatoires au droit commun doivent être interprétés plutôt restrictivement ; or l'intimé joue le rôle de défendeur, il ne rentre donc pas dans les prévisions de la loi.

2° Il doit avoir été demandeur en première instance. Pour l'étranger défendeur, l'appel est encore un moyen de continuer sa défense et de résister aux prétentions de son adversaire (3).

423. — c) *En quoi consiste la caution, son étendue.* — La caution consiste, en principe, dans l'engagement contracté par un tiers, qui s'oblige jusqu'à concurrence d'une somme fixée par le juge ; c'est là le cautionnement au sens propre du mot, mais il pourrait être remplacé par la consignation de la somme fixée, ou par la constitution d'un gage suffisant (C. civ., art. 2041 ; C. proc. civ., art. 167).

La caution garantit : 1° le paiement des frais du procès, mais de ceux-là seulement qui sont mis à la charge de la partie perdante ; on n'y comprend pas ceux qui doivent, en tout cas, rester à la charge de la partie qui les a faits, comme

---

(1) Nancy, 22 janvier 1889, Cl. 1891, p. 909 ; Paris, 23 janvier 1891, Cl. 1891, p. 166.

(2) Gerbaud, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, n° 58.

(3) Nancy, 18 août 1875, Cl. 1876, p. 454 ; Paris, 20 avril 1877, Cl. 1878, p. 159 ; Rennes, 8 janvier 1889, Cl. 1891, p. 911.

les honoraires de l'avocat; 2° le paiement des dommages-intérêts résultant du procès, c'est-à-dire de ceux auxquels le demandeur serait condamné pour réparer le préjudice causé par sa demande téméraire. Mais elle ne garantirait pas le paiement des dommages-intérêts dus pour toute autre cause, dans le cas, par exemple, où le défendeur aurait formé contre le demandeur une demande reconventionnelle.

Le défendeur réclame la caution en invoquant, avant toute défense au fond, une exception, dont parle l'article 166 du Code de procédure civile.

424. — *d) Exceptions.* — Dans un certain nombre de cas la caution n'est pas exigée :

1° En matière de commerce. Cette faveur a pour but de faciliter les relations commerciales internationales.

2° Lorsque l'étranger possède en France des immeubles, d'une valeur suffisante pour assurer le paiement des dommages-intérêts et des frais. Dans ce cas, en effet, le français, au profit de qui la condamnation a été prononcée, aura toujours un moyen de la faire exécuter. Le tribunal, en cas de contestation, appréciera si la valeur des immeubles est suffisante ; ainsi il en faudrait déduire le montant des hypothèques dont ils sont grevés. Mais la loi ne confère au défendeur aucune hypothèque sur les immeubles de l'étranger demandeur.

3° Lorsque l'étranger a la jouissance des droits civils, en vertu, soit d'une autorisation de domicile, soit d'un traité.

4° Enfin, cette dispense résulte encore de traités diplomatiques, qui sont assez nombreux.

a) Elle est expressément formulée dans plusieurs traités : —Le traité conclu avec la Sardaigne le 24 mars 1760; la déclaration du 11 septembre 1860 l'a reconnu toujours en vigueur (1), et la jurisprudence admet que ses effets s'étendent aujourd'hui à tout le royaume d'Italie. — Le traité conclu avec la Suisse, le 5 juin 1869, sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements. — Le traité de commerce conclu avec la Serbie le 18 juin 1883 (art. 5).

---

(1) Cette déclaration n'est pas relative à la caution *judicatum solvi*, mais à une autre clause du traité.

b) Beaucoup de traités de commerce ou de conventions consulaires contiennent une clause, aux termes de laquelle les étrangers en France et les français à l'étranger doivent avoir « un libre et facile accès auprès des tribunaux de justice, tant pour réclamer que pour défendre leurs droits, à tous les degrés de juridiction, » et jouissent, sous ce rapport, « des mêmes droits et avantages déjà accordés ou qui seront accordés aux nationaux. » Cette stipulation se trouve, notamment, dans les traités conclus avec l'Espagne (1862), le Portugal (1863), la Russie (1874), diverses républiques de l'Amérique du Sud... etc. Elle dispense implicitement de fournir la caution, qui entrave l'accès des tribunaux et à laquelle les nationaux ne sont pas tenus. C'est ce que, en France du moins, la jurisprudence a reconnu après quelques hésitations.

c) Enfin, les traités que la France a conclus avec le grand duché de Luxembourg (1879), l'Autriche-Hongrie (1879), l'Allemagne (1880), pour assurer aux nationaux respectifs des États contractants le bénéfice de l'assistance judiciaire, dispensent aussi de fournir la caution, mais ceux-là seulement qui ont obtenu l'assistance.

425. — *Législations étrangères.*—Dans presque tous les pays, la loi impose au demandeur étranger l'obligation de fournir caution. Cependant elle n'existe pas en Italie, où le Code accorde aux étrangers comme aux nationaux l'entière jouissance des droits civils (1), en Portugal ni en Suède.

§ 2. — Etranger défendeur.

426. — Lorsque l'étranger est défendeur contre un français, le tribunal français est encore compétent. Mais alors l'article 14 du Code civil apporte une exception à la règle : *actor sequitur forum rei*. Le demandeur français peut citer le défendeur étranger, même résidant hors de France, devant un tribunal français.

---

(1) Le Code espagnol accorde aussi aux étrangers la jouissance des droits civils, mais sans parler expressément de la caution *judicatum solvi*.

Comment s'explique une si grave dérogation au droit commun ? Dans les travaux préparatoires, on a présenté l'article 14 comme la réciproque de l'article 15 : de même que le français peut être cité par un étranger, de même aussi il pourrait citer l'étranger devant un tribunal français. Mais l'analogie n'est qu'apparente, ou plutôt elle n'existe pas. L'article 15 applique, dans la plupart des cas, la règle générale : l'article 14 la contredit. Le réciproque de l'article 15 serait, au contraire, de reconnaître à l'étranger le droit d'être cité, même par un français, devant les tribunaux de son propre pays. Le législateur dans l'intérêt de ses nationaux et dans une pensée de méfiance pour les tribunaux étrangers, a voulu soustraire les français à leur juridiction : tel est le motif de l'article 14. Il ne suffit pas, d'ailleurs, à justifier une disposition si exorbitante.

L'intérêt des français ne saurait l'emporter sur le droit des étrangers. Or, l'équité, comme les lois de tous les pays, donnent au défendeur le droit d'être cité devant le tribunal de son domicile. Il est présumé libre de toute obligation jusqu'à ce que son adversaire ait fait sa preuve, et l'on ne doit pas lui imposer les embarras et les frais d'un déplacement, pour répondre à une demande peut-être mal fondée. D'ailleurs, il n'y a pas de raison pour suspecter les tribunaux étrangers, du moins ceux des pays dont la civilisation est, à peu près, la même que la nôtre : on ne saurait attribuer aux magistrats français le monopole de la justice et de l'impartialité. La disposition de l'article 14, est, à tous égards, injustifiable.

427. — *a) A qui appartient le bénéfice de l'article 14 ?* C'est là un droit civil, *stricto sensu*, réservé aux français et aux étrangers qui ont la jouissance des droits civils, en vertu d'une autorisation de domicile (1) ou d'un traité. Peu importe, du reste, que le français soit ou non domicilié en France : le texte ne distingue pas. Pour que le demandeur puisse citer le défendeur étranger devant un tribunal français, il suf-

(1) Cass. 12 novembre 1872, Sir. 73.1.17 ; 14 mars 1883, Sir., 83. 1.259 ; Paris, 17 juillet 1890, Cl. 1892, p. 901 ; Douai, 22 janvier 1890, Cl. 1892, p. 903.

fit qu'il ait été français au moment où il intente son action : il n'est pas nécessaire qu'il l'ait été au moment où son droit a pris naissance. Il est vrai que l'article 14 parle d'obligations contractées avec un français, ce qui semble indiquer que le créancier a, dès l'origine, été français. Mais la volonté du législateur est de soustraire le français à la juridiction des tribunaux étrangers : il faut donc, pour qu'elle reçoive satisfaction, que le demandeur, dès lors qu'il est actuellement français, ait le droit de s'adresser aux tribunaux français.

428. — L'intérêt de cette solution se manifeste dans deux hypothèses.

1° Un étranger est naturalisé français. Il peut citer devant un tribunal français l'étranger qui s'est obligé envers lui avant la naturalisation. Il y a cependant une objection : la naturalisation ne porte pas atteinte aux droits des tiers ; comment donc celle du créancier aurait-elle enlevé au débiteur le droit qui lui appartient, d'être jugé par le tribunal de son domicile ? Mais le principe n'est vrai qu'autant qu'il s'agit de droits déjà acquis : pour l'avenir, en effet, la naturalisation produit ses conséquences même à l'égard des tiers. Or, le débiteur, pas plus que le créancier, n'a de droit acquis à être jugé par le tribunal compétent lors de la naissance de l'obligation : la preuve, c'est qu'une loi qui modifierait la compétence s'appliquerait, sans cependant rétroagir, aux droits déjà nés, et que le débiteur lui-même peut, en changeant de domicile, changer la compétence du tribunal. Au surplus, la naturalisation du demandeur n'aurait pas d'effet sur une instance déjà engagée. Le défendeur a alors un droit acquis à ce qu'elle se continue devant le juge compétemment saisi (1).

2° Le créancier primitif est un étranger, mais sa créance a été transmise à un français. Ici encore, le nouveau créancier peut, croyons-nous, bénéficier de l'article 14. Cela n'est pas douteux si le titre de la créance est une lettre de change ou un billet à ordre, transmissible par voie d'endossement. Dans ce cas le débiteur ne peut, en règle générale, se préva-

(1) Cass. 4 février 1891, Cl. 1891, p. 171.

loir contre le tiers porteur des moyens qu'il avait contre son endosseur ; il ne pourrait donc exciper de l'incompétence du tribunal français, sous prétexte que le créancier primitif était un étranger (1).

De même, lorsque la créance a été transmise dans une succession, la jurisprudence admet l'héritier français d'un étranger à citer devant les tribunaux francais les débiteurs de son auteur (2).

Au contraire, lorsqu'une créance a été cédée à titre particulier, par un mode du droit civil, les tribunaux ont décidé, le plus souvent, que le cessionnaire français d'un étranger ne pourrait pas se prévaloir de l'article 14 (3).

Nous croyons, cependant, que, dans cette dernière hypothèse, la solution doit être la même que dans les premières. Si l'on met à part les titres à ordre, évidemment régis par des principes spéciaux, il n'y a aucune raison de soumettre à des règles différentes la transmission de la créance à cause de mort et sa cession entre vifs. C'est une véritable contradiction. Pour déterminer la compétence du tribunal, il faut se placer, soit au moment où le droit est né, soit au moment où l'action est intentée : on ne peut se placer tantôt à une époque, tantôt à l'autre. Or, pour se conformer à la volonté du législateur, il ne faut considérer que l'époque de la demande. Il est vrai que le débiteur se trouvera ainsi soumis à la juridiction des tribunaux français, sans avoir pu le prévoir lorsqu'il a contracté : mais si ce résultat, qui d'ailleurs ne lèse aucun droit acquis, n'est pas équitable, il n'y a pas lieu de s'en étonner, lorsque le principe même de l'article 14 est contraire à la justice (4).

---

(1) Cass. 26 janvier 1833, Sir. 33.1.100 ; 18 août 1856, Sir. 57.1. 586.

(2) Cass. 7 février 1873, Dal. 73.1.483 ; 2 août 1876, Sir. 77.1.97; Paris, 12 mai 1882, Cl. 1883, p. 46.

(3) Paris, 1 mars 1856, Sir. 57.2.120 ; Aix, 30 décembre 1869 et Cass. 12 août 1872, Dal. 72.1.293. — Aubry et Rau, t. VIII, p. 139 note 16. Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, p. 138. Demolombe, t. I, n° 250. Fœlix, t. 1, n° 173. Renault, note sous Cass. Sir. 77.1.97. Gerbaud, *op. cit.*, n^os^ 145 et suiv.

(4) Cpr. Paris, 23 novembre 1883, Cl. 1884, p. 284.— Demangeat s.

429.—A l'inverse, le créancier n'a pas le bénéfice de l'article 14, dès lors qu'il est étranger, au moment de la demande. Un français, devenu étranger, ne peut plus citer son débiteur devant un tribunal français, même pour une obligation antérieurement contractée. L'étranger, cessionnaire ou héritier d'un français, n'en a pas non plus le droit. C'est là, en effet, une faveur inhérente à la qualité de français, et non pas un accessoire de la créance qui soit transmis avec elle.

430. — *b) Contre qui le bénéfice de l'article 14 peut-il être invoqué ?* — Il peut être invoqué, sauf les exceptions que nous signalerons plus loin, contre tous les étrangers, même contre le français naturalisé étranger ou l'héritier étranger d'un débiteur français. Il ne peut pas l'être contre un français. Néanmoins, un français, même domicilié hors de France, pourrait être cité par un autre français devant un tribunal français ; non pas, il est vrai, par application de l'article 14, mais en vertu de l'article 15. Un étranger pourrait citer un français, même domicilié hors de France, devant les tribunaux français ; *à fortiori*, un français doit-il avoir le même droit (1). Toutefois, il en serait autrement, s'il s'agissait d'un français domicilié dans les Echelles du Levant, ou autres pays soumis aux capitulations. C'est alors devant le tribunal consulaire de son domicile qu'il devrait être assigné (2).

431. — *c) A quelles matières s'applique l'article 14.*— 1° Il s'applique à toutes les actions personnelles ou mobilières.

L'article 14, il est vrai, parle spécialement de l'exécution des obligations *contractées* par un étranger : c'est-à-dire de celles qui sont nées d'un contrat. Mais il faut y comprendre toutes les obligations, quelle qu'en soit la source : quasi-contrat, délit, quasi-délit. (3) Ici, comme dans l'article 15, le

---

Fœlix, t. 1, p. 358, note a. Testoud, *Revue critique*, 1877, p. 609. Weiss, p. 734. Despagnet, p. 301. Surville et Arthuys, p. 417.

(1) Lyon, 17 octobre 1886, Cl. 1887, p. 106. (Cet arrêt invoque l'article 14, qui est inapplicable lorsque le défendeur est un français.)— Bordeaux, 6 mars 1893, Cl. 1893, p. 525.

(2) Poitiers, 16 avril 1891, Cl. 1891, p. 49.

(3) Cass. 12 août 1872, Dal. 72.1.293.

texte a visé l'hypothèse la plus fréquente, sans exclure les autres.

Les tribunaux français seraient également compétents, pour statuer sur une question relative à l'état d'un étranger, soulevée au cours d'une contestation pécuniaire; mais le seraient-ils également, si l'instance où le français est demandeur n'avait pour objet qu'une question d'état, sans aucun intérêt pécuniaire actuel ? Cela est plus douteux, parce qu'il ne s'agit plus ici de l'exécution d'une obligation, au sens propre du mot. Cependant, la jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée pour l'affirmative. Ainsi, il a été jugé que les tribunaux français étaient compétents pour statuer sur une demande en séparation de corps, formée par une femme française contre son mari, devenu étranger au cours du mariage (1); sur une action en recherche de maternité naturelle, intentée par un français contre une étrangère (2); sur une demande en nullité de mariage, formée par une femme française qui avait épousé un étranger (3).

Ces solutions, d'ailleurs, sont conformes aux principes généraux du Code de procédure civile qui n'établit pas de compétence spéciale pour les questions d'état et les assimile, sous ce rapport, aux autres actions personnelles ; elles sont conformes aussi à l'intention du législateur, qui veut soustraire le français à la juridiction des tribunaux étrangers.

La règle générale, d'après laquelle, en matière personnelle mobilière, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur, est donc écartée, au préjudice des étrangers et au profit des français.

432. — 2° Mais, même entre français et en matière personnelle mobilière, le tribunal compétent n'est pas toujours

---

(1) Chambéry, 27 août 1877, Sir. 78.2.15.

(2) Cass. 19 juillet 1848, Sir. 48.1.529.

(3) Paris, 28 mai 1880, Cl. 1880, p. 300. A première vue, il semblerait que, la femme étant devenue étrangère par son mariage, la contestation s'élève entre étrangers seulement. Mais on ne peut invoquer ce moyen pour écarter la compétence des tribunaux français, parce que la question est précisément de savoir si le mariage est valable et, par conséquent, si la femme est devenue étrangère.

celui du domicile du défendeur. Dans certains cas, le Code de procédure civile (art. 59) attribue compétence à d'autres tribunaux : par exemple, en matière de société, à celui du siège social, en matière de succession, à celui du lieu où elle s'est ouverte.

Même dans ces hypothèses exceptionnelles, l'article 14 doit s'appliquer. Quel que soit, de droit commun, le tribunal compétent en raison de la nature du litige, le demandeur français a le droit de citer le défendeur étranger devant un tribunal français.

Une société a son siège à l'étranger. Le français, qui en est créancier, portera sa demande devant un tribunal français et non pas devant celui du siège social. Il en sera de même si un associé français intente une action contre ses co-associés étrangers ou contre la société, sauf alors à examiner s'il n'aurait pas, expressément ou tacitement, renoncé au bénéfice de l'article 14 (1).

Une succession s'ouvre en pays étranger. Les créanciers et légataires français pourront poursuivre les héritiers étrangers devant un tribunal français. Il est plus douteux qu'ils puissent demander le partage au tribunal français ; nous retrouverons cette question en traitant des successions (2).

433. — *d) Tribunal compétent.* — L'article 14 n'indique pas, parmi les tribunaux français, quel est celui devant lequel le demandeur devra intenter son action.

Il n'y a cependant pas de difficulté lorsque, d'après le droit commun même, le tribunal compétent serait en France.

Ainsi : 1° Le défendeur étranger a en France un domicile, même sans autorisation, ou tout au moins une résidence (3) ; il sera cité devant le tribunal de ce domicile ou de cette résidence : c'est l'application de l'article 59 du Code de procédure civile.

---

(1) Paris, 9 mars 1892, Dal. 92.2.284.

(2) Nous trouverons aussi *infrà* la compétence en matière de faillite.

(3) Nous avons vu précédemment que la jurisprudence reconnaît au domicile de fait établi en France par un étranger, les mêmes effets, relativement à la compétence, qu'à un domicile de droit.

2° En raison de la nature du litige, le tribunal compétent n'est pas celui du domicile du défendeur, et ce tribunal se trouve en France. Ici encore, on suivra pour les étrangers les mêmes règles que pour les français.

L'action intentée par une société française, ou par quelques associés, contre des associés étrangers sera portée, en France, devant le tribunal du siège social. La demande en partage d'une succession ouverte en France, formée par des héritiers français contre des étrangers, sera portée devant le tribunal du lieu d'ouverture de la succession.

3° Reste le cas où, de droit commun, le tribunal compétent ne serait pas en France, soit parce que le défendeur étranger n'a dans ce pays ni domicile ni résidence, soit en raison des règles spéciales de compétence dont nous avons parlé. C'est alors que l'article 14 déroge au droit commun. Quel tribunal le demandeur devra-t-il saisir ?

Nous ne pensons pas, quoiqu'on l'ait soutenu (1), qu'il puisse choisir entre les tribunaux français. En principe, la compétence ne dépend pas de la volonté des parties. Laisser ce choix au demandeur, sans qu'aucun texte nous y autorise, c'est ajouter un privilège au droit, déjà si exorbitant, que lui confère l'article 14.

Sans m'arrêter à d'autres solutions plus ou moins arbitraires, voici la plus simple comme la plus rationnelle : le tribunal compétent sera celui du domicile du demandeur. Dès qu'on écarte le tribunal du domicile du défendeur, il est naturel de porter le débat au domicile de l'autre partie : du demandeur (2). Cela, d'ailleurs, paraît conforme à l'intention du législateur, qui renverse, en quelque sorte, au profit du demandeur français, la règle *actor sequitur forum rei*. Il est de l'esprit de la loi que les deux parties ne soient pas obligées de se déplacer. Si le demandeur n'a pas en France de domicile connu, le tribunal compétent sera celui de sa ré-

---

(1) Fœlix, t. I, p. 350. Demolombe, t. I, n° 252. Laurent, *Principes du droit civil*, t. I, n° 436.

(2) Cass. 9 mars 1863, Sir. 63.1.225; Bordeaux, 28 janvier 1891, Cl. 1892, p. 657; Aix, 26 février 1889, Cl. 1889, p. 798; Bordeaux, 7 mars 1893, Cl. 1893 p. 525. — Gerbaud, *op. cit.*, n° 199. Weiss, p. 749. Despagnet, p. 306. Surville et Arthuys, p. 418.

sidence ; enfin, s'il n'a ni domicile ni résidence, on est bien alors forcé d'admettre qu'il pourra choisir le tribunal, sauf à décider aussi que ce choix ne serait pas valable, si la seule volonté de nuire au défendeur l'avait inspiré.

434. — *e*) *Exceptions*. — Dans quelques cas exceptionnels, le demandeur français n'a plus le droit de citer le défendeur étranger devant un tribunal français.

1° *Renonciation*. — Le français peut renoncer au bénéfice de l'article 14. Ce n'est pas là, en effet, une règle d'ordre public, mais une mesure de protection, une faveur, dont il est libre de ne pas user (1).

La renonciation est expresse ou tacite.

Tacite, elle résulte de circonstances que les tribunaux apprécient souverainement en fait. Leurs décisions, sur ce point, échappent à la censure de la Cour de Cassation (2).

Par exemple, aux termes des statuts d'une société étrangère, les contestations entre associés doivent être soumises à l'arbitrage, conformément aux règles de la procédure étrangère. L'actionnaire français est réputé avoir adhéré à cette clause, et renoncé à se prévaloir de l'article 14 (3).

En général, on considère que, lorsqu'un français a assigné son débiteur devant un tribunal étranger, il a, par là même renoncé à le citer devant un tribunal français. Il en serait ainsi, à plus forte raison, si l'instance avait abouti à un jugement (4).

Du reste, ce ne sont pas là des règles absolues. Il faut, avant tout, rechercher, quelle a été l'intention du français. C'est une question de fait, qui ne saurait être résolue *à priori* et toujours de la même façon (5).

---

(1) La question ne se discute plus. V. notamment, Cass. 13 février 1882, Dal. 82.1.341, et 14 mars 1883, Sir. 83.1.250.

(2) Cass. 16 mars 1885, Dal. 86.1.103.

(3) Paris, 9 mars 1887, Dal. 88.2.49.

(4) Cass. 6 janvier 1841, Sir. 41.1.24 ; 24 février 1846, Sir. 46.1.474 ; 13 février 1882, Dal. 82.1.341. — Nous verrons plus loin quelle est alors l'autorité du jugement étranger et quel est le rôle du tribunal français auquel on en demanderait l'exécution.

(5) Cpr. Cass. 27 décembre 1852, Sir. 53.1.94 ; Cass. 9 décembre 1878, Dal. 79.1.176 ; Paris, 26 janvier 1891, Cl. 1892, p. 482.

Quand le demandeur a ainsi accepté d'être jugé par un tribunal étranger, il ne peut plus saisir les tribunaux français, et le défendeur aurait le droit de décliner leur compétence.

435. — 2° *Traités diplomatiques.* — Divers traités ont soustrait les étrangers qu'ils concernent à l'application de l'article 14, avec réciprocité, bien entendu, au profit des français. Ce sont :

α) Les traités qui accordent, en France, aux étrangers la jouissance des droits civils et qui ont été indiqués plus haut. Ces étrangers, en effet, échappent à toutes les mesures de défaveur édictées par la loi française.

β) Le traité franco-suisse du 15 juin 1869, sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements. D'après l'article 1, dans les contestations en matière personnelle et mobilière, civile et de commerce, qui s'élèvent entre suisses et français, « le demandeur est tenu de suivre son action devant les juges naturels du défendeur », c'est-à-dire devant ceux de son domicile. Le tribunal français serait donc incompétent si le défendeur suisse avait son domicile en Suisse, et réciproquement.

Toutefois, par exception, si le défendeur a contracté hors de son domicile, il pourra être cité devant le tribunal du lieu où le contrat a été passé, si les parties y résident encore au moment du procès.

γ) Enfin, ce même traité franco-suisse et quelques autres ont réglé la compétence des tribunaux relativement aux successions et aux partages. Nous les retrouverons en traitant des successions.

436. — Parmi les étrangers auxquels ne s'applique pas l'article 14, nous ne citons pas ceux qui ont été autorisés à établir leur domicile en France. Ils ont, il est vrai, la jouissance des droits civils ; mais, étant domiciliés en France, c'est devant le tribunal français qu'ils doivent être poursuivis : la règle de l'article 14 se confond pour eux avec le droit commun.

437. — 3° *Etats et souverains étrangers.* — Le français, demandeur contre un Etat étranger, ne peut le citer devant

un tribunal français : le principe de la souveraineté des Etats et de leur indépendance réciproque s'y oppose. C'est la décision de la jurisprudence. Bien qu'elle soit contestable, nous n'insisterons pas sur cette discussion, qui appartient plutôt au droit international public.

Quant aux souverains étrangers il faut faire une distinction. Ont-ils contracté comme représentants de l'Etat dont ils sont les chefs ? les tribunaux français sont incompétents. Ont-ils contracté en leur nom personnel ? les tribunaux français sont compétents.

Ainsi, la Cour de Paris s'est déclarée incompétente pour connaître d'une demande formée contre les héritiers de l'empereur du Mexique, Maximilien, en paiement des décorations qui lui avaient été fournies, parce qu'une commande de décorations, destinées à être conférées par un souverain, se rattache à l'exercice de la puissance publique (1).

Elle s'est au contraire déclarée compétente pour la demande en paiement d'une fourniture de bijoux faite à la reine Isabelle d'Espagne ; ces bijoux étant destinés à rester sa propriété privée ou à être distribués par elle à diverses personnes, mais ne devant pas appartenir à l'Etat espagnol (2).

438. — 4° *Ambassadeurs et agents diplomatiques.* — Les ambassadeurs et agents diplomatiques étrangers ne peuvent être cités devant les tribunaux français. Cette immunité résulte du droit international coutumier, mais, en France, aucun texte ne l'a expressément consacrée. Elle s'étend aux membres de la famille de l'ambassadeur, résidant avec lui, et au personnel officiel de la légation. Elle s'applique même aux obligations contractées par l'agent diplomatique pour ses besoins personnels (3).

On invoque souvent, pour la justifier, la fiction de l'exterritorialité, en vertu de laquelle les agents diplomatiques sont toujours réputés présents dans leur pays. C'est une mauvaise raison, puisque les étrangers, même résidant hors

---

(1) Paris, 15 mars 1872, Sir. 72.2.68.
(2) Paris, 3 juin 1872, Sir. 72.2.293.
(3) Cass. 10 janvier 1891, Cl. 1892, p. 137.

de France, peuvent être cités devant les tribunaux français. Le vrai motif de cette immunité, c'est que l'obligation de comparaître devant les tribunaux du pays où ils exercent leurs fonctions, serait contraire à l'indépendance dont les agents diplomatiques ont besoin pour remplir leur mission.

439. — *Législations étrangères.* — Quelques-unes, comme celles des Pays-Bas et de la Pologne, se sont inspirées du Code civil, et permettent à leurs nationaux de citer devant les tribunaux de leur pays les défendeurs étrangers ; mais la plupart, plus libérales que la nôtre, laissent aux étrangers le bénéfice de la règle : *actor sequitur forum rei* ; c'est, sauf certains cas exceptionnels, devant le tribunal de son domicile qu'il doit être assigné.

La loi se prononce dans ce sens, en Allemagne, en Autriche, en Danemark, en Espagne, en Angleterre, en Suède.

En Belgique la loi du 25 mars 1876 (art. 52) a abrogé l'article 14 du Code civil. Les étrangers ne peuvent être cités devant les tribunaux belges que s'ils ont leur domicile, ou du moins leur résidence, en Belgique. Dans le cas contraire, ils doivent être assignés devant le tribunal de leur domicile. Toutefois, ils ne peuvent profiter de cette disposition qu'à charge de réciprocité, c'est-à-dire si la loi de leur pays reconnaît aux étrangers le droit d'être assignés à leur domicile. Or, comme notre article 14 leur refuse ce droit, la nouvelle loi ne s'appliquera pas aux français défendeurs contre un belge ; ils pourraient, comme par le passé, être poursuivis devant les tribunaux de Belgique.

En Italie, le Code de procédure ne permet pas non plus, en principe, au demandeur italien, de citer devant un tribunal d'Italie le défendeur étranger, qui ne réside pas dans le royaume. Il l'autorise, cependant, dans certains cas exceptionnels (1), entres autres : « lorsque cela peut avoir lieu en vertu de la réciprocité. » On en a conclu que par réciprocité

---

(1) D'après l'article 105 du Code de procédure italien, l'étranger, même ne résidant pas dans le royaume peut être cité devant les tribunaux italiens : « S'il s'agit d'obligations qu proviennent de contrats ou de faits accomplis dans le royaume, ou qu doivent y recevoir leur exécution. » Peu importe alors la nationalité du demandeur.

de l'article 14, le défendeur français pourrait toujours être cité devant un tribunal italien.

On voit donc que la dérogation au droit commun, introduite au profit des français, se retourne quelquefois contre eux. L'intérêt bien entendu, aussi bien que la justice, commanderaient d'appliquer, dans les relations internationales, la règle *actor sequitur forum rei*, et de laisser les étrangers à leurs juges naturels.

Section II. — *Contestations entre étrangers.*

440. — Les tribunaux français sont-ils compétents pour juger les contestations entre étrangers ? La loi n'a pas résolu la question, qui est, par suite, vivement discutée. Dans certains cas, cependant, la controverse ne peut se produire et la compétence du tribunal français est certaine, soit à raison de la nature du litige, soit à raison de la qualité personnelle des étrangers.

A. En raison de la nature du litige. — Nous avons déjà rappelé que, en matière réelle immobilière, la compétence du tribunal dépend uniquement de la situation de l'immeuble, sans tenir aucun compte des personnes en cause. Peu importe donc que le demandeur et le défendeur soient l'un et l'autre étrangers; dès que l'immeuble est situé en France, le tribunal français est compétent.

Il en sera de même en matière mixte immobilière, si le demandeur intente l'action devant le tribunal de la la situation.

441. — B. En raison de la qualité personnelle des étrangers. — 1° Les tribunaux français sont compétents à l'égard des étrangers autorisés à fixer leur domicile en France. Il suffit que l'une des parties ait obtenu cette autorisation, soit le défendeur, soit même le demandeur, puisqu'il peut, nous l'avons vu, citer devant un tribunal français un étranger même résidant hors de France.

2° Les tribunaux français sont encore compétents, à l'égard de certains étrangers, en vertu de traités diplomatiques.

Ce sont : α) Les traités qui accordent, en France, aux étrangers, la jouissance des droits civils.

β) Le traité franco-suisse de 1869 (art. 2). Dans les contestations entre suisses domiciliés en France, ou français domiciliés en Suisse, le demandeur a le droit de saisir le tribunal du domicile du défendeur, sans que le juge puisse se déclarer incompétent, à raison de l'extranéité des parties. On a soutenu que cette compétence ne s'applique qu'aux contestations dont l'intérêt est purement pécuniaire et ne s'étend pas aux questions d'état. En effet, dit-on, il est question dans les articles 1 et 2 du traité de contestations en matière personnelle ou mobilière; or les questions d'état ne sont pas, à proprement parler, des actions personnelles, et surtout ne sont pas des actions mobilières, puisqu'elles n'ont pas les biens pour objet (1). Mais il est facile de répondre : le traité franco-suisse a adopté la terminologie et la nomenclature du Code de procédure français, qui ne fait pas une catégorie à part des questions d'état, mais les range, au point de vue de la compétence, parmi les actions personnelles. Le traité doit donc s'appliquer sans distinction. Pour les questions d'état, comme pour les autres contestations, les tribunaux français sont compétents à l'égard des suisses domiciliés en France, et réciproquement. (2)

Le traité franco-suisse est également applicable, par voie de conséquence, à certains États qui ont stipulé, dans leurs rapports avec la France, le traitement de la nation la plus favorisée, tels que le Brésil (traité du 6 janvier 1826) (3) et la Serbie (traité du 18 janvier 1884).

γ) Les divers traités que j'ai déjà cités, et qui accordent, en France, à certains étrangers : « Un libre et facile accès devant les tribunaux de justice, tant pour réclamer que pour défendre leurs droits, à tous les degrés de juridiction. » Cette clause attribue compétence aux tribunaux français à l'égard de ces étrangers. Ici encore, on a soutenu que cette

---

(1) Trib. féd. suisse, 12 octobre 1878, Cl. 1879, p. 96; Paris, 28 avril 1882, Cl. 1882, p. 546; Trib. de la Seine, 29 février 1892, Cl. 1893, p. 573. — Lehr, *Des demandes de séparation de corps entre étrangers*, Cl. 1878, p. 247.

(2) Cass. 1er juillet 1878, Dal. 80.1.12.

(3) Cass. 22 juillet 1886, Dal. 87.1.224.

compétence devait être restreinte aux contestations relatives aux biens et ne pas s'étendre aux questions d'état, parce que, dit-on, les traités qui renferment ces stipulations n'ont en vue que des intérêts matériels. Mais cette assertion n'est pas entièrement exacte, et, d'ailleurs, la clause dont il s'agit ne fait pas de distinction ; en toute matière, elle accorde aux étrangers qu'elle concerne le droit de porter leurs différends devant les tribunaux français : c'est ce que la Cour de Cassation a reconnu (1).

442. — En résumé, il ne peut y avoir de discussion que pour les contestations en matière personnelle ou mobilière, entre étrangers ordinaires, c'est-à-dire qui ne peuvent invoquer ni autorisation de domicile, ni traité conclu avec la nation à laquelle ils appartiennent.

J'ai déjà dit que les tribunaux devraient être compétents, dans tous les cas, à l'égard des étrangers. J'ajoute que rien dans la loi française ne me paraît s'opposer à ce que l'on suive cette règle. Cependant, la jurisprudence admet un système contraire : nous allons d'abord l'exposer, puis le discuter. Sa réfutation établira par là même la proposition que nous venons d'avancer.

443. — I.— EXPOSÉ DU SYSTÈME DE LA JURISPRUDENCE.— Les tribunaux français sont incompétents pour juger les contestations entre étrangers : tel est le principe. Dans l'application, il a reçu parfois certains tempéraments, et, de l'aveu unanime, il comporte plusieurs exceptions (2). Nous allons étudier : 1° Le principe ; 2° Son application ; 3° Ses exceptions.

444. — **A. Principe.** — Les tribunaux français sont incompétents pour juger les contestations entre étrangers.

---

(1) Cass. 3 juin 1885, Dal. 85.1.400 ; Alger, 13 janvier 1892, Sir. 92.2.152 ; Trib. de la Seine, 5 mars 1892, Cl. 1892, p. 661 et 12 mai 1892, Cl. 1892, p. 937.

(2) Féraud-Giraud, *De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers*, Cl. 1880, p. 137 ; 1885, p. 225. Demolombe, t. I, p. 261. Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 29 bis IV.

La raison en est que le droit de recourir aux tribunaux français, pour en obtenir la décision d'un débat, est un de ces droits civils, dont l'article 11 refuse la jouissance aux étrangers (1).

En effet :

1° Aucun texte n'attribue compétence aux tribunaux français pour juger des contestations où les étrangers sont seuls intéressés, et, par conséquent, aucun texte ne donne aux étrangers le droit de s'adresser à leur juridiction.

2° Les tribunaux français ne sont institués que pour rendre la justice à leurs nationaux.

3° Ils ne sont institués que pour appliquer la loi française; ils ne sont pas tenus de connaître les lois étrangères et pourraient, dans leur application, commettre des erreurs, préjudiciables à l'intérêt des parties et à la dignité du juge lui-même.

Cette incompétence n'est cependant pas absolue ; aucun texte n'oblige les tribunaux français à juger les contestations entre étrangers, mais aucun texte non plus ne leur défend d'en connaître. Ils ne violent donc aucune loi en en restant saisis, et leur incompétence n'est que relative ; elle suit, à peu près, les règles de l'incompétence *ratione personæ*. En conséquence : 1° le tribunal n'est pas forcé de se dessaisir d'office, si sa compétence n'est pas déclinée, mais il a toujours le droit de le faire, même en appel ; 2° le demandeur ne peut décliner la compétence du tribunal que lui-même a saisi ; 3° le défendeur doit la décliner en première instance et *in limine litis* (2).

445. — B. Applications. — Dans l'application, on a parfois distingué, d'une part, entre les étrangers domiciliés de

---

(1) Les arrêts qui ont admis l'incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers sont trop nombreux pour que nous puissions les citer ici : V. Vincent et Penaud, *Dictionnaire de droit intern. pr. v° Compétence en matière civile*, n^os^ 224 et suiv. — *Adde* Rennes, 7 avril 1891, Cl. 1892, p. 720 ; Cass. 18 juillet 1892, Sir. 92.1.407.

(2) V. les arrêts cités par Vincent et Penaud, *op. et v° cit.*, n^os^ 337 et 347, et, en particulier, Cass. 15 avril 1861, Dal. 61.1.421 ; 5 mars 1879, Dal. 80.1.9; Douai, 22 janvier 1890, Cl. 1892, p. 903; Paris, 22 décembre 1892, Dal. 93.2.157.

fait en France et ceux qui ne le sont pas (1) ; d'autre part, entre les contestations relatives aux biens et celles qui concernent l'état des personnes.

1° A l'égard des étrangers qui n'ont pas en France leur domicile, même de fait, l'incompétence des tribunaux français est certaine.

Quant à ceux qui sont domiciliés en France, il faut distinguer.

Le défendeur a-t-il perdu sa nationalité étrangère ? Les tribunaux français ne pourront pas se déclarer incompétents : ce serait, en effet, un véritable déni de justice, car, cet étranger n'ayant aucune nationalité déterminée, le demandeur ne trouverait nulle part un tribunal dont la compétence fût certaine (2).

Le défendeur a-t-il conservé sa nationalité primitive ?

Nombre d'arrêts ont alors admis l'incompétence des tribunaux français. Quelques-uns cependant se sont prononcés en sens contraire. Le tribunal ne devrait pas se dessaisir, lorsque le défendeur ne prouverait pas qu'il a conservé un domicile dans son pays, et en quel endroit. Alors, en effet, le demandeur ne saurait pas devant quels juges suivre son action, et l'incompétence aboutirait encore à un déni de justice (3).

Je suis loin de critiquer des décisions conformes au principe, suivant moi, le plus exact ; mais elles sont difficilement conciliables avec celui que consacre la jurisprudence. Si les tribunaux français sont incompétents en raison de l'extranéité des parties, qu'importe qu'elles aient ou non leur domicile en France ? Ce n'est pas une question de domicile, mais une question de nationalité. Lorsque le défendeur a établi sa qualité d'étranger, il a par là même justifié son exception d'incompétence. L'obliger à indiquer au de-

---

(1) Aubry et Rau, t. VIII, p. 145, 146.

(2) Trib. de la Seine, 12 mai 1892, Cl. 1892, p. 937. V. aussi *a fortiori* les arrêts cités aux notes suivantes.

(3) Cass. 8 avril 1851, Sir. 51.1.335; Paris, 6 juillet 1886, Cl. 1886, p. 328; Dijon, 7 avril 1887, Sir. 88.2.93, et les arrêts cités aux notes suivantes.

mandeur devant quel tribunal il doit le citer, c'est lui imposer une preuve qui n'est pas à sa charge.

2° C'est dans les contestations relatives à l'état des personnes que les tribunaux français ont affirmé, de la façon la plus constante et la plus énergique, leur incompétence.

C'est, au contraire, dans les contestations relatives aux biens qu'ils se sont, plus d'une fois, reconnus compétents à l'égard des étrangers, domiciliés de fait en France (1).

Cependant, une nouvelle tendance commence à se manifester dans la jurisprudence. Les arrêts les plus récents ont admis que, même dans les contestations relatives à l'état des personnes, par exemple au divorce ou à la nullité d'un mariage, le tribunal français saisi de la demande devrait se déclarer compétent, lorsque l'époux défendeur ne justifie pas qu'il a conservé un domicile à l'étranger, et que, par conséquent, le demandeur ne saurait pas devant quel tribunal intenter son action (2). Cependant, un autre arrêt récent de la Cour de Paris a décidé que c'était au demandeur d'établir que le défendeur n'a plus de domicile ni de résidence dans son pays (3).

Nous examinerons, plus loin, s'il y a réellement une distinction à faire, entre les contestations relatives à l'état des personnes et celles qui concernent les biens. Je ne critique pas, au fond, les arrêts qui ont, principalement pour les dernières contestations, admis la compétence; mais j'observe, ici encore, qu'ils sont peu en harmonie avec le point de départ de la jurisprudence : si l'incompétence est fondée sur l'extranéité des plaideurs, la nature du litige doit être indifférente.

Ces atténuations sont autant d'arguments contre le principe lui-même ; son application stricte conduisait à de tels résultats que les tribunaux ont dû reculer : ils ont sacrifié la logique à la justice et à l'équité.

---

(1) Cass. 7 mars 1870, Dal. 72.1.326. Cpr. Cass. 7 juillet 1874, Sir. 75.1.19.

(2) Dijon, 7 avril 1887, Sir 88.2.93; Paris, 5 décembre 1890 et 18 mai 1892, Sir. 92.2.233 ; 8 août et 4 novembre 1890; 12 mars 1891, Sir. 92. 2.237.

(3) Paris, 31 octobre 1890, Sir. 92.2.239.

446. — C. Exceptions. — En dehors de ces tempéraments, qui n'ont pas toujours été admis, la règle comporte des exceptions incontestées :

1° En matière commerciale, nos tribunaux se reconnaissent compétents à l'égard des étrangers. Ils leur appliquent, aussi bien qu'aux nationaux, l'article 420 du Code de procédure civile, d'après lequel le demandeur peut assigner, à son choix, devant le tribunal du domicile du défendeur, devant celui dans le ressort duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant celui dans le ressort duquel le paiement doit être effectué (1). Il est facile de comprendre combien l'incompétence serait contraire à l'intérêt du commerce et, par suite, à l'intérêt général ; mais, dès qu'elle est admise en principe, cette exception est fort peu rationnelle. Si les tribunaux français sont incompétents pour connaître des contestations entre étrangers parce qu'aucun texte ne les oblige à le faire, ce texte n'existe pas plus pour les affaires commerciales que pour les autres ; et si, en matière de commerce, l'article 420 du Code de procédure civile doit s'appliquer, même aux étrangers, ne faudrait-il pas aussi, en matière civile, leur appliquer l'article 59 et reconnaître la compétence des tribunaux français, toutes les fois que le défendeur, même étranger, serait domicilié en France ?

2° Les tribunaux français sont compétents, lorsque la contestation intéresse l'ordre public. Cette exception n'a pas besoin d'être justifiée : elle s'appuie sur l'article 3 du Code civil. Mais les tribunaux lui donnent une grande extension. Ils ne sont pas seulement compétents pour les actions nées d'un délit pénal ou civil ; ils le sont encore pour toutes les mesures provisoires ou conservatoires, relatives aux personnes ou aux biens, que leur urgence ne permet pas de différer ; par exemple, pour autoriser la femme, au début d'une instance en séparation de corps ou en divorce, à avoir un domicile séparé ; pour statuer, à titre provisoire, sur la garde des enfants (2).

---

(1) Vincent et Penaud, *op. et v° cit.*, n° 254. V. en particulier : Cass. 9 mars 1863, Dal. 63.1.177 ; 22 novembre 1875, Dal. 77.1.373 ; Rennes, 15 décembre 1891, Cl. 1892, p. 912.

(2) Cass. 27 novembre 1822, Sir. 24.1. 48 ; Lyon, 15 février 1857,

3° Les tribunaux français auraient encore compétence, si le défendeur avait, par avance, renoncé à la décliner (1), notamment en faisant élection de domicile en France. Dans une instance en divorce entre deux étrangers, le défendeur avait comparu, sans réserve, devant le président du tribunal, faisant fonction de juge conciliateur, et devant le juge des référés : il a été jugé qu'il avait ainsi renoncé à décliner, par la suite, la compétence du tribunal français (2).

447. — II. — DISCUSSION DU SYSTÈME DE LA JURISPRUDENCE. DÉMONSTRATION DU SYSTÈME CONTRAIRE (3). — Ce système soulève de graves objections.

Dans son ensemble, il manque d'unité et de logique. Son point de départ, c'est que les tribunaux français sont incompétents, à l'égard des étrangers, à raison de leur extranéité; mais les conséquences ne sont nullement d'accord avec le principe. Nous avons déjà signalé ce défaut d'harmonie ; il apparaît encore clairement dans la nature même qu'on attribue à l'incompétence. On la considère comme purement relative. Les tribunaux, si leur compétence n'est pas déclinée, peuvent, suivant leur appréciation, se dessaisir ou rester saisis. Mais, ou les étrangers ont le droit d'être jugés par les tribunaux français, ou ils ne l'ont pas. S'ils ne l'ont pas, comment peuvent-ils, en s'abstenant de décliner la compétence du tribunal, se conférer à eux-mêmes un droit que la loi leur refuse ? et s'ils ont ce droit, comment les tribunaux peuvent-ils refuser de les juger ?

Le système mitigé de la jurisprudence est donc insoutena-

Sir. 57.1. 625; Angers, 20 février 1861, Sir. 61.2.49; Metz, 26 juillet 1865, Sir. 66.2.237; Paris, 31 octobre 1890, Sir. 92.2.239.

(1) Cass. 7 mars 1870, Sir. 72.1.361 ; Douai, 15 février 1886, Cl. 1886, p. 349 ; Montpellier, 9 mai 1890, Sir. 92.2.210.

(2) Paris, 26 février 1891, Sir. 92.2.237.

(3) Fœlix, t. I, p. 152. Bonfils, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, nos 186 à 202. Bertauld, *op. cit.*, t. I, p. 145. Glasson, *De la compétence des tribunaux français entre étrangers*, *France judiciaire*, 1880-81, 1re p., p. 241. Gerbault, *op. cit.*, nos 301, 314, 388 et suiv. Weiss, p. 788. Despagnet, p. 307. Surville et Arthuys, p. 443.

ble ; l'incompétence fondée sur l'extranéité des parties doit, si elle existe, être absolue.

Mais aucun motif sérieux ne nous permet de croire qu'elle résulte de la loi française.

448. — 1° Les étrangers, dit-on, n'ont pas le droit de soumettre leurs différends aux tribunaux français, parce qu'aucun texte n'établit cette compétence.

Ce raisonnement serait exact, si les étrangers n'avaient pas d'autres droits que ceux que la loi leur a expressément conférés : mais c'est ce que personne ne soutient.

A mon avis, les étrangers ont tous les droits privés, sauf ceux que la loi leur refuse expressément. Il suffit donc qu'aucun texte ne dise le contraire, pour que les tribunaux français soient compétents à leur égard.

La jurisprudence distingue les droits naturels des droits civils, et ceux qu'elle range dans cette dernière catégorie ne sont pas tous expressément refusés par la loi. Mais ne faut-il pas considérer le recours aux tribunaux comme un droit naturel, au moins lorsqu'il a pour fondement des droits qui ont eux-mêmes ce caractère? A de très rares exceptions près, on reconnaît, d'un commun accord, aux étrangers presque tous les droits privés, relatifs à la personne ou aux biens: ne seront-ils pas lettre morte, si les tribunaux français sont incompétents pour en assurer la sanction ? On renvoie les étrangers à se pourvoir devant leurs juridictions nationales ; mais, dans la pratique, la distance, la pauvreté des plaideurs, et d'autres considérations encore, rendront, le plus souvent, ce recours impraticable. De telle sorte qu'en définitive, on reconnaît bien, en France, des droits aux étrangers, mais sans leur donner le moyen d'en assurer le respect. C'est une contradiction.

Ainsi, les dispositions qui règlent la condition des étrangers ne s'opposent pas à ce qu'ils soumettent leurs différends aux tribunaux français.

2° Mais on ajoute : ces tribunaux ne sont institués que pour rendre la justice aux français. C'est une pure affirmation, déjà détruite par ce qui précède. Il est d'ailleurs une considération qu'il ne faut pas négliger : ce n'est pas dans un intérêt privé, c'est dans l'intérêt général, que les

tribunaux sont institués. Toute personne doit avoir le moyen d'assurer judiciairement la sauvegarde de ses droits, afin d'empêcher qu'elle ne se fasse justice à elle-même, au grand préjudice de la paix et de l'ordre public. Les tribunaux n'ont donc pas seulement pour mission de juger les français, mais de trancher toute contestation qui se produit en France, quelle que soit la nationalité des adversaires.

3° Les étrangers, il est vrai, devront souvent être jugés suivant la loi étrangère, mais ce n'est pas une raison pour qu'ils ne soient pas jugés par les tribunaux français. Il n'y a pas d'indivisibilité entre la nationalité de la loi et celle du tribunal qui l'applique. En particulier, nous avons déjà vu que, dans plusieurs cas, les tribunaux français sont obligés d'appliquer les lois étrangères.

Ainsi, la loi française ne décide nullement que l'extranéité des plaideurs soit, pour les tribunaux français, une cause d'incompétence, absolue ou relative.

449. — Il faut donc suivre, pour les étrangers, les mêmes règles de compétence que pour les français. Elles sont formulées dans l'article 59 du Code de procédure civile, et nous devons distinguer trois situations.

1° Le défendeur étranger est domicilié en France, même sans autorisation. Le tribunal de son domicile est nécessairement compétent, sans pouvoir, à aucun titre, se dessaisir.

2° Le défendeur réside en France. Le tribunal de sa résidence pourra être compétent, mais seulement dans le cas où il n'aurait pas de domicile connu en pays étranger.

3° Le défendeur n'a, en France, ni domicile ni résidence. Alors les tribunaux français seront incompétents, en raison, non de l'extranéité des parties, mais du domicile du défendeur, comme ils seraient incompétents envers un français qui ne serait pas domicilié dans leur ressort. L'incompétence sera purement relative, *ratione personæ*. Au surplus, le tribunal français serait alors compétent s'il s'agissait d'une matière d'ordre public, en prenant, comme on l'a vu plus haut, ces mots dans leur sens le plus large.

On suivra aussi entre étrangers les règles particulières de compétence qui se trouvent dans le même article 59 du Code

de procédure civile. Par exemple le tribunal français serait compétent, si une société étrangère avait, en France, un établissement qu'on pût considérer comme siège social, ou si la succession d'un étranger s'était ouverte en France.

450. — Reste une dernière question. Si la compétence des tribunaux doit être, à l'égard des étrangers, la même qu'à l'égard des français, ne faut-il pas faire une réserve pour les contestations relatives à l'état des personnes (1) ? Nous avons rencontré cette distinction dans l'interprétation de certains traités, et nous l'avons repoussée au point de vue des textes ; elle apparaît aussi dans le système de la jurisprudence française. Je crois néanmoins qu'elle n'a pas de fondement.

Pour établir l'incompétence des tribunaux français dans les contestations relatives à l'état des étrangers, on s'appuie d'ordinaire sur ce que cet état doit être régi, même en France, par la loi étrangère. Nous savons déjà ce qu'il faut penser de cette raison. Il est des cas où les tribunaux français seront certainement compétents pour connaître de l'état d'un étranger : il suffit de supposer, ou bien qu'il est autorisé à fixer son domicile en France, ou bien qu'il est défendeur contre un français. Il est incontestable que le tribunal devra alors appliquer à l'étranger sa loi nationale ; donc, sous ce rapport, rien ne s'oppose à ce qu'un tribunal français soit juge de l'état d'un étranger.

Cependant, une autre raison, plus sérieuse à mon avis, inspire quelque doute sur cette compétence. Ce ne sont pas seulement les personnes qui sont intéressées dans les contestations relatives à leur état ; l'intérêt général de la nation dont elles sont membres s'y trouve, dans une certaine mesure, engagé. On comprendrait donc que les tribunaux de chaque pays fussent exclusivement compétents pour connaître de l'état de ses nationaux.

Cette considération n'est cependant pas décisive. D'abord, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne de démarcation entre les contestations d'intérêt pécuniaire et les questions d'état. Elles peuvent se trouver mêlées dans un même débat.

---

(1) Brocher, t. III, p. 34 et suiv.

En outre, si les questions d'état sont, sous un rapport, d'intérêt général, elles sont aussi, et principalement, d'intérêt privé. Or, l'intérêt des étrangers fixés dans un pays, c'est, quel que soit l'objet du litige, de trouver des juges là où ils sont domiciliés.

Les tribunaux français devraient donc être compétents, par exemple, pour juger les questions relatives à la filiation ou au mariage d'un étranger ; pour prononcer entre deux étrangers le divorce ou la séparation de corps ; pour prononcer l'interdiction d'un étranger ou lui donner un conseil judiciaire, mais, bien entendu, dans tous ces cas, ils devraient appliquer aux étrangers leur loi nationale.

451. — *Législations étrangères.* — A l'inverse de ce qui se passe en France, les tribunaux des autres pays se reconnaissent, partout ou presque partout, compétents à l'égard des étrangers, du moins lorsqu'ils ont leur domicile ou leur résidence dans le pays. Quelquefois, la loi elle-même a consacré cette règle, comme en Autriche, en Belgique, en Italie, en Russie. D'autres fois, elle résulte suffisamment de ce que les étrangers sont admis à la jouissance des droits civils, comme en Espagne ou dans les Pays-Bas. Ailleurs enfin, en l'absence d'un texte formel, elle est admise par cela seul que la loi ne s'y oppose pas, comme en Allemagne, en Portugal, en Suède, en Suisse, au Brésil, au Mexique, au Pérou, en Angleterre et aux États-Unis. Cependant, dans ces deux derniers Etats, les tribunaux ne sont plus compétents, si l'étranger appartient à un pays qui est en guerre avec l'Angleterre ou les États-Unis.

On ne distingue pas, en général, entre les contestations relatives aux biens et les questions d'état ; cependant nous retrouvons cette distinction en Italie, où les auteurs et certains arrêts n'admettent pas que les tribunaux italiens soient compétents en ce qui concerne l'état d'un étranger. Cette décision, d'ailleurs, n'est pas fondée sur les textes; elle repose uniquement sur la confusion que nous avons signalée entre la nationalité de la loi et celle du tribunal qui doit l'appliquer.

En Turquie, dans les États barbaresques et quelques autres pays de l'Orient ou de l'Extrême-Orient, le jugement des

contestations entre étrangers est soumis à des règles particulières, sur lesquelles nous devons un peu insister.

APPENDICE. — **Juridictions spéciales aux étrangers, dans l'empire ottoman, les Etats barbaresques,** les **pays de l'Extrême-Orient et l'Egypte.** (1)

452. — Dans ces différents pays, les français et, en général, les Européens (2) sont soustraits à la juridiction des autorités locales et soumis à celle de leurs consuls. Ainsi, par une dérogation très remarquable aux règles ordinaires du droit international sur la souveraineté des Etats, la juridiction française s'exerce hors des frontières de la France et sur le territoire d'un Etat étranger.

Diverses raisons expliquent cette situation anormale. Les autorités locales n'offrent, et surtout n'offraient autrefois, que peu de garanties. Les étrangers ne pouvaient donc compter sur elles pour les protéger et devaient plutôt se défendre contre leur despotisme. En outre, dans les pays musulmans, la loi civile se confond à peu près avec la loi religieuse, et les juridictions, même civiles, ont également un caractère religieux : elles ne peuvent donc s'appliquer à d'autres qu'aux musulmans. Aussi les chrétiens, même sujets de l'empire ottoman, ont-ils conservé leurs coutumes, leurs lois, et, dans une certaine mesure, leurs juridictions particulières : par la force des choses, il en devait être de même des étrangers chrétiens qui viendraient s'y établir.

453. — Dans l'empire ottoman, les juridictions consulaires françaises remontent à plusieurs siècles. Elles ont été établies par une série d'actes, connus sous le nom de capitulations. Ce sont des traités entre le roi de France et le

---

(1) V. Féraud-Giraud, *Juridiction française dans les Echelles du Levant et de Barbarie.* Salem, *Les étrangers devant les tribunaux consulaires et nationaux en Turquie,* Cl. 1891, p. 393, 795, 1129. *De la compétence des tribunaux ottomans à l'égard des étrangers,* Cl. 1893, p. 41.

(2) Nous parlons ici particulièrement des français, mais ce que nous en disons peut s'appliquer, en général, à tous les Européens.

Sultan, ou, plus exactement, du moins dans la forme, des concessions émanées du Sultan. La première a été accordée par Soliman Ier à François Ier (1535) ; la dernière, qui est toujours en vigueur, par Mahmoud Ier à Louis XV (1740) (1). Elles ont été confirmées par le traité de commerce franco-turc de 1861.

Divers traités, conclus dans le cours des XVIIe et XVIIIe siècles (2), ont étendu aux Etats barbaresques (Tripoli, Tunis, Alger, Maroc) le régime des capitulations ; et, plus récemment encore, d'autres conventions ont créé, au profit de la France, un régime analogue en Perse, en Chine, au Japon, dans les Etats de l'iman de Mascate, à Madagascar.

D'autre part, l'acquisition par des puissances européennes de pays musulmans, les démembrements subis par l'empire ottoman, l'institution des tribunaux mixtes en Egypte, ont, dans ce siècle, restreint le domaine des capitulations.

Sans entrer dans tous les détails, nous traiterons :

1° Des juridictions françaises dans l'empire ottoman et les Etats barbaresques ;

2° Des juridictions françaises et des tribunaux mixtes en Egypte.

I. — Juridictions françaises dans l'empire ottoman et les États barbaresques.

454. — En vertu des capitulations, les français établis dans les « Échelles du Levant et de Barbarie » jouissent d'une sorte d'exterritorialité (3). Ils ont, comme en France, la jouissance des droits civils ; ils sont régis par la loi française, non seulement pour leur état et leur ca-

---

(1) A cette époque, et jusqu'en 1835, les frais des établissements français en Orient étaient à la charge de la chambre de commerce de Marseille, qui avait des revenus particuliers pour y pourvoir.

(2) Beaucoup plus anciennement, on cite, en 1230, un traité d'alliance entre les marseillais et le roi de Tunis, et, dès la fin du Xe siècle, un consul français était en résidence régulière à Alger.

(3) Les français qui voulaient s'établir dans les Echelles devaient autrefois obtenir l'autorisation de la chambre de commerce de Marseille et, s'ils avaient l'intention de faire le commerce, fournir un cautionnement de 40 à 50.000 francs. Ces entraves ont été supprimées par l'ordonnance du 8 avril 1835.

pacité, mais pour les actes divers qu'ils accomplissent. Ce n'est cependant que depuis 1867 que la loi turque permet aux étrangers d'être, sans entraves, propriétaires d'immeubles et, sous ce rapport, les capitulations ne s'appliquent pas.

Les français constituent une nation distincte au sein de l'État où ils sont établis. Dans chaque ville des Échelles, la *nation* était autrefois un corps constitué; elle tenait des assemblées, dont les délibérations avaient force obligatoire, et élisait des chefs, nommés *députés*. Aujourd'hui, cette organisation n'existe plus que dans quelques grandes villes : Constantinople, Smyrne, Alexandrie ; les délibérations des assemblées de la nation n'ont plus de force légalement obligatoire, et les attributions de ses députés, là où ils sont encore élus, sont fort effacées.

Enfin les français sont soumis à l'autorité et à la juridiction de leurs consuls ; c'est le trait le plus caractéristique de leur situation.

Les fonctions des consuls sont de deux sortes : extrajudiciaires et judiciaires.

455. — A. Fonctions extrajudiciaires. — *a*) Les consuls remplissent à l'égard de leurs nationaux les fonctions d'officiers publics et d'officiers de l'état civil. Cette attribution appartient, dans tous les pays, aux consuls français ; mais nous avons déjà vu qu'elle soulève en Orient deux questions : 1° Les consuls ne sont-ils pas compétents même pour les actes passés entre un français et une personne de nationalité différente ? La Cour de cassation s'est prononcée, d'après le droit commun, pour la négative. 2° Le ministère des consuls n'est-il pas obligatoire pour les français établis dans les Échelles ? Ici encore, la jurisprudence s'est prononcée pour l'application du droit commun. L'intervention des consuls est facultative, et les français gardent le bénéfice de la règle *locus regit actum* ; ils peuvent donc, s'ils le préfèrent, suivre les formes admises par la loi locale, du moins lorsqu'il s'agit d'un acte sous-seing privé (1).

b) Les consuls des Échelles du Levant ont encore (ce qui

(1) V. *suprà*, n° 371.

leur est tout à fait propre) un pouvoir de police relativement à leurs nationaux. Ils faisaient autrefois des règlements, obligatoires pour le quartier qu'ils habitaient avec leurs nationaux. Ce droit est tombé à peu près en désuétude, à mesure que ces quartiers sont devenus moins distincts dans les villes d'Orient. Ils peuvent également faire arrêter et transférer en France tous les français, dont la mauvaise conduite et les intrigues seraient nuisibles à l'intérêt général, et, à plus forte raison, ceux qui sont sous le coup d'un mandat de justice ; il est inutile alors d'employer les formalités de l'extradition.

456.— B. Fonctions judiciaires.— *a) Juridiction civile.* — Les règles d'organisation et de procédure se trouvent dans un édit de juin 1778.

Le tribunal consulaire constitue la juridiction civile. Il se compose du consul et de deux assesseurs, pris parmi les notables français.

Ratione materiæ, il est compétent pour toutes les affaires civiles et commerciales, à l'exception seulement des actions immobilières. Assimilé aux tribunaux de première instance et de commerce, il juge, en dernier ressort, jusqu'à 1500 francs en principal et, au delà de ce taux, à charge d'appel. L'appel, porté autrefois devant le parlement de Provence, l'est aujourd'hui devant la Cour d'Aix.

457. — *Ratione personæ*, les tribunaux consulaires français ne seraient rigoureusement compétents que pour les contestations entre français. Or il faut prévoir deux autres hypothèses : les contestations entre français et étrangers de nationalité différente ; les contestations entre français et sujets ottomans.

1° *Contestations entre français et étrangers d'une autre nation.*

La capitulation de 1740 (art. 52) avait, dans ce cas, renvoyé les parties à se pourvoir devant leurs ambassadeurs, et ceux-ci avaient délégué leurs pouvoirs à des tribunaux mixtes. En 1820, une convention verbale est intervenue entre les ambassadeurs de France, de Russie et d'Autriche ; ceux des autres puissances y ont tacitement adhéré. D'après cette

convention, les procès qui intéressent des européens de nationalités diverses sont portés devant des commissions mixtes, formées par les soins de la légation du défendeur, et composées de trois membres ; deux sont choisis par la légation du défendeur, un par celle du demandeur. L'appel, s'il y a lieu, est formé devant la juridiction compétente pour connaître des sentences rendues par le tribunal consulaire de l'appelant.

D'après la jurisprudence de la Cour d'Aix et celle de la Cour de cassation, la juridiction de ces commissions mixtes n'est pas légalement obligatoire. Elles n'ont d'autre autorité que celles qu'elles tiennent de la volonté libre des parties. Si donc l'une d'elles refuse de se soumettre à leur juridiction, il n'est pas possible de l'y contraindre (1).

Au surplus, le demandeur peut également, par application de la règle *actor sequitur forum rei*, intenter l'action devant le tribunal consulaire du défendeur, qui ne sera pas admis à en décliner la compétence.

2° *Contestations entre français et sujets ottomans.*

En principe, elles doivent être jugées par les tribunaux turcs, mais en présence du drogman (interprète) du consulat, et avec l'adjonction d'assesseurs français. C'est le seul procédé possible, lorsque l'indigène est défendeur ; si, au contraire, le français est défendeur, souvent, dans la pratique, l'indigène le cite devant le tribunal consulaire, qui se reconnaît compétent.

Il a été créé, en 1856, un tribunal mixte à Constantinople, pour le jugement de ces litiges. Chaque section comprend cinq juges : trois ottomans et deux européens, désignés par leurs ambassadeurs.

458. — *b) Juridiction criminelle.* — Elle est réglée par la loi du 28 mai 1836.

Aux termes stricts des capitulations, la juridiction française ne devrait s'exercer que pour les infractions commises au préjudice d'un français. L'usage en a étendu la compétence aux infractions commises au préjudice d'un étran-

---

(1) Aix, 28 novembre 1864, Dal. 65.2.112; Cass. 18 avril 1865; Dal. 65.1.342.

ger d'une autre nationalité, ou même d'un sujet ottoman.

Le tribunal compétent varie, suivant qu'il s'agit d'une contravention, d'un délit ou d'un crime.

Les *contraventions* sont jugées par le consul seul, et en dernier ressort.

Les *délits* par le tribunal consulaire, composé comme nous l'avons vu, et à charge d'appel devant la Cour d'Aix.

Pour les *crimes*, le consul n'a plus que des pouvoirs d'instruction ; le jugement appartient à la Cour d'Aix.

Le consul procède aux actes d'instruction ; il entend les témoins, et l'inculpé est ensuite confronté avec eux. Dans cette confrontation, l'inculpé est assisté d'un conseil et peut, ainsi que son défenseur, faire poser des questions aux témoins. Le tribunal consulaire rend ensuite une ordonnance de non-lieu ou de prise de corps. Dans ce dernier cas, les pièces sont transmises au procureur général près la Cour d'Aix et l'inculpé est transféré dans cette ville.

La chambre des mises en accusation de la Cour statue, suivant les règles ordinaires, et rend, s'il y a lieu, un arrêt de renvoi. L'accusé n'est pas jugé par la Cour d'assises, mais par une juridiction spéciale, composée de la première chambre civile et de la chambre des appels de police correctionnelle, au nombre de douze juges au moins.

L'arrêt est prononcé sur les pièces écrites de l'instruction, notamment sur les procès-verbaux des dépositions des témoins. On suit ainsi, à peu près, la procédure qui existait en France, avant la révolution. Elle offre de graves inconvénients, mais la force des choses la rend nécessaire. On ne saurait imposer aux témoins le long voyage nécessaire pour venir déposer devant la Cour.

Les peines appliquées sont celles du Code pénal ; cependant, l'emprisonnement peut être converti en une amende de 10 francs au plus, pour chaque jour de prison prononcé par la loi.

459. — *Abolition des capitulations dans divers pays.* — Les démembrements subis par l'empire ottoman, l'acquisition par des États européens de pays soumis aux capitulations, en ont, dans notre siècle, restreint le domaine.

En principe, elles ne peuvent être abolies qu'avec le con-

sentement, exprès ou tacite, des puissances qui en bénéficiaient, mais, en fait, cette règle n'a pas été toujours suivie.

1° Diverses provinces, détachées de l'Empire ottoman, sont devenues indépendantes. La Grèce d'abord, puis, au traité de Berlin (1878), la Serbie et la Roumanie ont été érigées en royaumes. La Bulgarie, restée tributaire de la Porte, a été, en grande partie, soustraite à son autorité.

En Grèce, les capitulations ont été supprimées. Dans les autres pays, au contraire, elles ont été formellement maintenues, mais des traités peuvent les abolir. Ainsi, par le traité du 18 juin 1883 (art. 26), la France a renoncé en Serbie aux privilèges et immunités qui en résultaient.

2° Des États européens ont acquis certains pays soumis aux capitulations.

La France a conquis l'Algérie et établi son protectorat dans la régence de Tunis.

A Alger, les juridictions consulaires ont été supprimées dès 1831, sans réclamation des puissances étrangères. Pour les remplacer, les ordonnances de 1834 et 1842, constitutives de la juridiction française en Algérie, ont donné compétence aux tribunaux qu'elles instituaient, pour juger les procès entre étrangers. Mais la jurisprudence, à tort suivant moi, n'admet pas que cette compétence s'étende aux questions d'état (1).

En Tunisie, la situation n'était pas aussi simple, parce que la France s'est contentée d'établir son protectorat, et a laissé subsister, au moins en droit, la souveraineté du Bey.

La loi du 27 mars 1883 a, d'abord, remplacé les juridictions consulaires françaises par des tribunaux, organisés comme ceux de la métropole. Il a été créé à Tunis et à Sousse deux tribunaux de première instance, dont les appels sont portés à la Cour d'Alger, et diverses justices de paix. Puis, à la suite de négociations diplomatiques, les États intéressés ont successivement renoncé aux capitulations et supprimé leurs tribunaux consulaires, au profit des tribunaux français, qui sont ainsi compétents à l'égard des étrangers, aussi bien que des français.

L'Autriche a aboli les capitulations dans la Bosnie et

(1) Cass. 18 juillet 1892, Sir. 92.1.407.

l'Herzégovine, qu'elle a acquises au traité de Berlin, et l'Angleterre dans l'île de Chypre, où elle s'est établie à la même époque.

Enfin, en Egypte, l'institution des tribunaux mixtes a, comme nous allons le voir, modifié le régime des capitulations.

II. — Juridictions consulaires et tribunaux mixtes en Égypte.

460. — Lorsque, en 1841, le Sultan concéda, à titre héréditaire, le gouvernement de l'Egypte à Méhémet-Ali, il déclara expressément que les capitulations resteraient en vigueur.

Depuis lors, sur l'initiative du gouvernement égyptien, et avec le consentement des Etats intéressés, des tribunaux mixtes ont été établis, pour juger les contestations entre personnes de nationalités différentes. La France a donné son adhésion à cette réforme, par la loi du 17 décembre 1875; toutefois, la juridiction nouvelle n'a pas supprimé celle des consuls.

461. — A. Juridiction consulaire. — Le tribunal consulaire français reste compétent : 1° pour juger les contestations entre français, excepté en matière réelle immobiliaire ; 2° pour juger toutes les contestations relatives au statut personnel d'un français, quelle que soit la nationalité de l'autre partie ; 3° en matière pénale, sauf les cas que nous indiquerons tout à l'heure.

462. — B. Tribunaux mixtes (1). — L'organisation des tribunaux mixtes comprend :

1° Une Cour d'appel à Alexandrie, composée de 11 conseillers : 7 étrangers et 4 indigènes.

2° Trois tribunaux de première instance, à Alexandrie, au Caire et à Mansourah. Ils se composent de 7 juges : 4 étrangers et 3 indigènes.

Il existe, près de ces diverses juridictions, un parquet, composé aussi d'indigènes et d'étrangers.

---

(1) Simaika, *Compétence des tribunaux mixtes d'Egypte en matière civile et commerciale* (Th. doct.).

Tous ces magistrats sont nommés par le Khédive ; les étrangers avec l'autorisation, ou plutôt sur la désignation de leur gouvernement.

La *juridiction civile* des tribunaux mixtes s'étend à toutes matières civiles ou de commerce, mobilières ou immobilières, à l'exception seulement des questions relatives au statut personnel des étrangers.

Ratione personæ, ils sont compétents pour juger les contestations : 1° entre étrangers et indigènes ; 2° entre étrangers de nationalités différentes ; 3° en matière immobilière, entre étrangers de même nationalité.

Leur *juridiction pénale* est très restreinte. Un juge étranger, délégué par ses collègues, juge les contraventions imputées à des étrangers.

Quant aux délits ou aux crimes, ils ne relèvent des tribunaux mixtes que lorsqu'ils sont commis par un de leurs magistrats, ou constituent un attentat contre leur institution, tel, par exemple, qu'un outrage aux juges.

Les délits sont alors déférés à un tribunal correctionnel composé de trois juges, — un indigène et deux étrangers, — et de quatre assesseurs étrangers, dont deux doivent être pris, s'il en fait la demande, parmi les nationaux du prévenu.

Les crimes sont déférés à une Cour d'assises, composée de trois conseillers à la Cour d'appel, dont un indigène président, et de douze jurés, dont six au moins seront choisis, sur sa demande, parmi les nationaux de l'accusé.

463. — Nous ne dirons rien des juridictions consulaires établies en Perse, dans les états de l'iman de Mascate, en Chine et au Japon. Elles suivent, en général, les règles que nous avons signalées. Toutefois, l'appel est porté : pour les tribunaux consulaires des états de l'iman de Mascate, devant la Cour de l'île de la Réunion, pour ceux de la Chine et du Japon, devant la Cour de Saïgon.

Les juridictions établies à Madagascar ont été modifiées, depuis que cette île est placée sous le protectorat français. La loi du 2 avril 1891 et le décret du 22 août 1892 y ont créé trois tribunaux de première instance : à Tamatave, Tananarive et Majunga. Chacun est composé d'un juge président, un juge suppléant, un greffier. Ils sont compétents seule-

ment pour juger les contestations entre français ; mais leur compétence peut être étendue, par décret, à d'autres personnes. Les appels sont portés devant la Cour de l'île de la Réunion.

CHAPITRE II. — **Procédure.**

464. — Quelques brèves indications suffisent sur ce point. Nous savons comment on doit déterminer le tribunal compétent, dans les contestations relatives au droit international privé. Ce tribunal une fois connu, la loi du pays où il est institué (*lex fori*) règle seule la procédure à suivre. Il en est ainsi, d'abord, pour un motif analogue à celui qui justifie la règle *locus regit actum*. De même que les officiers publics ne peuvent instrumenter qu'en suivant les formes prescrites par la loi dont ils tiennent leurs pouvoirs, de même aussi les magistrats ne peuvent juger qu'en suivant les formes prescrites par la loi qui les a institués. Au surplus, les formalités ont pour but d'assurer la bonne administration de la justice ; ce sont donc des règles d'ordre public, et, à ce point de vue encore, elles s'imposent aux étrangers comme aux nationaux.

Il faut seulement remarquer que la *lex fori* ne s'applique qu'aux éléments extérieurs du procès, aux formes et à la marche de l'instance (*ordinatoria litis*). Quant au fond même du débat et aux divers éléments qui concourent à sa solution (*decisoria litis*), la loi applicable varie suivant la matière du litige : nous avons dit et nous dirons encore comment elle est déterminée.

La matière des preuves nous a fourni un exemple de cette distinction. L'une des parties veut faire la preuve par témoins. Il faut d'abord savoir si elle est admissible. C'est une question qui se rattache au fond même du procès et qui fait partie des *decisoria litis* : on la résout suivant la loi du pays où l'acte a été passé.

Une fois la preuve admise, comment sera-t-elle administrée ?

Question de procédure qui rentre dans les *ordinatoria litis* ; on appliquera donc la *lex fori*, qui règlera seule la procédure de l'enquête.

CHAPITRE III. — **Effets des jugements.**

465. — Tout jugement a deux effets essentiels : l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.

L'autorité de la chose jugée : la question qu'a décidée un jugement rendu en dernier ressort, ou qui n'est plus susceptible de voies de recours ordinaires, ne peut plus être débattue à nouveau, devant des juges, entre les mêmes parties : c'est l'effet propre et immédiat du jugement.

La force exécutoire : la partie qui a eu gain de cause peut recourir à la force publique pour obtenir, au besoin malgré son adversaire, la satisfaction qui lui est due. La force exécutoire ne résulte pas directement du jugement, mais de l'injonction contenue dans la formule exécutoire qui l'accompagne, et qui est adressée, au nom du chef de l'Etat, aux agents de la force publique.

D'après le Code civil et quelques autres législations, les jugements ont un troisième effet, mais seulement lorsqu'ils contiennent condamnation à payer une somme d'argent : c'est l'hypothèque judiciaire sur les immeubles du débiteur. Elle n'est pas admise dans tous les pays.

Un jugement rendu par un tribunal étranger produira-t-il ces effets en France? Réciproquement, le jugement d'un tribunal français produira-t-il ces effets en pays étranger? Nous allons répondre à ces deux questions, en étudiant, d'abord la loi française, puis, beaucoup plus brièvement, les législations étrangères.

SECTION I. — *Effets des jugements étrangers en France.*

466. — Aux termes de l'article 546 du Code de procédure civile, « les jugements rendus par des tribunaux étrangers ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par l'article 2123 du Code civil ». C'est-à-dire « autant qu'ils auront été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités ». Ces textes formulent donc une règle générale et une exception. En règle générale, les jugements étrangers

ne peuvent être exécutés en France que s'ils ont reçu *l'exequatur* d'un tribunal français. Les exceptions, plus ou moins étendues, peuvent se trouver dans les lois ou les traités ; en fait, elles ne se rencontrent que dans les traités.

467. — I.— RÈGLE GÉNÉRALE.— Les articles 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure civile ne parlent expressément que de la force exécutoire ; nous aurons à nous demander ce qu'il faut décider relativement à l'autorité de la chose jugée ; nous parlerons ensuite de la procédure à suivre pour obtenir l'*exequatur*.

468. — A. Force exécutoire et hypothèque judiciaire. — Les jugements étrangers n'ont pas, par eux-mêmes, en France, de force exécutoire. Ils doivent pour être exécutés, obtenir l'*exequatur* d'un tribunal français. (C. civ., art. 2123 ; C. pr. civ., art. 546.)

Il n'en saurait être autrement. La force exécutoire résulte d'une injonction adressée, au nom du chef de l'État, aux agents de la force publique ; c'est un acte de souveraineté, qui ne peut émaner, en France, que de la puissance française. Les agents de la force publique n'ont pas à obéir aux injonctions d'une puissance étrangère.

469. — Quels sont les jugements soumis à l'*exequatur* ?

La première condition est qu'ils émanent d'un tribunal étranger. Il est bien entendu que les jugements rendus, même hors du territoire continental de la France, par un tribunal français, comme ceux des colonies, de Tunisie, ou les consuls des Échelles du Levant, sont de plein droit exécutoires en France.

Certains doutes se sont produits sur le caractère de juridictions placées dans des situations particulières.

Commissions mixtes de Constantinople.— Quand un français est en cause, elles sont, nous l'avons vu, composées de français et d'étrangers. Leurs sentences doivent être homologuées par le consul du défendeur. Est-ce le consul français ? elles sont de plein droit exécutoires en France ; est-ce un consul étranger ? l'*exequatur* est nécessaire.

Tribunaux mixtes d'Egypte. — On a prétendu que leurs

jugements seraient exécutoires en France, parce que la France a consenti, par une loi, à leur institution, parce qu'une partie de leurs juges sont français et désignés par le gouvernement français, et parce que les lois qu'ils appliquent sont, à peu de chose près, la reproduction des lois françaises (1). Mais ces raisons sont insuffisantes. C'est le gouvernement égyptien qui a institué les tribunaux mixtes et en nomme les juges ; c'est en son nom qu'ils rendent la justice : ce sont donc, véritablement, par rapport à la France, des tribunaux étrangers, dont les jugements ne sont pas exécutoires de plein droit.

Tribunaux musulmans de Tunisie. — Malgré l'établissement du protectorat français, ces tribunaux rendent toujours la justice au nom du Bey de Tunis, c'est-à-dire d'un souverain étranger. Leurs jugements doivent donc obtenir l'*exequatur* pour être exécutés en France, ou même en Tunisie contre un français, un protégé français, ou un étranger justiciable des tribunaux français (2).

470. — Les démembrements et annexions de territoire font toujours naître des questions assez délicates, relativement à l'exécution des jugements (3). Un territoire change de souveraineté. Les tribunaux qui s'y trouvent, et qui étaient des tribunaux nationaux pour l'État démembré, deviennent à son égard des tribunaux étrangers ; ils étaient des tribunaux étrangers pour l'État annexant : ils deviennent, à son égard, des tribunaux nationaux. A quelles conditions les jugements rendus, antérieurement à l'annexion, par les tribunaux de la province annexée pourront-ils s'exécuter postérieurement, soit dans cette province même, soit dans l'État démembré, soit dans l'État annexant ; à quelles conditions les jugements rendus par les tribunaux de l'État démembré ou de l'État annexant pourront-ils désormais

---

(1) Fauchille, *De l'exécution en France des jugements rendus par les tribunaux mixtes d'Egypte*, Cl. 1880, p. 457.

(2) Trib. de Tunis, 11 février 1885, *Revue Algérienne*, 1885.2.126; 27 février 1890, Cl. 1892, p. 679.

(3) Selosse, *Traité de l'annexion au territoire français et de son démembrement*, p. 237-261.

s'exécuter dans la province annexée ? Sans discuter ces questions, qui appartiennent au droit international public, autant qu'au droi tinternational privé, nous en indiquerons les solutions.

1° Les jugements rendus par les tribunaux de la province annexée continueront à s'exécuter dans cette province. On en changera la formule exécutoire, qui doit être désormais conçue au nom du nouveau souverain, mais ce sera une modification de pure forme, qui ne donnera lieu à aucune révision du jugement ; la partie qui l'a obtenu a un droit acquis à le faire exécuter dans cette province et l'annexion n'a pas pu l'en priver.

2° Ces jugements continueront aussi, par le même motif, à s'exécuter dans l'État démembré, sans même en changer la formule exécutoire, qui est précisément conçue au nom du souverain de cet État.

3° Au contraire, ces jugements ne pourront s'exécuter dans l'État annexant, qu'aux conditions requises pour ceux des tribunaux étrangers. Au moment où il l'a rendu, le tribunal de qui il émane était étranger, et si l'annexion a changé la nationalité de ce tribunal, elle n'a pas changé celle du jugement antérieur.

4° Les jugements rendus par les tribunaux de l'État démembré continueront à s'exécuter dans la province annexée. C'est un droit acquis pour la partie qui a eu gain de cause. Il faudra seulement, comme nous le disions plus haut, changer, en la forme, la formule exécutoire.

5° Enfin, les jugements, antérieurement rendus dans l'État annexant, s'exécuteront désormais de plein droit dans la province annexée. Il est vrai que, lors du jugement, le tribunal de qui il émane était étranger, mais il a été rendu au nom de la même souveraineté qui régit désormais la province annexée, et un État ne peut soumettre à *l'exequatur* les jugements de ses propres tribunaux.

470 *bis*. — Parmi les jugements même des tribunaux étrangers, il faut faire certaines distinctions. On doit d'abord distinguer entre les actes de *juridiction gracieuse* et les actes de *juridiction contentieuse*.

471. — *a) Actes de juridiction gracieuse.* — Pas plus que les autres, ils n'ont en France de force exécutoire. Ainsi, l'ordonnance d'un juge étranger qui envoie un légataire en possession, doit obtenir l'*exequatur* d'un tribunal français (1).

D'ailleurs, d'après l'article 546 du Code de procédure civile, ce ne sont pas seulement les jugements, mais, en général, les actes étrangers qui sont soumis à cette formalité.

Toutefois, les actes de juridiction gracieuse peuvent, même sans *exequatur*, produire en France ceux de leurs effets qui ne constituent pas, à proprement parler, une exécution forcée.

Cela est incontestable, lorsque le juge assiste à l'acte, comme le ferait un officier public, pour lui donner l'authenticité ou la solennité requise, mais sans intervenir lui-même activement, comme pour la vente judiciaire d'immeuble ou le testament qui, dans quelques pays, est reçu par la justice. C'est une application de la règle *locus regit actum* (2).

Il y a un peu plus de doute, si le juge intervient à l'acte personnellement, pour prendre une décision : par exemple, pour homologuer la délibération d'un conseil de famille, nommer un tuteur ou un curateur, etc. La juridiction, sans être contentieuse, est alors volontaire. On a soutenu que l'efficacité de ces actes, aussi bien que celle des jugements, était subordonnée à l'*exequatur* d'un tribunal français (3). Je crois, au contraire, qu'ils produiront, de plein droit, leurs effets en France, en ce sens que l'homologation accordée par un tribunal étranger devra être tenue pour acquise en France, et que le tuteur ou le curateur, nommés par un tribunal étranger, pourront y exercer leurs fonctions. Ces actes ne tranchent pas un litige, ils ne sont pas, pour l'une des parties, la source d'un droit contre l'autre : ce ne sont donc pas des jugements et ils ne sont pas, à ce titre, soumis à l'*exequatur*. L'article 546 du Code de procédure civile, il est vrai,

---

(1) Cass. 7 juillet 1852, Sir. 53.1.269 ; Paris, 2 février 1869, Sir. 69.2.103.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, p. 420. Moreau, *Effets internationaux des jugements en matière civile*, n° 56.

(3) Pau, 6 janvier 1868, Sir. 68.2.100. — Moreau, *op. cit.*, p. 56-57.

parle, comme nous l'avons vu, des actes en général, mais il ne doit s'appliquer qu'autant qu'il s'agit d'en assurer l'exécution forcée, ce qui n'est pas le cas, car les effets dont nous parlons se produisent sans aucune intervention de la force publique (1).

472. — *b) Actes de juridiction contentieuse. — Jugements relatifs à l'état et à la capacité des personnes.* — Quoique appartenant à la juridiction contentieuse, ces jugements, tout le monde le reconnaît, produisent leurs effets en France sans avoir besoin d'*exequatur* (2).

Dans cette catégorie sont compris les jugements qui modifient l'état et la capacité de la personne, comme ceux qui sont rendus en matière de divorce, d'adoption, d'émancipation, d'interdiction, et les jugements qui constatent l'état et la capacité, en reconnaissant, par exemple, la filiation légitime ou naturelle, en prononçant la nullité d'un mariage etc. (3).

La personne jouit, en France, de l'état et de la capacité qui lui ont été attribués, ou reconnus, par un jugement étranger (4). En effet, l'état de la personne est partout le même ; il ne varie pas avec le lieu où elle se trouve et où elle exerce ses droits ; peu importe les causes qui l'ont modifié. L'état d'un étranger est régi, en France, par sa loi nationale, non seulement lorsqu'il est déterminé directement par la loi elle-même, mais encore lorsqu'il est déterminé par un jugement rendu en conformité avec elle.

Au surplus, en pareille matière, l'exécution du jugement,

---

(1) Paris, 13 mars 1850, Sir. 51.2.791 ; Trib. de la Seine, 12 mai 1891, Cl. 1892, p. 487. — Despagnet, p. 327. Laurent, t. VI, n° 105.

(2) Aubry et Rau, t. I, p. 96 ; t. VIII, p. 418. Laurent, t. VI, n^{os} 87 et suiv. Demolombe, t. I, n° 103.

(3) Et même les jugements qui prononcent une séparation de biens : V. rapport de M. le conseiller Faure Biguet, sous Cass. 19 décembre 1892, Dal. 93.1.89.

(4) Jurisprudence aujourd'hui constante. V. notamment, Cass. 23 février 1860, Sir. 60.1.200 ; Paris, 21 mai 1885, Cl. 1885, p. 541. Cependant l'*exequatur* serait nécessaire pour procéder à un acte d'exécution, en vertu d'un jugement relatif à l'état des personnes. Paris, 6 juillet 1892, Cl. 1892, p. 1022.

c'est l'attribution à la personne d'un certain état ; mais elle résulte directement du jugement, qui est ainsi exécuté aussitôt que rendu. Cet état suit naturellement l'étranger en France ; en admettre les conséquences, ce n'est pas, à proprement parler, exécuter le jugement.

Les incapacités et déchéances prononcées par un tribunal de répression auront la même efficacité que si elles avaient été prononcées par un tribunal civil : c'est ce que j'ai déjà établi précédemment.

473. — *c) Sentences arbitrales.* — A quelles conditions les sentences arbitrales rendues en pays étranger seront-elles exécutoires en France ? Il faut distinguer, suivant qu'elles sont volontaires ou forcées.

La sentence arbitrale est volontaire, lorsque les parties sont convenues librement de s'en rapporter à des arbitres, en s'engageant par avance à accepter leur décision ; elle est forcée, lorsque c'est la loi ou le juge qui impose le recours aux arbitres (1).

La sentence arbitrale volontaire n'est pas un jugement; c'est la conséquence d'un contrat. On ne doit donc pas, pour son exécution, suivre les règles applicables aux jugements, mais celles qui régissent les sentences arbitrales françaises. *L'exequatur* ne sera pas donné par le tribunal tout entier, mais seulement par son président (2).

La sentence arbitrale forcée est un véritable jugement, émané d'une juridiction *sui generis*. Il faut donc suivre les règles applicables aux jugements étrangers : l'*exequatur* sera donné par le tribunal (3).

474. — *Hypothèque judiciaire.* — On doit la rattacher à la force exécutoire, parce qu'elle est soumise aux mêmes conditions.

Les jugements étrangers n'emportent, en France, hypothèque judiciaire que lorsqu'un tribunal français les a revêtus

---

(1) Moreau, *op. cit.*, p. 59 et les auteurs cités à la note.

(2) Alger, 20 juillet 1887. *Revue algérienne*, 1887, 2. 409. Cpr. Caen, 21 mars 1892, Cl. 1892, p. 977.

(3) Cass. 16 juin 1840, Sir. 40.1.583.

de l'*exequatur*. C'est le texte formel de l'article 2123, § 4, et, d'ailleurs, l'hypothèque a pour but de préparer l'exécution.

Il faut, en outre, que l'hypothèque soit attachée au jugement par la loi du tribunal dont il émane. Ce n'est pas le jugement d'*exequatur*, c'est le jugement étranger qui est exécuté, et il ne saurait avoir, en France, des effets plus étendus que dans le pays où il a été rendu.

Les conditions relatives à l'inscription de l'hypothèque seront régies par la loi française : nous savons, en effet, que la publicité dépend de la loi de la situation des immeubles.

475. — B. Autorité de la chose jugée. — Les jugements étrangers ont-ils, en France, autorité de chose jugée? Les textes n'ont pas expressément prévu cette question ; elle se pose à deux points de vue : on peut, en effet, invoquer un jugement par voie d'action, pour en demander l'exécution, ou par voie d'exception.

1° On demande au tribunal français d'ordonner l'exécution du jugement étranger : quels sont les pouvoirs du juge? peut-il apprécier au fond le mérite du jugement ? Non, s'il a autorité de chose jugée, puisqu'alors sa décision ne peut plus être débattue ; oui, s'il n'a pas autorité de chose jugée.

2° On invoque un jugement étranger devant un tribunal français, sans en demander, à proprement parler l'exécution, mais pour repousser la prétention de l'adversaire : a-t-il alors autorité de chose jugée? est-il interdit de débattre une seconde fois ce qu'il a décidé, sans qu'il ait obtenu l'*exequatur* ?

476. — *a) Pouvoirs du tribunal saisi de la demande en* exequatur *d'un jugement étranger.* — Il est un point hors de doute : le tribunal français n'a ni l'obligation, ni même le droit, d'accepter les yeux fermés, pour la déclarer exécutoire, la sentence étrangère. Il doit certainement la soumettre à un examen. Pour qu'il accorde l'*exequatur*, il faut : 1° que le jugement soit valable, 2° que ses effets ne soient pas, en France, contraires à l'ordre public.

477. — *α) Validité du jugement.* — 1° Il faut que le jugement soit régulier en la forme. C'est la loi du lieu où il a été rendu qui en règle les formes et détermine celles qui

sont requises à peine de nullité. Cependant, on ne devrait pas non plus considérer comme régulier un jugement pour lequel la loi ou la coutume locale négligerait certaines des garanties que la loi française regarde comme essentielles à la bonne administration de la justice : par exemple, un jugement rendu sans que le défendeur fût mis en demeure de faire valoir ses droits (1).

2° Il faut que le jugement émane d'un tribunal compétent. Ici encore, c'est dans la *lex fori* qu'on doit chercher les règles de cette compétence.

Toutefois, le tribunal pourra aussi avoir été incompétent au point de vue de la loi française, si elle revendiquait la connaissance du litige pour les tribunaux français, à l'exclusion des tribunaux étrangers ; comme dans le cas où un tribunal étranger aurait statué sur une action réelle immobilière, relative à des immeubles situés en France.

En matière personnelle et mobilière, les articles 14 et 15 du Code civil donnent au français, demandeur ou défendeur, le droit d'être jugé toujours par un tribunal français : faut-il croire que le tribunal étranger était incompétent, au point de vue de la loi française, toutes les fois qu'un français était partie dans l'instance? Ce serait rendre bien rares les hypothèses où l'*exequatur* serait donné à un jugement étranger. Mais on ne doit pas admettre une solution aussi absolue. Les français peuvent renoncer au bénéfice que leur confèrent les articles 14 et 15 et il faut distinguer suivant que cette renonciation s'est, ou non, produite.

Le français a été cité comme défendeur devant un tribunal étranger ; il n'en a pas décliné la compétence ; il l'a, par là même, acceptée, et ne pourra plus la contester devant le tribunal français. Il en a décliné la compétence, mais son déclinatoire n'a pas été admis. Il faudra alors considérer le tribunal étranger comme incompétent. Autrement, la protection que le Code a voulu assurer aux français serait inefficace, puisqu'elle serait subordonnée aux décisions des lois et des tribunaux étrangers (2).

---

(1) Aix, 27 mars 1890, Cl. 1891, p. 210 ; Amiens, 26 novembre 1891, Sir. 92.2.97.

(2) Trib. de la Seine, 4 février 1880, Cl. 1880, p. 104 ; 24 août 1881.

Le français était demandeur et il a cité lui-même son adversaire devant un tribunal étranger. Le plus souvent, il en aura ainsi accepté la compétence, en renonçant au bénéfice de l'article 14 (1). Dans les cas très exceptionnels où l'on n'admettrait pas que cette renonciation eût eu lieu, le tribunal étranger aurait été incompétent, et le français aurait le droit de recommencer l'instance devant un tribunal français (2).

Au surplus, le droit de révision au fond, que nous reconnaîtrons bientôt au tribunal saisi de la demande en *exequatur*, restreint beaucoup l'intérêt de cette discussion.

3° Il faut que le jugement soit susceptible d'exécution d'après la loi étrangère. Ses effets ne sauraient être, en France, plus étendus que dans le pays où il a été rendu. Un jugement, frappé d'un appel suspensif ou atteint par la péremption, ne pourrait donc recevoir l'*exequatur*.

478. — β) *Effets non contraires à l'ordre public.* — Il faut, pour que le jugement obtienne l'*exequatur*, que les effets qu'il doit produire en France n'y soient pas contraires à l'ordre public international. On le refuserait, par exemple, à celui qui ordonnerait l'exécution d'un pacte sur succession future, ou de toute autre convention dont la cause ou l'objet serait, en France, considéré comme illicite ou immoral (3).

479. — Ainsi, le tribunal ne peut accorder l'*exequatur* qu'après avoir examiné le jugement étranger, pour s'assu-

---

Cl. 1882, p. 306; Rennes, 26 décembre 1879, Cl. 1880, p. 105; Montpellier, 21 mars 1891, Dal. 92, 2, 29. — *Contra*, Paris, 13 février 1883, Cl. 1883, p. 286.

(1) Cass. 13 février 1882, Dal. 82, 1, 341 ; Trib. com. de Marseille, 5 juin 1890, Cl. 1891, p. 919.

(2) Cass. 11 décembre 1860, Sir. 61. 1. 336 ; 9 décembre 1878, Dal. 79. 1. 176.

(3) Trib. de la Seine, 25 mai 1892, Cl. 1892, p. 970. L'*exequatur* devrait encore être refusé, en vertu d'un principe d'ordre public, au jugement étranger qui contredirait formellement une décision judiciaire française, ayant elle-même force exécutoire. Cass. 18 novembre 1891, Sir. 92. 1. 52.

rer qu'il satisfait aux conditions que nous venons d'indiquer ; mais nous pensons, d'accord avec la jurisprudence, que ses pouvoirs sont plus étendus ; qu'il a le droit, et par suite l'obligation, de réviser le jugement au fond et de n'accorder l'*exequatur* que s'il est bien rendu, en fait et en droit.

En d'autres termes, le jugement étranger n'a pas, en France, autorité de chose jugée.

Avant de démontrer l'exactitude de cette solution, il en faut discuter et réfuter deux autres.

479 *bis*. — 1er Système. — Le tribunal doit réviser au fond le jugement étranger lorsqu'il est rendu contre un français ; il ne le doit pas lorsqu'il est rendu contre un étranger.

Cette distinction est empruntée à l'ancien droit. Elle résultait, au moins implicitement, de l'ordonnance du mois de janvier 1629, article 121 (1) : « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ou exécution en notre dit royaume ; ains tiendront les contrats lieu de simples promesses, et, nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers devant nos officiers. »

Ainsi, les jugements rendus, en pays étranger, contre des français n'avaient pas, en France, autorité de chose jugée, et la partie qui avait triomphé devait, pour obtenir satisfaction, débattre de nouveau ses droits devant les tribunaux français.

L'ordonnance ne parlait pas des jugements rendus contre les étrangers. On devait donc, suivant un usage plus ancien, leur reconnaître autorité de chose jugée. On était, sans doute, obligé d'obtenir l'*exequatur* pour les ramener, en France, à exécution, mais le tribunal français l'accordait sans examiner le fond de l'affaire.

Tel était le système de l'ancien droit. A vrai dire, l'ordon-

---

(1) C'est l'ordonnance qui a reçu, du nom de son auteur, le chancelier Michel de Marillac, le surnom de *Code Michaud*.

nance de 1629, que plusieurs parlements avaient refusé d'enregistrer, ne survécut pas à la disgrâce de son auteur, le chancelier Michel de Marillac, et tomba bientôt en désuétude.

Cependant, sur ce point particulier, comme l'article 121 n'avait pas introduit d'innovation, mais seulement consacré une coutume plus ancienne, on continua de l'appliquer. Pothier le cite comme étant toujours en vigueur (1).

Ces règles n'auraient point été abrogées par la nouvelle législation et devraient encore être aujourd'hui observées. En effet, l'article 7 de la loi du 30 ventôse an 12 n'abroge les anciennes lois, coutumes et ordonnances que dans les matières qui font l'objet du Code civil; or le Code civil (art. 2123) traite de la force exécutoire des jugements étrangers, mais nullement de leur autorité de chose jugée. De même, l'article 1041 du Code de procédure civile abroge « toutes lois, coutumes, usages ou règlements relatifs à la procédure civile » ; or les règles relatives à l'autorité de la chose jugée n'appartiennent pas à la procédure. L'article 121 de l'ordonnance de 1629 ne se trouve donc pas compris dans cette double abrogation ; les anciens principes sont maintenus, et il faut toujours distinguer les jugements rendus contre des français et ceux qui sont rendus contre des étrangers.

480. — Bien que ce système ait, dans la doctrine, des appuis considérables (2) et que quelques arrêts s'y soient ralliés, il ne nous paraît cependant pas admissible.

En soi, il est fort peu satisfaisant. La distinction sur laquelle il repose ne s'explique que par des considérations d'intérêt, étroites et quelque peu égoïstes.

D'autre part, à supposer que l'article 121 de l'ordonnance de 1629 ait été réellement en vigueur sous l'ancien régime, peut-on soutenir sérieusement qu'il ait, encore aujourd'hui, force de loi ? Cet article, qu'on le remarque bien, traite de l'exécution des jugements ; mais c'est aussi précisément cette exécution qu'ont en vue les articles 2123 du Code civil et 546

---

(1) *Procédure civile*, 4e p., ch. II, sect. II, art. 1, § 3.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, § 769 *ter*. Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 408. Fœlix, t. II, p. 70 et suiv.

du Code de procédure civile. Il est donc certain qu'ils ont abrogé l'ancien texte dont l'objet était le même.

Ainsi, c'est un point acquis : il n'y a pas de distinction à faire entre les jugements rendus contre des français et les jugements rendus contre des étrangers ; pour les uns et pour les autres, le tribunal français a les mêmes pouvoirs.

481. — 2e Système.—Le tribunal français ne doit, en aucun cas, reviser le jugement au fond, pour rechercher s'il a été bien jugé, en droit et en fait, selon la loi et l'équité. Dès que le jugement est régulier et n'est pas contraire, en France, à l'ordre public, l'*exequatur* doit être accordé.

De nombreux auteurs ont adopté cette opinion (1), que quelques arrêts ont suivie (2). Elle invoque, en sa faveur, des raisons de textes et de principes.

1° D'après l'article 2123 du Code civil et l'article 547 du Code de procédure civile, c'est le jugement étranger qui est exécuté en France. « L'hypothèque ne peut... résulter des jugements rendus en pays étranger... etc. » (art. 2123). « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne seront susceptibles d'exécution en France... etc. » (art. 546 du Code de procédure civile). Or, si le tribunal français révisait, au fond, le jugement étranger, ce serait, contrairement à ces textes, son propre jugement qui serait exécuté en France.

2° L'article 2123 assimile les jugements étrangers aux sentences arbitrales : « Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.—L'hypothèque ne peut *pareillement* résulter des jugements rendus en pays étranger... etc... » Or, les sentences arbitrales sont rendues exécutoires sans aucun examen du fond de l'affaire ; il doit en être de même des jugements étrangers.

3° L'article 5 du Code d'instruction criminelle fournit un argument d'analogie. L'inculpé, définitivement jugé à l'é-

---

(1) V. notamment : Bertauld, *Questions pratiques*, n° 156 *bis*. Weiss, p. 828. Surville et Arthuys, p. 467.

(2) V. notamment : Aix, 9 février 1888, Cl. 1890, p. 274 ; Paris, 11 juillet 1890, Cl. 1893, p. 400.

tranger pour un crime ou un délit, ne peut plus être poursuivi en France pour le même fait. Les jugements des tribunaux criminels étrangers ont donc autorité de chose jugée; ceux des juridictions civiles doivent avoir la même autorité.

4° Si on laisse de côté les textes, les principes conduisent à la même solution.

Il ne faut pas confondre l'autorité de la chose jugée avec la force exécutoire. Un jugement étranger ne peut avoir, en France, force exécutoire, parce que les agents de la force publique ne peuvent obéir aux injonctions d'une souveraineté étrangère : c'est là tout le sens des articles 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure civile.

Quant à l'autorité de la chose jugée, dont ces textes ne s'occupent aucunement, rien n'empêche de la reconnaître *de plano* aux jugements étrangers. Les agents de la force publique n'ont pas à intervenir pour l'assurer, et elle ne résulte pas d'un acte de la souveraineté étrangère : elle a pour fondement cette sorte de quasi-contrat qui intervient entre les parties d'un procès, et par lequel elles s'obligent à tenir pour vraie la décision du juge. Or ce quasi-contrat doit avoir les mêmes effets qu'une convention, c'est-à-dire qu'il doit les produire en quelque pays qu'il soit invoqué.

5° Enfin, si les tribunaux français devaient réviser au fond les jugements des tribunaux étrangers, ils auraient fréquemment à prononcer dans un débat entre deux étrangers : or une jurisprudence bien établie les déclare, en pareil cas, incompétents ; et à appliquer les lois étrangères qu'ils ne connaissent pas et ne sont pas tenus de connaître.

Malgré toutes ces raisons, je crois devoir repousser cette opinion.

482. — 3e Système. — Le tribunal français doit réviser au fond le jugement étranger ; il a le droit de refuser l'*exequatur*, non seulement si le jugement n'est pas valable ou est contraire à l'ordre public, mais encore s'il lui paraît mal rendu, en fait ou en droit.

C'est en ce sens qu'est fixée la jurisprudence, en particulier celle de la Cour de cassation ; c'est aussi, à mon avis, le système le plus exact (1).

(1) V. en particulier : Cass. 19 avril 1819, Sir. 19. 1. 288 ; 11 jan-

483. — Avant de l'établir directement, il faut réfuter quelques-uns des arguments qu'invoque la doctrine opposée.

1° Si le tribunal français a le droit de réviser au fond, c'est son jugement et non pas celui du tribunal étranger qui sera exécuté. Mais, pour éviter ce résultat, contraire, en effet, au texte de l'article 2123, il suffit de bien préciser le rôle du tribunal français saisi de la demande en *exequatur* : c'est ce que nous ferons un peu plus loin.

2° L'assimilation établie entre les sentences arbitrales et les jugements étrangers n'a rien de décisif. Ces deux sortes de décisions ont cela de commun de n'être pas exécutoires de plein droit : c'est ce qu'indique le mot *pareillement* qui sert de transition entre les unes et les autres ; mais l'article 2123 lui-même montre bien qu'elles ne sont pas soumises à des règles de tous points identiques. Dans un cas, une ordonnance du président du tribunal suffit, dans l'autre un jugement est nécessaire. Il n'est pas surprenant que le tribunal tout entier ait des attributions plus étendues que le président seul.

3° Il n'y a rien à conclure non plus de l'article 5 du Code d'instruction criminelle. Pour des motifs évidents de justice et d'humanité, il accorde à celui qui a été jugé, même par un tribunal étranger, le bénéfice de la règle *non bis in idem* ; mais l'autorité de la chose jugée en matière civile est autre chose et repose sur des motifs différents ; on ne peut raisonner de l'une à l'autre hypothèse.

4° Enfin, peu importe que le tribunal français, en révisant au fond le jugement, se trouve juger un litige entre étrangers et appliquer des lois étrangères, puisque nous avons admis, en thèse générale, cette compétence et l'application de ces lois.

484. — Ces objections étant ainsi écartées, le droit de

---

vier 1843, Sir. 43. 1. 671 ; 20 août 1872, Sir. 72. 1. 327 ; 30 juillet 1889, Cl. 1889, p. 797 ; 9 février 1892, Sir. 92. 1. 201 ; Paris, 19 août 1884, Cl. 1885, p. 87 ; Caen, 21 mars 1892, Cl. 1892, p. 977. Cass. 9 février 1892, Cl. 1893, p. 541. — Demolombe, t. I, n° 263. Laurent, *Principes*, t. XX, n° 3. Moreau *op. cit.*, p. 112 et suiv. Despagnet, p. 326.

révision au fond s'appuie sur le texte et sur les principes.

1° Il s'appuie sur le texte. D'après l'article 2123, le tribunal tout entier est appelé à rendre un jugement motivé, pour accorder ou refuser l'*exequatur* au jugement étranger. S'il s'agissait seulement d'en constater l'existence et la régularité, une ordonnance du président suffirait, comme pour les sentences arbitrales ; si le tribunal tout entier doit intervenir pour l'*exequatur* des jugements étrangers, c'est qu'ils sont soumis à une appréciation qui ne saurait appartenir à un seul juge : c'est qu'ils doivent être révisés au fond. On fait observer, il est vrai, que la régularité du jugement étranger, ses rapports avec l'ordre public français, soulèvent des questions assez délicates pour mériter l'examen du tribunal entier : mais l'article 2123 laisse les tribunaux complètement libres d'accorder ou de refuser l'*exequatur* ; il ne les oblige pas à l'accorder quand certaines conditions seront réunies ; il ne limite pas les raisons pour lesquelles ils pourront le refuser. Dès lors que la loi ne distingue pas, les juges ont le droit de rejeter la demande en *exequatur* pour toute espèce de motifs, parce que le jugement a été mal rendu, aussi bien que parce qu'il est irrégulier.

2° Au point de vue des principes, les jugements étrangers ne doivent pas avoir autorité de chose jugée. Cette autorité ne repose pas, comme on l'a dit, sur le quasi-contrat judiciaire, ou du moins ce quasi-contrat ne peut pas produire les mêmes effets extraterritoriaux qu'une convention ordinaire, parce qu'il n'a pas été libre pour les deux parties. Le défendeur n'était pas libre d'accepter ou de refuser la juridiction du tribunal, puisque, s'il ne comparaissait pas, il s'exposait à être jugé par défaut. La souveraineté des États est le véritable fondement de l'autorité des jugements. Pour maintenir le bon ordre, pour empêcher que les contestations ne s'éternisent ou que les particuliers ne se fassent justice à eux-mêmes, il faut que le droit ou le fait reconnu par le juge soit désormais tenu pour vrai, — *inter partes*, — bien que, peut-être, il ne le soit pas. Mais la souveraineté seule a le droit d'imposer cette présomption légale. C'est parce que le jugement est rendu par le souverain ou en son nom qu'il doit être tenu pour vrai. L'autorité de la chose jugée, étant ainsi une conséquence de la souveraineté, ne peut

s'attacher, dans chaque Etat, qu'aux jugements rendus au nom de la souveraineté locale, et non à ceux qui émanent d'une souveraineté étrangère.

On objectera, sans doute, que les lois, qui sont aussi des actes de souveraineté, peuvent, d'après notre propre théorie, produire leurs effets sur un territoire étranger ; mais autre chose est la loi, qui statue d'une façon générale, et le jugement, qui décide dans une espèce et sur des faits particuliers. En outre, et c'est là une considération des plus sérieuses, spéciale aux jugements : le législateur, en donnant autorité aux jugements, confère aux juges, en quelque sorte, le droit de créer une vérité légale ; mais il ne peut accorder ce pouvoir qu'à ceux qu'il connaît, qui présentent des garanties et méritent une confiance également connues de lui, c'est-à-dire à ceux de son propre pays. Sans doute, les juges étrangers offrent souvent des garanties et méritent une confiance égale : mais cela n'est pas toujours vrai. Admettrait-on, sans révision au fond, les jugements rendus dans un pays sauvage, ou barbare, ou même d'une civilisation entièrement différente de la nôtre, comme la Chine ?....

Il serait donc dangereux de reconnaître autorité de chose jugée aux jugements de tous les tribunaux étrangers, et, par là même, il faut ne l'attribuer à aucun. La loi, en effet, ne saurait faire des distinctions ni énumérer ceux auxquels elle l'accorde ou la refuse.

Il appartiendra ensuite aux traités diplomatiques, conclus en connaissance de cause, d'attribuer autorité aux jugements de certains tribunaux, toutes les fois que l'organisation de la justice, dans le pays où ils sont institués, permet de le faire sans inconvénients.

485. — Les tribunaux français ont donc le droit de réviser au fond les jugements étrangers, et d'accueillir tous les moyens de droit ou de fait qui tendent à faire repousser la demande d'*exequatur*. Mais, qu'on le remarque bien : l'instance engagée devant eux ne porte que sur ce point : faut-il ordonner l'exécution du jugement étranger? Ce n'est pas un nouveau débat qui s'engage, comme si le premier procès n'avait pas eu lieu ; on n'y pourrait pas produire de demandes nouvelles ou reconventionnelles. De la sorte, si l'*exequatur*

est accordé, c'est bien, ainsi que le veut le texte de la loi, le jugement étranger qui est exécuté.

486. — *b) Autorité du jugement étranger en dehors de l'instance en* exequatur. — On invoque, en France, un jugement étranger, sans en demander, à proprement parler, l'exécution : aura-t-il alors l'autorité de la chose jugée ? Par exemple, le débiteur, poursuivi devant un tribunal français, prétend opposer en compensation une créance qui a été reconnue à son profit par un jugement étranger; son adversaire peut-t-il en contester l'existence ?

De tout ce qui précède, et sans qu'il soit utile d'insister davantage, il résulte que le jugement étranger n'a pas autorité de chose jugée, s'il n'a pas été revisé au fond et revêtu de l'*exequatur* par un tribunal français. Rien n'empêchera donc la partie à qui ce jugement serait opposée de débattre à nouveau la question qu'il aurait tranchée ; rien n'obligera le juge français à tenir pour prouver ce qu'il aurait décidé (1).

On a fait observer, du reste (2), et avec raison, qu'entre l'autorité de la chose jugée et l'exécution du jugement, la distinction n'est pas aussi absolue qu'on veut le dire. Dans certains cas même, l'une se confond avec l'autre; si bien qu'invoquer l'autorité du jugement, serait, en réalité, une manière de le faire exécuter. Par exemple, celui qui invoque le jugement rendu en sa faveur pour opposer la compensation et se dispenser de payer ce qu'il doit lui-même à son propre débiteur, aboutit, en définitive, à obtenir satisfaction malgré le débiteur, comme s'il avait saisi et fait vendre ses biens. Lors donc que l'article 546 du Code de procédure civile parle de l'exécution des jugements, on peut, sans en forcer le sens, l'entendre de l'autorité de la chose jugée, aussi bien que de l'exécution proprement dite.

487. — *Jugements étrangers qui, par exception, ont, en France, autorité de chose jugée.*— 1° Les jugements relatifs à l'état et à la capacité des personnes, qui produisent leurs

(1) Cass. 27 décembre 1852, Sir. 53.1.94 ; Trib. de la Seine, 7 août 1890, Cl. 1892, p. 968.

(2) Moreau, *op. cit.*

effets en France, sans avoir besoin *d'exequatur*, ont, par là même, autorité de chose jugée.

2° La révision au fond du jugement étranger sera impossible quand les parties auront renoncé à la demander, et le jugement aura, dans ce cas, autorité de chose jugée. On a contesté que cette renonciation fût permise. Le respect de la souveraineté française exige que tout jugement étranger soit, en France, révisé au fond avant d'être exécuté : c'est une règle d'ordre public, à laquelle les particuliers ne sauraient déroger. Mais il faut rejeter cette opinion. Les parties, maîtresses de leurs droits, peuvent en disposer comme bon leur semble et notamment convenir de s'en rapporter, pour trancher leur contestation, au jugement d'un tribunal étranger. Cette convention, comme toute autre, sera obligatoire pour elles et devra être respectée par les juges français.

La renonciation au droit de demander la révision du jugement étranger est expresse ou tacite. Elle est tacite, lorsqu'il résulte de circonstances diverses, appréciées en fait et dans chaque espèce, que les parties se sont engagées à accepter le jugement du tribunal étranger. Par exemple, le français, cité comme défendeur devant un tribunal étranger, n'a pas argué de son incompétence ; il renonce de la sorte, avons-nous dit, à l'invoquer devant un tribunal français; il aura même, le plus souvent, renoncé à demander la révision au fond du jugement. Il en serade même lorsque, étant demandeur, il aura cité son adversaire devant un tribunal étranger (1). Ce sont là, d'ailleurs, des questions de fait, auxquelles on ne peut, *à priori*, donner une solution absolue.

3° Enfin, les sentences arbitrales volontaires rendues à l'étranger sont assujetties aux mêmes règles que celles qui sont rendues en France. Une ordonnance du président du tribunal leur donne *l'exequatur*, sans aucune révision au fond.

488. — C. Procédure. — Parmi les questions qui s'y rattachent, nous n'en traiterons qu'une seule : quel est le tribunal compétent pour accorder l'*exequatur* ?

---

(1) Sur ces renonciations, V. *suprà*, n° 477.

Elle n'offre aucune difficulté, lorsque le jugement étranger émane d'un tribunal civil et d'une juridiction inférieure, comme nos tribunaux de première instance ou nos justices de paix ; la demande d'*exequatur* est alors portée devant le tribunal civil de première instance. Mais que décider : 1° lorsque le jugement émane d'un tribunal de commerce ; 2° lorsqu'il émane d'une juridiction supérieure, Cour d'appel, ou autre analogue ?

1° Le jugement émane d'un tribunal de commerce. La jurisprudence décide généralement qu'il faut, même alors, demander l'*exequatur* au tribunal civil. Les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements et ils sont mal préparés à résoudre les questions de droit international et d'ordre public que soulève l'instance (1). Cette solution serait irréprochable, si l'on réduisait le rôle du tribunal à examiner la validité du jugement et ses rapports avec l'ordre public. Ce ne serait plus alors qu'une question d'exécution, qui ne rentrerait pas dans la compétence du tribunal de commerce. Elle est très contestable, au contraire, si, comme nous, avec la jurisprudence, on reconnaît au tribunal le droit de réviser la sentence étrangère. N'est-il pas alors plus rationnel de saisir du débat la juridiction compétente pour connaître du fond du procès, en raison de son objet ? Ce serait donc, en matière commerciale, le tribunal de commerce qui serait appelé à donner l'*exequatur*.

2° Le jugement étranger émane d'une juridiction supérieure, analogue, par exemple, à nos cours d'appel. *L'exequatur* doit encore être demandé au tribunal de première instance : c'est le tribunal ordinaire, qui doit connaître de toutes les affaires que la loi n'a pas expressément soustraites à sa compétence. On a cependant soutenu que l'*exequatur* devrait être demandé à un tribunal du même degré que celui qui a rendu le jugement : à une Cour d'appel, s'il émane d'une Cour étrangère. Mais aucun texte n'autorise à saisir ainsi la Cour d'appel *de plano* et comme unique degré de juridiction ; d'ailleurs, il ne serait pas toujours facile d'éta-

---

(1) Aix, 9 février 1888, Cl. 1890, p. 274 et Cass. 30 juillet 1889, Cl. 1889, p. 797.

blir, d'une façon certaine, l'équivalence entre tribunaux français et étrangers.

La demande en *exquatur* sera formée devant le tribunal du domicile du défendeur ou de sa résidence, ou, à défaut de domicile et de résidence, devant le tribunal de la situation des biens sur lesquels on poursuit l'exécution. Si le défendeur n'avait en France, ni domicile, ni résidence, ni biens, le choix du tribunal serait laissé au demandeur.

489. — II. — EXCEPTIONS A LA RÈGLE GÉNÉRALE. — Aux termes de l'article 2123, les exceptions peuvent être contenues dans les lois politiques ou dans les traités.

Il n'existe actuellement aucune loi qui, en ce qui concerne l'exécution des jugements, déroge au droit commun. Il n'y en a jamais eu qu'une seule : la loi du 21 avril 1832, relative aux jugements des tribunaux mixtes, appelés à juger les contestations auxquelles donne lieu la navigation du Rhin. Elle est sans application, depuis que la France a cessé d'être riveraine de ce fleuve.

Les seules exceptions résultent donc aujourd'hui des traités, encore peu nombreux, mais qu'il faut souhaiter de voir se multiplier. La loi française ne peut reconnaître, sans distinction, aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée, mais il est avantageux de l'accorder aux décisions des tribunaux qui offrent autant de garanties que les nôtres. Les traités permettent d'obtenir ce résultat. Ils ont, d'ailleurs, sur la loi, un double avantage : ils sont conclus en connaissance de cause, après avoir vérifié l'organisation de la justice dans le pays étranger, et ils ne peuvent être modifiés que par le consentement mutuel des parties contractantes. La loi n'offre pas autant de stabilité, parce que l'État qui l'a faite est toujours maître de la changer.

La France n'a conclu, jusqu'à présent, que trois traités sur l'exécution des jugements.

1° Avec le Grand duché de Bade : le traité du 16 avril 1846, confirmé et étendu à l'Alsace-Lorraine par la convention additionnelle au traité de Francfort du 11 décembre 1871.

2° Avec l'Italie : le traité franco-sarde du 24 mars 1760, confirmé et interprété par la déclaration du 1er septembre 1860.

3° Avec la Suisse : le traité du 15 juin 1869.

Nous allons indiquer d'abord les règles qui leur sont communes, puis celles qui sont particulières à chacun d'eux.

490. — A. Règles communes. — 1° Ces traités, il est à peine besoin de le dire, sont fondés sur le principe de la réciprocité. L'exécution des jugements français à l'étranger sera soumise aux mêmes conditions que celle des jugements étrangers en France.

2° Ils ne suppriment pas l'*exequatur*. Pour que les jugements rendus dans les pays avec lesquels ils ont été conclus soient exécutés en France, il faut toujours qu'un tribunal français les ait déclarés exécutoires, et réciproquement. Les agents de la force publique ne peuvent obéir qu'aux injonctions de la souveraineté locale.

3° Le tribunal n'accordera l'*exequatur* qu'après avoir vérifié la validité du jugement étranger, et s'être assuré que ses effets ne sont pas contraires, en France, à l'ordre public. Les divers traités reconnaissent formellement la nécessité de cet examen, qui résulte déjà des principes généraux. Tous les trois prescrivent aux juges de n'accorder l'*exequatur* que si le jugement émane d'un tribunal compétent. D'après la déclaration franco-sarde et le traité franco-suisse, ils devront refuser l'exécution des jugements qui seraient, dans leur pays, contraires à l'ordre public. Le traité franco-badois n'exprime pas la même réserve, mais on doit évidemment l'y suppléer.

4° L'*exequatur* devra être accordé sans aucune révision au fond des jugements, qui ont ainsi autorité de chose jugée.

C'est là la dérogation capitale que les traités apportent au droit commun.

491. — B. Règles particulières. — Elles sont relatives soit à la procédure de *l'exequatur*, soit à la compétence du tribunal chargé de le donner.

1° *Bade et Alsace-Lorraine.*— Le traité du 15 avril 1846 ne se contente pas de stipuler que l'*exequatur* ne sera accordé qu'au jugement d'un tribunal compétent ; il règle, à ce point de vue particulier, la compétence respective des tribunaux des deux Etats. Est réputé compétent, d'après l'article 2 :

1° le tribunal dans l'arrondissement duquel le défendeur a son domicile ou sa résidence; 2° en matière réelle, celui de la situation des biens; en matière de succession, celui du lieu où elle s'est ouverte ; en matière de société, celui du siège social, etc.

Ainsi ce traité déroge, à mon avis, aux articles 14 et 15 du Code civil ; à l'article 14 : car si, d'une part, le demandeur français a cité le défendeur badois devant le tribunal de son domicile, dans le Grand duché, ce tribunal aura été nécessairement compétent et son jugement devra recevoir en France l'*exequatur* ; et si, d'autre part, le français avait cité le défendeur étranger devant un tribunal français, le jugement ne pourrait pas être rendu exécutoire dans le Grand duché de Bade, en raison de l'incompétence du tribunal; à l'article 15 : car si le défendeur français, domicilié dans le Grand duché de Bade, a été cité devant un tribunal de ce pays, il faudra, même en France, reconnaître que cette juridiction était compétente (1).

L'*exequatur* sera donné par une Cour d'appel, si l'arrêt étranger émanait d'une Cour d'appel ; par un tribunal de première instance, s'il émanait d'un de ces tribunaux.

La demande sera formée devant le tribunal du domicile du débiteur, ou devant celui de la situation des biens sur lesquels on veut poursuivre l'exécution.

492. — 2° *Italie.* — Le traité intervenu entre la France et le royaume de Sardaigne, le 24 mars 1760, est toujours, en ce qui concerne l'exécution des jugements, la règle fondamentale des rapports de la France et de l'Italie. Son article 22, §3 est ainsi conçu : « pour favoriser l'exécution réciproque des décrets et jugements, les Cours suprêmes déféreront de part et d'autre, à la forme du droit, aux réquisitions qui leur seront adressées à ces fins, même sous le nom des dites Cours ».

La guerre, pendant la révolution, puis l'annexion à l'empire français d'une partie des Etats du roi de Sardaigne, avait suspendu l'exécution de ce traité : avait-elle dû recommencer après la paix, lorsque la France était rentrée dans ses an-

(1) Cpr. Besançon, 20 novembre 1889, Sir. 92.2.269.

ciennes limites ? Les tribunaux des deux pays avaient, plusieurs fois, admis l'affirmative ; cependant la question restait indécise.

La déclaration du 11 septembre 1860, entre la France et la Sardaigne, a eu pour but de faire cesser ces incertitudes, en confirmant et en interprétant les traités antérieurs. Malheureusement elle a soulevé, elle-même, de nouvelles difficultés.

On s'est demandé d'abord si elle était valable. En effet, si, du côté de la France, elle est parfaitement régulière, en Italie, au contraire, on ne l'a pas entourée de toutes les formalités requises pour la validité des conventions diplomatiques ; aussi plusieurs arrêts des Cours italiennes ont-ils refusé de la considérer comme obligatoire. Dans ce cas, elle ne le serait pas davantage en France : on ne comprend pas un traité qui lie une des parties et non pas l'autre. Cependant, la jurisprudence française applique, comme étant en vigueur, le traité de 1760 et la déclaration de 1860. Quelques arrêts italiens se sont prononcés dans le même sens.

Mais ces traités conclus avec la Sardaigne, doivent-ils s'appliquer aujourd'hui à toute l'Italie ? La question est la même pour tous les traités conclus avant la formation et la reconnaissance du nouveau royaume. La jurisprudence italienne et la jurisprudence française donnent l'une et l'autre, sur ce point, une solution affirmative. On considère que le royaume d'Italie s'est formé par une série d'annexions aux Etats primitifs du roi de Sardaigne.

Indépendamment de ce que l'*exequatur* doit, comme nous l'avons dit, être accordé sans révision au fond, les traités de 1760 et 1860 établissent deux règles spéciales de procédure : 1° L'*exequatur* sera donné par une Cour d'appel, quelle que soit la juridiction dont émane le jugement ; 2° Il est accordé sur le vu de réquisitions, ou lettres rogatoires, adressées à la Cour d'appel française par une Cour d'appel italienne, et réciproquement, soit que cette dernière Cour ait rendu elle-même la sentence dont on demande l'exécution, soit que le tribunal qui l'a rendue se trouve dans son ressort.

Toutefois, la Cour de cassation a décidé que cette procédure n'est point obligatoire. La partie qui a obtenu gain de cause, peut, si elle le préfère, demander l'exécution du ju-

gement au tribunal de première instance, qui devra alors le réviser au fond (1). En d'autres termes, les traités confèrent aux sujets des Etats contractants une faveur, à laquelle ils sont libres de renoncer pour s'en tenir au droit commun. Bien qu'elle soit également soutenue en Italie, cette solution me paraît cependant contestable. J'admettrais plutôt, avec d'autres arrêts (2), que les Cours d'appel seules, et sur la production de lettres rogatoires, peuvent ordonner l'exécution des jugements italiens. Un traité ne stipule pas seulement dans l'intérêt des particuliers, mais dans l'intérêt général de l'Etat. Ses règles s'imposent donc aux juges comme aux parties, sans qu'il leur soit permis, sous aucun prétexte, de s'en écarter.

493.— 3° *Suisse.*— Le traité du 15 juin 1869 n'a pas seulement pour objet l'exécution des jugements. Il détermine aussi, comme nous l'avons vu, la compétence respective des tribunaux des deux pays, pour les contestations qui intéressent des suisses et des français. Par conséquent, lorsqu'il permet (art. 15) de refuser l'*exequatur* au jugement d'un tribunal incompétent, il faut, pour apprécier cette compétence, recourir aux principes formulés par le traité.

L'*exequatur* est accordé, sans révision au fond, en France par le tribunal de première instance, réuni en chambre du conseil (3) ; en Suisse, par l'autorité compétente, qui varie avec les législations cantonales.

Section II. — *Législations étrangères.*

494. — Nous avons vu comment les jugements étrangers sont exécutés en France. Pour savoir comment les jugements français sont exécutés à l'étranger, il faudrait passer en revue les législations des divers pays : nous nous contenterons, à cet égard, d'indications sommaires.

---

(1) Cass. 5 mars 1888, Dal. 88.1.365.
(2) Nimes, 10 novembre 1886, Cl. 1889, p. 295.
(3) D'après un arrêt de la Cour de Paris, 28 janvier 1893, Cl. 1893, p. 554, cette disposition des traités est d'ordre public et il ne dépend pas des parties de saisir de leur demande en *exequatur* le tribunal statuant en audience publique.

Une règle est suivie partout: les jugements étrangers n'ont pas *de plano* force exécutoire. L'exécution doit en être ordonnée par les tribunaux du pays où elle est poursuivie. A quelles conditions sera-t-elle ordonnée ? Les législations présentent, sur ce point, beaucoup de diversité. On peut cependant les répartir en plusieurs catégories, suivant que l'*exequatur* est donné avec ou sans révision au fond.

495. — 1° L'*exequatur* est toujours accordé sans révision au fond en Italie et en Russie.

2° D'autres législations, notamment celles d'Allemagne, d'Autriche-Hongrie, d'Espagne, de Roumanie et du Brésil, permettent aussi d'accorder l'*exequatur* sans révision au fond, mais sous une condition de réciprocité législative. Il faut que, dans le pays où le jugement a été rendu, la loi reconnaisse pareillement l'autorité des jugements étrangers. Les jugements français ne pourront donc bénéficier de cette faveur et être exécutés sans révision au fond, puisque la loi française n'admet pas la réciprocité au profit des jugements étrangers.

3° En Grèce, la loi distingue. La révision au fond est nécessaire lorsqu'une des parties est de nationalité hellénique ; elle n'a pas lieu lorsque toutes les deux sont étrangères.

4° *L'exequatur* n'est jamais accordé qu'après révision du jugement, en Suisse, en Portugal, en Belgique. — En Belgique, il existe même une règle spéciale et défavorable pour les jugements français. D'après un arrêté du roi des Pays-Bas du 9 septembre 1814, qui a force de loi et n'a jamais été abrogé, les jugements français ne peuvent avoir aucune exécution : ils sont tenus pour non avenus (1). Mais on n'est pas

---

(1) D'après la loi du 25 mars 1876 (art. 10), l'*exequatur* est donné aux décisions des juges étrangers par les tribunaux de première instance, dont le droit d'examen est absolu, à moins qu'un traité, conclu sur la base de la réciprocité, ne l'ait restreint à certains points. Cette loi ne fait aucune distinction pour les jugements français ; mais en l'absence de traité, ils doivent être révisés au fond pour obtenir l'*exequatur*. — V. Trib. de Courtrai, 31 juillet 1890 ; Trib. de Bruxelles, 5 novembre 1890, Cl. 1891, p. 276.

d'accord sur la portée de cette disposition ; les uns l'entendent dans son sens rigoureux : les jugements français ne pourraient être déclarés exécutoires, il faudrait intenter une nouvelle action devant les tribunaux belges ; d'autres pensent seulement que les jugements français devront être révisés au fond avant d'être rendus exécutoires, ce qui ne serait que l'application du droit commun.

5° Enfin, dans d'autres Etats, où la loi ne s'est pas occupée des effets des jugements étrangers, l'usage et la jurisprudence n'admettent pas que l'exécution puisse en être ordonnée. Les parties ne demanderont donc pas l'*exequatur*, elles ouvriront un nouveau procès, comme si la première décision n'avait pas été rendue. C'est la règle suivie en Angleterre (1), aux Etats-Unis, en Danemark, en Suède, aux Pays-Bas, au Pérou.

Ce n'est pas à dire, cependant, qu'on ne tienne aucun compte du jugement étranger. Il servira de preuve dans le nouveau procès. Aux Etats-Unis, même, il fait preuve complète, pourvu qu'il soit régulier : cela équivaut à peu près à lui reconnaître autorité de chose jugée.

---

(1) Les règles suivies à cet égard en Angleterre sont assez indécises. V. Moreau, *op. cit.*, p. 187.

SECONDE PARTIE

APPLICATIONS DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

---

496. — Jusqu'à présent, pour déterminer la loi applicable en cas de conflit, nous avons procédé par voie d'analyse : nous avons distingué les divers éléments qui entrent dans la composition des faits juridiques et cherché quelle loi doit les régir, en principe ou d'après la législation française. Mais ces éléments n'apparaissent pas, à l'ordinaire, isolés les uns des autres : ils se groupent, au contraire, et se combinent entre eux dans les différentes matières du droit: nous devons voir aussi comment se combinent les solutions que nous avons précédemment données. Sans passer en revue toutes les matières qui font l'objet des lois civiles et commerciales, nous nous en tiendrons aux plus importantes, principalement à celles où le conflit a été prévu par la loi française, ou a suscité le plus de décisions dans la jurisprudence. Nous étudierons, en premier lieu, le conflit des lois relatives aux personnes et, secondement, le conflit des lois relatives au patrimoine.

TITRE I. — Conflit des lois relatives aux personnes.

CHAPITRE I. — **Actes de l'état civil.**

497. — Les actes de l'état civil sont des écrits, destinés à constater et à prouver les faits les plus importants qui constituent ou modifient l'état des personnes.

Dans la loi française, ils doivent être rédigés par un officier public compétent, sur des registres à ce destinés, et l'on réserve proprement ce nom aux actes de naissances, mariages et décès ; d'autres faits sont encore constatés sur les regis-

tres : les divorces, les adoptions, les reconnaissances d'enfants naturels. Nous exposerons ici les règles générales, et celles qui sont relatives à la preuve des naissances et des décès. Nous traiterons de la preuve du mariage, du divorce, etc., lorsque nous parlerons de ces différents faits juridiques.

On s'explique facilement l'intérêt qu'offre la preuve d'une naissance ou d'un décès survenu en pays étranger. S'agit-il d'un français ? l'intérêt est le même que si ces faits s'étaient produits en France. S'agit-il d'un étranger ? il peut être indispensable de prouver la naissance ou le décès, pour le règlement d'une succession ouverte en France ; il est nécessaire aussi de connaître la date de la naissance, pour fixer celle de la majorité, et, par conséquent, pour déterminer la capacité. Il en est de même, réciproquement, si l'on veut administrer, en pays étranger ,la preuve de faits relatifs à l'état civil, survenus en France.

498. — La preuve des faits relatifs à l'état civil est, suivant les principes ordinaires, soumise à la règle *locus regit actum*, dont l'article 47 du Code civil a fait une application formelle, quoique incomplète.

Nous devons traiter : 1° De la preuve, en France, des naissances ou décès survenus en pays étranger ;

2° Des actes de l'état civil relatifs à des étrangers qui se trouvent en France ;

3° De la communication internationale des actes de l'état civil.

§ 1. — Preuve, en France, des naissances ou décès survenus en pays étranger.

D'après les articles 47 et 48 du Code civil, les actes de l'état civil reçus en pays étranger font foi en France : 1° lorsqu'ils sont rédigés dans les formes usitées dans le dit pays, soit qu'ils concernent des français ou des étrangers ; 2° lorsqu'ils ont été reçus par les agents diplomatiques ou par les consuls français, mais à la condition qu'ils intéressent des français.

Il est, en outre, une question importante, que la loi n'a pas expressément prévue : comment faire la preuve s'il n'a pas été reçu d'acte de l'état civil ?

499. — A. Actes reçus suivant les formes prescrites par la loi locale. — Moyens de preuve lorsqu'il n'en a pas été dressé. — On représente un acte de l'état civil : qu'il s'agisse d'un français ou d'un étranger, il est valable, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le pays où il a été fait, et l'observation de ces formes est nécessaire à sa validité : c'est en effet un acte authentique, pour lequel la règle *locus regit actum* est impérative.

La loi de ce pays détermine donc : 1° l'officier public compétent pour recevoir l'acte ; 2° le délai dans lequel il a dû être dressé (1) ; 3° les formes proprement dites de l'acte ; 4° le degré de force probante qui s'y attache.

Les tribunaux français ont, d'ailleurs, le droit de vérifier la régularité des actes concernant les citoyens français, même lorsqu'ils ont été reçus en pays étranger, et d'en ordonner, le cas échéant, la rectification, en vue de l'usage qu'on en veut faire en France (2).

500. — On ne représente pas d'acte de l'état civil. La preuve offre alors une certaine difficulté.

D'après les principes généraux, la loi du pays où un fait se produit ne régit pas seulement les formes de l'acte qui sert à le constater ; elle détermine aussi les moyens de preuve admissibles à défaut d'acte écrit.

Cependant, lorsqu'il s'agit de la naissance ou du décès d'un français, la jurisprudence décide que, à défaut d'acte de l'état civil, c'est la loi française qui déterminera la preuve admissible (3). Il faudra donc commencer par prouver que les registres de l'état civil ont été perdus ou qu'il n'en est pas tenu dans le pays étranger (4) ; cette preuve préalable une fois faite, celle de la naissance ou du décès pourra être administrée par titres ou par témoins, mais sans qu'aucun

---

(1) Trib. de la Seine, 14 décembre 1849 et Paris, 6 mai 1850, sous Cass. Sir. 52.1.162.

(2) Paris, 4 février 1892, Cl. 1892, p. 426.

(3) Aubry et Rau, t. I, p. 222, note 5. Duguit, Th. doct., p. 66. Nous verrons qu'on admet une autre solution pour la preuve des mariages.

(4) Cass. 27 décembre 1837, D. A. V° *Absence*, n° 465 ; Bordeaux, 28 mars 1878, Sir. 78.2.204.

mode de preuve soit légalement obligatoire pour le juge, quand même la loi étrangère lui attribuerait la même force qu'aux actes de l'état civil proprement dits (1).

Il est difficile de comprendre pour quel motif les tribunaux écartent ici l'application d'une règle qu'ils admettent, au contraire, sans difficulté, dans les autres hypothèses. Dira-t-on que l'article 47 n'attache de foi probante qu'aux actes de l'état civil et non pas à aucun autre mode de preuve, et qu'il a parlé de la forme de ces actes, mais non des moyens d'y supppléer ? Cette raison est peu satisfaisante. En supposant la production d'un acte de l'état civil, l'article 47 a prévu le cas le plus fréquent : *quod plerumque fit*, mais on ne saurait en conclure qu'il ait voulu exclure les autres modes de preuve qu'admet la loi du pays où le fait s'est produit.

Dans ce pays, je le suppose, les actes de l'état civil ne sont pas connus : les naissances, par exemple, sont prouvées par des certificats de notoriété : n'est-il pas indispensable de leur attribuer la même foi probante qu'aux actes de l'état civil proprement dits ? S'il en était autrement, il pourrait arriver qu'il n'y eût aucun moyen d'assurer, en France, à un enfant français né à l'étranger, la preuve légale de sa naissance, ce qui serait très regrettable et contraire au vœu certain du législateur.

Il faut donc, à mon avis, décider, suivant la règle générale que la loi du pays où est survenu la naissance ou le décès d'un français, détermine la façon dont la preuve en sera faite, à défaut d'acte de l'état civil. Il résulte de là : 1° que si la loi de ce pays admet certains modes de preuves, par exemple les certificats de notoriété dont je parlais tout à l'heure, concurremment avec les actes de l'état civil, cette preuve devra être aussi admise en France *de plano*, sans avoir besoin d'établir, au préalable, l'absence ou la destruction des registres ; 2° que cette même loi détermine la force des preuves qu'elle permet d'employer. Si elle attache une force probante légale et absolue à un mode de preuve autre qu'un acte de l'état civil proprement dit, les juges français, devant

---

(1) Cass. 9 juillet 1873, Sir. 73.1.405. V. cep. Bordeaux, 21 décembre 1886, Cl. 1887, p. 600.

qui cette preuve est produite, ne sont pas libres de ne pas l'admettre.

S'il s'agit de la naissance ou du décès d'un étranger, c'est encore, croyons-nous, la loi du pays où ces événements ont eu lieu qui devra en régir la preuve; mais, dans le système de la jurisprudence, il faudra suivre la loi nationale de l'étranger, qui, d'ailleurs, sera, le plus souvent, en fait, celle du lieu de la naissance ou du décès.

501. — B. Actes reçus par les agents diplomatiques ou consulaires français. — Les agents diplomatiques ou consulaires français peuvent, nous l'avons vu plus haut, remplir le rôle d'officiers publics, pour recevoir les actes qui intéressent leurs nationaux dans le pays où ils sont accrédités.

L'article 48 du Code civil leur confère particulièrement les fonctions d'officiers de l'état civil, et l'ordonnance du 23 octobre 1833 a réglé l'exercice de ces attributions. Les formes prescrites pour la rédaction des actes sont les mêmes qu'en France. Les registres sont tenus en double exemplaire. L'un d'eux reste déposé à la chancellerie du Consulat, l'autre est transmis au ministère des affaires étrangères.

Les agents diplomatiques ou consulaires n'ont, d'ailleurs, de compétence qu'à l'égard des français. Ils n'ont pas le droit de recevoir les actes de l'état civil qui concernent les nationaux des pays où ils sont accrédités. L'importance de cette règle se manifeste surtout à propos du mariage : nous la retrouverons plus loin.

§ 2. — Actes de l'état civil relatifs aux étrangers qui se trouvent en France.

502. — Ces actes peuvent être reçus : 1° par l'officier de l'état civil français ; 2° par les agents diplomatiques ou consulaires étrangers.

503. — A. Actes reçus par l'officier de l'état civil français. — Bien que le Code ne l'ait pas dit, il est hors de doute que les officiers de l'état civil français ont le droit de recevoir les actes de l'état civil relatifs aux étrangers qui sont en France. Il va sans dire que les formes de l'acte seront

régies par la loi française, et la même loi déterminera la preuve admissible à défaut d'acte de l'état civil. Cependant, dans le système de la jurisprudence, il serait logique de suivre alors la loi nationale de l'étranger ; mais sa tendance paraît être plutôt d'appliquer l'article 46 du Code civil à la naissance ou au décès même d'un étranger, lorsqu'ils arrivent en France.

L'acte dressé conformément à la loi française sera certainement valable en France. Le sera-t-il également dans le pays auquel appartiennent les intéressés ? Sur ce point, ce n'est pas la loi française, mais celle des divers États étrangers qu'il faut consulter. Au surplus, toutes les législations considèrent l'acte comme valable. Toutes, en effet, admettent, d'une façon plus ou moins explicite la règle *locus*.... Quelques-unes l'appliquent expressément aux actes de l'état civil, comme le Code civil italien (art. 367) et la loi fédérale suisse de 1876.

504. — B. Actes reçus par les agents diplomatiques ou consulaires étrangers. — Les agents diplomatiques et consulaires étrangers, en France, peuvent recevoir les actes de l'état civil de leurs nationaux, pourvu, bien entendu, que la loi de leur pays leur en donne le droit. C'est ce qu'ont fait la plupart des pays. Toutefois, l'Autriche-Hongrie ne donne pas à ses consuls en pays étrangers, de compétence pour recevoir les actes de l'état civil de leurs nationaux, pas plus qu'elle n'en reconnaît chez elle aux consuls étrangers.

Les actes ainsi dressés dans les formes des lois étrangères seront certainement, bien qu'aucun texte ne le dise, considérés en France comme valables, mais pourvu qu'ils concernent les nationaux des agents qui les ont reçus. Les agents étrangers ne sauraient recevoir aucun acte intéressant les français.

§ 3. — Communication internationale des actes de l'état civil (1).

505. — Chaque État a intérêt à connaître ses nationaux, et, par suite, les faits relatifs à leur état civil, survenus en

(1) Rouard de Card, *De l'échange des actes de l'état civil entre nations par la voie diplomatique.*

pays étranger. Il est surtout indispensable de connaître les français nés à l'étranger, depuis que le service militaire est devenu personnellement obligatoire pour tous.

Lors de la rédaction du Code civil, Tronchet avait proposé de faire transcrire, en France, sur les registres de l'état civil, tous les actes dressés à l'étranger et intéressant des français, mais cette proposition fut repoussée. L'article 171 ne prescrit cette transcription que pour les actes de mariage ; encore, comme nous le verrons, n'atteint-il que très imparfaitement son but.

Les actes reçus par les consuls sont connus en France, aux termes de l'ordonnance de 1833, par le dépôt d'un des registres au ministère des affaires étrangères et l'envoi d'une expédition de chacun des actes à ce même ministère. Mais, quant aux actes de naissance ou de décès reçus par les autorités étrangères, le Code civil ne prend aucune mesure pour les rendre publics en France. Quelques conventions, encore trop peu nombreuses, y ont suppléé. Elles ont été conclues par la France avec l'Italie (1875), le Luxembourg (1875), la Belgique (1876), la principauté de Monaco (1881), l'Autriche-Hongrie (1892) et stipulent la communication réciproque des actes de l'état civil. Les Etats contractants doivent se transmettre, tous les six mois, les actes qui intéressent leurs nationaux respectifs. Pour cela, l'officier public qui les a reçus en fait parvenir une expédition légalisée au ministère des affaires étrangères, lequel la communique à la légation de l'Etat intéressé. En France, une copie de l'acte est transmise, par les soins du ministre des affaires étrangères, à l'officier de l'état civil du lieu de la naissance ou du dernier domicile de l'intéressé (1), qui la transcrit sur ses registres. Mais, comme aucun texte n'oblige l'officier de l'état civil français à faire cette transcription, excepté pour les actes de mariage, il serait strictement en droit de la refuser.

Diverses nations étrangères ont conclu entre elles des conventions analogues à celles que je viens de signaler.

---

(1) Du domicile du père, lorsqu'il s'agit d'un acte de naissance.

CHAPITRE II. — Mariage.

506. — L'étude du conflit des lois relatives au mariage va nous montrer l'application de plusieurs des principes généraux que nous avons précédemment posés. Il faut tenir compte des règles relatives à l'état et à la capacité des personnes, à la forme des actes et à l'ordre public.

Nous diviserons ces explications en trois sections :

1° Conditions du mariage ; 2° effets du mariage ; 3° dissolution du mariage.

SECTION I. — *Conditions du mariage.*

507. — L'article 170 du Code civil règle les conditions du mariage contracté, en pays étranger, par des français : « Le mariage contracté en pays étranger, entre français, et entre français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre des actes de l'état civil, et que le français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. »

Mais, suivant son habitude, le législateur n'a pas prévu le mariage contracté en France par un étranger : nous verrons à quelles conditions il doit être soumis.

Avec l'article 170 nous distinguerons les conditions de fond et les conditions de forme, soit pour le mariage des français en pays étranger, soit pour celui des étrangers en France.

§ 1. — Conditions de fond.

508. — Il faut entendre par conditions de fond celles qui sont relatives au consentement des parties, et, en général, toutes celles auxquelles les futurs conjoints doivent satisfaire, pour avoir l'aptitude légale à contracter mariage, d'une façon absolue ou avec une personne déterminée.

Elles sont régies par la loi nationale des futurs conjoints : tel est le principe bien connu dont il faut tirer les conséquences : 1° pour le français qui se marie en pays étranger ; 2° pour l'étranger qui se marie en France.

509. — I. MARIAGE D'UN FRANCAIS A L'ÉTRANGER. — La loi française doit régir les conditions intrinsèques du mariage contracté par un français, même en pays étranger : c'est la disposition formelle de l'article 170, déjà contenue dans la règle plus générale de l'article 3, § 3.

Qu'il s'agisse du consentement des époux et des vices dont il peut être infecté, de l'âge requis pour le mariage, du consentement des ascendants ou des actes respectueux qui doivent leur être signifiés, des empêchements qui résultent de l'existence d'un premier mariage, de la parenté ou de l'alliance au degré prohibé : sur tous ces points, traités dans le chapitre I du titre *du Mariage*, auquel renvoie expressément l'article 170, la loi française doit s'appliquer. Mais les empêchements ne sont pas tous visés par ce chapitre Ier ; l'article 348 en mentionne d'autres, qui résultent de l'adoption ; l'article 298 interdit le mariage entre le conjoint contre qui le divorce a été prononcé pour cause d'adultère et son complice ; l'article 228 défend à la femme de contracter un nouveau mariage moins de dix mois après la dissolution du premier. Nul doute que ces prohibitions s'imposent au français qui se marie en pays étranger, sinon en vertu du texte de l'article 170 qui n'en parle pas, du moins en vertu du principe plus général de l'article 3 : ce sont bien là, en effet, des lois relatives à l'état des personnes.

La loi française s'applique aux deux conjoints, si l'un et l'autre sont français ; au cas contraire, le conjoint français est régi par la loi française et l'étranger par sa loi nationale.

510. — Les diverses conditions du mariage ont, lorsqu'il est célébré à l'étranger, la même sanction que lorsqu'il est célébré en France. Le mariage peut être annulé, lorsque la condition omise était prescrite à peine de nullité, ou qu'il existait un empêchement dirimant; il ne peut pas l'être, au contraire, si la condition n'était pas exigée à peine de nullité, ou si l'empêchement n'était que prohibitif. On objecte, il est vrai, que la prescription de la loi restera alors sans sanction ; la peine que la loi française prononce, en pareil cas, contre l'officier de l'état civil qui aura passé outre à la célébration du mariage, ne saurait être appliquée à un officier public étranger. Mais les conjoints en seront eux-

mêmes, dans certains cas, passibles ; et quand bien même la sanction ferait entièrement défaut, nous n'aurions pas le droit d'y suppléer et d'admettre une nullité qui ne résulte d'aucun texte. On ne voit pas, d'ailleurs, pourquoi la sanction de la loi serait plus rigoureuse, lorsque le mariage est célébré à l'étranger ; pourquoi une condition, qui n'est pas indispensable pour la validité du mariage, quand il est célébré en France, serait alors exigée à peine de nullité ; pourquoi un empêchement, simplement prohibitif, deviendrait dirimant.

Ces principes régissent, en particulier, les actes respectueux. Le français qui se marie à l'étranger est tenu de les faire signifier à ses ascendants ; mais leur omission n'entraînera pas la nullité du mariage. On a fait observer, cependant, que, aux termes de l'article 170, le mariage est valable, « *pourvu que* le français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent » (chapitre I), ce qui semble bien indiquer que, au cas contraire, le mariage ne serait pas valable. Or c'est précisément le chapitre I qui exige les actes respectueux. Mais la formule de l'article 170 ne suffit pas à établir une nullité : c'est ce que je démontrerai plus loin, en parlant des publications.

511. — La loi du pays où le mariage est célébré peut en régler les conditions plus rigoureusement que la loi française elle-même, établir des empêchements que notre loi ne connaît pas. Ainsi, le Code espagnol (art. 847) interdit le mariage entre l'individu condamné pour adultère et son complice. Si, comme dans cet exemple, l'empêchement est d'ordre public, il sera opposable au français, et le mariage contracté, malgré son existence, sera, dans le pays étranger, entaché de nullité. Il sera au contraire valable en France. Dès lors que la loi française n'admet pas l'empêchement, peu importe qu'il se rencontre dans une loi étrangère : elle ne doit avoir aucune influence sur l'état des français (1).

512. — II. — MARIAGE D'UN ÉTRANGER EN FRANCE. — Lorsqu'un étranger se marie en France, soit que l'autre conjoint soit étranger ou français, c'est sa loi nationale qui régit les

(1) Trib. de la Seine, 14 mars 1879, Cl. 1879, p. 281.

conditions intrinsèques de son mariage, et décide si elles sont, ou non, requises à peine de nullité. Nous appliquons ici, en sens inverse, ce que nous avons dit pour le mariage des français. A vrai dire, aucun texte ne formule cette règle ; mais c'est la conséquence des principes généraux que nous avons précédemment posés : l'état et la capacité des étrangers sont, en France, régis par leur loi nationale.

Cependant, la loi étrangère ne s'appliquera plus, si elle est, en France, contraire à l'ordre public. La difficulté est de déterminer les cas où les exigences de l'ordre public doivent faire prédominer la loi française sur la loi étrangère : pour cela nous distinguerons suivant que la loi étrangère est *plus* ou *moins* rigoureuse que la loi française.

513. — A. La loi étrangère est plus rigoureuse que la loi française. — Lorsque la loi étrangère admet des empêchements ou des causes de nullité inconnus à la loi française, l'étranger doit, pour contracter en France un mariage valable, satisfaire à toutes les conditions exigées par sa loi nationale. Par exemple, un allemand ne pourra se marier en France avant l'âge de 20 ans, une allemande avant 16 ans (loi fédérale du 6 février 1875, art. 28), ni un russe après 80. Un autrichien, un espagnol etc. n'aurait pas le droit de se marier avec une personne dont il serait parent au degré de cousin germain.

Rarement, l'ordre public s'opposera, en France, à l'observation des conditions plus rigoureuses d'une loi étrangère ; il ne saurait être, en général, compromis par ce fait qu'une personne est, dans des circonstances particulières, empêchée de contracter mariage. Cependant, comme je l'ai déjà observé, certaines incapacités sont, en France, contraires à l'ordre public. Telles seraient, par exemple, celle qui résulte de la mort civile ; celles qui seraient réputées contraires à la morale, comme l'impuissance (Code civ. espagnol, art. 83, 3°) ; celles qui seraient incompatibles avec les principes de l'égalité civile ou de la liberté religieuse, comme la prohibition du mariage entre blancs et noirs (État du Texas, Louisiane, etc.) (1) ou entre chrétiens et non chrétiens (Autriche). Ces sortes d'empêchements seraient, en France, dé-

(1) Trib. de Pontoise, 6 août 1884, Cl. 1885, p. 296.

pourvus d'effets. Je n'en dirai pas autant de l'incapacité qui résulte, dans certains pays, de l'ordination ecclésiastique ou de la profession religieuse. Les prêtres ou religieux qui en sont frappés ne pourraient se marier valablement, même en France. Ce n'est pas là une déchéance contraire à la liberté religieuse, mais la sanction d'un engagement librement contracté. On ne saurait, d'ailleurs, admettre qu'un pareil engagement soit contraire, en France à l'ordre public : ce serait déclarer incompatible avec l'ordre public l'existence du clergé catholique, reconnu cependant par le Concordat et par d'autres lois (1).

514. — B. La loi étrangère est moins rigoureuse que la loi française. — C'est alors que l'ordre public s'opposera souvent à son application : il serait violé, si un étranger pouvait contracter, en France, une union que la loi française estime immorale.

Le Code civil italien (art. 102) va jusqu'à décider que l'étranger, qui se marie en Italie, doit satisfaire aux conditions de sa loi nationale et à celles de la loi italienne ; mais cela est excessif. Les conditions du mariage sont toutes d'ordre public interne, pour les nationaux ; elles ne sont pas toutes d'ordre public international, pour les étrangers. Quelles sont celles qui ont ce caractère? Il faut, pour les déterminer, les passer successivement en revue.

515. — 1° On reconnaît, sans difficulté, que la loi nationale des futurs conjoints doit régler les conditions relatives au consentement de leurs ascendants. En effet, ce consentement est exigé, soit pour la protection des conjoints, jugés incapables d'un discernement suffisant, soit pour maintenir, dans les familles, le bon ordre et l'harmonie ; or, sous ces deux rapports, la loi française est désintéressée, lorsqu'il s'agit d'étrangers. Ainsi, un suisse âgé de plus de 20 ans peut se marier, en France, sans aucune autorisation (loi fédérale, 27 septembre 1874) ; le fils de famille italien âgé de plus de

---

(1) Paris, 13 juin 1814, Sir. 15.2.67.— Aubry et Rau, t. I, p. 92.—*Contra*, Laurent, t. IV, n° 333. Weiss, p. 150. Dejame, *De la condition juridique des prêtres étrangers en France*, Cl. 1892, p. 116.

25 ans, la fille âgée de plus de 21 ans, n'auront pas à faire signifier, en France, à leurs ascendants, des actes respectueux que le Code italien n'exige pas (1).

516. — 2° La loi nationale des étrangers fixe également l'âge requis pour leur mariage.

Dans quelques pays, cet âge est moins avancé qu'en France. Il est, en Espagne et en Angleterre, de 14 ans pour les hommes et 12 pour les filles ; en Autriche, de 14 pour les deux sexes. Il paraîtra peut-être étrange, en France, de voir un espagnol, un anglais, un autrichien se marier avant 15 ou 18 ans; mais il n'y a rien là de contraire à l'ordre ou à la morale publics. Il est indispensable qu'une personne ne se marie pas avant l'âge où elle a l'aptitude physique et morale nécessaire, mais le législateur de chaque pays est seul compétent pour juger cet âge, relativement à ses nationaux, parce qu'il est le mieux à même d'apprécier leur précocité physique et morale ; c'est donc à tort que deux circulaires ministérielles, du 10 mai 1824 et du 29 avril 1832, obligent, sans distinction, l'étranger qui veut se marier en France avant 15 ou 18 ans, à obtenir une dispense du gouvernement français.

Au surplus, ces sortes de circulaires n'ont évidemment pas d'autorité législative. Leur violation n'entraînerait pas la nullité du mariage, et elles ne créent même pas d'empêchement prohibitif.

517. — 3° Au contraire, les empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance sont d'ordre public, et s'imposent même aux étrangers. Cela est évident, pour la parenté ou l'alliance en ligne directe et la parenté collatérale au dégré de frère et sœur. Ici du reste, le conflit ne se produira pas, parce que, dans aucun pays civilisé, la loi n'autorise un semblable mariage ; mais ce n'est pas moins certain au degré d'oncle et nièce, beau-frère et belle-sœur. Ces empêchements, il est vrai, ne se rencontrent pas partout. D'après la loi fédérale allemande de 1875, la parenté collatérale n'apporte d'obsta-

---

(1) Circulaires du garde des sceaux, 26 janvier 1876, 10 mars 1883, Cl. 1883, p. 221 ; 2 août 1884, Cl. 1884, p. 567.

cle au mariage qu'au degré de frère et sœur; l'alliance collatérale n'en crée aucun. Dans certains des États-Unis, le mariage est permis entre beau-frère et belle-sœur. Mais, si la loi française a interdit le mariage à ces degrès de parenté ou d'alliance, c'est par des raisons de morale et d'honnêteté publiques ; quelques législations les ont trouvées exagérées, mais, d'après leur nature, elles s'imposent aux étrangers comme aux nationaux. On objecte, il est vrai, que ces prohibitions ne sont pas essentielles à l'ordre public, puisque le gouvernement peut en dispenser : aucune dispense ne serait possible, s'il s'agissait vraiment d'une règle de morale publique (1); mais si, dans certains cas exceptionnels, l'interdiction de ces mariages offre plus d'inconvénients que leur célébration, le gouvernement français seul doit en être juge. Deux étrangers, parents au degré d'oncle et de nièce, ou alliés à celui de beau-frère et belle-sœur, doivent donc, même si leur loi nationale leur permet le mariage, obtenir, en France, une dispense du gouvernement français (2).

518. — 4° L'existence d'un premier mariage est aussi un empêchement d'ordre public international. On n'en saurait douter, puisque la bigamie est un crime, puni par le Code pénal.

Un musulman, déjà marié, ne pourrait invoquer son statut personnel, pour contracter en France un deuxième mariage (3).

Avant que la loi du 27 juillet 1884 eût rétabli, en France, le divorce, on s'était souvent demandé si un étranger, légalement divorcé dans son pays, pouvait se remarier en France avant la mort de son premier conjoint.

La Cour de cassation s'était prononcée pour l'affirmative (4). Ce que défend l'article 147, c'est qu'un étranger, actuellement marié, puisse contracter mariage en France ;

---

(1) Surville et Arthuys, p. 282. Fiore, *Du mariage célébré à l'étranger d'après la législation italienne*, Cl. 1887, p. 158.—Cpr. Laurent, t. IV, nos 294-298.

(2) Circulaire précitée du 10 mai 1824. Weiss, p. 453.

(3) Réserve faite des dispositions relatives aux indigènes de nos colonies, qui ne s'appliquent pas, d'ailleurs, hors de la colonie.

(4) Cass. 28 février 1860, Dal. 60.1.57.

mais il appartient à sa loi nationale de déterminer quand il est engagé dans les liens du mariage, et pour quelles causes une précédente union a pu être rompue. L'ordre public, en France, n'est nullement intéressé à ce que le mariage de deux étrangers puisse, ou non, être dissous par un divorce prononcé dans leur pays.

Cependant, avant la loi de 1884, cette solution ne m'aurait pas paru exacte : à mon avis, l'ordre public s'opposait à ce qu'une personne, même étrangère, se mariât en France, avant la mort de son conjoint (1). Mais le rétablissement du divorce a rendu cette opinion insoutenable. Il est vrai que le divorce a pu être prononcé plus facilement qu'en France, mais dès lors que, d'après la loi française, le mariage est dissoluble autrement que par la mort, c'est bien la loi nationale de l'étranger qui doit décider dans quels cas cette dissolution s'est produite ; un étranger, légalement divorcé dans son pays, pour quelque cause que ce soit, peut donc contracter, en France, un mariage valable, au point de vue de la loi civile.

519. — 5° L'article 228 défend à la femme de contracter un nouveau mariage moins de 10 ans après la dissolution du premier. Cette prohibition est fondée sur des motifs de décence publique ; la femme étrangère, qui se marie en France, doit donc la respecter, même si elle ne se trouve pas dans sa loi nationale (2).

520. — *Preuve de la loi étrangère.* — L'étranger qui se marie en France, doit justifier qu'il réunit les conditions requises par sa loi nationale, et l'officier de l'état civil doit s'en assurer, avant de procéder à la célébration du mariage.

Comment se fera cette preuve ? D'après une circulaire du garde des sceaux (4 mars 1831), l'officier de l'état civil exigera de l'étranger un certificat, délivré par les autorités de son pays, et constatant qu'il est apte à contracter mariage : prescription d'une exécution souvent difficile, parce qu'il ne

(1) C'était le système qu'avaient admis plusieurs Cours d'appel.
(2) Paris, 13 février 1872, Dal. 72. 2.160.

se trouvera pas, à l'étranger, d'autorité compétente pour délivrer ces certificats, pas plus qu'il n'y en aurait en France. En outre, il est certain que cette attestation, fût-elle délivrée, ne mettrait pas le mariage à l'abri d'une action en nullité.

Des mesures semblables sont formellement prescrites par les lois de divers pays étrangers (Code civil italien, art. 103; loi fédérale suisse, 24 décembre 1874, art. 31) ; elles se heurtent partout aux mêmes difficultés.

Pour les éviter et rendre ces certificats efficaces, il faudrait qu'un accord diplomatique déterminât l'autorité compétente pour les délivrer, ainsi que leur force probante. Un arrangement est intervenu entre la France et la Suisse, relativement aux français qui se trouvent dans ce pays. Le Ministre de France à Berne leur délivrera le certificat qu'exige la loi fédérale (1).

§ 2. — Conditions de forme.

521. — Les formes du mariage sont relatives, soit à sa célébration et à sa publicité, soit à sa preuve. Les unes et les autres sont régies par la loi du pays où il est célébré, soit pour les français qui se marient à l'étranger, soit pour les étrangers qui se marient en France. En outre, les agents diplomatiques ou consulaires peuvent, en général, célébrer, dans les pays où ils sont accrédités, les mariages de leurs nationaux.

Nous aurons donc à traiter : 1° du mariage des français à l'étranger ; 2° du mariage des étrangers en France ; 3° des mariages célébrés par les agents diplomatiques ou consulaires.

522. — I. — MARIAGES DES FRANÇAIS A L'ÉTRANGER. — **A. Célébration du mariage.** — Aux termes de l'article 170, le mariage contracté, en pays étranger, entre français et entre français et étrangers sera valable : 1° s'il a été célébré dans

---

(1) A défaut du certificat exigé, le parquet du tribunal de la Seine avait pensé, à une certaine époque, qu'on y pourrait suppléer par un acte de notoriété délivré, conformément aux articles 70 et 71, par le juge de paix, sur l'attestation de sept témoins, et constatant l'aptitude de l'étranger au mariage : ce serait une pratique pleine d'inconvénients, rien ne garantissant que les témoins sont instruits de la loi étrangère.

les formes usitées dans le pays ; 2° pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63.

523. — *a) Le mariage est valable s'il a suivi les formes usitées dans le lieu de sa célébration.* — L'observation de ces formes est suffisante, mais nécessaire pour sa validité.

524. — 1° Elle est toujours *suffisante*, quoique ces formes diffèrent parfois beaucoup de celles qu'établit la loi française.

Dans cartains pays, le mariage religieux existe seul.

En Russie, les adhérents de la religion grecque, dite orthodoxe, qui est celle de l'Etat, doivent être mariés par les ministres de cette Eglise, et les fidèles des autres religions, suivant les prescriptions de leurs cultes.

En Espagne et en Portugal, le mariage religieux existe seul pour les catholiques. Le mariage civil n'est admis que pour les dissidents.

En Autriche, le mariage religieux est également le principe. Le mariage civil n'est admis que dans deux cas : 1° si le ministre du culte refuse de célébrer le mariage, par suite d'un empêchement que la loi civile ne reconnaît pas ; 2° pour ceux qui n'appartiennent à aucun culte reconnu par l'Etat.

Ailleurs enfin, comme en Angleterre, la loi laisse aux conjoints la faculté de choisir entre le mariage religieux et le mariage civil, dont elle reconnaît également la validité.

Le mariage purement religieux d'un français sera valable, en France, s'il a été célébré dans un pays où ce mariage existe, soit seul, soit même concurremment avec le mariage civil (1).

Il y a plus : dans quelques pays, notamment dans la plupart des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, le mariage est un contrat purement consensuel, qui n'est astreint à aucune formalité civile ou religieuse, et ne nécessite la rédaction d'aucun acte authentique ou privé. Le fait de la cohabitation, joint à la réputation ou possession d'état, suffit

---

(1) Cass. 9 décembre 1846, Sir, 47.1.55 ; Aix, 19 décembre 1877, Cl. 1878, p. 273. Bordeaux, 21 décembre 1886, Cl. 1887, p. 600 ; Trib. de la Seine, 30 décembre 1892, Cl. 1893, p. 412.

alors à établir le mariage : ainsi contracté par un français, il sera valable en France (1).

525. — 2° L'observation des formes prescrites par la *lex loci matrimonii* est *nécessaire* à la validité du mariage.

L'article 170 non seulement autorise, mais oblige à les suivre. Si ces formes sont les mêmes qu'en France, elles donnent satisfaction tout à la fois à la loi française et à la loi étrangère ; si elles sont différentes, il est impossible aux parties d'observer la loi française et elles ne sauraient, évidemment, suivre, à leur gré, des formalités qui ne seraient celles ni de la loi locale, ni de leur loi nationale. La loi étrangère détermine donc quelles formalités sont requises à peine de nullité, par qui peut être intentée l'action en nullité et de quelles fins de non-recevoir elle est susceptible (2).

526. — On s'est demandé si le mariage, célébré suivant les formes de la loi étrangère, serait valable, lorsque le français, en allant se marier hors de France, n'aurait eu d'autre but que de faire fraude à la loi française, c'est-à-dire d'éluder quelqu'une des formalités qu'elle impose, et, en général, quelqu'une de ses prescriptions. Beaucoup d'arrêts se sont, en effet, appuyés sur cette considération pour admettre la nullité de mariages célébrés à l'étranger (3).

C'est la même question que nous avons déjà rencontrée, à propos de la règle *locus regit actum,* et précédemment, à propos de la naturalisation d'un français à l'étranger. Ma solution est la même dans tous les cas. Cette prétendue fraude à la loi n'est jamais une cause particulière de nullité, pour l'acte accompli en pays étranger. Il n'y a pas à faire ici une recherche d'intention, fort difficile, et qui ne saurait aboutir à un résultat certain.

Pour le mariage, en particulier, le texte de l'article 170 n'admet ni restriction, ni distinction. Pourvu que le français

---

(1) Cass. 10 décembre 1841, Sir. 42.1.321 ; 13 janvier 1857, Sir. 57.1.81 ; Paris, 20 janvier 1873, Sir. 73.2.177.

(2) Cf. Cass. 6 juillet 1865, Sir. 65.1.393.

(3) V. notamment : Cass. 15 juin 1887, Dal. 88.1.412.

remplisse les conditions intrinsèques requises par sa loi nationale, le mariage est valable, s'il a suivi les formes usitées dans le lieu de sa célébration. Pour quel motif a-t-il été célébré en pays étranger ? Nous ne sommes pas autorisés à le rechercher. Les parties auraient-elles voulu faire fraude à la loi française, aucun texte ne prononce, dans ce cas, la nullité du mariage ; nous ne devons donc pas l'admettre. C'est une règle bien connue que, en matière de mariage, il n'y a pas de nullité sans texte ; on ne peut en fonder une sur un principe vague et que la loi ne formule nulle part, comme l'adage *fraus omnia corrumpit*.

Maintenant, si le français qui s'est marié à l'étranger n'a pas satisfait à toutes les conditions requises par la loi française, il faut distinguer. Ces conditions étaient prescrites à peine de nullité, comme le consentement des ascendants pour les mineurs : le mariage peut être annulé, mais il en serait de même s'il était célébré en France ; il est donc inutile d'alléguer ici une fraude que le français aurait commise en se rendant à l'étranger (1). Ce qui est vrai seulement, c'est que ce déplacement aura facilité la célébration d'un mariage, auquel l'officier de l'état civil français se serait probablement refusé. Les conditions omises n'étaient pas prescrites à peine de nullité, comme les actes respectueux qui doivent être signifiés aux ascendants : je crois, contrairement à plusieurs arrêts, que la nullité du mariage ne pourra pas être prononcée. En d'autres termes, la prétendue fraude n'a aucune influence sur la validité du mariage célébré à l'étranger. Il peut être annulé, s'il s'y trouve par ailleurs quelque cause de nullité ; il reste valable, au cas contraire.

Toutefois, la question présente encore une autre face. L'article 191 exige que le mariage, pour être valable, soit contracté publiquement, et laisse au juge le soin d'apprécier si la publicité est suffisante. Le mariage d'un français ne pourrait-il pas être annulé lorsque, en le faisant célébrer

---

(1) Certains arrêts fondent tout à la fois la nullité sur le défaut de consentement des ascendants et sur la fraude à la loi. Le dernier motif est inutile et, à mon avis, inexact. — Cpr. Paris, 24 février 1882, Cl. 1882, p. 408.

à l'étranger, on a eu pour but d'en dissimuler l'existence et que, de fait, le mariage a été clandestin ? C'est ce que nous allons voir en étudiant la seconde exigence de l'article 170.

527. — *b) Le mariage est valable pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article* 63. — Les publications doivent avoir lieu en France, et elles sont nécessaires, même si la loi du pays où le mariage doit être célébré ne les exige pas : c'est une formalité qui s'ajoute à celles que prescrit la *lex loci* et, par suite, dans une certaine mesure, une dérogation à la règle *locus regit actum*. Toutefois, quelques lois étrangères concordent sur ce point avec la loi française. Ainsi, l'article 91 du Code espagnol veut que l'étranger, établi depuis moins de deux ans en Espagne, justifie que les publications ont été faites dans son pays, au lieu où il était domicilié pendant les deux années qui ont précédé son établissement en Espagne.

Les publications (art. 166 à 168) doivent être faites : 1° au domicile des époux ; 2° au domicile des personnes de qui ils dépendent relativement au mariage. L'article 170 s'applique donc, sans difficulté, si le français qui veut se marier à l'étranger a conservé un domicile en France, ou s'il doit obtenir le consentement de personnes domiciliées dans ce pays. Au cas contraire, on a soutenu que les publications ne seraient plus nécessaires ; mais l'article 170 ne distingue pas : il oblige tout français qui se marie à l'étranger à faire des publications en France. A défaut de domicile actuel, elles auront lieu à son dernier domicile dans ce pays. Dans le cas seulement où le français n'aurait jamais eu, en France, de domicile connu, les publications deviendront, par la force des choses, impossibles.

528. — L'article 170, en imposant au français qui se marie à l'étranger l'obligation de faire, en France, des publications, n'indique pas la sanction de cette prescription : ce silence a fait naître une assez grave difficulté.

Lorsque le mariage est contracté en France, l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration, sans que les publications aient été faites, encourt une amende que l'article 192 prononce également contre les parties, mais le mariage n'est

pas entaché de nullité. L'absence de publications est donc un simple empêchement prohibitif. Or, comme nous l'avons dit plus haut, la sanction de la loi, lorsque le mariage est contracté à l'étranger, ne peut être plus rigoureuse que lorsqu'il est célébré en France. Un empêchement, simplement prohibitif en France, ne devient pas dirimant à l'étranger : l'absence de publications n'est donc pas une cause de nullité du mariage contracté en pays étranger.

Cependant, cette solution est contestée et repoussée même par la jurisprudence. Deux raisons la rendent douteuse : elles n'ont, selon moi, rien de décisif.

1° L'amende, prononcée par l'article 192, ne peut atteindre un officier de l'état civil étranger. L'obligation de faire, en France, les publications resterait donc sans sanction, si leur omission n'entraînait pas la nullité du mariage ; mais il suffit de répondre que l'amende pourra toujours s'appliquer aux parties et que, la sanction fît elle-même entièrement défaut, nous n'aurions pas le droit d'y suppléer.

2° Mais la nullité ne résulte-t-elle pas des termes de l'article 170? Le mariage est valable, pourvu qu'il ait été précédé de publications ; c'est dire qu'il n'est pas valable s'il n'en a pas été précédé. Cette seconde objection doit nous arrêter plus longtemps ; le texte de l'article 170, en effet, a donné naissance à deux systèmes différents.

529. — 1er SYSTÈME. — Le mariage contracté à l'étranger est nécessairement nul, s'il n'a pas été précédé en France de publications : c'est ce qui ressort *à contrario* de l'article 170. On s'explique, d'ailleurs, que le défaut de publications ait ici des conséquences exceptionnellement rigoureuses. La publicité est une condition indispensable du mariage. Les publications, qui n'en sont qu'un élément lorsque le mariage est contracté en France, la constituent à elles seules tout entière, lorsque le mariage est contracté à l'étranger. Faute de publications, le mariage est clandestin au regard de la loi française : c'est pourquoi il doit être nul.

Ce système, adopté autrefois par quelques arrêts de la Cour de cassation (1), est aujourd'hui abandonné. Il doit,

---

(1) Cass. 9 mars 1831, Sir. 31.1.142 ; 6 mars 1837, Sir. 37.1.177 ;

en effet, être rejeté, par la raison décisive qu'aucun texte ne prononce cette nullité. L'article 170 dit bien que le mariage est valable *pourvu qu'il ait été précédé des publications*, mais il ne dit pas formellement qu'il sera nul au cas contraire. Or, en matière de mariage surtout, un argument *à contrario* ne suffit pas pour établir une nullité. Il n'est d'ailleurs pas exact, nous le verrons tout à l'heure, que, pour un mariage célébré à l'étranger, les publications soient, en France, le seul moyen de publicité. En fait, même en l'absence de publications, le mariage peut être suffisamment public en France.

530. — 2me SYSTÈME. — Une jurisprudence aujourd'hui constante s'arrête à un autre système. Le mariage célébré à l'étranger sans publications n'est pas nécessairement nul, puisque l'article 170 n'en prononce pas la nullité (1) ; mais il n'est pas non plus nécessairement valable, puisqu'il n'a pas satisfait aux conditions de validité déterminées par cet article. Il peut être annulé, si les publications ont été volontairement omises pour faire fraude à la loi française, en éludant quelqu'une de ses dispositions, par exemple, la nécessité des actes respectueux, ou pour rendre le mariage clandestin. (2) Les juges ont donc un pouvoir d'appréciation, ana-

---

17 août 1841, Sir. 41.1.682 ; Besançon, 4 janvier 1888, Cl. 1888, p. 90. Ce dernier arrêt a jugé que l'absence de publications, jointe au défaut de transcription de l'acte de mariage, pouvait constituer la clandestinité du mariage et en entraîner la nullité ; mais il faut observer que, dans l'espèce, il existait une autre cause de nullité : le défaut de consentement des ascendants. — Delvincourt, t. I, 2e partie, p. 138. Marcadé, t. I, art. 170, II.

(1) Bourges, 13 juillet 1891, Cl. 1891, p. 1211 ; Paris, 5 août 1891, Cl. 1891, p. 1214.

(2) V. en particulier, Cass. 19 février 1866, Sir. 66.1.206 ; 20 novembre 1866, Sir. 66.1.442 ; Paris, 24 février 1882, Cl. 1882, p. 308 ; Trib. de la Seine, 14 janvier 1885, Cl. 1885, p. 183 ; Cass. 15 juin 1887, Dal. 88.1. 412 ; Trib. de la Seine, 26 mars 1892, Cl. 1892, p. 994 ; 13 mai 1892, Cl. 1892, p. 683. — Aubry et Rau, t. V, p. 123, 124 et notes. Demolombe, t. III, n° 225. Fœlix, t. II, p. 376 et suiv. note de Demangeat, p. 379. Brocher, t. I, p. 283. Laurent, t. IV, n° 268. Surville et Arthuys, p. 279.

logue à celui que leur attribuent les articles 191-193, lorsque le mariage contracté en France n'est pas suffisamment public. La nullité ne serait pas absolue ; elle ne pourrait être demandée que par les conjoints eux-mêmes, ou du moins par le conjoint français, et par les ascendants, si les parties avaient omis les publications pour se marier sans leur consentement, ou sans leur notifier d'actes respectueux (1).

Même avec ces atténuations, je n'admets pas que l'absence de publications puisse être jamais une cause de nullité.

D'abord, l'article 170 ne prononce de nullité d'aucune sorte : pas plus relative, ou laissée à l'appréciation du juge, qu'absolue.

En outre, je l'ai déjà établi : l'intention de faire fraude à la loi française n'entache d'aucune nullité le mariage célébré à l'étranger. Peu importe donc que les publications aient été omises dans ce but. Il faut toujours en revenir à la distinction que j'ai faite : si le français a omis quelque condition prescrite à peine de nullité par son statut personnel, par exemple s'il n'a pas obtenu le consentement de ses ascendants, le mariage est nul, bien que les publications aient été faites en France. Si la condition violée n'était pas prescrite à peine de nullité, comme la notification des actes respectueux, la nullité ne saurait être prononcée, alors même que les publications auraient été également omises. La réunion de deux empêchements prohibitifs ne peut constituer un empêchement dirimant (2).

531. — Il reste une question : le mariage célébré à l'étranger, sans publications en France, ne pourrait-il pas être annulé, suivant l'appréciation du juge, comme clandestin ?

D'après l'article 191, le mariage est annulable lorsqu'il n'a pas été contracté publiquement. Il faut admettre, avec la jurisprudence, que c'est là une règle de statut personnel, et qu'elle s'applique même au mariage contracté par un français en pays étranger : mais, contrairement à certains arrêts, je ne pense pas qu'on doive considérer le mariage comme

---

(1) Paris, 20 janvier 1873, Sir. 73.2.177 ; Rouen, 13 juillet 1880, Cl. 1881, p. 256 ; Trib. de la Seine, 14 janvier 1885, Cl. 1885, p. 183.

(2) Weiss, p. 472. Despagnet, p. 397.

clandestin, par cela seul que les parties auront voulu le laisser ignorer en France et que, de fait, il aura été inconnu.

En effet, aux termes même de l'article 191, le mariage qui peut être annulé est celui qui n'a pas été *contracté* publiquement. On doit donc se placer au moment où le mariage a été contracté pour savoir s'il a reçu une publicité suffisante, et, comme cette publicité tient aux formes de sa célébration, il faut consulter la loi qui régit ces formes, c'est-à-dire la *lex loci matrimonii*, pour savoir si le mariage a été ou non public.

Il est, dès lors, nécessaire de distinguer plusieurs hypothèses :

1° Toutes les formalités requises par la *lex loci* pour la publicité du mariage ont été observées, seulement les publications n'ont pas été faites en France : le mariage ne pourra pas être annulé sous prétexte de clandestinité, pas plus que s'il avait été célébré en France.

2° La *lex loci* détermine d'une façon précise les formalités dont l'absence rend le mariage clandestin et *doit* en entrainer la nullité (1) : le juge français *doit* prononcer cette nullité si quelqu'une de ces formalités est omise, mais il ne peut le faire pour aucune autre cause qui ne serait pas admise par la *lex loci*, par exemple, par suite de l'absence de publications.

3° La *lex loci* laisse au juge le pouvoir d'apprécier si la publicité est suffisante : les juges français, dans cette appréciation, tiendront compte à la fois des formalités prescrites par la loi étrangère pour la célébration du mariage et des publications imposées par la loi française.

4° La *lex loci* n'exige aucune publicité et admet la validité du mariage clandestin : les juges français pourront néanmoins l'annuler (2). L'absence des publications sera une des circonstances dont ils tiendront compte dans leur appréciation, mais elle ne sera pas, à elle seule, déterminante. Du reste, l'action en nullité, pour cause de clandestinité, devra être ouverte à toute personne intéressée, à moins que

---

(1) V. C. civ. Italien, art. 104.

(2) C'est à ce point de vue que les mariages, jadis célèbres de Gretna-Green pouvaient être annulés en France.

la *lex loci*, prévoyant expressément le cas, n'en ait décidé autrement (1).

532. — B. Preuve du mariage. — La preuve du mariage est régie par la *lex loci matrimonii*. Si on représente un acte de célébration, cette loi, comme nous l'avons vu plus haut, en règle les formes et la force probante. C'est encore cette loi qui détermine la preuve admissible à défaut d'acte de l'état civil, et le juge français doit tenir cette preuve pour suffisante, bien qu'elle ne soit pas reçue par la loi française. C'est l'application ordinaire de la règle *locus regit actum* ; mais la jurisprudence, qui écarte cette solution pour la preuve des naissances et des décès, l'adopte au contraire, sans difficulté pour les mariages. Ainsi, elle admet la preuve par possession d'état, des mariages contractés *solo consensu*, dans certains pays. Il ne saurait en être différemment. Le mariage est valable en la forme, dès qu'il suit celle de la *lex loci*, quelle qu'elle soit ; il faut donc, dans le cas où cette loi ne prescrit pas la rédaction d'un écrit, tenir pour suffisant tout autre mode de preuve qu'elle admet. Autrement, bien que le mariage fût valable, la preuve en serait impossible : ce qui est contradictoire.

533. — L'Etat et les particuliers ont un intérêt spécial à connaître les mariages contractés par des français en pays étranger, en raison des conséquences graves qui en découlent, relativement aux personnes des époux, comme l'incapacité de la femme mariée, ou des enfants, comme la légitimité, ou relativement aux biens, comme l'hypothèque légale de la femme, le régime des biens des conjoints, et même les droits de succession qui ont leur source dans le mariage, pour les enfants et les époux. Aussi le Code civil s'est-il préoccupé de faire connaître en France les mariages contractés à l'étranger. Nous avons déjà vu comment il prescrit d'en faire, en France, les publications, avant qu'ils ne soient célébrés. De plus, l'article 171 statue que « dans les trois mois après le retour du français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté

(1) Cass. 15 juin 1887, Dal. 88.1.412.

en pays étranger, sera transcrit sur le registre des mariages du lieu de son domicile. » Le délai de trois mois n'est pas fatal, mais, après qu'il est expiré, la transcription ne pourrait avoir lieu qu'en vertu d'un jugement, comme pour la rectification des actes de l'état civil. Par la force des choses, elle n'est possible que s'il a été rédigé un acte de mariage. Dans le projet du Code civil, une amende était prononcée contre les époux qui auraient contrevenu à cette disposition. Par suite peut-être d'une erreur, cette sanction a disparu dans la rédaction définitive. On a proposé divers systèmes pour y suppléer. Sans aller jusqu'à soutenir que le défaut de transcription pût être une cause de nullité du mariage, on a prétendu qu'il serait, en France, considéré comme légalement inconnu et qu'il n'y produirait aucun effet (1); tout au moins ne produirait-il pas, contre les tiers, les effets qui sont une conséquence plus directe de la publicité, comme l'hypothèque légale et l'incapacité de la femme mariée (2). Ces deux opinions doivent l'une et l'autre être rejetées (3).

La première, qui est d'ailleurs restée isolée, équivaut, à peu de chose près; à considérer le mariage comme nul.

La seconde a cet inconvénient particulier de faire supporter, presque exclusivement, à la femme les conséquences du défaut de transcription, notamment en ce qui concerne l'hypothèque légale: or, cela serait en contradiction avec l'esprit général et les dispositions de notre législation. L'une et l'autre se heurtent à cette objection décisive : qu'aucune déchéance ne peut exister sans un texte qui la prononce, et que, si le législateur a commis un oubli en laissant l'article 171 sans sanction, il n'appartient pas à l'interprète d'y suppléer.

Au surplus, le défaut de transcription ne sera pas sans conséquence : il rendra la preuve du mariage plus difficile pour les époux et leurs enfants. En outre, s'il en résultait

---

(1) Delvincourt, t. I, 2e P. p. 138.— Cpr. Besançon, 4 janvier 1888, Cl. 1888, p. 96.

(2) Bordeaux, 14 mars 1850, Sir. 52.2.561.— Duranton, t. II, n° 240.

(3) Cass. 23 novembre 1840, D. A. V° *Privilèges et hypothèques*, n° 865. Fœlix, t. II, p. 382 et note de Demangeat. Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 243 *bis* I. Demolombe, t. III, n° 229. Aubry et Rau, t. V, p. 126, note 28. Surville et Arthuys, p. 271. Weiss, p. 475. Despagnet, p. 400.

quelque préjudice pour les tiers, les époux seraient obligés de le réparer, dans les termes et par application de l'article 1382.

Les conventions relatives à la communication des actes de l'état civil assurent l'observation de l'article 171, par un procédé que le législateur n'avait pas eu en vue. Les actes des mariages contractés par des français à l'étranger seront transmis diplomatiquement au gouvernement français, et communiqués aux officiers de l'état civil qui auront à les transcrire sur leurs registres.

533 *bis*. — Diverses législations étrangères obligent aussi leurs nationaux, mariés à l'étranger, à faire transcrire, dans leurs pays, leurs actes de mariages. Quelques-unes laissent cet ordre sans sanction, d'autres prononcent une amende contre les contrevenants (1).

534. — II. — MARIAGES DES ÉTRANGERS EN FRANCE. — Le Code civil n'en a pas parlé, mais il ne saurait y avoir de doute.

Le mariage contracté, en France, par un étranger avec un français ou un autre étranger, est valable, s'il est célébré dans les formes requises par la loi française.

Sa validité, dans le pays auquel les conjoints appartiennent, dépend des lois étrangères. La plupart appliquent ici la règle *locus regit actum* et tiennent, par conséquent, le mariage pour valable, lorsqu'il a été célébré en France, dans les formes de la loi française. On s'expliquerait, cependant, que cette validité ne fût pas reconnue par les législations qui voient dans le mariage un acte essentiellement religieux. Le caractère religieux n'est pas alors une simple forme, il tient au fond même de l'acte ; il appartient donc au statut personnel : le mariage contracté à l'étranger ne sera valable que s'il a été célébré conformément à la loi religieuse (2). C'est ce que décide, en particulier, la loi hongroise (3).

---

(1) Le Code italien (art. 101) édicte une amende de 100 francs.

(2) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 353. Fiore, p. 192.

(3) Lehr, *Projet de réglementation internationale en matière de mariage*, Cl. 1884, p. 53. V. aussi : Cl. 1893, p. 257, *Faits et informations*. La Cour suprême de Vienne a jugé que le mariage de sujets

535. — Le mariage contracté en France par deux étranger sera-t-il valable, lorsqu'ils auront suivi les formes admises par leur loi nationale, mais non par la loi française ? Matériellement, cela n'est pas impossible. En fait, deux espagnols, par exemple, pourraient se marier, en France devant un prêtre catholique. Plus facilement encore, deux citoyens des Etats-Unis pourraient contracter un mariage purement consensuel; mais, dans les deux cas, le mariage ne serait pas valable en France. A un point de vue théorique, il est vrai, on devrait, je crois, admettre que le mariage purement religieux, contracté par deux étrangers, conformément à leur loi nationale, est valable, même si la loi du pays où il a été célébré ne reconnaît que le mariage civil (1). Mais cette solution, exacte en soi, est inacceptable au point de vue du droit positif français. La loi française, en effet, non seulement n'attache aucun effet civil au mariage religieux, mais elle interdit au ministre du culte de procéder à sa célébration, si on ne lui justifie de celle du mariage civil. Cette défense est sanctionnée par une peine et constitue ainsi, sans aucun doute, une règle d'ordre public, applicable même lorsque les conjoints sont étrangers (2).

Le mariage purement consensuel serait encore plus contraire aux principes de la loi française. Elle entoure le mariage de solennités, essentielles à son existence même, pour en sauvegarder la dignité, pour le rendre public et certain et le distinguer des unions irrégulières : ces raisons, qui ont une force particulière lorsque les conjoints sont français, tiennent d'assez près à la morale et à l'intérêt général pour être d'ordre public, même à l'égard des étrangers (3).

Ainsi le mariage contracté en France par deux étrangers n'est pas valable dans ce pays, lorsqu'il ne satisfait pas à toutes les conditions de forme exigées par la loi française.

Ce mariage ne serait-il pas valable, au moins, dans le pays

---

hongrois en Allemagne était nul, s'il n'avait pas été célébré, suivant la loi allemande, par l'officier de l'état civil, avant de l'être par le ministre du culte ; 10 février 1891, Cl. 1891, p. 1005.

(1) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 355.
(2) Trib. corr. de Toulouse, 7 mai 1890, Cl. 1891, p. 223.
(3) *Contra,* Weiss, p. 481.

auquel appartiennent les conjoints étrangers, et dont ils ont suivi les lois ? La réponse à cette question se trouve dans les législations étrangères. La plupart appliquent impérativement la règle *locus regit actum* aux mariages contractés à l'étranger : elles ne tiendront donc pour valables les mariages de leurs nationaux en France, que s'ils ont suivi les formes de la loi française. C'est ce que décident, notamment, la loi ou les jurisprudences de Belgique, d'Italie, d'Angleterre, d'Amérique, etc.

536. — III. — MARIAGES CÉLÉBRÉS PAR LE MINISTÈRE DES AGENTS DIPLOMATIQUES OU CONSULAIRES. — Les agents diplomatiques ou consulaires ont, en général, le pouvoir de célébrer, dans le pays où ils sont accrédités, le mariage de leurs nationaux, comme de recevoir, ainsi que nous l'avons vu, tous les actes de l'état civil qui les concernent. Mais cette compétence ne doit leur appartenir qu'autant que les futurs conjoints sont l'un et l'autre de leurs nationaux. Ils sont en effet, sans pouvoir, relativement aux sujets du pays où ils exercent leurs fonctions ou d'une puissance tierce.

Les ambassadeurs et consuls français tiennent ce pouvoir de l'article 48 du Code civil, complété par l'ordonnance du 23 octobre 1833. On admet, sans hésiter, que ces textes s'appliquent au mariage, bien qu'ils ne parlent que des actes de l'état civil en général et que l'article 170 n'ait pas prévu non plus ce mode de célébration du mariage, pour lequel on suivra bien entendu les formes de la loi française.

Il faut seulement que les conjoints soient l'un et l'autre français. Le texte de l'article 48, rendu plus clair encore par le rapprochement de l'article 47, ne donne d'attributions aux agents diplomatiques ou aux consuls que pour recevoir les actes de l'état civil des français.

537. — On admettra pareillement, en France, la validité des mariages célébrés par les ambassadeurs ou consuls étrangers pourvu que les deux conjoints soient leurs nationaux : le mariage serait nul si l'un d'eux était français (1).

Il faut, d'ailleurs, que les agents étrangers soient compé-

(1) Paris, 6 avril 1869, Sir. 70. 1. 178.

tents, d'après la loi de leur pays. Presque toutes les législations leur donnent ce pouvoir. La loi autrichienne, cependant, le leur refuse, et la loi espagnole ne le leur accorde que s'il n'y a pas d'officier de l'état civil dans le lieu où le mariage est célébré.

Quelques lois étrangères, différentes en cela de la loi française, permettent même à leurs agents de célébrer le mariage d'un de leurs nationaux et d'un étranger. On peut citer en ce sens la loi consulaire italienne du 28 janvier 1866 (art. 29), qui, toutefois, ne confère ce pouvoir aux consuls que dans le cas où les coutumes et usages locaux le permettent : ils ne pourraient donc pas l'exercer en France. La loi anglaise du 28 juillet 1849 et la loi belge du 20 mai 1842 (art. un.) se prononcent dans le même sens. Mais les agents diplomatiques et consuls belges ne peuvent procéder au mariage d'un belge avec un étranger, qu'en vertu d'une autorisation spéciale du ministre des affaires étrangères. En outre, les gouvernements anglais et belge ont prescrit à leurs agents d'avertir les conjoints que leur mariage ne sera valable nécessairement qu'en Angleterre et en Belgique. Il serait nul en France.

Les formes du mariage seront régies par la loi du pays auquel appartient l'agent qui le célèbre. Il pourrait être célébré, conformément à cette loi, par un ministre du culte, aumônier ou chapelain, attaché à l'ambassade ou au consulat. Il faut donc entendre ici les mots « agents diplomatiques ou consulaires » dans un sens large.

Section II. — *Effets du mariage.*

538. — Les effets du mariage sont relatifs aux personnes ou aux biens. Parmi les effets relatifs aux personnes, nous traiterons de ceux qui concernent les époux eux-mêmes, et, parmi les effets relatifs aux biens, de l'hypothèque légale de la femme. Nous traiterons également de l'obligation alimentaire qui a, dans le mariage, sa source, non pas unique, mais habituelle. La filiation légitime, la légitimation et le contrat de mariage seront plus loin l'objet d'études particulières.

§ 1. — Effets du mariage relatifs aux personnes des époux.

539.— Les effets du mariage, relativement aux personnes des époux, sont régis par la loi nationale du mari.

Ces effets du mariage sont une dépendance de l'état des personnes. Ils doivent donc être soumis à la loi qui régit cet état, c'est-à-dire à leur loi nationale ; or la loi nationale commune des époux est celle du mari, puisque, par le mariage, au moins dans presque toutes les législations, la femme a pris la nationalité de son mari (1).

540. — On a proposé d'autres solutions. Les effets du mariage seraient régis par la loi du domicile du mari (2) : c'est une conséquence du système général, dans lequel le domicile détermine la loi personnelle ; en repoussant ce système, j'en ai par là même rejeté cette conséquence particulière.

D'autres appliquent ici le principe de l'autonomie de la volonté. La loi que les époux auraient adoptée, expressément ou tacitement, régirait les effets de leur union. Ce système est vrai pour les contrats ordinaires ; mais il est inapplicable au mariage, contrat *sui generis*, qui touche de très près à l'intérêt général, et dont la loi règle impérativement les effets comme les conditions ; or les particuliers ne peuvent déroger par des conventions particulières aux lois qui régissent l'état des personnes, ce qui est notre cas.

Il suffit enfin de signaler, pour la rejeter, l'opinion de quelques jurisconsultes anglais ou américains (3). D'après eux, les effets du mariage seraient régis par la loi du pays où ils se produisent.

541. — Si la loi nationale du mari régit, relativement aux personnes, les effets du mariage, c'est avec une double restriction : 1° exceptionnellement, il peut arriver que la nationalité de la femme diffère de celle du mari : dans ce cas, il faut tenir compte de la loi nationale particulière de

---

(1) Fiore, nos 81, 82, 108.
(2) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, § 379.
(3) Story, *Conflicts of laws*, p. 138-139 (note).

la femme ; 2° toutes les fois que les exigences de l'ordre public le rendent nécessaire, on doit appliquer la loi du pays où se produisent les effets du mariage, de préférence à la loi nationale du mari ou de la femme.

542. — Ces principes étant posés, il en faut examiner les applications. Le mariage engendre pour les deux époux des droits réciproques et, d'autre part, il frappe la femme d'incapacité : ce sont les deux points que nous devons examiner.

543. — A. Droits et devoirs réciproques des époux. — Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance ; le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. La femme doit habiter avec son mari ; le mari doit la recevoir et subvenir à ses besoins.

Sur le principe même de ces droits et de ces obligations, il ne saurait y avoir de conflit, car toutes les législations les consacrent, sauf quelques différences. Mais les lois des divers pays diffèrent et peuvent, par conséquent, se trouver en conflit relativement à la sanction de ces obligations.

Il faut alors appliquer la loi du pays où se trouvent les époux, et aux tribunaux duquel ils demandent d'assurer le respect de leurs droits. En effet, les dispositions relatives aux droits et devoirs des époux et à leur sanction sont des règles d'ordre public, ou, pour mieux dire, de morale publique; elles doivent donc, dans chaque pays, et particulièrement en France, s'appliquer aux étrangers comme aux nationaux et exclure l'application de toutes lois étrangères.

Cela va de soi lorsque la sanction est une peine, comme celle de l'adultère : mais c'est également vrai, lorsqu'elle n'a pas, à proprement parler, un caractère pénal. Ainsi un mari étranger pourra, conformément à la jurisprudence, sinon à la loi française, recourir, en France, à la force publique pour faire réintégrer à sa femme le domicile conjugal, même si sa loi nationale ne lui confère pas ce droit ; réciproquement, un mari étranger ne pourrait exercer, sur la personne de sa femme, un droit de correction que lui refuse la loi française : la faire incarcérer, par exemple, ainsi que la loi anglaise ou la loi portugaise le permettent.

544. — B. Incapacité de la femme mariée. — Le Code civil (art. 215 à 226) frappe la femme mariée d'une incapacité générale. Elle ne peut, en principe, faire aucun acte judiciaire ou extrajudiciaire, sans obtenir une autorisation spéciale de son mari ou de la justice. Par exception seulement, la femme est capable pour certains actes, comme le testament (art. 226), ou les actes d'administration, lorsque son contrat de mariage lui donne le pouvoir de les faire ou qu'elle est séparée de biens. Elle reprend son entière capacité après la séparation de corps (Loi du 6 février 1893).

La loi française est, sur ce point, une des plus restrictives. La tendance générale est, aujourd'hui, d'étendre la capacité de la femme mariée. En Russie et en Autriche, elle n'est atteinte d'aucune incapacité particulière : l'autorisation de son mari ou de la justice ne lui est jamais nécessaire. Le Code italien exige l'autorisation maritale pour les actes les plus nombreux et les graves (art. 134), mais ils sont limitativement énumérés, de sorte que la capacité est la règle et l'incapacité n'est qu'une exception, très étendue il est vrai. En outre, le mari peut donner à la femme, même par contrat de mariage, une autorisation générale, qui l'habilite, d'avance, pour tous les actes dont elle est, en principe, incapable, notamment pour les actes de disposition. Cette autorisation générale est également admise en Espagne : du moins le nouveau Code civil ne s'y oppose pas. En revanche, l'incapacité du sénatus-consulte Velléien existe encore dans quelques provinces espagnoles (1). La prohibition de cautionner la dette d'autrui s'applique à toutes les femmes, mais spécialement aux femmes mariées : la défense de cautionner la dette du mari ne comporte, pour elles, aucune exception.

Le droit coutumier anglais, suivi aussi aux États-Unis, était, jusqu'à une époque très rapprochée, celui qui limitait le plus la capacité de la femme mariée. Sa personnalité s'absorbait complètement dans celle de son mari ; elle était incapable d'accomplir personnellement aucun acte juridique ; ses biens et ses dettes préexistants au mariage, se confondaient avec les biens et les dettes de son mari (2). Cette

---

(1) Dans les provinces où le Code civil n'est pas en vigueur.

(2) Sauf des distinctions et des atténuations introduites par la pratique et que je n'indique pas ici.

législation n'est plus guère, en Angleterre, qu'un souvenir historique. Les *acts* du 9 août 1870 et du 18 août 1882 ont transformé la condition juridique de la femme mariée. Elle est, désormais, capable de contracter, d'ester en justice, de disposer de ses biens propres. Aux États-Unis, la rigueur du droit coutumier a aussi subi de très larges atténuations.

545. — Suivant le principe constant, la capacité de la femme mariée sera déterminée, en quelque pays qu'elle se trouve, par sa loi nationale, qui est, habituellement, celle de son mari. Ainsi, même en pays étranger, l'autorisation du mari ou de justice sera toujours nécessaire pour la validité des actes d'une femme mariée française. Réciproquement, l'incapacité dont la loi étrangère frappe la femme produira ses effets en France, même si elle n'était pas admise par la loi française, et quelque préjudice qu'il puisse en résulter pour un français (1). Par exemple, une femme espagnole, soumise au sénatus-consulte Velléien, ne pourrait valablement cautionner son mari, ou constituer à son profit une hypothèque sur ses immeubles situés en France (2).

Mais, à l'inverse, la femme étrangère devra être tenue pour capable, en France, d'après sa loi personnelle, dans les cas même où elle serait incapable d'après la loi française. L'autorisation générale de disposer qu'un mari italien aura donnée à sa femme, sera donc valable, même en France et pour des biens situés en France (3).

546. — Exceptionnellement, il peut arriver que les époux aient une nationalité différente, parce que l'un des conjoints a changé seul de nationalité au cours du mariage (4).

En ce cas, dès lors que la capacité de la femme est en

---

(1) *Suprà*, nº 331. Aix, 4 mars 1890, Cl. 1891, p. 1202.

(2) *Contra*, Cass. 17 juillet 1833, Sir. 33.1.663. Il faut, bien entendu, supposer que la femme appartient à l'une des provinces où le S.C. Velléien est encore en vigueur.

(3) Paris, 17 décembre 1883, Cl. 1884, p. 289; Chambéry, 9 janvier 1884, Cl. 1885, p. 180; Rennes, 7 février 1890, Cl. 1891, p. 209; Trib. de la Seine, 10 février 1893, Cl. 1893, p. 530. Cpr. Paris, 27 avril 1891, Cl. 1891, p. 1199.

(4) Despagnet, p. 438.

cause, c'est sa loi nationale, et non celle du mari, qui doit la régir ; en observant, toutefois, que la naturalisation d'un des époux n'a pu porter atteinte aux droits de l'autre.

Supposons donc le mari devenu étranger. La capacité de la femme, demeurée française, reste régie par la loi française. La naturalisation de son mari à l'étranger a été sans effet à son égard : il ne pourra donc se prévaloir contre elle des droits plus étendus que lui confère sa nouvelle loi nationale.

La femme est devenue étrangère, tandis que son mari restait français. Sa capacité sera régie par sa nouvelle loi nationale, toutes les fois qu'elle sera plus restrictive que la loi française. Mais la femme ne pourrait s'en prévaloir, si elle étendait sa capacité. L'autorisation maritale restera toujours nécessaire dans les termes de la loi française. En effet, ce n'est pas seulement une mesure de protection pour la femme, c'est encore, pour le mari, un droit dont la naturalisation de sa femme n'a pas pu le priver.

§ 2. — Hypothèque légale de la femme.

547. — D'après l'article 2121, la femme a, sur les immeubles de son mari, une hypothèque générale, pour la sûreté des créances qu'elle a contre lui, par suite du mariage et des conventions matrimoniales.

Cette hypothèque ne se rencontre pas dans toutes les législations.

Elle est admise par le Code italien ; mais il n'en est pas question, en général, dans les lois hypothécaires de l'empire allemand. La loi belge de 1851 ne l'a maintenue qu'en en changeant profondément le caractère et en la rendant spéciale.

Il n'est pas sans intérêt de noter que, dans un pays où s'exerce la juridiction française, la Régence de Tunis, l'hypothèque légale est organisée d'une façon différente de ce qu'elle est en France.

D'après la loi du 12 juillet 1885, promulguée par le gouvernement du bey, sous l'inspiration et avec l'approbation des représentants du protectorat français (1), l'hypothèque de

(1) Sur cette loi, très curieuse à étudier, et qui a établi en Tunisie un système imité de l'*act Torrens*, depuis longtemps en vigueur en

la femme mariée ne résulte pas nécessairement du mariage lui-même. Elle doit être expressément stipulée, soit avant le mariage et dans le contrat, soit après. Si, au cours du mariage, le mari refuse de consentir à la constitution de l'hypothèque, elle peut être établie malgré lui par un jugement du tribunal français. Dans les deux cas, l'hypothèque est spéciale. Les immeubles qu'elle affecte doivent être déterminés, la nature de la créance qu'elle garantit doit être précisée et son montant évalué.

548. — Avant de rechercher par quelle loi l'hypothèque légale doit être régie, il est indispensable de résoudre une question préjudicielle : les femmes étrangères peuvent-elles avoir une hypothèque légale sur les immeubles situés en France (1) ?

Il est certains étrangers pour lesquels l'affirmative ne saurait être discutée. Ce sont : 1° les étrangers autorisés à établir leur domicile en France ; 2° ceux auxquels un traité a accordé, avec réciprocité au profit des français, la jouissance des droits civils, par exemple les suisses (traité d'établissement du 23 février 1882) ; 3° les étrangers auxquels un traité a reconnu expressément, toujours avec réciprocité, le droit à l'hypothèque légale, comme les italiens (traité franco-sarde du 24 mars 1760, art. 22).

Quant aux femmes étrangères qui ne se trouvent pas dans ces situations privilégiées, la jurisprudence et une partie de la doctrine décident qu'elles ne peuvent avoir hypothèque sur les immeubles appartenant à leurs maris et situés en France. L'hypothèque légale serait un de ces droits civils, *stricto sensu*, dont l'article 11 refuse la jouissance aux étrangers (2).

Australie, V. l'article de notre regretté collègue, Alfred Dain, *Revue Algérienne*, 1885.1.285.

(1) La question se pose de la même façon pour l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.

(2) Jurisprudence constante. Cass. 20 mai 1862, Dal. 62. 1. 201 ; 4 mai 1884, Dal. 84. 1. 205. — Aubry et Rau, t. I, p. 304, note 62 et p. 307, note 65. Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 81 *bis* II. Demolombe, t. I, n° 88.

Cette solution est, à mon avis, inexacte à tous les points de vue.

Si l'on admet, comme je crois devoir le faire, que les seuls droits civils, dont les étrangers ne jouissent pas, sont ceux qu'un texte formel leur refuse, les étrangers peuvent, évidemment, avoir le droit d'hypothèque légale, puisqu'aucun texte ne le leur enlève (1).

Si, avec la jurisprudence, on étend davantage la sphère des droits civils, pour y comprendre même certains droits sur lesquels la loi ne s'explique pas, on ne doit pas encore refuser, en France, l'hypothèque légale à la femme étrangère.

Le mariage, pris en soi, est certainement de droit naturel et accessible aux étrangers ; il en est de même de l'hypothèque en général ; comment donc l'hypothèque, quand elle est un effet du mariage, deviendrait-elle un droit civil dont les étrangers n'auraient pas la jouissance ?

Il faut, d'ailleurs, se garder ici d'une confusion. Nous ne disons pas, comme on le fait quelquefois (2), que la femme étrangère doit avoir hypothèque légale sur les immeubles situés en France, parce que l'hypothèque dépend du statut réel. La distinction du statut réel et du statut personnel s'applique pour déterminer la loi qui régit les droits reconnus aux étrangers ; elle est étrangère à la question de savoir quels sont ces droits.

549. — Rien ne s'oppose donc à ce qu'une femme étrangère ait hypothèque légale sur des immeubles situés en France. Mais quelle loi régit cette hypothèque et décide si elle doit appartenir à la femme ? Est-ce la loi de la situation des immeubles ou la loi nationale des époux, que nous supposons, suivant la règle générale, être de même nationalité ?

En principe, il faut appliquer la loi nationale des conjoints. L'hypothèque légale est un effet du mariage ; or le mariage et ses effets sont régis par la loi nationale des époux ; c'est aussi une mesure de protection pour la femme ; or la pro-

---

(1) V. *Suprà*, n° 68. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 103. Demangeat sur Félix, t. I, p. 152, note.

(2) Troplong, *Hypothèques*, t. II, n° 513 *ter*.

tection des incapables dépend de leur loi nationale (1).

La femme ne pourra donc avoir d'hypothèque légale sur les immeubles de son mari que si sa loi nationale la lui confère : une femme étrangère n'aura point d'hypothèque sur les immeubles situés en France, si sa loi nationale ne lui en accorde pas.

Mais, d'autre part, pour que la femme puisse exercer, en pays étranger, son hypothèque légale sur les immeubles de son mari, il faut que la loi de leur situation n'y mette pas d'obstacle. L'hypothèque, en effet, tient à l'organisation même de la propriété foncière ; elle touche à l'intérêt économique de l'Etat et ne peut exister sur les immeubles d'un pays, que si la loi locale l'admet et dans les cas qu'elle détermine.

Ainsi : 1° La femme française ne pourra avoir d'hypothèque légale sur les immeubles situés dans un pays où la loi n'admet, en aucun cas, le droit réel d'hypothèque ;

2° Elle ne pourrait exercer son hypothèque légale, si la loi de la situation des immeubles n'admettait pas que l'hypothèque pût résulter de la loi, ou même simplement ne l'accordait pas aux femmes mariées (2) ;

3° Elle ne pourrait se prévaloir de la généralité de son hypothèque si la loi de la situation la soumet à la règle de la spécialité.

Ces deux dernières solutions, bien qu'elles aient été contestées, sont cependant certaines. C'est dans l'intérêt du crédit public, et, par conséquent, de l'ordre public, que la loi détermine les causes qui donnent naissance à l'hypothèque et l'étendue dont elle est susceptible.

4° Enfin, et ici il ne saurait y avoir de discussion, la publicité de l'hypothèque légale est régie par la loi de la situation des immeubles. Une femme française serait donc tenue de faire inscrire son hypothèque, pour la conserver sur les biens que son mari aurait en Italie : la loi italienne, en effet, soumet l'hypothèque légale à la publicité (3).

---

(1) Weiss, p. 518. Surville et Arthuys, p. 393-394. Despagnet, p. 624. Demangeat, sur Fœlix, t. I, p. 151, note. Cpr. Demolombe, t. I, n° 88.

(2) *Contra*, Demangeat sur Fœlix, *op.* et *loc. sup. cit.*

(3) Réciproquement, une femme italienne ne serait pas tenue de faire

En résumé, la femme mariée ne peut invoquer son hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en pays étranger, que si elle lui est conférée, à la fois, par sa loi nationale et par la loi de la situation des biens, et sous les conditions admises par la plus restritive de ces deux lois.

§ 3. — Obligation alimentaire.

550. — L'obligation alimentaire a sa source dans le mariage, puisqu'elle résulte de la parenté ou de l'alliance ; elle peut cependant exister en dehors du mariage, et résulter de la parenté naturelle. Les règles sont les mêmes dans les deux hypothèses.

Les articles 205 et suivants du Code civil imposent l'obligation réciproque de fournir des aliments : 1° aux parents en ligne directe ; 2° aux alliés en ligne directe ; du moins, l'obligation existe, d'après le texte de la loi, entre gendres et belles-filles d'une part, beaux-pères et belles-mères de l'autre. Les autres législations consacrent aussi le principe de l'obligation alimentaire, mais toutes ne l'appliquent pas avec la même étendue. Par exemple, en Angleterre et aux Etats-Unis, les aliments ne sont pas dus entre alliés ; en Italie, ils sont dus même entre frères et sœurs, parents collatéraux. Il en est de même en Espagne.

551. — Il faut, pour déterminer la loi applicable à l'obligation alimentaire, distinguer suivant que les deux personnes dont l'une réclame à l'autre des aliments sont ou non de même nationalité.

1° Le créancier et le débiteur d'aliments sont de même nationalité.

L'obligation est une conséquence des liens de parenté ou d'alliance qui unissent les personnes ; c'est une dépendance de leur état : elle doit donc être régie par la loi nationale des parents ou alliés (1), à moins que cette loi ne soit contraire à l'ordre public, dans le pays où ils résident.

---

inscrire son hypothèque, relativement aux immeubles situés en France, Cass. 5 novembre 1878, Cl. 1879, p. 65.

(1) Paris, 2 août 1866, Sir. 66. 2. 342 ; Alger, 16 janvier 1882, Cl. 1882, p. 626.

Supposons deux étrangers résidant en France. Leur loi nationale doit s'appliquer, si elle étend l'obligation alimentaire plus loin que la loi française. Elle n'est pas contraire à l'intérêt général de la France, bien loin de là, puisqu'en mettant l'étranger à l'abri du besoin, elle empêchera qu'il ne tombe à la charge de l'assistance publique.

Si, au contraire, la loi nationale des étrangers étend l'obligation alimentaire moins loin que la loi française, les aliments seront dus en vertu de la loi française, qu'il faut appliquer comme étant d'ordre public : d'abord parce que, en consacrant l'obligation alimentaire, la loi française a certainement entendu sanctionner une règle de morale publique; et, en second lieu, parce que l'intérêt général exige que les aliments soient fournis, même aux étrangers, par leur famille, puisque, à défaut de secours, l'assistance publique doit intervenir (1).

552. — 2° Le créancier et le débiteur ne sont pas de même nationalité. Quelle loi décide alors si les aliments sont dus? Il faut faire encore plusieurs distinctions.

a) Le juge saisi de la demande appliquera sa propre loi, toutes les fois qu'elle sera plus favorable à l'obligation alimentaire. En effet, comme nous l'avons dit, cette loi est d'ordre public. Un gendre français pourra donc, devant un tribunal français, obtenir des aliments de son beau-père ou de sa belle-mère américain (2).

b) Le débiteur doit les aliments, toutes les fois que sa loi nationale l'oblige à en fournir, même si le créancier ne trouve pas, dans sa propre loi nationale, le droit de les exiger. Un frère français pourra réclamer, même en France, des aliments à son frère italien. On ne voit pas pour quel motif le débiteur se soustrairait, en invoquant la loi du créancier, à une obligation que lui impose sa loi personnelle (3).

---

(1) Paris, 19 décembre 1833, Sir. 34.2.384 ; Trib. de la Seine, 10 mai 1876, Cl. 1876, p. 184.— Aubry et Rau, t. I, p. 82. Demolombe, t. I, n° 70. Fiore, n° 109. Weiss, p. 497. Despagnet, p. 421. Laurent, t. V, n^os^ 88 et 90, admet que l'obligation alimentaire est d'ordre public entre parents en ligne directe, mais non entre alliés.

(2) Trib. de la Seine, 14 août 1869, Cl. 1874, p. 45, note 2.

(3) Trib. de la Seine, 22 mai 1877, Cl. 1877, p. 428.

c) Au contraire, le débiteur qui n'est pas tenu aux aliments d'après sa loi nationale, ne saurait être obligé à les fournir, parce que la loi nationale du créancier lui donne le droit de les réclamer. Un frère français ne sera pas tenu de fournir des aliments à son frère italien. Une personne, en effet, ne peut être obligée que par la loi à laquelle elle est soumise, c'est-à-dire par sa loi nationale.

Ainsi, lorsque le créancier et le débiteur sont de nationalités différentes, c'est la loi du débiteur qui décide si les aliments sont dus.

Section III. — *Dissolution du mariage.*

553. — Le mariage se dissout par la mort naturelle et, en outre, suivant les législations, par la mort civile et par le divorce.

Aucun conflit ne peut évidemment se produire au sujet de la mort naturelle.

Quant à la mort civile, elle ne peut produire ses effets, considérés comme contraires à l'ordre public, dans un pays où la loi n'admet pas cette cause de dissolution du mariage, ce qui tranche très simplement ou plutôt supprime le conflit. Nous n'aurons donc à parler que du divorce, qui seul soulève de sérieuses difficultés. Nous y joindrons l'étude de la séparation de corps, qui se rattache naturellement à celle du divorce. Auparavant nous dirons quelques mots du mariage putatif. La nullité du mariage diffère profondément de sa dissolution ; mais, lorsque le mariage annulé produit ses effets à l'égard des époux de bonne foi ou de leurs enfants, les effets de l'annulation sont très analogues à ceux de la dissolution. Ainsi nous traiterons successivement : 1° du mariage putatif ; 2° du divorce ; 3° de la séparation de corps.

§ 1. — Du mariage putatif.

554 . — La loi qui régit les conditions du mariage régit aussi les nullités qui en sont la sanction. C'est donc la loi nationale des époux qui édicte les nullités de fond ; la loi du lieu de la célébration du mariage, les nullités de forme.

Le mariage annulé vaudra-t-il, au moins, comme mariage

putatif ? Toutes les législations ne donnent pas, à cet égard, la même solution. En Espagne, en Italie, en Suisse, en Belgique, aussi bien qu'en France, on admet que le mariage annulé peut, lorsque les conjoints sont de bonne foi, produire ses effets à leur égard et à l'égard des enfants issus du mariage ; en Angleterre, au contraire, le mariage annulé n'a jamais la valeur d'un mariage putatif. Quelle loi doit donc décider, soit pour un français marié à l'étranger, soit pour un étranger marié en France, si le mariage annulé aura les effets d'un mariage putatif ? Est-ce la loi nationale des époux ou la *lex loci matrimonii*? Distinguons, suivant que la nullité tient au fond ou à la forme du mariage.

555. — *a*) *Nullité de fond.* — Il faut appliquer la loi nationale des conjoints. La nullité résulte de l'absence d'une condition intrinsèque requise pour la validité du mariage. La loi nationale de chaque époux, compétente pour déterminer ces conditions, l'est aussi pour régler les conséquences de leur violation. Elle décide donc dans quelle mesure et à l'égard de quelles personnes le mariage est nul, dans quelle mesure et à l'égard de qui il peut produire ses effets (1).

556. — *b*) *Nullité de forme.* — La loi du lieu de la célébration du mariage, qui en règle les formes, décide aussi, nous le savons, dans quels cas leur violation est une cause de nullité. On pourrait donc croire, par un raisonnement identique, et l'on a, en effet, soutenu que la même loi déciderait si le mariage, nul en la forme, vaudrait comme putatif (2). Cette opinion n'est cependant pas fondée. Les effets du mariage putatif ne se rattachent pas aux formes du mariage : la règle *locus regit actum* est donc ici sans application. Ces effets sont une conséquence de la bonne foi des époux, du consentement qu'ils ont donné à un mariage entaché de nullité en le croyant valable ; or nous l'avons déjà dit : le consentement des époux et ses suites diverses sont régis par leur loi nationale.

---

(1) Paris, 14 mars 1889, Cl. 1889, p. 642; Cass. 25 mars 1889, Cl. 1889, p. 463.

(2) Duguit, Th. doc., p. 77.

C'est donc, dans tous les cas, la loi nationale des époux qui décide si le mariage nul doit avoir l'effet d'un mariage putatif (1).

§ 2. — Divorce.

557. — Le mariage peut-il être dissous par le divorce ou ne peut-il l'être que par la mort d'un des conjoints ? Grave question, à laquelle les législations des divers pays donnent des réponses différentes. En France, on le sait, le divorce a été introduit, pour la première fois, par les lois de la Révolution, maintenu, avec de grandes restrictions par le Code civil, supprimé en 1816, rétabli enfin, avec des restrictions nouvelles en 1884.

Mieux aurait valu, à mon avis, ne pas le rétablir.

Quoi qu'il en soit, la tendance générale est, aujourd'hui, d'admettre le divorce. A l'heure actuelle, il n'y a plus en Europe que trois pays à le repousser absolument : l'Espagne, le Portugal et l'Italie. La même règle se trouve dans les législations de l'Amérique espagnole ou portugaise.

En Autriche et en Hongrie, le divorce n'est pas admis pour les catholiques, mais seulement pour ceux qui suivent d'autres religions ; mais, tandis que, en Autriche, on se place, pour connaître la religion des époux, au moment du mariage, sans tenir compte des changements qui surviennent par la suite, en Hongrie on se place au moment de la demande en divorce, d'où il résulte qu'en changeant de religion au cours du mariage, les conjoints peuvent acquérir l'aptitude à divorcer (2).

La Belgique, la Hollande, le Danemarck, la Norwège, la Suède, la Russie, la Roumanie, la Serbie, le Monténégro, admettent le divorce pour tous sans distinction.

En Angleterre, le divorce autrefois ne pouvait être pro-

---

(1) Weiss, p. 523. Despagnet, p. 395.

(2) Cette législation donne aux époux autrichiens un moyen de rendre leur mariage dissoluble, en adoptant la religion protestante, en se faisant naturaliser en Hongrie et en y fixant leur domicile et en faisant prononcer le divorce par les tribunaux protestants de Transylvanie. V. sur la validité de ces mariages transylvaniens, Lyon-Caen, *De l'influence de la religion des époux sur les causes de divorce en Autriche*, Cl. 1880, p. 268.

noncé que par acte du parlement ; les frais énormes de la procédure en faisaient un véritable privilège des classes riches. Depuis 1857, il est soumis à une cour spéciale, et est devenu accessible à tous. Aux Etats-Unis, comme en Angleterre, le divorce ne résultait primitivement que d'un acte législatif. Il en est encore ainsi, dans quelques États. Dans les autres, on a transféré aux tribunaux le droit de le prononcer.

En Allemagne, la loi du 6 février 1875 a imposé le divorce, même aux Etats, comme la Bavière qui ne le connaissaient pas. C'est ce qu'a fait également, en Suisse, la loi fédérale des 24 décembre 1874, 27 janvier 1875, pour les cantons catholiques où il n'existait pas jusque là. Comme ces deux lois ont, en même temps, supprimé la séparation de corps perpétuelle, elles ne se recommandent pas par leur esprit de tolérance et leur respect pour la liberté de conscience.

558. — Les diverses législations qui admettent le divorce présentent entre elles de profondes différences, relativement aux causes qui permettent de le prononcer, on peut les diviser en deux catégories, suivant qu'elles admettent ou non le divorce par consentement mutuel.

1° Les législations qui n'admettent le divorce que pour causes déterminées, et non par consentement mutuel, sont celles de la France, de l'Angleterre, de l'Autriche (sauf cependant pour les Israëlites), de la Suisse, de la Saxe, de la Bavière et de quelques autres Etats de l'empire d'Allemagne, de la Hollande, de la Russie, de la Serbie, du Monténégro et des Etats-Unis. Parmi ces pays, il en est, comme en Angleterre ou en France, où les causes de divorce sont rares et graves ; il en est d'autres, comme en Suisse, où elles sont très multipliées : on y voit figurer, par exemple, l'aliénation mentale, les circonstances d'où il résulte que la vie commune est devenue insupportable, etc. Il en est de même aux Etats-Unis, où la tendance de la législation est de relâcher à l'excès le lien conjugal.

2° En Belgique, en Danemarck, en Norwège, en Prusse, dans le grand duché de Bade, en Roumanie, le divorce est admis tout à la fois pour causes déterminées et par consentement mutuel. Mais ici encore, ces législations, à côté de

ce caractère commun, accusent de profondes différences. Tandis que, en Belgique, le texte primitif du Code civil français ne permet le divorce par consentement mutuel, que difficilement et après de longues épreuves, d'autres lois se montrent beaucoup plus larges. Celle de Prusse se borne à poser le principe, sans prendre la peine d'en régler l'application. Elle la subordonne à la seule condition que les époux n'aient pas eu d'enfants.

559. — Nous avons deux questions à résoudre : 1° quelle loi décide si les conjoints ont le droit de divorcer ; 2° ce droit étant admis, quelle loi détermine les causes de divorce.

Nous en rechercherons la solution : 1° dans l'hypothèse normale où les conjoints sont de même nationalité ; 2° dans l'hypothèse exceptionnelle où ils sont de nationalités différentes.

Nous supposons, du reste, que les tribunaux français sont compétents à l'égard des étrangers qui les saisissent d'une demande en divorce. On sait que cette compétence, certaine dans quelques cas, est contestée dans les autres (1). La même observation s'applique au cas où deux français demanderaient le divorce à un tribunal étranger.

560. — A. Les conjoints sont de même nationalité. — 1° *Quelle loi décide s'ils ont le droit de divorcer* ? — Le divorce change l'état des conjoints ; c'est donc leur loi nationale, c'est-à-dire celle du mari dont la femme a pris la nationalité, qui doit décider s'ils ont le droit de divorcer. Mais, d'autre part, la prohibition du divorce, là où elle existe, est d'ordre public et s'impose même aux étrangers. En conséquence, les conjoints ne peuvent obtenir le divorce que s'il est admis également par leur loi nationale et par celle du pays où ils forment leur demande : ils ne le peuvent pas, si l'une ou l'autre de ces lois le repoussent.

561. — *a*) Deux époux, auxquels leur loi nationale ne permet pas le divorce, ne peuvent le demander dans un pays où la loi locale l'admet, même s'ils y ont leur domicile. Il en

---

(1) *Suprà*, nos 443 et suiv.

serait ainsi, en France, de deux espagnols et de deux italiens. On a cependant soutenu le contraire. La loi qui déclare le mariage dissoluble, a-t-on dit, est une loi d'ordre public et, par suite, dans un pays, en France par exemple, elle s'applique aux étrangers comme aux nationaux (1). Mais il y a là une confusion. La loi qui permet le divorce, sans l'imposer, est, comme toutes celles qui sont relatives à l'état des personnes, d'ordre public interne : il ne dépend pas de deux français de rendre leur mariage indissoluble ; mais elle n'est pas d'ordre public international, et ne s'applique pas aux étrangers. Que le mariage de deux étrangers, même en France, soit indissoluble, cela n'a rien de contraire à la morale ou à l'intérêt général. D'ailleurs, si les juges français prononçaient le divorce entre deux époux dont la loi nationale ne l'admet pas, ils créeraient une situation inextricable. Les deux conjoints seraient, à la fois, divorcés et mariés : leur mariage, dissous en France, subsisterait toujours dans leur pays. C'est la solution consacrée par la jurisprudence française (2).

Il faut ajouter que, dans quelques pays étrangers, l'opinion contraire a triomphé. En Ecosse, le divorce est considéré comme une peine qui frappe l'époux coupable, et peut atteindre même un étranger. En Angleterre et aux Etats-Unis, le divorce peut être prononcé entre les étrangers qui y sont domiciliés : ce qui est conforme au principe de la territorialité des lois, auquel ces pays sont restés fidèles. Telle est aussi la tendance de la jurisprudence allemande (3).

562. — *b*) Deux époux, auxquels leur loi nationale permet le divorce, ne peuvent le faire prononcer dans un pays où la loi locale ne l'admet pas. En effet, partout où le légis-

---

(1) Asser et Rivier, *Droit international privé*, p. 118.

(2) Alger, 2 mai 1888, *Revue algérienne*, 1890, 2, 229 ; Trib. de la Seine, 12 juin 1889, Cl. 1890, p. 107 ; 5 juin 1891, Cl. 1892, p. 194; Alger, 18 février 1891, Cl. 1891, p. 504 ; 27 janvier 1892, Cl. 1892, p. 662.— Fiore, n° 131. Chavegrin, *Observations sur les divorces entre étrangers*, Cl. 1885, p. 155, note. Weiss, p. 538. Despagnet, p. 424 et suiv. Surville et Arthuys, p. 293.

(3) Beauchet, *Du divorce en Allemagne*, Cl. 1884, p. 271.

lateur a consacré l'indissolubilité du mariage, il est certain qu'il a considéré le divorce comme contraire à la morale. Cette prohibition est donc d'ordre public international, elle s'impose aux étrangers comme aux nationaux. L'opinion, contraire de quelques auteurs ne semble pas soutenable (1). Il est juridiquement impossible que le divorce soit prononcé dans un pays où la loi locale le repousse. Comment les juges participeraient-ils à un acte que leur propre loi condamne comme immoral ? Ils n'ont d'ailleurs de compétence ou de pouvoir qu'autant que la loi leur en a donné. Quelle loi donnerait aux juges espagnols le pouvoir de prononcer le divorce entre deux français ? La loi française ? — Ce n'est pas elle qui les a institués et qui règle leurs attributions. — La loi espagnole ? — Elle ne connaît pas le divorce.

563. — 2° *Etant admis que les époux ont le droit de divorcer, quelle loi détermine les causes du divorce?*

Il faut appliquer ici les principes que nous venons de développer. Le divorce ne peut être prononcé que pour une cause admise, à la fois, par la loi nationale des époux et par celle du pays où ils forment leur demande.

a) Le divorce ne peut être prononcé pour une cause admise par la loi du pays où la demande est formée, sans l'être par la loi nationale des époux. La loi qui détermine les causes du divorce est bien relative à l'état des personnes, et, d'autre part, l'ordre public n'exige jamais qu'on permette le divorce aux conjoints, dans un cas où leur loi nationale le défend (2).

b) Le divorce ne peut être prononcé pour une cause admise par la loi nationale des conjoints, mais rejetée par la loi du tribunal saisi de la demande. Les raisons qui, dans un pays, font restreindre les causes du divorce, sont de même nature que celles qui le font ailleurs entièrement repousser : elles sont d'ordre public international (3).

---

(1) Laurent, t. V, nos 127 et 132.

(2) Trib. de la Seine, 5 juin 1891, Cl. 1892, p. 194. V. cep. Lyon, 23 février 1887, Cl. 1887, p. 469.

(3) V. cep. Bruxelles, 17 avril 1889, Sir. 1890.4.6.

564. — B. Les conjoints sont de nationalités différentes. — Il faut supposer que l'un d'eux, par exemple le mari, a changé de nationalité au cours du mariage. Le conflit se produit alors, non seulement entre la loi nationale des époux et celle du pays où ils demandent le divorce, mais encore entre les lois nationales différentes des deux époux. On doit alors distinguer deux situations.

565. — 1° Un individu, dont la loi nationale n'admet pas le divorce, se fait naturaliser dans un pays où il est, au contraire, admis, tandis que son conjoint conserve sa nationalité primitive. — Par exemple un espagnol se fait naturaliser français, tandis que sa femme reste espagnole. Le mari, devenu français, aura-t-il le droit de demander le divorce ? Il ne pourra certainement pas l'obtenir d'un tribunal espagnol; pourra-t-il le demander à un tribunal français ? On serait tenté de le croire : le mari, en effet, trouve le droit de divorcer dans la loi française, qui régit désormais son état. Cette raison, qui a déterminé quelques auteurs (1), ne me paraît cependant pas décisive ; le changement de nationalité de l'un des époux ne lui fait pas acquérir le droit de demander le divorce, lorsque la loi nationale de l'autre conjoint ne l'autorise pas à le faire.

Remarquons-le d'abord : si le mari français pouvait demander le divorce, tandis que sa femme restée espagnole ne le pourrait pas, ce serait entre les époux une singulière inégalité. Bien mieux, le mariage,dissous pour l'un des époux, subsisterait toujours pour l'autre ; ils seraient ainsi, tout à la fois, mariés et divorcés : situation vraiment inextricable. Dès lors que le mariage ne peut être dissous pour les deux époux, il ne peut l'être pour aucun d'eux.

La nouvelle loi nationale du mari lui permet le divorce. Mais si, en changeant de nationalité, il a pu changer son propre état, il n'a pas pu changer celui de sa femme, ni porter atteinte aux droits qui lui sont acquis ; or, chaque conjoint a un droit acquis à ce que le mariage ne puisse être dissous par le divorce, quand la loi sous l'empire de laquelle il a été contracté ne l'admettait pas. L'indissolubilité est un des

---

(1) Laurent, t. V, nos 166 et suiv. Despagnet, p. 439.

effets du mariage, et les deux parties ont droit à ce que les effets d'un contrat soient régis par la loi qui a présidé à sa formation.

On objecte que l'état des personnes est dans le domaine de la loi et non dans celui des individus. Il ne constitue pas pour eux un droit acquis. Ainsi on a vu plus d'une fois une loi nouvelle, en autorisant le divorce, rendre dissolubles les mariages, qui, d'après la législation en vigueur lors de leur célébration, ne pouvaient être rompus que par la mort ; mais je me refuse à croire que les seuls droits patrimoniaux, appréciables en argent, constituent véritablement des droits acquis. Les droits relatifs à l'état des personnes le sont également, en ce sens que les tiers n'y peuvent porter atteinte : c'est ce que prouve l'existence même des moyens légaux destinés à les protéger en justice. Lorsqu'une loi nouvelle introduit le divorce, qui n'existait pas jusqu'alors, elle s'applique aux deux conjoints et le mariage devient dissoluble pour l'un et l'autre ; mais la volonté d'un seul d'entre eux ne saurait changer la loi qui régit leur union, et rendre, à son profit, le mariage dissoluble. (1)

La jurisprudence française a fréquemment appliqué ces principes, à l'époque où le divorce n'était pas admis en france. Elle refusait de reconnaître la validité du divorce qu'un français avait obtenu, après s'être fait naturaliser en pays étranger. Les arrêts en donnaient ce double motif, que la naturalisation avait été acquise en fraude de la loi française, et que le divorce, prononcé à l'étranger, ne devait pas préjudicier aux droits du conjoint resté français. Cette dernière raison suffisait à elle seule, et même, à notre avis, était seule exacte (2).

Ce que nous venons de dire du droit de demander le divorce, doit également s'appliquer à ses causes. Un français, naturalisé en pays étranger, ne pourrait faire prononcer le

---

(1) Alger, 27 janvier 1892, Cl. 1892, p. 662. — *Contra*, Trib. de Tunis, 21 mars 1892, Cl. 1892, p. 933. — Cpr. Trib. de la Seine, 9 novembre 1892, Cl. 1892, p. 1155. — Labbé, *De la naturalisation et du divorce...* Cl. 1877, p. 5. Surville et Arthuys, p. 295.

(2) V. comme arrêt le plus récent, Cass. 25 mars 1889, Cl. 1889, p. 642.

divorce contre sa femme restée française, pour une cause que la loi française n'admet pas.

566. — 2° A l'inverse, un individu dont la loi nationale admet le divorce, se fait naturaliser dans un pays où il n'est pas admis, tandis que son conjoint conserve sa nationalité primitive. — Par exemple, un français se fait naturaliser espagnol et sa femme reste française. Quel est, relativement à la dissolution du mariage, l'effet de ce changement de nationalité ?

Il est un point certain : le conjoint resté français conserve le droit de demander le divorce devant les tribunaux français. La naturalisation de son conjoint à l'étranger n'a pas pu changer sa condition, ni le priver d'un droit qui lui appartenait.

Mais le conjoint devenu étranger pourrait-il encore demander le divorce, sinon devant les tribunaux de sa nouvelle patrie, du moins devant les tribunaux français ? La question est très douteuse. La solution affirmative résulterait des principes que nous avons posés tout à l'heure, à savoir que la loi qui a régi la formation du mariage en détermine les causes de dissolution, et que le mariage ne peut être dissoluble pour l'un des époux, indissoluble pour l'autre. Le conjoint resté français peut certainement divorcer : le conjoint devenu étranger doit donc aussi avoir le même droit (1).

Ici, cependant, ces raisons ne me semblent pas décisives. La loi qui, désormais, régit l'état du conjoint étranger lui interdit de demander le divorce. Il n'y a pas de motif suffisant pour n'en pas faire une application rigoureuse. Sans doute, la situation des conjoints sera désormais inégale. Celui qui est resté français pourra toujours demander le divorce, celui qui est devenu étranger ne le pourra plus ; mais comment se plaindrait-il d'une situation qu'il a lui-même créée ? En choisissant librement sa nationalité nouvelle et la loi sous laquelle il entendait vivre, il en a accepté toutes les conséquences et renoncé aux avantages que lui procurait

---

(1) Alger, 5 juin 1883, *Revue Algérienne*, 1885.2.309. (Il s'agissait d'un conflit entre la loi française, qui n'admettait pas alors le divorce et la loi musulmane). Trib. de la Seine, 9 janvier 1885, Cl. 1885, p. 177.

la loi française, notamment au droit de demander le divorce (1).

§ 3. — Séparation de corps.

567. — A la différence du divorce, la séparation de corps laisse subsister le lien conjugal, mais elle apporte une modification grave aux rapports des époux ; principalement, en ce qu'ils ne sont plus tenus du devoir de cohabitation.

Les diverses législations présentent, en cette matière, des divergences qui rappellent, en sens inverse, celles que nous avons signalées à propos du divorce.

1° Celles qui n'admettent pas le divorce admettent, à sa place, la séparation de corps perpétuelle, comme en Italie, en Espagne, en Portugal.

2° Plusieurs admettent, tout à la fois, le divorce et la séparation de corps perpétuelle : c'est le cas en France, en Belgique, en Hollande, en Angleterre, dans la Pologne Russe, en Autriche (2).

3° Tous les autres pays qui admettent le divorce l'admettent seul et repoussent la séparation de corps perpétuelle : notamment l'Allemagne, la Suisse, la Russie, la Suède, la Norwège, le Danemarck... etc. Ces lois sont critiquables. Elles mettent ceux à qui leurs croyances religieuses interdisent le divorce, dans l'alternative de les enfeindre, ou de se condamner perpétuellement à une cohabitation intolérable ou périlleuse.

Presque toutes les législations n'admettent que la séparation de corps pour causes déterminées. Cependant, les lois italienne et hollandaise permettent aussi la séparation par consentement mutuel.

568. — Il faut appliquer à la séparation de corps les mêmes principes qu'au divorce.

1° La séparation de corps ne peut être prononcée dans un pays, en France par exemple, entre deux conjoints étrangers que si leur loi nationale le permet et pour les causes qu'elle autorise.

---

(1) Chausse, *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1886, p. 691.
(2) Le divorce n'est admis que pour les non catholiques.

On a soutenu, cependant (1), que la loi nationale des conjoints ne s'appliquerait pas nécessairement, parce que la séparation de corps, qui ne dissout pas le mariage, ne modifie pas, à proprement parler, l'état des personnes. C'est une opinion inexacte. Si la séparation n'enlève pas aux conjoints l'état d'époux, elle modifie, cependant, leurs relations personnelles, leurs obligations réciproques, elle influe sur la capacité de la femme mariée, et touche, par conséquent, à l'état et à la capacité des personnes (2).

Mais, sans prononcer la séparation que la loi des conjoints n'admettrait pas, les juges pourraient, par mesure de police, faire cesser entre eux une cohabitation, périlleuse pour leur honneur, leur santé ou leur vie (3).

2° La loi personnelle des époux ne saurait s'appliquer, dans un pays où elle serait contraire à l'ordre public. La séparation de corps perpétuelle ne saurait donc être prononcée dans un pays où elle n'est pas admise, ou pour des causes que la *lex fori* ne reconnaît pas. Deux italiens ne pourraient, en France, se séparer par consentement mutuel (4).

3° Enfin, les effets de la séparation de corps sont également réglés par la loi nationale des conjoints, à moins que l'ordre public ne s'y oppose, dans le pays où ils doivent se produire.

CHAPITRE III. — **Paternité et filiation.**

569. — Nous traiterons dans ce chapitre des conflits relatifs : 1° à la filiation légitime : 2° à la légitimation ; 3° à la filiation naturelle (5).

---

(1) Demangeat, *Des demandes de séparation de corps entre étrangers*, Cl. 1878, p. 450.

(2) Fiore, n° 115.

(3) Aubry et Rau, t. I, p. 297.

(4) Ces solutions pourraient n'être pas les mêmes dans les pays où le mariage est régi uniquement par la loi religieuse.

(5) Duguit, *Du conflit des lois en matière de filiation*, Cl. 1885, p. 353 ; 1886, p. 513.

SECTION I. — *Filiation légitime.*

570. — Bien que les principes des diverses législations, relativement à la preuve de la filiation légitime, se ressemblent dans les traits généraux, elles présentent, cependant, assez de divergences pour faire naître les conflits, notamment en ce qui concerne la durée présumée de la grossesse, les modes de preuve, les cas de désaveu, les personnes qui peuvent intenter l'action, le délai qui leur est pour cela imparti. Quelle loi doit alors s'appliquer ?

571. — La légitimité est un des éléments qui constituent l'état de la personne : c'est donc la loi nationale de l'enfant qui doit décider s'il est ou non légitime ; mais, comme l'enfant suit, habituellement, la nationalité de son père, la loi applicable est celle du père dont l'enfant prétend être issu (1).

Si, toutefois, la légitimité établie, l'enfant devait avoir une nationalité différente de celle de son père, celle du pays où il est né, il faudrait alors suivre la loi nationale de l'enfant plutôt que celle du père, parce que c'est l'état de l'enfant qui est principalement en question (2).

Il arrivera que le père, ou l'enfant, ou tous les deux aient changé de nationalité entre le moment de la conception ou de la naissance (3) de l'enfant, et celui où la nationalité est discutée. Ces changements seront sans influence sur la détermination de la loi applicable. Il faut toujours suivre celle qui était la loi nationale du père, et, par conséquent, de l'enfant, lors de la conception ou de la naissance, suivant qu'on se place à l'une ou l'autre époque pour déterminer la nationalité de l'enfant. En effet, le caractère de la filiation est définitivement fixé au moment de la conception, ou, au plus tard, de la naissance. Les événements ultérieurs ne peuvent le changer. On ne comprendrait pas que l'acquisition d'une nationalité nouvelle rendît légitime une filiation naturelle,

---

(1) Fiore, n° 135.

(2) Weiss, p. 350. Despagnet, p. 443. — *Contra*, Laurent, t. V, n° 242.

(3) Suivant que l'on se place à l'un ou l'autre moment pour déterminer la nationalité d'origine.

ou, réciproquement, rendît illégitime une filiation primitivement légitime.

SECTION II. — *Légitimation.*

572. — D'après le Code civil français, le mariage légitime les enfants naturels nés antérieurement, pourvu qu'ils soient reconnus. Cette sorte de légitimation se rencontre dans la plupart des législations, mais non cependant partout. C'est ainsi que, en Angleterre, elle ne peut résulter que d'un *act* du parlement.

La légitimation étant un effet du mariage, c'est la loi qui régit ces effets, c'est-à-dire la loi nationale du mari, qui décide si elle peut s'opérer et à quelles conditions. Si l'enfant, même légitimé, devait avoir une nationalité différente de celle du père, c'est la loi de l'enfant qu'il faudrait appliquer.

Le mariage d'un français, même avec une étrangère, légitimera donc leurs enfants naturels, quelle que soit la loi du pays où le mariage est célébré.

Au contraire, le mariage d'un anglais, même avec une française et en France, ne pourrait pas produire cet effet (1).

573. — Certaines législations étrangères admettent, non sans raison, à côté de la légitimation par mariage, ou même exclusivement, la légitimation par acte de l'autorité publique ou rescrit du prince. On la rencontre en Italie, en Prusse, en Espagne, en Angleterre.

C'est là un acte de la souveraineté ; il ne peut s'appliquer qu'à ceux qui en sont les sujets. Il faut donc, pour que l'enfant puisse être ainsi légitimé, que sa loi nationale le permette. Un italien pourrait être légitimé, même en France, par décret du roi d'Italie ; un français ne pourrait pas l'être, en Italie.

---

(1) Cl. 1893, p. 356, *Questions et solutions pratiques.* — *Contra*, Cass. 23 novembre 1857, Sir. 58. 1. 293 ; Rouen, 5 janvier 1887, Cl. 1887, p. 183.

SECTION III. — *Filiation naturelle.*

574. — Les règles générales que nous avons posées pour la filiation légitime, s'appliquent également à la filiation naturelle. Elle est régie par la loi nationale de l'enfant dont l'état est en cause. Cette loi sera, habituellement la même que celle du père ou de la mère à l'égard de qui la filiation sera prouvée ; s'il en est autrement, et cela arrivera plus souvent que pour les enfants légitimes (Cpr. C. civ., art. 8), il faut suivre la loi de l'enfant plutôt que celle de ses auteurs. Nous supposons, d'ailleurs, pour simplifier, que l'enfant naturel a la même nationalité que ses parents.

La loi nationale de l'enfant ne pourrait plus régir sa filiation naturelle dans un pays étranger, si elle y était contraire à l'ordre public. Cela sera fréquent en pareille matière, parce que les lois relatives à la filiation naturelle, surtout celles qui en prohibent ou en restreignent la preuve, sont fondées très souvent sur des raisons de moralité publique, applicables aux étrangers comme aux nationaux.

Ces principes vont nous guider dans la solution des conflits qui portent principalement sur trois points : 1° la preuve de la filiation naturelle est-elle admissible ? 2° à défaut de reconnaissance volontaire des parents, cette preuve peut-elle être administrée en justice ? 3° par quels moyens peut-elle être faite ?

575. — I. — LA PREUVE DE LA FILIATION NATURELLE EST-ELLE ADMISSIBLE ? — En France, la filiation naturelle simple peut seule être prouvée, la filiation adultérine ou incestueuse ne peut pas l'être. En Angleterre, la législation est plus rigoureuse encore, elle ne reconnaît pas de filiation légale à l'enfant naturel. Mais la mère qui l'a mis au monde est chargée de son entretien, et une action est ouverte contre le prétendu père, pour le faire déclarer père putatif et le contraindre à participer à cette charge (1). Ailleurs, au contraire,

---

(1) La reconnaissance des enfants naturels nés hors mariage n'est pas non plus admise en Russie. — Trib. de la Seine, 15 décembre 1892, Cl. 1893, p. 160.

comme en Prusse, l'enfant adultérin ou incestueux lui-même peut être valablement reconnu.

Pour que la preuve de la filiation naturelle soit possible, il faut qu'elle soit admise, à la fois, par la loi nationale de l'enfant et par celle du pays où on veut l'administrer.

Par la loi nationale de l'enfant, parce que, comme nous l'avons dit tout à l'heure, c'est celle qui doit régir sa filiation. Si donc un anglais reconnaissait en France un enfant naturel, cet acte ne créerait pas une filiation légale. Il ferait naître seulement l'obligation alimentaire (1).

Par la loi du pays où on veut faire la preuve : en effet, si cette loi interdit la preuve de la filiation naturelle, c'est toujours pour des raisons de morale, que toutes les législations n'envisagent pas de la même façon, mais qui ont, là où la loi s'en inspire, un caractère absolu. Un prussien ne pourrait faire, en France, la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse et même une pareille filiation, régulièrement prouvée en Prusse, serait non avenue en France. C'est, en effet, sa divulgation et sa constatation légale qui est, dans notre pays, contraire à l'ordre public.

576. — II. — A DÉFAUT D'UNE RECONNAISSANCE VOLONTAIRE DU PÈRE OU DE LA MÈRE, LA PREUVE DE LA FILIATION PEUT-ELLE ÊTRE FAITE EN JUSTICE ? — Relativement à la mère, il n'y aura pas de difficulté : toutes les législations, toutes celles, du moins, qui permettent la preuve de la filiation naturelle, permettent aussi de chercher et de prouver en justice la maternité : il ne s'élèvera donc pas de conflit sur ce point.

Il en est tout différemment pour la filiation paternelle : deux systèmes opposés partagent sur ce point les législations.

Les unes considèrent qu'une preuve certaine de la paternité est impossible ; qu'elle ne peut que provoquer des débats scandaleux et favoriser des tentatives de spéculation et de chantage ; et elles interdisent, sauf dans des cas très rares, la recherche de la paternité. C'est ce que font le Code civil français, le Code italien et le Code hollandais.

---

(1) Cl. 1878, p. 10, *Questions et solutions pratiques*.

Ailleurs, au contraire, et dans la plupart des pays, le législateur a pensé que chacun doit être responsable de ses actes, et que celui qui a séduit une femme n'a pas le droit de l'abandonner ensuite, avec son enfant, à la misère et au désespoir. La difficulté de la preuve, ses abus possibles, ne sont pas des raisons suffisantes pour la prohiber. La recherche de la paternité est ainsi permise en Autriche, en Prusse, en Bavière, en Saxe, dans divers cantons suisses, en Espagne, en Portugal, en Angleterre (1). Où se trouve la vérité ? Je n'ai pas à l'examiner ici. Mais il est certain que le système français, sous prétexte de sauvegarder la moralité, aboutit, dans bien des cas, à des conséquences immorales.

Pour résoudre les conflits résultant de cette divergence, il faut appliquer la règle générale que nous avons posée plus haut.

La recherche ne peut être admise qu'autant que la loi nationale de l'enfant l'autorise. Il ne suffit pas qu'elle soit permise par la loi du juge saisi ; mais, à l'inverse, même permise par la loi nationale de l'enfant, elle ne peut avoir lieu dans un pays où la loi la prohibe ; cette prohibition, en raison de ses motifs, est certainement d'ordre public (2).

Il faut noter, du reste, que la loi ne réprouve pas la preuve même de la paternité, puisqu'elle peut résulter d'une reconnaissance volontaire ; c'est le débat qu'elle estime scandaleux. Si donc l'instance avait été intentée à l'étranger, conformément à la loi nationale de l'enfant, le jugement produirait ses effets en France, où la paternité devrait être tenue pour prouvée (3).

577. — III. — MODES DE PREUVE. — La preuve, une fois reconnue admissible, la loi nationale de l'enfant détermine

---

(1) Il résulte de ce que nous avons dit plus haut, que, dans ce dernier pays, la recherche de la paternité n'a pas pour but propre de constater la filiation, mais de faire assumer au père la charge de l'entretien de l'enfant.

(2) Paris, 2 août 1866, Sir. 66. 2. 342 et Cass. 25 mai 1868, Sir. 68.1. 365; Aix, 27 mars 1890, Cl. 1891, p. 210.

(3) Pau, 17 janvier 1872, Sir. 72.2.233.

les moyens qu'on doit employer pour l'établir. Il faut noter seulement : 1° que les formes de l'acte destiné à prouver la filiation naturelle sont régies par la loi du lieu où il a été fait ; un français pourrait donc reconnaître un enfant naturel par acte sous seing privé, dans un pays où cette forme serait admise (1) ; 2° que la capacité nécessaire pour la reconnaissance est régie par la loi nationale du père ou de la mère, et non par celle de l'enfant, en supposant qu'elles soient différentes.

CHAPITRE IV. — Protection des incapables.

578. — Les incapacités qui frappent une personne résultent, quelle que soit leur cause, de sa loi nationale et la suivent même en pays étranger, sauf dans les cas, d'ailleurs exceptionnels, où l'ordre public s'y opposerait. Nous avons posé le principe, nous devons maintenant en étudier certaines conséquences, en déterminant quelle loi règle les mesures prises pour la protection des incapables, la direction de leur personne, l'administration de leurs biens.

Nous ne dirons rien ici des incapacités pénales, qui appartiennent plutôt au droit pénal international. Nous avons, en ce qui les concerne, posé plus haut certains principes généraux auxquels il suffit de renvoyer (2). Nous avons aussi parlé de l'incapacité de la femme mariée. Nous ne nous occuperons ici que des mineurs. Nous avons dit ailleurs quels effets produirait en France un jugement d'interdiction prononcé en pays étranger, et quelle serait la compétence des tribunaux français, pour prononcer l'interdiction d'un étranger, ou lui donner un conseil judiciaire. La tutelle

---

(1) La jurisprudence semble se prononcer en sens contraire, et considérer la règle, d'après laquelle la reconnaissance doit avoir lieu par acte authentique, comme dépendant du statut personnel et suivant le français, même en pays étranger. Mais les formes requises pour l'authenticité seront régies par la *lex loci actus*. — Besançon, 6 juillet 1892, Cl. 1893, p. 157 ; Trib. de la Seine, 19 juillet 1892, Cl. 1892, p. 1158 ; Trib. consulaire de France à Constantinople, 19 décembre 1890, Cl. 1891, p. 598.

(2) V. relativement à la mort civile, n° 327 ; sur les effets, en France des incapacités résultant de condamnations pénales étrangères, n° 320.

des interdits soulève, du reste, pour son organisation et son fonctionnement, les mêmes questions que celle des mineurs.

579. — La durée de la minorité varie avec les législations. En Italie, en Russie, en Allemagne, en Angleterre, aux Etats-Unis, comme en France, l'âge de la minorité est fixé à 21 ans ; en Suisse à 20 ans ; en Hollande et en Espagne à 23 ; en Autriche et en Hongrie à 24 ; en Portugal, au Mexique, en Danemarck, en Norwège, à 25 ans seulement.

Les mineurs peuventêtre soumis à la puissance paternelle ou placés en tutelle ; en outre, les lois de plusieurs pays et notamment, en France, celle du 24 juillet 1889, ont organisé une protection spéciale pour les enfants maltraités ou moralement abandonnés. Nous allons examiner les conflits de lois auxquels ces trois situations donnent naissance.

SECTION I. — *Puissance paternelle.*

580. — La puissance paternelle est l'ensemble des droits et des pouvoirs qui appartiennent aux pères et mères à l'égard de leurs enfants mineurs. Ces droits correspondent aux devoirs des parents envers leurs enfants, et ont pour but de leur en faciliter l'accomplissement. C'est ainsi, du moins, que la loi française et la plupart des législations contemporaines envisagent la puissance paternelle. Quelques lois allemandes, cependant, l'ont organisée d'une façon qui se rapproche plus de la conception romaine.

La puissance paternelle s'exerce sur la personne et sur les biens de l'enfant : il faut l'envisager sous ces deux aspects.

§ 1. — De la puissance paternelle sur la personne de l'enfant.

581. — Le père doit à l'enfant l'éducation morale, intellectuelle et physique ; pour lui permettre de remplir cette tâche, la loi française lui reconnaît : 1° le droit de diriger à son gré l'éducation de l'enfant ; et 2° le droit de correction, c'est-à-dire le droit de faire incarcérer l'enfant avec le concours de la puissance publique : c'est la sanction de la puissance paternelle.

Sur les principes même, il n'y aura guère de conflits : ils sont consacrés par toutes les législations et appartiennent plutôt au droit naturel qu'au droit positif. Mais, dans l'application, on rencontre des divergences : quelle loi faut-il alors appliquer ?

582. — La puissance paternelle, pour le père comme pour l'enfant, est une dépendance de l'état et de la capacité : elle doit donc être régie par leur loi nationale (1). Si le père et l'enfant ne sont pas de même nationalité, il faut suivre de préférence la loi nationale de l'enfant (2). C'est, en effet, son intérêt qui est principalement pris en considération, dans l'organisation de la puissance paternelle. D'ailleurs, toutes les fois où le père aura acquis après la naissance de l'enfant une nationalité nouvelle, cette naturalisation, que nous supposons, par hypothèse, individuelle, n'a pas pu modifier la condition de l'enfant.

Si la loi nationale de l'enfant doit s'appliquer même en pays étranger, c'est, comme toujours, à la condition qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public : réserve d'autant plus nécessaire, que la puissance paternelle touche de plus près à l'intérêt général.

Nous allons tirer les conséquences de ces principes, relativement à l'organisation et aux attributs de la puissance paternelle. En l'absence d'indication contraire, nous supposerons, pour plus de simplicité, que le père et l'enfant ont la même nationalité.

583. — A. Organisation de la puissance paternelle. — 1° *A qui elle appartient ?* — C'est la loi nationale de l'enfant qui le décide. Dans la loi française et la plupart des législations, la mère l'exerce à défaut du père. Ailleurs, au contraire, par exemple en Autriche et en Bavière, sous l'influence persistante du droit romain, le père seul peut en être investi.

2° *Pour quelles causes elle prend fin ?* — C'est encore la loi nationale de l'enfant qui les détermine. Dans la plupart des

---

(1) Laurent, t. VI, nos 12 et s. Fiore, nos 155 et suiv.

(2) Weiss, p. 576. Surville et Arthuys, p. 319. Durand, *op. cit.*, p. 350.

lois, elle finit à la majorité ; dans quelques pays, elle se prolonge au delà : en Bavière, jusqu'à l'émancipation ; en Prusse, l'enfant majeur y reste soumis tant qu'il n'a pas quitté la maison paternelle. Ici encore l'influence romaine est visible.

584. — 3° *Déchéances.* — La puissance paternelle peut encore prendre fin, avant son terme normal, par la déchéance qu'encourt le père indigne de l'exercer. En principe, les causes de déchéance sont déterminées par la loi nationale du père et de l'enfant ; et, si ces lois sont différentes, il suffit que la déchéance soit prononcée par l'une ou l'autre. Il suffit qu'elle soit édictée par la loi nationale du père, même si elle ne se rencontre pas dans celle de l'enfant, parce qu'elle constitue pour le père une incapacité ; mais il suffit aussi que la déchéance soit édictée par la loi nationale de l'enfant, même si celle du père ne l'admet pas. Elle est, en effet, établie dans l'intérêt de l'enfant et constitue pour lui une mesure de protection.

Ainsi, un père étranger pourra être déchu, en France, de la puissance paternelle pour une cause que prévoit sa loi nationale, mais que n'admet pas la loi française ; un père français devra être, réciproquement, déchu, à l'étranger, dans tous les cas fixés par la loi française, quelle que soit, à cet égard, la loi du pays où il se trouve.

Le père étranger d'un enfant français devrait également être déchu, soit en France, soit même à l'étranger, pour toutes les causes que reconnaît la loi française, même si sa propre loi nationale ne les admet pas.

Mais les causes de déchéance de la puissance paternelle ne sont pas seulement régies par la loi nationale du père ou de l'enfant ; souvent aussi elles ont un caractère d'ordre public, qui doit les faire appliquer, dans un pays, même aux étrangers : c'est ce que va nous montrer une étude plus particulière de la loi française (1).

585. — Les causes de déchéance que prévoit la loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou

---

(1) Pillet, *De la déchéance de la puissance paternelle, considérée au point de vue international*, Cl. 1892, p. 5.

moralement abandonnés, sont de deux sortes : la déchéance, en effet, est tantôt encourue de plein droit et tantôt facultative. Elle est encourue de plein droit, lorsque le père a subi une des condamnations que la loi énumère ; elle peut être prononcée par le juge, soit lorsque le père a subi d'autres condamnations, indiquées aux paragraphes 1 à 4 de l'article 2, soit, en dehors de toute condamnation, dans plusieurs cas prévus par les paragraphes 5 et 6 du même article.

La déchéance facultative, lorsqu'elle résulte d'une condamnation, peut être prononcée par le tribunal de répression : elle peut aussi l'être, qu'elle résulte ou non d'une condamnation, par le tribunal civil en chambre du conseil, à la requête du ministère public ou de certains parents du mineur.

Cela rappelé, il faut distinguer deux situations : celle d'un Français à l'étranger et celle d'un étranger en France.

586. — *a) Français à l'étranger.* — La déchéance de la puissance paternelle, encourue en France de plein droit, ou prononcée par le juge, suit le père français en pays étranger. Il y a plus : si une des condamnations qui emportent de plein droit la déchéance, est prononcée contre un français en pays étranger, il devra, dans ce pays au moins, être considéré comme déchu de la puissance paternelle, et les tribunaux de ce pays auraient même le droit de prononcer contre lui la déchéance, dans les cas où elle est facultative. La loi française, qui régit la capacité du français, doit lui être appliquée, même à l'étranger et par les tribunaux étrangers (1).

Mais le français sera-t-il frappé, en France, de la déchéance qui l'a atteint en pays étranger ? Nous croyons devoir l'admettre, car le tribunal étranger a, par hypothèse, appliqué la loi française et les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes ont, en France, comme nous l'avons vu, autorité de chose jugée. Peut-être, cependant, le français pourrait-il soutenir, en invoquant l'article 15 du Code civil, que le tribunal étranger était incompétent à son

---

(1) Nous supposons, sans examiner la question, que les tribunaux étrangers ne se déclareront pas incompétents à raison de l'extranéité du français.

égard ; en tout cas, il est certain que le tribunal français aurait le droit de prononcer la déchéance, en vertu d'une condamnation émanée d'un tribunal étranger : à défaut d'autre raison, les termes larges de l'article 2, § 6 suffisent pour l'autoriser à le faire.

587. — *b) Etranger en France.* — La déchéance édictée par la loi du 24 juillet 1889, constitue une mesure d'ordre public, applicable aux étrangers comme aux nationaux. Cela n'est pas douteux, lorsqu'elle est la conséquence forcée d'une condamnation, ou est prononcée par un tribunal de répression: c'est alors une véritable peine. Il en est de même, lorsqu'elle est prononcée par un tribunal civil. L'ordre public est intéressé à ce que les mineurs soient soustraits à l'autorité d'un père indigne, quand il s'agit d'étrangers aussi bien que de nationaux : c'est, au sens large du mot, une mesure de police et de sûreté.

Il est, d'ailleurs, bien entendu que la déchéance résultant d'un jugement français n'aura nécessairement d'effets qu'en France : c'est la loi nationale de l'étranger qui en règle les conséquences dans son pays.

588. — B. Attributs de la puissance paternelle. — 1° *Obligations.* — Les lois positives s'abstiennent d'ordinaire, et avec raison, d'énumérer toutes les obligations du père envers l'enfant. Quant à celles qu'elles ont expressément consacrées, il faut suivre la loi nationale. Ainsi, une fille autrichienne aura, en France, une action contre son père pour obtenir une constitution de dot (Code autrichien, art. 1220) ; réciproquement, une fille française ne pourrait, même en Autriche, exercer cette action contre son père (Code civil, art. 204).

Parfois, cependant, l'obligation imposée au père par la loi d'un pays sera une mesure d'ordre public, applicable aux étrangers. On en trouve, croyons-nous, un exemple dans la loi du 28 mars 1882, qui rend l'enseignement primaire obligatoire. Cette obligation légale existe aussi dans d'autres pays : en Allemagne, en Suisse, etc. Ailleurs, comme en Espagne, en Italie, la loi ne l'a pas formulée. On se demande si les étrangers y sont soumis. Bien qu'on puisse citer, dans les

deux sens, des circulaires ministérielles et des jugements des tribunaux de simple police, l'affirmative nous paraît certaine, par cette raison que la loi de 1882 punit de certaines peines les infractions à ces dispositions : c'est donc une loi pénale, et, à ce titre, elle doit s'appliquer aux étrangers.

589. — 2° *Droits.* — *a) Droit d'éducation.* — Les droits reconnus aux parents pour l'éducation de leurs enfants, sont aussi réglés par leur loi nationale, qui en fixe l'étendue. Cependant, certaines restrictions, admises par les lois étrangères, seraient contraires, en France, à l'ordre public: telle serait l'obligation d'élever l'enfant dans un culte déterminé, qu'on rencontre, notamment, dans la loi hongroise, pour le cas de mariage entre personnes de religions différentes. Réciproquement, certaines lois, qui limitent, en France, la puissance paternelle, sont, sans nul doute, d'ordre public et applicables aux étrangers, comme la loi du 3 juin 1874, sur le travail des enfants et filles mineurs employés dans l'industrie, et la loi du 20 décembre 1874 relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes.

590. — *b) Droit de correction.* — C'est encore la loi nationale qui le régit. Un père étranger pourrait user, en France, d'un mode de correction autorisé par sa loi nationale, même s'il ne l'était pas par la loi française. Un père italien pourrait, conformément au Code italien (art. 212), tenir, par mesure de répression, l'enfant éloigné de la famille, en lui assurant, suivant ses ressources, les aliments strictement nécessaires. Mais les exceptions au principe, fondées sur les exigences de l'ordre public, sont plus nombreuses que ses applications.

Ainsi : 1° Les parents ne pourraient user d'un mode de correction, prohibé expressément ou implicitement par la loi française. Plusieurs législations étrangères, comme celles d'Angleterre, d'Autriche, de Prusse, de Russie, reconnaissent formellement au père le droit d'infliger à l'enfant des châtiments corporels ; si ces corrections étaient assez graves pour constituer le délit de coups et blessures, un anglais, un prussien, etc., ne pourrait, pour échapper à la condamnation, alléguer qu'il n'a pas franchi la limite permise par sa loi nationale.

2° De même, l'enfant ne pourra jamais, quelles que soient à cet égard les dispositions de la loi étrangère, être incarcéré pour un temps plus long ou à d'autres conditions que la loi française ne le permet. Cette restriction à la liberté individuelle est une mesure d'ordre public, exclusivement soumise à la loi française.

3° Réciproquement, et bien que la question ait été discutée, un étranger pourrait user en France du moyen de correction établi par la loi française et faire incarcérer l'enfant, bien que sa loi nationale ne l'autorise pas (1). Les lois anglaise, autrichienne, etc., ne permettent pas cet emprisonnement ; mais il faut remarquer : 1° que, sans être une peine à proprement parler, il constitue, cependant, une mesure de police ou de sûreté. La société tout entière est intéressée à ce que le père ait des moyens de correction suffisants pour réprimer les premiers écarts de l'enfant, et prévenir ainsi des fautes plus graves ; 2° que le père étranger doit jouir, en France, du droit de correction, fondé sur la loi naturelle, inhérent à la puissance paternelle ; or il ne peut user des moyens accordés par sa loi nationale, lorsqu'ils sont prohibés par la loi française ; il faut donc, à peine d'en être entièrement dépourvu, qu'il puisse user des moyens accordés par la loi française.

§ 2. — De la puissance paternelle sur les biens de l'enfant.

591. — Relativement aux biens de l'enfant, la puissance paternelle a, d'après la loi française, deux conséquences : 1° Le père a le droit et le devoir de les administrer. Nous ne parlerons pas ici de cette administration légale, à laquelle l'article 189 du Code civil consacre des développements très insuffisants, et qui soulève les mêmes conflits que la tutelle. 2° Le père et, après lui, la mère survivante et non remariée a la jouissance des biens personnels de l'enfant mineur, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 18 ans. Ce droit de jouissance légale est aussi admis en Italie, en Prusse, en Saxe, dans la Pologne russe, etc. Au contraire, on ne le trouve pas en Angleterre, en Autriche, en Russie...

---

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 82. Brocher, t. I, p. 345. Fiore, n° 161. — *Contra*, Weiss, p. 576. Durand, *op. cit.*, p. 352.

Supposons donc qu'un enfant mineur ait des biens situés à l'étranger ; quelle loi décide si la jouissance en doit appartenir au père ? Est-ce sa loi nationale ? le père français aura-t-il l'usufruit des biens de l'enfant, même s'ils sont situés dans un pays où la loi ne l'accorde pas ? Est-ce la *lex rei sitæ* ? un père étranger aura-t-il la jouissance des biens appartenant, en France, à son enfant mineur, bien que sa loi nationale ne la lui accorde pas ?

592. — D'abord, les étrangers peuvent-ils avoir, en France, le droit de jouissance légale ? Plusieurs auteurs le contestent, sous prétexte que toutes les législations ne l'admettent pas et que, par suite, ce serait un droit civil *stricto sensu* (1). Mais, d'après l'interprétation que nous avons donnée plus haut à l'article 11 du Code civil, il suffit qu'aucun texte ne refuse ce droit aux étrangers, pour qu'il puisse leur appartenir.

Quelle loi est alors applicable ? Il faut distinguer suivant que le père et l'enfant ont, ou non, la même nationalité.

593. — *a) Le père et l'enfant ont la même nationalité.* —Il faut, à notre avis, appliquer la loi nationale du père et de l'enfant (2).

Le droit de jouissance légale, en effet, est un attribut de la puissance paternelle ; il en est inséparable ; il ne peut en être détaché, du moins d'après la loi française, pour faire l'objet d'une cession ou d'une saisie; il s'explique par les rapports personnels du père et de l'enfant, par la volonté d'éviter entre eux des comptes compliqués et d'indemniser le père des peines et soins qu'il prend pour l'éducation de l'enfant: il est donc rationnel de soumettre ce droit à la même loi qui régit, sous les autres rapports, la puissance paternelle.

Il n'y a pas de raison pour écarter ici la loi nationale des étrangers et appliquer celle de la situation des biens. Dès lors que cette loi admet, sous une forme ou sous une autre, le droit d'usufruit, la façon dont il est constitué ne touche pas

---

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 303, n. 60.

(2) Fiore, n° 164. Laurent, t. VI, n° 18. Fœlix, t. I, p. 151. (Ce dernier auteur applique au droit de jouissance légale non la loi nationale, mais celle du domicile).

à l'organisation même de la propriété foncière: peu importe qu'il résulte de la volonté des parties ou de l'application d'une loi étrangère.

Enfin, au point de vue particulier de la loi française, nous ne devons pas non plus comprendre les dispositions relatives à l'usufruit légal parmi celles qui régissent les immeubles, même appartenant à des étrangers. Dans notre ancien droit, en effet, on n'était pas d'accord pour les faire entrer dans le statut réel, et, le Code n'ayant pas tranché la question, nous restons libres d'adopter la meilleure solution.

Nous devons cependant faire une réserve : le père n'aurait pas la jouissance des biens situés dans un pays où la loi n'admet pas le droit d'usufruit; les seuls droits réels dont les immeubles soient susceptibles sont, nous le savons, ceux que détermine la loi de leur situation.

594. — Il résulte des principes qui précèdent : 1° que, si un enfant étranger a des biens situés en France, ses parents n'en auraient pas la jouissance, dans le cas où leur loi nationale ne la leur accorderait pas; 2° qu'il faut appliquer cette loi nationale dans le cas où elle règle la jouissance légale autrement que la loi française : ainsi, si le père et l'enfant sont italiens, l'usufruit devra se prolonger jusqu'à la majorité, mais cessera dans le cas où le père se remarierait (Code italien, art. 228 et 232); 3° que les père et mère français auront la jouissance des biens de leurs enfants, même s'ils sont situés dans un pays où la loi ne l'accorde pas, sous la seule réserve que nous avons indiquée plus haut.

595. — *b) Le père et l'enfant ne sont pas de même nationalité.* — Bien que l'hésitation soit possible, parce que l'usufruit paraît établi principalement dans l'intérêt du père, nous croyons cependant devoir appliquer, de préférence, la loi nationale de l'enfant. C'est elle qui, d'une façon générale, régit la puissance paternelle et ses attributs, et nous ne voyons pas de raison pour faire exception, relativement au droit de jouissance légale (1).

(1) *Contra*, Cass. 13 janvier 1873, Sir. 73. 1. 13; Cass. 14 mars 1877, Sir. 78. 1. 25.

SECTION II. — *Tutelle.*

596. —Tant que le père et la mère légitimes sont vivants, la personne et les biens de l'enfant sont placés sous leur garde et sous leur direction. La loi trouve en eux des garanties, qui lui permettent de n'intervenir que peu ou point. Si, au contraire, l'enfant n'est pas dans cette situation normale et régulière, s'il est privé de ses protecteurs naturels, la loi prescrit les mesures nécessaires pour les remplacer, autant que possible, et pour assurer la protection du mineur: ces mesures de protection constituent la tutelle.

Il serait trop long d'en exposer ici l'organisation comparée, dans la loi française et les législations étrangères. Les exemples que nous donnerons, chemin faisant, montreront les différences qui existent entre elles.

Les conflits se présenteront surtout dans trois cas : 1° lorsque le mineur a son domicile dans un pays autre que celui auquel il appartient par sa nationalité ; 2° lorsqu'un mineur a des biens situés en pays étranger ; 3° lorsque le mineur, d'une part, et de l'autre son tuteur ou les diverses personnes qui participent au fonctionnement de la tutelle sont de nationalités différentes.

597. — Pour déterminer alors la loi applicable, il faut établir et développer ces trois propositions : 1° la loi qui régit la tutelle doit être unique et la même pour tous les biens du mineur, en quelque pays qu'ils soient situés ; 2° cette loi est la loi nationale du mineur ; 3° si la nationalité du mineur et celle du tuteur sont différentes, il faut donner la préférence à la loi nationale du mineur (1).

598. — 1° La loi qui régit la tutelle doit être unique et la même pour tous les biens, en quelque pays qu'ils soient situés. C'est ce qui est admis en France et dans la plupart des pays (2). Au contraire, en Angleterre et aux États-Unis, on

(1) V. sur les diverses questions qui suivent : Chavegrin, *De la tutelle des mineurs en droit international privé, Revue critique*, 1883, p. 497 et 573.

(2) Fiore, n. 174. Laurent, t. VI, nos 49 et suiv. Chavegrin, *op. cit.*, n° 4.

décide, en principe, comme nous le verrons, que l'administration des immeubles appartenant, dans ces pays, à des mineurs étrangers, est régie par la loi locale et, par exemple, ne peut être gérée que par un tuteur nommé conformément à cette loi (1). Il y aurait ainsi autant de tutelles que de pays où le mineur possède des immeubles. C'est un système inadmissible. Le patrimoine est un, quoique les biens qui le composent soient situés en différents pays : la loi qui en régit l'administration doit également être une. D'ailleurs, les lois qui président à la tutelle n'ont pas pour objet les biens et l'organisation de la propriété, mais la protection de la personne ; or, toutes les lois qui ont la personne pour objet doivent la suivre en quelque pays qu'elle se trouve. Enfin, s'il y a plusieurs tutelles, les cas où elle est ouverte, par exemple l'âge de la majorité, dépendront aussi, dans chaque pays, de la loi locale et varieront avec elle ; une même personne sera tout à la fois majeure et mineure, suivant la situation de ses immeubles : absurdité qui condamne le système dont elle est la conséquence.

2° Cette loi unique sera la loi nationale du mineur. Il ne saurait y avoir de doute à cet égard. Les mesures prises pour la protection d'un incapable sont une conséquence de son incapacité, et la loi qui régit l'incapacité en doit régir les conséquences.

Les jurisconsultes et les législations qui déterminent la loi personnelle par le domicile décident, au contraire, que la tutelle du mineur est soumise à la loi de son domicile (2). Nous avons déjà repoussé le principe, dont l'application offrirait ici un inconvénient particulier : il serait nécessaire de constituer plusieurs tutelles successives, si le mineur changeait de domicile : ce serait une source de complications et de frais (3).

3° Enfin, si le mineur et le tuteur ne sont pas de même na-

---

(1) Story, *Conflict of laws*, n. 504. Westlake, *La doctrine anglaise en matière de droit international privé*, Cl. 1882, p. 9.

(2) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, § 380. Loi prussienne du 5 juillet 1875, article 6.

(3) V. sur ce principe, Trib. de la Seine, 1er juin 1889 et Paris, 28 juin 1889, Cl. 1890, p. 329.

tionalité et que leurs lois nationales règlent la tutelle de façons différentes ; si, par exemple, la loi du tuteur lui accorde des droits que celle du mineur ne reconnaît pas, il faut appliquer, de préférence, la loi nationale du mineur ; c'est, en effet, dans son intérêt, et non dans celui du tuteur, que la tutelle est organisée et elle se rattache à l'incapacité du mineur, bien plutôt qu'à l'état et à la capacité du tuteur (1).

La loi nationale du mineur doit donc présider : 1° à l'organisation ; et 2° au fonctionnement de la tutelle.

§ 1. — Organisation de la tutelle.

599. — La loi nationale du mineur décide : 1° dans quels cas la tutelle est ouverte et doit être organisée ; 2° dans quel lieu la tutelle est ouverte et quelles sont les autorités compétentes pour présider à son organisation ; 3° comment se compose le personnel de la tutelle et comment ses membres sont désignés ; 4° quelle doit être la capacité du tuteur, du subrogé tuteur etc. ; quels seront les cas d'exclusion, de destitution ou d'excuses.

Sur les deux premiers points, le conflit se produira lorsque le mineur est domicilié en pays étranger ; sur les deux autres, lorsque le mineur et son tuteur, ou les autres membres de la tutelle, ne sont pas de même nationalité.

600. — I. — Le mineur est domicilié a l'étranger. — 1° *Cas d'ouverture de la tutelle.* — Ils sont déterminés par la loi nationale du mineur. Sans revenir sur l'âge de la majorité, dont nous avons déjà parlé, la loi française et les lois étrangères présentent, relativement à l'ouverture de la tutelle, des différences assez nombreuses. En France, la tutelle s'ouvre, pour les enfants légitimes, par la mort de l'un ou l'autre de leurs parents ; les enfants naturels, suivant l'opinion générale, y sont toujours placés, dès qu'ils ont des biens personnels. Au contraire, la loi hongroise et le Code espagnol (art. 154) soumettent à la puissance paternelle l'enfant naturel reconnu par son père. D'après le Code autrichien (art. 187), la tutelle ne s'ouvre qu'au décès du père et non

(1) Brocher, t.I , p. 351. Laurent, t. VI, n° 50.

pas à celui de la mère. Enfin, d'après le Code italien (art. 141), le Code espagnol (art. 199), la tutelle ne s'ouvre qu'après le décès du père *et* de la mère. Un mineur italien ou espagnol, dont le père ou la mère serait encore vivant, ne pourrait donc être mis en tutelle en France, où il aurait son domicile (1).

601. — 2° *Lieu d'ouverture de la tutelle. Autorités compétentes pour l'organiser.* — C'est encore la loi nationale du mineur qui doit les déterminer. Or, les législations étrangères, comme la loi française elle-même, fixent, en général, le lieu d'ouverture de la tutelle au domicile du mineur. Supposons donc un mineur étranger domicilié en France : c'est en France que sa tutelle doit s'ouvrir. Mais l'application de la règle générale est-elle possible, lorsque le mineur est domicilié hors de son pays ? Pour répondre à cette question, nous distinguerons suivant que le mineur appartient, ou non, à un pays avec lequel la France a conclu un traité relatif à la tutelle. Nous parlerons ensuite des mesures provisoires que les tribunaux ont toujours le droit de prendre, pour la protection des mineurs étrangers.

602. — **A. Le mineur appartient à un pays avec lequel la France n'a pas conclu de traité.** — Nous maintiendrons le principe. La tutelle doit s'ouvrir au lieu désigné par la loi nationale du mineur, donc en France s'il y est domicilié. Mais, comme la tutelle doit être constituée conformément à cette loi, le principe cessera de s'appliquer, par la force des choses, et la tutelle ne pourra s'ouvrir en France, toutes les fois qu'il sera impossible de suivre, dans ce pays, les prescriptions de la loi étrangère. Cela nous conduit à une nouvelle distinction, suivant que la loi du mineur organise la tutelle d'une façon semblable à la loi française, ou d'une façon différente.

603. — *a*) La loi étrangère organise la tutelle d'une façon semblable, au moins dans les traits généraux, à la loi française ; elle charge les mêmes autorités de présider à

(1) Bruxelles, 29 juillet 1865, *Pasicrisie*, 1867. 2. 57. (Cité par Laurent, t. VI, p. 101). Trib. de Marseille, 3 août, 1888, Cl. 1890, p. 943.

sa constitution ; le conseil de famille, ses attributions, l'intervention des tribunaux sont réglés de la même manière par les deux lois : rien n'empêche alors que la tutelle s'ouvre et soit organisée en France. Par exemple, un mineur belge est domicilié en France à l'ouverture de la tutelle : le conseil de famille pourra se réunir en France, sous la présidence du juge de paix ; le tribunal français serait compétent pour homologuer ses décisions, etc. : la tutelle des belges, en effet, est comme celle des français, soumise au Code civil. Cependant, certaines lois en ont, en Belgique, modifié en quelques détails, l'organisation, sans en changer l'ensemble : sur ces points particuliers, ce sont les lois belges qu'on devra suivre.

Il faut seulement observer que, en général, les tribunaux français, d'après une jurisprudence que j'ai précédemment exposée et critiquée, se déclareront incompétents pour connaître de la tutelle d'étrangers, à moins qu'ils n'aient la jouissance des droits civils, spécialement qu'ils n'aient été autorisés à fixer leur domicile en France (1).

604. — *b)* La loi étrangère organise la tutelle d'une façon différente de la loi française ; les divers organes qui participent à son fonctionnement ne sont pas les mêmes : par exemple, comme en Suisse, la loi charge les autorités administratives ou municipales, ou les tribunaux, de nommer le tuteur, ou elle institue, comme en Prusse, une juridiction spéciale aux tutelles (2).

La loi nationale du mineur est alors inapplicable en France : comment y faire fonctionner ou y remplacer le tribunal tutélaire pour un mineur prussien ? Comment confier aux tribunaux ou aux autorités administratives la nomination du tuteur ? Les autorités et tribunaux français ne sauraient avoir d'autres attributions que celles que la loi française leur confère. Comme il est alors impossible de suivre la loi nationale du mineur, on ne peut non plus considérer sa tutelle comme ouverte en France ; c'est dans le pays du mi-

---

(1) Cpr. Besançon, 30 novembre 1887, Dal. 88.2.113.

(2) Loi du 5 juillet 1875, *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 421.

neur qu'elle sera ouverte et organisée. Les tribunaux de ces pays seront compétents pour statuer sur toutes les difficultés qui naissent de la tutelle et de ses suites.

605. — B. Le mineur appartient à un pays avec lequel la France a conclu un traité. — Parmi les traités, il faut d'abord signaler celui qui a été conclu avec la Suisse en 1869. Son interprétation est contestée, mais il semble bien en résulter que la tutelle d'un mineur suisse, domicilié en France, s'ouvrira en Suisse, et sera réglée par les autorités suisses et que, réciproquement, la tutelle d'un français, domicilié en Suisse, s'ouvrira en France, et sera réglée par les autorités françaises.

Les autres traités ont des bases toutes différentes. Ce sont les conventions consulaires avec l'Espagne, l'Italie, le Portugal, la Grèce, le Salvador. Elles stipulent que les consuls français dans ces divers pays et, réciproquement, les consuls de ces pays en France sont chargés « d'organiser, s'il y a lieu, la tutelle et la curatelle de leurs nationaux, conformément aux lois des pays respectifs ».

Il est certain alors que la tutelle du mineur s'ouvre en France, s'il y est domicilié, et qu'elle est organisée par le consul suivant sa loi nationale (1). Mais, lorsque les tribunaux devront intervenir, faudra-t-il s'adresser aux tribunaux français ou aux tribunaux étrangers ? Il faut faire ici la même distinction que plus haut.

La loi nationale de l'étranger attribue-t-elle aux tribunaux le même rôle que la loi française? Rien ne s'oppose à ce qu'il soit rempli par les tribunaux du pays où la tutelle est constituée, c'est-à-dire par les tribunaux français. Ce serait le cas pour un mineur italien : le Code de ce pays réglant l'intervention des tribunaux dans la tutelle, sans différence essentielle avec le Code français (2). Seulement, le plus souvent, mais à tort, croyons-nous, les tribunaux français se

---

(1) Les consuls sont aussi exclusivement compétents pour pourvoir, le cas échéant, au remplacement du tuteur. Cass. 19 juin 1878, Dal. 78. 1.317.

(2) *Contra*, Bastia, 8 décembre 1863, Dal., 64.2.1, et, en notre sens, la note sous l'arrêt.

déclareront incompétents à raison de l'extranéité du mineur. Au contraire, les tribunaux ont-ils, d'après la loi nationale du mineur, des attributions toutes différentes de celles que la loi française leur confère? Les tribunaux français ne pourront intervenir, et il sera nécessaire de s'adresser aux tribunaux étrangers (1).

En dehors de toute stipulation formelle, les consuls français accrédités dans les pays d'Orient et d'Extrême-Orient, ont, certainement, en raison de la juridiction qu'ils exercent sur leurs nationaux, le droit de présider à l'établissement de leur tutelle. On a même pensé que, dans tous les pays, l'organisation de la tutelle de leurs nationaux rentrait dans les attributions des consuls, au moins quand les autorités locales n'agissent pas (2). Mais, dans la pratique, la France ne reconnaît point chez elle ce pouvoir aux consuls étrangers, pas plus qu'elle ne le revendique à l'étranger pour les siens (3). C'est, d'ailleurs, pour prévenir les difficultés sur ce point qu'ont été conclues les conventions dont nous venons de parler.

606. — C. Mesures provisoires. — Un mineur étranger est domicilié ou simplement réside en France. Les dispositions de sa loi nationale sont telles que sa tutelle ne saurait être définitivement constituée en France, et, d'autre part, le consul de sa nation n'a pas reçu mission de l'organiser. Un long temps peut s'écouler avant que la tutelle soit constituée dans la patrie du mineur, et, en attendant, ses intérêts resteront en souffrance. Or, il est contraire, en France, à l'ordre public que la personne et les biens d'un mineur, même étranger, soient dépourvus de protection. Les autorités françaises auront donc alors le droit et le devoir de prendre les mesures nécessaires pour l'assurer. A cet effet, le juge de paix convoque le conseil de famille, qui nomme un tuteur, et la tutelle est constituée en France, conformément à la loi

---

(1) Cl. 1879, p. 271, *Questions et solutions pratiques*. Le conflit prévu dans cette note ne peut plus se présenter, par suite des changements apportés par le nouveau Code civil à la législation espagnole.

(2) Weiss, p. 412.

(3) Chavegrin, *op. cit.*, n° 9.

française. Cette pratique, assez souvent usitée, est reconnue légitime par la jurisprudence (1). Toutefois, pour que l'intervention des autorités françaises soit admissible, et que la constitution d'une tutelle à un mineur étranger conformément aux lois françaises soit régulière, deux conditions sont indispensables.

1° Il faut que les intérêts du mineur soient réellement en souffrance et que la nécessité oblige les tribunaux français à intervenir. Or, il se peut que les intérêts du mineur soient sauvegardés, sans qu'une tutelle lui soit immédiatement constituée. Ainsi, les traités conclus par la France avec divers Etats, notamment avec l'Autriche-Hongrie, la Russie et plusieurs républiques de l'Amérique du Sud, donnent aux consuls accrédités par ces gouvernements en France, et réciproquement aux consuls français dans ces pays, le droit de prendre certaines mesures pour la conservation et l'administration des successions de leurs nationaux (2). Un Autrichien, un Russe etc. décède en France, laissant pour héritier un mineur. En l'absence de clause expresse dans le traité, le consul n'aura pas le droit de constituer la tutelle; mais il fera, relativement à la succession échue au mineur, des actes d'administration qui permettront d'attendre sans péril la constitution de la tutelle à l'étranger. Les autorités françaises ne pourront donc alors intervenir, à moins que le consul ne reste lui-même dans l'inaction, ou qu'aucune tutelle ne soit établie dans le pays du mineur.

2° La tutelle établie en France sera essentiellement provisoire. Elle cessera, aussitôt qu'une tutelle définitive aura été organisée, conformément à la loi nationale du mineur (3). Mais le provisoire dure parfois longtemps. Si les parents du mineur, fixés en France, n'ont conservé dans leur ancienne patrie ni relations ni intérêts, la tutelle n'y sera peut-être jamais constituée et le mineur restera toujours placé sous celle qui lui aura été donnée en France.

---

(1) Trib. de la Seine, 10 avril 1877, Cl. 1878, p. 275 ; Trib. de Lille, 12 juin 1884, Cl. 1885, p. 94; Nancy, 25 avril 1885, Dal. 86.1.131 ; Besançon, 30 novembre 1887, Dal. 88.2.113. — Aubry et Rau, t. I, p. 297. Weiss, p. 413. Chavegrin, *op. cit.*, n^os^ 10-13. Fiore, n° 174.

(2) V. pour ces traités, *infrà* n. 648.

(3) Nancy, 25 avril 1885, Dal. 86.1.131.

607. — Nous avons jusqu'ici envisagé uniquement l'hypothèse où un mineur étranger se trouve en France. Les mêmes principes s'appliquent, au cas où un mineur français se trouve dans un pays étranger, en reproduisant la distinction que nous avons faite, suivant qu'il existe ou non un traité entre ce pays et la France. Au surplus, plusieurs législations étrangères contiennent des dispositions formelles relatives à la tutelle d'un mineur étranger. Ainsi, en Hongrie, la loi de 1877 (art. 64) décide qu'un tuteur provisoire lui sera nommé conformément à la loi hongroise. Cette tutelle subsistera jusqu'à ce que les autorités nationales du mineur aient pris d'autres mesures. La loi prussienne de 1875 (art. 6-21) se prononce dans le même sens : mais il faut noter, en outre, que, d'après cette loi, tout étranger domicilié en Prusse est régi par la loi prussienne. En Angleterre, il entre dans les attributions de la division de chancellerie de la Haute Cour de veiller à la protection des enfants mineurs, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils n'ont pas de gardien légal, et de nommer un gardien de leurs personnes et de leurs biens. Mais cette nomination n'est pas seulement provisoire : elle a un caractère définitif (1).

608.— II. — LE MINEUR ET LE TUTEUR NE SONT PAS DE MÊME NATIONALITÉ. — C'est alors la loi nationale du mineur qui régit la tutelle, de préférence à celle du tuteur ; c'est donc la loi étrangère, si le mineur est étranger et le tuteur français ; c'est la loi française, si le mineur est français et le tuteur étranger.

608 *bis*. — Mais un étranger peut-il, en France, être tuteur ou exercer d'autres fonctions se rattachant à la tutelle ? La question est très discutée, au moins lorsque le mineur est français.

A mon avis, rien ne s'oppose à ce qu'un étranger, parent ou ami d'un mineur français, puisse être, en France, son tuteur ; mais beaucoup d'auteurs lui refusent ce droit et la jurisprudence s'est, pendant longtemps, prononcée dans le

(1) Haute Cour, division de Chancellerie, 7 mai 1892, Cl. 1892, p. 254.

même sens, d'une façon absolue (1). Aujourd'hui, elle fait certaines distinctions, mais sans cependant abandonner complètement son premier système.

609. — On invoque deux raisons pour soutenir que les étrangers ne peuvent être tuteurs en France : 1° le droit d'être tuteur serait un droit civil, au sens strict du mot ; 2° la tutelle serait une charge publique. Ni l'une ni l'autre ne me paraît justifiée.

1° Le droit d'être tuteur est, dit-on, un droit civil, *stricto sensu*. La tutelle, il est vrai, se retrouve dans toutes les législations ; mais son organisation, le mode de désignation du tuteur, en particulier, diffèrent profondément avec les pays. Ils rentrent donc, pour chacun d'eux, spécialement pour la France, dans le *jus proprium civitatis*.

Ce raisonnement est inexact. Il l'est, sans aucun doute, si l'on admet avec nous que les seuls droits civils sont ceux qu'un texte formel refuse aux étrangers ; il l'est également si, avec la jurisprudence, on admet que les droits civils dont les étrangers n'ont pas la jouissance, ne sont pas tous énumérés par la loi. Le principe de la tutelle, c'est-à-dire le droit pour les incapables d'avoir un protecteur et l'obligation pour certaines personnes de leur en servir, se retrouve partout. Il est vrai que la tutelle n'est pas organisée de même dans tous les pays ; mais ces différences de détail ne l'empêchent pas d'être de droit naturel. Les lois qui régissent le mariage diffèrent encore plus profondément les unes des autres : et cependant le mariage, personne n'en doute, appartient au droit naturel. D'ailleurs, on l'a fait remarquer avec raison : si la tutelle est de droit civil, cela est vrai pour le mineur comme pour le tuteur ; un mineur étranger ne pourrait donc recevoir, en France, de tuteur : or c'est ce qu'on n'a jamais soutenu. C'est par un souvenir du droit romain qu'on a voulu voir dans la tutelle un droit civil : « *Tutela... jure civili data ac permissa* ; » mais cela prouve, une fois de plus, qu'on a fait fausse route, quand on a voulu transporter dans le

---

(1) Colmar, 25 juillet 1817 et Bastia, 5 juin 1838, D. A. V° *Minorité*, n° 321 ; Paris, 21 mars 1861, Dal. 61.2.73; Alger, 2 mai 1888, Cl. 1890, p. 912. — Aubry et Rau, t. I, p. 285. Demolombe, t. I, n° 245.

droit moderne la distinction du *jus gentium et du jus civile.*

609 *bis.* — 2° On allègue encore que la tutelle est une charge publique : il faut donc, pour en être investi, jouir des droits de citoyen français. C'est le caractère traditionnel de la tutelle, et c'est par ce motif que notre ancien droit en refusait l'exercice aux étrangers (1).

Cette manière de voir est, cependant, inexacte. Les fonctions de la tutelle se rapportent exclusivement aux intérêts privés du mineur : elles appartiennent donc au droit privé; l'intervention des tribunaux dans la constitution ou la gestion de la tutelle ne suffit pas pour en faire une charge publique. Cette intervention est, d'ailleurs, fort restreinte dans le droit français actuel. C'est par les soins et sous le contrôle de la famille, que la tutelle s'établit et fonctionne. En outre, loin de comprendre la tutelle parmi les charges publiques, le législateur lui-même a pris soin de l'en distinguer. Les articles 34 et 42 du Code français, énumérant, l'un les effets de la dégradation civique, l'autre les droits dont les tribunaux correctionnels peuvent prononcer la privation, indiquent séparément la destitution ou exclusion de toutes fonctions publiques et l'incapacité d'être tuteur, curateur, etc. A quoi bon cette mention spéciale, si la tutelle était une fonction publique ?

Il faut donc conclure que la tutelle n'est ni un droit civil, au sens de l'article 11, ni une fonction publique, et que, par conséquent, les étrangers peuvent l'exercer en France (2). Tel est, du reste, l'intérêt du mineur lui-même. Un ascendant ou un proche parent, même étranger, lui offriront toujours plus de garanties qu'un parent éloigné ou un ami, appelé à la tutelle uniquement parce qu'il est français. Le père étranger peut exercer la puissance paternelle : c'est une contradiction manifeste, au moment où la tutelle s'ouvre, de l'en déclarer incapable.

609 *ter.* — Les inconvénients d'exclure de la tutelle les

---

(1) Pothier, *Traité des personnes et des choses*, n° 143.

(2) Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, n. 22. Despagnet, p. 465. Surville et Arthuys, p. 320. Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 365-366. Laurent, t. III, n° 345. Chavegrin, *op. cit.*, n°s 17-22.

cendants ou parents étrangers sont si évidents, qu'ils ont conduit, dans ces dernières années, la jurisprudence à modifier son système absolu. La Cour de cassation (1) a proclamé que la tutelle dérive du droit naturel, et en a conclu qu'un grand-père étranger peut être subrogé tuteur de ses petits-enfants français. D'autres décisions sont intervenues dans le même sens, mais toutes au profit d'ascendants, ou du moins de parents (2). Quant aux étrangers qui ne sont pas parents du mineur, on continue à leur refuser le droit d'être tuteurs (3). Ainsi, pour les ascendants et les parents, l'exercice de la tutelle serait un droit naturel et privé; pour les autres, un droit civil et public. Ce système intermédiaire permet, il est vrai, d'appeler les étrangers à la tutelle, dans les cas les plus nombreux et les plus intéressants ; je ne crois pas, cependant, devoir l'accepter: il repose sur une distinction arbitraire. Les étrangers peuvent ou ne peuvent pas exercer en France les fonctions de tutelle ; mais la loi n'autorise pas à leur accorder ou à leur refuser ce droit, suivant qu'ils sont ou non ascendants ou parents du mineur ; rien n'indique qu'elle veuille faire varier ainsi le caractère de la tutelle.

L'étranger peut donc être, en France, tuteur d'un français, comme un français tuteur d'un étranger. Dans les deux cas, il faut appliquer la loi nationale du mineur : 1° à la désignation du tuteur : 2° à la capacité du tuteur, aux causes d'exclusion, de destitution et aux excuses.

610. — 1° *Désignation du tuteur*. — La loi nationale règle le mode de désignation du tuteur, décide si la tutelle doit être légale ou dative ; dans le second cas, elle désigne l'autorité qui nomme le tuteur et dans le premier la personne investie de la tutelle (4). L'ascendant français d'un mineur étranger ne doit donc pas être son tuteur, si la loi du mineur ap-

---

(1) Cass. 16 février 1875, Sir. 75.1.197.

(2) Paris, 21 mars 1862, Sir. 62.2.412, 21 août 1879, Cl. 1879, p. 196.

(3) Trib. de la Seine, 20 juillet 1886, *Gaz. du Palais*, Supplément, 1888, 2.211.— V. dans le sens de ce système intermédiaire, Weiss, p. 42 et 56.

(4) Despagnet, p. 464. Surville et Arthuys, p. 323. Weiss, p. 414.

pelle un autre ascendant. La jurisprudence s'est, cependant, prononcée en sens contraire. Le Code autrichien défère la tutelle au grand-père paternel, de préférence à la mère survivante. La Cour de cassation a jugé que la mère, redevenue française après son veuvage, d'une fille restée autrichienne, étant régie, pour ses droits comme pour ses devoirs corrélatifs, par la loi française, s'est trouvée investie de plein droit, par le décès du mari, de la tutelle légale de sa fille mineure (1). « La loi autrichienne ne peut prévaloir en France « contre la loi française, au préjudice des droits et intérêts « français, dont les tribunaux français doivent, avant tout, « assurer la conservation. » Raisonnement défectueux, car la question était précisément de savoir si la mère française avait le droit d'être tutrice, lorsque la loi du mineur ne le lui reconnaissait pas ; et, quant à l'intérêt d'un français, nous l'avons déjà dit : le préjudice que lui fait subir l'application d'une loi étrangère n'est pas une raison suffisante pour l'écarter. Il ne faut pas dire non plus, comme l'a fait le tribunal de la Seine, que l'ordre public exige ici l'application de la loi française, parce qu'il s'agit d'un point qui touche à la puissance paternelle. Cet argument va beaucoup trop loin pour être vrai. Si la tutelle des étrangers, ou la puissance paternelle à laquelle ils sont soumis, intéressent, en France, l'ordre public, on devra décider que la loi française s'appliquera toujours en ces matières, même si le père et l'enfant, le tuteur et le mineur sont l'un et l'autre étrangers : ce qui est inadmissible.

610 *bis.* — 2° *Capacité du tuteur. Exclusion. Destitution. Excuses.* — Il faut appliquer sur tous ces points la loi nationale du mineur. Le tuteur peut donc être déclaré incapable, exclu, destitué de la tutelle pour toutes les causes que cette loi admet, même si sa propre loi ne les admet pas. C'est, en effet, dans l'intérêt du mineur qu'on exige du tuteur une certaine capacité, certaines garanties intellectuelles et morales et que, lorsqu'il ne les présente pas, il peut être écarté.

---

(1) Cass. 13 janvier 1873, Dal. 73.1.297; Bourges, 4 août 1874, Sir. 75.2.69 ; Trib. de la Seine, 5 avril 1884, Cl. 1884, p. 521.

Mais, d'autre part, on est fondé à faire valoir contre le tuteur toute incapacité, toute cause d'exclusion ou de destitution admise par sa loi, sans l'être par celle du mineur : c'est là, en effet, pour lui, une incapacité particulière, régie par sa loi nationale (1).

Au surplus, bien souvent, les causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle sont d'ordre public : il en est ainsi lorsqu'elles résultent d'une condamnation pénale (Cpr. C. civ., art. 443), ou lorsque la déchéance est prononcée à titre de peine (C. pén., art. 34 et 42). Ces déchéances s'appliqueront, en France, sans distinction de nationalité, même au tuteur étranger d'un mineur également étranger (2).

Il faut suivre une règle analogue, en ce qui concerne les excuses. Le tuteur peut faire valoir celles que reconnaît la loi du mineur, même si la sienne ne les prévoit pas ; il est, en effet, de l'intérêt du mineur que le tuteur ne soit pas contraint d'accepter la tutelle, lorsque les circonstances où il se trouve ne lui permettent peut-être pas de la bien gérer.

Le tuteur peut faire valoir aussi les excuses que reconnaît sa loi nationale, même si celle du mineur ne les admet pas. Les excuses, en effet, sont établies dans l'intérêt du tuteur, autant et plus que du mineur. Il serait, du reste, étrange qu'un tuteur français, par exemple, dispensé par sa loi nationale d'accepter la tutelle d'un français, fût tenu d'accepter celle d'un étranger (3).

§ 2. — Fonctionnement de la tutelle.

611. — La tutelle, constituée suivant la loi nationale du mineur, doit fonctionner, même hors du pays où elle a été établie. Le tuteur, nommé en pays étranger, exercera ses pouvoirs en France. Il ne sera même pas nécessaire, nous l'avons dit plus haut, d'obtenir l'*exequatur* d'un tribunal français pour la décision du conseil de famille ou du tribunal qui l'a choisi (4).

---

(1) Savigny, t. VIII, § 380. Despagnet, p. 464. Surville et Arthuys, p. 323. Weiss, p. 414, ne tient compte que de la loi nationale du mineur. *Sic* Chavegrin, *op. cit.*, n° 15.

(2) Trib. de la Seine, 10 avril 1877, Cl. 1878, p. 275.

(3) Chavegrin, *op. cit.*, n° 15.

(4) *Suprà*, n° 471. Nancy, 25 avril 1885, Dal. 86. 2. 131. Cpr. Rapport

La règle de l'unité de la tutelle est ainsi admise dans tous les pays, excepté, cependant, en Angleterre et aux Etats-Unis. D'après les principes rigoureux de la *Common law*, le tuteur nommé à l'étranger n'a aucun pouvoir dans ces pays: il faut nommer un tuteur spécial pour tous les actes que l'intérêt du mineur y rend nécessaires. Toutefois, ce système de territorialité absolue a reçu, dans la pratique, certains tempéraments. On admet, en Angleterre, que le tuteur nommé en pays étranger peut, de plein droit, exercer ses pouvoirs relativement à la personne ou aux biens meubles du mineur. Quant aux immeubles, la règle est maintenue. Lorsqu'un mineur étranger a des immeubles situés en Angleterre, les Cours anglaises doivent, pour leur administration, nommer un tuteur, conformément à la loi locale, mais, actuellement, elles choisissent le même qui a été déjà désigné en pays étranger, à moins que, dans l'intérêt du mineur, il n'y ait de bonnes raisons de l'écarter. C'est donc, en quelque sorte, une nouvelle investiture qu'il reçoit en Angleterre (1).

612. — L'éloignement du tuteur peut lui rendre difficile de gérer les biens qui appartiennent au mineur en pays étranger. Il serait alors utile d'y pourvoir, en constituant dans ce pays une tutelle spéciale. Le Code civil (art. 417) permet de nommer un protuteur, pour l'administration des biens que le tuteur, domicilié en France, possède aux colonies et réciproquement. On ne voit pas pourquoi cette disposition ne serait pas également applicable au cas où le mineur aurait des biens en pays étranger. De même, il pourrait être nommé un protuteur pour les biens qu'un mineur étranger aurait en France, si sa loi nationale l'autorisait. Mais il est bien entendu que la tutelle spéciale ainsi établie sera régie, non par la loi de la situation des biens, mais par la loi personnelle du mineur (2).

613. — Lorsque la tutelle fonctionne ainsi hors du pays

---

sur Cass. 7 juillet 1852, Sir. 53. 1. 269 et Paris, 2 février 1869, Sir. 69.2.103. — *Contra*, Pau, 6 janvier 1868, Sir. 68. 2. 100.

(1) Story *Conflict of laws*, n° 504. Westlake, *La doctrine anglaise*, etc. (Cl. 1883, p. 313).

(2) Chavegrin, *op. cit.*, n^{os} 26-28.

où elle est établie, la loi nationale du mineur règle les pouvoirs du tuteur et ses obligations.

Les obligations du tuteur n'appellent aucune remarque. Il suffit d'observer que la loi nationale du mineur régit celles qui naissent, non seulement pendant le cours de la tutelle, mais encore après qu'elle a pris fin.

Les pouvoirs du tuteur demandent de plus longs développements.

614. — La loi du mineur règle les pouvoirs du tuteur :

1° Relativement à la personne du mineur, lorsqu'il réside en pays étranger, sauf le cas où l'ordre public s'y opposerait, comme nous l'avons dit plus haut, pour la puissance paternelle.

2° Relativement aux biens mobiliers et immobiliers du mineur situés en pays étranger. Toutefois, l'application de cette loi aux immeubles soulève quelques difficultés.

La loi nationale du mineur règle les conditions auxquelles est subordonnée la validité des actes du tuteur. Elle doit donc déterminer les formalités requises pour la vente des immeubles du mineur, même lorsqu'ils sont situés à l'étranger (1). Mais cette solution a été et est encore vivement contestée. On a soutenu que les conditions exigées pour l'aliénation des immeubles des incapables, dépendent du statut réel et sont réglées par la loi de la situation. En France, donc, les immeubles des mineurs ne pourraient être aliénés qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, conformément à la loi française (2).

Mais c'est là mal comprendre la nature de ces formalités. Ce sont des mesures de protection pour le mineur : elles doivent donc rentrer dans le statut personnel. Rien n'indique, du reste, que l'article 3 ait voulu soumettre, sous ce rapport, à la loi française, les immeubles appartenant à des étrangers : les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs ne sont point de ces matières que notre ancien droit rangeait, sans discussion, dans le statut réel (3).

---

(1) Laurent, t. VI, nos 120 et suiv. Fiore, n° 180. Weiss, p. 417.

(2) Cl. 1880, p. 292, *Questions et solutions pratiques*.

(3) Chavegrin, *op. cit.*, nos 29-33.

615. — Ce principe étant posé, il faut distinguer deux hypothèses.

1° L'aliénation des biens, situés en pays étranger, a lieu dans la patrie du mineur. Rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'on vende, en France, des biens situés en Italie, en Allemagne, etc. (1) Dans ce cas, la loi nationale du mineur est aussi celle du pays où la vente a lieu : les formalités qu'elle prescrit sont les seules que le tuteur ait à observer.

2° L'aliénation des immeubles a lieu dans le pays où ils sont situés, c'est-à-dire hors de celui où la tutelle est constituée. C'est toujours la loi nationale du mineur qui règle les formalités nécessaires pour habiliter le tuteur et valider la vente. Il en résulte : 1° qu'il faudra remplir toutes ces formalités, bien que la loi de la situation ne les exige pas (2); 2° que les formalités destinées à habiliter le tuteur doivent être remplies dans le pays où la tutelle a son siège. Ainsi, pour un mineur français, la décision du conseil de famille autorisant la vente de biens situés à l'étranger, sera homologuée par un tribunal français ; réciproquement, c'est un tribunal étranger qui autorisera la vente de biens situés en France et appartenant à un mineur étranger. Faudra-t-il, pour que la vente ait lieu, que ce jugement étranger obtienne l'*exequatur* d'un tribunal français ? Cela est discutable, parce que si, d'une part, cette décision émane de la juridiction gracieuse, d'autre part, l'*exequatur* est toujours nécessaire pour procéder à des actes d'exécution en vertu d'une sentence étrangère. La question est donc de savoir si la vente peut être considérée comme un acte d'exécution. Dans la pratique, on admet que le jugement sera revêtu de l'*exequatur* par le tribunal français, qui est celui de la situation des biens, mais sans révision au fond, parce qu'il ne s'agit pas là d'une décision contentieuse.

3° Les formalités prescrites par la loi nationale du mineur, suffisent toujours pour habiliter le tuteur. Il n'a pas besoin de remplir celles que prescrit la loi de la situation des immeubles. Par exemple, si un mineur français est propriétaire

---

(1) Paris, 6 juin 1889, Cl. 1889, p. 826.

(2) Trib. de Marseille, 3 août 1888, Cl. 1890, p. 943. (Dans l'espèce, il s'agissait de biens meubles).

d'immeubles situés en Prusse, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'autorisation du tribunal tutélaire institué dans ce pays. L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal français suffiront.

Les principes qui précèdent s'appliquent, d'ailleurs, à tous les actes faits par le tuteur au nom du mineur, par exemple, à l'acceptation d'une succession (1).

616. — Les formalités destinées à habiliter le tuteur, notamment pour la vente des immeubles, sont régies par la loi nationale du mineur. En est-il de même des formalités extrinsèques de la vente ? On a soutenu qu'elles seraient régies par la loi du pays où la vente a lieu. La vente d'un immeuble, situé et vendu en France, devrait donc toujours être faite aux enchères et en justice. Mais cette opinion est inexacte. Ces formalités extrinsèques elles-mêmes sont destinées à la protection du mineur et, par conséquent, doivent dépendre de sa loi nationale.

Il suit de là : 1° que la vente pourrait avoir lieu, même en France, à l'amiable, si la loi nationale du mineur l'autorisait ; 2° que, à l'inverse, la vente d'un bien appartenant à un mineur français doit toujours, en quelque pays qu'il soit situé, avoir lieu aux enchères et en justice. Toutefois, il ne sera pas toujours facile de satisfaire à cette dernière exigence, si la vente se fait dans un pays où les tribunaux ne sont pas compétents pour présider aux adjudications ; il y serait alors procédé aux enchères, devant les officiers compétents d'après la loi locale : c'est une application de la règle *locus regit actum*.

617. — Il resterait, pour en terminer avec la tutelle, à parler de l'hypothèque légale que la loi française et quelques autres accordent au mineur sur les immeubles de son tuteur ; mais les difficultés qu'elle soulève sont les mêmes que nous avons déjà rencontrées, à propos de l'hypothèque légale de la femme mariée : il suffit de renvoyer à ce que nous en avons dit.

---

(1) Nancy, 25 avril 1885, Dal. 86.1.131.

SECTION III. — *Protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.*

618. — Nous avons déjà parlé des causes de déchéance de la puissance paternelle, établies en France par la loi du 24 juillet 1889. Il nous reste à envisager les conflits auxquels peuvent donner naissance les mesures que cette loi prescrit, pour la protection des enfants dont les parents, en droit ou en fait, n'exercent pas la puissance paternelle. Ces mesures sont de deux sortes. Elles ont pour but : 1° la tutelle des enfants dont les parents sont déchus de la puissance paternelle ; 2° la protection des mineurs qu'en fait, leurs parents abandonnent.

619. — I. — TUTELLE EN CAS DE DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE. — Lorsque le père est déchu de la puissance paternelle, le tribunal doit décider si l'exercice en passera à la mère. Dans le cas où il ne jugerait pas à propos de la lui confier, ou si la mère est prédécédée, ou elle-même déchue de la puissance paternelle, trois situations sont possibles : 1° Le tribunal décide s'il y a lieu de constituer la tutelle dans les termes du droit commun, sans que personne soit obligée de l'accepter.

2° Si la tutelle n'est pas ainsi constituée, elle est exercée par l'Assistance publique, représentée, à Paris, par son directeur, dans les départements, par les inspecteurs des enfants assistés.

3° Au cours de l'instance en déchéance, toute personne peut obtenir du tribunal la garde de l'enfant. C'est un tuteur officieux, dont les obligations et les droits envers le mineur et ses biens sont réglés par les articles 364, 365 et 370 du Code civil.

Enfin, en ce qui concerne le consentement au mariage, à l'adoption etc., les droits du père sont exercés par les mêmes personnes que s'il était décédé.

Comment la tutelle est-elle organisée, lorsqu'un père français est déchu de la puissance paternelle en pays étranger ?

Comment la tutelle est-elle organisée, lorsqu'un père étranger est déchu de la puissance paternelle en France ?

620. — A. Un père français est déchu de la puissance paternelle en pays étranger. — La déchéance de la puissance paternelle peut, suivant nous, être prononcée contre un français par les tribunaux étrangers, pour les causes déterminées par la loi française. Elle produit alors ses effets en France.

Il appartiendra, en ce cas, aux tribunaux étrangers d'ordonner les mesures prescrites, comme nous venons de le voir, par la loi française. Ils décideront donc si la mère exercera la puissance paternelle, ou s'il y a lieu de constituer une tutelle. Cette tutelle devra être établie conformément à la loi française, et elle fonctionnera même en France.

S'il était impossible d'appliquer, en pays étranger, la loi française, les tribunaux étrangers pourraient constituer une tutelle suivant leur propre loi, ou ordonner, dans l'intérêt du mineur, telle autre mesure qu'elle prescrit. Mais, dans ce cas, ces mesures, prises conformément à la loi étrangère, n'auraient d'effet qu'à l'étranger. Les tribunaux français devraient alors apprécier si la tutelle ne doit pas être constituée en France, car sa constitution, impossible en pays étranger, peut être possible et même facile en France ; ou si elle doit être gérée par l'Assistance publique.

En résumé, nous appliquons ici, avec les changements nécessaires, les mêmes principes que pour la tutelle en général.

Il est vraisemblable que, dans la pratique, on adoptera une autre solution, plus simple, mais moins juridique. On considérera les tribunaux étrangers comme incompétents, soit pour prononcer la déchéance de la puissance paternelle, soit pour organiser la tutelle des mineurs français. C'est en France seulement, et par les soins des tribunaux français, qu'elle pourrait être constituée. On allèguera en ce sens l'esprit, sinon les termes, de la loi française qui ne veut soumettre les Français qu'à la juridiction des tribunaux français. (Cpr. art. 14 et 15).

621. — B. Un père étranger est déchu en France de la puissance paternelle. — Le tribunal français devra alors assurer la garde et la protection du mineur ; mais les mesures qu'il ordonnera, comme la déchéance elle-même, n'auront d'effet qu'en France. Le tribunal devra, autant que pos-

sible, se conformer, dans la constitution de la tutelle, à la loi nationale de l'enfant.

622. — Nous pensons, d'ailleurs, que la déchéance, prononcée en vertu de la loi française, ne priverait pas le père étranger du droit de consentir au mariage de l'enfant. Les conséquences de cette privation affectent le mariage dans sa validité, et ne pourraient, par conséquent, être limitées à la France. Ce n'est pas là une mesure nécessaire à la protection du mineur, et il faut laisser tout son effet à la loi qui régit son état. Enfin, si l'on déclarait le père déchu du droit de donner son consentement, tandis que la loi nationale de l'enfant l'exigerait toujours, il en résulterait que la validité du mariage serait appréciée différemment en France et à l'étranger : conflit qu'il vaut beaucoup mieux éviter.

623. — II. — PROTECTION DES MINEURS ABANDONNÉS PAR LEURS PARENTS. — Lorsque des enfants, mineurs de seize ans, sont placés dans des établissements dépendant, soit de l'Assistance publique, soit d'institutions de bienfaisance, soit enfin chez des particuliers, la loi permet au tribunal de déléguer à l'Assistance publique, représentée comme nous l'avons dit ci-dessus, les droits de la puissance paternelle, abandonnés, de fait, par les parents. L'exercice de ces droits sera remis, le cas échéant, aux établissements ou aux personnes qui auraient recueilli l'enfant.

Il ne peut être question d'appliquer cette loi aux mineurs français qui résident en pays étranger. Elle est strictement territoriale. Les tribunaux étrangers ne pourraient, en effet, avoir de mission à exercer à l'égard de l'Assistance publique, c'est-à-dire d'une partie de l'administration française; et la loi n'a pas entendu que la puissance paternelle serait confiée aux administrations analogues existant à l'étranger. Mais l'Assistance publique pourrait exercer, même à l'étranger, les droits dont elle aurait été investie, conformément à la loi française, sur un mineur français.

Nous pensons, au contraire, que les dispositions que nous avons résumées s'appliquent, en France, aux mineurs étrangers. Le but de la loi est d'assurer la protection physique et morale des enfants délaissés par leurs parents : c'est donc

une loi d'ordre public. Mais, bien entendu, c'est seulement dans l'intérieur de la France que l'Assistance publique pourra être investie des droits de la puissance paternelle sur un mineur étranger.

Pour le consentement au mariage du mineur, il faudra toujours appliquer la loi étrangère, sans que la loi française puisse y déroger.

Au surplus, les tribunaux français pourront aussi chercher dans la loi nationale des mineurs étrangers, pour prendre les mesures propres à les protéger contre les abus de la puissance paternelle : c'est même cette loi qu'ils devront suivre en première ligne (1). Dans le cas seulement où elle serait insuffisante, ou inapplicable, ils devraient appliquer la loi française.

TITRE II.— Conflit des lois relatives au patrimoine.

CHAPITRE I. — Successions. — Testaments. — Donations.

624. — La succession est la transmission du patrimoine d'une personne décédée. La succession est *ab intestat*, lorsqu'elle est réglée par la loi, ou testamentaire, lorsqu'elle est réglée par le défunt. L'étude des successions testamentaires appelle nécessairement celle des donations entre vifs.

Les conflits, fréquents en cette matière, se présentent dans trois cas : 1° lorsque le *de cujus*, au moment de sa mort, est domicilié ou réside hors de son pays : sa loi nationale est alors en conflit avec celle de son domicile ou de sa résidence ; 2° lorsque le *de cujus* a des biens situés hors de son pays : il y a conflit entre sa loi nationale et la loi de la situation des biens ; 3° lorsque le *de cujus* et ses héritiers ne sont pas de même nationalité : il y a conflit entre leurs lois nationales respectives.

Nous devons rechercher la solution de ces conflits :

1° Pour les successions *ab intestat* ;

2° Pour les successions testamentaires et les donations.

---

(1) Paris, 12 août 1872, Cl. 1874, p. 32.

SECTION I. — *Successions ab intestat.*

625. — Pour que la succession des étrangers puisse donner naissance à des conflits, il faut, d'abord, qu'ils soient capables de succéder et de transmettre par succession. Nous l'avons dit précédemment : les étrangers doivent avoir, à cet égard, la même capacité que les nationaux. Presque toutes les législations l'admettent aujourd'hui ; mais, pendant fort longtemps et dans tous les pays, il en a été autrement. Les étrangers étaient incapables de transmettre et de recueillir par succession ou testament. Le Code civil leur refusait encore le droit de succéder, et c'est seulement la loi du 14 juillet 1819 qui les en a rendus capables, en laissant cependant une certaine différence entre eux et les français.

Nous devons donc nous demander :

1° Dans quelle mesure la loi française reconnaît aux étrangers le droit de succession ;

2° Par quelle loi sont régies les successions *ab intestat* ;

3° Le principe posé, nous en étudierons les applications.

§ 1. — Dans quelle mesure les droits de succession appartiennent aux étrangers.

626. — D'après l'article 1 de la loi du 14 juillet 1819 : « Les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir, de la même manière que les français, dans toute l'étendue du royaume ». L'article 2 fait une restriction : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront, sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. »

Dans quels cas existe ce droit de prélèvement ?

Contre qui, — au profit de qui, — et sur quels biens s'exerce-t-il ?

627. — 1° *Dans quels cas existe le droit de prélèvement ?* — Il s'exerce toutes les fois que les héritiers français sont exclus des biens situés en pays étranger, « à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales .»

a) Les héritiers français peuvent exercer le prélèvement sur les biens situés en France, lorsqu'ils sont exclus de ceux qui sont situés dans le pays du défunt, en raison de leur nationalité étrangère. C'est la principale application de la loi et la plus légitime. La qualité d'étranger n'est plus en France une cause d'exclusion, pour la succession *ab intestat*, ni la qualité de français une cause de préférence. Mais il ne faut pas, d'autre part, créer, au profit des étrangers et au préjudice des français, une situation privilégiée. C'est ce qui serait arrivé, si les étrangers avaient pu profiter, tout à la fois, de la loi française qui leur permet, en France, de concourir avec les français, et de leur loi nationale qui, dans leur pays, leur permettrait de les exclure. La justice rendue aux étrangers ne saurait aboutir à une injustice à l'encontre des français.

Mais ce cas n'est pas le seul. La loi ne distingue pas : l'héritier français peut donc exercer le prélèvement, toutes les fois que l'application de la loi étrangère l'exclut, à quelque titre que ce soit, — des biens situés à l'étranger, ou lui donne, dans ces biens, une part moins forte que la loi française (1).

b) La loi étrangère règle la succession *ab intestat* autrement que la loi française. Elle n'appelle pas les parents du degré où se trouve le français, ou leur accorde des droits moins étendus. Par exemple, le Code italien n'accorde au frère, en concours avec le père ou la mère, que la moitié au lieu des trois quarts. Le français prélèvera, sur les biens situés en France, la valeur nécessaire pour parfaire la part que lui accorde la loi française.

c) La loi étrangère permet au *de cujus* de faire, par testament, une libéralité qui porte atteinte à la réserve, telle que l'établit la loi française. L'héritier français pourra prélever, sur les biens situés en France, la part nécessaire pour parfaire cette réserve (2).

---

(1) *Contra*, Antoine, *De la succession en droit international privé*, nº 144.

(2) Cass. 27 août 1850, Sir. 50.1.647 ; 29 décembre 1856, Sir. 57.1. 257. — Aubry et Rau, t. VI, p. 279. Demante, t. III, nº 33 *bis* II. Demolombe, t. XIII, nº 199 et 200. Despagnet, p. 317. Surville et

Ces solutions, commandées par le texte de la loi de 1819 sont en elles-mêmes critiquables. Ce n'est pas comme étranger que le français est exclu de la succession, ou voit sa part réduite : c'est en vertu d'une loi qui s'applique aux nationaux comme aux étrangers. Il ne s'agit donc pas de prévenir une injustice, dont un français serait victime en cette qualité, mais d'écarter l'application régulière de la loi étrangère, par cela seul qu'elle préjudicie à un français : cela revient à dire que la loi française se substitue à la loi étrangère compétente pour régler une succession, dès que l'intérêt d'un français est en cause : c'est un véritable empiétement sur une souveraineté étrangère (1).

Il ne faut pas, d'ailleurs, exagérer la portée de dispositions déjà exorbitantes. On ne devrait pas, par exemple, admettre qu'un légataire universel français, en concours avec des héritiers auxquels la loi étrangère attribue une réserve, tandis que la loi française ne leur en donne pas, aurait le droit de prendre tous les biens situés en France. Le prélevement n'est établi qu'au profit des héritiers *ab intestat*, auxquels le législateur de 1819 a voulu assurer la totalité de la part que leur attribue la loi française ; mais les légataires universels ne peuvent en bénéficier. Le testateur étranger n'a pas le droit de faire, en faveur d'un français, une disposition que sa loi nationale lui interdit (2).

628. — 2° *Contre qui peut s'exercer le prélèvement ?* — D'après la jurisprudence et beaucoup d'auteurs, le prélè-

---

Arthuys, p. 352. Renault, *De la succession des étrangers en France*, Cl. 1876, p. 15.

(1) Suivant une autre opinion, le prélèvement s'exercerait sur les biens situés en France, uniquement quand la succession, en raison de la nationalité du *de cujus*, doit être régie par la loi française. Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, n° 116. Weiss, p. 111.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 279, n° 13. Demolombe, t. XIII, n° 200. Weiss, p. 113.—V. *contra*, Poitiers, 4 juillet 1887, et, dans notre sens, note de Surville sur cet arrêt, Cl. 1890, p. 299. — Cet arrêt va jusqu'à affirmer que, d'après la loi de 1819, « la loi française doit être préférée à la loi étrangère, dès que les cohéritiers français y trouvent un avantage ». Il a été cassé par Cass. 11 février 1890, Cl. *loc. cit.*, comme violant le traité franco-suisse, dont il sera question *infrà*.

vement s'exercerait, alors même que tous les héritiers sont français. Ceux auxquels la loi étrangère n'accorderait qu'une part moindre de celle qu'a fixée la loi française, pourraient la parfaire sur les biens situés en France. Dans la pensée du législateur, l'application d'une loi étrangère ne peut rompre, au détriment des héritiers français, l'égalité du partage; or, si cette égalité est rompue, qu'importe que ce soit au profit de français ou d'étrangers ? Il n'y a pas de raison de distinguer (1).

Je ne crois pas, cependant, devoir adopter cette opinion, qui me paraît contraire au texte comme à l'esprit de la loi. — A son texte : l'article 2 dit formellement que le prélèvement s'exerce, « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français. » — A son esprit : car, si le législateur a institué le prélèvement, c'est uniquement parce qu'il n'a pas voulu que le droit de succession qu'il accordait aux étrangers portât préjudice aux français. Le prélèvement ne peut donc s'exercer que s'il y a concours entre héritiers français et étrangers, et seulement contre des héritiers étrangers ; il ne pourra jamais être invoqué contre des français.

Il ne s'exercera pas non plus contre les étrangers admis à la jouissance des droits civils, notamment contre ceux qui ont été autorisés à fixer leur domicile en France.

Enfin, il ne s'exercera pas, lorsque des traités diplomatiques en auront écarté l'application, comme paraissent l'avoir fait le traité franco-autrichien du 11 décembre 1866 et le traité franco-suisse du 15 juin 1869 : c'est, du moins, ce que la Cour de cassation a jugé pour ce dernier traité (2).

629. — 3° *Par qui le prélèvement peut-il être exercé?* — Par les Français seulement. Pourrait-il l'être aussi par les étrangers autorisés à fixer leur domicile en France ? Cela est douteux. Il est vrai que ces étrangers ont la jouissance des droits civils ; mais il est plus exact de voir, dans

---

(1) Cass. 27 avril 1868, Dal. 69.1.302. — Aubry et Rau, t. VI, p. 277-278. Demolombe, t. XIII, n° 203 *bis*. Demante, t. III, n° 33 *bis* III. — *Contra* Weiss, p. 114. Surville et Arthuys, p. 351. Despagnet, p. 549.

(2) Cass. 11 février 1890, Cl. 1890, p. 299.

le prélèvement, un véritable privilège attaché à la nationalité française, et qui, par suite, n'appartient pas aux étrangers, même autorisés à fixer leur domicile en France. S'ils pouvaient l'exercer, leur condition serait trop favorable : ils bénéficieraient, dans leur pays, de leur loi nationale, si elle leur accordait quelque faveur aux dépens des français, et, en même temps, ils bénéficieraient, en France, de la loi française, si elle leur était plus avantageuse que la loi étrangère (1).

630. — 4° *Sur quels biens et comment s'exerce le prélèvement?* — Le prélèvement s'exerce sur les biens *situés* en France. Quoique, dans le langage ordinaire, les immeubles seuls aient, à proprement parler, une situation, les termes larges de la loi indiquent que le prélèvement doit porter sur tous les biens, meubles ou immeubles. Il s'exercera même sur les créances héréditaires : c'est la solution adoptée en pratique, soit lorsque le débiteur réside en France, soit même lorsque le titre de créance s'y trouve, le débiteur résidant à l'étranger, ce qui est peut-être excessif (2). Il est, d'ailleurs, bien entendu que le prélèvement n'est possible que si une portion des biens héréditaires se trouve en France. Les héritiers français n'auraient aucun droit à prétendre sur les biens appartenant, en France, aux héritiers étrangers personnellement.

Pour opérer le prélèvement, on réunit fictivement en une seule masse les biens situés en France et à l'étranger ; on détermine la part des héritiers français, en supposant la succession régie par la loi française, et l'on prend, sur les biens situés en France, la valeur nécessaire pour la parfaire, au cas où la part attribuée par la loi étrangère serait moins forte.

631. — *Lois étrangères.* — Le droit de prélèvement se rencontre dans la loi belge du 27 avril 1865 et dans la loi hollandaise du 7 avril 1869, qui ont accordé aux étrangers les droits de succession. Mais il ne se rencontre pas dans tou-

---

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 278, note 10. Despagnet, p. 546. — *Contra*, Weiss, p. 113.

(2) Cass. 21 mars 1855, Sir. 55.1.273.—V. Demolombe, t. XIII, n° 204 et suiv.

tes les législations qui reconnaissent aux étrangers les mêmes droits de succession qu'aux nationaux : ainsi, il n'en est pas question dans le Code civil italien.

§ 2. — Loi applicable à la succession ab intestat.

632. — C'est là une des questions que le conflit des lois a le plus anciennement soulevées. Nous l'avons déjà esquissée à grands traits, en parlant, d'une façon générale, de la loi qui régit les biens ; c'est ici le lieu de la traiter avec tous les développements qu'elle comporte.

633. — Il existe, pour la résoudre, trois systèmes principaux :

1° La succession est régie par la loi du lieu où sont situés les biens héréditaires, sans distinguer entre les meubles et les immeubles. C'est le système le moins en faveur. Il n'est suivi que par un très petit nombre de législations, comme celles des cantons de Berne et de Vaud et du Pérou.

2° La succession aux immeubles est régie par la loi de leur situation, la succession aux meubles par la loi personnelle du *de cujus*. C'est le système consacré implicitement par le Code civil français et adopté, en France, par une pratique constante. C'est peut-être aussi le plus suivi des trois : on le retrouve en Belgique, en Hollande, en Angleterre, aux Etats-Unis, en Russie, en Autriche-Hongrie, au moins quand il s'agit de la succession laissée dans ce pays par un étranger, au Mexique.

3° La succession doit être régie tout entière par la loi nationale du *de cujus*, sans distinguer entre les meubles et les immeubles. C'est le système considéré dans la doctrine comme le plus exact. Le Code italien et le Code espagnol l'ont expressément consacré. Le Code saxon, et, en général, la jurisprudence allemande, appliquent aussi à la succession une loi unique, indépendante de la situation des biens, mais c'est celle du domicile du *de cujus*. On sait, du reste, qu'en Allemagne la loi personnelle est déterminée par le domicile.

Nous allons, d'abord, exposer le système suivi en France ; nous nous attacherons ensuite à le discuter, en prouvant que la succession doit être régie tout entière par la loi nationale du *de cujus*. Nous aurons, par là même, réfuté, *à fortiori*, le

système qui soumet toute la succession à la loi de la situation des biens.

634. — A. Système français. — Depuis le XVI[e] siècle, une tradition invariable décide que la succession aux immeubles est régie par la loi de leur situation, en d'autres termes qu'elle dépend du statut réel. C'était, en effet, on s'en souvient, un principe de notre ancien droit que *toutes coutumes sont réelles*. Le statut personnel est une exception, qui comprend uniquement les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes. Or, les lois relatives aux successions ne rentrent pas dans cette catégorie; elles doivent donc rester sous l'empire de la règle générale: elles sont réelles. Mais le statut réel ne s'applique qu'aux immeubles; seule donc, la succession aux immeubles est régie par la loi de leur situation ; la succession aux meubles est régie par la loi du domicile du *de cujus*, qui était aussi alors sa loi personnelle.

La distinction entre les meubles et les immeubles découlait ainsi, naturellement, de la distinction du statut réel et du statut personnel ; elle était aussi en harmonie avec l'importance prépondérante qu'avait autrefois la propriété immobilière, au point de vue politique et économique.

Le Code civil a consacré ce système. Nous l'avons déjà démontré: les lois qui, d'après l'article 3 du Code civil, régissent les immeubles, même appartenant à des étrangers, sont celles que l'ancien droit rangeait, d'une façon certaine, dans cette catégorie ; or, les lois de succession y figuraient au premier rang.

635. — La succession immobilière, laissée en France par un étranger, est donc régie par la loi française : c'est le principe admis par une jurisprudence constante (1), et presque tous les auteurs, — qu'ils l'approuvent ou le critiquent, comme nous le ferons nous-même, — reconnaissent qu'on doit interpréter en ce sens le Code civil (2). Réciproquement,

---

(1) Sur cette jurisprupence, dont les arrêts sont trop nombreux pour les citer ici, V. Vincent et Penaud, *Dictionnaire*, V° *Succession*, n° 6. — Cass. 26 janvier 1892, Sir. 92.1.76.

(2) Aubry et Rau, t. I, p. 99, n° 45. Fœlix, t. I, n° 66 et note de De-

la succession immobilière, laissée par un français à l'étranger, sera soumise à la loi de la situation des biens. Mais il peut arriver que, d'après cette loi, la succession immobilière soit régie par la loi nationale du *de cujus* : c'est le cas, par exemple, si des immeubles, dépendant de la succession d'un français, sont situés en Italie. Faut-il alors admettre que, par une conséquence de la loi italienne elle-même, ils seront soumis à la loi française ? Nous avons déjà rencontré cette question, à propos du statut personnel, et nous avons pensé que les tribunaux français n'avaient pas à tenir compte du renvoi ainsi fait par une loi étrangère à la loi française (1). Les tribunaux français n'appliqueront donc point alors la loi française à des immeubles situés à l'étranger.

636. — Quant à la succession mobilière, il est certain qu'elle n'est pas régie par la loi du pays où les meubles se trouvent lors du décès ; mais faut-il appliquer la loi du domicile du *de cujus* ou sa loi nationale ? Le Code n'a pas tranché la question, et la tradition de l'ancien droit, je l'ai déjà dit plus haut, la laisse indécise. Faut-il considérer les meubles comme réunis au domicile de leur propriétaire et soumis à la loi de cette situation fictive ? C'est toujours la loi du domicile du *de cujus* qui régira la succession mobilière. Admet-on, au contraire, que les lois relatives aux meubles dépendent du statut personnel de leur propriétaire ? C'est la loi nationale du *de cujus* qu'il faudra appliquer à la succession mobilière.

La jurisprudence française se prononce pour la loi du domicile. La succession d'un étranger, autorisé à fixer son domicile en France, est régie par la loi française (2). Mais comme,

---

mangeat, p. 144. Demolombe, t. I, nos 79 et suiv. Laurent, t. VI, no 130, 131. Renault, *op. cit.*, Cl. 1875, p. 339. — *Contra*, Weiss, p. 682. Despagnet, p. 559. Durand, *op. cit.*, p. no 192. Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, nos 75 et suiv. Dubois, *Observations sur la jurisprudence italienne*, Cl. 1875, p. 51. Antoine, *op. cit.*, no 364 et suiv. V. *suprà*, no 306.

(1) La question n'est pas tout à fait la même, parce qu'il s'agit ici d'une question de statut réel : ce n'est cependant pas, croyons-nous, une raison pour donner une solution différente. *Suprà*, no 324.

(2) Trib. de la Seine, 6 janvier 1866, Dal. 67.3.61.

en même temps, la jurisprudence décide ce qui est, à mon avis, fort contestable, qu'un étranger n'a pas, en France, de domicile légal, s'il y est établi sans autorisation du gouvernement, il en résulte que, dans ce cas, la succession sera régie, non par la loi française, mais par celle du pays où il a son dernier domicile, c'est-à-dire, le plus souvent, par sa loi nationale (1). Réciproquement, la succession d'un français, domicilié à l'étranger, est régie par la loi de son domicile (2).

Mieux vaudrait, cependant, tout en prenant pour point de départ la distinction de la succession mobilière et immobilière, décider que la succession mobilière est régie par la loi nationale du *de cujus*. On se rapprocherait ainsi du système rationnel. Le Code civil ne s'y oppose pas, puisqu'il est muet sur la question ; et, au fond, l'autorité de la tradition ne s'y oppose pas non plus. En partant du principe généralement admis autrefois : *mobilia sequuntur personam*, on soumet, par une conséquence logique, la succession mobilière à la loi nationale du *de cujus* (3).

637. — Nous terminerons par deux observations cet exposé du système français.

1° La distinction de la succession immobilière et de la succession mobilière, admise implicitement par l'article 3 du Code civil, a été consacrée expressément par les traités que la France a conclus avec l'Autriche (1861), la Russie (1874) et la Serbie (1883). Ils stipulent que la succession aux immeubles doit être régie par la loi du pays où ils sont situés, et la succession aux meubles par la loi nationale du *de cujus*. La

---

(1) Paris, 14 juillet 1871, Dal. 72.2.65 ; Cass. 5 mai 1875, Dal. 75.1. 343; Bordeaux, 24 mai 1876, Sir. 77.2.109; Aix, 27 mars 1890, Cl. 1891, p. 210. Lorsque, d'après la loi du domicile de l'étranger, la succession, même mobilière, est régie par la loi de la situation des biens, la loi française doit-elle s'appliquer aux meubles dépendant de la succession, et qui se trouvent en France ? V. pour l'affirmative : Cass. 24 juin 1878, Sir. 80.2.294. La négative me semble préférable. V. *suprà*, n° 324.

(2) Cass. 26 avril 1868, Dal. 68.1.302.

(3) Renault, *op. cit.*, Cl. 1875, p. 342. Laurent, t. VI, n° 161. Surville et Arthuys, p. 344.

même distinction résulte du traité conclu avec la Suisse, le 15 juin 1865 (1). Nous nous contentons de mentionner ici ces conventions diplomatiques, sur lesquelles nous aurons à revenir.

2° Lorsqu'il y aura lieu d'effectuer, au profit d'héritiers français, le prélèvement autorisé par la loi du 14 juillet 1819, les meubles dépendant de la succession, et qui se trouvent en France, seront eux-mêmes soumis à la loi française. C'est cette loi, en effet, nous l'avons vu, qui détermine la part que les héritiers français peuvent prendre sur les biens meubles ou immeubles situés en France.

638. — B. Discussion et critique du système précédent. — Personnalité des lois qui régissent les successions ab intestat. — Le système que nous venons d'exposer aboutit à scinder la succession en deux ou plusieurs parties : la succession aux meubles est soumise à une loi, la succession aux immeubles à une autre ; et, comme les immeubles peuvent être situés dans divers pays, il peut y avoir, non seulement deux, mais trois ou quatre successions, ou un plus grand nombre, régies chacune par une loi différente. C'est un résultat choquant à première vue. Il n'est plus possible de l'expliquer, comme autrefois, par le principe de la réalité des coutumes ; on invoque d'autres raisons pour le justifier.

On dit que le territoire forme la base matérielle de l'Etat, dont l'existence est intimement liée au sort des immeubles qui le composent (2). Le législateur ne peut donc consentir à soumettre les immeubles situés dans son pays à l'empire d'une loi étrangère. En d'autres termes, la transmission héréditaire des immeubles doit être régie par la loi de leur situation, parce que, dans chaque pays, elle intéresse l'ordre public. Nous avons déjà répondu que, si le règlement des successions se rattache, en effet, à l'organisation politique de l'Etat, cela est vrai de la succession aux meubles comme de la succession aux immeubles, et que si, cependant, la succession aux meubles n'est pas soumise à la loi de leur situation, il n'y a pas de motifs pour qu'il en soit autrement de la succession aux immeubles. Est-il raisonnable de croire

---

(1) Cass. 11 février 1890, *sup. cit.*
(2) Aubry et Rau, t. 1, p. 99, n° 45.

que la transmission héréditaire d'une motte de terre intéresse l'ordre public, et que celle de la plus grosse fortune mobilière lui soit indifférente ?

639. — Rien ne justifie la scission qu'on opère dans la succession ; une loi unique doit la régir tout entière : c'est ce qu'il faut d'abord démontrer.

Soumettre la succession à plusieurs lois différentes, c'est entraîner des complications, augmenter les difficultés et les frais du partage. Mais cette raison est un peu superficielle ; il en est d'autres plus décisives.

La succession est un fait juridique unique, de même nature pour les meubles et les immeubles ; il n'est donc pas rationnel de lui appliquer deux ou plusieurs lois différentes. C'est la transmission du patrimoine : or le patrimoine est un, et la loi qui régit sa transmission doit être une également. C'est la continuation de la personne du défunt, surtout dans le droit français ; or, cette personne est une. Il n'y a donc qu'une seule succession et une seule loi doit la régir.

Enfin, si la succession *ab intestat* est réglée par la volonté présumée du défunt et d'après l'ordre naturel de ses affections, on ne saurait penser que cette volonté varie, suivant qu'il s'agit des meubles ou des immeubles, ou que les immeubles soni situés dans différents pays.

640. — La succession *ab intestat* est donc régie par une loi unique. Il reste à établir que c'est par la loi nationale du défunt.

Ce ne peut être par la *lex rei sitæ* : la succession, considérée comme formant une unité juridique, n'a pas de situation et les biens qui la composent sont susceptibles de se trouver dans différents pays.

D'ailleurs, la dévolution de la succession est fondée sur les rapports de famille ; elle doit donc être soumise à la loi qui les règle, c'est-à-dire à la loi personnelle. Mais la loi personnelle n'est pas toujours la même pour la famille toute entière, pour le défunt et ses héritiers. Dans ce cas, on appliquera la loi nationale du défunt et non pas celle de ses héritiers : c'est le seul moyen d'assurer l'unité de la loi qui régit la succession, puisque les héritiers peuvent être de nationalités diverses. En outre, si la succession *ab intestat* est

réglée d'après la volonté du défunt, c'est dans sa loi personnelle, et non dans celle de ses héritiers, qu'on doit chercher l'interprétation de cette volonté.

La loi nationale du défunt régit donc la succession *ab intestat*, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, en quelque pays que les biens soient situés et quelle que soit la nationalité des héritiers (1).

Cependant, il faut aussi tenir compte, dans certains cas, de la loi nationale des héritiers, par exemple lorsqu'il s'agit de leur capacité personnelle; et, d'autres fois, de la loi du pays où les biens, meubles ou immeubles, sont situés, lorsque cette loi est d'ordre public. Nous pensons que les lois relatives aux successions ne sont pas toujours et nécessairement d'ordre public ; mais nous ne contestons pas que plusieurs de leurs dispositions aient ce caractère.

641. — On le voit donc : le système qui a notre préférence diffère, sous deux rapports principaux, de celui qui est suivi en France : 1° Dans le système français, la succession aux meubles est régie par la loi du domicile du *de cujus* ; dans le nôtre, par sa loi nationale ; 2° La succession aux immeubles (et c'est là le point capital), régie dans le système français par la loi de leur situation, est régie, dans l'autre système, par la loi nationale du *de cujus*, sauf à appliquer aux meubles comme aux immeubles la loi territoriale, toutes les fois qu'elle est d'ordre public.

Ces deux systèmes doivent, dans l'application, aboutir à des résultats très différents ; nous allons le voir en étudiant les questions que soulève le règlement des successions.

§ 3. — Application des principes.

642. — Nous devons passer en revue quatre questions :

1° Par quels événements et dans quel endroit s'ouvre la succession ?

2° A qui elle est acquise ?

---

(1) Laurent, t. VI, n° 128. Fiore, n° 392 et suiv. Weiss, p. 682. Despagnet, p. 552 et suiv. Surville et Arthuys, p. 336. —Savigny, t. VIII, § 375 et Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, n° 75 et suiv. appliquent aussi à toute la succession la loi personnelle du *de cujus*, mais ce serait, d'après eux, celle de son domicile.

3° Comment elle est acquise ? Les héritiers ont-ils la saisine ? Ont-ils le droit d'accepter et de répudier ?

4° Quels sont les effets de cette acquisition, notamment en ce qui concerne le paiement des dettes et le partage ?

643.—I. — OUVERTURE DE LA SUCCESSION. — **A. Par quels événements s'ouvre la succession ?** — D'après la loi française (Code civil, art. 718, loi du 31 mai 1854), la succession s'ouvre par la mort naturelle. Dans quelques pays étrangers, elle s'ouvre autrement : ainsi, en Russie, par la mort civile, résultant d'une condamnation pénale ou de la profession religieuse. Cette privation de la personnalité est contraire, en France, à l'ordre public : on n'en tiendra donc pas compte pour ouvrir la succession d'un étranger. La mort naturelle seule ouvrira en France la succession, pour les meubles comme pour les immeubles.

En généralisant, nous dirons que la succession ne peut être ouverte dans un pays que pour les causes admises par la loi locale.

644. — B. En quel endroit s'ouvre la succession. – D'après l'article 110 du Code civil, la succession s'ouvre au dernier domicile du défunt. Rien n'empêche de suivre cette règle dans les relations internationales. Il en résulte : 1° que la succession d'un français domicilié à l'étranger ne s'ouvre pas en France, mais dans le pays où il a son domicile ; 2° que la succession d'un étranger domicilié en France s'ouvre en France. Or, le tribunal compétent pour connaître, soit des contestations entre héritiers, soit de l'action en partage, est celui du lieu où la succession est ouverte ; les tribunaux français seront donc incompétents, lorsque la succession est ouverte à l'étranger, même si le *de cujus* est français ; ils seront compétents, lorsque la succession est ouverte en France, même si le *de cujus* est étranger.

Ces principes pourraient s'appliquer, même en admettant que les successions immobilières laissées par des étrangers en France sont régies par la loi française, puisque ce n'est pas la situation des biens, mais le domicile du défunt, qui détermine le tribunal compétent. Ils ne sont cependant pas entièrement suivis dans la pratique.

645. — On doit, d'après la jurisprudence, distinguer plusieurs hypothèses :

1° La succession d'un français s'ouvre en France : les tribunaux français sont alors compétents, même pour la liquidation et le partage des immeubles en dépendant qui sont situés à l'étranger (1).

2° La succession d'un étranger s'ouvre en France et les tribunaux sont compétents pour en connaître : *a*) lorsqu'il était autorisé à fixer son domicile en France ; *b*) et même lorsque, sans autorisation, il avait, dans ce pays, un établissement susceptible de constituer un domicile de fait. C'est, du moins, ce qu'a jugé la Cour de cassation (2). Toutefois, les tribunaux français ne seraient compétents que pour la partie mobilière de la succession et les immeubles situés en France ; ils ne se reconnaîtraient pas de compétence pour les immeubles situés à l'étranger.

3° La succession d'un étranger, domicilié en pays étranger, ne s'ouvre pas en France, et les tribunaux français seront incompétents pour la liquidation de la succession mobilière. Au contraire, d'après une jurisprudence constante, ils seraient compétents, même dans ce cas, pour la liquidation et le partage des immeubles situés en France. La Cour de cassation en donne cette raison : « que la loi française seule régle tout ce qui est relatif à la transmission, même à l'égard des héritiers étrangers, des immeubles situés en France (3) ».

4° La succession d'un français domicilié à l'étranger devrait s'ouvrir au lieu de son domicile, et les tribunaux français seraient incompétents pour en connaître, réserve faite pour les immeubles situés en France.

5° Enfin, les tribunaux français sont nécessairement compétents, toutes les fois que les héritiers, ou quelques-uns d'en-

---

(1) Besançon, 23 juillet 1875, Dal. 76.2. 158.

(2) Cass. 7 juillet 1874, Dal. 75.1.271 ; Trib. de Marseille, 26 janvier 1889, Cl. 1889, p. 675 ; Trib. de la Seine, 2 août 1890, Cl. 1890, p. 492 ; Paris, 8 décembre 1891, Cl. 1892, p. 486. V. cep. Paris, 31 décembre 1889, Cl. 1890, p. 121.

(3) Cass. 22 mars 1865, Sir. 65.1.175 ; Paris, 31 décembre 1889, *Sup. cit.* et 29 juin 1888, Cl. 1890, p. 323 ; Orléans, 1er août 1890, Cl. 1892, p. 1028.

tre eux, sont français, qu'une partie des biens se trouvent en France et qu'il y a lieu au prélèvement institué par la loi du 14 juillet 1819. Ce n'est, en effet, qu'aux tribunaux français qu'on peut s'adresser pour assurer l'exercice de ce droit. Ils auront à déterminer la part qui, d'après la loi française, revient aux héritiers dans l'ensemble de la succession, en tenant compte des biens situés en France et à l'étranger.

646. — *Traités diplomatiques.* — Plusieurs traités, conclus avec divers États étrangers, ont modifié ou confirmé les règles suivies en France, relativement à la compétence en matière de succession.

a) Certains traités règlent, tout à la fois, la loi applicable à la succession et la compétence. Ils ont été conclus avec l'Autriche (11 décembre 1866), la Russie (1er avril 1874), la Serbie (18 juin 1883), le Mexique (27 novembre 1886). La loi applicable aux immeubles, comme nous l'avons déjà dit, est celle de leur situation, la loi applicable aux meubles, la loi nationale du défunt. Le tribunal compétent sera, pour les immeubles, celui du pays où ils sont situés, et, pour les meubles, sauf cependant dans le traité conclu avec le Mexique, celui du pays auquel le défunt appartenait.

Le traité franco-russe renferme une clause spéciale et très critiquable (art. 5 et 10). Si un national du pays où la succession mobilière s'est ouverte a des droits à y faire valoir, il peut saisir les tribunaux du lieu d'ouverture de la succession, c'est-à-dire de son propre pays, pourvu qu'il intente son action dans un délai assez bref après l'ouverture de la succession. La succession mobilière est alors régie par la loi du pays où elle est ouverte.

Enfin, d'après le traité conclu avec le Mexique, le tribunal compétent pour les successions mobilières laissées dans l'un des deux pays par un sujet de l'autre, qui y était domicilié, sera celui du pays où les meubles se trouvent, mais il devra appliquer la loi nationale du défunt.

647. — *b*) Le traité franco-suisse de 1869, sur la compétence judiciaire (art. 5), règle la compétence en matière de succession. Il détermine aussi la loi applicable ; mais il ne le fait,

d'une façon formelle, que pour la succession immobilière.

« Toute action relative à la liquidation ou au partage d'une succession testamentaire ou *ab intestat* est portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession ». Or, la succession d'un français décédé en Suisse sera réputée ouverte à son dernier domicile en France, et, réciproquement, la succession d'un suisse décédé en France, à son dernier domicile en Suisse. Le tribunal compétent, pour la succession d'un français ou d'un suisse est donc déterminé par la nationalité du *de cujus*.

« On devra, pour le partage, la licitation, ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de la situation ». Le texte ne parle pas de la succession mobilière ; mais la Cour de cassation l'interprète, avec raison, en ce sens que la succession mobilière sera régie par la loi nationale du *de cujus* (1).

Le traité pose, d'ailleurs, une règle de compétence obligatoire : le tribunal français, saisi de l'action en partage de la succession d'un suisse, serait tenu de se déclarer incompétent, alors même que les parties seraient d'accord pour accepter sa juridiction. Un traité est fondé sur des motifs d'intérêt général et non d'intérêt privé ; la volonté des particuliers ne peut empêcher d'en appliquer les dispositions, et l'incompétence qui en résulte est d'ordre public.

Mais, si la compétence du tribunal du pays auquel le *de cujus* appartient est absolue et exclusive pour la succession mobilière, en est-il de même pour la succession immobilière? On a pensé que le tribunal compétent serait alors celui de la situation des immeubles, par ce motif, qu'aux termes du traité, la liquidation et le partage des immeubles doivent être régis par la loi de cette situation (2) : raison insuffisante, à mon avis, car la compétence du tribunal n'est pas nécessairement liée à la loi qu'il doit appliquer. La disposition du traité est générale et il n'y a pas lieu de distinguer, à ce point de vue, entre la succession mobilière et la succession immobilière (3).

---

(1) Cass. 11 février 1890, Cl. 1890, p. 299.
(2) Paris, 29 juin 1888, Cl. 1890, p. 319.
(3) Trib. de la Seine, 11 décembre 1889, Cl. 1890, p. 319.

648. — *c*) Un grand nombre de traités ont donné aux consuls français à l'étranger, et, réciproquement, aux consuls étrangers en France, certains pouvoirs relatifs aux successions de leurs nationaux. Il faut mentionner, en première ligne, les traités avec l'Autriche et la Russie, que j'ai déjà cités, et y joindre les clauses de diverses conventions consulaires conclues, notamment, avec l'Espagne (1862), le Portugal (1866), l'Italie (1862), la Grèce (1876) et diverses Républiques de l'Amérique du Sud. Ces conventions ne diffèrent que par les détails ; elles se ressemblent dans leurs traits généraux.

1° Elles ne confèrent d'attributions aux consuls qu'en cas de nécessité, par exemple, lorsque le *de cujus* n'a pas fait de testament, ou n'a pas nommé d'exécuteur testamentaire, ou lorsque l'exécuteur testamentaire ne se trouve pas au lieu où la succession s'est ouverte, ou lorsque l'un des héritiers naturels ou testamentaires est incapable ou non présent.

2° Les pouvoirs reconnus aux consuls ont pour but la conservation, l'administration et la liquidation de la succession : ils peuvent apposer les scellés, faire inventaire, faire vendre aux enchères les effets mobiliers, recouvrer les créances, payer les dettes, etc. Mais ils n'auraient point d'attributions contentieuses, pour statuer sur les difficultés auxquelles donne lieu le règlement ou la liquidation de la succession. Les traités renvoient expressément le jugement de ces contestations aux tribunaux du pays où la succession s'est ouverte, lorsqu'elles intéressent des sujets de ce pays ou d'une puissance tierce ; mais les consuls n'auraient pas davantage le droit de les juger, si elles intéressaient exclusivement leurs nationaux. En effet, les consuls, hors des pays d'Orient, n'ont pas de juridiction contentieuse et les traités dont nous parlons ne leur en attribuent pas. Cette solution trouve un appui dans l'interprétation diplomatique donnée au traité franco-brésilien, dont les termes se retrouvent dans la plupart des autres (1).

---

(1) Déclaration du 21 juillet 1866, § 7. Les diverses conventions consulaires conclues avec le Brésil ayant été successivement dénoncées, la France a réclamé, pour la liquidation des successions de ses na-

649. — II. — A QUI LA SUCCESSION EST-ELLE ACQUISE? — Pour recueillir une succession, il faut : 1° avoir les qualités générales requises pour succéder ; 2° être appelé par la loi à la succession ouverte.

650. — A. Qualités générales requises pour succéder. — D'après la loi française, deux qualités sont nécessaires : être capable et n'être pas indigne. Pour être capable, il suffit d'exister lors de l'ouverture de la succession. L'enfant conçu est réputé exister, pourvu qu'il naisse vivant et viable. Les causes d'indignité sont limitativement énumérées par la loi (art. 717).

Certaines lois étrangères établissent d'autres causes d'incapacité, comme la mort civile, ou règlent différemment les cas d'indignité. Ainsi, d'après le Code italien, la non-dénonciation du meurtre du défunt n'est pas une cause d'indignité ; mais elle est encourue par l'héritier qui a détruit le testament du défunt, ou qui l'a empêché ou contraint d'en faire un. Ce même cas se retrouve, avec beaucoup d'autres, dans le Code espagnol.

650 *bis*. — L'incapacité et l'indignité dépendent tout à la fois de la loi qui régit la succession, — quel que soit, d'ailleurs, le système qu'on adopte, — et de la loi nationale de l'héritier (1).

a) L'héritier doit être écarté, toutes les fois qu'il est incapable ou indigne d'après sa loi nationale, même s'il ne l'était pas d'après la loi de la succession. Il s'agit, en effet, de la capacité de l'héritier, et il faut appliquer la loi qui la régit, à moins, cependant, que l'incapacité ne soit contraire à l'ordre public dans le pays où la succession est ouverte, comme celle

---

tionaux, le traitement de la nation la plus favorisée, conformément au traité du 7 juin 1826, art. 4. V. Cl. 1891, p. 331 et suiv.

(1) La Cour de cassation a décidé que les causes d'indignité dépendent exclusivement de la *lex successionis*, 31 mars 1874, Sir. 74.1.346. Dans l'espèce, il ne s'agissait pas précisément d'un étranger, mais d'un israëlite algérien, français, mais soumis, quant à son statut personnel, à la loi mosaïque. — *Sic*, Antoine, *op. cit.*, n° 74.

qui résulte de la mort civile, ou qui serait fondée sur les croyances religieuses (1).

b) L'héritier doit être également écarté, toutes les fois qu'il est incapable ou indigne, d'après la loi de la succession, même s'il ne l'était pas d'après sa loi nationale. Les cas d'incapacité ou d'indignité tiennent à l'organisation générale de la succession, et les autres héritiers puisent dans la loi qui la régit le droit de faire valoir ces causes d'exclusion qui augmentent leur part. La nationalité de ceux contre qui ils les invoquent est indifférente. Il serait bizarre qu'un héritier, qui peut écarter de la succession son cohéritier, lorsqu'il est français, ne le pût pas lorsqu'il est étranger.

En outre, comme les causes d'indignité sont des déchéances, fondées sur des raisons de morale, et qui, par conséquent, sont d'ordre public, la loi française doit s'appliquer, sous ce rapport, à toutes les successions mobilières ou immobilières liquidées en France, lorsqu'elle est plus rigoureuse que la loi de la succession ou que la loi personnelle de l'héritier.

651. — B. Détermination de l'héritier appelé à la succession. — Pour déterminer l'héritier appelé à recueillir une succession, il faut résoudre diverses questions : Jusqu'à quel degré les parents sont-ils appelés ? Dans le droit français, c'est jusqu'au douzième ; dans les Codes espagnol et italien, jusqu'au dizième ; dans le droit anglais, sans aucune limite. — Quels sont les droits des enfants naturels ? — Quels sont ceux du conjoint survivant ? On sait comment le Code civil l'avait, en quelque sorte, oublié ; la loi du 9 mars 1891 a réparé cette omission : elle lui donne un droit d'usufruit sur les biens du prédécédé, plus ou moins étendu suivant la qualité des héritiers avec lesquels il concourt ; mais il n'est encore appelé à la succession qu'à défaut de tous parents, même naturels. D'autres législations se montrent plus favorables. Ainsi, le Code italien donne au con-

---

(1) Weiss, p. 693-694. Despagnet, p. 565. Fiore, n° 397. Laurent, t. VI, n^{os} 172 et suiv. — Sur les incapacités contraires à l'ordre public, Alger, 5 avril 1876, Sir. 76.2.131.

joint survivant un droit d'usufruit sur une portion de la succession, s'il concourt avec des enfants légitimes, de toute propriété s'il concourt avec des ascendants, des enfants naturels, des collatéraux jusqu'au sixième degré ; il le préfère, pour la totalité, aux collatéraux plus reculés. — Dans quel ordre les divers successibles sont-ils appelés à recueillir l'hérédité ? — Dans chaque ordre, le plus proche en degré exclue-t-il tous les autres parents, ou la représentation est-elle admise ? — La succession doit-elle se partager entre les deux lignes paternelle et maternelle ?

Pour résoudre ces questions, on applique, en France, la loi de la situation à l'égard des immeubles, la loi du domicile du *de cujus* à l'égard des meubles ; dans l'opinion que nous avons préférée, on applique, sans distinction, la loi nationale du défunt.

Mais il importe surtout de remarquer que, dans l'un et l'autre système, il faut aussi : 1° tenir un certain compte de la loi nationale des héritiers, lorsqu'elle diffère de celle de la succession ; 2° appliquer à la succession, même mobilière, la loi du pays où elle est ouverte, toutes les fois qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public.

652. — 1° *Application de la loi nationale des héritiers, lorsqu'elle diffère de la loi de la succession.* — Les qualités qui donnent vocation à l'hérédité sont celles de parents, d'ascendants, d'enfants légitimes, naturels, légitimés, adoptifs, de conjoint ; ce sont, en un mot, toutes celles qui constituent l'état des personnes et doivent être régies par leur loi nationale. La loi de la succession détermine les qualités nécessaires pour être appelé à la recueillir ; la loi nationale de celui qui se prétend héritier décide si ces qualités lui appartiennent. Par exemple, d'après la loi française, l'enfant légitimé ou adoptif a les mêmes droits que l'enfant légitime ; mais il faut recourir à la loi nationale de l'héritier pour savoir s'il a été valablement légitimé ou adopté ; la même loi décide aussi comment l'héritier fera la preuve de sa filiation légitime ou naturelle (1).

---

(1) Despagnet, p. 564.

653. — 2° *Application des lois d'ordre public dans le pays où la succession s'est ouverte.* — Dans chaque pays, la loi locale doit s'appliquer aux successions, même mobilières, laissées par des étrangers, lorsque ses dispositions sont d'ordre public. Cette observation, si l'on admet que la succession immobilière est régie par la loi de la situation, a son importance pour la succession mobilière, mais elle est surtout d'un intérêt capital, si l'on admet, avec nous, que la succession, même immobilière, est régie par la loi du *de cujus*.

Un étranger meurt en France, où il était domicilié, et une partie au moins des biens héréditaires, meubles ou immeubles, se trouve en France ; quelles sont, dans la loi française, les dispositions d'ordre public qui devront s'appliquer à sa succession ? La question se pose principalement au sujet de celles que voici : 1° Droits des enfants naturels; 2° Mesures qui ont pour but de soustraire certains biens à la dévolution ordinaire de la succession et de les conserver dans les familles ; 3° Privilèges personnels accordés à certains héritiers ; 4° Droits de l'Etat dans les successions en déshérence.

654. — *a) Droits des enfants naturels.* — Lorsque la loi qui régit la succession est plus restrictive pour les enfants naturels que la loi française, ils ne pourront réclamer de droits plus étendus que ceux qu'elle leur attribue. Mais plusieurs législations, au contraire, ne montrent pas aux enfants naturels la même rigueur que la loi française. Quelques législations allemandes leur donnent les mêmes droits qu'aux enfants légitimes. D'après le Code italien, leur part n'est réduite qu'en présence de descendants légitimes, d'ascendants ou du conjoint ; ils excluent tous les autres parents. Le système du Code espagnol (art. 939) est à peu près le même.

Les enfants naturels pourront-ils bénéficier, en France, de ces dispositions plus favorables de la loi étrangère ?

Il est, d'abord, hors de doute que les enfants adultérins ou incestueux ne pourront obtenir que des aliments, quelques droits que la loi étrangère leur attribue : nous avons déjà dit que la filiation adultérine ou incestueuse est dépourvue, en France, de tout effet légal, en dehors de l'obligation ali-

mentaire, et que la preuve même en est interdite. Quant aux enfants naturels simples, la question est plus délicate. La loi française leur reconnaît des droits de succession : ne peut-on pas dire que leur plus ou moins d'importance n'affecte pas l'ordre public (1) ? Mais, d'autre part, il est certain que la loi française, en limitant les droits successoraux des enfants naturels, a été guidée par des considérations de morale, par la volonté d'assurer le respect dû à la famille légitime et de détourner, dans la mesure du possible, des unions illicites. Ces raisons, par leur nature, s'appliquent aux étrangers comme aux nationaux. Les dispositions qui restreignent la part héréditaire des enfants naturels sont donc d'ordre public international ; ils ne sauraient réclamer, en France, de droits plus étendus (2).

655. — *b) Mesures prises pour la conservation des biens dans les familles.* — Seraient encore contraires, en France, à l'ordre public, et ne pourraient y recevoir aucune application, les dispositions des lois étrangères qui permettent d'établir ou établissent elles-mêmes des substitutions, majorats, etc. Ces sortes d'institutions enlèvent les biens à la libre circulation et la loi française les a supprimées, non seulement comme incompatibles avec un régime démocratique, mais aussi comme contraires au crédit public et à l'intérêt économique de l'Etat (3). Quant aux substitutions permises en France, elles se rattachent à la matière des successions testamentaires. Disons, cependant, immédiatement, qu'un étranger n'en pourra faire, s'il n'y est autorisé par sa loi nationale. A l'inverse, un français ne pourrait faire une substitution, même permise par sa loi nationale, à l'égard d'un bien situé dans un pays qui ne les admet pas.

656. — *c) Privilèges personnels.* — Diverses lois étrangères accordent à certains héritiers des privilèges personnels, comme les droits d'aînesse et de masculinité. En Angleterre,

---

(1) Trib. de Lyon, 28 août 1869 (avec arrêt de Lyon), Sir. 72.1.201. Cpr. Laurent, t. VI, n° 248.

(2) Weiss, p. 695. Demolombe, t. 1, n° 81.

(3) Surville et Arthuys, p. 348.

les immeubles sont transmis au fils aîné et à sa postérité, par préférence aux autres enfants, aux enfants mâles de préférence aux femmes : le tout, suivant des règles trop compliquées pour les exposer ici. En Russie, les mâles excluent les femmes pour une large part. Ces lois peuvent-elles s'appliquer en France, ou doit-on les écarter comme contraires à l'ordre public ? Pour résoudre cette question, qui, d'ailleurs, ne se pose, dans le système français, que pour les meubles, il faut distinguer suivant que tous les héritiers sont étrangers ou qu'il se trouve parmi eux des français.

1re *Hypothèse* : Tous les héritiers sont étrangers. La loi étrangère, qui régit la succession, peut alors s'appliquer en France, même si elle établit des droits d'aînesse ou de masculinité (1).

On a cependant soutenu l'opinion contraire (2). On ne peut, a-t-on dit, invoquer ici les raisons ordinaires, pour appliquer la loi nationale du défunt ; car le règlement de la succession n'est pas alors fondé sur les liens de famille et sur la volonté présumée du défunt. Ces institutions sont établies, là où elles existent, dans un intérêt politique et, par suite, rigoureusement territorial. De même, elles sont proscrites, en France, pour des motifs qui tiennent à la constitution même de l'Etat et qui, par suite, sont d'ordre public.

Ces raisons ne sont pas, à mon avis, décisives. D'abord, sait-on si, dans tel pays, l'attribution de la succession à l'aîné ou au mâle n'est pas l'interprétation la plus probable de la volonté du défunt ? Quant aux raisons politiques, c'est-à-dire d'ordre public, qui ont fait proscrire en France ces sortes de privilèges, elles sont sans valeur lorsque des étrangers sont seuls en cause ; qu'importe que l'aîné d'une famille anglaise soit avantagé au détriment des cadets ? Cela contribuera, sans doute, à maintenir en Angleterre une constitution aristocratique ; mais cela n'est évidemment pas contraire à la morale, et, dans tous les cas, ne porte, en France, aucun préjudice à l'intérêt général.

---

(1) Surville et Arthuys, p. 349. Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, n° 129.

(2) Cass. 24 juin 1839, Sir. 39.1.577 ; 18 juillet 1859, Sir. 59.1.822. — Laurent, t. VI, n° 328.

2e *Hypothèse* : Les héritiers, ou quelques-uns d'entre eux, sont français. La succession, alors du moins qu'elle est liquidée en France, ou comprend des biens situés dans ce pays, doit être réglée conformément à la loi française, sans tenir compte des droits d'aînesse et de masculinité. La loi du 14 juillet 1819 (art. 2) impose, dans la plupart des cas, cette solution. Elle veut, en effet, que le français ait toujours, dans une succession, la part à laquelle l'appelle la loi française, soit qu'il concoure avec des héritiers étrangers, soit même, suivant l'interprétation que j'ai critiquée, mais qui est adoptée dans la pratique, avec d'autres français. Cette disposition n'a prévu textuellement que le cas où une partie des biens sont situés en pays étranger, mais elle s'applique *à fortiori* s'ils sont tous situés en France. Il en résulte qu'un français ne peut souffrir de l'existence de ces privilèges, ni s'en prévaloir contre un autre français (1). J'ajoute, bien que cela ne résulte plus de la loi de 1819, qu'il ne pourrait s'en prévaloir contre un étranger, alors que la succession est liquidée en France. Les motifs politiques qui ont fait abolir ces privilèges s'opposent à ce qu'un français puisse, en aucun cas, en bénéficier.

657. — *d) Droits de l'Etat dans les successions en déshérence*. — A défaut d'héritier, la succession est dévolue à l'Etat. Mais auquel ? A celui à qui le *de cujus* appartient par sa nationalité ou à celui où se trouvent situés les biens héréditaires ? Si l'Etat succédait à titre d'héritier, c'est l'Etat national du défunt qui devrait l'emporter (2). Mais l'Etat succède à un autre titre : il recueille les successions en déshérence comme biens vacants et sans maître, en vertu de son droit de souveraineté. Les biens doivent donc être attribués, sans distinction entre les meubles et les immeubles, à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent, lors de l'ouverture de la succession (3). Lorsque la succession est vacante,

---

(1) Cass. 18 juillet 1859, Sir. 59.1.822.

(2) *Sic*, Antoine, *op. cit.*, n° 79.

(3) Paris, 15 novembre 1833, Sir. 33.2.593 ; Trib. de Bordeaux, 12 février 1852, Dal. 54.2.154. — Demolombe, t. XIV, n° 178. Weiss, p. 696. Despagnet, p. 567. Fiore, n° 402. Laurent, t. VI, n°s 256 et suiv. Renault, *op. cit.*, Cl. 1875, p. 428.

c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas d'héritiers connus et que l'Etat ne la réclame pas, c'est aux tribunaux de l'Etat dont la loi la régit de pourvoir à l'administration des biens. Mais les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel ils sont situés pourront aussi, et même devront ordonner, à titre provisoire, les mesures urgentes de conservation et d'administration.

658. — III. — COMMENT LA SUCCESSION EST ACQUISE. — SAISINE. — ACCEPTATION ET RÉPUDIATION. — D'après le Code civil français, la propriété des biens héréditaires passe, dès l'ouverture de la succession, au successeur, quel qu'il soit. Quant à la possession, ou, pour mieux dire, à l'exercice actif et passif des droits héréditaires, on distingue : les héritiers légitimes en sont saisis de plein droit ; les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en possession.

Diverses lois étrangères connaissent aussi la saisine : la loi anglaise, pour les immeubles, les lois allemandes, le Code italien. Au contraire, en Espagne, l'héritier n'entre en possession qu'après avoir accepté.

Pour déterminer la façon dont est transmise la propriété ou la possession de la succession, faut-il appliquer la loi qui la régit, c'est-à-dire, suivant nous, la loi nationale du défunt ? Nous ne le pensons pas. Les conditions auxquelles la transmission des biens est soumise, entre les parties ou à l'égard des tiers, sont régies par la loi de leur situation : c'est le cas d'appliquer ce principe (1). Les formalités exigées pour la prise de possession de l'héritier dépendront donc uniquement de la loi du pays où les biens, meubles ou immeubles, sont situés. Ainsi, l'héritier d'un espagnol serait saisi de plein droit des biens héréditaires situés en France, tandis que l'héritier d'un français n'entrerait qu'après son acceptation en possession des biens situés en Espagne. Il va sans dire que cette solution ne souffrira pas de difficulté pour les immeubles, si l'on admet, avec le système français, que la succession est, en ce qui les concerne, soumise à tous égards à la loi de la situation.

---

(1) Despagnet, p. 566. Fiore, n° 401. Antoine, *op. cit.*, n° 81. — *Contra*, Weiss, p. 696. Laurent, t. VI, n° 359.

658 *bis*. — L'héritier investi de la succession ne l'est pas malgré lui. Le Code civil lui permet de l'accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, ou de la répudier. Mais toutes les législations ne lui offrent pas ce triple parti. Ainsi, en Angleterre, l'héritier ne peut renoncer à la succession immobilière. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'existe pas en Russie. La loi qui régit la succession et fixe l'étendue des droits de l'héritier décide entre quels partis il peut choisir. Mais la capacité d'accepter ou de répudier est déterminée par la loi personnelle de l'héritier, et la forme de l'acceptation ou de la répudiation, par la loi du pays où ces actes sont accomplis (1).

659. — IV. — EFFETS DE L'ACQUISITION. — Parmi les conséquences que produit l'acquisition d'une succession, j'en examinerai deux : le partage et le paiement des dettes.

§ 1. — Partage.

660. — Le partage est une opération complexe, qui peut se trouver soumise à des lois différentes. A l'exemple du Code civil français, en même temps que du partage, nous traiterons des rapports : c'est par là que nous commencerons.

661. — **A. Rapports.** — Tout héritier, d'après la loi française, doit rapporter à la succession les libéralités qu'il a reçues du défunt à titre de donation entre vifs ou de legs. Pour les immeubles, le rapport se fait, en principe, en nature, à moins qu'ils n'aient été aliénés, et en moins prenant pour les meubles.

L'obligation du rapport existe dans diverses législations étrangères, comme en Allemagne ; et aussi, mais avec moins d'extension qu'en France, en Espagne et en Italie. En Espagne, le rapport n'est imposé qu'aux descendants, il n'a pas lieu pour les legs, lorsque le testateur

---

(1) Weiss, p. 696. Despagnet, p. 556. — D'après Laurent, t. VI, nº 376 et suiv. Duguit, *Th. doct.*, p. 132 et suiv., les formes solennelles de l'acceptation et de la renonciation seraient régies par la loi personnelle de l'héritier. Mais la renonciation ne pourrait être opposée aux tiers que si le renonçant avait observé les conditions de publicité prescrites par la loi du pays où il veut s'en prévaloir.

n'en a pas formellement exprimé la volonté (C. civ., art. 1037) ; il paraît avoir lieu toujours en moins prenant. En Italie, le rapport n'est imposé qu'aux descendants; il n'a pas lieu pour les legs (ce qui est plus raisonnable que la règle française) ; il se fait, pour les immeubles, en nature ou en moins prenant, au choix du donataire; il se fait même forcément en moins prenant, si l'immeuble a été aliéné ou hypothéqué (art. 1001, 1015,1016).

662. — La loi qui régit la succession régit aussi l'obligation au rapport. Par conséquent, dans le système français, la loi française décide dans quels cas doivent être rapportés les immeubles. Elle obligera, par exemple, l'héritier d'un italien à rapporter les meubles légués, aussi bien que les immeubles donnés. Par contre, les immeubles situés en France ne devront pas être rapportés, toutes les fois qu'ils auront été donnés par préciput, même si la loi nationale du *de cujus* ne lui permettait pas de faire cet avantage à l'un de ses héritiers (1).

Le rapport des meubles sera régi par la loi personnelle du défunt.

Il serait, cependant, beaucoup plus rationnel de soumettre le rapport des immeubles, aussi bien que des meubles, à la loi nationale du *de cujus*. Outre les motifs généraux que nous connaissons, il en est de particuliers pour que cette solution soit ici plus exacte.

En effet, l'obligation au rapport, au moins telle que nous l'envisageons dans la loi française, est fondée sur la volonté du défunt : s'il n'a pas manifesté une intention contraire, il est présumé n'avoir pas voulu avantager un de ses héritiers au détriment des autres, mais seulement lui faire un avancement d'hoirie. Or, c'est la loi nationale du défunt, plutôt qu'une loi étrangère, qui est susceptible d'interpréter ses intentions ; c'est à celle-là qu'il s'est tacitement référé. Il est surtout déraisonnable de penser que sa volonté ait changé suivant la situation des biens. Un italien lègue à une même personne un immeuble situé en Italie et un immeuble situé en France ; il ne s'est pas expliqué sur la dispense du rap-

(1) Cass. 14 mars 1837, Sir. 37.1.695 ; 2 avril 1884, Cl. 1885, p. 77.

port et, d'après la loi italienne, il n'avait pas besoin de le faire. Sa volonté évidente est de laisser les deux immeubles hors part au susceptible qu'il a gratifié : en soumettant au rapport celui qui est situé en France, on viole la volonté certaine du disposant.

Cependant, en ce qui concerne la manière d'opérer le rapport et les effets qu'il produit, il faut appliquer la loi de la situation des biens, au moins quand elle a en vue l'intérêt du crédit public et la sécurité des transactions. Ainsi, la disposition du Code italien, d'après laquelle le rapport d'un immeuble hypothéqué se fait en moins prenant, a pour but de maintenir l'hypothèque et, par là, de fortifier le crédit ; elle est donc d'ordre public et s'appliquera à tous les immeubles situés en Italie, même à ceux qui dépendent de la succession d'un français, bien que, d'après la loi qui la régit, le rapport dût se faire en nature pour les immeubles hypothéqués (1).

663. — B. Partage. — La loi de la succession détermine la part abstraite qui revient aux divers héritiers. Le partage, en faisant cesser l'indivision, attribue à chacun d'eux un droit exclusif sur les biens nécessaires pour le remplir de sa part.

Dans le système français, le partage des immeubles doit être régi par la loi de leur situation (2) : c'est, en effet, ce qu'affirment plusieurs arrêts. Cependant, la jurisprudence est sobre de décisions sur les difficultés que présente cette matière, ce qui semble indiquer qu'elle soulève peu de conflits, peut-être parce que les diverses législations se ressemblent sur ce point, au moins dans leurs traits généraux. Cette rareté des précédents laisse, d'ailleurs, plus de liberté, pour soutenir, même en pratique, l'opinion la plus rationnelle.

Or, ici comme partout ailleurs, la distinction entre la succession immobilière et la succession mobilière est inacceptable en théorie ; mais nous ne dirons pas, d'une façon absolue, que le partage est régi par la loi nationale du *de cujus*. Sans

---

(1) Weiss, p. 718-719. Despagnet, p. 565. Laurent, t. VI, nº 33.
(2) Fœlix, t. I, p. 122.

doute, c'est à cette loi qu'on devra se référer toutes les fois qu'il faudra appliquer au partage celle qui régit la succession. Mais le partage se compose de plusieurs opérations distinctes, qui seront soumises à des lois différentes : à la loi qui régit l'ensemble de la succession, à la loi nationale des héritiers, à la loi de la situation des biens meubles et immeubles, enfin à celle du pays où se fait le partage. Il faut donc ici procéder par voie d'analyse.

664. — *a) Nécessité du partage.* — On sait que, d'après l'article 815 du Code civil, le partage est obligatoire dès qu'un des co-propriétaires le demande. Nul n'est tenu de rester dans l'indivision, nonobstant toutes conventions et stipulations contraires, sous cette seule réserve que les cohéritiers peuvent convenir de rester dans l'indivision, pendant un laps de temps qui ne peut excéder cinq ans.

Plusieurs législations étrangères sont moins absolues. Ainsi, d'après le Code italien, les co-propriétaires peuvent convenir de rester dans l'indivision pendant dix ans, et le testateur, lorsque, parmi les héritiers, se trouvent un ou plusieurs mineurs, peut les obliger à différer le partage jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la majorité du plus jeune d'entre eux. La loi anglaise ne contient même aucune disposition restrictive : les co-propriétaires peuvent convenir de rester dans l'indivision pour une durée indéfinie.

Mais la règle de l'article 815 est d'ordre public. La loi a voulu prévenir les inconvénients de la propriété collective ; non seulement elle est une source de contestations entre les co-propriétaires, mais elle est moins productive que la propriété divisée et exclusive, et, par là même, elle est contraire à l'intérêt général économique de l'État. Cette disposition doit donc s'appliquer à tous les biens situés en France. La stipulation d'indivision faite pour dix ans par des héritiers italiens serait, à l'égard de ces biens, réductible à cinq ans (1). — A l'inverse, des héritiers français conviendraient valablement de laisser dans l'indivision, pendant dix ans, des immeubles situés en Italie, car toutes les questions relatives à l'organisation de la propriété dépendent exclusive-

(1) Weiss, p. 717. Despagnet, p. 569. Brocher, t. I, p. 424.

ment de la loi de la situation des biens. C'est donc, en résumé, cette loi qui décide si et dans quelle mesure le partage est obligatoire (1).

665. — *b*) *Capacité.* — La capacité nécessaire pour procéder au partage, le mode de représentation ou d'assistance des incapables, sont régis par la loi nationale de chaque co-partageant. Cette même loi détermine aussi la sanction des règles relatives à la capacité, c'est-à-dire les conséquences du partage fait par un incapable. Or, d'après le Code civil, le partage fait, sans observer les formalités requises, par un tuteur au nom d'un mineur ou par un mineur émancipé, est entaché de nullité ; mais il est, cependant, valable, comme partage provisionnel, relativement à la jouissance des biens. Cette règle, propre à la loi française et qui ne se rencontre pas dans la plupart des autres législations, s'applique même aux partages faits par des étrangers. Le législateur a voulu valider l'appropriation des fruits, les baux et autres actes d'administration faits sur les biens compris dans chaque lot, non seulement dans l'intérêt des co-partageants, mais dans celui des tiers, et même dans un intérêt économique général : il faut, en effet, que les actes d'administration nécessaires à la mise en rapport des biens, par exemple à leur culture lorsqu'il s'agit de biens ruraux, s'accomplissent en sécurité, sans courir le risque d'une annulation ultérieure. Ce sont là des motifs d'ordre public.

A l'inverse, aucune raison d'ordre public ne s'opposerait à ce que le partage fait par un mineur français eût la valeur d'un partage provisionnel, même dans un pays où la loi ne l'admet pas. C'est à la loi qui établit l'incapacité de décider jusqu'à quel point les actes faits par l'incapable sont nuls (2).

666. — *c*) *Mode de partage.* — Le partage est amiable ou judiciaire. Du partage amiable, nous n'avons pas à parler, puisque le règlement en est laissé à la libre volonté des

---

(1) D'après Antoine, *op. cit.*, n° 120, la loi nationale devrait s'appliquer lorsqu'elle est plus restrictive de l'indivision que la loi de la situation.

(2) Weiss, p. 718. Despagnet, p. 569. Laurent, t, VII, nos 22-23.

parties. Nous aurons seulement à voir plus loin par quelle loi ses effets sont régis.

Le partage doit être fait en justice, lorsqu'un des co-partageants est mineur, interdit ou non présent ; mais les législations étrangères peuvent différer de la loi francaise, soit sur la nécessité même du partage judiciaire, soit sur ses règles de fond ou de forme.

1° *Nécessité du partage judiciaire.* — Le partage judiciaire est requis pour la protection de certains héritiers, généralement en raison de leur incapacité. Dès lors qu'il s'agit ici de la protection des incapables, il faut appliquer leur loi nationale, qui décide si le partage doit être fait en justice. Il est nécessairement judiciaire, dès lors que la loi nationale de l'un des héritiers, mineur ou incapable, l'exige. Il peut être amiable, même en France, lorsque la loi nationale de l'incapable le permet, comme, par exemple, la loi russe. C'est, d'ailleurs, la même difficulté que nous avons rencontrée précédemment, pour la vente des biens de mineurs. Mais, dans la pratique, on déciderait, sans doute, que le partage des immeubles appartenant, en France, à des mineurs étrangers, devrait être fait en justice (1).

2° *Règles de fond.* — Elles sont relatives à la composition des lots. Ainsi, d'après l'article 826 du Code civil, les héritiers ont droit à leur part en nature, et chaque lot doit contenir, autant que possible, la même quantité de meubles, immeubles, droits ou créances. Les héritiers sont donc appelés à recueillir, non seulement une valeur dans la succession, mais une part en nature dans les biens qui la composent. Or, la loi qui régit la succession fixe les droits des héritiers relativement aux biens héréditaires ; elle doit donc aussi régler la composition des lots (2).

3° *Règles de forme.* — Les formes du partage sont régies par la loi du pays où il a lieu : *locus regit actum.* Un mineur français est appelé à une succession ouverte à l'étranger. Le partage doit être fait en justice, mais devant l'autorité compétente d'après la loi locale, et avec les formalités qu'elle prescrit. Par exemple, en Belgique, ce serait le juge

(1) Despagnet, p. 574.
(2) Despagnet, p. 575.

de paix qui présiderait au partage, suivant une loi de 1816 qui a simplifié, sur ce point, les formalités longues et coûteuses du Code civil. Il y a plus : il serait impossible de procéder au partage judiciaire, si, dans le pays, il n'était pas usité ; on aurait alors recours aux formalités prescrites par la loi locale, pour le cas où le partage n'est pas fait à l'amiable.

667. — *d) Effets du partage.* — Suivant le Code civil :

1° Le partage attribue à chacun des co-partageants un droit exclusif sur certains biens de la succession. Il est déclaratif et non translatif de propriété. Chaque héritier est réputé avoir reçu directement du défunt les biens mis dans son lot, et, par suite, les droits qu'il aurait consentis sur les biens mis dans le lot des autres sont anéantis. C'est là une pure fiction que d'autres législations, comme le Code italien et la loi russe, ont consacrée, mais qui n'est pas admise dans tous les pays. En Espagne, conformément à la réalité des choses, le partage est translatif et non déclaratif de propriété.

2° Les co-partageants se doivent réciproquement garantie des troubles et évictions qui les atteindraient, pour les biens mis dans leurs lots.

3° Le partage, irrévocable en principe, est rescindable pour lésion de plus d'un quart, et sujet à d'autres causes d'annulation.

4° Enfin, chaque co-partageant a privilège sur les immeubles placés dans le lot des autres, pour assurer l'exécution des obligations dont ils sont tenus envers lui.

668. — Ces divers effets ne sont pas tous régis par la même loi.

1° *Attribution de la propriété.* — La loi de la situation des biens décide si le partage est déclaratif ou translatif de propriété. La règle de la rétroactivité du partage est d'ordre public dans les pays où la loi l'a admise, parce qu'elle a pour but de consolider la propriété des biens entre les mains des héritiers, d'éviter entre eux des recours et des contestations, ce qui touche à l'intérêt général (1). Elle est contraire

(1) Laurent, t. VII, n° 29. Weiss, p. 720. Despagnet, p. 569.

à l'ordre public, dans les pays où la loi ne l'admet pas, parce qu'elle a pour conséquence de faire tomber les droits consentis par les héritiers pendant l'indivision, ce qui porte préjudice à l'intérêt des tiers et au crédit public (1). Le partage d'immeubles situés en Espagne et dépendant de la succession d'un français, sera translatif de propriété ; le partage d'immeubles, dépendant de la succession d'un espagnol et situés en France, sera déclaratif de propriété. La même raison d'ordre public conduit donc à des résultats opposés: rien ne montre mieux combien la notion en est variable avec les différents pays.

669. — 2° *Obligation de garantie. Nullité et rescision du partage.* — Ici, nous n'envisageons plus le partage comme un acte destiné à transférer, ou du moins à déterminer la propriété, mais comme une convention productive d'obligations ou entachée de certains vices. Il faut donc appliquer les principes généraux des conventions.

Quant à l'obligation de garantie, nous distinguerons entre le partage amiable et le partage judiciaire.

Le partage amiable est une véritable convention, régie par la loi que les parties ont choisie expressément ou tacitement. On présumera, lorsque les co-partageants n'auront pas manifesté une volonté contraire, qu'ils ont adopté leur loi nationale commune, s'ils sont de même nationalité, et, s'ils sont de nationalités différentes, la loi du pays où le partage est fait. C'est donc l'une ou l'autre de ces lois qui régit l'obligation de garantie.

Les règles du partage judiciaire sont obligatoires pour les parties. On ne saurait donc y voir une convention soumise à la loi qu'elles auront choisie. Cependant, nous déciderons encore que l'obligation de garantie est régie par la loi nationale des co-partageants, s'ils sont de même nationalité. C'est cette loi qui oblige à faire le partage en justice ; il est logique qu'elle en règle aussi les effets. Si les co-partageants ne sont pas de même nationalité, il est impossible de suivre leur loi nationale ; la seule qu'on puisse alors appliquer est celle du lieu du partage (2).

---

(1) *Contra*, Laurent, t. VII, n° 29.
(2) Despagnet, p. 570.

Nous n'avons aussi qu'à renvoyer à des règles déjà connues pour les causes de nullité du partage. La loi nationale des divers co-partageants décidera de quels vices leur consentement peut être entaché, et, notamment, si le partage est annulable pour cause de violence ou de dol, ou même s'il est rescindable pour cause de lésion. Nous avons dit, en effet, précédemment, que la lésion doit être considérée comme le signe d'un consentement vicié, et doit être soumise à la même loi que les vices proprement dits (1). Il faut, cependant, reconnaître que, sous ce rapport, il n'est pas sans inconvénient de soumettre le partage à des lois différentes, lorsque les parties ne sont pas de même nationalité : ce serait une source de complications. Si donc on croit nécessaire d'appliquer une loi unique, on suivra celle qui régit l'ensemble de la succession : la rescision pour cause de lésion, en effet, est un moyen de maintenir l'égalité entre les co-partageants ; or, c'est la loi de la succession qui a établi cette égalité.

670. — 3° *Privilège*. — Conformément au principe général, c'est la loi de la situation des immeubles qui décide seule s'ils sont grevés de privilège pour assurer l'exécution réciproque des obligations des co-partageants.

§ 2. — Paiement des dettes.

671. — Les héritiers sont tenus d'acquitter les dettes du défunt et les charges de la succession. Mais dans quelle mesure ? Les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers y sont-ils pareillement obligés ? y sont-ils tenus indéfiniment ou dans la limite de leur émolument ? lorsqu'ils sont plusieurs, pour quelle part chacun d'eux peut-il être poursuivi et doit-il, en définitive, supporter la dette ?

Si l'on cherche la réponse à ces questions dans la distinction de la succession immobilière et de la succession mobilière, on aboutira, sans doute, à cette conséquence: les dettes correspondant à la partie immobilière de la succession

(1) Despagnet, p. 570. *Suprà*, n° 394-396. — *Contra*, Antoine, *op. cit.*, n° 128.

seront régies par la loi de la situation des immeubles, et les dettes correspondant à la partie mobilière par la loi personnelle du *de cujus*. (1) Mais cette solution est inacceptable. Les raisons que nous avons déjà invoquées pour soumettre la succession à une loi unique, la condamnent, et, de plus, elle est en contradiction avec les principes du droit français sur le paiement des dettes héréditaires : c'est ce point qu'il faut mettre en lumière.

672. — L'héritier, en droit français, est tenu des dettes personnellement et non pas seulement *propter rem*. Il serait obligé de les payer, même s'il n'y avait aucun bien à l'actif héréditaire. Il n'y a pas de dettes spéciales aux immeubles et de dettes spéciales aux meubles. Comment donc distinguer les unes des autres ? D'ailleurs, le *de cujus* était tenu des dettes de la même façon sur tous ses biens ; l'héritier, continuateur de la personne du défunt, doit être aussi tenu des dettes, comme il l'était lui-même, de la même façon sur tous les biens héréditaires. La loi qui régit le paiement de toutes les dettes doit donc être uniquement la loi nationale du défunt : c'est sur l'application de cette loi que les créanciers ont dû compter en contractant.

L'article 3 du Code civil, en déclarant que les immeubles, même appartenant à des étrangers, sont régis par la loi française, nous oblige-t-il à nous écarter d'une solution conforme, à la fois, à la raison et au droit positif français ? Je ne le pense pas. C'est la tradition qui nous a donné le sens de ce texte ; c'est parce qu'elle est constante à cet égard, que nous avons pensé que le statut réel comprend le règlement des successions immobilières ; mais elle n'est plus aussi bien fixée pour le paiement des dettes. Outre que ce paiement, dans le droit coutumier, était soumis à des principes inapplicables aujourd'hui, comme la distinction des propres et des acquêts, on n'était pas d'accord pour décider que, relativement aux immeubles héréditaires, le paiement des dettes serait réglé d'après la loi de la situation. Nous pourrions donc dire que nous sommes en présence d'une question restée sans solution

(1) Je ne connais pas cependant d'arrêt qui ait expressément formulé cette solution.

certaine et que, suivant notre règle d'interprétation, nous sommes libres de prendre le meilleur parti. Toutefois, il faut le reconnaître : dans le réglement des successions immobilières laissées en France, il est bien difficile d'appliquer au passif une autre loi qu'à l'actif. Nous concluerons donc par cette seule remarque : la distinction de la succession immobilière et de la succession mobilière, qui donne de si mauvais résultats pour l'actif héréditaire, aboutit, pour le passif, à des difficultés presque inextricables. C'est une nouvelle et grave objection contre ce système (1).

673. — La loi qui régit le paiement des dettes détermine aussi les sûretés accordées aux créanciers héréditaires. Le droit de séparation des patrimoines, que certaines législations accordent aux créanciers de la succession, pour se faire payer, sur les biens qui la composent, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, sera donc, à mon avis, régi par la loi nationale du défunt. Il faut faire, cependant, une double réserve : 1° Les mesures de publicité, requises pour que la séparation des patrimoines soit opposable aux tiers, dépendent exclusivement de la loi de la situation des biens. Il faut donc, pour que le bénéfice en puisse être invoqué sur les immeubles situés en France, qu'il ait été conservé par une inscription prise dans les six mois après l'ouverture de la succession (art. 2111). 2° Si la séparation des patrimoines est un privilège, elle doit être régie exclusivement par la *lex rei sitæ*. Or, la Cour de cassation, par une interprétation, contestable d'ailleurs, de l'article 2111, lui a reconnu ce caractère, mais seulement à l'égard des immeubles ; en voici la conséquence, en harmonie, d'ailleurs, avec le système admis pour le règlement des successions : relativement aux immeubles situés en France, la séparation des patrimoines sera soumise à la loi française ; relativement aux meubles, à la loi personnelle du défunt (2).

---

(1) Despagnet, p. 571. Laurent, t. VII, n° 37-44.
(2) Despagnet, p. 572. Laurent, t. VII, n° 56.

SECTION II. — *Testaments et donations.*

674. — Nous joignons ici, à l'étude des testaments, celle des donations, soumises, sous bien des rapports, aux mêmes règles.

Nous avons à résoudre trois questions :

1° La loi n'accorde pas toujours la liberté complète de disposer, à titre gratuit, au préjudice des héritiers *ab intestat.* Quelle loi règle l'exercice de cette liberté et en fixe la mesure ?

2° Quelle loi régit, en la forme et au fond, les conditions des testaments et des donations ?

3° Quelle loi en régit les effets ?

675. — I. — LIBERTÉ DE DISPOSER A TITRE GRATUIT. — RÉSERVE ET QUOTITÉ DISPONIBLE. — En droit français, une personne ne peut disposer, par testament ou donation, de la totalité de ses biens, lorsqu'elle laisse, à son décès, des descendants ou des ascendants. Les uns et les autres ont droit à une réserve qui est, pour les descendants, de moitié, des deux tiers ou des trois quarts de la succession, suivant leur nombre ; pour les ascendants, de moitié ou du quart, suivant qu'il s'en trouve dans les deux lignes ou dans une seule. L'excédant forme la quotité disponible.

Toutes les législations n'admettent pas la réserve : en Angleterre, la liberté de tester est absolue.

Celles mêmes qui établissent une réserve donnent, quelquefois, à la quotité disponible plus d'extension que la loi française. Par exemple, d'après le Code italien, la réserve est de moitié de la succession, lorsque le *de cujus* laisse des enfants, quel que soit leur nombre ; du tiers, lorsqu'il laisse des ascendants dans une ligne ou dans les deux. La proportion est la même dans la loi autrichienne. Le système du Code espagnol concilie assez heureusement les droits du père de famille et ses obligations envers ses enfants : la *légitime* des enfants et descendants légitimes se compose toujours des deux tiers de la succession ; un tiers est donc toujours disponible. Mais, en outre, le père ou la mère peut attribuer, par préciput et hors part, à un ou quelques-uns de ses enfants, un des deux tiers qui forment la légitime.

D'autre part, certaines lois donnent une réserve à des héritiers à qui le Code civil n'a par cru devoir en accorder : le Code italien (art. 812), le Code espagnol (art. 807) et le Code saxon au conjoint survivant ; les lois de divers cantons suisses, aux frères.

676. — Quelle loi fixe la quotité dont une personne a pu disposer et le *quantum* de la réserve à laquelle elle n'a pas pu toucher ?

La réserve est une partie de la succession *ab intestat*, nécessairement attribuée aux héritiers désignés par la loi, sans que la volonté du défunt ait pu en changer la dévolution ; c'est, du moins, ainsi que le droit français l'envisage.

La loi qui régit la succession tout entière doit donc régir la réserve, qui n'en est qu'une portion : elle déterminera quel en est le *quantum* et quels héritiers y ont droit. Par conséquent, dans le système français, la réserve sera réglée, pour les immeubles, par la loi de leur situation ; pour les meubles, par la loi personnelle du défunt.(1)

Nous pensons, au contraire, que la loi nationale du défunt devrait seule régler la réserve, tant pour les immeubles que pour les meubles. Il y en a une raison décisive : la réserve est fondée, en grande partie, sur les liens de famille, sur les devoirs du défunt envers certains de ses héritiers ; or ces relations et ces devoirs ne varient pas avec la situation des biens et sont régis par la loi personnelle. Nous appliquons, dans le cas où elles diffèrent, la loi nationale du défunt, plutôt que celle de ses héritiers, parce qu'une obligation légale résulte de la loi de celui qui en est tenu, plutôt que de la loi de ceux qui y ont droit ; d'ailleurs, les héritiers pouvant être de nationalités différentes, pour être certain d'appliquer une loi unique, il faut suivre celle du défunt. (2)

677. — La loi qui régit la succession décide dans quels cas l'action en réduction est ouverte ; mais les effets de cette

---

(1) Cass. 14 mars 1837, Sir. 37.1.195 ; 4 avril 1881, Dal. 81.1.381 ; 11 février 1890, Cl. 1890, p. 299. — Fœlix, t. I, p. 122,123. Laurent, t. VI, nº 273.

(2)Despagnet, p. 589. Laurent, t. VI, nº 273.

action sont régis par la loi de la situation des biens, toutes les fois, du moins, qu'ils se rattachent aux intérêts généraux de la propriété et du crédit public ; par exemple, lorsque la réduction atteint un bien situé en France, elle ne pourra pas avoir lieu en nature si le bien a été aliéné et que le donataire soit solvable. Cette disposition est d'ordre public, parce qu'elle a pour but de garantir la sécurité des transactions.

678.— II.— CONDITIONS DES TESTAMENTS ET DONATIONS.— **A. Conditions de forme.** — La forme des testaments et des donations est régie, suivant la règle générale, par la loi du du pays où ces actes sont faits.

679. — *a) Testaments.* — *α) Testament fait par un français en pays étranger.*

L'article 999 du Code civil a formellement prévu cette hypothèse.

Il en résulte qu'un français peut, à l'étranger, faire son testament, soit en la forme olographe, soit en la forme authentique.

1° *Testament authentique.* — Il doit être fait suivant la loi du pays où il est reçu : c'est une application de la règle *locus regit actum*. Peu importe, du reste, à quelles conditions la loi étrangère attache l'authenticité : il sera valable, soit qu'il ait été fait devant un tribunal, comme en Autriche et dans d'autres pays, soit simplement en présence de deux témoins, comme en Angleterre, où l'intervention d'un officier public n'est pas nécessaire à l'authenticité du testament (1). Cependant, le français ne pourrait tester dans une forme admise par la loi étrangère, si elle était formellement prohibée par la loi française. Ainsi, deux français ne pourraient faire un testament conjonctif, c'est-à-dire tester par un seul et même acte, bien que diverses lois, par exemple en Allemagne, le permettent. L'article 968, en effet, l'interdit expressément, et cette interdiction a pour but d'assurer l'entière liberté du disposant. C'est encore un motif pour qu'elle le suive même à l'étranger (2).

---

(1) Cass. 30 novembre 1831, Sir. 32.1.52; 6 février 1843, Sir. 43.1.209; Pau, 26 juillet 1853, Sir. 53.2.571.

(2) *Contra*, Toulouse, 11 mai 1850, Sir. 50.2.529; Caen, 22 mai 1850; Sir. 52.2.566. *Suprà*, n° 366.

680. — 2° *Testament olographe.*— Il sera valable, lorsque le français aura observé les prescriptions de la loi française, même s'il n'a pas suivi celles de la loi étrangère. Mais l'observation de la loi française est-elle alors obligatoire ? Le testament serait-il valable s'il était fait par acte sous seing privé, conformément à la loi locale, mais sans satisfaire aux exigences de la loi française, ou bien dans toute autre forme non authentique, autorisée par la loi étrangère, — comme le testament verbal, — mais non par la loi française ? La question est des plus controversées. Des auteurs considérables admettent, dans ce cas, la validité du testament (1). L'article 999 n'a d'autre but que de permettre au français de suivre la loi française, mais sans l'y contraindre. « Le français, dit-il, *pourra* faire son testament « par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en « l'article 970 : » cela signifie que le testament sera alors valable, bien qu'il ne soit pas conforme à la loi du pays où il est fait ; mais il n'en résulte pas que, lorsqu'il est conforme à cette loi, il puisse être déclaré nul, sous prétexte qu'il viole la loi française. En d'autres termes, l'article 999 ne fait qu'appliquer la règle *locus regit actum*, qui, comme nous l'avons dit pour les actes sous seing privé, laisse aux parties le choix entre les formes de leur loi nationale et celle du pays où elles se trouvent. D'ailleurs, il n'y a point de raison, tout au contraire, pour déroger ici à la règle *locus*.... Plus la volonté du testateur doit être libre, plus il importe de lui en faciliter la manifestation. Or, en exigeant, soit un testament authentique, soit un testament olographe conforme à la loi française, on peut mettre une personne dans l'impossibilité de faire son testament, si, d'une part, le testament authentique n'existe pas dans le pays où elle se trouve, et si, d'autre part, elle ne sait pas écrire ou ignore complètement la loi française.

Ces raisons sont excellentes en elles-mêmes, mais elles ne sauraient prévaloir contre le texte formel de l'article 999. Si tout testament était valable, dès lors qu'il est conforme à la loi du pays où il est fait, pourquoi donc cet ar-

---

(1) Demolombe, t. XXI, n° 475. Laurent, t. VI, n° 415. Weiss, p. 709. Surville et Arthuys, p. 198. Antoine, *op. cit.* n° 111.

ticle ne formulerait-il cette règle que pour le testament authentique exclusivement ? Il établit une antithèse significative entre le testament olographe, valable lorsqu'il observe les formes prescrites par la loi française, et le testament authentique, valable lorsqu'il observe les formes prescrites par la loi étrangère : dans les deux cas, les formes indiquées sont rigoureusement exigées pour la validité de l'acte. La faculté laissée au testateur est de choisir entre ces deux sortes de formalités, mais non d'en adopter d'autres.

Ainsi, l'article 999, qui consacre la règle *locus*..... pour le testament authentique, y fait, au contraire, pour le testament olographe, une dérogation très critiquable, mais certaine (1). Ne serait donc pas valable le testament olographe fait par un français à l'étranger, sans être entièrement conforme aux prescriptions de la loi française, ni, à plus forte raison, un testament purement verbal.

681. — 3° *Testaments reçus par les consuls.* — Indépendamment des deux sortes de testaments que nous venons d'indiquer, les français peuvent encore tester, à l'étranger, devant le consul de France. Cette attribution, conférée aux consuls par l'ordonnance sur la marine de 1681, leur a été contestée, depuis la rédaction du Code civil, parce que ni ce Code, ni aucune autre loi n'en fait mention ; mais, aujourd'hui, elle leur est reconnue sans difficulté (2). Les consuls observeront les formes de la loi française, c'est-à-dire (mais la question est discutée) celles de l'ordonnance de 1681, qui diffère du Code civil en ce qu'elle n'exige que deux témoins (3). Cependant, la Cour de cassation a décidé que, dans les Échelles du Levant, les consuls, censés présents en France, grâce à la fiction de l'exterritorialité, devraient observer rigoureusement les formes du Code civil (4).

---

(1) Trib. de Lyon, 1877, Cl. 1877, p. 149. — Aubry et Rau, t. VII, p. 89, note 1. Despagnet, p. 580. Duguit, Th. doct., p. 147.

(2) Circul. ministérielle du 31 mars 1834.

(3) Cass. 3 juin 1891, Cl. 1891, p. 975; Angers, 28 décembre 1891, Cl. 1892, p. 1033.

(4) Cass. 4 février 1863, Sir. 63.1.201.

Ajoutons que les conventions consulaires que nous avons déjà citées, attribuent expressément aux consuls français à l'étranger le pouvoir de recevoir les testaments de leurs nationaux.

682. — β) *Testament d'un étranger en France.* — En l'absence de texte, il faut décider que la forme des testaments faits en France par des étrangers, est soumise à la règle *locus regit actum*, à moins que la loi nationale du testateur n'en restreigne l'application.

1° En principe, il faut appliquer la règle *locus*.... Le testament d'un étranger en France est donc valable, toutes les fois qu'il a suivi lés formes de la loi française, même si elles ne sont pas admises par la loi nationale du testateur ; mais la règle *locus* ..... étant facultative, le testament fait par acte sous-seing privé est aussi valable, toutes les fois qu'il est conforme à la loi du testateur, même s'il n'avait pas respecté les prescriptions de la loi française (1).

2° Il se peut que la loi du testateur restreigne l'application de la règle *locus*.....; qu'elle lui interdise, ou, au moins, ne lui permette pas de tester dans certaines formes, permises par la loi française. En ce cas, le testament, pour être valable, ne doit pas être fait dans une de ces formes prohibées. Ainsi, le Code hollandais défend de tester, en pays étranger, autrement que par acte authentique, sauf quelques exceptions. Le testament olographe d'un hollandais serait nul en Hollande, mais il devrait aussi être considéré comme nul en France. Aucune raison d'ordre public ne s'oppose ici à l'application de la loi hollandaise (2).

3° Enfin, les consuls étrangers peuvent, en France, recevoir les testaments de leurs nationaux, lorsque la loi de leur pays, ou, mieux encore, des conventions diplomatiques leur donnent compétence à cet effet.

683. — *b*) *Donations.* — La forme des donations est ré-

---

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 90, 91, n° 1. Weiss, p. 711.— *Contra*, Cass. 9 mars 1853, Sir. 53.1.274.— Demolombe, t. XXI, n° 484.— Cpr. Paris, 11 août 1892, Cl. 1893, p. 418.

(2) *Contra*, Orléans, 3 août 1859, Dal. 59.2.158.

gie par la loi du pays où elles sont faites. Il se pose, à ce sujet, une question importante et que nous avons déjà rencontrée. La loi française exige que la donation soit faite par acte authentique : un français, à l'étranger, ferait, certainement, une donation valable, par un acte authentique conforme à la loi du pays. Mais pourrait-il la faire par acte sous-seing privé, si la loi locale l'admettait ? D'accord avec la jurisprudence, nous avons répondu affirmativement (1).

La règle *locus*..... étant facultative, un étranger pourrait faire en France une donation par acte sous-seing privé, si sa loi nationale le lui permettait. Il est cependant vraisemblable que les tribunaux français exigeraient, dans ce cas, un acte authentique, lorsque la donation devrait avoir effet en France (2).

684. — B. Conditions de fond. — Les conditions exigées, au fond, pour la validité des testaments ou des donations, sont relatives : 1° à la capacité du disposant et du gratifié ; 2° à la nature des dispositions permises ou prohibées dans ces actes.

685. — *a*) *Capacité.* — La capacité de disposer doit être régie par la loi nationale du donateur ou du testateur, et la capacité de recevoir par la loi nationale du légataire ou du donataire. Ainsi, un français, condamné à une peine afflictive perpétuelle, ne pourrait recevoir, même d'un étranger dont la loi nationale n'édicterait pas cette incapacité. — Un établissement public ou d'utilité public français ne pourrait recevoir, même d'un étranger, sans autorisation du gouvernement. Ces incapacités, du reste, sont d'ordre public ; les étrangers eux-mêmes en seraient atteints en France : ainsi une personne morale étrangère ne pourrait, comme nous l'avons déjà dit, recevoir, sans autorisation du gouvernement français, des biens situés en France (3).

---

(1) *Suprà*, n° 360. Paris, 1 mai 1816, Sir. 17.2.16 et 22 novembre 1828, Sir. 29.2.77.

(2) Cpr. Cass. 9 mars 1853 (*sup. cit.*) (Décision relative au testament).

(3) Lainé, *Des personnes morales en droit international privé*, Cl.

Ces règles s'appliquent, sans difficulté, aux incapacités absolues de disposer et de recevoir ; mais il faut aussi les suivre pour les incapacités relatives. Toute incapacité relative de disposer renferme implicitement une incapacité correspondante de recevoir, et réciproquement. Il suffira donc qu'elle existe, sous l'une ou l'autre forme, dans la loi nationale du disposant ou dans celle du gratifié, pour vicier la libéralité (1). Par exemple, la loi française interdit au mineur de disposer au profit de son tuteur ; la loi anglaise ne le lui défend pas. Néanmoins, le tuteur français ne pourrait recevoir d'un mineur anglais, car si le mineur n'est pas incapable de disposer, le tuteur est incapable de recevoir.

Un père français ne pourrait donner à ses enfants naturels étrangers au delà de la part que la loi française leur attribue dans la succession *ab intestat*, ni les enfants naturels français recevoir de leur père étranger au delà de cette même part, quelle que fût d'ailleurs sa loi nationale. Il y a plus : la loi qui restreint, en France, les droits héréditaires des enfants naturels est d'ordre public ; la libéralité faite par un père étranger, sur des biens situés en France, à ses enfants naturels étrangers, ne devra donc pas excéder leur part dans la succession *ab intestat*, telle qu'elle est fixée par la loi française, alors même que la loi nationale du père et des enfants ne les frapperait respectivement, à cet égard, d'aucune incapacité (2).

686. — *b) Dispositions permises ou prohibées dans les testaments et les donations.* — Certaines dispositions ou certaines clauses sont prohibées dans les testaments ou les donations ; ces interdictions sont même plus nombreuses pour les donations que pour tout autre acte juridique.

Telles sont, dans la loi française, la prohibition des

1893, p. 302. V. spécialement, quant aux Etats étrangers, trib. de Montdidier, 4 février 1892, Cl. 1892, p. 149 et *contra*, Moreau, *De la capacité des Etats étrangers*... Cl. 1892, p. 344.

(1) Bertauld, *Questions pratiques*, nos 34-38. Weiss, p. 707. — Cpr. en sens divers, Laurent, t. VI, nos 208-213. Brocher, t. II, no 140. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 122, note a. Despagnet, p. 591.

(2) V. *supra*, no 654. — *Contra*, Bertauld, *Questions pratiques*, no 66 et suiv.

substitutions, celle des donations révocables, celle, au contraire, des donations entre époux irrévocables ; dans d'autres législations, la prohibition des donations par préciput.

La loi nationale du testateur ou du donateur décide quelles dispositions lui sont permises. Il est naturel que les restrictions apportées à sa volonté soient régies par sa loi nationale : ce sont, en quelque sorte, des incapacités spéciales. D'ailleurs, quelle autre loi appliquer ? Celle de la situation des biens ? Mais ils peuvent être situés en différents pays ; on aboutirait donc à scinder le testament ou la donation, à les soumettre à des lois différentes ; résultat que j'ai déjà critiqué pour la succession *ab intestat* et plus blâmable encore pour des actes qui, comme le testament ou la donation, dérivent directement de la volonté (1). Un français ne pourrait donc faire une donation révocable, même pour des biens situés à l'étranger ; un étranger, à qui sa loi nationale l'interdit, ne pourrait faire une donation par préciput, même pour des biens situés en France (2).

Cependant, dans la pratique française, on distingue, comme pour les successions *ab intestat*, entre les meubles et les immeubles. Les testaments et donations seront donc régis, quant aux immeubles, par la loi de leur situation, d'après laquelle il faudra apprécier la validité de leurs dispositions, et, quant aux meubles, par la loi personnelle du disposant (3). Il faut, du reste, reconnaître que cette interprétation de l'article 3 du Code civil est conforme à la tradition, et qu'il est naturel de soumettre la succession testamentaire à la même loi que la succession *ab intestat*. Le Code italien et le Code espagnol n'ont pas manqué de le faire. Le Code italien (Dispositions préliminaires, art. 8 et 9) et le Code espagnol (art. 10) décident que la substance et les effets des testaments et donations sont régis par la loi nationale du disposant.

La loi de la situation des biens devra, d'ailleurs, s'appli-

---

(1) V. les auteurs cités ci-dessus pour la succession *ab intestat*, n° 640.

(2) Paris, 22 mars 1881, Cl. 1881, p. 355.

(3) Jurisprudence constante. V. notamment Cass. 2 avril 1884, Cl. 1885, p. 77 ; Paris, 27 mai 1892, Cl. 1892, p. 940.

quer, sans aucun doute, au testament ou à la donation, toutes les fois qu'elle édictera une prohibition d'ordre public, comme celle des substitutions.

687. — III. — INTERPRÉTATION. — EFFETS. — RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DES DONATIONS. — D'après le système français, comme nous venons de le dire, c'est, en règle générale, la loi de la situation des biens qui régit les testaments ou les donations, quand ils ont pour objet des immeubles, et, quand ils ont pour objet des meubles, la loi du domicile du testateur ou du donateur. Nous croyons, au contraire, qu'on doit suivre, dans les deux cas, la loi nationale du disposant. Mais, pour mieux déterminer, dans l'un ou l'autre système, la loi applicable aux trois points mentionnés dans le titre de ce paragraphe, il est nécessaire de les reprendre l'un après l'autre.

688. — A. Interprétation. — C'est aux circonstances de fait que le juge doit d'abord recourir, pour interpréter la volonté du testateur, dans le testament, ou des parties, dans la donation. Si ces circonstances font défaut, la loi doit fournir l'interprétation : mais laquelle faut-il consulter ? A ce point de vue, même dans le système français, on n'applique pas la loi de la situation des biens aux dispositions immobilières (1). Il s'agit, en effet, de connaître la volonté du testateur ; or, il est inadmissible qu'elle ait varié suivant cette situation. La loi qui doit interpréter la volonté d'une personne est celle à laquelle elle est présumée s'être référée, c'est-à-dire celle qu'elle aura le mieux connue. Or, ce ne peut être la loi du pays où les biens sont situés, loi étrangère au testateur et que probablement il ignore ; ce sera la loi nationale du testateur, à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'il a préféré suivre celle de son domicile : c'est une question de fait à résoudre.

Nous n'avons parlé que du testament. Pour la donation, le principe est le même ; mais il ne faut pas oublier que c'est un contrat et que, par suite, la loi applicable est celle que les parties ont l'une et l'autre voulu choisir, c'est-à-dire

(1) Fœlix, t. I, p. 260. Aubry et Rau, t. I, p. 107, n° 65.

leur loi nationale commune, si elles sont de même nationalité et, dans l'autre hypothèse, la loi nationale du donateur, sauf indication d'une intention contraire.

689. — B. Effets . — C'est ici qu'on distinguera entre les immeubles et les meubles. Relativement aux immeubles situés en France, les droits des donataires ou des légataires seront régis par la loi française. C'est une solution fort peu rationnelle. Les effets des dispositions à titre gratuit, les droits du légataire ou du donataire résultent de la volonté du disposant. La loi ne les régit que si celui-ci ne s'en est pas écarté, c'est-à-dire par une interprétation de sa volonté. Or, la volonté de l'homme doit produire ses effets sur les biens en quelque pays qu'ils se trouvent. Les effets des actes à titre gratuit devront donc être régis par la loi à laquelle le testateur, ou les parties, dans la donation, ont entendu se soumettre, c'est-à-dire, à moins que le contraire ne résulte des circonstances, à la loi nationale du donateur ou du testateur. Cette loi décidera, par exemple, dans quelle mesure et dans quels cas les légataires sont obligés au paiement des dettes, quelles sont les conséquences du legs de la chose d'autrui, etc.

Cependant, la loi de la situation régit les conditions nécessaires pour la transmission de la propriété de la chose léguée ou donnée, telles que les formalités requises pour la mise en possession du légataire (1), ou la transcription exigée pour que la donation d'immeubles soit opposable aux tiers.

Enfin, la liquidation et le partage de la succession testamentaire sont soumis aux mêmes règles que ceux de la succession *ab intestat*.

690. — C. Révocation. — Il faut distinguer entre les testaments et les donations. Les testaments, en effet, sont essentiellement révocables, au gré du testateur ; les donations ne peuvent être révoquées que dans les cas prévus par la loi.

a) *Testaments.* — La révocation expresse ne dépend que

(1) Cpr. Paris, 11 août 1892, Cl. 1893, p. 418.

de la volonté du testateur ; sa forme est déterminée par la *lex loci actûs*. La révocation tacite est attachée à certains faits, par une interprétation de la volonté du testateur. Ces faits sont donc déterminés par la loi qui interpréte cette volonté, c'est-à-dire par la loi nationale du testateur.

Nous soumettrons aussi à cette même loi les causes de caducité des legs et leurs conséquences. Elles dérivent de la volonté du testateur : il est présumé, dans certains cas, vouloir que le legs cesse de produire ses effets.

691. — b) *Donations*. — Dans le droit français, elles sont révocables dans trois cas : en cas d'inexécution des charges, d'ingratitude du donataire, ou de survenance d'enfant au donateur.

Bien que les décisions de la jurisprudence soient rares sur ce point, on doit croire que, relativement aux immeubles situés en France, les causes de révocation de la donation seraient régies par la loi française. Mais il est plus rationnel de les soumettre à la loi nationale du donateur.

1° *Inexécution des charges*. — Cette cause de révocation est admise par interprétation de la volonté des parties, qui étaient libres de l'écarter. Le donateur n'a voulu donner qu'à la condition que les charges seraient exécutées et le donataire a consenti à ne recevoir que sous cette condition. Il faut donc bien appliquer ici la loi qui régit l'interprétation de la volonté des parties, c'est-à-dire la loi nationale du donateur (1).

2° *Ingratitude*. — Nous donnerons encore la même solution, bien qu'elle soit un peu plus douteuse. Au fond, c'est encore la volonté présumée du donateur qu'on trouve dans cette cause de révocation. Il n'a donné qu'à la condition que le donataire ne serait pas ingrat, et il est toujours libre de ne pas faire prononcer la révocation. (2)

3° *Survenance d'enfants*. — On ne peut ici invoquer la volonté du disposant, car cette révocation s'opère sans qu'il le veuille, et même malgré lui : le donateur ne peut pas donner sans que sa libéralité y soit sujette. C'est une restriction à

(1) Despagnet, p. 587. Laurent, t. VI, n° 289.
(2) Despagnet, p. 587. Laurent, t. VI, n° 290.

sa volonté qui doit résulter de sa loi nationale (1). La Cour de cassation, cependant, l'a considérée comme une mesure d'ordre public ; la survenance d'un enfant, du moins quand il est né en France, suffirait à révoquer la donation faite par un père étranger. (2) Nous ne saurions adopter cette manière de voir : ce n'est pas l'intérêt général, c'est l'intérêt privé des enfants qui, seul, est en cause.

692. — Les effets de la révocation à l'égard des tiers intéressent le crédit public : ils seront donc régis par la loi de la situation des biens. Ainsi, la révocation pour ingratitude ne produirait d'effet, à l'égard des tiers, sur les immeubles situés en France, qu'à dater du jour où la demande de révocation aurait été mentionnée en marge de la transcription de la donation.

CHAPITRE II. — **Contrat de mariage.**

693. — Le contrat de mariage est la convention destinée à régler les conséquences de l'association conjugale, relativement aux biens des époux. Ce règlement est l'œuvre des époux eux-mêmes ou de la loi.

Par sa nature, le contrat de mariage ne diffère pas des autres conventions relatives aux biens ; il doit donc être soumis aux mêmes principes généraux. Toutefois, il présente certaines particularités et une importance qui méritent une étude spéciale.

694. — Un coup d'œil sur les diverses législations montrera comment les conflits naissent en cette matière. Rappelons, d'abord, comme point de départ, les principaux traits de la loi française. Les conventions matrimoniales sont libres ; les époux règlent, à leur gré, le régime de leurs biens. La loi en offre quatre à leur choix, sans leur en imposer aucun ; elle détermine seulement celui qui les régit à défaut

---

(1) Laurent, t. VI, nº 291. Despagnet, p. 588. — Cpr. Bordeaux, 5 août 1872, Sir. 72. 2. 269.

(2) Cass. 23 novembre 1857, Dal. 57. 1.422.

de convention expresse. C'est le régime de la commnunauté, comprenant les meubles et les acquêts immobiliers.

Toutefois, la liberté des conjoints n'est pas absolue. Elle est assujettie à diverses restrictions, comme le contrat est soumis à plusieurs conditions, pour son existence et sa validité : conditions intrinsèques, relatives au consentement, que les époux doivent donner eux-mêmes, et à leur capacité ; conditions extrinsèques : le contrat de mariage doit être nécessairement rédigé par acte notarié, il doit être rendu public, par une mention dans l'acte de célébration du mariage, il doit être fait avant le mariage et ne peut être modifié après sa célébration.

695. — Sur tous ces points, les législations étrangères diffèrent plus ou moins de la loi française.

a) Presque partout, les conventions matrimoniales sont libres. Cependant, dans la plupart des cantons suisses et en Finlande, le régime matrimonial légal est obligatoire. Ailleurs, tout en laissant, aux autres égards, la liberté, la loi interdit de stipuler certains régimes : ainsi le Code italien prohibe toute communauté plus étendue que la communauté d'acquèts.

696. — *b*) Les divers régimes organisés par la loi ne sont pas partout les mêmes. Ainsi, le régime exclusif de communauté, d'origine germanique, ne se rencontre pas là où l'influence germanique ne s'est fait que peu ou point sentir, comme en Espagne, en Italie, en Portugal, dans l'Amérique du Sud. Au contraire, le régime dotal, d'origine romaine, est inconnu dans les pays où l'influence des Romains n'a pas pénétré : dans les Etats scandinaves, en Hollande, dans plusieurs Etats allemands. Le régime de séparation de biens conventionnelle est inusité dans plusieurs Etats, tandis qu'en Russie, un régime analogue est le seul que la loi organise, bien qu'en fait la communauté soit très généralement pratiquée.

Même lorsque les régimes adoptés se ressemblent dans leurs grandes lignes, ils diffèrent parfois sur des points importants. L'inaliénabilité est le caractère le plus saillant du régime dotal en France, en Italie, et dans la plupart des pays

où la loi admet ce régime. Cependant, elle n'existe pas en Espagne : la dot peut être aliénée par le mari et la femme conjointement.

La communauté présente trois types différents : la communauté universelle, en Portugal, en Norwège, en Danemark, en Finlande, en Hollande, en Bavière et dans quelques autres Etats allemands ; la communauté des meubles et des acquêts immobiliers, en Belgique, en Alsace-Lorraine, dans les Provinces rhénanes et le Grand-duché de Bade, comme en France ; la simple communauté d'acquêts, en Italie, en Espagne, en Suède, dans quelques Etats allemands, dans quelques cantons suisses, dans la principauté de Monaco.

697. — *c*) Quel sera le régime légal à défaut de contrat? Les solutions sont très diverses. La communauté universelle, de meubles et acquêts immobiliers, ou simplement d'acquêts, est le régime légal dans les pays où nous en avons mentionné l'existence, à l'exception de l'Italie ;

Le régime exclusif de communauté, quelquefois appelé union des biens, dans la plus grande partie de la Prusse, la Saxe, le duché d'Oldenbourg, l'Autriche, un grand nombre de cantons suisses, la Pologne, les provinces Baltiques de l'empire russe ;

Le régime dotal, dans le canton de Vaud ; une sorte de séparation de biens, en Russie.

Le Code italien ne dit pas expressément quel sera, à défaut de contrat, le régime légal ; mais, d'une part, la communauté doit être expressément stipulée ; d'autre part, tous les biens que la femme ne s'est pas expressément constitués en dot sont paraphernaux. Si donc il n'y a pas de contrat, tous les biens de la femme sont paraphernaux, et chaque époux garde l'administration et la jouissance de ses biens : c'est une séparation de biens procédant du régime dotal.

Enfin, le régime établi par la loi en Angleterre et aux Etats-Unis offre des caractères tout spéciaux.

D'après la *common law*, la personnalité de la femme se confond avec celle du mari, son patrimoine s'absorbe dans celui du mari. Le mari devient propriétaire des meubles de la femme ; il a l'administration et la jouissance des immeu-

bles, mais sans en être propriétaire, ni pouvoir les aliéner, même avec le consentement de sa femme. Ces immeubles sont donc inaliénables : conséquence qui rappelle le régime dotal, mais avec un point de départ tout différent.

La pratique et la jurisprudence anglaises, habiles à respecter la loi en la tournant, adoucissent une situation si défavorable pour la femme. Par une convention formelle, elle remet les biens dont elle veut garder la propriété et la jouissance à un fidéicommissaire (*trustee*), qui en perçoit les revenus pour les servir annuellement à la femme, et qui, dans l'administration et même pour l'aliénation de ces biens, doit se conformer à sa volonté.

Enfin, un bill de 1870 bouleverse, en Angleterre, l'ancien état de choses. Désormais, la femme conserve la propriété, l'administration et la jouissance de la plus grande partie de ses biens : c'est, en ce qui les concerne, un régime de séparation. Toutefois, comme le bill procède par énumération limitative, pour tous les biens dont il ne parle pas, l'ancien régime reste en vigueur.

Les Etats-Unis aussi ont abandonné, plus radicalement encore, les principes de la *common law*. Dans l'Etat de New-York et dans plusieurs autres, les époux sont complètement indépendants pour leur fortune. La femme dispose de la sienne, sans avoir même à demander d'autorisation à son mari.

698. — *d*) Les conditions de validité du contrat sont aussi réglées de façons différentes. En Norwège, la femme n'y figure pas : elle est représentée par son père ou son tuteur. Il en est de même, en Autriche et en Finlande, de la femme mineure. En Prusse, lorsque le contrat stipule la communauté, dans les provinces où elle n'est pas le régime légal, la femme, quelque soit son âge, doit être assistée de son père ou d'un conseil.

Les formes du contrat sont également variables. En Angleterre, l'authenticité n'est pas exigée. Ailleurs, notamment en Prusse et dans quelques cantons suisses, elle peut résulter de l'intervention du juge.

Le contrat est rendu public par une mention dans l'acte de célébration du mariage : en Belgique, à peine de ne pou-

voir opposer aux tiers les clauses dérogatoires au droit commun ; en Pologne, à peine de nullité. En Portugal, il est soumis à la formalité de l'insinuation ; en Danemark, il doit être lu publiquement ; en Norvège et en Suède, il doit être inscrit sur les registres du tribunal de la situation des biens.

Enfin, quelques lois admettent que le contrat peut être rédigé ou modifié au cours du mariage : il en est ainsi, notamment, en Angleterre. En Prusse, au moins dans la plupart des provinces, le contrat qui établit la communauté peut n'être rédigé qu'après le mariage et la communauté ne commencer qu'à ce moment. En Portugal, sous le régime dotal, la dot peut être constituée après le mariage. En Espagne et en Italie, elle peut également être, après le mariage, constituée ou augmentée par les tiers.

699. — Cette rapide analyse montre comment les conflits sont possibles en cette matière. Ils se produisent à deux points de vue :

1° Relativement à la formation des conventions matrimoniales. Les deux époux sont de nationalités différentes, ou bien, étant de même nationalité, ils se marient en pays étranger. Quelle loi régit, quant aux biens, les conséquences de leur union ? S'ils n'ont pas fait de contrat, quelle loi détermine le régime sous lequel ils sont mariés ? S'ils en ont fait un, à quelle loi est-il soumis, en ce qui concerne ses conditions de validité, la liberté laissée aux parties et les restrictions qu'elle subit, enfin les conséquences du régime adopté?

2° Relativement à l'application des conventions matrimoniales. La loi qui les régit est connue et certaine : s'appliquera-t-elle aux biens qui appartiennent aux époux en pays étranger ?

700. — Ces questions, principalement la seconde, avaient été longuement débattues dans notre ancien droit. A cette époque où deux régimes matrimoniaux se partageaient la France, le régime de communauté, au Nord, dans les pays de coutume, et le régime dotal, au Midi, dans les pays de droit écrit, on se demandait si les immeubles des époux devaient être régis par la coutume sous l'empire de laquelle

ils étaient mariés ou par la loi de leur situation. L'immeuble acquis à titre onéreux, dans un pays de dotalité, par deux époux mariés sous l'empire de la coutume de Paris, sera-t-il commun entre eux ? Et, comme, bon gré mal gré, on voulait faire entrer toutes les dispositions légales dans le cadre du statut réel et du statut personnel, on se demandait si le statut relatif aux conventions matrimoniales, notamment le statut de communauté, était personnel ou réel : c'était la *famosissima quæstio* (1).

Dans l'opinion primitive, conforme au principe de la réalité des coutumes, le régime des immeubles était déterminé par la loi de leur situation : il y avait donc autant de régimes que de pays où ils étaient situés.

Une opinion contraire se fit jour au XVIe siècle et fut principalement soutenue par Dumoulin. Le point de départ de ce système, c'est que les effets des conventions sont les mêmes, quelle que soit la situation des biens qui en font l'objet. Les conventions matrimoniales produiront donc les mêmes effets sur tous les biens des époux, en quelque pays qu'ils soient situés.

Mais, en l'absence de contrat, quelle est la nature du régime légal établi entre les époux ? Si la coutume établit ce régime, — par exemple la communauté, — elle ne l'impose pas aux époux, puisqu'ils peuvent y déroger ; elle les y soumet par une interprétation de leur volonté probable. S'ils sont alors mariés sous le régime de communauté, c'est donc encore par une conséquence de leur volonté, en vertu d'une convention tacite, par laquelle ils se rapportent à la coutume. Partant de là, il aurait fallu rechercher, en fait, l'intention des époux, pour déterminer la coutume à laquelle ils ont voulu se rapporter. Dumoulin ne suit pas son principe dans cette conséquence ; il admet que cette coutume est celle du domicile que le mari avait lors du mariage, sans avoir égard aux changements ultérieurs. S'il invoque l'idée de convention tacite, c'est pour montrer qu'elle doit produire les mêmes effets qu'une convention expresse, c'est-à-dire régir les biens des époux, quelle qu'en soit la situation.

---

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 228 et suiv. Surville, *Du rôle de la volonté... Revue critique*, 1888, p. 159 et 241.

En résumé, le régime matrimonial est déterminé par la coutume du domicile du mari et s'applique aux immeubles des époux, même lorsqu'ils sont situés dans le ressort d'une législation différente, ce qui aboutit à comprendre les conventions matrimoniales dans le statut personnel.

D'Argentré soutint l'opinion contraire. Tout en reconnaissant les effets extra-territoriaux des conventions expresses, il se refusait à admettre que, en l'absence de contrat, le régime légal fût adopté par une convention tacite des époux. C'est une conséquence directe de la coutume elle-même ; elle ne peut se produire que dans ses limites territoriales. La coutume qui établit la communauté entre les époux ne s'étend pas aux biens situés dans un pays de dotalité ; le régime des immeubles des époux est déterminé par la loi de leur situation : c'est un statut réel.

Les jurisconsultes se partagèrent entre ces deux systèmes, suivant qu'ils étaient plus ou moins favorables à la personnalité ou à la réalité des statuts. Du reste, en cherchant à rattacher les conventions matrimoniales à l'une ou l'autre espèce de statuts, on posait mal la question.

C'est ce qu'avait vu très nettement un jurisconsulte des Pays-Bas, Jean Voët, dont l'opinion sur ce point parait avoir passé inaperçue. Il enseigne, ce qui est la vérité, que les conventions matrimoniales, expresses ou tacites, ne dépendent ni du statut réel ni du statut personnel, mais uniquement de la volonté des parties. Il faut consulter cette volonté pour savoir à quelle loi les parties ont entendu les soumettre ; dans le doute seulement, on appliquera la loi du domicile du mari.

L'opinion de Dumoulin triompha dans le dernier état de l'ancien droit. Pothier la présente comme admise en pratique. D'après lui, l'adoption du régime matrimonial légal résulte d'une convention tacite (1). C'est un statut personnel, applicable aux biens quelle que soit leur situation. Il est déterminé, si les conjoints n'ont pas le même domicile, par la coutume du domicile du mari. On devrait, cependant, appliquer celle du domicile de la femme, s'il apparaissait que le mari, à l'époque du mariage, avait l'intention de s'y établir :

(1) Pothier, *Communauté*, nos 10 et suiv.

en définitive, on appliquera la coutume du domicile matrimonial, c'est-à-dire de celui où les époux ont eu, en se mariant, l'intention de se fixer.

C'était aussi la doctrine consacrée par le parlement de Paris ; toutefois, le parlement de Rouen y résista jusqu'au bout. (1)

701. — Le Code civil n'a fait aucune allusion à ces discussions. Une seule chose est certaine : c'est que le second paragraphe de l'article 3 n'a pas compris les lois relatives aux conventions matrimoniales parmi celles qui régissent les immeubles. La tradition, malgré les discussions qui subsistaient, résiste à cette extension du statut réel. Dans le silence de la loi, nous sommes donc libres d'adopter la solution la plus rationnelle. Nous la rechercherons en traitant : 1° des conflits relatifs à la formation des conventions matrimoniales ; 2° des conflits relatifs à l'application des conventions matrimoniales.

SECTION I. — *Formation des conventions matrimoniales.*

702. — Il faut distinguer deux hypothèses : 1° un contrat a été rédigé ; 2° il n'a pas été rédigé de contrat. Nous nous demanderons ensuite : 3° si les changements de nationalité ou de domicile ont quelque influence sur les conventions matrimoniales : question commune aux deux hypothèses précédentes.

§ 1. — Il a été rédigé un contrat.

703. — Nous devons rechercher la loi applicable, au triple point de vue : 1° des conditions du contrat ; 2° de la liberté des conventions matrimoniales ; 3° du régime adopté.

704. — I. — CONDITIONS. — 1° *Capacité.* — Il suffit de renvoyer aux règles générales. Elle est régie par la loi nationale de chacun des futurs époux.

---

(1) Pothier, *Communauté*, nos 17-19.

705. — 2° *Formes*. — **A. Formes proprement dites.** — Le contrat est valable en la forme lorsqu'il a suivi celle du pays où il est fait : *Locus regit actum*.

Les français peuvent donc faire, à l'étranger, leur contrat de mariage par acte authentique, avec les formalités prescrites par la loi du pays (1), ou même par acte sous seing privé, si cette loi le permet : la règle *locus*... s'applique, en effet, même aux actes solennels (2).

Ils peuvent également faire leur contrat devant les consuls de France, suivant les formes de la loi francaise. Mais le ministère des consuls est toujours facultatif. Nous avons dit précédemment qu'il n'est même pas obligatoire dans les Echelles du Levant (3).

A moins de recourir à l'intervention des consuls, les français ne peuvent faire leur contrat dans les formes de leur loi nationale, lorsqu'elles diffèrent de la loi locale : la loi française exige, en effet, un acte authentique et, pour ces actes, l'application de la loi du pays où ils sont faits est obligatoire.

706. — Les étrangers peuvent, en France, faire leur contrat de mariage de trois façons :

1° Devant un notaire, suivant les formes de la loi française.

2° Devant le consul de leur nation et suivant les formes de leur loi nationale, si cette loi ou les traités les y autorisent.

3° Par acte sous seing privé, lorsque leur loi nationale le permet. L'observation de la loi locale n'est pas obligatoire pour tous les actes que les parties peuvent, d'après la loi de leur pays, faire par acte sous seing privé (4).

707. — B. Publicité. — a) *Publicité exigée pour tous les contrats par la loi du* 18 *juillet* 1850. — Les mesures de publicité, prescrites pour qu'un acte soit efficace à l'égard

---

(1) Cass. 18 juin 1855, Sir. 56.1.20.

(2) Paris, 11 mai 1816, Sir. 17. 2.10 et 22 novembre 1828, Sir. 29.2. 77 ; Cass. 18 avril 1865, Sir. 65.1. 317.

(3) Cass. 18 avril 1865, *Sup. cit*.

(4) Douai, 12 janvier 1887, Dal. 87.2.121.

des tiers, sont considérées comme d'ordre public : elles sont donc régies par la loi du pays où l'acte doit produire ses effets et s'imposent même aux étrangers. Cela est également vrai, en principe, pour la publicité du contrat de mariage. Toutefois, cette publicité, telle que la loi française l'a organisée, est inséparablement liée aux formes du contrat et à celles de la célébration du mariage. Il ne sera donc possible de l'exiger que si le contrat a été fait, ou tout au moins si le mariage a été célébré, suivant la loi française.

708. — α) *Un Français se marie en pays étranger.* — Il se marie devant le consul de France. Le consul, astreint à observer toutes les formalités de la loi française, doit alors interroger les époux sur l'existence d'un contrat et mentionner leur réponse dans l'acte de célébration du mariage, soit que le contrat ait été reçu par lui-même ou par un officier public étranger. La loi de 1850 doit alors être respectée, et sa sanction est la même que si le contrat était fait et le mariage célébré en France (1).

Le français se marie devant un officier étranger. Dans ce cas, par la force des choses, l'observation de la loi française est impossible. L'officier étranger ne suit que les formes prescrites par sa loi nationale ; il n'est donc pas tenu, si cette loi ne le lui impose pas, de mentionner l'existence du contrat dans l'acte de mariage. Le contrat est donc alors nécessairement efficace en France, sans avoir reçu de publicité (2).

Cependant, après leur retour en France, les époux doivent faire transcrire l'acte de leur mariage sur les registres de l'état civil, au lieu de leur domicile. Si cette transcription a lieu, les tiers s'apercevront que l'acte ne mentionne pas d'interrogation relative au contrat, et cette lacune suffira à les mettre en garde ; mais le défaut de transcription n'empêcherait pas le contrat, avec toutes ses conséquences, de leur être opposable, car l'article 171 n'a pas, croyons-nous, de sanction.

---

(1) *Contra*, pour le cas où le contrat aurait été rédigé dans la forme étrangère : Weiss, p. 508. Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, n° 335.

(2) Rennes, 4 mars 1880 (3e espèce), Sir. 81. 2. 265.

Il se peut que la loi du pays où le mariage a été célébré exige, pour la publicité du contrat, d'autres formalités que la loi française : si elles n'ont pas été remplies, le contrat sera néanmoins efficace en France. Il n'y a pas de raison pour s'écarter ici de la règle générale, d'après laquelle les conditions de publicité sont régies par la loi du lieu où l'acte produit ses effets (1). Toutefois, si la loi étrangère prescrit les mêmes formalités que la loi française, on devra les remplir, sinon en vertu de la loi étrangère, du moins en vertu de la loi française, puisqu'aucune impossibilité ne dispense alors de l'observer.

709. — *β) Un étranger se marie en France.* — Il se marie devant le consul de sa nation. Celui-ci, qui suit les formes de sa loi nationale, n'est pas tenu de mentionner le contrat dans l'acte de mariage. La loi française ne peut donc s'appliquer, et le contrat est efficace, même s'il n'a pas reçu la publicité qu'elle exige. (2)

L'étranger se marie devant l'officier de l'état civil français. Celui-ci doit interroger les conjoints sur l'existence du contrat et mentionner leur réponse dans l'acte. Si le contrat a été reçu par un consul étranger ou fait par acte sous seing privé, on se trouve quelque peu en dehors des prévisions de la loi de 1850 : elle suppose un contrat reçu par un notaire français, dont le nom doit être indiqué. Mais la publicité a toujours sa raison d'être : on indiquera que le contrat a été reçu par un consul étranger, ou fait par acte sous seing privé, et les tiers, ainsi prévenus, en exigeront la production avant de traiter avec les époux.

On a contesté cette solution. Les mesures de publicité, a-t-on dit, ne s'imposent, en France, aux étrangers que si elles sont d'ordre public; or, il n'en est rien, puisqu'ils peuvent s'y soustraire en faisant célébrer leur mariage par leur consul, tandis que le propre d'une règle d'ordre public est de ne comporter aucune exception et d'être obligatoire dans tous les cas. (3)

---

(1) Cass. 15 juin 1855, Sir. 56. 1. 20.
(2) Douai, 13 janvier 1887, Dal. 87. 2.121.
(3) Weiss, p. 509. Despagnet, p. 523. de Bœck, note, Dal. 87. 2.121.

Cet argument n'est point décisif. Toutes les mesures de publicité sont d'ordre public : l'impossibilité d'observer la règle, lorsque le mariage n'est pas célébré par un officier de l'état civil français, n'en change pas le caractère. D'ailleurs, s'il en était autrement, quelle en serait la nature? Serait-ce une règle de forme ? Raison de plus, alors, pour appliquer la *lex loci actûs*. Dépendrait-elle de la loi nationale des parties ? Mais alors le français qui se marie à l'étranger devrait toujours y satisfaire, ce qui est impossible quand l'officier de l'état civil est étranger.

Concluons donc : les mesures de publicité prescrites par la loi française doivent toujours être remplies, lorsque le mariage est célébré par un officier public français ; elles ne doivent pas l'être, lorsqu'il est célébré par un officier étranger, à moins que sa loi nationale ne soit, à cet égard, identique à la loi française (1).

710. — Reste l'hypothèse où l'étranger, marié dans son pays, n'aurait pas satisfait aux conditions qu'exige sa loi nationale pour la publicité de son contrat. Serait-il néanmoins efficace en France ? Si ces formalités étaient requises à peine de nullité, elles devraient être considérées comme des formes du contrat lui-même, qui, en leur absence, ne serait certainement pas valable en France. Si elles n'avaient d'autre but que de rendre le contrat opposable aux tiers, elles ne seraient pas nécessaires, suivant les principes que nous avons précédemment posés, pour qu'il eût effet en France. Cependant, cette solution fait naître un certain doute, parce qu'il serait singulier que le contrat d'un étranger eût plus d'effet en France que dans son pays. Tout au moins est-il certain que ces formalités devraient être observées, lorsqu'elles sont également prescrites par la loi française et par la loi étrangère.

---

(1) Le jugement de séparation de biens prononcé par une juridiction étrangère, entre conjoints étrangers, doit être rendu public, conformément aux articles 1445 du Code civil et 872 du Code de procédure civile, pour être opposé aux tiers, relativement aux effets de communauté qui se trouvent en France. Cette publicité, étant établie dans l'intérêt des tiers, s'applique aux étrangers comme aux nationaux. Cass. 19 décembre 1892, Dal. 93. 1. 89.

711. — *b) Publicité spéciale aux commerçants.* — Le contrat de mariage des commerçants, d'après les articles 67 à 70 du Code de commerce et dans les cas qu'ils indiquent, doit être publié au moyen d'affiches, apposées dans l'auditoire des tribunaux civil et de commerce et en divers autres endroits. Lorsque les époux sont déjà commerçants au moment du mariage, c'est le notaire qui doit remplir ces formalités : les époux n'y sont pas tenus, et leur omission serait pour eux sans conséquence. Mais la loi française ne peut imposer cette obligation qu'aux notaires français. Par conséquent, si les époux, français ou étrangers, se marient en pays étranger, personne ne sera tenu de faire, en France, les affiches prescrites par le Code de commerce (1) ; il en serait de même, si les époux étrangers faisaient, en France même, leur contrat devant un consul ou par acte sous seing privé. D'autre part, lorsque des époux étrangers, exerçant le commerce en France, font leur contrat de mariage devant un notaire français, celui-ci sera tenu de le faire publier, parce que cette publicité est exigée dans l'intérêt des tiers et, par suite, est d'ordre public. Mais il n'y serait pas obligé, si les époux ne devaient exercer le commerce qu'en pays étranger.

Lorsque les époux deviennent commerçants au cours du mariage, ils sont tenus, eux-mêmes et sous leur responsabilité, de le faire publier, et, comme cette règle, ainsi que je viens de le dire, est d'ordre public, elle s'imposerait, soit aux français mariés en pays étranger, soit aux étrangers qui deviendraient commerçants en France, soit même aux étrangers, déjà commerçants dans leur pays à l'époque de leur mariage et qui, postérieurement, commenceraient à faire le commerce en France.

712. — 3° *Immutabilité des conventions matrimoniales.* — Les conventions matrimoniales, aux termes des articles 1394, 1395, doivent être rédigées avant le mariage et ne peuvent recevoir aucun changement après sa célébration. Cette règle doit-elle s'appliquer, soit aux français qui font

---

(1) Rennes, 4 mars 1880 (3e espèce), Sir. 80.2.265. — Guillouard, *op. cit.*, n° 335.

leur contrat de mariage en pays étranger, soit aux étrangers qui le font en France?

Pour répondre à cette question, il faut bien déterminer la nature et la raison d'être de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Un premier examen, un peu superficiel, conduirait à la rattacher aux formes du contrat. Le texte de l'article 1394 exige, dans une même phrase, que le contrat soit rédigé avant le mariage, par acte devant notaire; et la jurisprudence a, en effet, décidé maintes fois qu'il faut suivre, à cet égard, la loi du pays où le contrat est rédigé : un français pourra donc faire valablement son contrat, après le mariage, dans un pays où la loi le permet. (1) Quant aux étrangers en France, nous ne connaissons pas de décision ; mais il faudrait, évidemment, admettre que leur contrat sera soumis à la règle de l'immutabilité, s'il est fait en la forme française, et qu'on appliquera leur loi nationale, s'il est fait devant leur consul ou par acte sous seing privé.

713. — Cette solution n'est cependant pas exacte. La règle *locus*... est étrangère à cette matière. L'époque à laquelle le contrat doit être fait en est bien une condition extérieure, extrinsèque, mais non pas une forme. Par ses origines et par ses motifs, la prohibition des articles 1394 et 1395 se rattache surtout à la capacité des parties ; elle a pour objet principal de sauvegarder la liberté des époux qui, par suite de l'influence qu'ils exercent l'un sur l'autre, ne serait plus entière au cours du mariage. En outre, s'il était fait à cette époque, le contrat pourrait dissimuler des libéralités, que les anciennes coutumes prohibaient et que le droit actuel ne permet qu'à la condition d'être révocables. Les époux, après le mariage, sont incapables de régler leurs conventions matrimoniales, à peu près comme ils sont incapables de vendre ou d'acheter. C'est donc leur loi nationale qui doit seule régir cette incapacité particulière, ou plutôt la loi nationale du mari, puisque la

---

(1) Montpellier, 25 avril 1844, Sir. 45.2.7 ; Bastia, 5 avril 1853, Sir. 56.1.699 ; Toulouse, 7 mai 1866, Dal. 66.2.109 ; Cass. 24 décembre 1867, Dal. 68.1.134.— Aubry et Rau, t. V, p. 253. Guillouard, *op. cit.*, t. I, n° 335.

règle s'applique après le mariage, c'est-à-dire à une époque où la nationalité des époux est devenue la même. Ainsi, deux époux français ne pourront, à l'étranger, faire ou changer, après le mariage, leurs conventions matrimoniales, quelle que soit, à cet égard, la loi du pays où ils se trouvent (1).

714. — Réciproquement, il faudrait décider que deux étrangers peuvent, en France, faire ou changer, après leur mariage, leurs conventions matrimoniales, lorsque leur loi nationale le permet. Mais il faut ici tenir compte d'une autre considération. La règle de l'immutabilité n'est pas seulement édictée dans l'intérêt des conjoints, mais encore dans celui des tiers, pour que les époux ne puissent pas, pendant le mariage, créer, à l'insu des tiers, une situation nouvelle qui leur serait opposable. N'est-ce pas, dès lors, une règle d'ordre public, qui doit s'appliquer même aux étrangers (2)? Il est un cas, au moins, où l'affirmative n'est pas douteuse. C'est celui où les époux veulent adopter le régime dotal et se sont mariés devant l'officier de l'état civil français. Alors, en effet, conformément à la loi de 1850, le régime dotal ne sera opposable aux tiers que s'il est fait, dans l'acte de célébration du mariage, mention du contrat qui l'établit. Il faut donc, nécessairement, que ce contrat ait précédé le mariage. On dit bien que les époux pourraient répondre à l'officier de l'état civil : « Nous sommes étrangers et nous n'avons pas encore fait de contrat de mariage, la loi de notre pays nous permettant de ne le faire qu'après la célébration du mariage (3). » Mais si, comme nous croyons l'avoir démontré, la publicité du contrat est obligatoire pour les étrangers mariés dans la forme française, elle suppose évidemment un contrat déjà fait. Elle serait illusoire si elle s'appliquait à un acte encore à faire.

Le contrat est alors inopposable aux tiers, plutôt parce

---

(1) Weiss, p. 506. Despagnet, p. 522. Surville et Arthuys, p. 376. Demangeat s. Fœlix, t. I, p. 85, note b. Fiore, n° 329. Laurent, t. V, n° 213. Duguit, (Th. doc.), p. 116.

(2) Surville et Arthuys, p. 376.

(3) Beauchet, *Observations sur la rédaction des conventions matrimoniales entre étrangers*, Cl. 1884, p. 41.

qu'il n'a pas été publié que parce qu'il a été fait après le mariage. Or, sous tout autre régime que le régime dotal, l'absence de publicité n'empêche pas le contrat d'être opposable aux tiers. Si donc les étrangers sont obligés de publier le contrat de mariage déjà fait, il n'en résulte pas, en dehors de l'hypothèse ci-dessus, que celui qui ne serait fait qu'après le mariage soit dépourvu d'efficacité. Le plus logique est donc, en règle générale, d'appliquer aux étrangers leur loi nationale et de décider qu'ils pourront, quand elle le permet, faire leur contrat après le mariage. Fait à l'étranger, ce contrat serait certainement valable, même en France ; pourquoi en serait-il autrement, lorsqu'il est fait en France? Les français peuvent en souffrir ; mais, nous le savons déjà, le fait qu'une loi étrangère nuit aux français n'est pas une raison suffisante pour en écarter l'application (1).

Toutefois, il est vraisemblable que, dans la pratique, les notaires français refuseraient de recevoir, après le mariage, le contrat d'époux étrangers. C'est donc seulement s'ils le font devant leurs consuls, ou sous seing privé, qu'ils pourront, en fait, bénéficier de leur loi nationale.

715. — Il est une autre opinion que nous croyons devoir écarter. On a enseigné que la loi qui régit l'ensemble des conventions matrimoniales doit décider si le contrat peut-être fait ou changé après le mariage. Ainsi, un étranger, qui se marie en France, devrait faire son contrat avant le mariage, s'il était soumis, pour son régime matrimonial, à la loi française ; un français, qui se marie à l'étranger, pourrait faire son contrat après le mariage, s'il était soumis, pour son régime matrimonial, à une loi qui l'autorise. (2)

Mais la loi qui régit les conventions matrimoniales est celle que les parties sont présumées avoir voulu adopter : il dépendrait donc de leur volonté, expresse ou tacite, de soumettre ou non leur contrat à l'immutabilité. Deux français, même en France, pourraient ainsi, en soumettant expressément leur contrat à une loi étrangère, le faire après le maria-

---

(1) Weiss, p. 507. Despagnet, p. 522. Beauchet, *op.* et *loc. cit.*

(2) Jay, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé*, Cl. 1885, p. 527. de Bœck, note Dal., 87.2.121.

ge. Cette conséquence extrême, mais logique, suffit à condamner le principe d'où elle dérive. L'immutabilité est une de ces règles, impératives ou prohibitives, pour lesquelles les parties ne sont pas libres de choisir la loi applicable. C'est une pétition de principe d'appliquer la loi que les parties ont choisie pour décider si leurs conventions ont pu être faites ou modifiées après le mariage, alors que la question est précisément de savoir si, après leur mariage, elles ont pu valablement vouloir quelque chose.

716. — II. — LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES. — Quelle loi doit déterminer dans quelle mesure les époux sont libres de régler leurs conventions matrimoniales, quelles restrictions subit leur liberté, quelles clauses leur sont permises ou interdites ? (1)

Il faut chercher la réponse dans les principes généraux que nous avons posés. Relativement aux dispositions impératives ou prohibitives, il faut appliquer la loi nationale des contractants, à laquelle seule leur volonté et leur consentement sont subordonnés. La loi nationale des époux détermine donc les clauses permises ou interdites dans leur contrat de mariage.

D'ailleurs quelle autre loi suivre ? Ce ne peut être la loi du lieu où le contrat est fait, puisqu'il ne s'agit pas d'une question de forme ; ni celle que les parties sont présumées avoir adoptée, puisque, dans ces matières, la volonté n'est pas libre. Enfin, il existe une raison spéciale au contrat de mariage, pour suivre la loi nationale des conjoints : c'est que les restrictions apportées à leur liberté se rattachent souvent à la constitution de la famille.

Mais, lorsque les deux contractants sont de nationalités différentes, on ne saurait appliquer simultanément la loi nationale de chacun d'eux : les clauses du contrat de mariage forment un tout qui doit être régi par une loi unique. La même stipulation n'y peut être à la fois permise et prohibée. D'autre part, ces conventions ne doivent avoir effet qu'après le mariage, lorsque la femme aura pris la nationalité de son mari, et que, par conséquent, celle des deux époux sera la

(1) Cpr. Surville et Arthuys, p. 366.

même. C'est donc, en résumé, la loi nationale du mari qui doit déterminer les clauses permises et prohibées.

Appliquons ce principe.

717. — A. Deux francais font leur contrat en pays étranger, ou un français, épousant une étrangère, fait son contrat en France ou à l'étranger. — Ce contrat ne doit contenir aucune des clauses prohibées par les articles 1387-1390 : clauses contraires aux bonnes mœurs ; — dérogations aux droits de la puissance maritale ou paternelle ; — référence générale aux anciennes coutumes. On remarquera, sur ce dernier point, — et cette observation est importante en droit international — que l'article 1390 ne défend pas aux époux de stipuler, d'une manière générale, que leur association conjugale sera réglée par une loi étrangère. En cette matière, la liberté est le principe : tout ce qui n'est pas défendu est permis et les prohibitions doivent s'interpréter restrictivement. En outre, la raison qui a fait interdire la référence générale aux anciennes coutumes n'a pas la même valeur pour les lois étrangères : il n'est pas à craindre, en effet, qu'elle soit jamais assez fréquente pour devenir un danger et pour étendre leur empire, au détriment de la loi française. (1)

Il en est, cependant, parmi les prohibitions du Code civil, qui ne seront pas régies par la loi nationale du français : ce sont celles qui tiennent particulièrement aux régimes institués par la loi française. Par exemple, l'article 1388 défend de déroger aux droits qui appartiennent au mari *comme chef*, c'est-à-dire comme chef de la communauté. Cette défense ne s'applique plus si les époux ont stipulé un autre régime ; elle ne s'appliquera pas davantage, si les conventions matrimoniales sont régies par une loi étrangère qui n'admet pas la communauté ou qui, dans ce régime, règle les droits du mari autrement que la loi française. Il en sera de même pour plusieurs autres des dispositions prohibitives auxquelles renvoie l'article 1388 *in fine* et qui sont inhérentes aux régimes établis par le Code civil.

---

(1) Guillouard, *op. cit.* t. I, n° 131. Aubry et Rau, t. V, p. 273-274, n. 23. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 82, Colmet de Santerre, t. VI, n° 7 bis II. Laurent, *Principes*, t, XXI, n° 141.

718.—B. Deux étrangers font leur contrat en France, ou bien un étranger épouse une française.— Ils ne peuvent faire aucune convention interdite par leur loi nationale, ou simplement par la loi nationale du mari. Deux époux appartenant à l'un des cantons suisses où le régime légal est obligatoire, n'en pourraient, même en France, stipuler un autre. Deux époux espagnols ne pourraient, en France, convenir que la dot de la femme sera inaliénable (1). Deux italiens ne pourraient établir une communauté plus étendue que la communauté d'acquêts (2). Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation est contraire à ces solutions. Les époux, dans leur contrat de mariage reçu par un notaire français, feraient valablement toutes les stipulations permises par la loi française, même si leur loi nationale les prohibait. Ces dispositions prohibitives des lois étrangères n'ont pas pour objet de régler la capacité ou l'incapacité générale des personnes : les juges français n'ont donc pas à en tenir compte. Ainsi, deux époux italiens ont pu établir entre eux la communauté, avec toute l'étendue que lui donne la loi française. La règle contraire du Code italien « constitue un statut réel qui n'aurait pu avoir de force obligatoire que relativement aux biens situés en Italie (3). » Un autre arrêt a validé l'institution contractuelle, faite par un étranger à qui sa loi nationale défendait toute espèce de pacte sur succession future (4).

Nous avons établi précédemment que les restrictions à la liberté des conventions matrimoniales ne peuvent dépendre que de la loi nationale des conjoints : nous croyons donc devoir nous écarter, sur ce point, de la doctrine de la Cour suprême.

719. — Enfin, les étrangers peuvent, en principe, faire en France toutes les stipulations permises par leur loi nationale, même si elles sont défendues par la loi française, à moins que cette défense ne soit une règle d'ordre public. On

---

(1) Trib. de la Seine, le 20 août 1884, Cl. 1885, p. 76.
(2) Fiore, n° 328. Despagnet, 525. Surville et Arthuys, n° 372.
(3) Cass. 4 mars 1857, Sir. 57.1.247.
(4) Cass. 20 février 1882, Sir. 82.1.145.

doit donc se demander si les prohibitions édictées par les articles 1387 et suivants ont ce caractère et il y a lieu, à cet égard, de distinguer entre elles.

Les étrangers ne pourraient, évidemment, faire de convention contraire aux bonnes mœurs, ni stipuler l'application d'une ancienne coutume : cette interdiction, qui se propose d'assurer l'unité dans la législation, est obligatoire pour les étrangers comme pour les nationaux. Au contraire, les droits de la puissance paternelle et maritale, les successions, sont, en principe, régis par la loi nationale des étrangers ; cette loi décidera donc quelles stipulations sont permises à cet égard (1). Toutefois, dans ces matières même, certains points intéressent l'ordre public international : le contrat ne pourrait pas alors déroger aux prohibitions de la loi française. Mais il en sera de même, soit que le contrat ait été rédigé en France ou à l'étranger : dans l'un ou l'autre cas, les clauses dérogatoires à la puissance maritale et paternelle ou à l'ordre des successions produiront-elles leurs effets en France ? Nous retrouverons la question en traitant des conflits relatifs à l'application des conventions matrimoniales.

320. — III. — RÉGIME MATRIMONIAL. — Les époux, dans leur contrat de mariage, choisissent librement le régime de leurs biens ; mais il leur est impossible d'entrer dans tous les détails de leurs conventions, d'en prévoir expressément et d'en régler toutes les conséquences. Par exemple, ils déclarent se marier sous le régime de communauté réduite aux acquêts. Le contrat énumère les apports de chacun d'eux ; mais, sur bien des points, il garde le silence : sur les pouvoirs d'administration du mari, le droit de la femme d'accepter ou de renoncer, les effets de son acceptation ou de sa répudiation, etc. Ils déclarent adopter le régime dotal : le contrat indique les biens constitués en dot ; mais, généralement, il ne dit rien des effets de cette constitution, de la condition des biens dotaux, de leur inaliénabilité. Il ne s'en explique que pour s'écarter du droit commun. Il faut alors recourir à la loi pour suppléer aux lacunes du contrat, interpréter les

(1) Surville et Arthuys, p. 366 et suiv.

conventions des époux et en tirer les conséquences. Quelle sera cette loi ?

721. — Nous l'avons dit : pour les dispositions interprétatives ou supplétives de la volonté, la loi applicable aux contrats est celle que les parties ont choisie, et, si elles n'ont pas manifesté leur intention à ce sujet, celle qu'elles sont présumées avoir choisie, d'après les circonstances de fait.

Le contrat de mariage ne diffère point, quant à sa nature juridique, des autres conventions ; il est donc soumis aux mêmes principes et les parties sont libres de choisir la loi qui doit le régir. Le Code civil français, bien loin de repousser cette solution, y conduit tout au contraire : l'article 1387 décide que les époux peuvent faire, comme bon leur semble, les conventions relatives à leurs rapports pécuniaires ; l'article 1527 répète la même règle, pour les clauses qui modifient le régime de communauté. Ils pourraient donc appliquer une loi étrangère à leurs conventions matrimoniales, en en reproduisant toutes les dispositions ; mais ils peuvent le faire aussi par voie de référence générale, puisque, comme nous l'avons montré, l'article 1390 ne l'interdit pas.

On remarquera, au contraire, que le Code italien (art. 1381) défend « aux époux de stipuler, d'une manière générale, que leur mariage sera réglé..... par des lois auxquelles ils ne sont pas légalement soumis. » Ils ne pourraient donc pas adopter le régime d'une loi étrangère, à moins d'en reproduire textuellement les dispositions.

Laissant de côté cette hypothèse spéciale, on doit admettre que les conventions matrimoniales, soit au point de vue rationnel, soit d'après la loi française, sont régies par la loi que les parties ont expressément choisie dans leur contrat (1). Ainsi, deux français se mariant à l'étranger, ou bien un français épousant, même en France, une étrangère, peuvent déclarer qu'ils adoptent la loi étrangère. Mais, si les époux ne se sont pas formellement expliqués,—et c'est le cas le plus fréquent,—quelle loi appliquer ? Il faut rechercher l'intention des parties, en recourant, au besoin, à des présomptions

(1) V. en sens divers, les auteurs cités aux nos suivants.

pour la déterminer. Mais la question est, évidemment, la même quand les époux n'ont pas fait de contrat ; c'est à ce point de vue qu'elle a toute son importance et que nous allons l'étudier.

§ 2. — Il n'a pas été fait de contrat.

722. — Quelle loi doit alors régir l'association conjugale, relativement aux biens des époux, et déterminer le régime auquel ils sont soumis ?

L'exposé des règles générales sur la loi applicable aux contrats, l'histoire des discussions qui s'étaient produites dans l'ancien droit, ont répondu d'avance à cette question. Nous en cherchons, en effet, la solution dans le système dont Dumoulin et d'autres anciens auteurs avaient posé les bases, sans en tirer cependant toutes les conséquences. Les époux sont libres de choisir, comme bon leur semble, le régime de leurs biens ; la loi leur offre un régime auquel elle donne la préférence, elle ne le leur impose pas. Si, lorsqu'ils ne font pas de contrat, ils sont soumis au régime légal, c'est qu'ils l'acceptent tacitement en ne s'en écartant pas : c'est donc encore par une conséquence de leur volonté.

C'est, d'ailleurs, ce qui résulte formellement des articles 1387 et 1393 du Code civil :

Art. 1387 : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. »

Art. 1393 : « A défaut de conventions spéciales, qui dérogent au régime de communauté ou qui le modifient, ... (ce régime) forme le droit commun de la France. »

723. — Lorsque deux époux français se marient en France, la loi présume qu'ils ont voulu adopter le régime français, et cette présomption est alors invincible : pour la faire tomber, il serait nécessaire de stipuler expressément un autre régime, dans un contrat valable. De même, lorsque deux époux étrangers se marient, sans contrat, dans leur pays, on doit aussi présumer qu'ils ont entendu adopter le régime de droit commun dans ce pays, alors même que leurs biens seraient, en tout ou en partie, situés en France. Cette présomption est

très raisonnable, lorsque les deux époux sont de même nationalité et se marient dans leur pays. Mais elle ne peut plus s'appliquer lorsqu'une de ces circonstances fait défaut, soit que les époux soient de nationalités différentes, soit que, étant de même nationalité, ils se marient en pays étranger. Quelle loi ont-ils alors voulu suivre ? Est-ce la loi nationale de l'un d'eux, — du mari ou de la femme ? — Est-ce leur loi nationale commune, ou celle du pays où ils se marient et entendent s'établir ?

La loi qui doit régir les biens des époux est incertaine : il faut alors consulter leur volonté et rechercher, d'après les circonstances, celle qu'ils ont entendu suivre. C'est le principe constamment consacré par la jurisprudence française, qui place toujours la source du régime légal dans une convention tacite et dans la volonté des époux. (1)

Il faut cependant faire une réserve. On ne doit pas présumer que les époux aient adopté un régime que leur loi nationale leur défendait de suivre. Deux italiens se marient en France sans contrat : on ne devra pas admettre que leur régime soit celui de la communauté légale, puisque le Code italien leur défend toute autre communauté que celle des acquêts et leur interdit de se soumettre à une loi étrangère : ce que leur volonté exprimée ne pourrait faire, leur volonté tacite ne le peut davantage. Nous avons vu, cependant, que la Cour de cassation s'était prononcée en sens contraire. (2)

724. — Il existe une autre doctrine, enseignée surtout par les jurisconsultes italiens. A défaut de contrat, la loi

---

(1) Jurisprudence constante. — Nous nous bornons à indiquer les arrêts les plus récents : Cass. 15 juillet 1885, Sir. 86.1.225 ; 18 mai 1886, Dal. 87.1.277 ; Aix, 22 juin 1886, Cl. 1888, p. 515 ; Paris, 5 février 1887, Cl. 1887, p. 190 ; 7 décembre 1887, Dal. 88.2.265 ; 12 juillet 1889 (2 arrêts), Cl. 1889, p. 845 et 849 ; Chambéry, 23 novembre 1891, Cl. 1892, p. 468 ; Paris, 25 novembre 1891, Cl. 1892. p. 471 ; 30 décembre 1891, Cl. 1892, p. 471. — *Sic* : Aubry et Rau, t. V, p. 274. Demolombe, t. I, n° 87. Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, n°s 336 et suiv. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 34. Laurent, t. V, n°s 198 et suiv. Demangeat s. Fœlix, t. I, p. 208 note a. Weiss, p. 512 et suiv. Despagnet, p. 515 et suiv. Surville et Arthuys, p. 380.

(2) Cass. 4 mars 1857, Sir. 57.1.247.

nationale des époux déterminerait nécessairement le régime de leurs biens ; et comme la femme adopte, en se mariant, la nationalité de son mari, ce serait, en dernière analyse, la loi nationale du mari qu'il faudrait appliquer.(1)

Le Code italien a expressément consacré ce système. D'après l'article 6 des dispositions préliminaires, « l'état et la capacité des personnes, *comme les rapports de famille*, sont régis par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent » ; et, dans les rapports de famille, il faut certainement comprendre ceux qui sont relatifs au patrimoine, et, par conséquent, les conventions matrimoniales. En outre, l'article 1381, précité, défend aux époux de stipuler qu'ils seront régis par des lois auxquelles ils ne sont pas légalement soumis. Ainsi, qu'ils fassent un contrat ou n'en fassent pas, les conjoints ne sauraient se soustraire à l'empire de la loi italienne : elle régit forcément leurs conventions expresses et détermine, s'ils n'en ont pas fait, le régime légal de leurs biens. Le Code espagnol (art. 1325) soumet aussi les biens des époux à la loi nationale du mari, mais seulement quand ils n'ont pas fait de contrat de mariage. Moins absolu que le Code italien, il ne leur défend pas, quand ils en font un, de stipuler l'application d'une loi étrangère.

Les auteurs qui soutiennent ce système font valoir, à l'appui, la grande importance du contrat de mariage, pour la famille et les tiers, qui ne permet pas de le traiter comme une convention ordinaire ; ils allèguent que le contrat de mariage est une dépendance du mariage lui-même et que le lien le plus étroit les unit l'un à l'autre. « On ne peut admettre qu'on puisse scinder ces deux choses et les faire dépendre de deux lois différentes (2). » En choisissant, pour les biens des époux, un régime de droit commun, la loi a dû tenir compte de leurs habitudes, de leurs traditions, de leur tempérament ; ce choix ne peut donc être fait, en connaissance de cause, que par leur loi nationale.

Ces raisons n'ont, croyons-nous, rien de décisif. Il n'y a point d'indivisibilité, au point de vue de la loi qui les régit,

---

(1) Fiore, livre II, chap. VII. Esperson, *Le droit international privé dans la législation italienne*, Cl. 1881, p. 214.

(2) Fiore, n° 326.

entre le mariage et le contrat de mariage. Les effets nécessaires du mariage échappent à la volonté des parties, qui ne peuvent, en aucune façon, les modifier. Au contraire, les futurs époux sont libres d'admettre ou de rejeter le régime légal : ce n'est donc pas une conséquence forcée du mariage et la loi qui régit, relativement aux biens, l'association conjugale est d'un autre ordre et a d'autres caractères que celle qui régit l'association des personnes. Dans la doctrine qui oblige les époux à suivre, en cette matière, leur loi nationale, il faudrait décider qu'ils ne peuvent jamais changer le régime que la loi établit, comme le font quelques législations, ce qui est peu satisfaisant, mais logique. Mais le système qui soumet forcément les conventions matrimoniales à la loi nationale des époux, est incompatible avec la liberté de ces conventions, consacrée cependant par le Code italien lui-même. La plupart des dispositions relatives au contrat de mariage sont purement interprétatives. Fondées sur la volonté probable des parties, elles ne les régissent qu'autant qu'elles les ont acceptées tacitement ou expressément : on ne voit donc pas pourquoi les époux, qui peuvent se soumettre à une loi étrangère en en reproduisant textuellement toutes les dispositions, ne pourraient pas également le faire par voie de référence générale, ou même ne pourraient pas, d'après les circonstances, être présumées s'y soumettre.

725. — Nous repoussons également l'opinion de quelques jurisconsultes, d'après laquelle le régime matrimonial serait soumis à la loi du domicile du mari (1). Ce système se rapproche du précédent en ce qu'il fait du régime des biens une dépendance forcée de la loi personnelle du mari, déterminée, dans cette opinion, par le domicile ; il soulève donc les mêmes objections. Il est, d'ailleurs, certain que l'application de la loi nationale est préférable à celle de la loi du domicile. Mais ni l'une ni l'autre ne s'appliquent d'une façon nécessaire et forcée.

726. — Nous avons donc posé le principe : le régime des biens des époux sera soumis à la loi qu'ils auront voulu

(1) Fœlix, t. 1, p. 207.

adopter. Mais il reste à savoir quelle est, dans chaque espèce, leur volonté. On la déterminera, d'après les circonstances et les présomptions de fait, en présumant que les époux ont adopté la loi qu'ils ont pu le plus facilement connaître l'un et l'autre.

Pour les contrats ordinaires, on fait, avons nous dit, une distinction. On admet que les contractants, lorsqu'ils sont de même nationalité, se sont probablement soumis à leur loi nationale commune, et, lorsqu'ils sont de nationalités différentes, à la loi du pays où ils ont contracté.

La première présomption s'applique très bien au choix d'un régime matrimonial. Lorsque les deux époux sont de même nationalité, il est vraisemblable que, même en se mariant à l'étranger, ils ont entendu suivre la loi de leur pays. Cette présomption acquiert un nouveau degré de certitude, si, par exemple, ils se sont mariés devant leur consul ; mais il pourrait fort bien aussi résulter des circonstances qu'ils ont entendu adopter une loi différente, notamment celle du pays où ils sont fixés (1).

Lorsque les époux sont de nationalités différentes, nous n'admettrons pas que la loi applicable soit celle du pays où le mariage a été célébré, ou, du moins, cette circonstance seule ne suffira pas à nous décider. Les conventions matrimoniales, expresses ou tacites, établissent entre les époux des relations permanentes, elles règlent leurs rapports pécuniaires pendant toute la durée de leur union. Or, il se peut que le hasard seul ait choisi le lieu de la célébration du mariage, que les époux n'aient gardé avec ce pays aucune relation, que le centre de leurs intérêts ne s'y trouve pas : il est peu rationnel d'admettre, en toute hypothèse, qu'ils ont entendu en suivre la loi.

Suivant quelques auteurs, les époux doivent être présumés, jusqu'à preuve contraire, après avoir suivi la loi nationale du mari (2). Ce n'est pas là, d'ailleurs, le système

---

(1) Cass. 18 août 1873, Dal. 74.1.158 ; 12 juin 1874, Dal. 75. 1. 333 ; Bordeaux, 2 juin 1875, Sir. 75.2.291 ; Cass. 18 mai 1886, Dal. 87, 1. 277 ; Paris, 7 décembre 1887, Dal. 88. 2. 265 ; Paris, 30 décembre 1892, Cl. 1892, p. 471. — Aubry et Rau, t. V, p. 275. Weiss, p. 513-514. Despagnet, p. 516.

(2) Aix, 7 février 1882, Sir. 83.2.110 ; Aix, 24 décembre 1885, Cl.

italien : la loi du mari ne s'applique pas forcément, mais par suite d'une interprétation de volonté, que peut détruire la preuve contraire. Cette présomption est souvent très raisonnable : la femme qui suit la nationalité de son mari accepte d'être soumise à la loi qui le régit ; il en sera ainsi, notamment, si la femme qui a épousé un français le suit en France et s'y fixe avec lui, surtout si le mariage a été aussi célébré en France. Mais, souvent aussi, cette présomption est peu acceptable. Si le français qui a épousé une étrangère est fixé dans le pays de sa femme, s'il y a sa fortune, s'il y fait le commerce, est-il vraisemblable que les époux aient entendu suivre la loi française, complètement inconnue de la femme, sur laquelle elle ne trouvera guère à se renseigner, alors que le centre de leurs intérêts n'est pas en France ?

Aussi, suivant une autre opinion, les époux doivent être présumés avoir voulu suivre la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire du pays où ils ont, en se mariant, l'intention de se fixer et d'établir, en quelque sorte, le siège social de leur association conjugale. La tradition est favorable à ce système, que beaucoup d'auteurs ont enseigné et que des arrêts nombreux ont consacré (1).

Nous pensons, cependant, que, s'il faut, en effet, chercher des indications dans la nationalité et dans le domicile, on ne peut fonder, ni sur l'un, ni sur l'autre, une présomption absolue. Il faut toujours rechercher, en fait, suivant les circonstances, l'intention des parties. C'est ce que fait la ju-

---

1888, p. 95 ; Paris, 5 février 1887, Cl. 1887, p. 190. — Weiss, p. 514. Despagnet, p. 516. On a parfois appliqué la loi du pays où le mari avait son domicile au moment du contrat : Trib. de Bordeaux, 25 mai 1891, Cl. 1893, p. 415.

(1) Paris, 15 décembre 1853, Sir. 54.2.105 ; Cass. 11 juillet 1855, Dal. 56.2.9 ; 4 mars 1857, Sir. 57.1.247 ; Bordeaux, 24 mai 1876, Dal. 78.2.79 et 23 février 1876, Cl. 1877, p. 237 ; Aix, 12 mars 1878, Sir. 78.2.265 ; Aix, 22 février 1883, Cl. 1883, p. 170 ; Cass. 15 juillet 1885 ; Sir. 86.1.225 ; Pau, 26 juillet 1886, Sir. 87.2.127 ; Paris, 12 juillet 1889, Cl. 1889, p. 845 ; 25 novembre 1891, Cl. 1892, p. 471 ; Chambéry, 23 novembre 1891, Cl. 1892, p. 468. — Aubry et Rau, t. V, p. 275. Guillouard, *op. cit.*, t. I, nos 336 et suiv. Rodière et Pont, t. I, no 34. Demolombe, t. I, no 87.

risprudence française. Les arrêts rendus sur cette question adoptent des solutions souvent très divergentes. Les uns se prononcent pour la loi nationale commune ; beaucoup, même dans des espèces où les époux étaient de même nationalité, pour la loi du domicile matrimonial ; d'autres, pour la loi nationale du mari. Souvent, dans leurs motifs, ils érigent en principe absolu le système auquel ils se rattachent ; mais, à les regarder de près, tous recherchent la volonté des parties et se prononcent, dans un sens ou dans l'autre, d'après les circonstances ; or, l'appréciation des faits doit conduire, suivant les espèces, à des résultats différents. Ainsi se concilient des décisions, en apparence contradictoires (1).

Ces décisions, étant rendues en fait, échappent à la censure de la Cour de cassation, dès lors qu'elles déclarent interpréter la volonté des époux (2).

727. — La loi que les parties sont présumées avoir choisie régit toutes les conséquences du régime qu'elles ont adopté : les causes qui peuvent y mettre fin, comme la séparation de biens, les suites de la dissolution de la communauté, les droits des époux dans le partage, leurs obligations envers les créanciers, etc. Mais, relativement aux formes du partage, à la capacité nécessaire pour y procéder, à son effet déclaratif ou translatif, il faut suivre les mêmes règles qu'en matière de succession.

728. — Le système que nous venons de développer offre un grave inconvénient. Il laisse dans une grande incertitude le régime matrimonial, notamment lorsque les époux sont mariés hors de leur pays. Pour le déterminer, il faut rechercher leur intention ; mais les circonstances qui la manifestent sont peu précises et susceptibles d'être interprétées de diverses façons. Les tiers ne connaissent donc pas la véritable situation des époux avec qui ils traitent. Ce n'est pas, cependant, une raison pour rejeter un système conforme à la véritable nature du régime matrimonial légal, aussi bien

---

(1) Surville et Arthuys, n° 380. Laurent, t. V, n°s 198, 210 et 240.

(2) Cass. 29 juin 1841, Sir. 42. 1. 975 ; 18 mai 1886, Dal. 87. 1. 277 ; 9 mars 1891, Cl. 1891, p. 549.

qu'aux dispositions de la loi française. Mais le législateur pourrait remédier à cet inconvénient, par exemple en obligeant les époux, quand ils se marient hors de leur pays, à déclarer devant l'officier de l'état civil, qui en ferait mention dans l'acte de mariage, à quelle loi ils entendent soumettre le régime de leurs biens. Faute de cette déclaration, ils seraient soumis au régime de droit commun dans le pays où le mariage est célébré (1).

§ 3. — De l'effet du changement de nationalité ou de domicile relativement aux conventions matrimoniales.

729. — Les conventions matrimoniales, d'après ce que nous avons dit, sont régies ou par la loi nationale commune des conjoints, ou par celle du mari, ou par la loi du domicile conjugal. Quelle qu'elle soit, cette loi est fixée au moment du mariage et les changements ultérieurs de nationalité ou de domicile ne sauraient la changer.

Cela s'impose, si l'on admet, avec nous, que les époux sont soumis à cette loi en vertu d'une convention tacite. Leur volonté est arrêtée lors de la célébration du mariage; un changement de nationalité ou de domicile ne la modifie pas. La loi française veut que les conventions expressément stipulées avant le mariage soient immuables après sa célébration ; la même immutabilité doit aussi s'appliquer aux conventions tacites, d'où résulte l'adoption d'un régime légal (2).

On admet aussi, communément, la même solution dans le système qui considère le régime matrimonial comme soumis nécessairement à la loi nationale du mari (3) ou à celle de son domicile (4). On ne tient compte que de la nationalité ou du domicile existant à l'époque du mariage, sans avoir égard aux changements ultérieurs. Il ne peut, en effet, en être autrement lorsqu'un des époux change seul de

---

(1) Weiss, p. 514-515. Laurent, t. V, n° 203.

(2) Cass. 30 janvier 1854, Sir. 54.1.268 ; 12 juin 1874, Dal. 75.1.333 ; Aix, 21 mars 1882, Dal. 83.1.22. Weiss, p. 517. Despagnet, p. 520. Aubry et Rau, t. V, p. 276. Laurent, t. V, n° 210.

(3) Asser et Rivier, *Droit international privé*, p. 113.

(4) Fœlix, t. I, p. 214.

nationalité. La naturalisation du mari n'a pas pu porter atteinte aux droits de la femme, et, par conséquent, n'a pu modifier, à son égard, le régime matrimonial ; et, comme il est forcément le même pour les deux époux, il n'a pu changer ni pour l'un ni pour l'autre.

Au contraire, lorsque les deux époux changent de nationalité, si l'on admet que leur régime matrimonial dépend nécessairement de leur loi nationale, il est assez difficile de comprendre pourquoi, sous la réserve des droits des tiers, il ne change pas lorsque les époux sont soumis à une nouvelle loi. Du moins, l'opinion que nous avons adoptée explique beaucoup mieux ce résultat.

730. — Au surplus, le système d'après lequel le régime matrimonial, fixé à l'époque du mariage, ne change pas par la suite n'est pas admis également partout.

D'après certaines lois allemandes, en particulier la loi prussienne, lorsque les époux changent de domicile, leur régime matrimonial est soumis à la loi de leur nouveau domicile. On admet aussi, dans la doctrine anglaise et américaine, que le régime matrimonial est régi, quant aux meubles, par la loi du domicile *actuel* des époux et change, par conséquent, avec ce domicile ; quant aux immeubles, il est régi par la loi de leur situation (1).

Section II. — *Application des conventions matrimoniales.*

731. — Nous avons vu comment, en cas de doute, on détermine la loi à laquelle est soumis le régime matrimonial. Supposons, maintenant, que ce régime, résultant de la convention ou de la loi, est connu et certain, ainsi que la loi qui le régit. Par exemple, deux français se sont mariés en France : la loi française est seule applicable. Mais les effets du régime matrimonial et de la loi à laquelle il est soumis doivent-ils s'étendre à tous les biens, spécialement à tous les immeubles des époux, quelle que soit leur situation,

(1) Story, *Conflict of laws*, n° 187. Wharton, *Conflict of laws or private international law*, § 196.

même si, dans le pays où ils se trouvent, la loi établit un régime différent ? C'est, précisément, la *famosissima quæstio*, que nos anciens auteurs discutaient autrefois, après d'Argentré et Dumoulin. Notre solution est aussi celle qui avait triomphé : les effets du régime établi entre les époux, sous l'empire de la loi qu'ils ont choisie, s'étendent à tous leurs biens, meubles et immeubles, quelle que soit leur situation à moins que, dans le pays où les biens se trouvent, ces effets ne soient contraires à l'ordre public.

732. — *a*) En principe, les effets du régime matrimonial s'étendent à tous les biens des époux, en quelque pays qu'ils soient situés. Il en est ainsi du régime établi par une convention expresse, — ce qui, depuis longtemps, n'est pas contesté, — et du régime établi par la loi elle-même, à défaut de contrat, parce que, au fond, ce régime est encore établi par une convention tacite, dont les effets doivent avoir la même portée et la même étendue que ceux d'une convention expresse. Il est inutile d'insister sur cette démonstration, qui résulte suffisamment des développements précédents ; cette solution est, d'ailleurs, admise dans tous les pays, sauf cependant en Angleterre et aux Etats-Unis (1).

Voici, à titre d'exemples, quelques conséquences de ces principes : 1° Les immeubles acquis, en Italie, par deux époux mariés en France sans contrat tomberont en communauté, bien que, d'après le Code italien, ils doivent, dans ce cas, être paraphernaux ; 2° La succession immobilière échue, en Hollande, à un conjoint français, lui reste propre, bien que la loi de la situation des biens établisse la communauté universelle ; 3° En supposant deux italiens mariés, dans leur pays, sans contrat, l'immeuble acquis par l'un d'eux, en France, sera paraphernal ; il ne tombera pas dans la communauté, malgré les dispositions de la loi française.

On s'est demandé, cependant, si les conséquences du régime dotal ne dépendraient pas, relativement aux immeubles, de la loi de leur situation. Ainsi, on a soutenu que les immeubles dotaux situés en France seraient inaliénables,

---

(1) V. notamment, Cass. 4 avril 1881, Sir. 83.1.65 ; Paris, 5 février 1887, Cl. 1887, p. 190. V. cep. Metz, 9 juin 1852, Sir. 52.2.89.

bien que la loi nationale de la femme, par exemple la loi espagnole, n'admette pas cette inaliénabilité. On est allé jusqu'à formuler cette règle : « Tout ce qui est relatif au régime dotal dépend du statut réel (1). » C'est une manière de voir tout à fait inexacte et aujourd'hui abandonnée (2). L'adoption et les effets du régime dotal, aussi bien que du régime de communauté, dépendent de la volonté des époux. La loi à laquelle ils ont voulu se soumettre doit donc régir les immeubles dotaux, en quelque pays qu'ils soient situés. En outre, pour que l'inaliénabilité s'appliquât nécessairement, en France, aux immeubles dotaux, même appartenant à une femme étrangère, il faudrait que ce fût, ou bien une sorte de qualité affectant l'immeuble lui-même, ou, tout au moins, une règle d'ordre public. Or, l'inaliénabilité dotale, — cela est très généralement reconnu, — n'est point une indisponibilité réelle, mais une incapacité d'aliéner, établie par contrat et dont la femme est atteinte, ce qui est une nouvelle raison d'appliquer sa loi nationale, et ce n'est pas non plus une règle d'ordre public, puisque les conjoints, même français, peuvent y déroger. Les immeubles dotaux, appartenant en France à une femme étrangère, ne sont donc inaliénables que si cela résulte de la loi sous l'empire de laquelle les époux sont mariés (3-4).

733. — *b*) La loi qui régit les conventions matrimoniales ne pourrait plus s'appliquer aux biens situés dans un pays étranger, où ses conséquences seraient contraires à l'ordre

---

(1) Fœlix, t. I, p. 124.

(2) Aubry et Rau, t. I, p. 88, note 20. Weiss, p. 516. Despagnet, p. 526. Surville et Arthuys, p. 373,374.

(3) Trib. de la Seine, 20 août 1884, Cl. 1885, p. 76.

(4) La Cour de cassation, 4 avril 1881, Sir. 83.1.65, tout en admettant, en principe, que le régime matrimonial de conjoints américains, mariés en Amérique, est déterminé par la loi américaine, même relativement aux immeubles situés en France, a décidé, cependant, que la femme ne pourrait pas invoquer, sur ces immeubles, le droit de douaire que lui accorde la loi de son pays. Cette décision me paraît critiquable. Elle s'explique, dans une certaine mesure, parce que la Cour suprême, à tort, croyons-nous, a vu dans le douaire un droit de succession, autant qu'une convention matrimoniale.

public. Ainsi, les immeubles dotaux, appartenant à une femme française, mariée en France, ne seront pas inaliénables, s'ils sont situés dans un pays, par exemple en Espagne, où la loi n'établit pas l'inaliénabilité et ne permet pas de la stipuler. L'inaliénabilité, en effet, est contraire à la libre circulation des biens et, par conséquent, à l'ordre public (1). De même, un immeuble, situé en France et donné à la femme après le mariage, ne pourra jamais être dotal, bien que certaines lois permettent de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage. Si la loi française l'interdit, c'est pour restreindre l'inaliénabilité aux seuls immeubles que la femme s'est constitués en se mariant, et ce motif touche à l'ordre public.

734. — Doit-on considérer, en France, comme contraires à l'ordre public, les clauses qui modifient l'exercice de la puissance maritale ou paternelle, ou l'ordre des successions ? (2)

En règle générale, la puissance maritale et paternelle est régie, même en France, par la loi nationale des étrangers. Le contrat peut donc contenir, à cet égard, toutes les clauses permises par la loi des époux, ou, plus exactement, par celle du mari, même si elles sont contraires à la loi française. Nous avons déjà dit qu'il faut tenir pour valable, en France, l'autorisation générale d'aliéner, donnée, dans le contrat, à la future épouse, par le mari italien.

Cependant, certains des droits conférés au mari ou au père sont regardés, en France, comme d'ordre public ; toute stipulation contraire serait donc sans effet. Ainsi, pour en citer un exemple, les tribunaux français ne tiendraient pas pour civilement obligatoire la clause du contrat, par laquelle le père s'engagerait à élever ses enfants dans une religion déterminée.

Quant aux clauses dérogatoires à l'ordre des successions, elles ne peuvent produire leurs effets, si elles sont contraires à la loi qui régit la succession.

---

(1) Brocher, t. II, n° 187. Weiss, p. 516-517. Despagnet, p. 526. Surville, *Revue critique*, 1888, p. 260.

(2) V. Surville et Arthuys, p. 366 et suiv. Despagnet, p. 525.

Dans le système français, la solution sera donc très simple : aucune de ces conventions ne pourra s'exécuter sur les immeubles situés en France.

Dans le système que nous avons préféré, elles ne pourront pas s'exécuter, lorsqu'elles seront contraires à la loi nationale du *de cujus* : à la loi du père ou de la mère, à la succession duquel un des conjoints a renoncé par anticipation ; à la loi des conjoints eux-mêmes, lorsque c'est leur propre succession qu'ils ont réglée par le contrat. Mais, comme la loi applicable est celle des conjoints au moment de leur décès, il peut se faire qu'une convention, permise lors du mariage, devienne, par la suite, inefficace. Il faut seulement observer qu'un des époux, en changeant seul de nationalité, ne peut priver l'autre conjoint des droits que le contrat de mariage lui assurait dans sa succession, conformément à la loi sous l'empire de laquelle il avait été fait (1).

CHAPITRE III. — **Lettre de change.**

735. — La lettre de change est un des actes qui font naître le plus fréquemment les conflits de lois. Pas plus que le commerce dont elle est l'instrument, la lettre de change ne connaît de frontières. Emise dans un pays, elle est souvent payable dans un autre ; entre sa création et son exécution, elle devient le point de départ de contrats, tels que l'endossement ou l'aval, qui peuvent, eux aussi, se former dans différents pays. Il n'est donc point de matière où l'unité de législation fût plus utile. Ce ne serait pas, d'ailleurs, une utopie irréalisable : les besoins, les usages du commerce sont, à peu près, partout les mêmes ; les institutions politiques et sociales, les croyances religieuses des divers peuples sont ici hors de cause. Plusieurs pays sont déjà entrés dans cette voie d'unification. Il subsiste, cependant, encore, notamment entre la loi française et celle d'autres Etats, des différences importantes.

736. — Elles tiennent à ce que toutes les législations

(1) Aix, 21 mars 1882, Dal. 83. 1. 22.

n'envisagent pas de la même manière la notion de la lettre de change, son rôle et son utilité, ou, pour mieux dire, à ce que quelques-unes sont restées fidèles à une conception qui n'est plus aujourd'hui conforme à la vérité, et que d'autres ont résolument écartée (1).

La loi française voit principalement, dans la lettre de change, le moyen d'exécuter le contrat de change ; elle la soumet à des conditions qui répondent à cette destination et l'empêcheraient de s'en écarter, si la pratique n'avait, depuis longtemps, appris à les tourner. Ainsi, la lettre de change doit être nécessairement tirée d'un lieu sur un autre et mentionner cette remise de place en place (2); elle doit indiquer la valeur fournie par le tireur au tiré ; enfin, l'endossement, pour être translatif de propriété, doit aussi satisfaire à des conditions rigoureusement déterminées par la loi. C'est aussi le système suivi en Hollande, en Espagne, et dans quelques autres pays. Mais la tendance générale est aujourd'hui de s'en écarter ; les lois les plus récentes l'ont abandonné. Il ne répond plus, en effet, à la réalité des choses et aux besoins du commerce. L'exécution du contrat de change est une fonction tout à fait secondaire de la lettre de change. Elle est, avant tout, un instrument de crédit, ou plutôt un véritable papier monnaie. C'est la promesse de payer une somme d'argent à la personne, inconnue au moment de l'émission, qui sera porteur du titre lors de l'échéance. C'est à ce point de vue que s'est placée, dès 1847, la législation allemande. Une loi, élaborée par les représentants des États de la confédération germanique, fut promulguée ensuite par chacun d'eux. Elle dégageait la lettre de change de toute entrave et de toute restriction. La lettre de change peut être tirée sur le lieu même où elle est créée ; elle n'a pas besoin d'indiquer la valeur fournie, mais elle doit contenir l'expression de lettre de change. L'endossement n'est soumis à aucune forme : une simple signature suffit à

---

(1) Cfr. Lyon-Caen, *De l'unification des lois relatives aux lettres de change*, Cl. 1884, p. 348.

(2) Aux termes d'un projet de loi adopté par la Chambre des députés, dans sa séance du 20 juillet 1893, la lettre de change pourrait être tirée, soit d'un lieu sur un autre, *soit d'un lieu sur le même lieu.*

transférer la propriété de la lettre. C'est le système qu'ont adopté successivement, sauf quelques différences de détail, l'Italie, la Suisse, la Belgique, les États Scandinaves, l'Autriche, la Hongrie; il est également question de l'introduire en Russie.

En Angleterre et aux États-Unis, la lettre de change n'a été, pendant longtemps, réglée que par la coutume et la jurisprudence. Ces usages ont été codifiés, en Angleterre, par la loi du 18 août 1882. Le système suivi se rapproche, d'ailleurs, beaucoup de celui que la loi allemande a consacré : la remise de place en place et la mention de la valeur fournie ne sont pas nécessaires ; il en diffère, cependant, sur quelques points : par exemple, il est inutile que le titre contienne l'expression : lettre de change.

737. — Cet aperçu général montre comment les conflits doivent être fréquents en cette matière, principalement entre la loi française et celle des autres Etats européens. Nous en rechercherons la solution en étudiant : 1° les conditions ; 2° les effets de la lettre de change (1).

SECTION I. — *Conditions de la lettre de change.*

738. — Ces conditions sont relatives à la capacité des personnes qui s'obligent et à la forme de la lettre de change.

739. — A. Capacité. — Suivant les principes ordinaires, la capacité de ceux qui s'obligent par lettre de change, à titre de tireur, de tiré accepteur, d'endosseur, de donneur d'aval, etc., est régie par leur loi nationale. Peu importe qu'il s'agisse d'une incapacité générale de contracter, ou d'une incapacité spéciale à la lettre de change, comme celle qui, d'après le Code de commerce français, atteint la femme non commerçante.

On se souvient que, d'après la jurisprudence, la loi étrangère ne s'appliquerait plus, s'il en résultait un préjudice pour un français qui, de bonne foi et sans aucune faute, aurait

---

(1) Ce que nous disons de la lettre de change doit aussi s'appliquer, *mutatis mutandis*, au billet à ordre.

ignoré l'incapacité de celui avec qui il a traité. Ces conditions de bonne foi sont plus facilement réalisables, en matière de lettre de change, que pour tout autre contrat. Le porteur français a fait confiance au titre ; il ne connaît que son endosseur ; il n'a pas été en rapport avec les précédents endosseurs ni avec le tireur ; si la lettre a été émise ou a circulé dans des pays lointains, faut-il qu'il se renseigne sur la nationalité et sur la capacité véritable de tous ceux qui l'ont signée ? Ne faut-il pas admettre alors très facilement qu'il a été dans l'impossibilité de connaître cette incapacité et que, par suite, elle ne doit pas lui préjudicier (1) ? Nous avons précédemment rejeté ce système. La difficulté de connaître, en fait, la capacité des divers souscripteurs de la lettre sera parfois aussi grande s'ils sont français que s'ils sont étrangers, et le préjudice qu'une loi étrangère peut causer à un français n'est jamais un motif suffisant pour en écarter l'application (2).

Il n'y aurait d'exception à cette règle que si l'étranger avait usé de manœuvres dolosives pour dissimuler sa condition.

Mais c'est avec raison qu'on a refusé d'admettre, en France, par suite de leur nature particulière, diverses incapacités relatives à la lettre de change, comme l'interdiction de souscrire des effets de commerce faite, en certains pays, aux membres des familles souveraines. Ce n'est pas là, à proprement parler, une incapacité personnelle, mais une mesure purement politique, dont les effets doivent être restreints au pays où elle a été édictée (3).

740. — La loi allemande et plusieurs autres à sa suite admettent, contrairement à notre système, que la lettre de change sera valable, si l'étranger, incapable d'après sa loi nationale, était capable d'après celle du pays où elle a été souscrite. C'est également la solution proposée par le con-

---

(1) Paris, 17 juin 1834, Sir. 34.2.371 ; 15 octobre 1834, Sir. 34.2.657 ; Cass. 16 janvier 1861, Sir. 61.1.305 ; Paris, 10 juin 1879, Cl. 1879, p. 488; 20 mars 1890, Cl. 1891, p. 493. — *Contra*, Paris, 21 mai 1885, Cl. 1885, p. 541.

(2) *Suprà*, nos 328-331.

(3) Paris, 26 novembre 1850, Sir. 50.2.666.

grès international de droit commercial, réuni à Anvers en 1885 (1). Elle est, évidemment, inspirée par le désir de rendre plus facile et plus sûre la circulation des lettres de change ; mais elle est moins satisfaisante au point de vue rationnel.

741. — B. Formes. — Il faut ici appliquer les règles ordinaires sur la forme des actes.

La lettre de change est un acte solennel. Elle n'existe qu'autant qu'elle est faite par écrit, habituellement sous seing privé, et suivant certaines formes déterminées. Il en est de même de tous les actes qui s'y rattachent : acceptation, endossement, aval..... Si simplifiés qu'ils soient, dans certaines législations, ils exigent au moins la signature de celui qui s'oblige. Mais la règle *locus regit actum* s'applique, nous l'avons vu, aux actes solennels. La lettre de change sera donc valable, toutes les fois qu'elle aura observé les formes prescrites par la loi du pays où elle est faite. La lettre tirée en Allemagne, même par un français, sera valable en France, bien qu'elle ne contienne pas de remise de place en place et ne mentionne pas la valeur fournie (2) ; l'endossement fait dans le même pays, au moyen d'une simple signature, devra être considéré comme régulier et translatif de propriété (3). Il faut, d'ailleurs, apprécier distinctement l'émission de la lettre de change et les divers actes subséquents. La lettre tirée en Allemagne, acceptée en Italie, endossée en France, sera, pour la forme de chacun de ces actes, soumise aux lois du pays où il est fait. D'autre part, on devra exiger l'observation des formes prescrites par la loi du lieu où la lettre a été émise ou endossée, même si elles ne sont pas requises par celle du lieu où elle doit être payée (4). Ainsi, la lettre tirée en Allemagne devra

---

(1) Cl. 1885, p. 638.

(2) Trib. civ. Marseille, 5 sept. 1876, Cl. 1877, p. 425.

(3) Cass. 25 septembre 1829, Sir. 30.1.151 ; Paris, 29 mars 1836, Sir. 37.1.457 ; Aix, 29 avril 1844, Sir. 45.2.114 ; Paris, 20 novembre 1854, Dal. 57.2.106; Cass. 18 août 1856, Dal. 57.1.39; Rouen, 1er décembre 1856, Sir.56.2.692 ; Bordeaux, 7 juin 1880, Cl. 1881, p. 155 ; Cass. 20 mai 1885, Cl. 1885, p. 435 ; Paris, 11 décembre 1888, *Gaz. du Palais*, 1889.1.412 ; 12 janvier 1889, Cl. 1889, p. 291.

(4) Surville et Arthuys, p.514. Despagnet, p. 533. — Cpr. Lyon-Caen

contenir l'expression : lettre de change. Celle qui serait tirée en Angleterre devra être faite sur papier timbré, la loi anglaise exigeant cette formalité à peine de nullité.

Mais la règle *locus regit actum* est facultative pour les actes sous seing privé. Si donc les deux contractants, le tireur et le preneur, l'endosseur et son cessionnaire, sont de même nationalité, ils pourront suivre leur loi nationale commune, de préférence à celle du pays où l'acte est fait (1), Ne faut-il pas aller plus loin ? La lettre de change est un acte unilatéral : le preneur ne contracte aucune obligation ; seul le tireur s'oblige. Ne suffira-t-il pas, dès lors, lorsqu'il n'est pas de même nationalité que le preneur, qu'il se conforme à sa loi nationale, même si elle diffère de la *lex loci actûs* ? (2). Nous ne croyons pas, cependant, devoir l'admettre. Si le preneur ne s'oblige pas, à proprement parler, il se soumet, au moins, à certaines conditions auxquelles est subordonné, notamment, l'exercice de son recours contre le tireur : l'acte ne saurait donc avoir de force à son égard, s'il était fait suivant une loi qui ne serait ni celle du lieu d'émission, ni la loi commune à lui et à son co-contractant.

Au surplus, il sera toujours plus sûr de suivre la loi locale ; c'est la seule dont la jurisprudence française admette l'application.

Section II. — *Effets de la lettre de change.*

742. — La lettre de change est l'instrument d'un contrat, ou plutôt d'une série de contrats, dont l'interprétation et les effets sont soumis aux règles que nous avons précédemment posées. Ils sont régis par la loi que les parties ont choisie, ou qu'elles sont présumées avoir voulu choisir.

Les deux personnes qui contractent ensemble sont-elles de même nationalité ? On présumera qu'elles ont entendu adopter leur loi nationale commune.

---

et Renault, *Précis de Droit commercial* (1re édit.), t. I, p. 723, note 8. — V. cep. Fiore, nº 345.

(1) Surville et Arthuys, p. 514. Despagnet, p. 533. Weiss, p. 657. — *Contra*, Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 209.

(2) Chrétien, *La lettre de change en Dr. int. privé* (Th. doc.), nº 33.

Ainsi, la lettre, tirée par un français habitant l'Allemagne, au profit d'un autre français habitant l'Angleterre, sera régie par la loi française. L'endossement, consenti en France par un allemand à un autre, sera régi par la loi allemande, à moins, bien entendu, que les circonstances ne conduisent à admettre que les deux parties, quoique de même nationalité, ont préféré une autre loi, par exemple celle de leur domicile commun.

Les deux parties sont-elles de nationalités différentes ? On présumera qu'elles ont adopté la loi du lieu où la convention s'est formée. Il faut alors déterminer cette loi, et, pour cela, distinguer les différents contrats auxquels la lettre de change sert de titre.

743. — 1° Un premier contrat se forme entre le tireur et le preneur. D'après le système français, c'est nécessairement le contrat de change. Le tireur promet au preneur de lui procurer une certaine somme d'argent, dans un lieu autre que celui d'où la lettre est tirée. D'après le système allemand, cette promesse n'a pas toujours pour but l'exécution du contrat de change. Quelle qu'en soit, d'ailleurs, la nature, le contrat est formé au lieu d'où la lettre est tirée : soit que le tireur et le preneur y aient été l'un et l'autre présents, soit même que le preneur en ait été absent (1) : c'est bien là que le tireur a entendu s'obliger. La loi de ce lieu régit donc toutes les conséquences que produit la lettre de change, dans les rapports du tireur avec le preneur et avec tous les endosseurs successifs et le porteur de la lettre de change ; le preneur n'a pu transférer les droits qui lui appartenaient contre le tireur que dans les mêmes conditions où ils lui appartenaient à lui-même, c'est-à-dire soumis à la loi du lieu d'émission : c'est donc aussi avec cette condition que le porteur en est investi.

2° Le tireur donne au tiré mandat de payer la lettre de change. C'est un contrat par correspondance. Il est parfait, lorsque le tiré a accepté le mandat, soit expressément, soit tacitement, en payant à l'échéance (art. 1985). Suivant les

(1) Despagnet, p. 534. Weiss, p. 632. Surville et Arthuys, p. 516. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1317. Fiore, n° 347.

principes que nous avons adoptés plus haut, le contrat est formé au lieu où il est ainsi devenu parfait, soit par une acceptation formelle, soit par son exécution, c'est-à-dire au domicile du tiré (1). Nous n'admettons pas que le contrat doive être soumis à la loi de celui qui en a pris l'initiative, c'est-à-dire du tireur (2).

3° L'acceptation du tiré l'oblige envers le preneur, ou tout autre qui sera, à l'échéance, en vertu d'une cession régulière, porteur du titre. Cette obligation unilatérale sera régie par la loi du lieu où elle a été contractée : par celle du domicile du tiré (3).

4° Par l'endossement, l'endosseur transfère à son cessionnaire la propriété de la lettre de change, avec tous les droits qui y sont attachés, et lui en garantit le paiement. C'est un nouveau contrat, régi par la loi du lieu de l'endossement (4).

5° L'aval est un contrat de cautionnement, par lequel une tierce personne accède à l'obligation du tireur ou de l'un des endosseurs. En principe, le donneur d'aval est tenu de la même façon que celui pour lequel il s'est engagé : il semble donc que son obligation doive être soumise à la même loi que l'obligation principale dont elle est l'accessoire. Mais ce n'est là qu'une interprétation de la volonté des parties, l'article 142 du Code de commerce le dit formellement : « sauf conventions contraires des parties. » Il faut donc, pour déterminer les conséquences de l'aval, se référer à la loi que les parties ont voulu adopter, c'est-à-dire, ici encore, à celle du pays où il a été donné (5).

En outre, il faudra, dans tous les cas, tenir compte des lois du pays où la lettre devrait être payée, lorsqu'il s'agira de mesures d'exécution, et de celles du pays où les poursui-

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1317. Despagnet, p. 534. Weiss, p. 662. Fiore, n° 348.

(2) En ce sens, Surville et Arthuys, p. 516.

(3) Auteurs cités, *suprà*, note 1. — *Contra*, Surville et Arthuys, p. 518: ils appliquent aux effets que produit l'acceptation, dans les rapports du tiré accepteur et du preneur, la loi qui régit le contrat formé entre le tireur et le preneur.

(4) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 1317. Despagnet, p. 535. Weiss, p. 662.

(5) Despagnet, p. 533. Surville et Arthuys, p. 519.

tes sont intentées, lorsqu'il s'agira des règles de la procédure ou de dispositions d'ordre public (1).

744. — Nous allons, maintenant, tirer les conséquences de ces règles générales, en parcourant les principales questions au sujet desquelles les conflits peuvent se produire.

745. — *a*) *Échéance.* — L'échéance est une modalité de l'obligation du tireur : c'est un terme fixé pour son exécution. Elle dépend donc de la loi qui la régit (2). Il faut, par exemple, pour en déterminer la date, consulter le calendrier du pays où la lettre est émise, plutôt que celui du pays sur lequel elle est tirée, au cas où ils seraient différents. Par une conséquence de la même idée, si, postérieurement à la création de la lettre de change, une loi, rendue dans le pays du tiré, en prorogeait l'échéance, comme il est arrivé dans certains cas de calamités publiques, le porteur pourrait, néanmoins, recourir, à l'échéance primitivement fixée, contre le tireur : une loi étrangère n'a pas pu modifier son obligation.

746. — *b*) *Acceptation.* — Les effets de l'acceptation sont régis par la loi du domicile du tiré, dans ses rapports avec le tireur : cette loi décidera, par exemple, si elle fait présumer la provision.

Dans la plupart des législations, le porteur n'est pas tenu, en général, de présenter la lettre à l'acceptation ; quelques-unes, cependant, l'obligent à le faire (3). Il faut suivre, sur ce point, les lois qui régissent, soit l'émission de la lettre, soit les divers endossements : la présentation à l'acceptation est alors, en effet, une des conditions du contrat intervenu

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1318. Weiss, p. 664.

(2) Surville et Arthuys, p. 516. Despagnet, n° 537. Chrétien (Th. doc.), n° 55. — V. cep. Fiore, n° 348. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I. n° 1318, qui appliquent à l'échéance la loi du lieu de l'exécution.

(3) V. relativement à la loi espagnole, qu'on range d'ordinaire dans cette catégorie, arrêt contraire de Paris, 22 mars 1875, Cl. 1875, p. 361.

entre le tireur et le preneur, ou entre l'endosseur et son cessionnaire (1).

Enfin, les conséquences du défaut d'acceptation, les recours auxquels il donne ouverture, obéissent aux lois applicables en cas de non-paiement. Nous y reviendrons tout à l'heure.

747. — *c) Solidarité.* — Dans quelle mesure le tireur, les endosseurs, les donneurs d'aval garantissent-ils le paiement ? Y sont- ils tenus solidairement ou conjointement ? Il faut, pour chacun d'eux, appliquer la loi sous l'empire de laquelle il a contracté. Mais, d'autre part, chaque endosseur n'a pu transmettre que les droits qui lui appartenaient: le porteur ne peut recourir solidairement contre les garants de son endosseur que si celui-ci lui-même avait ce droit (2).

748. — *d) Paiement.* — Le paiement de la lettre de change peut donner lieu à différentes difficultés.

1° La valeur à payer est indiquée en une monnaie qui n'a pas cours dans le pays sur lequel la lettre est tirée : en livres-sterling, par exemple, et la lettre est payable en France. Il dépend de la volonté des parties de fixer la valeur due au porteur ; mais, d'autre part, les lois sur la circulation monétaire sont d'ordre public. Le tiré peut donc se libérer en monnaie française ; mais il doit tenir compte du cours du change, et fournir une somme suffisante pour se procurer, en monnaie anglaise, la valeur indiquée. C'est ainsi que nous interprétons l'article 143 du Code de commerce : « Une « lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique » (3).

Il faut donner la même solution, si la lettre mentionne que le paiement sera fait dans une des monnaies qui ont cours dans le pays sur lequel elle est tirée et non pas dans une

---

(1) Surville et Arthuys, p. 516. Chrétien (Th. doc.), n° 47. Fiore, n° 347.

(2) Despagnet, p. 536. Surville et Arthuys, p. 519. Weiss, p. 663.

(3) Laurin, *Cours de droit commercial*, n° 679. Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 532. Surville et Arthuys, p. 521. — *Contra*, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n. 1199. Chrétien (Th. doc.), n° 61.

autre, par exemple un papier monnaie tombé au-dessous de sa valeur nominale. Le tiré pourra se libérer en n'importe quelle monnaie ayant cours légal (1) ; mais il devra tenir compte de la différence de valeur réelle existant entre celle qu'il donne et celle qui était stipulée, et fournir la somme nécessaire pour la parfaire (2).

2° La procédure à suivre pour parvenir au paiement est régie par la loi du pays où il doit avoir lieu. Ainsi, le porteur d'une lettre tirée en Italie ne pourrait se prévaloir, en France, des articles 323 et 324 du Code de commerce italien, d'après lesquels la lettre de change constitue, par elle-même, un titre exécutoire, autorisant le porteur à obtenir immédiatement une condamnation provisoire, sauf renvoi à une audience ultérieure pour examiner les exceptions soulevées par le défendeur (3).

3° Le paiement doit être fait le jour de l'échéance. Suivant l'article 157 du Code de commerce, « les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement de la lettre de change. » Il en est de même dans la plupart des législations. En Angleterre, au contraire, le tiré accepteur a, pour s'acquitter, un délai de grâce de trois jours. Ce sont là des dispositions impératives et qui ne dépendent pas de la volonté des parties : il n'y a donc pas à rechercher leur intention pour déterminer la loi applicable. Ces mesures sont relatives à l'exécution de la lettre de change et sont soumises à la loi du pays où cette exécution doit avoir lieu (4).

749.— *e*) *Recours.* — Le porteur peut recourir contre son endosseur et ses autres garants, soit si le tiré refuse d'accepter la lettre, soit s'il refuse de la payer. Celui qui est pour-

---

(1) Aix, 23 novembre 1871, Sir. 72. 2. 161. — Cpr. Cass. 11 février 1873, Sir. 73. 1. 97.

(2) Labbé, note sous Cass. Sir. 73. 1, 97. Chrétien (Th. doc.) n° 63, Surville et Arthuys, p. 522. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, *op cit.*, n° 1409.

(3) Trib. de Tunis, 12 avril 1888, Cl. 1891, p. 534 (3 jugements).

(4) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1318. Surville et Arthuys, p. 521. Weiss, p. 664. Despagnet, p. 564. — V. cep. pour l'application de la loi du lieu de l'acceptation : Bruxelles, 23 avril 1880, Cl. 1881, p. 479.

suivi peut, à son tour, recourir contre ses propres garants, et ainsi de suite, jusqu'au tireur. Intervertissant l'ordre des faits, nous parlerons d'abord du recours faute de paiement et, en second lieu, du recours faute d'acceptation.

A. Recours faute de paiement. — 1° *Conditions du recours.* — Le porteur qui veut conserver son recours contre ses garants doit se présenter à l'échéance et, si la lettre n'est pas payée, le faire constater par un acte de protêt.

Les conditions auxquelles est subordonné l'exercice du recours sont déterminées par la loi du contrat intervenu entre le porteur et son garant ; elles en constituent, en effet, une des clauses. Si l'endosseur s'est obligé à garantir le paiement, c'est à la condition que le porteur ferait, de son côté, les diligences nécessaires pour l'obtenir. Mais, comme je l'ai déjà fait observer, chaque endosseur ne peut transmettre ses droits que dans la mesure où ils lui appartenaient. Si donc le porteur veut, par exemple, recourir directement contre le tireur, il sera soumis aux conditions que le preneur devait remplir ; ou, s'il recourt contre un autre endosseur que le sien, à celles que devait remplir le cessionnaire immédiat. En définitive, il faut appliquer au recours formé contre le tireur la loi du pays où la lettre de change a été émise, et au recours formé contre chaque endosseur, la loi du pays où l'endossement a eu lieu (1).

C'est donc cette loi qui devra décider si le porteur n'a pas conservé son recours, malgré l'absence de protêt, lorsque, par suite de force majeure ou de cas fortuit, il aura été dans l'impossibilité de le faire (2).

Quant aux formes mêmes du protêt, il va sans dire qu'elles sont soumises à la loi du pays où il est fait ; j'en dirai

---

(1) Despagnet, p. 538. Weiss, p. 663. Fiore, n° 359. Chrétien, n° 69.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1320. Surville et Arthuys, p. 524. Despagnet, p. 539.— Cpr. Paris, 26 novembre 1850, Sir. 50. 2. 626. La question s'est posée, notamment, à l'occasion des lois et décrets qui, pendant la guerre de 1870, avaient prorogé, en France, les délais impartis pour faire protester les lettres de change échues durant cette période. — V. Weiss, p. 665, note 1 et les auteurs cités par lui. Chrétien (Th. doc.), n° 72.

autant du délai imparti pour le dresser et qui se rattache aussi aux formes de l'acte (1).

2° *Délai.* — Le porteur, après avoir fait dresser le protêt, doit recourir contre ses garants dans un certain délai qui, d'après la loi française, est de quinze jours, mais est susceptible d'être augmenté, suivant les distances. Toutes les législations ne le fixent pas de la même façon et la loi anglaise l'abandonne à l'appréciation des juges.

Il faut bien appliquer, ici encore, la loi du pays où la lettre a été émise, ou de celui où l'endossement a été fait. Le délai ne saurait se prolonger au delà de la limite fixée par cette loi, en vue de laquelle l'obligation de garantie a été contractée (2). Mais il faut aussi appliquer la loi du tribunal saisi : le recours sera perdu, s'il n'est pas intenté dans le délai fixé par cette loi. Il s'agit, en effet, d'une sorte de prescription, pour laquelle nous devons suivre les mêmes règles que nous avons posées plus haut. Au surplus, le lieu où la poursuite est intentée sera, dans la plupart des cas, le lieu même de l'endossement ou de l'émission de la lettre de change. Le Code de commerce applique à ces délais la loi du pays où la poursuite est intentée, puisqu'il les règle lui-même pour le cas où, la lettre étant payable à l'étranger, le recours est formé contre le tireur ou un endosseur résidant en France. Il suppose en même temps, il est vrai, que la lettre de change avait été tirée en France. (C. Com. art. 166).

3° *Effets du recours.* — L'étendue du recours doit être déterminée par la loi que les parties ont voulu adopter. Ainsi, en particulier, le taux des intérêts moratoires sera fixé, non par la loi du lieu de l'exécution, mais par celle du pays où la lettre a été émise ou endossée (3). C'est, en effet, par suite des conventions conclues dans cet endroit que les intérêts moratoires sont dus. Rien n'empêcherait les par-

---

(1) Cass. 5 juillet 1843, Sir. 44.1.49 ; Paris, 22 mars 1875, *J. des trib. de com.*, 1876, p. 147.

(2) Weiss, p. 663-664. Despagnet, p. 538.

(3) Surville et Arthuys, p. 526. Fiore, n° 353. *Suprà*, n° 390. — V. cep. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1318. Weiss, p. 665. Chrétien (Th. doc.), n° 77. — Trib. de Tunis, 12 avril 1888, *Rev. Algérienne*, 1888.2.225.

ties d'en fixer elles-mêmes le montant ; en s'en abstenant, elles sont réputées avoir voulu s'en rapporter à la loi sous l'empire de laquelle elles ont contracté.

750. — **B. Recours faute d'acceptation.** — Le défaut d'acceptation, que le porteur fut tenu ou non de la demander, lui permet de recourir contre ses garants, sans attendre l'échéance. Le tireur et les endosseurs sont tenus de fournir caution ou, à leur choix, de payer immédiatement le montant de la lettre. La loi allemande ne leur laisse pas cette alternative et les astreint seulement à fournir caution ; en Angleterre et en Amérique, ils sont tenus de payer immédiatement.

Ce recours est soumis aux mêmes règles qu'en cas de non-paiement. Les conditions auxquelles il est subordonné sont donc régies, quand il est formé contre le tireur, à la loi du lieu où la lettre a été émise ; quand il est formé contre un endosseur, à la loi du lieu de l'endossement (1).

Lorsque la lettre a été tirée à tant de jours, de mois ou d'usances de vue, elle doit d'abord être présentée à l'acceptation, dans un certain délai, à compter de sa date (Code de commerce, art. 160). C'est bien là une condition que le porteur doit remplir pour assurer son recours : ce délai sera donc déterminé par la loi du lieu de l'émission ou de l'endossement de la lettre. On pourrait invoquer, à l'appui de cette opinion, l'article 160 du Code de commerce, qui règle les délais pour le cas où la lettre est tirée de France sur l'étranger, s'il ne les réglait pas aussi pour le cas où elle est tirée de l'étranger sur la France. Il applique donc ainsi à une hypothèse la loi de l'émission, à l'autre celle du paiement : c'est un système fort peu logique.

L'étendue et l'objet du recours sont également régis par la loi de l'émission ou de l'endossement ; les formes du protêt faute d'acceptation, par celle du pays où il est fait.

751. — *f*) *Prescription.* — Les actions qui naissent de la lettre de change, quand elles ne tombent pas sous le coup des déchéances encourues par le porteur négligent, se pres-

(1) Despagnet, p. 537. Chrétien (Th. doc.), n° 54.

crivent par cinq ans, en France, en Belgique et en Italie. Ailleurs, la prescription est plus courte : elle est de trois ans en Allemagne, pour l'action du porteur contre l'accepteur ; de quatre ans en Espagne et en Portugal ; mais de six ans seulement en Angleterre. Il faut, relativement à cette prescription, suivre la règle générale et appliquer la loi du juge saisi de la poursuite, à moins que la durée n'en soit plus courte, d'après la loi qui régit le contrat (1).

CHAPITRE IV. — **De la faillite.**

752. — La faillite est l'état, judiciairement constaté, d'un commerçant (2) qui a cessé ses paiements.

Les créanciers ont, comme gage, les biens de leur débiteur ; mais, pour parvenir à les réaliser et à se faire payer sur leur prix, ils doivent suivre une procédure longue et coûteuse ; agissant isolément, le plus pressé, celui qui aura été le mieux servi par les circonstances ou par le hasard, sera entièrement désintéressé, tandis que d'autres, moins actifs ou moins heureux, ne pourront rien toucher de ce qui leur est dû. Enfin, le débiteur, quoique devenu insolvable, peut encore, soit frustrer ses créanciers d'une partie de son patrimoine, en l'aliénant, soit favoriser certains de ses créanciers au détriment des autres, en les payant intégralement, ou en constituant, à leur profit, sur ses biens, des sûretés réelles. Les créanciers ne sauraient faire annuler ces actes, qu'en prouvant la collusion de celui avec qui leur débiteur a traité.

La faillite remédie à ces inconvénients. La réalisation des biens du débiteur sera plus simple et plus rapide ; l'égalité régnera entre les créanciers, qui ne pourront plus exercer de poursuites individuelles, et agiront collectivement, par l'intermédiaire des syndics ; enfin, le failli, privé

---

(1) V. cependant : Alger, 10 août 1848, Dal. 49.2.130, qui applique à la prescription de la lettre payable en France, la loi du pays où la lettre a été émise entre deux personnes, sujettes, l'une et l'autre de ce pays. — V. sur la prescription *suprà*, n^os^ 406-408.

(2) Certaines lois, notamment la loi allemande, admettent que les non commerçants peuvent être déclarés en faillite.

du droit d'administrer ses biens, ne peut plus, ni les aliéner, au préjudice de ses créanciers, ni favoriser les uns aux dépens des autres.

La faillite profite donc, d'abord, aux créanciers ; mais elle procure aussi certains avantages au failli, qui peut obtenir un concordat, et bénéficier ainsi de remises de dettes plus ou moins étendues ou de termes pour ses paiements. Enfin, l'ordre public est aussi intéressé dans la faillite, soit parce que cette institution a pour but d'assurer la facilité et la sécurité du commerce, soit parce que les circonstances où elle se produit peuvent constituer le délit ou le crime de banqueroute.

753. — Il arrive fréquemment que les relations d'un commerçant s'étendent à divers Etats : il possède, dans plusieurs pays, des établissements, des dépôts de marchandises, des immeubles même, affectés ou non à son commerce ; ou bien, quoique n'ayant qu'un seul établissement, les personnes avec qui il a traité, ses créanciers ou ses débiteurs, se trouvent à l'étranger. Où devra, dans ce cas, être déclarée la faillite ? Ses conséquences seront-elles restreintes au pays où elle aura été déclarée ? Devront-elles, au contraire, s'étendre aux pays où le failli a des biens, où se trouvent ses créanciers et ses débiteurs ? C'est la question capitale et celle que nous devons trancher d'abord ; nous examinerons ensuite, plus en détail, les conflits de lois que soulèvent les diverses conséquences de la faillite.

SECTION I. — *Principes généraux. — Compétence en matière de faillite.*

754. — Lorsqu'un commerçant a, dans l'intérieur d'un même Etat, plusieurs établissements, ou que ses biens, meubles ou immeubles, sont situés dans les ressorts de plusieurs tribunaux, il n'y a, cependant, qu'un tribunal compétent pour déclarer la faillite : celui du domicile du failli, c'est-à-dire de son principal établissement ; il n'y a qu'une seule faillite, dont les effets s'étendent au territoire tout entier. Faut-il appliquer la même règle dans les rapports internationaux ? Nous allons chercher la réponse à cette question

d'après les principes rationnels ; nous verrons ensuite comment elle doit être résolue sous l'empire de la loi française, et nous jetterons un coup d'œil sur les principales législations étrangères.

755. — A. Principes rationnels. — Suivant une opinion qui est aujourd'hui très en faveur, au moins dans la doctrine, la règle de l'unité de la faillite devrait s'appliquer dans le droit international comme dans le droit interne (1). Un commerçant a des établissements dans divers pays : le tribunal de son domicile sera seul compétent pour déclarer sa faillite et elle produira ses conséquences dans tous les pays.

La faillite constitue un état pour la personne du commerçant ; elle altère sa capacité ; elle le frappe de déchéance, en lui enlevant l'administration de son patrimoine, que les syndics devront désormais gérer pour en répartir le prix entre les créanciers. Or, la personne est une et le patrimoine est un ; la faillite, qui atteint l'une et l'autre, doit également être une. Le patrimoine tout entier est le gage des créanciers, qui ont le même droit à le poursuivre, en quelque pays que les biens soient situés. D'ailleurs, la faillite est la constatation d'un fait : l'insolvabilité ou, pour mieux dire, la cessation des paiements ; ce fait ne peut pas être vrai pour un pays et faux pour un autre ; une même personne ne peut pas être, tout à la fois, solvable et insolvable. Enfin, les raisons pratiques les plus sérieuses militent en faveur de l'unité de faillite : c'est la nécessité d'en accélérer et d'en simplifier la marche, d'éviter des contradictions entre des procédures engagées dans des pays différents, de prévenir les fraudes de créanciers peu scrupuleux, qui profiteraient de la confusion, résultat inévitable d'une pareille situation, pour dissimuler, d'un côté, ce qu'ils auraient déjà reçu de l'autre, et toucher, finalement, au delà de ce qui leur est légitimement dû.

756. — D'après un autre système, lorsqu'un commer-

---

(1) Carle et Dubois, *La faillite dans le droit international privé* nos 15-23. Surville et Arthuys, p. 537 et suiv. Weiss, p. 854 et suiv. Despagnet, p. 632. Fiore, no 366.

çant a des établissements ou des biens dans divers pays, il faudrait ouvrir plusieurs faillites distinctes. La faillite déclarée dans le pays où le commerçant a son domicile n'étendrait point ses conséquences dans les autres, et n'empêcherait pas la déclaration d'autres faillites, soumises à leurs règles propres et suivant chacune une marche indépendante (1).

Les arguments ne manquent pas non plus pour soutenir cette théorie. On peut, d'abord, voir, dans la faillite, une mesure d'ordre public : les lois qui la régissent sont donc strictement territoriales et les tribunaux locaux doivent être, dans chaque État, seuls compétents pour la déclarer.

Mais il est une considération plus décisive encore. La faillite n'est autre chose qu'un moyen, pour les créanciers, de parvenir, par une voie rapide et abrégée, à la vente des biens de leur débiteur et à la répartition du prix. On l'a définie, avec raison : « une exécution commune dans l'intérêt de tous les créanciers » (2). Or, une procédure d'exécution dépend toujours de la situation des biens : un tribunal n'est compétent que lorsque les biens poursuivis se trouvent dans son ressort. On ne doit pas déroger à cette règle, en matière de faillite. Je suppose qu'un créancier saisisse tous les immeubles de son débiteur : il y aura, pour la saisie, autant de procédures différentes que de pays où les biens seront situés. Pourquoi donc en décider autrement, lorsque les biens sont mis sous la main des créanciers et vendus, en vertu d'une procédure plus simple, mais dont le but est le même que celui de la saisie, qui en diffère, il est vrai, par la forme, mais non par la nature intrinsèque ?

Enfin, les avantages pratiques de ce système balancent, au moins, ceux du système opposé. En admettant l'unité de la faillite, on se heurtera, dans l'application, à des difficultés continuelles. La loi du pays où la faillite a été déclarée sera, à chaque instant, en conflit avec celle des pays où elle devra produire ses conséquences. Par exemple, s'il s'agit de privilèges ou d'hypothèques, il faudra nécessairement tenir compte de la situation des biens. De la sorte, pour régler

(1) Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, nos 225 et suiv.
(2) Carle et Dubois, *op. cit.*, p. 92.

les droits des créanciers, et répartir entre eux les fonds provenant de la vente des biens, on devra appliquer plusieurs lois différentes, et qui, souvent, ne seront connues ni des syndics, ni du tribunal du lieu où la faillite est ouverte. A un autre point de vue, on aura, à chaque instant, à se demander si les décisions de ce tribunal peuvent s'appliquer de plein droit dans les autres pays, ou si, au contraire, elles sont soumises à l'*exequatur*. La pluralité des faillites évite ces complications. Chacune d'elles est limitée aux biens situés dans le pays où elle a été déclarée, et ses conséquences ne se produisent pas au-delà. La loi du tribunal qui l'a déclarée s'appliquera donc seule, sans être en conflit avec celle des autres États, et les décisions de ce tribunal n'auront pas à s'exécuter sur un territoire étranger. Enfin, la sécurité même du commerce y gagnera ; les transactions seront plus faciles avec les étrangers, si les créanciers sont toujours assurés d'avoir, en cas de faillite de leur débiteur, le bénéfice des lois et la protection des tribunaux de leur pays.

757. — Ces motifs, dont je suis loin de méconnaître la valeur, ne sont pas, cependant, déterminants. L'unité de la faillite me paraît être la théorie la plus exacte, sauf une réserve que j'indiquerai tout à l'heure.

Elle résulte logiquement des principes que nous avons admis plus haut, relativement à la compétence des tribunaux. Les règles de cette compétence sont, avons-nous dit, les mêmes dans le droit international que dans le droit interne. Le tribunal compétent pour déclarer la faillite est celui du domicile du failli : s'il a des établissements, des biens, des créanciers dans divers pays, le tribunal dans le ressort duquel il a son domicile sera seul compétent pour déclarer la faillite, et, par là même, il n'y aura qu'une faillite.

Je n'oublie pas que la faillite n'est, en somme, qu'une procédure d'exécution sur les biens ; mais elle a cela de particulier, qu'au lieu de s'appliquer, comme la saisie, aux biens du débiteur pris individuellement, elle s'applique à tout son patrimoine. Aussi, dans le droit interne, le tribunal du domicile du failli est compétent, lorsque les biens sont situés hors de son arrondissement ; leur situation en pays

étranger ne suffit donc pas pour exclure la compétence de ce tribunal.

Enfin, il est bien vrai que, par certains côtés, la faillite intéresse l'ordre public ; mais il ne résulte pas de là qu'on puisse faire abstraction de celle qui a été déclarée à l'étranger. Il faut qu'un commerçant, devenu insolvable, ne puisse plus nuire à ses créanciers ou favoriser les uns aux dépens des autres, et que son actif se répartisse entre eux au prorata des droits de chacun : voilà ce que demande l'ordre public. Mais si la loi et les tribunaux du pays où le commerçant a son domicile donnent satisfaction à cette exigence, il n'y a aucune raison pour ne pas admettre, même à l'étranger, les conséquences de la faillite qu'ils ont ouverte. De même, dans un autre ordre d'idées, l'ordre public exige que les incapables soient protégés ; néanmoins, lorsque leur tutelle est organisée et fonctionne dans le pays auquel ils appartiennent, on ne leur en constitue pas une autre dans les divers pays où ils peuvent avoir des biens.

758. — Les relations de la faillite avec l'ordre public ont, cependant, des conséquences importantes. Un étranger pourra être mis en faillite dans le pays où il est domicilié, bien que sa loi nationale ne l'admette pas (1).

J'irai plus loin : si la loi du domicile du débiteur n'admettait pas la faillite, ou si elle ne permettait pas aux étrangers d'en demander l'ouverture, les créanciers étrangers pourraient, pour la faire déclarer, s'adresser aux tribunaux de leur propre pays, où le failli possède un établissement ou des biens.

759. — Nous admettons donc l'unité de la faillite déclarée par le tribunal du domicile du commerçant, conformément à la loi de ce domicile.

Mais il faut faire ici une réserve importante. L'état de faillite résulte d'un jugement ; or, les jugements ne sont pas exécutoires de plein droit en pays étranger, il faut qu'ils soient revêtus de l'*exequatur* par la juridiction locale ; sui-

(1) C'est l'opinion à peu près unanime.— V. *Contra*, Weiss, p. 860 et 862.

vant le système que j'ai adopté, ils n'ont même pas, de plein droit, autorité de chose jugée : les tribunaux auxquels on demande d'en assurer l'exécution ont le droit de les réviser et de rejeter cette demande, non seulement lorsque le jugement étranger est irrégulier dans la forme, ou contraire à l'ordre public, mais encore lorsqu'il est mal rendu, en fait ou en droit. Il faut appliquer cette règle au jugement déclaratif de faillite. On ne saurait y voir un acte de juridiction gracieuse, susceptible de produire, sans *exequatur*, les effets qui ne sont pas, à proprement parler, des actes d'exécution ; c'est bien une décision contentieuse : s'il peut être rendu sur simple requête, le failli est admis à y contredire par la voie de l'opposition ; et, d'autre part, bien qu'il frappe le failli de certaines incapacités, on ne saurait l'assimiler, par exemple, à une sentence d'interdiction, pour le soustraire à la nécessité de l'*exequatur* : le jugement déclaratif de faillite a pour objet principal les biens, qu'il enlève à l'administration du failli. On se demande, il est vrai, si ce jugement ne produira pas, sans *exequatur*, certaines conséquences : nous retrouverons plus loin ces questions particulières. Il est certain que l'état de faillite, avec ses suites diverses, n'existera dans un pays que si un de ses tribunaux a rendu exécutoire le jugement qui l'a déclarée. Ce tribunal devra rechercher si la déclaration de faillite est justifiée. Jusqu'à ce que l'*exequatur* soit obtenu, ou s'il est refusé, elle sera considérée comme non avenue. Les autres jugements qui interviendront au cours de la faillite seront soumis aux mêmes formalités et à la même révision.

Ce sont là, sans doute, de graves restrictions à l'unité de la faillite : elle subsiste néanmoins. Le tribunal compétent pour ordonner l'exécution des jugements rendus au domicile du failli, ne pourrait pas lui-même ouvrir une faillite distincte et séparée. Il a, par rapport au tribunal étranger, un pouvoir de contrôle et de révision : mais il ne peut pas se substituer à lui, et intervenir, à son lieu et place, dans les opérations de la faillite. S'il refuse l'*exequatur*, les effets de la faillite ne se produiront point ; s'il l'accorde, c'est le jugement étranger qui sera exécuté, et c'est la même faillite, régie par la même loi, dont les conséquences se produiront dans tous les pays.

L'unité de la faillite serait, certainement, plus complète, si l'autorité du jugement rendu par le tribunal du domicile du failli s'étendait à tous les pays. L'*exequatur* serait toujours nécessaire, à l'étranger, pour procéder à des actes d'exécution en vertu de ces jugements ; mais il serait accordé sans réviser, au fond, leurs dispositions. Nous ne croyons pas, cependant, que les législations doivent, d'une façon générale, reconnaitre cette autorité aux jugements étrangers. L'unité de la faillite est certainement le but à atteindre ; ce n'est que par des traités diplomatiques, conclus en connaissance de cause, qu'on pourra y arriver (1).

760. — B. Loi française. — La loi française est muette sur les difficultés que soulève la faillite dans les rapports internationaux. Il faut en chercher la solution dans les principes consacrés par le Code, relativement à l'exécution des jugements étrangers et à la compétence des tribunaux français.

761. — Il résulte, d'abord, de l'article 2123 du Code civil et de l'article 546 du Code de procédure civile, qu'un jugement, rendu, en matière de faillite, par un tribunal étranger, devra, pour produire quelque effet en France, être déclaré exécutoire par un tribunal français, qui a le pouvoir de le réviser au fond (2).

En l'absence d'*exequatur*, la faillite, déclarée à l'étranger, n'aura aucune conséquence en France : elle n'empêcherait pas, par exemple, les créanciers français d'exercer des poursuites individuelles, en usant du droit que leur confère l'article 14 de citer leur débiteur étranger devant un tribunal français (3).

Suivant la jurisprudence, c'est le tribunal civil qui serait

---

(1) Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 379.

(2) V. notamment : Colmar, 10 février 1864, Sir. 64.2.122 ; Bordeaux, 2 juin 1874, Cl. 1875, p. 269 ; Paris, 13 août 1875, Cl. 1877, p. 40 ; Paris, 20 novembre 1886, Cl. 1886, p. 711 ; Trib. de Charleville, 20 mai 1890, Cl. 1891, p. 525, et les arrêts cités *infra*.

(3) Bordeaux, 2 juin 1874, Cl. 1875, p. 269 ; Paris, 13 août 1875, Cl. 1877, p. 40.

compétent pour ordonner l'exécution des jugements rendus par un tribunal de commerce étranger, nous croyons, au contraire, plus rationnel de saisir, en France, le tribunal de commerce.

762. — La faillite pourra-t-elle être ouverte en France, bien qu'elle ait été déjà déclarée, à l'étranger, par un jugement non rendu exécutoire ?

1° Le commerçant est domicilié en France. Les tribunaux français seront compétents pour le déclarer en faillite, bien qu'il soit étranger, et même à la requête de créanciers également étrangers : il est, en effet, unanimement reconnu que les tribunaux français sont compétents entre étrangers, en matière commerciale (1). Dans ce cas, il n'y aura à tenir aucun compte de la faillite déjà ouverte à l'étranger ; le jugement qui la déclare ne saurait être rendu exécutoire en France, parce qu'il émane d'un tribunal incompétent.

2° Le commerçant est étranger et domicilié hors de France, mais les créanciers qui sollicitent sa mise en faillite sont des français, ou des étrangers autorisés à fixer leur domicile en France (2). Ceux-ci pourront la faire déclarer par un tribunal français, par exemple par celui dans le ressort duquel le commerçant a une succursale ou un représentant. L'article 14 du Code civil leur en donne le droit. On l'a, il est vrai, contesté ; mais, faire déclarer la faillite du débiteur, c'est encore poursuivre l'exécution de ses obligations ; et, d'ailleurs, l'article 14, comme je l'ai précédemment montré, doit s'appliquer à toutes les matières, même à celles où l'article 59 du Code de procédure civile régle d'une façon particulière la compétence (3).

---

(1) Cass. 24 novembre 1857, Sir. 58.1.65 ; 4 février 1885, Sir. 86.1.200. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3136 *bis*. Weiss, p. 865. Despagnet, p. 635. Surville et Arthuys, p. 541.

(2) Cass. 12 novembre 1872, Sir. 73.1.17.

(3) Paris, 7 mars 1878, Sir. 79.2.164 ; 10 novembre 1886, Cl. 1886, p. 711 ; Aix, 3 avril 1884, Cl. 1885, p. 81 ; 15 mars 1870, Sir. 70.2.297 ; Cass. 12 novembre 1872, Sir. 73.1.17 ; Paris, 19 juin 1891, Cl. 1891, p. 1198. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3136 *bis*. Despagnet, p. 636. — *Contra*, Weiss, p. 867. Surville et Arthuys, p. 542. Dubois sur Carle, *op. cit.*, p. 44, note.

Si la faillite était déjà déclarée à l'étranger, les créanciers français pourraient s'opposer à ce que le jugement fût rendu exécutoire en France. Il émane, en effet, d'un tribunal qui, d'après la loi française, était incompétent. A tort ou à raison, cette loi veut que les français ne soient justiciables que des tribunaux de leur pays ; il ne saurait dépendre de tribunaux étrangers de les priver de cette garantie (1). Toutefois, les français peuvent y renoncer, et, dans ce cas, ils n'auraient plus le droit de provoquer, en France, une nouvelle déclaration de faillite. Cette renonciation serait, par exemple, certaine, s'ils avaient eux-mêmes fait prononcer la faillite en pays étranger. Peut-être, au contraire, ne serait-elle pas suffisamment démontrée, s'ils avaient simplement produit, sur l'invitation des syndics, dans une faillite déjà ouverte (2). C'est là, du reste, une question d'intention, qui doit être décidée, en fait, dans chaque hypothèse particulière.

3° Le commerçant, domicilié hors de France, est français. Ses créanciers peuvent alors demander la déclaration de faillite à un tribunal français (C. civ., art. 15) (3). Lui-même pourrait s'opposer à ce que le jugement étranger devînt exécutoire en France, en contestant la compétence du tribunal qui l'a rendu ; sauf, bien entendu, le cas où il aurait renoncé au bénéfice de la loi française.

4° Enfin, le commerçant est étranger et domicilié à l'étranger : il a, en France, une succursale ou une partie de ses biens, mais ses créanciers sont, comme lui, étrangers. Dans ce cas, les tribunaux français n'auraient, à aucun égard, compétence pour déclarer la faillite. A vrai dire, celle qui aura été ouverte à l'étranger n'aura point d'effet en France, jusqu'à ce qu'elle ait été rendue exécutoire. Mais rien ne s'opposera à ce que le jugement, après révision au fond, obtienne cet *exequatur* ; et, d'autre part, les créanciers qui voudront s'assurer les avantages de l'état de faillite, ne pourront pas en demander la déclaration à un tribunal fran-

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3138.

(2) Bordeaux, 2 juin 1874, Cl. 1875, p. 269 ; Trib. de Charleville, 20 mai 1890, Cl. 1891, p. 525.

(3) Bordeaux, 25 mars 1885, Cl. 1886, p. 710. Despagnet, p. 657. — *Contra*, Weiss, p. 868. Surville et Arthuys, p. 542.

çais ; ils devront s'adresser au tribunal étranger et obtenir, en France, l'*exequatur* pour le jugement qu'il aura rendu.

763. — Ainsi, les principes du droit français aboutissent, dans la plupart des cas, au système de la pluralité des faillites (1). Non seulement le jugement étranger déclarant la faillite n'aura pas d'effets en France, s'il n'y a reçu l'*exequatur*, mais il y a plus : soit que le commerçant soit domicilié en France, ou que, n'y étant pas domicilié, il soit français (2), il n'y aura aucun compte à tenir de la faillite ouverte à l'étranger ; une autre faillite pourra être déclarée en France, et suivre sa marche propre et indépendante, sous l'empire des lois françaises. C'est là le système de la jurisprudence. Beaucoup d'arrêts ont admis, en invoquant l'article 14 du Code civil et les nécessités de l'ordre public (3), que l'ouverture de la faillite en pays étranger n'empêche pas de la déclarer, en France, à la requête de créanciers français, et ne leur enlève pas le droit d'exercer des poursuites individuelles (4). Il s'en faut, du reste, que tous les arrêts rendus en cette matière se rattachent nettement à une théorie déterminée. Quelques-uns ont, comme nous le verrons, reconnu, en France, aux faillites déclarées à l'étranger, des conséquences qui, pour être exactes, supposent, au point de départ, l'unité de la faillite : la jurisprudence subit, dans une certaine mesure, l'influence de l'un et l'autre système.

Au surplus, il ne résulte pas de la loi française qu'une faillite étrangère ne puisse jamais avoir d'effet en France. Rien ne s'oppose, à ce que le jugement qui l'a déclarée obtienne, en France, l'*exequatur*, lorsque toutes les parties en cause sont étrangères, ou lorsque le failli ou ses créanciers, étant français, ont accepté la juridiction du tri-

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, nos 3138, 3140.

(2) Bordeaux, 25 mars 1885, Cl. 1886, p. 710.

(3) Ce motif conduirait à ouvrir, en France, la faillite de commerçants, même étrangers non domiciliés, et à la requête de créanciers étrangers. Nous ne connaissons cependant pas d'arrêt qui ait admis cette solution.

(4) Cpr. arrêts ci-dessus : nos 761 et 762, 2° ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3139. — *Contra*, Weiss, p. 872-873. Surville et Arthuys, p. 544. Despagnet, p. 642 et suiv.

bunal étranger, ou enfin lorsqu'ils n'en invoquent point l'incompétence dans l'instance en *exequatur*. Le jugement étranger, une fois devenu exécutoire, aura la même portée qu'un jugement déclaratif de faillite rendu par un tribunal français ; il aura donc autorité *erga omnes*, par conséquent même à l'égard des créanciers français, qui pourraient seulement attaquer le jugement d'*exequatur* par la voie de la tierce opposition (1), en arguant de l'incompétence du tribunal étranger à leur égard. L'état de faillite existera alors en France comme à l'étranger (2) ; elle sera régie, en principe, par la loi étrangère ; enfin, le tribunal qui a déclaré la faillite devra intervenir dans son fonctionnement et statuer sur les contestations qu'elle soulève ; mais ses jugements devront être rendus exécutoires, en France, par les tribunaux français.

764. — Les règles qui résultent de la loi française, peu satisfaisantes au point de vue rationnel, sont de nature à entraver le règlement des faillites ouvertes à l'étranger, lorsqu'une partie des biens qui en dépendent sont situés en France. Elles pourraient être améliorées par des traités. Jusqu'à présent, la France n'en a conclu qu'un seul, avec la Suisse ; encore, sa rédaction peu exacte a-t-elle fait naître elle-même de nouvelles difficultés.

D'après le traité du 15 juin 1869, sur la compétence judiciaire (art. 6), « La faillite d'un français ayant un établissement de commerce en Suisse pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence, en Suisse, et, réciproquement, celle d'un suisse, ayant un établissement de commerce en France, pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence. en France. » Il était, sans nul doute, dans l'intention des contractants, telle, d'ailleurs, qu'elle se manifeste dans les autres stipulations du traité, qu'un seul tribunal serait com-

---

(1) Colmar, 10 février 1864, Sir. 64.2.122 ; Bordeaux, 8 juillet 1891, Cl. 1892, p. 664.

(2) Deux textes spéciaux décident formellement, sur un point particulier, que le jugement déclaratif de faillite, émané d'un tribunal étranger, mais rendu exécutoire en France, produira le même effet qu'un jugement français. V. *infrà*, n° 769.

pétent pour déclarer la faillite et qu'une fois ouverte dans l'un des deux pays, elle ne pourrait plus être déclarée dans l'autre. C'est le système de l'unité de faillite que cette convention a consacré. La Cour de cassation, en France (1), et le Conseil fédéral suisse (2) l'ont ainsi interprétée. Mais l'expression « résidence, » qu'a employée, à tort, l'article 6 fait équivoque. Il peut arriver qu'un français ait son domicile en France et une résidence en Suisse, ou réciproquement. En ce cas, le tribunal suisse serait compétent, aux termes du traité, et le tribunal français le serait également, d'après l'article 59 du Code de procédure civile. Une société anonyme avait son siège social à Genève et son établissement principal à Paris : le tribunal de commerce de la Seine et celui du canton de Genève prétendaient l'un et l'autre être compétents et pouvaient également invoquer les textes en leur faveur. Le Conseil fédéral suisse donna finalement raison aux tribunaux français, d'autant plus qu'en fait le siège social de Genève était à peu près fictif (3).

765.— C. Lois étrangères.— Diverses législations n'admettent les créanciers étrangers à demander la faillite que sous une condition de réciprocité. Ainsi, en Autriche, les étrangers ne peuvent prendre part aux opérations de la faillite que si, dans leur pays, les Autrichiens y sont admis.

Ailleurs, la loi exige certaines conditions du commerçant étranger, pour le déclarer en faillite. D'après la loi anglaise (statut de 1883), il faut qu'il soit domicilié en Angleterre, ou, tout au moins, qu'il y ait habituellement résidé ou traité des affaires, par un agent à lui appartenant, dans l'année qui a précédé la demande. D'après la loi allemande, il faut que le débiteur ait, en Allemagne, son domicile ou sa résidence,

---

(1) Cass. 17 juillet 1882, Dal. 83.1.65.

(2) Conseil fédéral suisse, 21 janvier 1875, Cl. 1875, p. 80. — V. Surville et Arthuys, p. 560. Despagnet, p. 640.

(3) Trib. com. de la Seine, 5 mars 1874, Cl. 1874, p. 95, confirmé par Paris, 20 juin 1874, Cl. 1874, p. 154; Trib. com. de Genève, 19 mars 1874, Cl. 1874, p. 95, confirmé par Cour d'appel de Genève, 25 mai 1874, Cl. 1874, p. 154; Cons. féd. suisse, 21 janvier 1875, Cl. 1875, p. 80.

ou qu'il y possède un établissement commercial traitant des affaires ou une terre d'exploitation avec des bâtiments.

Les lois étrangères, — celles, du moins, qui ont prévu la question, — ne sont pas favorables au système de l'unité de la faillite. La loi allemande de 1877, qui, du reste, a été diversement interprétée, dispose que les créanciers, dont le débiteur a été déclaré en faillite à l'étranger, peuvent, néanmoins, procéder à des poursuites individuelles sur les biens qui lui appartiennent en Allemagne, ce qui implique que les effets de la faillite étrangère ne s'étendent point à ce pays (1).

En Angleterre, aux États-Unis, en Autriche, on distingue entre les meubles et les immeubles. Relativement aux meubles, la faillite produit ses effets en quelque pays qu'ils se trouvent. Relativement aux immeubles, elle n'a d'effets que si elle a été déclarée par les tribunaux du pays où ils sont situés. (2)

En Italie, au contraire, une jurisprudence récente, mais non encore unanime, s'est ralliée au système de l'unité de la faillite, et l'on peut citer, dans le même sens, certaines décisions rendues en Belgique et aux Pays-Bas.

Section II. — *Conséquences et opérations de la faillite.*

766. — S'il fallait admettre le système d'après lequel la faillite est strictement territoriale, elle ne pourrait évidemment entraîner aucun conflit de lois. Elle serait sans conséquence hors du pays où elle a été déclarée, et, si plusieurs faillites étaient ouvertes simultanément dans les divers pays où un commerçant aurait des biens, chacune d'elles serait soumise à une loi différente et elles poursuivraient leur marche indépendamment l'une de l'autre, sans se rencontrer jamais sur le même terrain. Mais nous savons que ce système n'est point exact en théorie. Lorsque la faillite est ouverte dans le pays où le commerçant est domicilié, ses

---

(1) Thaller, *op cit.*, t, II, n° 229.

(2) Ce système intermédiaire a compté, même en France, des partisans. — *Sic*, Ripert, *Quelques questions sur la faillite dans le droit international privé*, *Revue critique*, 1877, p. 705.

conséquences doivent s'étendre à tous ceux où il a des biens, à la seule condition que le jugement qui l'a déclarée y ait été rendu exécutoire. La loi française, il est vrai, est plutôt favorable à la pluralité des faillites ; nous avons dit, cependant, comment et dans quels cas le jugement qui a déclaré la faillite à l'étranger aura effet en France.

Nous devons donc, maintenant, examiner avec plus de détails les difficultés que soulèvent les diverses opérations de la faillite. Ces difficultés sont de deux sortes. D'une part, il faut déterminer dans quelle mesure l'*exequatur* des juridictions locales est nécessaire pour que les conséquences de la faillite se produisent en pays étranger ; d'autre part, la faillite est régie, dans son ensemble, par la loi du pays où elle a été déclarée ; mais cette loi sera quelquefois en désaccord, soit avec la loi nationale du failli, soit avec celle du pays où se trouvent ses biens : quelle est alors celle qu'il faut appliquer ? Nous résoudrons ces questions en étudiant : 1° les effets du jugement déclaratif de la faillite ; 2° la procédure de la faillite ; 3° les solutions de la faillite.

767. — A. Effets du jugement déclaratif de faillite. — Le jugement déclaratif de faillite ne peut-il pas produire certains de ses effets à l'étranger, sans avoir obtenu l'*exequatur* ? La réponse dépend du système général que l'on suit relativement aux effets des jugements étrangers. Ceux qui croient devoir leur reconnaître l'autorité de la chose jugée et ne leur refusent que la force exécutoire, distinguent entre les effets du jugement déclaratif de faillite. Ceux qui constituent, à proprement parler, des actes d'exécution ne se produiront en pays étranger qu'après l'*exequatur* obtenu : ce seront, par exemple, l'incarcération du failli, l'apposition des scellés, l'inscription d'une hypothèque sur les immeubles du failli, la vente de ses biens. Mais le jugement produira, de plein droit, celles de ses conséquences qui ne constituent pas des actes d'exécution, mais se ramènent à la simple constatation d'un fait. Ainsi, on devra tenir pour acquis le fait de la cessation des paiements. Le jugement rendu empêchera, par lui-même, la déclaration d'une nouvelle faillite à l'étranger ; le failli pourra l'opposer, par voie d'exception, aux poursuites individuelles que ses créanciers

voudraient exercer contre lui ; il devra, dans tous les pays, être considéré comme dessaisi de ses biens ; partout, également, les syndics pourront exercer leurs pouvoirs, à moins qu'il ne s'agisse de procéder à des actes d'exécution. Toutes ces conséquences supposent simplement que le jugement déclaratif de faillite a autorité de chose jugée ; elles n'impliquent nullement qu'il ait force exécutoire (1).

768. — Nous pensons, au contraire, que les jugements étrangers, par eux-mêmes, n'ont pas plus autorité de chose jugée que force exécutoire. Le jugement déclaratif de faillite ne produira donc, tant qu'il n'aura pas été revêtu de l'*exequatur*, aucun effet hors du pays où il a été rendu : c'est ce qui résulte de la loi française (2). Cependant, la jurisprudence a admis parfois certaines exceptions, fort peu logiques suivant moi, au principe qu'elle consacre d'habitude.

Ainsi, il résulte de plusieurs arrêts que l'état de faillite doit être tenu pour constant, avant que le jugement déclaratif ait été rendu exécutoire, parce que « ce jugement n'emporte ni attribution de droits, ni condamnation et n'a d'autre objet que de constater judiciairement la réalité certaine d'un état de choses particulier, qui consiste dans l'impossibilité pour un commerçant de faire face à ses engagements, et d'un fait, qui est celui de la cessation des paiements (3). » Mais, ce qui constitue l'état légal de faillite, ce n'est pas le fait, même prouvé, de la cessation des paiements ; il n'existe qu'en vertu de l'autorité qui s'attache à la décision du juge, c'est-à-dire après qu'elle a été revêtue de l'*exequatur*.

On soutient encore que « le commerçant étranger, déclaré en faillite par le juge de son pays, reste soumis, en France, à toutes les incapacités que sa loi nationale attache à l'état de faillite (4). » J'ai déjà fait observer que le jugement décla-

---

(1) Despagnet, p. 642. Weiss, p. 873 et suiv. Surville et Arthuys, p. 544. Carle et Dubois, *op. cit.*, nos 30-35.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 11, n° 3139.

(3) Paris, 28 février 1881, Cl. 1881, p. 263. — Cpr. Paris, 13 août 1875, Cl. 1877, p. 40.

(4) Note sous Cass. 12 novembre 1872, Sir. 73.1.17 ; Trib. de Charleville, 20 mai 1890, Cl. 1891, p. 625.

ratif de faillite ne saurait être, sous ce rapport, assimilé à celui qui, par exemple, prononce l'interdiction. L'incapacité du failli est plutôt une *inopposabilité* de ses actes à ses créanciers. D'ailleurs, quelle qu'en soit la nature, elle n'existe qu'autant que la faillite existe elle-même, c'est-à-dire si le jugement qui l'a déclarée a été rendu exécutoire.

Enfin, les syndics désignés par des jugements étrangers, non revêtus de l'*exequatur*, ont été fréquemment admis à exercer leurs fonctions, notamment à ester en justice, en France. Les syndics sont les mandataires, tout à la fois, du failli et des créanciers ; or, quelle que soit la nature du mandat, conventionnel ou judiciaire, dès qu'il est constaté, le mandataire peut s'en prévaloir dans tous les pays (1). Nous pensons bien, en effet, que, en général, l'administrateur nommé par un tribunal peut, de plein droit, exercer ses pouvoirs, même en pays étranger ; mais il faut toujours raisonner de la même façon : le mandat des syndics présuppose l'existence de la faillite ; il n'aura donc aucune conséquence, tant qu'elle n'aura pas été établie par l'*exequatur* donné au jugement étranger. Il est, d'ailleurs, peu rationnel de scinder ce jugement, de le considérer comme non avenu, puisqu'on admet la déclaration d'une nouvelle faillite, et de lui faire produire, cependant, certaines autres conséquences de la faillite.

Les syndics, nommés à l'étranger par le jugement déclaratif de faillite, ne pourront donc exercer leurs fonctions en France, tant qu'il n'aura pas été rendu exécutoire.

Mais, une fois cette condition remplie, l'état de faillite existe légalement ; les syndics qui seraient nommés par un autre jugement, au cours de la procédure, seront donc recevables, de plein droit, à agir en France : cette nomination est un acte de juridiction gracieuse plutôt que contentieuse. A plus forte raison, en serait-il ainsi des syndics que désigneraient les créanciers.

---

(1) Paris, 23 mars 1869, Sir. 69.2.172 et 22 février 1872, Sir. 72.2. 90 ; Bordeaux, 2 juin 1874, Cl. 1875, p. 269 ; Paris, 14 décembre 1875, Cl. 1877, p. 144 ; Paris, 7 mars 1878, Sir. 79.2.164 ; 28 février 1881, Cl. 1881, p. 263.

769. — La loi du tribunal qui a rendu le jugement déclaratif de faillite doit en régir les effets (1). Cette loi peut être différente, soit de la loi nationale du failli, soit de la loi du pays où sont situés ses biens et où se trouvent ses créanciers. Or, nous l'avons déjà dit, l'étranger peut être déclaré en faillite par les tribunaux de son domicile, même si sa loi nationale ne l'autorise pas : l'ordre public y est intéressé. Il faut donc, en cette matière, appliquer la loi du domicile du failli, de préférence à sa loi nationale. Cependant, la privation de droits civils ou politiques n'aura d'effets, hors du pays où la faillite a été déclarée, que si la loi nationale du failli la prononce et si elle l'attache aux jugements rendus à l'étranger. Les incapacités édictées par la loi française résulteront des jugements étrangers déclaratifs de faillite, lorsqu'ils auront été rendus exécutoires en France. C'est, du reste, comme nous l'avons vu, ce que décident expressément, dans deux cas, le décret du 2 février 1852 et la loi du 8 décembre 1883. Ceux qui ont été déclarés en faillite par des jugements prononcés à l'étranger, mais rendus exécutoires en France, ne sont pas électeurs aux Chambres législatives, ni aux tribunaux de commerce.

770. — La même faillite, étendant ses conséquences en divers pays, doit être partout soumise à la même loi. C'est donc la loi du lieu où elle a été déclarée qu'il faut appliquer au dessaisissement du failli, à la cessation des poursuites individuelles, à la nullité des actes faits, avant même la faillite, dans la période suspecte, etc. (2). Il faudrait, cependant, suivre la loi de la situation des biens pour déterminer ceux qui sont insaisissables et qui échappent ainsi aux poursuites des créanciers : cette insaisissabilité est toujours fondée sur des raisons d'ordre public. De même, l'hypothèque légale accordée à la masse des créanciers ne frappera les immeubles que si la loi de leur situation ne s'y

---

(1) Despagnet, p. 646. Surville et Arthuys, p. 546. — V. cep. Weiss, p. 860, qui applique aux conséquences de la faillite la loi personnelle du failli.

(2) Bordeaux, 8 juillet 1891, Cl. 1892, p. 664. — Cpr. Caen, 13 février 1890, Cl. 1891, p. 523. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3142.

oppose pas, et sous les conditions de publicité requises par cette même loi.

771. — B. Procédure de la faillite. — La loi du tribunal qui a déclaré la faillite en règle la marche. Elle régit, en particulier, la procédure à suivre pour la vérification des créances. Mais, quant au fond, l'appréciation des droits des créanciers est soumise à la loi qui régit leur créance, c'est-à-dire, généralement, lorsqu'ils sont de même nationalité que le failli, à leur loi nationale commune, et, au cas contraire, à celle du pays où l'obligation a pris naissance.

772. — C. Solution de la faillite. — La faillite se termine par le *Concordat* ou par l'*Union*. Nous négligeons deux hypothèses plus exceptionnelles : la clôture pour insuffisance d'actif et le concordat par abandon.

773. — *a) Concordat.* — Le concordat est un traité, intervenu entre le failli et ses créanciers. Les créanciers font au failli certaines concessions : ils lui remettent une partie de sa dette, ou lui accordent un terme pour se libérer. Le failli est replacé à la tête de ses affaires, moyennant les engagements qu'il prend envers ses créanciers.

A peine est-il besoin de dire que les conditions requises pour le concordat sont déterminées par la loi de la faillite, qu'elles soient relatives à ses formes, à la majorité requise pour le vote, au pouvoir d'appréciation du tribunal qui doit l'homologuer, aux cas de nullité ou de rescision.

Mais le concordat aura-t-il quelque effet en pays étranger ? En particulier, le failli qui l'a obtenu pourra-t-il l'opposer, en France, à ses créanciers ?

Il faut distinguer, d'abord, suivant que ces créanciers ont personnellement donné leur adhésion au concordat, ou qu'ils ont fait partie, au contraire, de la minorité qui l'a refusé.

Pour les créanciers qui ont consenti le concordat, il constitue une convention comme une autre, obligatoire pour eux en quelque pays qu'elle ait été conclue ; elle leur sera donc de plein droit opposable (1).

---

(1) Lyon-Caenet Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3144. Despagnet, p. 651. Weiss, p. 883.

A l'égard des créanciers qui ont refusé de consentir au concordat ou qui se sont abstenus de délibérer, il devient obligatoire par suite de l'homologation du tribunal. C'est une grave dérogation aux principes généraux ; mais, en supposant toujours que le jugement déclaratif a été rendu exécutoire en France, les créanciers français doivent subir cette conséquence de l'état de faillite.

Toutefois, pour leur être opposable, il faut que le jugement d'homologation ait été rendu lui-même exécutoire en France (1). J'ai soutenu, il est vrai, que d'autres jugements d'homologation, par exemple celui qui sanctionne la délibération d'un conseil de famille, ne sont pas soumis à la formalité de l'*exequatur* ; mais tout autre est le jugement d'homologation du concordat.

Ce n'est point un acte de juridiction gracieuse, mais bien de juridiction contentieuse, au moins lorsque certains créanciers ont fait opposition, et, à l'égard de ceux-ci, il n'a pas seulement pour effet de parfaire et de sanctionner la délibération de la majorité, il a cette force particulière de la rendre obligatoire pour tous. Les auteurs même qui attribuent, de plein droit, aux jugements étrangers, l'autorité de la chose jugée, devraient, croyons-nous, admettre que l'*exequatur* est nécessaire au jugement d'homologation. Aucun jugement étranger ne peut avoir d'effets en France, s'il est contraire à l'ordre public. D'après la loi française, le concordat ne peut être accordé au failli banqueroutier frauduleux ; il peut être annulé pour dol, si, postérieurement à l'homologation, on découvre que le failli avait dissimulé son actif ou exagéré son passif. Il est nécessaire de vérifier si le concordat obtenu à l'étranger ne fait point échec à ces règles, qui sont, certainement, d'ordre public. Dans cette mesure, au moins, il est donc soumis à l'examen des tribunaux français, mais nous pensons que cette révision doit s'étendre plus loin encore et que nos tribunaux peuvent refuser l'*exequatur*, pour tous les motifs, de droit ou de fait, qui leur permettraient de refuser l'homologation elle-même.

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3144. — *Contra* Despagnet, p. 652. Weiss, p. 884. Surville et Arthuys, p. 549. Carle et Dubois, *op. cit.*, n° 52 et note 116.

774. — *b) Union.* — Lorsqu'il n'a pas été accordé de concordat, les créanciers se trouvent constitués en une sorte de société civile, dans le but de procéder à la vente des biens du failli et à la répartition des deniers qui en proviennent: c'est l'état d'union.

Dans cette phase nouvelle de la faillite, comme dans les précédentes, la procédure dépend uniquement de la loi du tribunal qui l'a déclarée. Mais il faut aussi, sous certains rapports, tenir compte de la loi du pays où les biens sont situés.

775. — Avant de procéder à la vente, il faut d'abord distraire de la masse les objets que des tiers ont le droit de revendiquer. Parmi ces revendications, on doit surtout signaler celles du vendeur de meubles et de la femme du failli.

La revendication du vendeur de meubles peut être envisagée de deux façons différentes. N'a-t-elle pour but que de reprendre la détention de la chose, de façon à permettre l'exercice du droit de rétention ? C'est une conséquence de ce droit de rétention, droit réel, régi par la loi du pays où se trouvent les biens.

Mais, par là même que l'article 576 du Code de commerce oblige le vendeur revendiquant à restituer les acomptes qu'il aurait reçus, il implique que la vente est résolue. Or, la cause de cette résolution se trouve dans la faillite elle-même; elle doit donc être soumise à la loi qui la régit. Alors même que la vente a eu lieu en France et sous l'empire de la loi française, le vendeur ne pourra revendiquer que s'il y est autorisé par la loi de la faillite, et sous les conditions qu'elle détermine (1).

La revendication de la femme du failli a pour objet les biens dont elle avait, en se mariant, conservé la propriété, mais qui se trouvent entre les mains de son mari. Quels sont ces biens ? il faut, évidemment, pour les connaître, consulter les conventions matrimoniales des époux, ou la loi qui les régit, à défaut de contrat. Mais l'article 560 du Code de commerce soumet les revendications mobilières de la femme

---

(1) Despagnet, p. 649. Surville et Arthuys, p. 553. Weiss, p. 841. Dubois sur Carle, *op. cit.*, p. 141, note 160.

à des conditions de preuve particulièrement rigoureuses, pour prévenir le concert frauduleux des époux, qui voudraient soustraire un bien du mari aux poursuites de ses créanciers, en en attribuant faussement la propriété à la femme. Ces dispositions restrictives, par là même qu'elles se proposent de prévenir une fraude, sont d'ordre public. Elles doivent donc s'appliquer, toutes les fois que les biens revendiqués se trouvent en France, quelle que soit la loi du pays où la faillite est ouverte (1).

776. — En ce qui concerne la vente des biens, il faut distinguer. La loi du tribunal qui a déclaré la faillite règle les conditions que les syndics devront observer pour procéder à la vente. Devront-ils se pourvoir de l'autorisation du juge commissaire, ou même de celle du tribunal ? Pourront-ils vendre les biens à l'amiable ou devront-ils nécessairement recourir aux enchères ? Cela dépend des pouvoirs que leur donne la loi de la faillite : c'est donc cette loi qu'il faut appliquer. Mais la forme même de la vente dépend du pays où elle a lieu (2). Ainsi, pour les marchandises qui se trouvent en France, on se conformera aux règles tracées par les lois des 28 mai 1858 et 3 juillet 1861 et, pour les autres effets mobiliers, aux règles de la saisie-exécution. La vente des immeubles situés en France sera faite, conformément à l'article 572 du Code de commerce, suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs. Mais l'autorisation du juge commissaire, exigée par le même article, sera donnée par le juge étranger, et seulement si elle est requise par la loi du pays où la faillite est ouverte.

777. — La répartition des fonds provenant de la vente des biens entre les divers créanciers est régie, en règle générale, par la loi de la faillite. Toutefois, lorsque les créanciers invoquent un droit de préférence, soit sur des meubles, en vertu de privilèges, soit sur des immeubles, en vertu de privilèges ou d'hypothèques, il faut appliquer la loi du pays où les biens sont situés.

---

(1) Surville et Arthuys, p. 554. Weiss, p. 880.
(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3143. Weiss, p. 882.

Les privilèges mobiliers dépendent exclusivement de la loi du pays où se trouvent effectivement les meubles sur lesquels ils portent. C'est donc cette loi qu'il faut appliquer, pour savoir quels sont les créanciers privilégiés sur les meubles vendus et quelle est l'étendue de leur privilège.

Il en est de même pour les immeubles : l'existence, la conservation, les effets des privilèges et des hypothèques sont régis par la loi du pays où ils sont situés et c'est elle qu'on doit suivre dans la distribution du prix des immeubles.

Parmi les hypothèques légales, il faut mentionner celle de la femme. A supposer qu'une femme étrangère puisse s'en prévaloir sur les immeubles situés en France, elle devra subir les restrictions qu'édictent les articles 563 et 564 du Code de commerce, pour le cas où le mari était déjà commerçant lors du mariage ou l'est devenu dans l'année : elle ne pourra donc pas exercer son hypothèque sur les biens que le mari aurait acquis à titre onéreux pendant le mariage, ni s'en prévaloir pour la garantie des avantages qui lui auraient été faits par le contrat de mariage (1).

778. — *Traité franco-suisse.* — Nous avons déjà dit comment le traité franco-suisse de 1869 règle la compétence en matière de faillite et consacre le principe de l'unité de la faillite. Il nous faut maintenant entrer dans le détail de ses stipulations, et montrer comment il a tranché les difficultés dont nous avons cherché la solution d'après le droit commun.

1° Le jugement de faillite, rendu en Suisse, produit ses effets en France, pourvu qu'il y ait été déclaré exécutoire. A cette condition, les syndics pourront poursuivre, en France, les débiteurs du failli et la vente de ses biens, meubles et immeubles. Il en sera de même, en Suisse, pour les jugements rendus en France.

2° La vente des biens aura lieu dans les formes prescrites par la loi de leur situation.

3° Le prix des immeubles sera réparti entre les créanciers, conformément à la loi de leur situation, qui déterminera les

(1) Despagnet, p. 549. Surville et Arthuys, p. 554.

conditions requises pour la conservation des privilèges et hypothèques constitués sur ces biens.

4° Le prix des meubles sera réparti conformément à la loi du lieu de la faillite, sauf, cependant, à observer les lois du pays où ils se trouvent, relativement aux privilèges mobiliers. Bien que le traité ne l'ait pas dit formellement, son silence sur ce dernier point ne saurait être interprété dans le sens d'une dérogation au droit commun.

5° Le concordat obtenu en Suisse produira ses effets en France, lorsque le jugement d'homologation y aura été rendu exécutoire. Il en sera de même, en Suisse, du concordat obtenu en France.

On remarquera que le traité subordonne les effets extra-territoriaux du jugement déclaratif de faillite, ou du jugement d'homologation du concordat, à la condition qu'ils aient été rendus exécutoires. Dans l'opinion où les jugements étrangers ont, de plein droit, autorité de chose jugée en France, on s'explique mal que le traité se soit montré plus rigoureux que le droit commun, en exigeant l'*exequatur* sans aucune distinction, alors que, d'après la jurisprudence elle-même, certaines conséquences du jugement déclaratif de faillite, par exemple la nomination des syndics, se produisent de plein droit en France (1). En admettant, au contraire, comme nous l'avons fait, que les jugements, en général, et ceux qui sont relatifs à la faillite, en particulier, doivent, pour produire un effet quelconque, même pour avoir autorité de chose jugée, être déclarés exécutoires, les stipulations du traité ne paraissent plus qu'une application du droit commun. Leur interprétation offre, cependant, une difficulté. Le même traité, (art. 15 à 18) règle l'exécution des jugements suisses en France, et réciproquement. L'exécution en est ordonnée par les tribunaux français, sans examiner le fond du débat. Ils ont donc autorité de chose jugée : la force exécutoire seule leur manque. Le jugement qui a déclaré la faillite, ou celui qui a homologué le concordat, seront donc rendus exécutoires, sans que les juges aient à examiner, par exemple, si la cessation de paiement existait en fait, ou si le concordat n'im-

(1) Surville et Arthuys, p. 562. Weiss, p. 885. Despagnet, p. 644 et 652. Dubois sur Carle, *op cit.*, p. 111, note 118.

pose point un sacrifice excessif aux créanciers qui ne l'ont pas consenti. Mais ne faut-il pas aussi admettre que ces mêmes jugements produiront en France, *de plano*, celles de leurs conséquences qui n'entraînent pas des actes d'exécution, mais qui supposent seulement l'autorité de la chose jugée ? C'est, en effet, ce qu'il faut décider, sauf à déterminer au juste en quoi consistent les actes d'exécution. Ainsi, il a été jugé, avec raison, que la faillite ne pourrait plus être déclarée en France, lorsqu'elle l'avait déjà été, en Suisse, par un jugement non encore rendu exécutoire (1). Ainsi encore, le failli pourrait opposer le jugement déclaratif, par voie d'exception, aux poursuites individuelles de ses créanciers ; les syndics seraient, de plein droit, recevables à poursuivre en France, les débiteurs du failli ; ils ne devraient obtenir l'*exequatur* que pour procéder à la vente des biens. Le failli pourra-t-il aussi se prévaloir des concessions que le concordat lui a faites, sans que le jugement d'homologation ait été rendu exécutoire ? J'hésite à le croire. Outre que l'examen des tribunaux français me semble nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public, c'est bien, ce me semble, donner à ce jugement l'exécution dont il est susceptible, d'après sa nature, que d'imposer aux créanciers l'abandon d'une partie de leurs droits.

CHAPITRE V. — **Propriété littéraire, artistique, industrielle ou commerciale.**

779. — La loi ne se borne pas à protéger les biens matériels, meubles ou immeubles, qui composent le patrimoine, à déterminer les droits réels dont ils sont susceptibles, à sanctionner les créances dont ils font l'objet ; elle reconnaît encore ces droits, en quelque sorte immatériels, qu'on nomme : droit de propriété littéraire ou artistique, droit de propriété industrielle ou commerciale. Elle reconnaît et protège le droit de l'auteur ou de l'artiste sur son œuvre, le droit de l'inventeur sur son invention, le droit de l'industriel sur les marques dont il caractérise ses produits et sur les dessins

(1) Cass. 17 juillet 1882, Dal. 83. 1. 65 ; Rouen, 14 juin 1883, Cl. 1883, p. 615.

et modèles qu'il emploie ; le droit exclusif du commerçant à l'usage de son nom ou de sa raison sociale.

780. — Cette protection s'arrêtera-t-elle à la frontière de chaque Etat ? Elle serait alors insuffisante.

Le droit de l'écrivain français n'est pas complètement garanti, si son livre peut être impunément reproduit en Belgique et, de là, se répandre dans les autres pays étrangers ; le droit de l'industriel n'est pas entier, si la marque qu'il a adoptée peut être usurpée par des étrangers, qui donneront ainsi à leurs produits une apparence trompeuse. Partout où a lieu la vente du livre ou de l'objet contrefait, elle cause un préjudice à l'écrivain ou au fabricant, puisqu'elle le prive d'un bénéfice sur lequel il avait le droit de compter.

La question capitale que soulève, dans les rapports internationaux, la propriété littéraire, artistique, industrielle ou commerciale est donc de savoir si, et dans quelle mesure, les droits de cette nature seront protégés hors du pays où ils ont pris naissance, ou encore si les étrangers ont, à cet égard, les mêmes droits que les nationaux. Il faut, d'abord, que les étrangers aient des droits, pour qu'on puisse se demander par quelle loi ils seront régis. Or, les diverses législations ont fait, pendant longtemps, une grande différence entre les autres éléments du patrimoine et ceux qui nous occupent en ce moment. Partout on reconnaissait aux étrangers le droit d'être propriétaires de meubles et même, dans la plupart des pays, propriétaires d'immeubles ; on ne refusait point de sanctionner les droits de créance, alors même qu'ils étaient nés à l'étranger ; nulle part, au contraire, on ne reconnaissait aucun droit aux auteurs, aux artistes, aux inventeurs, aux industriels, lorsque leurs travaux, leurs inventions, leur industrie avaient pour théâtre un pays étranger. Chaque nation s'enrichissait ainsi sans scrupules des dépouilles des autres. Il n'y a pas encore longtemps que la contrefaçon des ouvrages français était, en Belgique, l'objet d'une spéculation lucrative autant que peu honorable, et c'est d'hier seulement que les Etats-Unis ont effacé de leurs lois cette règle, dont la netteté ne laissait rien à désirer : « La présente loi ne saurait avoir pour effet d'empêcher d'importer de l'étranger, d'imprimer, publier et vendre tous écrits et autres ouvra-

ges, dont l'auteur n'est pas sujet des Etats-Unis, ou n'y réside pas (1). »

Pourquoi les législations se sont-elles montrées, sous ce rapport, si peu libérales envers les étrangers ? Il est facile de l'expliquer. D'abord, la nécessité de protéger les œuvres intellectuelles, dans les rapports internationaux, n'apparaît qu'avec un état de civilisation avancée. Il faut, tout à la fois, que la littérature, les arts, l'industrie, le commerce aient pris un grand développement, et que les relations entre les différents peuples soient devenues rapides et fréquentes : deux conditions qui ne se sont trouvées réunies qu'à une époque récente. En outre, les droits dont il s'agit, bien qu'étant appréciables en argent, sont, en quelque sorte, moins tangibles que la propriété, mobilière ou immobilière. Ils échappent à la classification traditionnelle des droits réels et des droits personnels. Aussi n'y a-t-on pas vu de ces prérogatives, inhérentes à la nature même de l'homme et qu'on ne saurait, sans injustice, refuser aux étrangers, mais plutôt de véritables privilèges accordés par l'Etat : c'est sous cette forme, en particulier, que les droits des auteurs ont, tout d'abord, été reconnus en France ; on les a considérés comme des concessions et des créations de la loi et, en définitive, comme des droits civils, réservés aux seuls nationaux, ou, pour mieux dire, comme une faveur faite aux œuvres nationales. Chaque Etat n'a point intérêt à protéger les œuvres qui naissent chez ses voisins, mais seulement celles qui voient le jour chez lui et augmentent ainsi son patrimoine intellectuel.

781. — Des considérations de ce genre ont, pendant longtemps et très généralement, inspiré les lois positives ; elles n'ont pas encore aujourd'hui perdu toute influence. Il n'en faut pas moins, et sans hésiter, les repousser.

Notre principe, c'est que les étrangers doivent avoir, comme les nationaux eux-mêmes, la jouissance des droits privés, à la condition, cependant, qu'ils leur soient recon-

---

(1) Loi du 8 juillet 1870. Statuts revisés des Etats-Unis, art. 4971. — Lyon-Caen et Delalain, *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique*, t. II, p. 114.

nus par leur propre loi nationale. Il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer cette règle à la propriété littéraire, artistique, industrielle ou commerciale. Nous avons pensé, en effet, que les étrangers jouissent des droits privés, parce qu'ils appartiennent à l'homme, en cette qualité, et non comme citoyen d'un Etat; parce qu'ils sont inhérents à sa nature et essentiels au développement de ses facultés. Or, cela est vrai dès droits dont nous parlons, autant et plus que d'aucun autre. Je ne recherche pas ici s'ils constituent, ou non, une véritable propriété. Ce qui est certain, c'est que, si la loi positive les reconnaît et les sanctionne, elle ne les crée pas. Le travail est la source la plus incontestable et la plus sacrée de la propriété ; or, pour un auteur, le produit de son travail, ce n'est pas l'écrit matériel, c'est l'idée qu'il a émise, ou la forme nouvelle dont il a revêtu des idées déjà connues ; pour un inventeur, ce n'est pas le dessin qu'il a tracé ou le modèle qu'il a fabriqué, c'est l'invention, c'est-à-dire le procédé, jusqu'à lui inconnu et qu'il a découvert pour parvenir à un but déterminé. Celui qui reproduit la pensée de l'auteur, dans la forme même qu'il lui avait donnée, ou qui exploite la découverte de l'inventeur les prive réellement du fruit de leur travail. De même, un industriel a su donner à ses produits une valeur particulière dont sa marque est l'attestation ; un commerçant a inspiré une confiance qui lui permet de placer plus avantageusement ses marchandises ; celui qui, pour en avoir les bénéfices, appose sur ses produits la marque du fabricant, ou sur ses marchandises le nom du commerçant, les dépouille l'un et l'autre d'une valeur qui leur appartenait.

La loi ne saurait donc, sans injustice, s'abstenir de sanctionner ces droits, ni limiter sa protection aux nationaux ou aux œuvres qui ont vu le jour dans l'intérieur du pays; elle doit la même garantie aux étrangers et aux œuvres étrangères, car il ne s'agit pas de protéger l'œuvre en elle-même, mais de respecter les droits de son auteur. La loi de chaque Etat doit donc reconnaître les droits de propriété littéraire, artistique, industrielle, commerciale des étrangers, ou, du moins, elle ne doit pas les empêcher de jouir, sous ce rapport, des avantages que leur loi nationale leur attribue et aux conditions qu'elle détermine.

782. — Dans quelle mesure les diverses législations, et principalement la loi française, sont-elles conformes à ces principes? C'est ce que nous devons maintenant rechercher. Cette matière a fait l'objet, depuis un certain nombre d'années, de nombreux traités diplomatiques qui, par un progrès jusqu'à présent trop rare, ont établi entre les nations qui les ont conclus un véritable droit international positif. Nous aurons donc à étudier, après le droit commun, ce droit conventionnel. C'est ce que nous ferons : 1° pour la propriété littéraire et artistique; 2° pour la propriété industrielle et commerciale.

SECTION I. — *Propriété littéraire ou artistique.*

783. — A. Droit commun. — L'auteur d'une œuvre littéraire, scientifique, artistique a seul le droit de la publier ou de la reproduire : c'est en cela que consiste la propriété littéraire ou artistique.

Ce droit a été consacré, en France, par la loi des 19-24 juillet 1793, aux termes de laquelle (art. 1[er]) : « Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux et dessins, jouiront, leur vie entière, du droit exclusif de vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie ». Le même droit était reconnu, pendant dix ans, aux héritiers des auteurs (art. 2). Plusieurs lois successives ont prolongé cette durée. Elle est aujourd'hui de cinquante ans (Loi du 14 juillet 1866, art. 1[er]).

784.— La loi de 1793, on l'a remarqué, ne faisait aucune distinction entre les français et les étrangers. Sans doute, en effet, il était dans l'esprit du législateur d'accorder, à cet égard, les mêmes droits aux étrangers qu'aux français. Cela était alors conforme aux tendances générales de la législation (1).

---

(1) Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, n° 180. Renault, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international*, Cl. 1878, p. 119.

Le Code civil, beaucoup moins favorable aux étrangers que le droit intermédiaire, leur refusait (art. 11) la jouissance des droits civils. Fallait-il considérer comme un *droit civil* la propriété littéraire ou artistique ?

L'hésitation, sur ce point, ne put être de longue durée. L'article 426 du Code pénal punit l'introduction ou la vente en France d'ouvrages contrefaits chez l'étranger, *après avoir été imprimés en France*. La contrefaçon n'est donc point punissable, si l'ouvrage a été imprimé à l'étranger. Mais, d'autre part, le décret du 5 février 1810 reconnaît formellement, pour les ouvrages publiés en France, le droit des auteurs étrangers ; article 40 : « Les auteurs, soit nationaux, soit *étrangers*, de tout ouvrage imprimé ou gravé peuvent céder leurs droits... etc. »

Ainsi, la loi ne tient pas compte, ici, de la nationalité de l'auteur, mais de la nationalité de l'œuvre, c'est-à-dire du lieu de sa publication. A-t-elle été publiée en France ? la loi protège le droit de l'auteur, même s'il est étranger. A-t-elle été publiée hors de France ? la loi la considère comme tombée, en France, dans le domaine public et ne reconnaît aucun droit à l'auteur, soit étranger, soit même français ; mais, en fait, c'est surtout l'étranger qui souffrira de cette absence de protection. Il sera bien rare, en effet, qu'un étranger publie, pour la première fois, son œuvre en France ; eût-il voulu le faire, pour s'assurer ainsi le bénéfice de la loi française, il eût, par là même, perdu la protection des lois de son propre pays.

785. — Les législations de presque tous les pays, comme celle de la France, ne protégeaient, en effet, que les œuvres publiées dans l'intérieur de l'Etat ; elles n'empêchaient nullement la contrefaçon de celles qui auraient été publiées à l'étranger. Les auteurs français avaient beaucoup à souffrir de la concurrence déloyale qui leur était ainsi faite, surtout en Belgique.

L'opinion publique s'émut de cette situation et le gouvernement entreprit de la modifier, soit par la voie législative, soit en négociant avec les puissances étrangères. Nous dirons plus loin les résultats de ces négociations. Les tentatives faites pour modifier la législation n'eurent, tout d'abord, au-

cun résultat. On avait songé à offrir aux auteurs étrangers la protection de la loi française, à la condition que les lois étrangères garantissent une protection réciproque aux auteurs français. Mais cette proposition fut repoussée par les Chambres, sous prétexte que la France n'eût tiré aucun bénéfice de cette réciprocité. Seuls, les Etats dont les livres étaient plus souvent réimprimés en France l'auraient acceptée et en auraient profité. Ceux dont les auteurs s'enrichissaient par la contrefaçon des ouvrages français, se seraient bien gardés de rien changer à leur législation (1).

Enfin, le décret-loi du 28 mars 1852, rejetant ces considérations trop étroites, pour se placer sur le seul terrain de la justice et de la moralité, proclama d'une façon formelle le droit des étrangers. Il forme aujourd'hui le droit commun, applicable toutes les fois qu'un traité n'y a pas dérogé.

786.— Le décret-loi du 28 mars 1852 déclare que « la contrefaçon, sur le territoire français, d'ouvrages publiés à l'étranger et mentionnés en l'article 422 du Code pénal, constitue un délit ; il en est de même du débit, de l'exportation et de l'expédition des ouvrages contrefaits..... Ces délits..... seront réprimés, conformément aux articles 427 et 428 du Code pénal..... »

Ainsi, il n'y a plus de distinction à faire entre les œuvres publiées en France et celles qui l'ont été à l'étranger : pour les unes comme pour les autres, le droit des auteurs est également reconnu en France.

Toutefois, il faut se le rappeler: lorsque la loi française reconnait certains droits aux étrangers, cela signifie qu'elle ne les empêche pas d'en jouir, mais non pas qu'elle les leur confère, si, par ailleurs, la loi de leur pays ne les leur accorde pas. On doit appliquer cette règle à notre matière, en observant seulement que la loi ne considère pas, ici, la nationalité de l'auteur, mais celle de l'œuvre; d'ailleurs, l'œuvre publiée à l'étranger sera presque toujours celle d'un étranger. Les auteurs dont les œuvres ont été publiées à l'étranger n'auront donc pas, en France, plus de droits que ne leur en

(1) Projet de loi de 1839. — Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 124.

donne la loi du lieu de la publication (1). Et, par exemple, l'ouvrage tombera, en France, dans le domaine public, après la mort de l'auteur, aussitôt l'expiration du délai fixé par la loi étrangère, même s'il est plus court que dans la loi française. L'origine étrangère de son œuvre n'empêche plus l'auteur de réclamer ses droits en France ; mais il ne saurait prétendre à une protection que ne lui accorde pas la loi de son pays.

D'autre part, le législateur n'a pas pu vouloir accorder aux étrangers plus de droits qu'aux français. L'œuvre étrangère ne sera donc protégée, en France, que dans les conditions où les œuvres françaises similaires le sont elles-mêmes. L'article 4 du décret du 28 mars 1852 fait une application de cette idée. La contrefaçon d'ouvrages publiés à l'étranger ne pourra donner lieu à des poursuites « que sous l'accomplissement des conditions exigées relativement aux ouvrages publiés en France, » c'est-à-dire que l'auteur devra déposer deux exemplaires de son œuvre, comme le prescrit l'article 6 de la loi des 19-24 juillet 1793. En outre, la durée de la protection ne pourra jamais excéder celle que fixe la loi française, quand même elle serait plus prolongée, d'après la législation étrangère (2).

787. — L'application du décret du 28 mars 1852 a soulevé plusieurs difficultés.

1° On s'est, d'abord, demandé quels faits il punit :

a) Interdit-il la traduction des ouvrages publiés à l'étranger ?

Il est bien certain, d'une part, que le traducteur a, sur son œuvre, les mêmes droits qu'un auteur quelconque et peut en empêcher la reproduction ; d'autre part, que le traducteur d'un livre tombé dans le domaine public ne saurait empêcher une autre personne de faire une nouvelle traduction. Mais, bien que certains doutes se soient produits sur ce point, on a admis, avec raison, que l'auteur d'un livre

---

(1) Cass. 25 juillet 1887, Sir. 88. 1. 17 ; Paris, 9 novembre 1892, Cl. 1893, p. 172. — Darras, *op. cit.*, nos 226-227. Weiss, p. 668. Despagnet, p. 98. Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 138.

(2) Weiss, p. 670. Despagnet, p. 97. Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 138.

publié à l'étranger ou ses ayants-cause peuvent s'opposer à ce qu'il soit traduit, en France, sans leur consentement (1). Malgré la différence de langage, la traduction est une véritable reproduction de l'ouvrage original, et c'est même la plus dangereuse de toutes, lorsqu'il s'agit d'un écrit en langue étrangère : c'est le seul moyen de le rendre accessible au grand nombre des lecteurs. Mais il faut observer que certaines législations étrangères n'interdisent pas la traduction, ou, tout au moins, l'autorisent plus facilement que la simple reproduction ; il est bien entendu que la traduction, en France, d'un ouvrage étranger ne pourra être prohibée, si elle est licite au lieu de la publication (2).

788. — *b*) Le décret de 1852 interdit-il l'exécution ou la représentation, en France, d'œuvres musicales ou dramatiques publiées à l'étranger ?

C'est là, évidemment, pour les œuvres de cette nature, le mode principal de publication et le plus préjudiciable aux intérêts de l'auteur, lorsqu'il se produit sans son consentement : on a soutenu que sa prohibition rentrait au moins dans l'esprit du décret de 1852 (3) ; mais elle ne résulte point de ses dispositions. Son article 3, en effet, décide que « les délits prévus par les articles précédents seront réprimés conformément aux articles 427 et 429 du Code pénal. » Il ne renvoie pas à l'article 428, qui est précisément relatif à la représentation des ouvrages dramatiques. On ne peut voir là un oubli : comment croire que cet article ait échappé au rédacteur du décret, alors qu'il citait l'article précédent et l'article suivant ? On ne peut non plus prétendre que le terme de contrefaçon comprenne même la représentation dramatique, puisque le Code pénal distingue nettement l'une de de l'autre, et que le décret de 1852 n'a fait qu'étendre aux

---

(1) Darras, *op. cit.*, nos 235-237. Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 134. Weiss, p. 71. Despagnet, p. 95. — Cpr. Paris, 26 janvier 1852, Dal. 52.2.184 et Cass. 12 janvier 1853, Dal. 55.1.119. (Traduction à l'étranger d'un ouvrage publié en France).

(2) Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 137-138.

(3) Weiss, p. 70-71. Demangeat, *Revue pratique*, t. 2 (1856-57), p. 241.

ouvrages publiés à l'étranger les règles déjà admises pour ceux qui sont publiés en France (1).

789. — 2° On s'est encore demandé si le décret de 1852 protégeait les œuvres publiées avant sa promulgation.

Ces œuvres, a-t-on dit, étaient, dès leur publication, tombées, en France, dans le domaine public: le droit de les reproduire était acquis à tous et une loi nouvelle n'a pu avoir pour effet de le supprimer. — C'est là un raisonnement inexact. Les reproductions déjà faites sont restées licites après la promulgation du décret, comme elles l'étaient auparavant. Les éditeurs n'ont pu être privés du droit de vendre les volumes qu'ils avaient publiés sans enfreindre aucune loi. Mais, pour l'avenir, toute reproduction, toute édition nouvelle d'une reproduction antérieure ont été interdites. La loi, qui ne punissait pas la contrefaçon des ouvrages étrangers, n'en donnait, cependant, la propriété à personne. Le décret de 1852 a donc pu protéger les ouvrages étrangers antérieurement publiés, sans léser aucun droit acquis (2).

790. — **B. Traités diplomatiques.** — L'exemple que la France avait donné ne fut pas suivi par les autres Etats. Plusieurs reconnaissaient aux étrangers les mêmes droits dont leurs nationaux jouissaient à l'étranger ; mais le décret de 1852 ne suffisait pas toujours pour assurer aux français les avantages de cette réciprocité. En Prusse, notamment, on ne leur en accordait pas le bénéfice, sous prétexte que les hypothèses où la propriété littéraire était protégée n'étaient pas, en France, exactement les mêmes qu'en Prusse (3).

Il faut ajouter que, depuis quelques années, diverses législations étrangères sont entrées dans une voie plus libérale. Ainsi, en Belgique, la loi du 22 mars 1886 (art. 38)

---

(1) Cass. 14 décembre 1857, Dal. 58. 1. 161. — Darras, *op. cit.*, nos 218 et suiv. Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 136. Despagnet, p. 96.

(2) Paris, 8 décembre 1853, Dal. 54. 2.25 ; Paris 29 décembre 1860 (sous Cass.), Dal. 62. 1. 453. — Darras, *op. cit.*, nos 230 et suiv. Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 131. Weiss, p. 72. Despagnet, p. 94.

(3) Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 128.

garantit aux étrangers les mêmes droits qu'aux nationaux.

791. — La France n'avait donc point tiré profit de sa généreuse initiative. Tandis que les droits des auteurs étrangers étaient garantis, en France, à l'égal de ceux des nationaux, les droits des auteurs français restaient le plus souvent dépourvus de protection à l'étranger. Des conventions diplomatiques ont amélioré cette situation.

La France a, en effet, conclu un grand nombre de traités, relatifs à la propriété littéraire et artistique. Quatre d'entre eux avaient été signés antérieurement au décret de 1852 (1); les autres sont postérieurs. Elle a aussi conclu à Berne, avec plusieurs autres Etats, le 9 septembre 1886, une convention portant création d'une union internationale, pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Cette convention, d'ailleurs, n'empêche pas les Etats contractants de conclure entre eux des traités particuliers et laisse subsister ceux qui étaient déjà conclus, en tant, du moins, que leurs stipulations sont plus larges que celles de l'Union, ou différentes sans être contraires.

En résumé, pour préciser, en notre matière, les rapports de la France avec les Etats étrangers, il faut les diviser en trois catégories : 1° ceux qui font partie de l'Union de Berne; 2° ceux avec qui la France a conclu des traités particuliers, soit qu'ils appartiennent ou non à l'Union ; 3° ceux qui ne font pas partie de l'Union et avec qui la France n'a pas conclu de traité.

§ 1. — Union de Berne.

792. — L'idée d'une Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, a pris naissance à la suite du congrès de la propriété littéraire, réuni à Paris pendant l'Exposition de 1878. Elle a été réalisée, en 1886, par la convention de Berne. L'Union comprend aujourd'hui, avec la France, l'empire d'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la Grande-Bretagne, la République d'Haïti, l'Italie, la

(1) Avec la Sardaigne, 28 août 1843 ; le Portugal, 12 avril 1851 ; le Hanovre, 20 octobre 1851 ; la Grande-Bretagne, 3 novembre 1851. — Ils ont tous été renouvelés ou modifiés depuis 1852.

République de Libéria, le Luxembourg, Monaco, la Suisse et la Tunisie (1).

D'après le traité d'Union, les auteurs appartenant à l'un quelconque des États qui y sont compris jouiront, dans tous les autres, de la même protection que les nationaux. Cette protection s'étend à toutes les œuvres littéraires ou artistiques, publiées ou non, mais à la condition, si elles ont été publiées, que cette publication ait eu lieu dans un des Etats qui composent l'Union. Il suffit alors que l'éditeur réside dans un de ces pays : peu importe la nationalité de l'auteur.

Les œuvres publiées dans un des pays de l'Union sont ainsi assimilées, dans tous les autres, aux œuvres nationales, sauf, cependant, sur un point : la durée de la protection qui leur est accordée n'excède pas celle qui est fixée par la loi de leur pays d'origine, c'est-à-dire de celui où elles ont été publiées pour la première fois (2) ; elle est, en outre, subordonnée à l'accomplissement des conditions et formalités requises par la loi de ce pays. Mais ces formalités suffiront, sans qu'il soit nécessaire de remplir aussi celles qui sont exigées par la loi du pays où la contrefaçon s'est produite. Ainsi, il ne sera pas nécessaire que l'auteur d'un livre imprimé à l'étranger en effectue le dépôt en France, pour pouvoir poursuivre, dans ce pays, la contrefaçon (3).

Le droit de l'auteur sera, d'ailleurs, établi, jusqu'à preuve contraire, par l'indication de son nom faite sur l'ouvrage en la forme usitée. Quant aux œuvres anonymes ou pseudonymes, l'éditeur est recevable à agir pour la sauvegarde des droits de l'auteur dont il est, sans autre preuve, réputé l'ayant cause.

---

(1) V. *Conférence diplomatique de Berne*, etc. Compte rendu par Numa Droz, président de la Conférence, Cl. 1884, p. 441; 1885, p. 481. Texte de la convention, Cl. 1887, p. 780.

(2) Lorsque l'œuvre a été publiée dans plusieurs pays à la fois, on considère comme pays d'origine celui où la législation accorde la plus courte durée de protection.

(3) La haute Cour d'Angleterre, division de Chancellerie, a cependant jugé que la convention de Berne ne dispense pas les œuvres publiées à l'étranger de l'enregistrement prescrit, en Angleterre, par les lois anglaises; 4 février 1891, Cl. 1892, p. 256.

Mais les tribunaux peuvent exiger la production d'un certificat délivré par l'autorité compétente, afin de constater l'accomplissement des conditions et formalités auxquelles la législation du pays d'origine de l'œuvre en subordonnait la protection. Ainsi, la reproduction non autorisée, dans un des pays de l'Union, d'une œuvre publiée dans un autre est interdite. L'importation d'une œuvre contrefaite à l'étranger est également prohibée.

793. — La convention de Berne ne se contente pas d'assimiler ainsi aux œuvres nationales, dans toute l'étendue de l'Union, les œuvres publiées dans un des pays qui la composent ; elle entre dans des détails plus précis, relativement à certaines œuvres et à certains modes de reproduction, au sujet desquels la diversité des législations rendait plus nécessaire une entente formelle.

Ces stipulations particulières concernent principalement :

1° *Les traductions.* — Les auteurs d'un ouvrage publié dans un des pays de l'Union ont le droit exclusif d'en faire ou d'en autoriser la traduction dans les autres pays, pendant un délai de dix ans, à partir de la publication de l'œuvre originale.

2° *Les articles de journaux ou de recueils périodiques.* — Les auteurs ou éditeurs peuvent en empêcher la reproduction en l'interdisant expressément. Il suffit, d'ailleurs, d'une interdiction générale en tête de chaque numéro du recueil. Mais l'interdiction ne peut s'appliquer aux articles de discussion politique ou à la reproduction des nouvelles du jour ou des faits divers.

3° *La représentation publique des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales.* — Que ces œuvres soient publiées ou non, la représentation, sans l'autorisation de l'auteur, est interdite, aussi bien que la reproduction et aux mêmes conditions. Ces interdictions s'appliquent aussi aux représentations de l'œuvre traduite, mais seulement pendant la période où le droit exclusif de traduction appartient à l'auteur.

L'exécution non autorisée d'œuvres musicales est pareillement défendue, lorsqu'elles n'ont pas été publiées, ou lorsqu'elles l'ont été, si l'auteur a expressément déclaré sur le

titre ou en tête de l'ouvrage qu'il en interdit l'exécution publique.

4° *Les appropriations indirectes d'ouvrages littéraires ou artistiques* désignées sous des noms divers, tels que : *adaptations, arrangements de musique, etc.* — Elles sont comprises parmi les reproductions illicites, lorsqu'elles ne présentent pas le caractère d'œuvres nouvelles et originales. Mais, dans l'application de cette règle, les tribunaux devront tenir compte des réserves qui seraient faites par leurs lois respectives.

794. — Ces stipulations établissent, pour les œuvres publiées dans l'Union, un *minimum* de protection ; les auteurs doivent toujours en jouir, quelles que soient les lois internes de chaque pays ; mais ils peuvent aussi, en vertu du principe général d'assimilation, bénéficier de ces mêmes lois, lorsqu'elles leur sont plus favorables. Chaque Etat est obligé de reconnaître aux étrangers au moins les droits expressément stipulés, mais sans préjudice des avantages plus étendus qui résulteraient de sa propre législation (1).

795. — La convention s'est appliquée aux œuvres déjà publiées lors de son entrée en vigueur, et non encore tombées dans le domaine public ; mais elle n'a pas cru devoir régler l'application de ce principe et s'est référée, sur ce point, aux conventions particulières déjà conclues, ou qui le seraient par la suite, entre les différents Etats, et, à défaut de conventions, à la législation intérieure de chaque pays.

Enfin, il a été expressément stipulé que les pays qui n'avaient pas adhéré à la convention et qui assuraient chez eux la protection légale des droits en faisant l'objet, seraient admis à y accéder, sur leur demande (2).

---

(1) Darras, *op. cit.*, n° 438, et *De l'état actuel du droit des auteurs étrangers en France et des auteurs français à l'étranger*, Cl. 1892, p. 801 et suiv., n°s 20, 26, 27. Lyon-Caen, et Delalain, *op. cit.*, t. II, p. 222, note.

(2) La convention de Berne a créé sous le nom de bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, un office international qui a son siège à Berne, sous l'autorité et la sur-

§ 2. — Traités particuliers.

796. — Parmi les traités particuliers conclus par la France, il faut distinguer deux catégories : 1° les traités conclus avec des pays qui font partie de l'Union de Berne ; 2° les traités conclus avec des pays qui n'en font point partie.

797. — A. Traités conclus avec des pays qui font partie de l'Union de Berne. — Avant la formation de l'Union, la France était déjà liée par des traités : avec l'Angleterre (convention du 3 novembre 1851, modifiée le 11 août 1875) ; le Luxembourg (traité de commerce du 16 décembre 1865) ; l'Espagne (traité du 18 juin 1880) ; la Belgique (21 octobre 1881) ; la Suisse (23 février 1882) ; l'empire d'Allemagne (19 avril 1883) ; l'Italie (9 juillet 1884). Le traité conclu avec l'Angleterre a été supprimé, d'un commun accord, comme faisant double emploi avec la convention de Berne elle-même ; la Suisse et la Belgique ont dénoncé les leurs depuis le 1er février 1892, et, la dernière tout au moins, comme représailles contre les nouveaux tarifs douaniers adoptés en France.

On a pu craindre que d'autres pays suivissent cet exemple ; mais, en réalité, ces dénonciations de traités particuliers n'offrent que peu d'intérêt et ne sauraient nuire beaucoup aux droits des auteurs français, qui restent protégés par la convention de Berne. Ce n'est pas, d'ailleurs, un de ses moindres avantages de soustraire la protection des œuvres littéraires ou artistiques aux fluctuations presque inévitables dans la politique économique et commerciale

---

veillance de la Confédération suisse. Il a pour but de centraliser et de publier les renseignements relatifs à la protection des droits des auteurs ; de procéder aux études d'utilité commune intéressant l'Union, et de fournir à ses membres tous les renseignements spéciaux dont ils pourraient avoir besoin. Il publie, en langue française, une feuille périodique, le *Droit d'auteur*, sur les questions concernant l'objet de l'Union. Enfin, des conférences doivent se réunir successivement dans les divers pays de l'Union et entre leurs délégués, pour délibérer sur les développements et améliorations dont elle serait susceptible.

des Etats, et de séparer nettement deux ordres d'intérêts qui n'ont rien de commun (1).

798. — Les clauses des traités particuliers encore subsistants sont virtuellement remplacées par les stipulations de Berne, lorsque celles-ci sont plus larges ou identiques ; elles conservent, au contraire, leur existence propre, lorsqu'elles ont pour objet des questions que la Convention n'a pas prévues, ou accordent aux auteurs une protection plus complète : ce sont les seules que nous devions mentionner.

1° La Convention de Berne elle-même, comme nous l'avons vu, renvoie aux traités particuliers, pour déterminer les réserves et conditions sous lesquelles elle s'appliquera aux œuvres déjà publiées, mais non encore tombées dans le domaine public, dans leur pays d'origine.

Les traités conclus avec l'Allemagne, l'Italie et le Luxembourg disposent, à cet égard, que les gouvernements respectifs apposeront un timbre spécial, dans le délai de trois mois, sur les exemplaires, déjà imprimés ou en cours d'impression lors de la mise en vigueur du traité, d'ouvrages dont la vente était permise auparavant et reste licite. Passé le délai de trois mois, tout exemplaire non timbré sera considéré comme contrefait. Le même timbre sera apposé, aux termes des traités allemand et italien, sur les clichés, pierres ou bois gravés, pierres lithographiques, etc. qui pourront être utilisés pendant quatre ans.

2° Les traités conclus avec le Luxembourg et l'Allemagne règlent les droits dits d'*édition partagée*. Un auteur, appartenant à l'un des États contractants, peut céder son droit de publication à un éditeur pour le territoire de l'un des deux pays, à l'exclusion de l'autre ; la vente et l'introduction de ces exemplaires est alors illicite, dans le territoire du pays d'où ils ont été formellement exclus. Toutefois, le traité allemand n'accorde le bénéfice de cette disposition qu'aux œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, et exige que chaque exemplaire porte, sur sa couverture, et son titre la mention expresse de l'interdiction qui en est faite en Allemagne ou en France.

---

(1) V. Sur cette question : Darras, Cl. 1892, p. 801 et suiv., nos 1-19.

3° Le traité conclu avec l'Espagne réserve le droit de traduction à l'auteur et à ses ayants-cause, pendant tout le temps où ils conservent la propriété de l'œuvre originale. Le même traité interdit la reproduction, sans autorisation de l'auteur, des articles, autres que ceux de discussion politique, publiés dans les journaux ou recueils périodiques, sans qu'il soit besoin de faire, à cet égard, aucune réserve formelle.

4° Les traités avec l'Allemagne, l'Italie et le Luxembourg interdisent l'exécution publique, non autorisée, des œuvres musicales, sans exiger, de la part de l'auteur, une prohibition expresse.

5° Enfin, les traités avec l'Espagne, l'Allemagne et l'Italie contiennent la clause de la nation la plus favorisée, d'après laquelle les Etats contractants doivent réciproquement bénéficier des avantages plus grands que l'un d'eux accorderait à une autre nation.

799. — B. Traités conclus avec des pays qui ne font pas partie de l'Union de Berne. — Ces pays sont, actuellement : les Pays-Bas (conventions du 29 mars 1855 et du 19 avril 1884) ; le Portugal (11 juillet 1866) ; l'Autriche-Hongrie (11 décembre 1866 et 18 février 1884) ; le Salvador (9 juin 1880) ; la Suède et la Norvège (traité de commerce du 15 février 1884, prorogé le 13 janvier 1892) ; le Mexique (traité de commerce du 27 novembre 1886) ; la Bolivie (déclaration du 8 septembre 1886).

Ces divers traités commencent tous par une clause d'assimilation, en vertu de laquelle chaque Etat contractant accorde aux sujets de l'autre la même protection qu'à ses propres nationaux. Toutefois, les ouvrages étrangers ne seront protégés que s'ils le sont dans leur pays d'origine et pour la même durée (1). D'autre part, la protection dont ils jouissent ne sera pas plus étendue ni plus longue que celle qui est accordée aux ouvrages nationaux.

Pour établir qu'ils ont rempli toutes les conditions exigées par la loi du pays d'origine, les auteurs doivent produire un

(1) Cass. 25 juillet 1887, Sir. 88.1.18 ; Paris, 18 novembre 1892, Cl. 1893, p. 406.

certificat de l'autorité publique, d'après les traités avec les Pays-Bas et le Salvador. Les traités avec l'Autriche et le Portugal n'exigent aucun mode de preuve particulier ; mais l'ouvrage paru à l'étranger devra être enregistré, en France, au ministère de l'intérieur; et, réciproquement, l'ouvrage paru en France devra être enregistré à l'étranger dans les trois mois de sa publication.

Les traités interdisent, dans chaque Etat contractant, soit la reproduction d'ouvrages publiés dans l'autre, soit l'importation des contrefaçons faites à l'étranger.

800. — Outre cette clause générale d'assimilation, chaque traité contient une série de stipulations formelles, relatives à certains ouvrages ou à certains modes de reproduction. Ces stipulations, pour les pays étrangers, étaient extensives du droit commun, en ce sens qu'elles assuraient aux français une protection, moindre peut-être que celle accordée aux nationaux, mais que la loi commune leur aurait refusée. En France, au contraire, plusieurs de ces clauses donnent aux étrangers des droits moins étendus que ceux que le décret du 28 mars 1852 leur confère. Ne peuvent-ils pas, dès lors, faire abstraction de ces traités, pour se placer sous la sauvegarde du droit commun qui leur est plus favorable ? Cette prétention ne serait certainement pas admissible pour les traités conclus depuis 1870 : ils ont été ratifiés par une loi, qui a valablement dérogé à la loi générale (1). Mais, sous l'Empire, les traités étaient ratifiés par de simples décrets : on a soutenu qu'ils n'avaient pas pu modifier, au détriment des étrangers, la situation créée à leur profit par le décret de 1852 qui, vu l'époque où il a été rendu, a la force d'une véritable loi (2). Nous ne croyons cependant pas cette opinion exacte. Un traité est valable, dès qu'il a été négocié et ratifié conformément au droit constitutionnel en

---

(1) Deux traités, cependant, avaient été ratifiés par un simple décret et leur validité pouvait, à ce titre, être mise en doute : la convention avec la Belgique du 7 février 1874 et la convention avec l'Angleterre du 11 août 1875. L'une et l'autre ont aujourd'hui cessé d'être en vigueur.

(2) Weiss, p. 76. Pouillet, *Propriété littéraire*, n° 850.

vigueur : cette condition suffit pour qu'il puisse déroger au droit commun. Nul ne conteste la validité de cette dérogation, lorsqu'elle est favorable aux étrangers; il n'y a pas de raison pour la contester, dans le cas où, par exception, elle leur est défavorable (1).

801. — Voici, du reste, les principales matières auxquelles ces stipulations sont relatives :

1° Les traductions. — Les traités avec l'Autriche et avec le Salvador assimilent entièrement la traduction non autorisée à une reproduction illicite. Les auteurs et leurs ayants cause ont donc le droit de s'opposer à leur publication, pendant tout le temps qu'ils gardent la propriété de l'œuvre originale. Toutefois, d'après le traité avec l'Autriche, l'auteur doit se réserver, par une déclaration expresse, le droit de traduction. Au contraire, le traité avec le Portugal limite, sous ce rapport, le droit de l'auteur à cinq années, à partir de la publication de la traduction autorisée par lui. Encore faut-il que cette traduction ait été publiée, au moins en partie, dans le délai d'un an et, en totalité, dans celui de trois ans après la publication de l'œuvre originale, et que l'auteur ait expressément réservé son droit par une déclaration en tête de son ouvrage.

2° Les articles de journaux et recueils périodiques. — La reproduction des articles de discussion politique est toujours libre. Pour ceux d'une autre nature, le traité avec le Salvador en interdit absolument la reproduction ; les traités avec l'Autriche, le Portugal et les Pays-Bas veulent que l'auteur ait réservé son droit par une déclaration formelle dans le journal ou le recueil même.

3° La représentation d'œuvres dramatiques et l'exécution publique d'œuvres musicales. — Les traités avec l'Autriche, le Portugal et le Salvador les interdisent, lorsqu'elles ne sont pas autorisées par l'auteur.

4° Le traité avec le Salvador interdit les appropriations indirectes, dites adaptations, imitations de bonne foi, etc.

---

(1) Cass. 25 juillet 1887, Sir. 88.1.17 et la note de Lyon-Caen. — Darras, *op. cit.*, nos 195-198. Renault, *op. cit.*, Cl. 1878, p. 460. Despagnet, p. 101.

5° Les traités avec l'Autriche et le Portugal règlent le droit d'édition partagée ; nous avons déjà dit plus haut de quelle façon (1).

6° Le traité avec le Salvador détermine expressément les diverses sanctions et pénalités qui frappent, dans ce pays, les contrefaçons d'ouvrages français : cette précision, que ne font pas les autres traités, vient de ce que, dans ce pays, il n'existait pas de lois sur la propriété artistique et littéraire.

7° Enfin, presque tous les traités autorisent expressément la vente des éditions déjà faites antérieurement, mais interdisent, pour l'avenir, toute nouvelle publication. Le traité avec l'Autriche laisse à chaque Etat le droit de pourvoir à l'application de cette règle, dans un règlement d'administration publique (2).

802. — C. Etats avec lesquels la France n'a pas de traité. — Leurs sujets sont, en France, sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire qu'ils bénéficient de la protection dont jouissent les français. Les droits des français, dans ces Etats, seront soumis à la législation locale, qui, parfois, n'accordera qu'une protection insuffisante, ou même n'en donnera aucune, aux ouvrages étrangers.

Deux puissances méritent, en raison de leur importance, d'être particulièrement signalées, parmi celles dont les relations avec la France sont ainsi soumises au droit commun : la Russie et les Etats-Unis.

La Russie avait conclu avec la France, le 6 avril 1861, un traité relatif à la propriété littéraire et artistique ; il a été dénoncé le 21 décembre 1885 et a cessé de s'appliquer le 14 juillet 1887. Le gouvernement russe a pris cette décision, sur le vœu émis par l'assemblée générale des libraires et éditeurs russes, qui veulent bénéficier sans entraves, sinon

---

(1) *Suprà*, n° 798.

(2) Le traité de commerce avec le Mexique du 27 novembre 1886 stipule, relativement à la propriété littéraire et artistique, le traitement de la nation la plus favorisée.— La déclaration intervenue entre la France et la Bolivie, le 8 septembre 1887, se borne à assimiler réciproquement, dans chacun des deux pays, les sujets de l'autre à ses nationaux, sans entrer dans aucun détail.

de la reproduction textuelle, au moins de la traduction des ouvrages étrangers. Le règlement sur la censure et la presse de 1886 porte, en effet, qu'un livre « peut être réimprimé, en Russie, dans une langue étrangère quelconque, seulement sans adjonction du texte original (1) ». Plus heureux, les compositeurs de musique étrangers voient leurs droits protégés en Russie comme ceux des compositeurs russes.

Quant aux Etats-Unis, leurs lois, jusqu'à une date récente, toléraient, et même protégeaient les contrefaçons d'ouvrages étrangers. La loi du 3 mars 1891 a admis les auteurs étrangers à bénéficier de la protection qu'elle accorde aux citoyens américains, mais il faut que leur ouvrage ait été imprimé aux Etats-Unis ; en d'autres termes, la protection est accordée aux auteurs étrangers, mais non aux ouvrages étrangers. En outre, pour que les auteurs étrangers profitent de cette protection, même ainsi restreinte, il faut qu'ils satisfassent à l'une de ces deux conditions : ou bien que la nation à laquelle ils appartiennent « accorde aux citoyens des Etats-Unis d'Amérique le bénéfice de la protection intellectuelle, sur une base substantiellement la même que celle admise pour ses propres nationaux ; » ou bien que cette nation « fasse partie d'un accord international qui stipule la réciprocité relativement à la concession des droits intellectuels ; accord dont, d'après ses termes, les Etats-Unis peuvent, à leur gré, devenir l'une des parties ». L'existence de l'une ou l'autre de ces conditions doit être constatée par le président des Etats-Unis, au moyen de déclarations faites de temps à autre, « suivant que l'exigera l'application de cette loi ».

La seconde condition n'a pu, jusqu'ici, se réaliser. La nécessité, imposée aux auteurs étrangers, de réimprimer leurs ouvrages sur le territoire des Etats-Unis, pour obtenir la protection de la loi, met obstacle à l'adhésion que cette puissance voudrait donner à la Convention de Berne.

Au contraire, en France et dans plusieurs autres pays, les droits intellectuels des citoyens des Etats-Unis sont protégés comme ceux des nationaux; les auteurs français bénéficieront

---

(1) Le traité de 1861 ne réservait pas aux auteurs le droit de traduction.

donc des dispositions de la loi américaine. Il en sera de même des auteurs belges, anglais et suisses. Cela résulte de la déclaration faite par le président des Etats-Unis, le 1er juillet 1891 (1).

Les relations de la France et des Etats-Unis sont donc soumises à un régime de réciprocité législative, dont les avantages sont singulièrement atténués, pour les auteurs français, par la clause de réimpression, à laquelle les Etats-Unis attachent la plus grande importance.

SECTION II. — *Propriété industrielle et commerciale.*

803. — On comprend sous ce nom : 1° le droit de l'inventeur sur sa découverte, auquel le brevet d'invention sert de titre ; 2° le droit du fabricant sur les dessins ou modèles dont il fait usage ; 3° le droit du fabricant sur sa marque de fabrique ; 4° le droit du commerçant sur son nom commercial ou sa raison sociale.

Nous devons étudier, sous ces quatre rapports, la condition de l'étranger en France : 1° d'après le droit commun ; 2° d'après le droit conventionnel résultant des traités.

804. — A. Droit commun. — *a) Brevets d'invention.* — L'auteur d'une découverte ou d'une invention nouvelle a le droit exclusif de l'exploiter à son profit, sous les conditions et pendant le temps que la loi détermine. Ce droit est constaté par un titre que délivre le gouvernement : c'est le brevet d'invention.

La loi du 5 juillet 1844 (art. 27 à 29) accorde, en cette matière, aux étrangers, les mêmes droits qu'aux français. Il faut, toutefois, distinguer deux hypothèses :

1° L'invention n'a pas encore été brévetée en pays étranger : son auteur, même étranger, peut obtenir, en France, un brevet qui a son existence et sa force propres.

2° L'invention a déjà été brevetée en pays étranger : son auteur, étranger ou français, peut encore obtenir en France un brevet (2). Mais alors « la durée de ce brevet ne pourra

(1) V. documents divers : Cl. 1892, p. 547.
(2) On l'appelle quelquefois brevet d'importation.

excéder celle du brevet antérieurement pris à l'étranger. »

C'est là, au moins dans l'hypothèse la plus fréquente où l'inventeur est étranger, l'application d'un principe général : l'étranger ne peut avoir, en France, plus de droits que sa loi nationale ne lui en accorde. Le brevet français est donc éteint, soit lorsque le brevet étranger est parvenu à son terme normal et légal (1), soit, bien que cela ait été contesté, lorsqu'il est, pour une cause quelconque, frappé de déchéance (2). Il faut même en conclure logiquement que l'invention n'est pas susceptible d'être brevetée en France, lorsqu'au lieu où elle s'est produite, par exemple en Hollande, la loi n'admet pas les brevets d'invention. On ne s'expliquerait pas qu'un étranger réclamât la protection de la loi française, pour une invention qui, dans son propre pays, est tombée dans le domaine public.

805. — Si l'étranger ne peut avoir, en France, plus de droits que dans son pays, il ne peut, d'autre part, avoir plus de droits que les français.

Aussi, pour l'obtention et la jouissance de son brevet, est-il soumis à toutes les conditions exigées par la loi française. Mais cette règle, parfaitement justifiée en elle-même, apporte, en fait, une très sérieuse entrave à l'exercice de son droit :

1° Aucune invention ne peut être brevetée en France, si elle a déjà reçu à l'étranger une publicité suffisante pour pouvoir être exécutée. Or, il se peut que la concession même d'un brevet étranger ait eu pour conséquence de divulguer l'invention. En Angleterre, par exemple, les descriptions et

---

(1) Lorsque plusieurs brevets ont été pris à l'étranger, dans des pays dont les législations en fixent différemment la durée, le brevet prendra fin en France, dès qu'il sera expiré dans un des pays étrangers.

(2) *Sic*, Cass. 14 janvier 1864, Sir. 64.1.200; 28 juin 1881, Cl. 1882, p. 191. — Weiss, p. 86. Despagnet, p. 118. Auger, *De la protection internationale des inventions brevetées* (Th. doc.), p. 39. Bédarride, *Brevets d'invention*, t. I, n° 348. — *Contra*, Pouillet, *Brevets d'invention et contrefaçons*, n° 343 *bis*. Bozérian, *Des brevets d'inventions pris simultanément à l'étranger et en France*, Cl. 1877, p. 217. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 3305, qui distinguent entre la nullité et la déchéance du brevet.

plans, annexés à une demande de brevet, sont publiés six mois après le dépôt de la demande. En Allemagne, la description des appareils et procédés nouveaux, qui accompagne la demande de brevet, reste exposée, pendant un certain temps, au bureau des brevets. Cette publicité légale suffira pour que l'invention ne soit plus nouvelle au sens de la loi (1). Il sera donc parfois difficile à un étranger, déjà breveté, d'obtenir, en France, un second brevet. Il fera bien, s'il veut conserver son droit, de demander le brevet en France, en même temps que dans son pays.

2° Le breveté est tenu, à peine de déchéance, d'exploiter son invention en France dans le délai de deux ans, à partir de la signature du brevet, et ne peut, sous la même peine, introduire en France aucun objet déjà fabriqué en pays étranger. L'étranger est donc obligé d'établir en France un centre de fabrication, dans un très bref délai, et avant même de savoir si son invention est appelée à réussir. C'est là une disposition rigoureuse, faiblement atténuée par la loi du 31 mai 1856, qui permet au ministre du commerce d'autoriser l'introduction des modèles de machines et des objets fabriqués à l'étranger, destinés à des expositions publiques ou à des essais faits avec l'autorisation du gouvernement. Au surplus, d'après la jurisprudence, la déchéance ne sera encourue que si les objets ont été introduits dans un but de spéculation (2).

806. — Sur un point particulier, la condition des étrangers est inférieure à celle des français. L'étranger qui veut, avec l'autorisation du président du tribunal, faire saisir les objets contrefaits, doit nécessairement fournir un cautionnement. Le français, au contraire, n'y est tenu que si l'ordonnance du président lui en impose l'obligation.

---

(1) Cass. 9 mars 1883, Sir. 83.1.281 ; 20 décembre 1886, Sir. 87.1.148 ; Trib. de Boulogne, 14 août 1890 ; Cl. 1892, p. 187. — Weiss, p. 83. Despagnet, p. 117. Auger (Th. doc.), p. 28 et suiv. ; Cl. 1878, p. 110, *Questions et solutions pratiques* ; Pouillet, *op. cit.*, n° 338.— Cpr. Cass. 8 mars 1865., Sir. 66.1.360.

(2) Paris, 8 juin 1855, Sir. 55.2.58.

807. — *b*) *Marques de fabrique.* — On entend par marques de fabrique les signes divers qui servent à distinguer les produits d'une manufacture ou les objets d'un commerce. L'industriel ou le commerçant a la propriété exclusive de sa marque, et peut la revendiquer contre ceux qui en feraient un usage frauduleux, pourvu qu'il en ait déposé le modèle, en double exemplaire, au greffe du tribunal de commerce de son domicile.

Moins libérale que pour les brevets d'invention, la loi (23 juin 1857, art. 5 et 6) ne protège pas sans réserve les droits des étrangers. Elle distingue, ainsi que la loi le faisait autrefois pour la propriété littéraire ou artistique, non pas suivant la nationalité de l'industriel ou du commerçant, mais suivant que son établissement se trouve en France ou dans un autre pays.

L'établissement est-il situé en France? La loi protège la marque apposée sur ses produits, même lorsque le propriétaire est étranger, pourvu qu'il remplisse les formalités prescrites.

L'établissement est-il situé en pays étranger? La loi, pour en protéger les produits, exige que les marques françaises jouissent, dans le pays où il se trouve, de la même protection. La règle est la même, soit que l'établissement appartienne à un étranger ou à un français; mais il est évident qu'elle s'appliquera plus habituellement à des étrangers. La loi de 1857 exigeait que la réciprocité fût établie par une convention diplomatique; la loi des 26 novembre-2 décembre 1875 se contente d'une simple réciprocité législative : « Les dispositions des lois..... touchant..... les marques de fabrique seront appliquées aux étrangers, si, dans leur pays, la législation ou des traités internationaux assurent aux français les mêmes garanties » (1).

808. — Les produits des établissements étrangers ne peuvent jouir, en France, d'une protection que la loi de leur pays ne leur accorde pas. Leurs marques ne seront protè-

---

(1) Bien que la loi, statuant *de eo quod plerumque fit*, ne parle que des étrangers, il faut en appliquer les dispositions aux français qui possèderaient un établissement en pays étranger.

gées que si elles le sont à l'étranger (1) et pendant une durée qui n'excèdera pas celle qu'a fixée la loi de ce pays.

D'autre part, la protection ne pourra dépasser la limite établie par la loi française et sera soumise aux conditions que cette loi détermine. La marque étrangère devra donc être déposée en France. Le dépôt sera effectué au greffe du tribunal de commerce de la Seine.

809. — A défaut de réciprocité, les marques étrangères sont dépourvues, en France, de prôtection. Si, par suite d'un traité ou d'une loi nouvelle, la réciprocité s'établit, les étrangers sont garantis, pour l'avenir, contre toute usurpation des marques qu'ils auront déposées. On pourra, cependant, écouler les produits qui en auraient déjà été revêtus auparavant. La Cour de cassation va plus loin : elle reconnaît à ceux qui se servaient des marques étrangères, lorsqu'elles étaient dans le domaine public, le droit de continuer à les employer, même après qu'elles ont commencé à être protégées (2). Nous ne saurions admettre cette solution. La loi, qui laissait impuni l'usage des marques étrangères, n'en conférait à personne la propriété : l'usurpation qui en était faite ne saurait constituer un droit acquis (3).

810. — *c) Dessins et modèles de fabriques.* — La propriété des dessins (4) et modèles de fabrique est garantie à ceux qui en auront effectué le dépôt aux archives du conseil des prud'hommes, et, s'il n'y en a pas, au greffe du tribunal de commerce, ou, à défaut, du tribunal civil (loi du 18 mars 1806, art. 14 et suivants ; ordonnance du 17 août 1825). Le

---

(1) Paris, 18 mai 1892, Cl. 1892, p. 1164.

(2) Cass. 13 janvier 1880, Cl. 1880, p. 193 ; 30 juillet 1884, Cl. 1885 p. 91.

(3) Pouillet, *Marques de fabrique*, n° 336. Fiore, *Protection des marques de fabrique et de commerce*, etc., Cl. 1882, p. 507. Weiss, p. 98. Despagnet, p. 122.

(4) La loi ne définit point le dessin industriel. Il sera quelquefois difficile de distinguer, en fait, si le dessin a un caractère artistique ou industriel et si, par conséquent, il bénéficie des lois sur la propriété artistique ou de celle du 18 mars 1806.

fabricant peut ainsi se réserver son droit, soit pour un temps déterminé, soit à perpétuité.

Les étrangers jouissaient-ils de cet avantage ? Les textes que je viens de citer ne tranchaient pas la question. La solution dépendait donc de l'interprétation que l'on donnait à l'article 11 du Code civil. A mon avis, ce droit pouvait appartenir aux étrangers, dès lors que la loi ne le leur refusait pas expressément. Mais les tribunaux voyaient, au contraire, dans la propriété des dessins et modèles de fabrique, un droit civil, dont les étrangers devaient être privés, à moins qu'il ne leur fût accordé par une convention diplomatique.

La loi des 26 novembre-2 décembre 1873 a tranché la question. Elle a adopté un moyen terme. Elle n'accorde pas à tous les étrangers la protection de la loi française, mais elle n'exige pas non plus la réciprocité diplomatique ; elle se contente de la réciprocité législative. La propriété des dessins et modèles de fabrique est reconnue aux étrangers en France, lorsque la loi de leur pays assure aux français la même garantie.

D'après la jurisprudence, les dessins ou modèles, déjà tombés dans le domaine public en pays étranger, ne pourraient plus, en France, faire l'objet d'un dépôt efficace et, pour ceux qui auraient déjà été déposés à l'étranger, la protection qui leur serait accordée en France n'excéderait jamais la durée de celle que la loi française leur assure (1). Il a même été jugé que la propriété d'un dessin ou modèle serait perdue, si le déposant ne l'avait pas exploité en France (2). Mais il n'y a pas de raison pour appliquer à cette matière une règle arbitraire, que la loi de 1844 n'a édictée que pour les brevets d'invention (3).

811. — *d) Nom commercial.* — Le nom du commerçant est considéré comme une marque de fabrique, lorsque,

---

(1) *Contra*, Pouillet, *Dessins et modèles de fabriques*, n° 124.

(2) Paris, 13 février 1880, Sir. 80.1.129 (note, en sens contraire, de M. Lyon-Caen.)

(3) Despagnet, p. 128. Renault, *Examen doctrinal, Revue critique*, 1881, p. 617.

sur le produit où il est apposé, il affecte une forme distinctive : les droits des étrangers sont alors, en ce qui le concerne, réglés comme nous l'avons vu précédemment.

Mais, abstraction faite de cette hypothèse, le nom, considéré en lui-même, représente une valeur et est protégé par la loi. La loi du 28 juillet 1824 punit des peines portées en l'article 423 du Code pénal, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu, quiconque aura apposé sur des objets fabriqués le nom d'un commerçant autre que celui qui en est l'auteur, la raison commerciale d'une fabrique autre que celle où ils auront été fabriqués, ou le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication.

La jurisprudence avait décidé, à tort suivant moi, que cette protection constituait un droit civil et que les étrangers ne pourraient en bénéficier, à moins qu'un traité conclu avec leur pays n'eût stipulé la réciprocité au profit des français (1). Ici encore, la loi de 1873 a donné la solution que nous avons déjà rencontrée. Les dispositions des lois relatives au nom commercial seront appliquées aux étrangers lorsque, dans leur pays, la législation assure aux français les mêmes garanties.

812. — Si l'étranger a, en France, un établissement industriel ou commercial, les dessins et modèles qui y sont employés, le nom apposé sur ses produits seront garantis par la loi française. Le texte ne le dit pas formellement; mais l'article 5 de la loi du 23 juin 1857, sur les marques de fabrique, révèle suffisamment, à cet égard, l'intention du législateur (2). Il serait inadmissible que la marque d'une maison établie en France fût protégée, alors que, pour la même maison, la contrefaçon des dessins et modèles resterait libre, l'usurpation du nom ou de la raison sociale impunie.

813. — B. Traités diplomatiques. — La France a conclu un grand nombre de conventions, concernant la propriété industrielle ou commerciale. Quelques-unes sont exclusivement relatives à cet objet; la plupart du temps, elles sont

---

(1) Cass. 12 juillet 1848, Sir. 48.1.417 ; 27 mai 1870, Sir. 70.1.351.
(2) Pouillet, *Marques de fabrique*, n° 454. Despagnet, p. 125.

contenues dans des traités de commerce. Plusieurs d'entre elles ont cessé d'être en vigueur ; d'autres ont été implicitement remplacées par la convention, plus générale et plus complète, du 20 mars 1883, portant création d'une Union internationale pour la protection de la propriété industrielle.

Nous allons étudier successivement :

1° La convention du 20 mars 1883 ; 2° les traités particuliers qui ont conservé leur intérêt propre.

§ 1.— Union internationale pour la protection de la propriété industrielle.

814. — Le projet de cette Union est né dans les délibérations du congrès pour la protection de la propriété industrielle, réuni à Paris en 1878. Conformément au vœu qu'il avait émis, le gouvernement français convia les diverses puissances à une conférence diplomatique, qui se réunit à Paris, au mois de novembre 1880. Elle rédigea le projet d'une convention, qui a été signée à Paris le 20 mars 1883. Les puissances signataires et celles qui ont adhéré sont, avec la France, la Belgique, le Brésil, la République Dominicaine, l'Espagne, les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, le Guatémala, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Serbie, la Suède et la Norwège, la Suisse, la Tunisie et la Turquie.

L'Equateur et le Salvador, qui avaient aussi donné leur adhésion, ont, depuis lors, dénoncé le traité. (1)

815. — La convention de 1883 pose d'abord un principe général. Les citoyens et sujets de chacun des États de l'Union jouissent, dans tous les autres, des avantages et de la protection que les lois respectives accordent aux nationaux pour les brevets d'invention, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce et le nom commercial. Ils doivent, d'ailleurs, remplir toutes les conditions et les formalités imposées aux nationaux par la législation intérieure de chaque État.

Cette protection est également accordée aux individus qui,

---

(1) V. Projet de convention diplomatique pour la constitution d'une Union pour la protection de la propriété industrielle. Cl. 1880, p. 628, Texte de la convention définitive, Cl. 1884, p. 652.

sans être sujets d'aucun des États de l'Union, ont, sur le territoire de l'un d'eux, soit un établissement de commerce, soit simplement leur domicile. D'ailleurs, ce n'est pas seulement la contrefaçon qui est interdite ; l'importation de produits portant illicitement une marque de fabrique ou de commerce ou un nom commercial, est également prohibée.

816. — Après avoir établi cette assimilation générale, la convention formule plusieurs règles particulières ; elles ont pour but d'assurer, dans chaque État de l'Union, aux sujets de tous les autres, un minimum de protection, mais sans leur enlever les avantages plus considérables que pourraient leur assurer les lois internes, et sans empêcher chaque État de modifier sa législation, de façon à garantir plus strictement les droits industriels et commerciaux. (1)

Voici ces règles spéciales :

1° Celui qui aura régulièrement fait, dans un des Etats de l'Union, le dépôt d'une demande de brevet, d'un dessin ou modèle industriel, d'une marque de fabrique, jouit, pour en effectuer le dépôt dans les autres Etats, d'un droit de priorité, pendant un délai qui est de six mois pour les brevets, de trois mois pour les marques de fabrique, les dessins ou modèles, et qui, dans tous les cas, s'augmente d'un mois pour les pays d'outre-mer.

Le dépôt, effectué dans le délai voulu, assure au déposant l'entière jouissance de son droit, sans qu'aucun événement antérieur ait pu lui en faire encourir la déchéance. Ainsi, la publicité qui aurait été donnée à l'invention n'empêchera pas alors la délivrance du brevet ; l'usage déjà fait des dessins, des modèles ou des marques de fabrique, n'en empêchera pas le dépôt d'être efficace. (2)

2° Le breveté n'encourt point de déchéance lorsqu'il introduit, dans le pays où son brevet a été délivré, des objets fabriqués dans l'un quelconque des Etats de l'Union. Mais il reste soumis à l'obligation d'exploiter son brevet dans le

---

(1) Dietz-Monnin, *Rapport au Sénat*, *Journal officiel*, 1888. Documents parlementaires, p. 58. — *Contra*, Despagnet, p. 134.

(2) V. sur l'application de cette clause : Paris, 11 avril 1892, Cl. 1892, p. 889.

pays où il l'a obtenu, quand elle lui est imposée par la loi de cet Etat.

3° La marque de fabrique ou de commerce, régulièrement deposée dans son pays d'origine, c'est-à-dire dans celui où le déposant a son principal établissement, doit être admise au dépôt et protégée dans tous les Etats de l'Union, quel que soit l'objet sur lequel elle est apposée, à moins qu'il ne soit considéré comme contraire à la morale et à l'ordre public.

4° Le nom commercial est protégé, qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce. Si donc la marque à laquelle il était incorporé tombe dans le domaine public, le nom, en lui-même, restera cependant garanti. (1) Il est également interdit d'apposer faussement, sur un produit, comme indication de provenance, le nom d'une localité déterminée, mais seulement lorsque cette indication est jointe à un nom commercial fictif, ou emprunté dans une intention frauduleuse.

5° Les Etats de l'Union accorderont une protection temporaire aux inventions brevetables, aux dessins et modèles industriels, aux marques de fabrique et de commerce, pour les produits qui figureront aux expositions internationales officielles ou officiellement reconnues, sans qu'il soit besoin de prendre un brevet dans le pays, ni d'y déposer la marque ou le dessin. (2)

817. — La convention de 1883 (art. 14) doit être soumise à des révisions périodiques et, à cet effet, des conférences doivent avoir lieu, successivement, entre les délégués des Etats de l'Union. Une première conférence a eu lieu, en 1886,

---

(1) La Cour de cassation avait, au contraire, jugé que le nom incorporé à la marque de fabrique et en faisant partie n'était plus protégé, lorsque cette marque était tombée dans le domaine public. Cass. 13 janvier 1880, Dal. 80. 1. 225.

(2) La convention de 1883 a créé, sous le nom de Bureau international de l'Union pour la protection de la propriété industrielle, un office international, qui a son siège à Berne, sous l'autorité et la surveillance du gouvernement de la confédération suisse. Son but est le même que celui du bureau de l'Union pour la protection de la propriété littéraire qui a été établi plus tard. Il publie un journal en langue française : *La Propriété industrielle.*

à Rome : elle n'a pas donné de résultats. Il était, d'ailleurs, difficile de réunir, sur les projets d'amélioration, l'unanimité des membres de l'Union. Aussi, une nouvelle conférence, réunie à Madrid en 1891, a-t-elle admis le système des *Unions restreintes*. Les Etats entre lesquels l'accord s'établit, sur les points en litige, forment entre eux, au sein de l'Union générale, une Union particulière, en réservant aux autres le droit d'y accéder. La France a ainsi participé à deux arrangements, le 14 avril 1891 : l'un, avec le Brésil, l'Espagne, la Grande-Bretagne, le Guatémala, le Portugal, la Suisse et la Tunisie ; l'autre, avec la Belgique, l'Espagne, le Guatémala, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Suisse et la Tunisie (1).

Le premier de ces arrangements est relatif aux fausses indications de provenance sur les marchandises. Il est interdit d'apposer faussement, sur un produit, comme indication de provenance, le nom d'un des Etats contractants ou d'un lieu situé dans l'un deux. L'article 10 de la convention générale se trouve ainsi modifié, en ce sens qu'il n'est plus nécessaire, pour que la fausse indication de provenance soit illicite, qu'elle soit jointe à celle d'un nom fictif ou frauduleusement emprunté. L'indication n'est cependant pas interdite, quand le nom du lieu a pris, par l'usage, le sens d'une désignation générique, ce que les tribunaux auront à apprécier. Mais on ne devra jamais considérer comme désignation générique, les appellations régionales de produits vinicoles : vins de Champagne, etc. La protection ainsi accordée à ces qualifications est d'une grande importance pour le commerce français (2).

Le second arrangement concerne l'enregistrement international des marques de fabrique et de commerce.

Les sujets de chacun des Etats contractants, même les étrangers qui ont, dans l'un d'eux, leur domicile ou un éta-

---

(1) Ils ont été ratifiés, en France, par la loi du 15 juillet 1892, ainsi qu'un troisième arrangement, relatif à la dotation du bureau international de l'Union. A la date du 23 octobre 1892, les Etats contractants n'avaient pas encore tous ratifiés ces conventions. Cl. 1892, p. 1071 et 1236.

(2) Cpr. Paris, 18 novembre 1892, Cl. 1893, p. 406.

blissement de commerce, pourront s'assurer, dans tous les autres, la protection des marques déposées dans le pays d'origine, en en faisant le dépôt au bureau international de Berne, qui enregistrera la marque. Le dépôt sera fait par l'administration du pays d'origine ; le bureau international le notifiera aux Etats contractants et la protection devra être, dans tous ces Etats, la même que s'il avait été directement effectué. L'administration de chaque pays aura la faculté de déclarer que sa législation s'oppose à la protection de la marque, et les recours ouverts aux intéressés seront alors les mêmes que si la marque avait été déposée dans le pays où la protection est refusée. L'enregistrement au bureau international assurera, pendant vingt ans, la protection des marques de fabrique, sauf à le renouveler avant l'expiration de ce terme. Mais une marque qui, pour une raison ou l'autre, ne serait plus protégée dans son pays d'origine, ne le sera plus dans aucun autre.

§ 2. — Traités particuliers.

818. — La convention de 1883 a laissé aux Etats contractants la faculté de conclure séparément entre eux des arrangements particuliers, pour la protection de la propriété industrielle, en tant qu'ils ne contreviendraient point aux dispositions de la convention.

Nous avons vu comment la France et quelques autres Etats ont récemment usé de ce droit.

La France avait, du reste, antérieurement à la Convention de 1883, conclu des traités, relatifs à la propriété industrielle, avec un grand nombre des puissances qui font aujourd'hui partie de l'Union.

Depuis lors, les traités avec l'Espagne, l'Italie, le Portugal et la Suisse ont cessé d'être en vigueur ; les traités avec l'Angleterre, le Brésil, les États-Unis, la Serbie (1), la Suède et la Norvège subsistent toujours ; mais ils ne renferment aucune stipulation qui ne se trouve également dans la Convention de 1883 ; ils sont donc désormais sans intérêt.

---

(1) Le traité avec la Serbie est postérieur en date à la convention d'Union (18 juin 1883) .— Le traité avec la Suède et la Norvège a été renouvelé depuis : 30 janvier 1892. Cl. 1892, p. 779.

819. — Plusieurs des États qui n'ont pas cru devoir adhérer à la Convention de 1883 ont aussi conclu avec la France des traités. Ce sont : l'Allemagne (déclaration du 8 octobre 1873) ; l'Autriche-Hongrie (traité de commerce du 7 novembre 1881) ; — le Danemark (7 avril 1880) ; — le Luxembourg (17 mars 1880) ; — la Russie (traité de commerce du 1er avril 1874) ; — le Mexique (27 novembre 1886) ; — la Bolivie (déclaration du 8 septembre 1887) ; — et la République Sud-Africaine (déclaration du 10 juillet 1885).

Ces traités, sauf celui qui a été conclu avec le Mexique, ne s'occupent pas des brevets d'invention : la loi française assure, d'ailleurs, en ce qui les concerne, aux nationaux les mêmes droits qu'aux étrangers, et les lois des autres pays, celles, du moins, qui admettent les brevets, en font autant.

Ces conventions n'entrent, d'ailleurs, dans aucun détail ; elles se bornent à stipuler, en France, pour les nationaux des pays avec lesquels elles sont conclues, la même protection qui est accordée aux français, à la charge, pour eux, de remplir les conditions et formalités prescrites par la loi française. Ils n'auront, d'ailleurs, droit à cette protection que si elle leur est assurée par la loi de leur propre pays, et s'ils ont rempli les formalités qu'elle exige, par exemple le dépôt de leur marque de fabrique. Un pareil traitement est assuré aux français en pays étranger.

Ces garanties s'étendent, d'après les traités conclus avec l'Autriche-Hongrie, le Danemark, le Mexique, aux marques de fabrique, dessins et modèles industriels, et, en outre, d'après le traité avec la Bolivie, au nom commercial (1). Les traités avec la Russie et le Luxembourg ne parlent que des marques de fabrique. La Cour de cassation a admis que la protection accordée aux marques de fabrique serait aussi assurée au nom commercial, alors même qu'il n'est pas incorporé à une marque (2).

---

(1) Les traités avec l'Angleterre, la Serbie et la République Dominicaine, qui font partie de l'Union, prévoient aussi expressément la protection des noms commerciaux.

(2) Cass. 27 mai 1870, Dal. 71.1.180 ; Trib. de la Seine, 8 mai 1878, Cl. 1878, p. 610. — *Contra*, Paris, 18 mai 1892, Cl. 1892, p. 1164.

820. — Ces divers traités soulèvent une question transitoire que nous avons déjà rencontrée. Quel en est l'effet relativement aux marques de fabrique qui avaient, antérieurement, fait, en France, l'objet d'une imitation ? La Cour de cassation décide que ces marques, étant déjà tombées dans le domaine public, le traité n'a pu les en faire sortir, ni rendre aux fabricants étrangers un droit exclusif qu'ils avaient, par avance, irrévocablement perdu : le dépôt qu'ils effectueront ne leur permettra donc point de poursuivre les industriels français, qui continueront à user de leur marque (1).

Nous avons déjà dit que cette solution ne nous paraît pas exacte. Ceux qui ont fait usage d'une marque étrangère, alors qu'elle n'était pas protégée par la loi, n'ont pas, à cet égard, un droit acquis. Ils peuvent continuer la vente des produits déjà fabriqués antérieurement et revêtus de la marque étrangère ; mais, pour l'avenir, toute nouvelle imitation de cette marque sera interdite, même aux commerçants qui s'en seraient déjà servis.

---

(1) Cass. 13 janvier 1880, Dal. 80.1.225 ; 30 juillet 1884, Cl. 1885, p. 91.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS V

LISTE DES OUVRAGES CITÉS PAR LE SEUL NOM DE LEUR AUTEUR. VII

ABRÉVIATIONS VII

PRÉLIMINAIRES 1

I. — Notion et existence du droit international privé 1
II. — Aperçu historique 6
III. — Plan et division 9

PREMIÈRE PARTIE. — PRINCIPES GÉNÉRAUX 11

TITRE I. — **Condition des étrangers** 11

CHAPITRE I. — Quelle doit-être la condition des étrangers ? 12
CHAPITRE II. — Notions historiques sur la condition des étrangers 15

Section I. — Droit romain 15
Section II. — Ancien droit français 18

§ 1. — Les deux premières races 18
§ 2. — Féodalité 21
§ 3. — Epoque monarchique 23

Section III. — Droit intermédiaire 31

CHAPITRE III. — Condition des étrangers dans le droit français actuel 32

Section I. — Individus étrangers 32

§ 1. — Droits privés 32
§ 2. — Droits politiques et publics 46

Section II. — Personnes morales 48

§ 1. — Existence des personnes morales étrangères . . . 48
§ 2. — Droits des personnes morales étrangères 56

CHAPITRE IV. — Législations étrangères 56

TITRE II. — **De la nationalité.** 60

CHAPITRE I. — Principes généraux 60
CHAPITRE II. — Nationalité d'origine. 65

Section I. — Principes 65
Section II. — Loi française 67

§ 1. — Nationalité conférée par la filiation. — *Jus sanguinis* 70
§ 2. — Nationalité conférée par la naissance en France. — *Jus soli*. 73
§ 3. — Preuve de la nationalité d'origine 92

Section III. — Législations étrangères 93

CHAPITRE III. — Changements de nationalité. — Naturalisation. — Perte de la nationalité. — Annexions. 97

I. — Changement de nationalité individuelle et volontaire. 97

Section I. — Principes généraux et notions historiques. . 97
Section II. — Loi française. — Acquisition et perte de la nationalité. 102

§ 1. — Acquisition 102
§ 2. — Perte 120

Section III. — Lois étrangères. — Acquisition et perte de la nationalité 139

§ 1. — Acquisition. 139
§ 2. — Perte 147

II. — Changement de nationalité collectif et forcé. — Annexion 153

Section I. — Principes généraux. 153
Section II. — Annexions réalisées et démembrements subis par la France depuis 1814 159

CHAPITRE IV. — Conflits en matière de nationalité 176

§ 1. — Cas de conflit 176
§ 2. — Règles à suivre pour éviter les conflits. — Traités diplomatiques 179
§ 3. — Solution du conflit, en l'absence de règles positives. 185

TITRE III. — **Du conflit des lois** 186

CHAPITRE I. — Solutions théoriques du conflit 188

Section I. — Système de la territorialité des lois, — Courtoisie internationale 188
Section II. — Système des statuts. 192
Section III. — Système de la communauté du droit et autres systèmes allemands 205
Section IV. — Système de la personnalité des lois 208
Section V. — Conclusions. 211

CHAPITRE II. — Solution du conflit d'après la loi française . 212
CHAPITRE III. — Lois d'ordre public 221
CHAPITRE IV. — Lois relatives à l'état et à la capacité des personnes. 224

Section I. — Principes. 225
Section II. — Loi française 226
§ 1. — Français en pays étranger 226
§ 2. — Etranger en France 228

Section III. — Aperçu des principales législations étrangères. 238

CHAPITRE V. — Loi applicable aux biens. 241
Section I. — Code civil 241
§ 1. — Immeubles. 241
§ 2. — Meubles. 245

Section II. — Loi applicable aux biens, au point de vue rationnel et théorique 249
Section III. — Aperçu des législations étrangères 253

CHAPITRE VI. — Forme des actes. — Preuve. 255

Section I. — La règle *locus regit actum*, d'après la doctrine rationnelle, la pratique et la jurisprudence françaises. 257
Section II. — Coup d'œil sur les législations étrangères . 268
Section III. — Actes reçus par les consuls ou agents diplomatiques 269

CHAPITRE VII. — Des conventions ou contrats. 271
Section I. — Formation et effets des contrats 273
§ 1. — Lois supplétives ou interprétatives. — Autonomie de la volonté 275
§ 2. — Lois impératives 287

Section II. — Extinction des obligations 293

CHAPITRE VIII — Force obligatoire de la loi étrangère. — Preuve. — Recours en cassation 298

TITRE IV. — **Compétence. — Procédure et jugement en droit international privé.** 304

CHAPITRE I. — De la compétence. 304

Section I. — Contestations entre français et étrangers. . . 305

§ 1. — Etranger demandeur. — Caution *judicatum solvi*. 305

§ 2. — Etranger défendeur. 310

Section II. — Contestations entre étrangers. 322

APPENDICE. — Juridictions spéciales aux étrangers dans l'empire ottoman, les états barbaresques, les pays de l'extrême Orient, en Egypte. 334

CHAPITRE II. — Procédure. 343

CHAPITRE III. — Effets des jugements 344

Section I. — Effets des jugements étrangers en France . . 344

I. — Règle générale. 345

II. — Exceptions. — Traités diplomatiques 364

Section II. — Législations étrangères. 368

SECONDE PARTIE. — APPLICATIONS DES PRINCIPES GÉNÉRAUX. 371

TITRE I. — **Conflit des lois relatives aux personnes.** 371

CHAPITRE I. — Actes de l'état civil. 371

§ 1. — Preuve en France des naissances ou décès survenus en pays étranger 372

§ 2. — Actes de l'état civil relatifs aux étrangers qui se trouvent en France 375

§ 3. — Communication internationale des actes de l'état civil 376

CHAPITRE II. — Mariage. 378

Section I. — Conditions du mariage. 378

§ 1. — Conditions de fond. 378

§ 2. — Conditions de forme. 386

Section II. — Effets du mariage. 400

§ 1. — Effets du mariage relatifs aux personnes des époux. 401

§ 2. — Hypothèque légale de la femme. 405

§ 3. — Obligation alimentaire 409

Section III. — Dissolution du mariage 414

§ 1. — Mariage putatif. 411
§ 2. — Divorce 413
§ 3. — Séparation de corps 421

CHAPITRE III. — Paternité et filiation 422

Section I. — Filiation légitime. 423
Section II. — Légitimation 424
Section III. — Filiation naturelle. 425

CHAPITRE IV. — Protection des incapables 428
Section I. — Puissance paternelle. 429
§ 1. — De la puissance paternelle sur la personne de l'enfant 429
§ 2. — De la puissance paternelle sur les biens de l'enfant. 435
Section II. — Tutelle. 438
§ 1. — Organisation de la tutelle. 440
§ 2. — Fonctionnement de la tutelle 451
Section III. — Protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés 456

TITRE II. — **Conflit des lois relatives au patrimoine.** 459

CHAPITRE I. — Successions. — Testaments. — Donations. . 459
Section I. — Successions *ab intestat* 460
§ 1. — Dans quelle mesure les droits de succession appartiennent aux étrangers 460
§ 2. — Loi applicable à la succession *ab intestat* 465
§ 3. — Application des principes. 474

I. — Ouverture de la succession. 472
II. — A qui la succession est-elle acquise ? 477
III. — Comment la succession est-elle acquise ? — Saisine. — Acceptation et répudiation 484
IV. — Effets de l'acquisition 485
§ 1. — Partage 485
§ 2. — Paiement des dettes 493

Section II. — Testaments et donations 496

I. — Liberté de disposer à titre gratuit. — Réserve et quotité disponible 496
II. — Conditions des testaments et des donations 498
III. — Interprétation. — Effets. — Révocation 505

CHAPITRE II. — Contrat de mariage. 508

Législation comparée. — Notions historiques 508
Section I. — Formation des conventions matrimoniales. . 515
§ 1. — Il a été rédigé un contrat 515
§ 2. — Il n'a pas été fait de contrat 529
§ 3. — Effet du changement de nationalité ou de domicile relativement aux conventions matrimoniales . . . 536
Section II. — Application des conventions matrimoniales.. 537

CHAPITRE III. — Lettre de change. 541
Section I. — Conditions de la lettre de change. 543
Section II. — Effets de la lettre de change 546

CHAPITRE IV. — Faillite. 555
Section I. — Principes généraux. — Compétence en matière de faillite. 556
A. — Principes rationnels 557
B. — Loi française. 562
C. — Lois étrangères 567
Section II. — Conséquences et opérations de la faillite . . 568
A. — Effets du jugement déclaratif de faillite. 569
B. — Procédure de la faillite 573
C. — Solutions de la faillite 573

CHAPITRE V. — Propriété littéraire, artistique, industrielle et commerciale 579
Section I. — Propriété littéraire et artistique 583
A. — Droit commun. 583
B. — Traités diplomatiques 588
§ 1. — Union de Berne 589
§ 2. — Traités particuliers 593
Section II. — Propriété industrielle et commerciale. . . . 600
A. — Droit commun. 600
B. — Traités diplomatiques 606
§ 1. — Union internationale pour la protection de la propriété industrielle 607
§ 2. — Traités particuliers. 611

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier (Hte-Marne), 30, passage Verdeau, Paris

AVANT-PROPOS
LISTE DES OUVRAGES CITES PAR LE SEUL NOM DE LEUR AUTEUR
ABREVIATIONS
PRELIMINAIRES
I. - Notion et existence du droit international privé
II. - Aperçu historique
III. - Plan et division
PREMIERE PARTIE. - PRINCIPES GENERAUX
TITRE I. - **Condition des étrangers**
CHAPITRE I. - Quelle doit-être la condition des étrangers?
CHAPITRE II. - Notions historiques sur la condition des étrangers
Section I. - Droit romain
Section II. - Ancien droit français
§ 1. - Les deux premières races
§ 2. - Féodalité
§ 3. - Epoque monarchique
Section III. - Droit intermédiaire
CHAPITRE III. - Condition des étrangers dans le droit français actuel
Section I. - Individus étrangers
§ 1. - Droits privés
§ 2. - Droits politiques et publics
Section II. - Personnes morales
§ 1. - Existence des personnes morales étrangères
§ 2. - Droits des personnes morales étrangères
CHAPITRE IV. - Législations étrangères
TITRE II. - **De la nationalité**
CHAPITRE I. - Principes généraux
CHAPITRE II. - Nationalité d'origine
Section I. - Principes
Section II. - Loi française
§ 1. - Nationalité conférée par la filiation. - *Jus sanguinis*
§ 2. - Nationalité conférée par la naissance en France. - *Jus soli*
§ 3. - Preuve de la nationalité d'origine
Section III. - Législations étrangères
CHAPITRE III. - Changements de nationalité. - Naturalisation. - Perte de la nationalité. - Annexions
I. - Changement de nationalité individuelle et volontaire
Section I. - Principes généraux et notions historiques
Section II. - Loi française. - Acquisition et perte de la nationalité
§ 1. - Acquisition
§ 2. - Perte
Section III. - Lois étrangères. - Acquisition et perte de la nationalité
§ 1. - Acquisition
§ 2. - Perte
II. - Changement de nationalité collectif et forcé. - Annexion
Section I. - Principes généraux
Section II. - Annexions réalisées et démembrements subis par la France depuis 1814
CHAPITRE IV. - Conflits en matière de nationalité
§ 1. - Cas de conflit
§ 2. - Règles à suivre pour éviter les conflits. - Traités diplomatiques
§ 3. - Solution du conflit, en l'absence de règles positives
TITRE III. - **Du conflit des lois**
CHAPITRE I. - Solutions théoriques du conflit
Section I. - Système de la territorialité des lois. - Courtoisie internationale
Section II. - Système des statuts
Section III. - Système de la communauté du droit et autres systèmes allemands
Section IV. - Système de la personnalité des lois
Section V. - Conclusions
CHAPITRE II. - Solution du conflit d'après la loi française
CHAPITRE III. - Lois d'ordre public
CHAPITRE IV. - Lois relatives à l'état et à la capacité des personnes
Section I. - Principes
Section II. - Loi française
§ 1. - Français en pays étranger
§ 2. - Etranger en France
Section III. - Aperçu des principales législations étrangères
CHAPITRE V. - Loi applicable aux biens
Section I. - Code civil
§ 1. - Immeubles
§ 2. - Meubles
Section II. - Loi applicable aux biens, au point de vue rationnel et théorique
Section III. - Aperçu des législations étrangères
CHAPITRE VI. - Forme des actes. - Preuve
Section I. - La *règle locus regit actum,* d'après la doctrine rationnelle, la pratique et la jurisprudence françaises
Section II. - Coup d'oeil sur les législations étrangères
Section III. - Actes reçus par les consuls ou agents diplomatiques
CHAPITRE VII. - Des conventions ou contrats
Section I. - Formation et effets des contrats
§ 1. - Lois supplétives ou interprétatives. - Autonomie de la volonté
§ 2. - Lois impératives
Section II. - Extinction des obligations
CHAPITRE VIII - Force obligatoire de la loi étrangère. - Preuve. - Recours en cassation
TITRE IV. - **Compétence. - Procédure et jugement en droit international privé**
CHAPITRE I. - De la compétence
Section I. - Contestations entre français et étrangers
§ 1. - Etranger demandeur. - Caution *judicatum solvi*
§ 2. - Etranger défendeur
Section II. - Contestations entre étrangers
APPENDICE. - Juridictions spéciales aux étrangers dans l'empire ottoman, les états barbaresques, les pays de l'extrême Orient, en Egypte
CHAPITRE II. - Procédure
CHAPITRE III. - Effets des jugements
Section I. - Effets des jugements étrangers en France
I. - Règle générale
II. - Exceptions. - Traités diplomatiques
Section II. - Législations étrangères
SECONDE PARTIE. - APPLICATIONS DES PRINCIPES GENERAUX
TITRE I. - **Conflit des lois relatives aux personnes**
CHAPITRE I. - Actes de l'état civil
§ 1. - Preuve en France des naissances ou décès survenus en pays étranger
§ 2. - Actes de l'état civil relatifs aux étrangers qui se trouvent en France
§ 3. - Communication internationale des actes de l'état civil
CHAPITRE II. - Mariage
Section I. - Conditions du mariage
§ 1. - Conditions de fond
§ 2. - Conditions de forme
Section II. - Effets du mariage

§ 1. - Effets du mariage relatifs aux personnes des époux
§ 2. - Hypothèque légale de la femme
§ 3. - Obligation alimentaire
Section III. - Dissolution du mariage
§ 1. - Mariage putatif
§ 2. - Divorce
§ 3. - Séparation de corps
CHAPITRE III. - Paternité et filiation
Section I. - Filiation légitime
Section II. - Légitimation
Section III. - Filiation naturelle
CHAPITRE IV. - Protection des incapables
Section I. - Puissance paternelle
§ 1. - De la puissance paternelle sur la personne de l'enfant
§ 2. - De la puissance paternelle sur les biens de l'enfant
Section II. - Tutelle
§ 1. - Organisation de la tutelle
§ 2. - Fonctionnement de la tutelle
Section III. - Protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés
TITRE II. - **Conflit des lois relatives au patrimoine**
CHAPITRE I. - Successions. - Testaments. - Donations
Section I. - Successions *ab intestat*
§ 1. - Dans quelle mesure les droits de succession appartiennent aux étrangers
§ 2. - Loi applicable à la succession *ab intestat*
§ 3. - Application des principes
I. - Ouverture de la succession
II. - A qui la succession est-elle acquise?
III. - Comment la succession est-elle acquise? - Saisine. - Acceptation et répudiation
IV. - Effets de l'acquisition
§ 1. - Partage
§ 2. - Paiement des dettes
Section II. - Testaments et donations
I. - Liberté de disposer à titre gratuit. - Réserve et quotité disponible
II. - Conditions des testaments et des donations
III. - Interprétation. - Effets. - Révocation
CHAPITRE II. - Contrat de mariage
Législation comparée. - Notions historiques
Section I. - Formation des conventions matrimoniales
§ 1. - Il a été rédigé un contrat
§ 2. - Il n'a pas été fait de contrat
§ 3. - Effet du changement de nationalité ou de domicile relativement aux conventions matrimoniales
Section II. - Application des conventions matrimoniales
CHAPITRE III. - Lettre de change
Section I. - Conditions de la lettre de change
Section II. - Effets de la lettre de change
CHAPITRE IV. - Faillite
Section I. - Principes généraux. - Compétence en matière de faillite
A. - Principes rationnels
B. - Loi française
C. - Lois étrangères
Section II. - Conséquences et opérations de la faillite
A. - Effets du jugement déclaratif de faillite
B. - Procédure de la faillite
C. - Solutions de la faillite
CHAPITRE V. - Propriété littéraire, artistique, industrielle et commerciale
Section I. - Propriété littéraire et artistique
A. - Droit commun
B. - Traités diplomatiques
§ 1. - Union de Berne
§ 2. - Traités particuliers
Section II. - Propriété industrielle et commerciale
A. - Droit commun
B. - Traités diplomatiques
§ 1. - Union internationale pour la protection de la propriété industrielle
§ 2. - Traités particuliers