

Faculté de droit de  
Paris. Droit romain :  
Des empêchements au  
mariage. Droit français :  
Des privilèges des  
agents [...]

Odier, Pierre-Gabriel. Faculté de droit de Paris. Droit romain : Des empêchements au mariage. Droit français : Des privilèges des agents diplomatiques. Thèse... par Pierre-Gabriel Odier. 1890.

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](mailto:reutilisation@bnf.fr).















FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

DROIT ROMAIN

---

DES

**EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE**

---

DROIT FRANÇAIS

---

DES PRIVILÈGES

**DES AGENTS DIPLOMATIQUES**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

**Pierre-Gabriel ODIER**

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR,

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

—  
1890



**THÈSE**

**POUR**

**LE DOCTORAT**

3610

8770  
F  
7105

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.**

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

DROIT ROMAIN

---

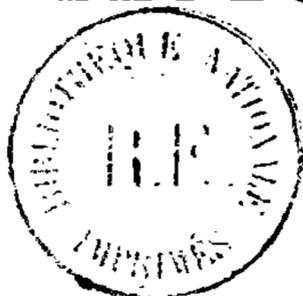
DES

EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE

---

DROIT FRANÇAIS

---



DES PRIVILÈGES

DES AGENTS DIPLOMATIQUES

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS  
*Sera soutenu le jeudi 20 mars 1890, à 1 heure*

PAR

**Pierre-Gabriel ODIER**

---

*Président,* M. LYON-CAEN, professeur.  
*Suffragants* } MM. DEMANTE, } professeurs,  
                  } RENAULT, }  
                  } LAINÉ, professeur-adjoint.

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR,

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

—  
1890





## DROIT ROMAIN

---

# DES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE ET DU CONNUBIUM

---

### INTRODUCTION

Le mariage à Rome se présentait sous des formes variées qui diffèrent absolument de la conception unique que nos législations modernes se font de cette institution.

Il existait, outre le mariage proprement dit, (*justæ nuptiæ*) des unions inférieures produisant quelques-uns des effets reconnus au premier, mais non pas tous: c'étaient le *mariage du droit des gens* et le *concubinat* (1).

Laissant de côté ces deux derniers modes, nous nous proposons d'examiner quelles sont les causes qui peuvent mettre obstacle à la célébration des *justæ nuptiæ*.

1. Consulter *le mariage du Droit des gens*, par M. SALOMON (Paris, 1889). GIDE, *Étude sur la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*.

Ces trois unions se distinguent absolument du *contubernium* ou union des esclaves, en ce qu'elles produisent des effets légaux, quoique à des degrés différents, tandis que cette dernière n'est qu'une simple cohabitation abandonnée aux lois naturelles. On finit cependant par reconnaître une *cognatio servilis* et même une *affinitas servilis* (voir *infra* : *empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance*).

Trois conditions sont exigées pour la perfection du mariage.

La puberté.

Le consentement de l'époux et celui du père de famille ou des personnes qui exercent sur lui la puissance lorsqu'il est *alieni juris*.

Enfin le *connubium*.

*Justum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt, connubium sit; et tam masculus pubes quam femina potens sit; et utrique consentiant, si sui juris sunt aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt (Ulp. reg. T. V. 2).*

Reprenons chacune des conditions indiquées dans ce texte :

*Connubium*. — Ce mot est pris dans des acceptions différentes.

Le *connubium*, dans son sens général, est la capacité de contracter les *justæ nuptiæ*. Les *justæ nuptiæ* ne sont permises qu'aux citoyens romains :

*Connubium*, dit Ulpien, *habent cives romani cum civibus romanis; cum latinis autem et peregrinis ita si concessum sit (Ulp. reg. V, § 4)*. Car, pour pouvoir contracter de *justæ nuptiæ*, il faut pouvoir avoir la *patria potestas*. Or seuls les citoyens romains le peuvent : *jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus (Gaius, I, § 55)*.

Donc, ni les esclaves, ni les Latins, ni les pérégrins, ne jouissent du *connubium*.

Tel est le principe. Il resta toujours vrai pour les esclaves. Quand aux Latins et aux pérégrins ils obtinrent quelquefois le *connubium*, soit d'une manière générale, soit avec telle ou telle personne détermi-

née, sans pour cela devenir citoyens romains. C'est ce qu'exprime Gaius... *vel etiam Latinas (uxores duxerint) cum quibus connubium habeant* (Comm. I § 56).

Les enfants nés de cette union entre un citoyen romain et une Latine suivront-ils la condition de la mère ou bénéficieront-ils de la qualité de citoyen romain de leur père ? La faveur impériale se reportera sur eux : issus de *justæ nuptiæ*, ils seront citoyens comme leur père, et celui-ci aura sur eux la *patria potestas*. *Evenit ut non (solum) cives romani fiant sed et in potestate patris sint* (GAIUS, *loc. cit.*) (1)

Parfois le *connubium* est accordé par anticipation, dans un cas déterminé à toute une classe de personnes. C'est ainsi que plusieurs constitutions impériales l'ont accordé aux vétérans avec la première femme latine ou pérégrine qu'ils épouseront au retour de leur mission (Gaius 957). Les enfants qui naîtront de cette union seront citoyens romains et tomberont sous la *patria potestas*.

Les barbares, à l'époque classique, rentraient forcément dans la classe des pérégrins. Il n'y avait d'ailleurs pas à s'en occuper alors. Mais lorsque les invasions des peuples du Nord commencèrent à menacer l'empire, au milieu du IV<sup>e</sup> siècle, de rigoureuses prohibitions frappèrent les unions entre romains et barbares. Une constitution des empereurs Valentinien I<sup>er</sup> et Valens, rendue en 365, punit même de mort le citoyen romain qui se serait laissé entraîner à se marier avec une femme barbare (2).

1. Le droit féodal admettait la doctrine contraire dans les mariages entre serfs et hommes libres : « le pire emporte le bon », disait-on.

2. *L. unic. COD. THÉOD., de nupt. gentilium*, liv. III, t. XIV.

Justinien supprima cette pénalité. Dès lors, on le sait, il n'y a plus ni Latins ni pérégrins, mais les *justæ nuptiæ* restèrent toujours interdites entre romains et barbares.

Dans un sens plus restreint et plus conforme à l'étymologie (*cum nubere*), le *connubium* est l'aptitude légale à se marier avec telle personne déterminée. Ainsi le citoyen romain a donc le *connubium* absolu, mais il n'a pas toujours le *connubium* relatif.

Les littérateurs enfin se servent souvent du mot *connubium* pour désigner le mariage lui-même.

Nous étudierons spécialement le *connubium* dans son sens absolu et relatif, mais il est nécessaire auparavant de jeter un coup d'œil sur les deux premiers empêchements : l'impuberté et le défaut de consentement.

La puberté et le consentement sont des conditions tellement nécessaires et primordiales du mariage que nous en faisons une classe de conditions à part, ne rentrant pas dans celles qui constituent le *connubium* (même pris dans son sens absolu). Cette division de la matière a l'avantage d'être conforme au texte d'Ulpien déjà cité, qui est le texte capital en la matière (*reg. tit. V, § 2*) : il y a mariage régulier (*justum*) si les conjoints ont l'un et l'autre le *connubium*, si en outre l'homme est pubère et la femme apte à concevoir ; si, étant *sui juris*, ils consentent au mariage ou si, étant en puissance, ils ont obtenu les consentements requis.

Cet ordre est suivi par M. Accarias (t. I. p. 183).

## CHAPITRE I.

### DE L'IMPUBERTÉ ET DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT

#### SECTION I. — DE L'IMPUBERTÉ ET D'UNE MANIÈRE GÉNÉRALE DE L'INAPTITUDE A ENGENDRER ET A CONCEVOIR.

Le but du mariage était chez les peuples anciens, et principalement chez les Romains, la procréation (1).

Cette conception matérialiste a reçu d'importants tempéraments dans les lois modernes. C'est ainsi que le Droit français admet la validité du mariage *in extremis*, preuve que si le législateur a considéré la perpétuité de la race comme l'une des fins principales du mariage, il reconnaît que ce n'est pas la seule.

L'âge auquel l'homme est apte à procréer, la femme à concevoir, c'est la puberté et la nubilité. Sa détermination offre des difficultés, au moins en ce qui concerne l'homme. Elles n'ont pas échappé aux juriconsultes romains.

Pour les femmes, nous voyons de bonne heure s'établir un âge uniforme à partir duquel elles étaient réputées aptes à concevoir. Cet âge, fixé à *douze ans*, ne subit aucune modification, même sous Justinien et ne souleva jamais de difficulté.

1. On s'unit pour engendrer, *ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem* (L. 1, *solut. matrim.*, D, l. XXIV, t. III).

*Et ideo... antiquitatis normam in feminis bene positam suo ordine relinquentes ut post duodecim annum completum viripotentes esse credantur (Just. Inst. L. I, t. XII, pr.).*

Quant à la puberté des hommes, la législation romaine subit de curieuses et importantes transformations. A l'époque classique, des discussions passionnées partagèrent les jurisconsultes sur sa détermination.

Le premier monument législatif qui nous soit parvenu sur cette matière est le système du roi Servius Tullius, répartissant les citoyens en trois classes d'après leur âge :

Les *pueri*, jusqu'à 17 ans ;

Les *juniores*, de 17 à 46 ans ;

Les *seniores*, depuis 46 ans.

Le passage de la classe des *pueri* dans celle des *juniores* était la seule modification importante de la vie d'un homme qui résultât uniquement de l'âge (1). Alors le jeune homme aux *Liberalia*, ou fêtes de Bacchus, échangeait la robe prétexte, contre la toge virile (*toga pura*) (2). C'est à partir de cette manifestation symbolique de la modification survenue dans sa capacité, qu'il acquérait des droits politiques, et très probablement les droits civils, et était considéré comme pubère.

1. Il n'y avait de différence entre les *juniores* et les *seniores* que relativement aux obligations militaires auxquelles les uns et les autres étaient soumis.

2. Consulter sur le cérémonial qui accompagnait le changement de la robe prétexte contre la robe virile, ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe*, p. 406 s. OVID, *Fast*, 773-788.

Ces prescriptions de Servius Tullius tombèrent en désuétude à une époque impossible à préciser, notamment le changement de la prétexte contre la robe virile disparut. Avant d'être abrogées par l'usage, elles reçurent d'assez bonne heure une grave atteinte quant à la fixation de la puberté, que l'on induit d'un passage de Cicéron ; le père de famille, put déterminer lui-même l'époque de la puberté de son fils *avant 17 ans* (1), en tenant compte de sa constitution et de son développement physiques. *Quinto togam puram Liberalibus cogitabam dare, MANDAVIT ENIM PATER.....* Quelques auteurs voient une manifestation de ce droit dans le fait que des empereurs romains furent déclarés pubères avant cet âge de dix-sept ans.

Une fois le système de Servius Tullius disparu, il fallait déterminer à nouveau l'âge de la puberté chez l'homme. Ulpien nous a conservé le résumé des discussions que la solution de cette question fit naître entre les jurisconsultes de l'époque classique... *Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit... Proculeiani eum puberem qui quatuordecim annos explevit ; verum Priscus eum puberem esse in quem utrumque concurrat, et habitus corporis et numerus annorum (Ulp. Reg., t. XI, 28).*

Trois systèmes se produisirent donc sur ce point. Pour les Sabinien, la puberté était, avant tout, une *question de fait*. Elle devait être résolue *ex habitu et inspectione corporis*, « pratique à la fois douteuse dans ses résultats et médiocrement décente » (2). Cette procé-

1. Lettre VI à Alticus.

2. ACCARIAS. Précis de Droit Romain, t. I.

dure avait quelque analogie avec la cérémonie du *Congrès* au moyen âge, destinée à éclairer les juges sur l'impuissance dont était accusé un époux dans les procès en nullité de mariage, conformément aux prescriptions du droit canonique, qui ne reconnaissait comme parfait que le *Matrimonium consummatum*, et voyait dans l'inaptitude à l'accomplissement des devoirs conjugaux un empêchement dirimant (1).

Le ridicule et l'obscénité sous lesquels devaient succomber les *Congrès* frappèrent également le système sabinien. On pense que c'est l'influence des stoïciens qui fit prévaloir un autre mode de détermination, celui de l'âge légal, abstraction faite du développement physique individuel.

Ce fut le système proculien. Il fixa la puberté à *quatorze ans*. Outre ces deux solutions extrêmes, une solution intermédiaire fut proposée. Pour être réputé pubère, le jeune homme devra à la fois avoir atteint l'âge légal et présenter l'aptitude nécessaire à la procréation.

La paternité de ce système revient à un nommé Priscus; malheureusement ce nom appartient également à un Proculien (Nératius) et à un Sabinien (Javolenus), et il n'y a aucune raison pour l'attribuer à l'un plutôt qu'à l'autre.

Justinien adopta la théorie proculienne (2), voulant

1. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, t. II, 119 et s.

2. L'âge de 14 ans comme âge de la puberté chez l'homme compte comme partisans avant Justinien les auteurs suivants : sous Auguste Verrius Flaccus; sous Claude, Proculus et son école; sous Galba et Domitien, Quintilien; sous Trajan, Javolenus Priscus; sous Antonin et Marc-Aurèle, Gaius; sous Septime-Sevère, l'opinion proculienne comptait déjà les plus illustres jurisconsultes parmi ses adeptes : Paul,

étendre aux hommes les motifs de décence qui avaient fait proscrire l'examen corporel pour les femmes (*Nostra autem majestas dignam esse castitate nostrorum temporum bene putavit quod in feminis et antiquis impudicum est visum esse, id est inspectionem habitudini corporis, hoc etiam in masculis extendere* (Just. Inst. Li. I, T. XXII et l. 3 C. l. LX, T. V).

Les législations modernes ont suivi la doctrine proculienne (1). La puberté n'est donc plus en droit qu'une question d'âge, qui variera naturellement avec les habitudes et les climats; les observations médicales ayant établi avec certitude que les facultés génésiques se développent plus tard au Nord qu'au Midi.

Quelle était la sanction de la violation des dispositions législatives sur la puberté? Le mariage n'était pas frappé d'une nullité absolue et radicale, car il était susceptible d'une ratification résultant d'une circonstance que nous allons indiquer; or on ne ratifie pas le néant. Si les époux avaient persisté dans leur union en pleine connaissance de cause après avoir atteint l'âge de la puberté, le mariage devenait valable. *Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum expleisset duodecim annos.* (L. 4, D. l. XXIII, t. II). (2)

La doctrine qui ressort de ce texte demande à être

Ulpien et l'auteur ecclésiastique Tertullien. Les empereurs Constantin et Macrobe l'adoptèrent. Il était à prévoir dès cette époque qu'elle était appelée à triompher définitivement.

1. Voir l'art. 144 C. civ.

2. D'après l'opinion la plus généralement admise, il ne valait même pas comme fiançailles. Il ressort cependant d'un texte obscur d'Ulpien (L. 9, *de sponsal*, D.), que cette question avait été discutée entre les jurisconsultes.

rapprochée de celle de l'ancien droit et de celle du Code civil.

Dans l'ancien droit français, lorsque les futurs avaient observé les formes prescrites par le droit canonique (c'est-à-dire lorsque le mariage avait été célébré *in facie ecclesiae*), et qu'il n'était entaché de nullité que par le défaut de puberté des parties, l'acte qui ne pouvait valoir comme mariage *valait comme fiançailles*, « la promesse réciproque de se prendre présentement pour époux renfermant celle de se prendre pour époux lorsqu'on le pourra » (1).

Le Code civil ne s'est conformé entièrement dans l'art. 186, ni au droit du Digeste ni à l'ancien droit coutumier: néanmoins, dit cet article, le mariage contracté par des époux qui n'avaient pas encore l'âge requis, ou dont l'un d'eux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué: 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent; 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échéance de six mois.

Le premier cas de ratification tacite résulte donc du fait que les conjoints ont atteint l'âge fixé par l'art. 144, depuis six mois.

D'après la loi 4 de *ritu nuptiarum* mentionnée, la nullité était immédiatement couverte dès que les conjoints avaient atteint l'âge compétent. La loi française au contraire accorde un délai de six mois.

D'après Portalis, ce délai aurait été accordé aux parties pour leur donner le temps d'exercer l'action.

Quant au second cas de ratification, on peut y voir

1. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, n° 38.

une application à la femme de la théorie sabinienne d'après laquelle la puberté était une question de fait.

La loi reconnaît que ses prévisions sur l'âge où la femme peut concevoir peuvent n'être pas toujours exactes et être démenties par les événements.

On sait que la grossesse, dans l'hypothèse spéciale de l'art. 186, 2°, ne couvre que l'action en nullité résultant de son impuberté à elle. Elle ne prouve pas en effet la puberté du mari, car il peut ne pas être l'auteur de sa grossesse.

Il en est différemment de la première fin de non-recevoir contre l'action en nullité; elle peut être opposée malgré l'impuberté des *deux* conjoints (1).

Il faut aborder maintenant une question qui a un lien intime avec l'impuberté: c'est celle de *l'impuissance*. Les motifs qui peuvent mettre obstacle au mariage de l'impubère pourraient logiquement être invoqués avec plus de force contre celui de l'impuissant. Car si, le mariage est interdit à l'impubère, c'est parce qu'il est réputé momentanément impuissant (2). *Si spadoni* (3) *mulier nupserit distinguendum arbitror*, dit Ulpien, *castratus*

1. Voir BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, sur l'art. 185.

2. « Si les impubères », dit Pothier, « sont regardés comme incapables de contracter mariage parce qu'ils ne sont pas habiles à la « génération, quoiqu'ils doivent un jour le devenir, à plus forte raison « les impuissants qui ne peuvent jamais le devenir en sont incapables. »

3. Dans un sens large, on comprenait l'impuissant et le *castratus* sous la dénomination générique de *spado*. Mais, lorsqu'il était nécessaire de distinguer ces deux catégories d'impuissants, les jurisconsultes réservaient les mots de *castratus*, parfois *thlibias*, *thlasias*, pour désigner l'individu privé des organes génitaux, et désignaient l'impuissant proprement dit, pourvu de ses organes, mais inapte à la procréation, par le mot *spado*.

*fuert necne ; ut in castrato dicas dotem non esse ; in eo qui castratus non est quia est matrimonium, et dos et dotis actio est. (l. 39, § 1. D. l. XXIII, t. III).*

*..... Et si spado velit matrimonii causa manumittere, potest. Non idem (est) in castrato (l. 14, § 1. D. L. XI, T. II).*

Ces textes prouvent cependant que l'impuissance devait résulter d'une circonstance de fait indiscutable, la castration. Aussi voyons-nous Ulpien décider que le mariage contracté par un *spado* (impuissant) qui n'est point *castratus* est régulier et peut donner lieu à l'action de dot. Dans le cas contraire, il n'y aurait ni mariage ni action.

La question de savoir si un homme pubère est apte ou non à la procréation lorsqu'il n'est atteint d'aucune lésion organique extérieure est, en effet, une des plus délicates que la médecine légale ait à résoudre. Les Romains reculèrent devant ces difficultés de fait, sauf dans le cas indiqué, où aucun doute n'était possible.

Dans le vieux droit français, l'impuissance ne constituait un obstacle à la validité du mariage que lorsqu'elle réunissait les caractères suivants :

1° Il fallait qu'elle fût « perpétuelle et incurable, telle que celle qui résulte de la privation de quelques-uns des organes de la génération » (1) ;

2° Qu'elle fût antérieure au mariage. Survenue pendant l'union, elle ne le rompait pas.

La preuve de l'impuissance se faisait par *le Congrès*. Mais, d'après Pothier, cette espèce de preuve fut supprimée par un arrêt de règlement du 18 février 1677 comme « équivoque et indécente ».

1. POTHIER, *op. cit.*, nos 96 et s.

Si l'impuissance réunissait ces conditions, elle constituait un empêchement dirimant.

Pour le droit canonique, elle était aussi un empêchement dirimant, pourvu qu'elle existât au moment où le mariage se contractait. En outre, il distinguait le *matrimonium RATUM* du *matrimonium CONSUMMATUM* (1). Le second seul était indissoluble. Tant que le mariage n'était que *ratum*, l'un des conjoints pouvait rompre cette union imparfaite pour s'engager dans les ordres. Or, le *matrimonium CONSUMMATUM* résultant de l'union charnelle, l'impuissance mettait un obstacle à sa réalisation.

La jurisprudence française actuelle ne voit pas dans l'impuissance une des causes de nullité du mariage. Ainsi le décident plusieurs jugements et arrêts récents : Tribunal civ. Seine, 24 mars 1885 (*Gazette du Palais*, 85, 492). Montpellier, 8 mai 1872 (*DALLOZ*, 72, 2, 48). Nîmes, 29 novembre 1869 (*DALLOZ*, 72, 1, 52), etc...

Si l'impubère est momentanément impuissant, passé un certain âge, l'homme devient inhabile à la génération, la femme ne peut plus concevoir. Faut-il, se basant sur la notion romaine que le mariage a pour but la procréation des enfants, décider que la vieillesse y formait un empêchement? Il est hors de doute qu'il n'en était pas ainsi sous Justinien. Quelque avancée qu'elle fût, elle ne mettait pas obstacle alors à la formation d'un mariage valable. Mais des auteurs considérables ont soutenu que, sous Auguste, l'homme ayant dépassé l'âge de soixante ans, la femme celui de

1. *Consummatum* : consommé par l'union charnelle.

cinquante ans, furent considérés comme incapables de se marier (1). Godefroid invoque un passage de Sénèque rapporté par Lactance (2), où il se demande ironiquement pourquoi on n'attribue plus d'enfants à Jupiter depuis fort longtemps. Faut-il en conclure que ce dieu *sexagenarius factus est, et illi lex Papia fibulam imposuit*; un texte du Code (L. 27, de Nupt., C. liv. V, tit. IV) où Justinien permet expressément les mariages *inter masculos et FÆMINAS MAJORES VEL MINORES SEXAGENARIIS VEL QUINQUAGENARIIS*, et un autre de la même compilation où l'empereur, appelé à décider si un enfant né d'une femme âgée de plus de cinquante ans est légitime et doit succéder à son père, décide qu'il l'est effectivement. « N'ai-je point, en effet, permis ces mariages auparavant défendus » (3)?

Malgré la confirmation de la thèse de Godefroid, qui paraît ressortir de ces textes, elle n'est guère admise aujourd'hui. Un autre auteur, qui a, comme Godefroid, tenté de reconstituer les lois caducaires, Heineccius (4) se prononce également contre lui.

Il est probable que la loi 27 de nuptiis fait allusion,

1. Sic JACQUES GODEFROID, *Caduta legis Juliae*, C. II, note 1. — Conf. CUJAS, *Comm. intit. 4, de nuptiis*, l. V. Édition de Naples, t. IX, c. 441.

2. LACTANCE, *Institutions diverses*, l. I, Ch. XVI.

3. Quelques auteurs allemands admettent la thèse de Godefroid. Rosbach invoque les considérations suivantes : à soixante ans, la virilité est éteinte, le devoir des armes (*Wehrpflicht*) cesse, l'homme n'est plus astreint à suivre les comices et les séances du Sénat, et même, d'après les anciennes traditions populaires, l'homme qui avait atteint cet âge devait être jeté au Tibre. La femme ne peut plus concevoir à partir de 50 ans (l. 6, C. L. LVIII, t. XII). Il se fonde en outre sur les dispositions des lois caducaires que nous allons aborder dans un instant, *op. cit.*, p. 419.

4. *Commentaires des lois Julia et Papia Poppea*, l. II, chap. III.

non à la nullité des mariages contractés par les hommes sexagénaires ou les femme quinquagénaires, mais bien aux déchéances qui frappaient ceux ou celles qui se mariaient à un âge aussi avancé.

A l'origine, les individus de l'un et l'autre sexe, quoique non mariés, ou mariés mais sans enfants, échappaient aux pénalités et déchéances des lois caducaires lorsqu'ils avaient atteint cet âge (*lege Papia finitos annos in matrimonio excesserint*) (1).

Mais un sénatus-consulte rendu sous Tibère, 34 ans après J.-C., (sénatus-consulte Pernicien) retira aux hommes sexagénaires et aux femmes quinquagénaires l'immunité dont ils avaient joui jusque-là (2). Dès lors, si un citoyen atteignait cet âge sans avoir satisfait aux prescriptions de ces lois, il n'évitait plus les déchéances. Un mariage tardif ne l'en prémunissait pas.

Quoique ces lois eussent perdu leur ancienne impor-

1. Les lois caducaires avaient pour but de remédier à la dépopulation résultant de la corruption des mœurs, de l'abandon où le mariage était tombé et de la stérilité volontaire des unions : 1<sup>o</sup> par des déchéances pécuniaires frappant ceux qui ne se marieraient pas, qui ne se remarieraient pas dans certaines hypothèses, qui, mariés, n'auraient pas d'enfants au bout d'un délai fixé, etc.....; 2<sup>o</sup> par des avantages pécuniaires accordés à ceux qui se marieraient et auraient des enfants. Voir d'autres dispositions des mêmes lois *infra*, chap. II, sect. II, § 3, 3<sup>o</sup>.

La loi française du 17 juillet 1889 (art. 3) exemptant de la contribution personnelle et mobilière les père et mère de sept enfants doit avoir été conçue sous l'influence de considérations analogues et peut être rapprochée des lois caducaires romaines. Il sera intéressant de constater l'effet qu'elle pourra exercer sur l'accroissement de la population. Atteindra-t-elle en une certaine mesure le but que ses devancières, les lois *Julia* et *Papia Poppea*, ont inutilement tenté ?

2. Sénatus-consulte complété par deux autres : le s.-c. *Claudien* et le s.-c. *Calvitien*. Voir ULP., *reg.*, t. XIV, § 3.

tance à l'époque où Justinien monta sur le trône, que les peines du célibat et de l'*orbitas* (mariage sans enfants) eussent été abolies par Constantin (1), que les règles restrictives à la capacité des époux eussent disparu sous Honorius et Théodose le jeune (2), elles étaient loin d'être entièrement abrogées. Les *præmia patrum* existaient encore (3).

En décidant, dans la loi 27 *de Nuptiis* au Code, qu'il permettra dorénavant ces mariages entre hommes et femmes ayant atteint respectivement soixante ou cinquante ans, Justinien veut effacer la dernière déchéance qui les frappait, aux termes des sénatus-consultes de Tibère et de Claude : l'incapacité de recueillir les *præmia patrum*.

La loi 27 doit donc être traduite ainsi : nous disposons que les mariages entre hommes majeurs de soixante ans et femmes majeures de cinquante ans, qui, sous l'empire des lois caducaires, ne pouvaient être autorisés pour soustraire aux peines qu'elles prononçaient, seront désormais permis et ne pourront être entravés d'aucune manière (*nec nullo modo impediri*), c'est-à-dire que ceux qui les contracteront *n'encourront plus aucune déchéance ni passive ni active*.

Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par la tendance bien connue de Justinien à anéantir les lois *Julia* et *Papia*, tendance qui devait aboutir à leur abro-

1. *E. unic. De infirm. pœn. cœlib.*, *C. th.*, 8, 16, c'est à tort que dans la l. 1, *de infirm. pœn.*, *C.* (8, 58), Tribonien attribue cette constitution aux enfants de Constantin.

2. L. 2. *De jure liber*, *C. th.* (8-17), voir aussi le commentaire de Godefroid ; l. 2, *de infir. pœn.* *C. l. VIII. t. VIII.*

3. Conf. Cujas, *Schol. in inst. Just.*, l. III, tit. 3, § 4. Godefroid, *Commentaire sur la l. 3 de jure liber*, *C. th.* (8-17).

gation expresse par la constitution *de Caducis tollendis* (*L.unic. C. l. VI, t. LI*). Peu d'années auparavant, il avait banni du texte du Digeste tous les extraits qui se rapportaient à ces lois.

Elle est encore corroborée par un texte d'Ulpien, décidant que lorsqu'il n'y a pas mariage valable, il n'y a pas de dot : *Ubicunque igitur matrimonii nomen non est nec dos est* (*L. 3 de jure dotium D. l. XXIII, t. III*).

Or, le même Ulpien établit que si un homme majeur de soixante ans épouse une femme majeure de cinquante, un tel mariage ne vaut pas, aux termes du sénatus-consulte Calvitien, pour faire recueillir au mari les hérédités, les legs et les *dots* : donc, une fois la femme morte, la *dot est caduque* (1). C'est ce que le sénatus-consulte appelle *impar matrimonium*.

Il y a cependant mariage et dot. C'est donc que ces unions entre époux âgés n'étaient point frappées de nullité.

## SECTION II. — DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT.

### § 1. — Du consentement des personnes qui exercent la puissance paternelle.

Quand les futurs époux étaient *alieni juris*, ils ne pouvaient se marier sans le consentement de celui qui exerçait sur eux la puissance paternelle.

La conception romaine de cette puissance diffère

1. ULP., *reg.*, tit. XVI, § 3 *in fine*.

absolument de la nôtre : elle était essentiellement organisée *dans l'intérêt du père*. On en tirait les conséquences suivantes : pour le mariage d'un descendant, point n'était besoin du consentement des ascendants maternels ni de l'ascendant paternel qui, pour une raison quelconque, était privé de la puissance paternelle, soit parce qu'il avait donné son fils en adoption, soit parce qu'il l'avait émancipé, soit parce qu'il avait été lui-même émancipé.

Logiquement on aurait dû en conclure que l'enfant en puissance de son grand-père pouvait se marier avec ce seul consentement sans avoir à demander celui de son père. Mais cette conséquence extrême devait céder devant une autre considération en ce qui concernait les enfants mâles. Elle fut admise dans toute sa rigueur à l'égard des filles (*neptes*). Pour elles, le consentement de leur *paterfamilias* actuel, de leur grand-père suffit. Quant aux fils, le législateur exige tout ensemble le consentement du grand-père et celui du père. Cette différence nous est indiquée par Paul. *Nepote uxorem ducente et filius consentire debet ; neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet* (l. 35 § 1, D. l. XXIII, t. II).

Quelle en est la raison ? C'est une application du principe : nul ne peut avoir des héritiers siens malgré lui (1). Or, si le consentement du grand-père avait suffi pour le mariage du petits-fils (*nepos*), les enfants issus de ce mariage auraient passé sous la puissance du père à la mort de l'aïeul et auraient acquis, par rapport à lui, la qualité d'héritiers siens ; on lui aurait ainsi im-

1. *Nemini invito heres suus adgnascitur.*

posé, en négligeant son consentement, des héritiers forcés.

Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une petite-fille (*neptis*). Les enfants à naître du mariage de cette dernière tomberont sous la puissance de son mari ou des ascendants de celui-ci. Par conséquent, le père de l'épouse ne risquera jamais d'avoir des héritiers siens par sa descendance féminine, et il n'y avait aucune raison, dans cette hypothèse, pour contrebalancer la toute-puissance du chef de famille (de l'aïeul dans le cas qui nous occupe).

Ce motif de droit n'est d'ailleurs pas une interprétation des commentateurs, mais est formellement expliqué aux Institutes : *in eo casu et filius consentire debet NE EI INVITO SUUS HERES ADGNASCATUR.*

Toutefois le texte de Paul paraît être en contradiction avec un autre du même jurisconsulte. *Si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam ; nuptias inter eos, me solo auctore contrahi posse Pomponius scribit et verum est (L. 3, eod. tit.)*

Pour pouvoir concilier ces deux textes, il faut supposer le père mort ou dans l'impossibilité de donner son consentement.

Dans le même ordre d'idées, on décidait que le consentement de l'aïeul était suffisant pour le mariage, même avec *manus*, de sa petite-fille, quoique ce mariage eût pour effet de la faire sortir de sa puissance. Il peut, en effet, comme chef de famille, la modifier à son gré, à la condition toutefois que ces modifications n'exposent pas le futur *paterfamilias* à avoir des héritiers siens contre sa volonté ou à son insu.

On tirait d'autres conséquences du principe sur lequel était basée la puissance paternelle à Rome (1).

L'enfant *alieni juris*, quel que fût son âge, ne pouvait jamais se marier sans le consentement de son *paterfamilias*, car c'était dans l'intérêt de ce dernier qu'il lui était imposé.

Le droit moderne, même dans les pays de race latine, a répudié cette conséquence rigoureuse de la puissance paternelle. Beaucoup de législations ont même exagéré la liberté en cette matière en affaiblissant par trop l'autorité du chef de famille. C'est ainsi que la législation suisse permet aux individus de l'un et de l'autre sexe âgés de 20 ans, de se marier sans aucune espèce de consentement (2).

En France, l'autorité paternelle se manifeste à un degré variable, suivant l'âge et le sexe des conjoints (art. 148 et s. du Code civil). Elle finit même par disparaître entièrement (art. 153 du Code civil) quand ils ont atteint respectivement l'âge de 30 ou de 25 ans.

Le droit canonique, désirant voir multiplier le nombre des mariages, et ne voulant pas que son sacrement, une fois conféré, pût être mis à néant par une action en nullité intentée par quelque ascendant, prit le contrepied absolu du droit romain : L'Église n'exige pour la validité du mariage *que le consentement des parties. Sufficiat secundum leges solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur* (3). Les juridictions ecclésiastiques validaient donc le mariage conclu par des

1. Ce principe devait persister longtemps dans les pays de *droit écrit*.

2. Loi fédérale du 24 décembre 1874 applicable à toute la Suisse.

3. GRATIEN, C. 27 ; 9 ; 2, C. II.

mineurs pubères, même à l'encontre de la volonté de leurs ascendants. Mais elles exigeaient que le consentement des époux fût exempt de tout vice (erreur, violence ou séduction).

Le danger que cette doctrine présentait au point de vue social amena une réaction du pouvoir séculier. Une ordonnance de Henri II (1556) prononça la nullité du mariage contracté par un mineur sans le consentement de ses ascendants. Elle fut complétée et consacrée par l'ordonnance de 1639.

Enfin, une dernière conséquence que l'on tirait du principe sur lequel était basée la puissance paternelle à Rome, c'était que, si jeune fût-il, l'enfant *sui juris* pouvait se marier sans aucun consentement. Les inconvénients qu'elle présentait frappèrent de bonne heure les jurisconsultes et les empereurs.

Il est à remarquer toutefois que cette conséquence extrême fut inapplicable aux femmes tant qu'elles furent en tutelle perpétuelle *propter sexus infirmitatem et forensium rerum ignorantiam* (1).

La tutelle des femmes tomba en désuétude. Mais

1. Lois 10 et 11, *De rit nupt.* D. L. XXIII, tit. II. *Institut. Gai. Com.* I, § 144 ; *Ulp. reg. tit.*, 11, § 1.

A l'époque de la tutelle des femmes, les pouvoirs du tuteur relativement au mariage de sa pupille variaient suivant qu'il s'agissait d'un mariage avec ou sans *manus*. S'il s'agissait d'un mariage avec *manus*, le tuteur pouvait l'empêcher d'une manière absolue, et il paraît vraisemblable que la volonté de la pupille n'exerçait aucune influence sur le choix de son futur époux (ROSSBACH, *op. cit.*, p. 400-78-147-150).

Tite-Live rapporte qu'en 440 a. U. C., une discussion s'éleva entre le tuteur et la mère d'une jeune fille sur le choix à faire entre deux prétendants. Le tribunal trancha la question en faveur de celui qui était choisi par la mère, preuve que, déjà à cette époque, la tutelle des femmes était en décadence (*eod.*).

Il suffit du reste de lire Cicéron pour se convaincre que, de son temps déjà, la tutelle des femmes tombait en désuétude. Les anciens,

elle ne fut abrogée expressément par aucun texte législatif. Un fragment du Code permet de supposer que cette institution avait entièrement disparu sous Constantin (1).

Les dangers de cette liberté illimitée laissée dès lors aux femmes *sui juris* dans le choix de leurs époux amenèrent une réaction : les empereurs Sévère et Antonin décidèrent que la fille *sui juris* ne pourrait désormais se marier sans le consentement de son tuteur ou de sa mère et de ses proches. En leur absence ou à leur défaut, elle devait obtenir l'autorisation du Président de la province.

*Cum de nuptiis puellæ quæritur, nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit; arbitrium præsidis provinciæ necessarium est* (L. 1, C. L. V, t. IV).

Valentinien et Gratien étendirent cette disposition aux veuves *nobiles* mineures de 25 ans, avec des modifications. On pouvait craindre, en effet, que leurs parents ne refusassent leur consentement à de secondes noces dans un but intéressé. Aussi, dans ce cas, les empereurs permettaient-ils à la veuve de s'adresser à ceux de ses parents qui, n'étant pas ses héritiers, n'avaient aucun intérêt à entraver ce mariage. Elle avait droit du reste de recourir en dernier ressort, au magistrat, pour faire annuler la décision de ses proches.

Ces dispositions furent consacrées et généralisées par Justinien (Loi 18, *eod. tit.*).

dit-il, ont mis les femmes sous la puissance des tuteurs, mais les jurisconsultes de mon temps mettent les tuteurs sous la puissance des femmes (*pro. Muræna*, 12).

1. L. 2, § 1, C, *De his qui ven.*, L. II, t. XLV.

Enfin, signalons la décision des empereurs Honorius et Théodose statuant que la fille *sui juris* mineure de 25 ans ne pourrait jamais se marier de son libre consentement.

Cette constitution renferme une disposition bizarre pour le cas où deux prétendants d'égal mérite se disputeraient la main d'une jeune fille, et que la pudeur l'empêcherait de faire connaître ses préférences en présence de ses proches. Ce sera le magistrat qui sera chargé de faire le choix le plus judicieux entre eux deux :

*Si...inter honestos competitores matrimonii oriatur forte certamen ut quæratur cui potissimum puella jungenda sit si quella verrecundiae propriam noluerit voluntatem depromere coram positis propinquis judici deliberare permissum, cui melius adulta societur (loi 20, eod. tit.).*

Doit-on considérer l'institution de la curatelle des mineurs pubères de 25 ans, créée par Marc-Aurèle, comme une barrière mise aux mariages irréfléchis ? Le curateur, en vertu de ses fonctions, ne pouvait-il pas s'opposer à des unions désastreuses ? Il y aurait là une grave erreur : le curateur était uniquement chargé de l'administration des *biens* du mineur et n'avait pas à s'entremettre dans les questions qui n'intéressaient que sa personne. Il n'avait donc point à donner ou refuser son consentement à un projet de mariage. Le texte suivant du jurisconsulte Paul est probant : *Sciendum est ad officium curatoris non pertinere nubat pupilla, an non : quia officium ejus in ADMINISTRATIONE NEGOTIORUM constat [et] ita Severus et Antoninus rescrisiserunt, in hæc verba : Ad officium curatoris admi-*

*nistratio pupillæ pertinet; nubere autem pupilla suo arbitrio potest* (loi 28, § 1, *de nuptis*) (1).

Le droit nouveau résultant de ces constitutions impériales tend à donner au consentement un autre mobile que l'intérêt de celui auquel il est demandé. Le caractère de protection, qui est aujourd'hui le caractère dominant de la puissance paternelle et maritale, tend à prendre une certaine place dans le droit romain. « Mais », fait remarquer M. Accarias, « les empereurs ne surent ou n'osèrent pas tirer toutes les conséquences de cette idée ; et c'est pourquoi, lorsque Justinien fonde la nécessité du consentement paternel tout à la fois sur les principes du droit et sur les données de la raison naturelle, il dit ce qui devrait être, plutôt que ce qui est. »

*Formes du consentement. — A quel moment il doit intervenir.*

*Si nuptiis pater tuus consensit, nihil oberit tibi quod instrumento ad matrimonium pertinenti non subscripsit* (L. 2, C. l. V, t. V). Il ressort de ce texte que le consentement n'est pas entouré de formes spéciales : il peut même être manifesté oralement. Une autorisation générale ne suffirait cependant pas ; il faut une autorisation spéciale pour chaque cas déterminé. On veut que le père de famille connaisse la personne avec laquelle son descendant doit se marier.

En droit français, la question de savoir si le père peut donner un consentement général par anticipation

1. Voir dans le même sens : L. 8, *de nupt.*, C. L. V., t. N. L. 6, *de spons.*, D. L. L, t. I.

à son enfant est controversée (voir BAUDRY-LACANTINERIE, I, 244 et s.).

Le consentement peut-il être tacite? *Paulus respondit eum, qui vivente patre et ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium ei, ex quo conceptus est (esse), non videri* (L. 11, l. I, t. V).

On tire de ce texte un argument *a contrario* pour soutenir que, du moins à l'époque classique, le consentement du *paterfamilias* devait toujours être donné expressément à l'égard du *filis*.

Un homme *sui juris* et une fille *alieni juris* se sont mariés à l'insu du *paterfamilias* de cette dernière. Puis le père décède sans avoir connu le mariage : peu après un fils en naît. Est-il légitime (*justus*)? Non. On pouvait cependant en douter, car le mariage qui n'était pas valable en l'absence du consentement, le devient au moment de la mort du *paterfamilias* ; la fille devient *sui juris* et la nécessité de ce consentement disparaît, par conséquent l'enfant naît de parents régulièrement unis. Mais sa conception remonte à une époque où ils ne l'étaient pas. En vertu de la règle *infans conceptus pronato habetur quoties de commodis ejus agitur*, on n'eût pas dû tenir compte de l'époque de la conception, l'enfant eût dû naître légitime. Mais le texte de Paul est formel.

On a réfuté, par le raisonnement suivant, l'interprétation basée sur ce texte qui restreindrait aux filles la faculté de se marier en vertu d'un consentement tacite : si Paul, dit-on, n'a parlé que d'une fille, c'est parce que l'espèce qui lui était soumise prévoyait spécialement ce cas. Mais il serait inexact d'en conclure

que la solution contraire doive être admise à l'égard du fils; car il n'a pas voulu poser une règle de droit, mais simplement répondre à une consultation qui lui était demandée (*Responsa.*)

A quel moment ce consentement doit-il intervenir?

Il doit précéder le mariage.... *in tantum ut jussum parentis præcedere debeat* (*Justin. Instit.*, tit. X, pr.).

Le consentement du *paterfamilias* pouvait-il avoir un effet rétroactif? Non, le passage suivant d'Ulpien le prouve : *Si quis uxorem suam velit accusare, dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet, jure viri accusationem instituere non poterit quia non cum ei nupta est adulterium commisit. Quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit; vel in filia familias, cujus conjunctioni pater postea concessit* (L. 13, § 6, D. 1. XLVIII, t. V). Si une femme se marie sans le consentement de son *pater* et commet un adultère avant de l'avoir obtenu, son mari ne pourra pas la poursuivre au moment où le fait délictueux a été commis : elle n'était pas alors son épouse; car ce n'est que depuis le moment où le consentement a été obtenu qu'il y a mariage légitime. Il ne produit donc son effet que lorsqu'il a été accordé (1).

Le consentement était encore nécessaire lorsqu'il y avait eu divorce et que l'un des époux divorcés voulait contracter une nouvelle union.

Mais un texte de Marcellus prouve qu'il n'en était pas ainsi lorsque les époux se réconciliaient après le divorce et se remariaient entre eux, pourvu qu'il ne se fût pas écoulé un trop long espace de temps

1. Voir MUHLENBRUCH, *Doct. Pand.*, § 511 *in fine*, et GLUCK, *Bd.*, p. 35, 37.

entre le divorce et la réconciliation. Car, dit le jurisconsulte, c'est le même mariage (*Cum eadem mulier ad eundem virum revertatur id matrimonium idem esse*). (Voir L. 33 de nuptiis.)

*Du refus par le PATERFAMILIAS de donner son consentement au mariage de son descendant (Loi JULIA).*

Le *paterfamilias* était donc libre d'empêcher le mariage de son descendant en refusant son consentement, et cela, quel que fût l'âge de ce dernier. Ce principe, déjà très rigoureux et difficile à justifier à l'origine, devint intolérable lorsque des lois vinrent, sous Auguste, attacher des peines civiles, des déchéances pécuniaires au célibat (lois caducaires). Le père (1) serait-il maître, par pur caprice, de priver son fils des libéralités qui lui seraient faites ? On ne pouvait l'admettre. Aussi la loi *Julia* vint elle-même remédier à cet état de choses.

Désormais, si le père refuse *injustement* (*injuria*) son consentement à son fils ou à sa fille, ou même se refuse à constituer à cette dernière une *dot*, il pourra y être contraint par le Président de la province, ou le Proconsul (2).

On remarquera que le consentement du père ne peut pas être remplacé par celui de la justice dans le droit français, lorsque celui-ci est capable de le donner. Il en était autrement dans le dernier état du droit à

1. Nous employons le mot père pour désigner d'une manière générale celui qui a la puissance sur le conjoint,

2. L. 19, de nuptiis.

Rome. La raison de cette différence s'explique facilement : à Rome, quel que fût l'âge de l'individu en puissance, il ne pouvait se marier sans consentement ; il fallait que la loi vînt en aide à l'enfant victime d'un refus injuste et ayant dépassé l'âge des entraînements irréfléchis. Au contraire, en France, passé un certain âge, le consentement des parents n'est plus nécessaire. Il n'y a dès lors aucune raison pour vaincre une résistance, peut-être injuste, mais essentiellement temporaire.

*Des cas où le père ne peut donner son consentement.*

Le père est *furiosus* ou *mente captus*. L'altération des facultés mentales, dès qu'elle atteint un certain degré, empêche de donner un consentement valable. Les Romains distinguaient deux classes d'aliénés : les *furiosi* ayant des intervalles lucides, et les *mente capti* ou *imbecilli*, les fous sans intervalles lucides.

En cette matière, nous voyons reparaître la vieille règle : nul ne peut avoir des héritiers siens malgré lui. Cette règle et le respect exagéré de l'autorité paternelle firent longtemps hésiter à permettre à l'enfant de se passer du consentement de son père fou. C'était, dans le cas où ce dernier était *mente captus*, le condamner à un célibat peut-être perpétuel, car il n'était pas possible d'obtenir un consentement, en connaissance de cause, cet état mental étant caractérisé par une absence d'intervalles lucides. Cette considération fit permettre de très bonne heure aux filles *alieni juris* de se marier, dans cette hypothèse, sans consentement. Nous avons vu, en effet, que la règle sur les héritiers siens ne s'appliquait pas à la descendance féminine.

Mais, jusqu'à Marc-Aurèle, les fils durent se pourvoir d'une autorisation impériale qui remplaçait le consentement. Une constitution de ce prince permit au fils des *mente captus*, comme à la fille, de se marier désormais sans avoir recours à l'Empereur [*ut hoc facere possint etiam non adito Principe*]. C'est Ulpien qui rapporte cette constitution, et il fait remarquer qu'elle ne parle que du *mente captus*. Faut-il l'étendre au *furiosus*? Il y eut, paraît-il, jusqu'à Justinien, de très vives controverses sur ce point. Cet empereur, voulant y mettre fin, étendit la constitution de Marc-Aurèle au fils du *furiosus* (1).

*Le père est captif.* — La personnalité du citoyen romain se composait de plusieurs éléments : la *liberté* et la *cité*. La perte de l'un ou de l'autre entraînait une déchéance de droit appelée *capitis diminutio*, (dont les effets ont beaucoup d'analogie avec l'ancienne *mort civile* du droit français). Un des principaux était de faire perdre la *patria potestas* à celui qui en était atteint. Tout captif était privé de la liberté et subissait, par conséquent, cette transformation dans son état.

Toutefois, s'il revenait à Rome, une fiction de droit, appelée le *postliminium*, effaçait avec effet rétroactif sa captivité et les conséquences désastreuses qui en étaient résultées pour son état et sa capacité. Si, au contraire, il ne revenait pas, il était censé être mort au moment où il avait été fait prisonnier.

La combinaison de ces règles va nous donner la solution des questions qui nous concernent spécialement.

1. L. 23, *De nuptiis*.

Prenons d'abord la dernière hypothèse : le père de famille est décédé chez l'ennemi. Il est censé être mort le jour même où il a été fait prisonnier, par conséquent c'est à partir de ce jour que son fils est devenu *sui juris*. *Si vero ibi (apud hostes) decesserit exinde ex quo captus est pater filius sui juris fuisse videtur (Inst. Justin., I, XII § 5)*. Toutefois, une controverse avait été soulevée sur ce point entre les jurisconsultes, qui ne prit fin qu'avec Justinien : sera-ce à compter du jour du décès effectif du père ou à compter du jour de sa captivité que l'enfant sera devenu *sui generis*? L'empereur se prononça formellement pour la dernière de ces deux opinions.

Si au contraire, le père de famille revient de captivité, la fiction du *postliminium* lui fait recouvrer ses droits *avec rétroactivité*, et notamment la puissance paternelle (1).

Par conséquent, dans la rigueur des principes, le mariage contracté pendant l'absence du père, sans son consentement, était valable sous la condition résolutoire de son retour.

Mais, de bonne heure, des atténuations sérieuses furent apportées à ces conséquences rigoureuses. L'intérêt public plaidait en faveur de la validité de ces unions. On est à peu près d'accord pour reconnaître que, très anciennement, le mariage conclu dans ces conditions spéciales fut validé pour les filles de famille, car la règle *nemini invito heres suus adgnascitur* ne recevait aucune atteinte de ce chef.

Quant au mariage des fils, on dut certainement,

1. Voir toutefois *infra*, chapitre II, section I<sup>re</sup>, § 2. La captivité amenait la dissolution *irrévocable* du mariage (l. 1, *de divortiiis*, D.)

pendant fort longtemps, les frapper de nullité, par application de cette règle. Mais, à l'époque classique, le texte suivant de Tryphoninus prouve qu'ils étaient valables pour ces deux raisons : 1° parce que la condition où le père avait eu le malheur d'être réduit avait empêché son fils d'obtenir son consentement ; 2° parce que l'augmentation des mariages est dans l'intérêt public : *Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater ejus non posset : nam utique nec dissentire : susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate, ut redierit, erit suusque heres ei quodammodo invito cum nuptiis non consenserit : non mirum : quia illius temporis conditio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat* (L. 12, § 3, D. L. XLIX, t. XV. Voir aussi L. 10. *De ritu nupt*).

Le fils pourra-t-il, dès qu'il saura son père captif, se marier sans aucun consentement ? Le texte de Tryphoninus ne mentionne aucun délai. Mais un autre texte, attribué à Ulpien, exige trois ans (1). Il est vraisemblable que ce fragment a été interpolé, car jamais les jurisconsultes ne fixaient eux-mêmes des délais : ils se contentaient de prendre parti pour une opinion ou pour une autre (2). C'est ce que dit formellement Cujas : *Nam in jurisconsultorum potestate non est PRÆSCRIBERE TEMPORA cuiquam rei agenda ; nam hoc est legis tantum vel principis*. Ce jurisconsulte fait, en outre, remarquer les tournures helléniques de ce texte pour prouver l'interpolation.

1. L. 9, § 1, *De ritu nuptiarum, Dig.*

2. En ce sens, ACCARIAS, p. 203, 4<sup>e</sup> édition. CUJAS, *comment. in l. LXXII. Digest. SALVII, JULIANI, ad leg. II, de rit. nupt.* (éd. de Naples, t. VI, ch. 43).

Quant à Julien il admet la validité du mariage, même si l'enfant n'a pas observé le délai de 3 ans, lorsque le conjoint par lui choisi est tel que le père ne l'eût certainement pas repoussé *cujus conditionem autem sit, patrem non repudiaturum* (L. 11, *De rit. nupt.*).

On pense que c'est Tribonien qui mutila les textes des jurisconsultes dans le sens de la décision nouvelle établissant ce délai (1).

*Sanctions du défaut de consentement.*

Il faut distinguer le consentement du père de celui des autres personnes qui peut être appelé à le suppléer dans certains cas (constitution de Valentinien et Gratien).

*Consentement du père.* — Le mariage contracté au mépris de ce consentement est frappé, d'après la majorité des auteurs, de nullité, d'une nullité radicale et absolue, (L. 2, *De rit. nupt.*). Toutefois, une célèbre controverse a été soulevée sur ce point. Elle a pour origine le sens que Cujas donne au texte suivant de Paul : *Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, SED CONTRACTA NON SOLVUNTUR : contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur* (Paul., *Sent.*, l. II, tit. 19 § 2). D'après Cujas il signifierait : Le fils de famille ne se marie régulièrement qu'avec l'autorisation paternelle. Si cependant il s'en est dispensé, son mariage ne sera point dissous. Et l'utilité publique, la crainte du scandale, primeront ici l'intérêt du père.

1. En cas d'absence du père les règles exposées au sujet du mariage du fils du captif sont applicables. L. 10 et 11, *de ritu nuptiarum*.

Pour ce jurisconsulte, il y aurait dans le défaut de consentement du père un empêchement sans sanction directe, analogue à nos empêchements *prohibitifs* ; la loi qui aurait prescrit l'obligation d'obtenir ce consentement aurait été une *lex imperfecta*. On a réfuté cette théorie en disant que les Romains n'ont pas connu cette classification des empêchements dirimants et prohibitifs, qui est d'origine essentiellement canonique. Ceci ne nous semble pas péremptoire : il arrive souvent que le législateur établisse des règles qu'il ne formule pas *expressis verbis* ; plus tard, les commentateurs réunissent ces règles éparses et en forment une théorie plus ou moins compliquée, que l'auteur des lois d'où ils la tirent avait à peine entrevue. C'est ainsi que le Code civil ne parle nulle part des nullités *relatives* et *absolues* ; ce n'est que par un travail postérieur que ce système a été bâti de toutes pièces (1). De même, de ce que les Romains ne distinguent pas en termes formels les empêchements prohibitifs des empêchements dirimants, faut-il conclure que cette division élémentaire ne pouvait pas exister chez eux ? Il y aurait là une conclusion au moins exagérée. A l'appui de notre opinion, nous pouvons indiquer l'empêchement résultant du délai de viduité : le second mariage contracté par la femme veuve au mépris de cette prohibition légale n'était pas frappé de nullité. La seule sanction était l'infamie (voir *infra*, ch. II et l. I, C. l. V, t. IX. DONEAU, *Comment. jur. civ.*, l. XIII, c. XIX, nos 24 et 25). Le divorce

1. Voir cependant la discussion au Conseil d'État, dans la séance du 26 fructidor an IX (FENET, t. IX, p. 15), et celle du 9 vendémiaire an X relative au mariage du mort civil (FENET, IX, 59).

par consentement mutuel fut, à partir de Justinien, un empêchement prohibitif dans certaines hypothèses. La seule sanction consistait en peines pécuniaires (voir *infra* : *Du divorce et Nouvelle*, CXVII, c. 10) (1).

Pothier, et après lui la majorité des auteurs, ont combattu la traduction de Cujas, par la comparaison du texte de Paul mentionné, avec un autre du même jurisconsulte : « Je réponds en ces termes, dit Pothier : *sed contracta non solvuntur* ne doivent pas s'entendre dans le sens qu'ils paraissent d'abord présenter ; il faut rapprocher ce texte d'un autre des sentences de Paul : *Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit* (lib. 5, tit. 6, § 10). » A l'origine, la puissance paternelle était si entière, si absolue, que le père était libre, non seulement de refuser *ad perpetuum* son consentement à un mariage, mais encore de dissoudre le mariage de son enfant malgré lui. C'est ce que nous font connaître les vers bien connus du poète Ennius, qui met dans la bouche d'une épouse cette plainte envers son père :

*Si improbum esse Ctesiphontem existimaveras  
Cur me huic locabas nuptiis ? Sin est probus  
Cur talem invitum, invitam cogis linquere ?*

De nombreux textes confirment l'existence de ce droit. (L. 4, *de divortiiis*, Dig. l. XXIV, t. II. Ulp., *Frag. Vaticana*, § 116).

1. D'après d'autres auteurs, cette distinction est inadmissible en droit romain où le mariage, affranchi de toute solennité comme de toute intervention du pouvoir social, se contractait par la volonté des parties. Pour que cette division existe, il doit y avoir une célébration solennelle, comme c'est le cas en France. (Voir POTHIER, *Contrat de mariage*, n° 344. En ce sens GIRARD, *Des nullités du mariage d'après le Code civil*, p. 188).

Même depuis la constitution d'Antonin, le père peut encore briser pour une cause légitime les liens du mariage de son fils. Cette restriction nous est indiquée par une constitution de Dioclétien. (L. 5, *de repudiis*, C. l. V, tit. XVII).

Antonin-le-Pieux, nous venons de le dire, trouva ce droit abusif et excessif et le supprima comme contraire au bon ordre de la société, lorsque le mariage était d'ailleurs convenable à tout point de vue, *était bien concordant*, comme dit Pothier.

Cette constitution va nous donner la clef du premier texte de Paul; il doit être traduit ainsi: les enfants qui sont en puissance ne peuvent se marier sans le consentement de leur *paterfamilias*. Mais, une fois régulièrement contracté, c'est-à-dire avec ce consentement, ce mariage *ne peut plus être dissous par la seule volonté du père* (allusion à la constitution d'Antonin) comme il pouvait l'être auparavant.

Le système de Cujas doit donc être repoussé. Mais il faut reconnaître qu'il serait conforme au texte qu'il a interprété si l'on ne connaissait pas la modification apportée par l'empereur.

Même en l'absence de cette constitution, l'interprétation de Cujas ne tiendrait pas devant la loi 11 C., l. I, t. V, que nous avons analysée: si le défaut de consentement du père de famille n'eût été qu'un empêchement simplement prohibitif, comme le soutient Cujas, l'enfant aurait dû être déclaré *justus*; car, quoique conçu à l'insu de l'aïeul, le mariage aurait dû être valable. Au contraire, Paul le déclare illégitime: le mariage n'a pu commencer régulièrement que depuis le moment où la fille est sortie de la puissance, et est devenue *sui juris*;

c'est donc que, jusqu'à ce moment, le consentement était absolument nécessaire à peine de nullité.

*Consentements de personnes autres que le PATERFAMILIAS.*

On a vu que dans un but de protection, plusieurs empereurs, notamment Valentinien et Gratien, et Honorius et Théodose imposèrent à la fille nubile, mais mineure, l'obligation d'obtenir le consentement de certaines personnes autres que le *pater*. La pupille devait obtenir celui du tuteur, de la mère ou de ses proches (constitution de Sévère et Caracalla); la fille *sui juris* devait prendre l'avis de sa mère, de ses proches, ou même parfois du magistrat (constitution d'Honorius et de Théodose), etc....

Ces divers consentements étaient-ils, comme celui du père, tous exigés à peine de nullité? Doneau ne fait aucune distinction : quel que fût le consentement exigé, s'il n'avait pas été demandé et obtenu par la fille, le mariage était frappé de nullité (1).

D'après Cujas et Godefroid, c'était le consentement du *paterfamilias* qui, seul, était requis à peine de nullité.

On remarquera ici une contradiction entre cette assertion de Cujas considérant le défaut de consentement du *paterfamilias* comme entraînant la nullité et l'interprétation qu'il donne du texte de Paul précité (*Paul. Sent.* l. II, t. XIX, § 2.), et spécialement des mots *sed contracta non solvuntur*.

La thèse de Doneau s'appuie sur le texte suivant du

1. *Comm. jur. civ.*, l. XIII, C. XX, nos 12-15,

Code de Justinien : *Quod si in conventionis delectu mulieris voluntas PATRIS repugnat sententiæ, et propinquorum : placet admodum .... habendo examini auctoritatem QUOQUE JUDICIARIAE COGNITIONIS ADJUNGI UT, etc...* (L. 18, C., *De nupt.*).

Si le texte du Code nous est parvenu dans son intégrité, sans altération, l'argumentation de Doneau est exacte.

En effet, il établit que le consentement du père pourrait être corroboré par celui des proches, et même suppléé par une enquête judiciaire (*cognitio judiciaria*). Il n'aurait, par conséquent, aucun caractère spécial. Or, nous avons établi que le mariage contracté sans ce consentement, lorsque l'époux est *alieni juris*, est frappé de nullité. Celui qui le sera sans les autres consentements requis ne sera pas non plus valable.

Mais cette solution est impossible à soutenir.

En effet, la loi 18, *de nuptiis*, débute ainsi : *Viduae intra quintum et vicesimum annum degentes, etiamsi emancipationis libertate gaudent tamen in secundas nuptias SINE PATRIS SENTENTIA NON CONVENIUNT.*

Comment admettre une pareille contradiction dans un même texte : les veuves ne peuvent *se marier sans le consentement de leur père*, et plus bas : si, à l'occasion de son mariage, la veuve est en désaccord avec son père, il pourra être suppléé au consentement, etc ?.... Cette contradiction n'est qu'apparente, car il est hors de doute que la seconde partie de cette loi a été interpolée : il faut, soit admettre, avec Cujas (1), que le mot *patris* doit être remplacé par celui de *ma-*

1. CUJAS, *observat. lib.*, III, C. V (éd. de Naples, t. III, 60).

*tris* (nous avons vu que le consentement de la mère peut être corroboré par celui des proches et même du magistrat), soit *retrancher ce mot*.

C'est à cette dernière solution que nous nous rallions, car en somme la modification de Cujas ne repose que sur une pure hypothèse, vraisemblable d'après les principes généraux de droit matrimonial romain, mais ne s'appuyant sur aucun argument de texte. Au contraire, l'interprétation que nous proposons, la suppression du mot *patris*, se base sur deux textes qui le rendent irréfutable à nos yeux.

D'abord, dans le Code théodosien, où est rapportée la constitution *originale* de Valentinien et de Gratien, ce mot fait absolument défaut. On y lit en effet : *quod si in condicionis delectu mulieris voluntas certat sententiæ propinquorum placet admodum, ut in pupillarum conjunctionibus sanctum, etc....* (L. 1. C. th. L. III, t. VII).

Ce mot *patris* ne se retrouve pas non plus dans le texte grec des Basiliques (liv. XXVIII, tit. 4).

Il est donc plus que probable qu'un commentateur inintelligent l'aura ajouté au texte de la loi 18 de *ritu nuptiarum*, parce qu'elle mentionnait dans son commencement la *sententia patris*. Les copistes successifs auront reproduit et généralisé l'erreur avec ponctualité. Nous sommes donc d'avis de s'en tenir au texte du Code Théodosien et des Basiliques, d'autant plus que la constitution originale est celle qui est rapportée dans ce dernier Code, et non celle du Code Justinien.

De ce qui précède, on peut conclure que si le consentement du père était requis à peine de nullité pour le mariage d'un *alieni juris*, il n'en était probablement pas de même des autres consentements, puisqu'ils pou-

vaient être suppléés. Mais il est difficile, en l'absence d'autres textes, de déterminer quelle était la sanction encourue lorsque ces derniers consentements n'avaient pas été requis.

On peut cependant décider que le consentement du père avait un caractère tout à fait exceptionnel, en ce qu'il n'avait jamais besoin d'être confirmé, appuyé par un autre, tandis que celui de la mère, dans les cas très rares où il pouvait être requis, devait être corroboré par celui des proches. Il n'y a d'ailleurs là qu'une application de la conception romaine de la puissance paternelle. Quant au consentement des proches, il ne devait avoir qu'une influence restreinte. Il est probable que la sanction était moins rigoureuse lorsque le mariage avait été contracté sans requérir le consentement de ces différentes personnes que lorsque c'était le consentement du père ou de la mère qui ne l'avait pas été.

Notre assertion trouve un point d'appui sérieux dans cette phrase de la loi 18 *de nuptiis* au Code.... *sed ne forte hi qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur etiam honestas nuptias impediunt*, etc. C'est donc que le législateur a suspecté l'intervention des proches, et les motifs pour lesquels ils refuseraient de donner leur consentement dans cette hypothèse spéciale. Il se défie, dans un cas déterminé, des mobiles qui peuvent l'influencer. Ne doit-on pas en conclure que la loi y attache une sanction moins rigoureuse qu'à celui du *paterfamilias* ?

Le droit français actuel frappe de nullité les mariages contractés sans les consentements requis, que ce soit celui des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille (art. 182 du Code civil).

Nous avons vu que le droit canonique n'exigea d'a-

bord que le consentement des parties pour la validité du mariage. Aussi le concile de Trente ne fit-il du défaut de consentement des ascendants qu'un empêchement prohibitif. Deux ordonnances, l'un de 1556, l'autre de 1639 vinrent réagir contre les graves inconvénients que présentait la doctrine du droit canonique. La jurisprudence, combinant les dispositions de ces ordonnances, sanctionna par les règles suivantes l'obligation de requérir le consentement des ascendants :

1° Le mariage contracté par un enfant mineur de vingt-cinq ans, sans le consentement de ses ascendants, était annulé, car la séduction était supposée ; 2° si le mariage était contracté par lui entre vingt-cinq et trente ans sans ce consentement, il n'était pas frappé de nullité, mais l'enfant pouvait être exhérédé par ses père et mère. Ceux-ci pouvaient même révoquer toutes les donations qu'ils lui avaient faites ; 3° à partir de l'âge de trente ans, il n'était plus tenu qu'à signifier trois actes respectueux à ses ascendants, après quoi il pouvait passer outre.

#### § II. Du consentement des époux ALIENI JURIS.

Il est certain qu'à l'époque classique, le consentement des fils de famille était requis pour la validité de leur mariage. *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est QUI CŒUNT, quorumque in potestate sunt* (L. 2, de rit. nupt.) (1).

Mais, au temps où la puissance paternelle était absolue, où le père avait droit de vie et de mort sur son enfant, il est bien probable que le consentement du

1. V. aussi L. 12, C., de nupt. — L. 21. D. de rit. nupt.

fil ou de la fille ne jouait qu'un rôle effacé dans les conditions de leur mariage.

On sait que ce pouvoir excessif du père subit peu à peu de profondes atténuations ; le fils de famille ne put plus être impunément vendu, maltraité ou tué par son père (1). Une constitution de Constantin punit de la peine du parricide le père meurtrier de son fils (2). Avec la disparition de la toute-puissance paternelle, le respect de la liberté du consentement du fils de famille dut tendre à prendre une place importante, sinon prépondérante, à côté de celui du père.

Les fragments du Digeste et du Code permettent d'établir avec certitude que, depuis les grands juriconsultes, le consentement du fils était nécessaire pour son mariage. Ils nous indiquent en outre les conditions que ce consentement devait remplir pour être valable.

Que le fils ne pût être contraint de se marier sans sa volonté, les textes suivants le prouvent : *Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere* (L. 21, de rit. nupt). *Nec filium quidem familias INVITUM ad uxorem ducendam cogi legum disciplina permittet* (L. 12, C. l. V, t. IV.).

Cependant la loi 21 *De rit. nupt.*, dont le sens paraît à la première lecture d'une clarté parfaite, a reçu deux interprétations : la première est celle qui vient naturellement à l'esprit : le fils de famille ne peut être contraint de se marier contre son gré. L'autre se fonde sur ce que cette loi est extraite du livre III des commentaires de Térentius Clemens, *ad legem Juliam et Papiam*. Ce serait donc par les lois caducaires que ce fragment devrait être expliqué. Il voudrait dire : la loi *Julia* n'impose point le mariage au fils de famille,

1. L. 5, D. l. XXXVII, t. IX.

2. L. unic. C. l. IX, t. XVII.

elle ne le punit point de son célibat; car, soumis à l'autorité paternelle, il n'est pas libre de se marier comme il veut. Il ne doit donc point, pour une désobéissance à la loi indépendante de sa volonté, encourir les déchéances pécuniaires qu'elle prononce.

La paternité de cette interprétation appartient à Cujas (1) : elle a été reproduite par Pothier (2). Elle compte donc d'illustres partisans.

Toutefois des raisons sérieuses nous la font repousser.

D'abord les fils de famille formaient une classe nombreuse. Les soustraire aux règles et aux pénalités des lois caducaires, c'eût été en restreindre singulièrement le domaine d'application, quand tout, au contraire, atteste que l'empereur Auguste avait voulu leur donner une portée aussi large que possible.

Maintenant une dérogation au droit commun de cette importance, si elle eût existé, aurait bien été mentionnée ailleurs dans les documents législatifs romains. Comment donc aucun des innombrables textes où sont rapportées les dispositions des lois caducaires n'y fait-il la plus légère allusion ?

Sous l'empire de la loi *Julia, de maritandis ordinibus*, le *paterfamilias* ne pouvait indéfiniment refuser son consentement au mariage de son enfant. Il devait, non seulement le marier, mais encore le doter.

Dès lors, puisque le fils peut légalement vaincre la résistance paternelle opposée à son mariage, il n'y a plus aucune raison pour le soustraire aux peines des

1. CUJAS, *paratit. in l. C. et comment. in tit. C* (éd. de Naples, t. II, C. 424; et t. IX, C. 874).

2. POTHIER, *Pandect. Just. ad tit. de legatis*, n. 382.

célibataires (V. loi 19, *De ritu nuptiarum*, rapportant le chapitre XXXV de la loi *Julia*).

Mais le fils n'était pas fondé à se plaindre, une fois le mariage conclu, de n'avoir consenti que sous l'influence de la crainte inspirée par son père (1). On ne sait pas au juste en quelle mesure la volonté paternelle pouvait légalement et valablement influencer le consentement du fils.

Julien nous indique cependant les limites dans lesquelles, en ce qui concernait la fille, la liberté de son consentement devait être restreinte : cette dernière est censée consentir à ses fiançailles ou à son mariage toutes les fois qu'elle ne résiste pas d'une manière formelle à la volonté de son père. En outre, il ne lui est permis de lui opposer une résistance effective que lorsque celui-ci lui présentait comme fiancé ou époux un individu infâme (*indignus moribus, vel turpis*) (2).

Faut-il assimiler les fils aux filles en cette matière et restreindre d'une manière aussi notable le domaine d'application de leur propre consentement ? La plupart des romanistes décident la négative. Chez les peuples anciens, la femme a, en général, été revêtue d'une capacité juridique moins entière que celle reconnue à l'homme. Notamment à Rome, les législateurs ont craint pour elle les entraînements d'une générosité déréglée et la faiblesse de caractère inhérente à son sexe (*fragilitas sexus*) (3). On courrait grand risque de faire fausse route en appliquant sans discernement aux

1. L. 22 *de ritu nuptiarum*.

2. L. 11 et 12 *de sponsal* D. l. XXIII, t. I.

3. Il suffit de mentionner la tutelle perpétuelle des femmes et le *sénatus-consulte velléien*.

mariages des fils de famille une règle établie pour les mariages des filles (1).

Il n'y aurait donc là, en ce qui concerne les fils, qu'une disposition analogue à celle qui est inscrite dans le Code civil, au titre *des obligations*, art. 1114. « La seule « crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre « ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne « suffit point pour annuler le contrat. »

Des raisons pratiques exigeaient à Rome, comme aujourd'hui en France, qu'une convention, librement conclue en fait, ne pût être réduite à néant sous un prétexte futile, et surtout impossible à contrôler.

On a essayé d'établir une différence absolue entre le consentement du fils de famille et celui de la fille, et certains auteurs ont soutenu que le père pouvait *imposer* à cette dernière tel ou tel époux. Différents textes justifieraient cette proposition : d'après la loi 12 *de nuptiis*, au Code, le *fils* de famille ne peut être contraint à se marier malgré lui. *A contrario*, la fille pourrait l'être ; d'après la loi 20 *eod. tit.*, le consentement du père pour le mariage des filles *alieni juris* est exigé. L'argument tiré de ce dernier texte est moins bon que celui tiré du précédent ; car, de ce que le consentement du père est requis, faut-il en conclure que celui de la fille soit superflu ? Enfin, on invoque la loi 12 *De sponsalibus*. L'argument *a contrario* tiré de la loi 12 *De nuptiis*, au Code, tombe lui même devant la règle d'interprétation formulée deux fois au titre *De Verb. signific.*, au Digeste. *Hominis appellatione tam fœminam quam masculum contineri non dubitatur* (L. 152). *Pronuntiatio sermo-*

1. En ce sens : POTHIER, *Pandect. Just. ad. tit. de sponsal*, n. 3, not. 2. MUHLENBRUCH, *doctrina Pandect.* § 511, etc.....

*nis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur* (L. 195). Mais des textes nombreux combattent cette assertion : d'abord la loi 2 *De ritu nuptiarum*, qui ne fait aucune distinction entre le sexe des époux : *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant OMNES ; id est qui CŒUNT quorumque in potestate sunt* ; la loi 30 *de div. reg. jur.*, D. L. 4, t, XVII. *Nuptias non concubitus sed consensus facit* ; la loi 6 *de nuptiis* : *Et si contra mandata principum contractum sit in provincia CONSENTIENTE MULIERE matrimonium tamen post depositum officium, etc...*

Enfin, M. Glasson (1) a mis hors de doute le point qui nous occupe ; au moins sous Justinien, les filles de famille ne pouvaient être contraintes de se marier sur l'ordre de leur père ; car l'empereur place parmi les justes causes d'exhérédation le fait pour une fille de refuser un parti convenable et une dot proportionnée à la fortune de son père pour mener une vie déréglée et honteuse. *Si cui ex dictis parentibus filiae suæ vel nepti volenti maritum dare, et dotem pro modo facultatum præ ea præstare, illa non consentiat, sed turpem vitam eligat* (Novelle XV, ch. III, § 1).

De ce qui précède, il résulte que le consentement de la fille, comme celui du fils, fut exigé pour la validité du mariage.

Est-ce à dire cependant qu'il fallût assimiler le consentement de la fille à celui du fils, quant à leur valeur juridique ? Nous ne le pensons pas : d'abord, nous l'avons dit, les lois romaines, conformes sur ce point aux usages anciens, plaçaient les femmes dans une situation

1. *Du consentement des époux au mariage*, p. 85.

inférieure à celle des hommes : elles furent longtemps en tutelle et ne pouvaient intercéder pour autrui (V. *suprà*). Puis un fragment du titre *de sponsalibus* (l. 12) au Digeste, déjà cité, prouve que, si théoriquement la fille était consultée pour son mariage, si son consentement devait intervenir, la manifestation de son libre choix était entourée d'importantes restrictions. Il ne lui était, en effet, permis de résister à la volonté paternelle que si l'époux qui lui était présenté était un homme perdu de mœurs et de mauvaise réputation. Peut-on dire qu'il y ait réellement liberté de consentement lorsqu'elle est renfermée dans des limites aussi étroites ? (1)

Aussi nous pensons que, dès la disparition de la tutelle des femmes, le consentement des filles de famille eut une certaine influence dans leur mariage. Il dut être requis. Mais il n'eut jamais l'importance qu'eut celui des fils.

La législation française a pris le contrepied de la législation romaine, autant du moins qu'on peut l'induire avec certitude de l'analyse des textes qui précèdent. En France, les filles peuvent se marier plus tôt que les hommes, malgré la résistance de leur père ou ascendants (art. 148 C. civ.).

*Si les affranchis des deux sexes peuvent se marier sans le consentement de leur patron.*

On sait qu'il survit à l'affranchissement des devoirs, dits *jura patronatus*, envers l'ancien maître, le patro-

1. Nous avons établi que ce texte ne s'applique qu'aux fils et non aux filles.

*nus*. En vertu de l'autorité qu'il conserve sur son affranchi, le *patronus* pourra-t-il empêcher son mariage, comme le père peut mettre obstacle à celui de son fils (1)?

Les solutions varièrent suivant qu'il s'agissait du mariage des affranchis ou de celui des affranchies.

*Affranchis*. — Il est hors de doute que l'affranchi put, dès une époque reculée, se marier sans le consentement de son patron. La loi *Julia* précitée autorise l'affranchi, qui a prêté entre les mains de son patron le serment de garder le célibat à se délier de sa promesse (2).

Bien plus, le patron qui avait ainsi entravé les fins que s'étaient proposées le législateur romain dans la composition et la rédaction des lois caducaires : multiplier les mariages, était puni de la perte de ses droits de patronage et des avantages en résultant pour lui (3). Si, toutefois, l'affranchi est *castratus*, il n'a pas, avons-nous vu, le *connubium*. Dès lors, le patron ne sera pas soumis aux *déchéances* qui l'auraient frappé dans le cas contraire (4).

*Affranchies*. Leur situation varia avec les époques.

Jusqu'après le règne de Septime Sévère, la femme affranchie était sous la tutelle légitime de son patron (5), et devait obtenir le consentement de ce dernier

1. Il existe, en effet, de nombreuses analogies entre le *patronus* et le *paterfamilias*. Aussi voyons-nous le Digeste traiter sous la même rubrique et dans le même titre des honneurs funèbres à rendre aux parents et aux patrons : *De obsequiis parentibus et patronis puestandis*, l. XV, t. XXXVII.

2. L. 6, § 4, l. XXXVII, t. XIV.

3. L. 6, *pr.* et l. 15, *eod. tit.*

4. L. 6, § 2, *de jure patron.* D.L. XXXVII, *tit.* XIV.

5. *Ulp. reg. tit.* II, § 22.

pour pouvoir se marier. Il en était d'ailleurs ainsi pour le mariage des ingénues en tutelle (1). Il est vraisemblable que ce consentement, en ce qui concerne spécialement l'affranchie, dut être parfois difficile à obtenir, car son mariage faisait perdre au patron les *jura patronatus* : *Sicut patronus... qui libertæ nuptiis consensit operarum exactionem amittit* (L. 48, pr. tit. de operis libertorum D. I. XXXVIII, t. I. Voir aussi § 1, eod. et l. 2, de obsequiis patr. C. I. VI, t. VI).

Toutefois, les pouvoirs du patron furent restreints par l'application des lois caducaires et cela, même lorsque la tutelle légitime existait encore. En effet, il était inadmissible que le patron pût, dans un but de lucre, empêcher le mariage de son affranchie. Comme nous venons de le voir pour l'homme affranchi, le patron ne pouvait contraindre son affranchie à n'épouser jamais personne ; si toutefois il contrevenait à cette prohibition, il était frappé lui-même des déchéances édictées par ces lois.

Mais ces dispositions rigoureuses recevaient un tempérament important qui nous est indiqué par Paul : Le patron ne sera pas considéré comme ayant violé la loi s'il a fait promettre à son affranchie de ne pas se marier avec un autre que lui et qu'il ait réellement l'intention de l'épouser : *Si patronus libertam jurejurando adegerit UT SIBI NUBERET siquidem ducturus eam adegit, nihil contra legem fecisse videtur...* Mais, s'il ne lui a fait prêter ce serment que pour l'empêcher d'en épouser un autre, sans avoir l'intention de l'épouser lui-même, il y a fraude à la loi et les déchéances seront encou-

1. L. 1, C., de nuptiis.

rues par lui comme s'il avait fait prendre à son affranchie l'engagement de ne pas se marier du tout : *ac si coegisset jurare libertam non nupturam* (voir. l. 6, § 3 *De jure patronatus*. D. l. XXXVII. t. XIV) (1).

L'affranchie peut-elle être contrainte d'épouser son patron? Un texte de Marcien, confirmé par un texte d'Ulpien, décide la négative en principe : *Invitam libertam uxorem ducere non potest... quod et Ateius Capito consulatu suo fertur decrevisse. Hoc tamen ita observandum est nisi patronus ideo eam manumisit ut uxorem eam ducat* (L. 28, 29 *de ritu nupt.*). Il semble bien résulter de cette dernière phrase que le patron pouvait contraindre son affranchie à l'épouser, s'il ne l'avait affranchie que dans ce but. Mais un fragment extrait des *Regulæ* de L. Rufus, (L. 51. *pr.* et §, 1, *eod. tit.*) indique une autre solution. Dans cette hypothèse, lorsque l'affranchissement a eu lieu avec cette clause spéciale, si l'affranchie se refuse à exécuter la condition, le patron ne pourra pas contraindre sa volonté et l'épouser malgré elle. La seule sanction sera la suivante : elle ne pourra épouser quelqu'un d'autre ; elle perdra donc le *connubium* avec tout autre que le patron tant que ce dernier n'aura pas renoncé à la vouloir pour femme. *Matrimonii causa ancilla manumissa, a nullo alio uxor duci potest, quam a quo manumissa est : nisi patronus matrimonio ejus renuntiaverit.*

Il est impossible de concilier ces deux solutions ; aussi faut-il prendre parti pour l'une ou pour l'autre. Nous nous prononçons pour la seconde : le patron ne peut contraindre son affranchie, mais celle-ci perd le

1. Voir aussi CICÉRON, *pro Flacco*, C. XXXIV.

*connubium* avec tout autre si elle ne remplit pas la condition mise à l'affranchissement. Si, en effet, on admet la solution rigoureuse de Marcien et d'Ulpien, on se met en contradiction, soit avec le *principium* de la loi 51 de *Ritu nupt.*, soit avec une règle relative au divorce de l'affranchie : Celle-ci, mariée avec son patron a le droit de divorcer malgré lui (1). Comment admettre une pareille inconséquence, fait remarquer très justement M. Glasson : la loi permettrait d'un côté au patron de contraindre son affranchie à l'épouser ; de l'autre, celle-ci, au lendemain du mariage, pourrait divorcer ? C'est peu probable que les lois romaines d'une logique et d'une concordance irréprochables, plutôt même exaltées, aient consacré cette *inelegantia juris*.

*Des conditions de fond et de forme que doit revêtir le consentement des parties.*

1° *Conditions de fond.* — Le consentement des époux doit être sérieux. C'est ce qu'exprime Gaius : *Simulatae nuptiae nullius momenti sunt* (L. 30 de *rit. nupt.*).

Il doit être donné en connaissance de cause. On a vu les dispositions que prit Marc-Aurèle pour suppléer le consentement du père *mente captus*. Lorsqu'il s'agit du consentement des intéressés eux-mêmes, celui d'une autre personne ne peut le remplacer. Aussi le mariage contracté par le fou est inexistant, car il n'y a pas à proprement parler de consentement. Celui

1. L. 11, *Pr. de divort.* D., l. XXIV, t. II. Cependant le mariage n'était pas légalement dissous en ce sens que l'affranchie ne pouvait se remarier sans le consentement du patron. Voir *infra*, chap. II, sect. I<sup>re</sup>, § 6.

qui ne se rend aucun compte de la portée de ses actes et de ses paroles ne peut être considéré comme exprimant une volonté.

Toutefois le mariage contracté avant le dérangement des facultés mentales d'un des époux ou pendant un intervalle lucide est déclaré régulier et ne doit pas être considéré comme entaché de nullité.

*Furor contrahi matrimonium non sinit quia consensu opus est sed recte contractum non impedit*, dit le jurisconsulte Paul (L. 16. § 2 *eod. tit.*). On ne voit pas ici reproduite la distinction entre le *furiosus* et le *mente captus*, qui est faite lorsqu'il s'agit du consentement du *paterfamilias* (1). Faut-il en conclure que l'époux *mente captus* doit être assimilé au *furiosus* ?

Il est aisé de résoudre la question :

Le *furiosus* peut avoir des intervalles lucides, le *mente captus* n'en a pas. Si donc le premier ne peut donner un consentement, sauf dans ces intervalles, le second, à plus forte raison, en est incapable.

#### *Des vices du consentement.*

Comme pour les contrats ordinaires, le consentement des parties doit être exempt de certains vices.

*Violence* : Nous avons déjà abordé incidemment ce point en parlant du consentement des époux. Il doit être librement manifesté en principe (Loi 21 *de ritu nupt.* et loi 14 *de nuptiis*, au Code). Mais on a vu les graves atténuations qui y étaient apportées, notamment pour les filles (L. 11 et 12 *de sponsalibus*) : l'influence

1. Voir *suprà* et loi 25, lib. V, tit. IV, *De nuptiis* au Code.

morale exercée par un ascendant n'était point considérée comme une violence viciant le contrat et le frappant d'annulabilité (1).

*Si PATRE COGENTE (filiusfamilias) ducit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur (L. 22, de rit nupt.).*

Selon quelques romanistes, et notamment M. Demangeat, le mot *cogente* aurait un sens beaucoup plus énergique que celui qui lui est donné généralement : une certaine violence de la part du père n'entraînerait point l'annulation du contrat. Il y aurait donc plus qu'une *crainte révérentielle*.

Quoique cette interprétation soit en général repoussée, nous nous y rallions avec la minorité des auteurs : le mot *cogente* a un sens général, et rien ne nous paraît autoriser cette traduction étroite et arbitraire. La famille romaine était fondée sur un principe d'autorité si incontestable que les jurisconsultes n'auraient vraisemblablement pas mentionné la contrainte morale, la *crainte révérentielle* parmi les causes qui ne pouvaient vicier le consentement, tant la chose leur paraissait évidente.

*Erreur.* — L'erreur peut porter sur la personne même ou sur les qualités de la personne.

La première est certainement une cause de nullité du mariage. Si, croyant épouser *Prima*, j'épouse *Secunda*, le mariage est inexistant, car il n'y a pas de consentement (voir l. 116, D. l. L. t. XVII). La même solution est admise en droit français.

1. Comp. art. 1114 du Code civil.

Quant à l'erreur sur les qualités d'une personne, elle n'empêche pas la validité du mariage. Toutefois une nouvelle de Justinien déclare inexistant le mariage contracté avec une esclave que l'on croyait libre. *Non dicimus solvi matrimonium, sed ab ipso initio neque matrimonium fieri propter inæqualitatem fortunæ.* (Novelle 22, cap. X).

Mais une simple erreur sur la situation de fortune ne vicierait pas le consentement; Justinien en donne la raison suivante: il arrive que l'on se marie par amour. (*Etiam affectum matrimonia contrahuntur*).

*Du dol.* — Il n'existe pas de texte sur le dol en matière de consentement au mariage. On est donc réduit à des hypothèses, ne reposant sur aucune base sérieuse pour décider s'il devait ou non être assimilé à la violence et à l'erreur.

On connaît la maxime de Loysel: « En mariage trompe qui peut ». Il est probable qu'à Rome aussi, le fait d'employer des manœuvres dolosives, à l'effet de revêtir des qualités que l'on ne possède pas, pour faciliter un mariage, ne constituait pas une cause de nullité. Loysel n'a fait en somme que donner une forme précise et saisissante à un état de choses connu et toléré de tout temps, aussi bien sous les Césars que sous les rois de France.

Nous pensons donc que le dol n'était pas un obstacle au mariage en droit romain.

## 2° Des formes du consentement.

En cette matière, il faut distinguer le mariage avec *manus* du mariage sans *manus*. Lorsqu'il y avait *manus*

la femme sortait de la famille de son père. Son mari acquérait sur elle la puissance paternelle. *In familiam viri transibat filicæque locum obtinebat...* (GAIUS, *Com.* 1, § 111) (1). Il est fort probable, dit M. Accarias, que, dans les mœurs anciennes, la *manus* accompagnait presque toujours le mariage ; mais elle n'en fut jamais une conséquence nécessaire et immédiate à aucune époque. Cet auteur en donne comme preuve l'existence même d'un des modes d'acquisition de la *manus* : l'*usus*. D'autres pensent que tous les mariages à l'origine entraînaient ce changement d'état de la femme. « Il n'y a mariage que là où il y a *manus*, comme aussi il n'y a *manus* que là où il y a mariage » (2).

Par quelles formalités s'acquérait la *manus* ?

La plus connue est la *confarreatio* : c'était une forme très solennelle ayant un caractère religieux. Son nom vient de *farreum* (froment), parce qu'un pain de froment figurait dans la cérémonie du sacrifice qui l'accompagnait. On sait, en outre, que des paroles sacramentelles étaient prononcées en présence de dix témoins.

On infère d'un passage de Gaius que la *confarreatio* était un mode propre aux patriciens. Elle se faisait au moment du mariage. Seuls les enfants nés *ex confarreatis nuptiis* étaient aptes à remplir les plus hautes fonctions sacerdotales, celles de flamines de Jupiter. (TACITE, *annal*, l. IV, C. XVI).

Là se bornent les renseignements qui nous ont été

1. La femme qui tombait sous la *manus* encourait une *capitis deminutio minima*. VEHRING, *Privatrecht*, p. 441.

2. ESMEIN, *La manus, la paternité et le divorce*, p. 3. — JAHAN, *De la formation du mariage*, p. 8.

transmis sur cette manière solennelle d'opérer la *conventio in manum* (voir GAI, *Inst. Com.*, 1 § 112, ULP. *Reg. tit. 9*).

La *coemptio* était une des nombreuses applications de la mancipation. Le père de la future la mancipait au mari en présence de cinq témoins et du *libripens*, et il acquérait immédiatement la *manus*. Si la femme était *sui juris*, elle remplissait à la fois le rôle de vendeur et d'objet vendu.

La *coemptio* pouvait se placer soit au moment du mariage, soit après.

L'*usus*. On assimilait la femme à un objet mobilier dont, aux termes de la loi des XII Tables, la propriété s'acquérait par une possession non interrompue d'une année. Ce mode était donc une acquisition de la *manus* par une prescription acquisitive, par *usucapion*. Il avait l'inconvénient d'exiger une année pour sa réalisation, de nécessiter ainsi une sorte de « stage matrimonial » (1).

#### *Du mariage sans MANUS.*

La *manus* tomba peu à peu en désuétude sous l'influence de considérations multiples : elle mettait un obstacle trop grand au divorce de la femme. Étant *loco filiae* à l'égard de son mari, elle ne pouvait, par suite, divorcer sans la volonté de celui-ci (2). D'après M. Des-

1. On appliquait à l'acquisition de la *manus usu* des règles analogues à celles de l'*usucapion*. De même que l'*usucapion* est susceptible d'être interrompue, de même la femme peut, en restant trois nuits de suite absente du domicile conjugal, échapper aux effets de l'*usus* (*trinoctii usurpatio*).

2. ESMEIN, *la manus*, etc., p. 14.

forgeries, la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes entraîna celle de la *manus*, « sorte de tutelle organisée au profit du mari » (1).

Jusqu'à la fin de la République, le mariage avec *manus* était resté le droit commun. Mais, au temps de Tacite, il n'existait pour ainsi dire plus. Cet auteur raconte, en effet, que sous le règne de Tibère, on ne put trouver trois patriciens nés *ex confarreatis nuptiis*, dont l'un pût être choisi pour remplir les fonctions de Flamine de Jupiter (*Annales*, IV, 16). Des deux autres formalités servant à la *conventio in manum*, l'*usus* disparut le premier. La *coemptio* se conserva plus longtemps, mais son caractère s'altéra : Gaius la présente comme étant principalement destinée à éviter la tutelle des agnats (2). Elle disparut sous Marc-Aurèle.

Il importe donc d'examiner comment se formait le mariage, abstraction faite de la *manus*. On a soutenu que c'était par le seul consentement, par un simple pacte (*nudo consensu*). Dans ce système, la cohabitation, la *deductio in domum mariti* n'auraient rien eu d'obligatoire pour la perfection du mariage. Quant aux *instrumenta dotalia*, ils n'ont jamais été qu'un moyen de preuve.

D'autres, comme M. Ortolan, voient dans le mariage romain un contrat réel. « Quand le mariage est arrêté, « que le jour, que le moment fixés sont venus, que « tout le monde consent à ce qu'il existe et que, « cependant, il y manque encore quelque chose, que « le consentement ne suffit pas à le compléter », ce

1. DESFORGES, *Étude historique sur la formation du mariage*.

2. GAI, *com.*, I, 144, 59. CICÉRON, *Pro Murena*, 12. Voir VEHRING, *Privatrecht*, p. 443.

qui manque ne peut être que la remise de la jeune fille à son mari. Pour ces auteurs, le consentement doit être complété par la tradition de la femme. Elle doit être mise physiquement à la disposition de son mari. Il n'est cependant pas nécessaire que le mariage soit consommé, dans le sens spécial que le droit canonique attache à ce mot, car Paul fait remarquer qu'une femme peut être veuve et néanmoins vierge (1). Ce n'est donc pas le consentement qui forme le mariage ; il n'en est qu'un des éléments constitutifs.

Enfin, dans un troisième système, le mariage n'est ni un contrat se formant *solo consensu*, ni un contrat réel. Il est, pour sa formation, abandonné à la libre volonté des parties. Que deux personnes, légalement capables de se marier, vivent ensemble comme mari et femme, se donnant les noms de *dominus* et *domina*, le mariage se trouve réalisé. Ce qui le constitue, c'est une possession d'état, c'est une certaine pratique de vie, c'est *un rapport continu entre deux existences* (2), et la question de savoir à quel moment il s'est accompli n'est pas une question de droit, mais une question de fait.

La question de la formation du mariage romain ne nous regarde qu'incidemment. Elle est encore vivement controversée (3).

Quel que soit le système admis, la manifestation du consentement n'était pas soumise à des formalités particulières. « Le mariage romain n'exige ni solennité de formes (4) ni intervention d'une autorité

1. L. 7, *de rit. nupt.*

2. M. LABBÉ, *App. II; Inst. d'Ortolan. Sic.*, JAHAN, *op. cit.*

3. Voir ROSSBACH, *op. cit.*, 335 et s.

4. Sauf pour l'acquisition de la *manus*, on l'a vu.

« quelconque, soit civile, soit religieuse » (ACCARIAS, *Précis*, p. 177) (1).

Cependant, sous les empereurs chrétiens, l'usage de faire bénir le mariage par l'autorité ecclésiastique s'introduisit et finit par devenir obligatoire sous Léon-le-Philosophe (2). L'intervention nécessaire de l'église ne fit que s'affirmer sous l'influence grandissante du droit canonique. Les canons du concile de Trente devaient plus tard préciser le rôle du pouvoir ecclésiastique et le réglementer (3). Depuis Léon-le-Philosophe, le consentement doit être exprimé avec une certaine solennité et entouré de formalités religieuses. Dès lors, nul ne peut plus prétendre, dans aucune opinion, que le mariage se forme *NUDO CONSENSU*.

1. *Sic.*, ROSSBACH. *op. cit.* VEHRING, *Privatrecht*, 439. *Si donationum ante nuptias, vel dotis instrumenta defuerint, POMPA ETIAM ALIAQUE NUPTIARUM CELEBRITAS omittatur nullus existimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem.* — Constitution de Théodose et Valentinien (L. 22, C., I. V, t. IV).

2. SAINT AMBROISE, *Épître à Virgile*, n° 7.

3. *Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit.* (Conc. de Trente, 1545-1563, sess. 24, can. 14).

## CHAPITRE II

### DU CONNUBIUM ABSOLU ET RELATIF.

Nous avons ainsi examiné les obstacles au mariage résultant de l'incapacité perpétuelle ou temporaire d'engendrer ou de concevoir (impuberté, impuissance, castration, vieillesse), et du défaut de consentement, soit des intéressés eux-mêmes, soit des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent au moment du mariage.

Il peut cependant arriver, avons-nous dit, que telle personne, quoique pubère, soit empêchée de se marier, soit d'une manière absolue, soit avec telle ou telle personne déterminée. Dans le premier cas, le *connubium absolu* lui fait défaut; dans le second, il lui manque le *connubium relatif*.

#### SECTION I. — DU CONNUBIUM ABSOLU.

N'ont le *connubium* avec qui que ce soit, quoique pubères et munis des consentements requis :

1° Celui qui n'est pas citoyen romain. Nous n'avons pas à revenir sur ce point, déjà exposé (voir introduction).

2° Celui qui est engagé dans les liens d'un premier mariage non dissous.

3° La femme pendant un certain délai après son veuvage (délai de viduité).

4° L'époux divorcé dans certaines hypothèses.

5° Les personnes qui ont fait vœu de chasteté.

6° La femme adultère (1).

7° L'affranchie, dans une hypothèse.

§ I. — Existence d'un premier mariage non dissous.

Tandis que la polygamie était reconnue et pratiquée par un grand nombre de peuples anciens, les Romains furent certainement monogames.

Toutefois un passage de Suétone (2) semble établir que Jules César, pour augmenter le nombre des naissances, aurait eu le projet de permettre, par une loi, aux citoyens de prendre le nombre de femmes qu'ils voudraient. L'assassinat du dictateur survint et empêcha l'exécution de ce projet. D'après Panckoucke, cette loi ne devait être faite que pour César et n'aurait pu être invoquée que par lui. Pothier considérait au contraire qu'elle aurait été applicable à tous les citoyens.

Les historiens ecclésiastiques, Socrate et Nicéphore, rapportent qu'une disposition analogue fut promulguée par Valentinien-le-Jeune ; mais elle limitait à deux le nombre des femmes que pouvait prendre chaque citoyen. L'existence de cette constitution n'est confirmée par aucun autre texte. Il est donc permis de révoquer

1. L'adultère forme tantôt un empêchement *absolu*, tantôt un empêchement *relatif*.

2. SUÉTONE, *Vie de César*, C. LII

en doute, sinon son existence, du moins sa mise en vigueur (1).

Quel qu'ait été le sort de ces deux tentatives législatives pour introduire la polygamie à Rome, il est certain que, soit à l'époque classique, soit sous Justinien, elle était interdite sous des peines sévères. Les textes suivants, l'un tiré des commentaires de Gaius, l'autre du Code de Justinien suffisent à le prouver :

*Eadem duobus esse non potest, neque idem duas uxores habere* (GAIUS, *Com.* I, § 63.) *Neminem qui sub-ditione sit romani nominis binas uxores habere posse, vulgo patet* (L. 2, *de inc, et in. nupt.*, C. I. V, t. V).

Des pénalités frappaient non seulement celui ou celle qui se mariait, étant encore engagé dans les liens d'un précédent mariage, mais même le *paterfamilias* qui donnait son consentement ou seulement qui ne s'opposait pas à une union contractée en violation de ce consentement. Les uns et les autres étaient notés d'infamie (cependant cette peine ne fut étendue que plus tard aux femmes bigames) (2). Mais, si un *filius familias* n'a fait qu'obéir aux injonctions de son père en se mariant, il échappe à l'infamie (L. 1, *de his qui not.* D. I. III, t. II, L. 13, § 2, *eod. tit.*).

L'esprit de la législation romaine est de punir la tentative de cette infraction, alors même qu'elle n'a

1. Sic., POTHIER, *Pand. Just. ad tit. ad legem Juliam de de adulteris*, n° 76. Voir : SOCRATE, *Historiæ eccles.*, IV, 30. NICÉPHORE, *Hist. ecclés.*, II, 33.

2. En effet, jusqu'à la loi *Julia*, les femmes ne jouissant d'aucun des droits auxquels une sentence d'infamie portait atteinte, n'avaient pas à redouter des déchéances sans sanction. Mais cette loi ayant prohibé à l'avenir le mariage de tout homme libre avec une femme notée d'infamie, cette déchéance eut une sanction à l'égard de l'un et l'autre sexe et fut désormais applicable aux femmes comme aux hommes.

reçu qu'un commencement d'exécution. C'est ainsi que la sanction rigoureuse qui la réprime s'applique au père qui a permis à son fils d'avoir deux fiancées ou une épouse et une fiancée (1).

Elle frappe également celui qui a contracté deux mariages, même si l'un des deux est entaché de nullité. C'est donc l'intention que l'on punit (2). Cette dernière disposition n'offre d'intérêt que lorsque c'est le premier mariage qui est nul. Autrement, il n'y a qu'une simple application du droit commun, car l'existence du premier mariage entraînait la nullité du second. Plus tard, la bigamie donna même matière à une action criminelle pour *stuprum* (3).

Il importe donc de préciser le moment où, une première union, prenant légalement fin, l'un ou l'autre époux peut régulièrement convoler en secondes noces.

Les causes de la dissolution du mariage sont : la mort, le divorce et la servitude.

Nous n'avons rien à dire de la première.

Quant au divorce, il faut remarquer que pendant longtemps la répudiation ne fut pas entourée de formalités spéciales. On considérait le second mariage comme une répudiation tacite du premier. Il n'y avait donc pas alors de bigamie pour l'homme, puisque le premier mariage ne subsistait que jusqu'à la conclusion du second.

Les inconvénients que pouvait présenter cet état de choses amenèrent le législateur à établir un ensemble de formalités pour le divorce et la répudiation (loi *Julia*).

1. L. 13, §§ 1, 2, 3, *eod. tit.*

2. L. 13, § 4, *eod. tit.*

3. L. 18, *Cod. ad leg. jul. de adul.*, l. IX, t. IX.

La répudiation dut être expresse et ne résulta plus d'un simple convol. Les cas de bigamie purent, dès lors, se présenter fréquemment.

Le troisième mode de dissolution du mariage, la servitude, nous arrêtera plus longtemps.

S'il s'agit d'une servitude indiscutable et perpétuelle, aucun doute n'est possible. On sait que l'homme libre qui se laissait vendre comme esclave pour participer au prix (*ad pretium participandum*) et revendiquer ensuite sa liberté, fut, depuis une certaine époque, réduit effectivement en esclavage (1). Dans cette hypothèse, son mariage était certainement rompu à partir de l'instant où la vente était intervenue. Dès ce moment son conjoint pouvait valablement convoler, sans risquer de voir sa seconde union frappée de nullité et d'encourir lui-même les peines de la bigamie. Il en était de même lorsque l'affranchi redevenait esclave par suite d'ingratitude envers son patron (2). La liberté que pouvait recouvrer par un affranchissement postérieur l'un ou l'autre de ces esclaves n'aurait eu aucun effet rétroactif. Leur mariage était donc irrévocablement dissous.

La question devient plus délicate lorsque l'esclavage provient de la captivité.

Dans cette hypothèse, la fiction du *postliminium* (dont nous avons exposé sommairement le mécanisme subtil et complexe en traitant du consentement du *paterfamilias* au mariage de son descendant) est écartée.

Le citoyen devient esclave par la captivité, et la dissolution de son mariage en résulte IRRÉVOCABLEMENT.

1. *Institut.* I, III, 4.

2. L. 5, *pr. de jure patron.* D. L. XXXVII, t. XIV, D.

Même si plus tard il revient à Rome, s'il recouvre, par la fiction du *postliminium*, la liberté, la cité, la puissance paternelle, s'il est relevé des déchéances qui l'ont frappé par l'effet de la captivité, son mariage reste néanmoins définitivement anéanti. Nous examinerons dans un instant les motifs de cette anomalie. Auparavant, il faut remarquer que l'inapplicabilité du *postliminium*, au mariage est confirmée par des arguments de texte irréfutables et ne peut être mise en doute. D'abord, Paul assimile formellement la captivité à tout autre cause d'esclavage et déclare que, quelle que soit l'origine de l'état de servitude où un citoyen a été réduit, elle entraîne la dissolution du mariage. *Dirimitur matrimonium divortio, morte, CAPTIVITATE VEL ALIA CONTINGENTE UTRIVS EORUM* (L. 1, *De divort.*, D.). Dans la l. 56 (l. XXIV, t. III). Paul décide que le mariage doit être considéré comme dissous et la dot restituée lorsque la femme a été réduite en captivité, tout aussi bien que lorsqu'elle a été déportée ou réduite en esclavage. La l. 8, *de captivis et postl.* (L. XLIX, t. XV) établit explicitement cette différence entre la puissance paternelle détruite par la captivité sous la condition suspensive du *postliminium* et le mariage définitivement dissous. *Non ut a patre filius, ita uxor a marito jure postliminii recuperari potest...* La puissance paternelle peut renaître, le mariage ne le peut pas (voir l. 12, § 4 et 14, § 1, *eod. tit.*).

Examinons maintenant quelles sont les raisons qui ont amené les Romains à soustraire le mariage à l'application du *jus postlimini*, tandis qu'il pouvait être invoqué par le captif de retour pour recouvrer avec rétroactivité la puissance paternelle, le pouvoir domical, la tutelle, les institutions d'héritier ?

Voici l'explication que l'on donne de cette différence de solutions dans des hypothèses qui paraissent cependant présenter la plus grande analogie. La loi peut, par une fiction, réputer un droit rétroactivement conservé. Mais un fait matériel, qui a été effectivement anéanti, ne peut revivre, même en vertu d'une fiction. Le *postliminium* peut donc bien s'appliquer à la jouissance d'un droit tel que la puissance paternelle ou la tutelle, car elles ne nécessitent aucune cohabitation, elles existent, indépendamment de tout exercice. A l'inverse, le mariage suppose une réunion effective des époux (*affectio maritalis, vitæ consuetudo*). Dès que cette réunion est rendue impossible, il ne peut subsister (1).

Cette justification est un peu subtile, elle s'appuie cependant sur la notion romaine du mariage qui exigeait pour sa validité persistante une *habitude de vie* (*consuetudo vitæ*), à la différence du droit moderne qui le considère comme prenant naissance dans un acte unique : la manifestation solennelle du consentement, indépendamment de tous actes postérieurs. Elle est en outre, confirmée par deux textes du titre de *capt. et postlim.* (L. 12, § 6 et l. 14, § 1. C. l. XLIX, t. XV), dont le sens est le suivant : les lois peuvent faire acquérir ou conserver rétroactivement par une fiction, la jouissance d'un droit, mais les faits ne peuvent être modifiés par une fiction.

1. C'est ainsi qu'il devra recommencer une possession nouvelle, car la possession qu'il avait avant sa captivité est anéantie. La nouvelle peut avoir un caractère différent de la première. La première possession était *vitiosa*, la seconde peut ne pas l'être. *Sic.*, ACCARIAS, I, p. 102. — L. 23, § 1, XLI, 2.

Enfin, Marcien rapporte un rescrit de Septime Sévère et de Caracalla, qui corrobore ce qui précède. Deux époux sont faits prisonniers ensemble, et la femme accouche chez l'ennemi. Si postérieurement, le père, la mère et l'enfant reviennent à Rome, la fiction du *postliminium* s'appliquera à ce mariage. Le fils sera donc *justus* et la puissance paternelle s'exercera valablement sur lui. Mais, si l'enfant revient avec sa mère seule après que le père est mort, il est considéré comme né hors mariage par application de la loi *Cornelia de falsis* (*quasi sine marito natus*), et il est réputé *spurius* (1). En effet, le mari est censé être mort au moment où il a été fait captif.

Cette décision de Septime Sévère, pour le cas où, les deux époux étant faits prisonniers, leur union persiste, est concordante de tous points avec les textes des jurisconsultes et les solutions qu'ils donnent lorsqu'un seul des époux est fait prisonnier.

On peut donc conclure que la captivité d'un des époux dissout irrévocablement les liens du mariage, quels que soient les événements postérieurs (2).

Si le captif a pu rentrer à Rome, il devra donc, pour reprendre la vie commune, (pourvu que son conjoint n'ait pas convolé), conclure un mariage nouveau (3). Toutefois la l. 8 *eod. tit.*, vient atténuer la rigueur de cette conséquence : si la femme se refuse sans bonne raison (*nulla causa probabili interveniente*) à reprendre les rela-

1. L. 25, *eod. tit.*, D. voir ORTOLAN, *Instituts*, III<sup>e</sup> éd., p. 558, t. I., et l. 49, L. XV, t. XVIII.

2. *Contra*, VILLEQUEZ, *De l'absence en droit romain et sous l'ancien droit. Revue historique*, t. II, p. 229.

3. L. 14, *eod. tit.*, D.

tions interrompues, elle encourra les peines qui l'auraient frappée s'il y avait eu divorce prononcé par sa faute.

*Des délais imposés au conjoint, dont le mariage a été rompu, pour se marier (hors le cas de viduité).*

Des constitutions impériales vinrent porter remède à la situation digne d'intérêt du captif. Il était inhumain de permettre à son épouse de se remarier le lendemain même du jour où celui-ci avait été réduit en servitude. Aussi lui imposa-t-on un délai pour convoquer valablement.

On a beaucoup discuté sur l'époque de ces changements législatifs : se fondant sur deux textes, l'un de Paul (1), l'autre de Julien (2), les commentateurs du Digeste ont longtemps soutenu que le délai était déjà obligatoire du temps des jurisconsultes classiques.

*Non ut a patre filius, dit Paul, ita uxor a marito jure postliminii recuperari potest : sed tunc cum et voluerit mulier, et ad hoc alii POST CONSTITUTUM TEMPUS nupta non est. Quod si noluerit NULLA CAUSA PROBABILI INTERVENIENTE, pœnis dissidii tenebitur.*

Julien s'exprime dans le même sens et indique quelle était la durée de ce *constitutum tempus*. *Uxores eorum qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptarum locum retinere, eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec*

1. L. 8, eod. tit., D.

2. L. 6, D, l. XXIV, t. II.

*certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad alium matrimonium : nisi mallerent ipsæ mulieres causam repudii præstare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte præventus, tunc si QUINQUENNIO a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias : ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum jus habeat imminutum : eodem jure et in marito in civitate de gente, et uxore captiva observando.*

Quoique ces textes semblent établir, pour l'époque classique, la nécessité d'un délai à observer par le conjoint du captif, pour pouvoir se remarier, Cujas a fait remarquer qu'ils ont certainement été interpolés. Ils contiennent des tournures helléniques, dit-il, qui ne peuvent être attribuées à des jurisconsultes tels que Julien ou Paul, et doivent être l'œuvre de Tribonien (*plane redoleant stylum Triboniani*). Cujas corrige et reconstitue la loi 6, *de divortis*, en la rapprochant de la loi 45, § 6, *de ritu nuptiarum*, d'Ulpien. Dans cette loi, ce jurisconsulte se demande si l'affranchie, mariée à son patron, peut convoler, lorsque celui-ci vient à être fait captif. Or, Julien, dit-il, lui refusait ce droit. Il est donc de plus vraisemblable, conclut Cujas, que, dans la loi 6, *de divortis*, qui est de Julien, il aurait écrit : *Uxores PATRONORUM qui in hostium potestate sunt*.... Plus tard, lorsque Tribonien fut chargé par Justinien de la rédaction du Digeste, il aurait voulu mettre d'accord ce texte avec l'état de la législation sous ce prince, et l'aurait généralisé en le transcrivant ainsi : *UXORES EORUM QUI*..... au lieu de *UXORES PATRONORUM QUI*.... Le membre de phrase :

*post constitutum tempus* dans la loi 8, *de captivis*, aurait été également ajouté après coup pour le même motif.

Cette reconstitution de ces deux textes d'après Cujas nous paraîtrait toutefois sujette à critique si elle ne se fondait que sur l'argumentation tirée de la loi 45, § 6, *de nuptiis* et sur les tournures helléniques des lois 6, *de divortiis*, et 8, *de ritu nuptiarum*. Mais elle trouve un point d'appui sérieux dans la Nouvelle XXII, c. VII : *Tunc quinquennium, dit l'Empereur, expectandum est sive a viro, sive a muliere : post quod, sive manifestum de morte fiat, sive incertum maneat, nubere licebit sine periculo : hoc enim et in nuncupatis bona gratia transactionibus, A PRÆCEDENTIBUS connumeratum est : nos quoque in hoc consentimus.*

Justinien reconnaît donc que les dispositions législatives édictées dans la loi 6, *de divortiis*, et dans la loi 8, *de ritu nuptiarum*, ont été introduites soit par lui, soit par les empereurs précédents (*a præcedentibus*). On pourrait cependant soutenir, si on n'avait que le texte latin des Nouvelles, que le mot PRÆCEDENTIBUS pourrait s'entendre des jurisconsultes qui l'ont précédé et non des empereurs. Mais le texte grec emploie une expression qui ne peut prêter à l'équivoque : *παρὰ τῶν προηγουμένων*.

Il est donc à peu près certain que les délais imposés au conjoint du captif pour le convol sont l'œuvre des empereurs qui ont précédé Justinien, sans qu'on puisse, faute de documents, fixer les dates exactes de ces innovations législatives. Elles ne devaient pas exister à l'époque classique.

On sait cependant, dans un ordre d'idées analogues,

que Constantin défendit aux femmes des militaires de se remarier avant un délai de quatre années, délai dont le point de départ était fixé aux dernières nouvelles. Il fallait, en outre, qu'elles fissent connaître leur volonté au lieutenant (*legatus*) qui commandait à leur mari, et qu'elles fussent de bonne foi (1). Justinien porta le délai à dix ans et ne permit le convol de la femme que lorsque les officiers attestaient sous la foi du serment la mort du soldat. Si ces formalités ne sont pas remplies, les conjoints encourent les peines de l'adultère (2).

Le conjoint du captif, sous Justinien, pouvait se marier au bout d'un délai de cinq ans, à moins que l'on ne connût d'une façon certaine l'existence de ce dernier, auquel cas le conjoint encourait les peines du *dissidium*.

Léon-le-Philosophe entourait le mariage du captif de plus de garantie. Ce prince ne permit le second mariage de son époux que si la mort du prisonnier était prouvée, selon les règles établies par Justinien relativement aux militaires en expédition (3).

Une autre cause d'esclavage était la condamnation à certaines peines. La rupture du mariage en résultait

1. Voir L. 7, *de repud.*, D, l. V, tit. XVII.

2. *Novel.* CXVII, C. II. *Novel.* XXII, C, XIV.

3. *Novel.* CXVII, C. XI. Montesquieu critique l'exigence de cette loi : Justinien, dit-il, avait en vue l'indissolubilité du mariage, mais on peut dire qu'il l'avait trop en vue. Il demandait une preuve positive lorsqu'une preuve négative suffisait ; il exigeait une chose très difficile, de rendre compte de la destinée d'un homme éloigné et exposé à mille accidents ; il présumait un crime, c'est-à-dire la désertion du mari, lorsqu'il était si naturel de présumer sa mort. Il choquait le bien public en laissant une femme sans mariage ; il choquait l'intérêt particulier en l'exposant à mille dangers. *Esprit des lois*, L. XXVI, Ch. IX.

nécessairement, le condamné devenant esclave de la peine (*servus pænæ*). Il en était ainsi de la condamnation aux bêtes (*ad bestias*), aux mines (*in metallum*) (1).

Mais d'autres n'entraînaient comme conséquence que la *media capitis deminutio*, et celui qui en était frappé ne devenait pas esclave. Son mariage sera-t-il néanmoins dissous comme dans l'hypothèse précédente ? Non ; mais le *connubium*, qui ne peut exister qu'entre citoyens, n'existe plus, peut-on répondre. Sans doute, aussi n'y aura-t-il plus *justæ nuptiæ* dans cette situation, mais *mariage du droit des gens*.

Or le mariage du droit des gens, à la différence du concubinat, est un véritable mariage ; de plus, il est une *causa dotis* suffisante (2) ; il suppose l'*affectio maritalis* (3).

Aussi, d'après Savigny, la dot, dans cette hypothèse spéciale, subsistait. Plusieurs textes, d'ailleurs, prouvent que le mariage n'était pas rompu par l'effet d'une condamnation n'entraînant pas la servitude de la peine (par exemple la déportation). *Quod si deportata sit filiafamilias, Marcellus ait (quæ sententia et vera est) non utique deportatione dissolvi matrimonium : nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet, et virum mariti affectionem, et mulierem uxoris animum retinere.* (ULP. *ad Edictum*. L. 5, § 1, D. I. XLVIII, t. XX. Voir aussi L. 13, § 1, D. L. XXIV, t. 1 ; L. 1, *de repud.*, C. L. V, t. XVII ; L. 24. *De don. int. vir et ux.* C. L. V, t. XVI).

La *relegatio in insulam*, qui devait remplacer l'ancienne interdiction *aqua et igni*, ne portait aucune atteinte au mariage, car elle n'enlevait pas la liberté ni la cité.

1. *Inst. Justin.*, § 3, lib. I, t. XII. — L. 29, D., L. XLVIII, t. XIX.

2. *Cic. Top.* 4. 20 ; BÉCE sur ce passage ; ORELLI, t. V, I, 394.

3. *Sic.*, SALOMON, *Du mariage du droit des gens*, p. 125.

4. Tome II, p. 158, note m.

Enfin Justinien décida, par la Nouvelle XXII, c. 8, que le condamné *ad metallum* ne deviendrait plus *servus pœnæ*. Son mariage restait donc intact. Cependant les affranchis retombaient en esclavage, car pour pouvoir invoquer le bénéfice de la Nouvelle, il fallait être *ab initio bene natus*, c'est-à-dire ingénu.

Depuis ce prince, la captivité, l'absence, la condamnation à une peine entraînant des déchéances de droit n'annulent donc plus que dans des cas très-rares et limitativement déterminés le mariage du captif, de l'absent ou du condamné. Même dans les hypothèses exceptionnelles où il est réputé dissous, des délais à observer et des conditions restrictives (serment des officiers pour le militaire, etc...) vinrent empêcher le convol précipité et inconsideré de leur conjoint.

### § 2. — Du délai de viduité.

La veuve devait observer un certain délai avant de se remarier. Cette prescription serait due, d'après Plutarque, au roi Numa Pompilius (1).

Ce délai, d'abord de dix mois, fut porté à douze par Gratien, Valentinien et Théodose (2). On a discuté sur les motifs législatifs de cette disposition.

La raison de douter provenait de ce que le délai de viduité était le même que celui fixé pour le deuil du mari. Dès lors, fallait-il ne voir dans le premier qu'une dépendance du second, qu'une prohibition fondée sur une raison de convenance? Peut-être cette con-

1. *Vie de Numa*.

2. L. 1, *de sec. nupt. C. th.* III, VIII. — L. 2, *de sec. nupt.*, C., l. V, t. IX.

sidération eut-elle une certaine influence, mais la raison déterminante est autre. Les jurisconsultes romains l'indiquent : on a voulu éviter la *confusion de part* : *Non audente muliere ante anni lapsum in aliud respicere matrimonium*, PROPTER GENERATIONIS AUT SEMINIS INCERTUDINEM (1) ... *nubendi post annum NE QVIS DE PROTET DUBITET...* (2) *propter turbationem sanguinis* (3). Si, en effet, on avait permis à la veuve de se remarier très peu après la dissolution de son mariage, des doutes auraient pu s'élever sur la paternité de l'enfant, né dans un certain délai après la dissolution. Devait-on l'attribuer au défunt, devait-on l'attribuer au second mari ?

Les arguments suivants prouvent que ce point de vue a bien été celui qui présida à l'établissement de cette règle. D'abord ce délai n'est obligatoire que pour la femme veuve. L'homme est libre de prendre une seconde épouse immédiatement après la mort de la première (4). Pourquoi aurait-on établi cette différence entre l'homme et la femme s'il ne s'était agi que d'une question de convenance ?

De plus, la femme est dispensée dans certains cas du devoir de porter le deuil de son époux. Par exemple, s'il s'est suicidé pour échapper à une condamnation pour trahison capitale (*perduellionis*). (L. II, § 3, l. III, t. II, D). Mais elle n'en n'est pas moins tenue d'observer le délai de viduité, preuve que ce délai est indépendant du deuil. Il se peut même que l'obligation de porter le deuil survive à l'obligation de respec-

1. L. 53, *De episc. et cler.*, C. L. I., t. III ; L. 8, § 4. C. I. V, t. XVII.

2. L. 9, *De his qui not. D.*, l. III, t. II.

3. L. 11, § 1, *eod. tit.*

4. L. 9, D. L. III, t. II.

ter le délai: si la veuve accouche à un moment quelconque, elle peut se remarier immédiatement (1). Enfin une constitution de Théodose et de Valentinien défendit à la femme divorcée de se remarier pendant un an, *ne quis de prole dubitet*, s'il existe un motif légitime de divorce, sinon pendant cinq ans (2).

La sanction de cet empêchement était l'infamie. Mais l'inobservation par la veuve du délai prescrit n'entraînait jamais la nullité du second mariage (3). Il y avait donc là un véritable empêchement prohibitif.

L'infamie était prononcée contre le père qui, au mépris de la loi, ne s'était pas opposé au convol de sa fille avant l'expiration du délai, contre le père qui avait souffert que son fils épousât une veuve avant les dix mois prescrits, et contre le second mari. Ce dernier pouvait, en effet, être considéré comme complice (4). Toutefois, s'il y avait erreur de fait, l'infamie n'était pas encourue. Était aussi dispensé de la peine celui qui ne s'était pas marié librement, par exemple le fils de famille qui n'avait fait qu'obéir aux ordres de son père (5).

Il semble que la femme devrait être la première mentionnée parmi les personnes qui sont notées d'infamie. Cependant les textes la passent sous silence. Cette omission a lieu de nous étonner d'autant plus que nous avons vu que, depuis une certaine époque, l'in-

1. Ulpien approuve cette opinion. L. 11, § 2, D. L. III, t. II.

2. L. 86, l. V, t. XVII, C. voir § suivant.

3. Voir l. 1, C., l. V, t. IX. Cette loi parle, en effet, de la dot de la femme remariée avant l'expiration du délai. Le fait qu'il y a dot, nous l'avons dit, indique que le mariage n'est pas nul.

4. L. 1. D. L. III, t. II. L. 15. C. L. II, t. XII.

5. L. 12. D. L. III, t. II.

famie pouvait frapper les femmes et leur faire encourir des déchéances (la loi *Julia* prohibait, en effet, le mariage d'un homme libre avec une femme frappée d'infamie). Cependant Savigny a donné une explication très-satisfaisante de cette lacune : après la promulgation de la loi *Julia*, le préteur dut comprendre dans la liste des personnes infâmes la veuve remariée avant l'expiration du délai. Cette dernière est formellement indiquée dans les fragments du Vatican parmi les personnes notées d'infamie.

Mais Justinien, en abrogeant la loi *Julia*, la rendit inapplicable aux femmes. Aussi, en insérant au Digeste l'édit du préteur qui indiquait les causes d'infamie, a-t-il tenu compte des modifications législatives qui s'étaient opérées sous son règne et a-t-il passé la femme elle-même sous silence. On lit, en effet, dans la loi I au titre des *his. qui not. inf.* D. (L. III, t. II) : *Prætoris verba dicunt : Infamia notatur... qui eam quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit : eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est : et qui eum quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.*

« On aurait dû, à la rigueur », dit Savigny, « ne pas  
 « laisser de trace de ces dispositions abrogées par  
 « l'Empereur dans les fragments des jurisconsultes ou  
 « les constitutions impériales. Si le contraire est ar-  
 « rivé, cela s'explique suffisamment par la manière  
 « dont ont été ordonnées et exécutées les compilations,  
 « et par l'analogie, en nombre d'autres matières, sans  
 « que l'on puisse inférer de ces circonstances des dou-

« tes sur les conclusions que nous venons de tirer des « faits historiques » (1).

D'autres sanctions vinrent, sous les empereurs chrétiens, s'ajouter à l'infamie et frapper la femme qui s'était remariée au mépris des prohibitions relatives aux délais de viduité à observer. Aux termes d'une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, insérée au Code de Justinien (1, 2, *De secundis nuptiis*), elle perd tout ce qu'elle a reçu des biens de son mari, soit *jure sponsalium*, soit à titre testamentaire.

Des restrictions à la faculté de disposer en faveur du second mari sont établies en même temps : elle ne peut lui donner en dot ou lui laisser par testament plus du tiers de ses biens. Les legs, les fidéicommiss, les donations à cause de mort, faits par des tiers en sa faveur, sont nuls (*omnium præterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum suprema voluntate relictorum mortis mortis causa donationum sit expers*). Il ne lui est permis de revendiquer une hérédité *ab intestat*, suivant le droit civil ou le droit prétorien (*bonorum possessiones*) que si elle est parente rapprochée du défunt.

Ces sanctions sévères furent appliquées par Justinien à la veuve qui a accouché pendant le délai, s'il est prouvé que l'enfant est né des œuvres d'un autre que le défunt (voir Novel. XXXIX, cap. 2).

Gratien, Valentinien et Théodose permirent de relever les femmes de ces déchéances dans certaines hypothèses (voir l. 4, *ad sen. cons. Tertul.* C. l. VI, t. LVI).

1. *Traité de droit romain.*

## § 3. — Du divorce.

Il est curieux de ne rencontrer aucune disposition dans les fragments des jurisconsultes, qui indique l'existence d'un délai à observer après le divorce pour pouvoir légalement convoler, tandis que, comme on l'a vu, un délai de dix mois (porté plus tard à douze), était imposé à la veuve. N'y avait-il pas, en effet, même raison de craindre la *turbatio sanguinis*, la confusion de part dans les deux cas? Il est à peu près certain que, avant les constitutions des empereurs chrétiens, le divorce n'était pas susceptible de produire un empêchement au mariage. Les constitutions impériales vinrent, à partir de Constantin, sous l'influence des doctrines ecclésiastiques sur l'indissolubilité du mariage (1), restreindre dans des limites étroites la faculté de divorcer et sanctionner leurs décisions par des pénalités. C'est depuis cette époque que le divorce constitue dans certains cas un empêchement, soit perpétuel, soit temporaire. Avant ce prince, il était l'œuvre du bon plaisir, du caprice des époux ou de l'un d'eux (2). Il en

1. « Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni. » Paroles attribuées à Jésus-Christ par saint Mathieu (Ev. St Mathieu, chap. XIX, v. 6). Voir le commencement de ce chapitre dans lequel est exposée la doctrine de l'Église sur le divorce. A noter aussi le v. 9. « Mais je « vous dis, moi, que quiconque répudiera sa femme, si ce n'est pour « cause d'adultère, et en épousera une autre, *commet un adultère*; et « celui qui épousera celle qui a été répudiée commet aussi un adul- « tère. » La théorie de l'indissolubilité absolue des liens conjugaux a été conservée intacte par l'Église catholique, qui n'admet que la séparation de corps : *divortium a toro et mensa*.

2. Les Romains assimilaient, en effet, le mariage à une société, dont la loi ne peut assurer le maintien contre la volonté de ceux qui la composent. ACCARIAS, I, 219.

était résulté une profonde dégradation des mœurs ; et Sénèque put dire, avec raison, que les dames romaines en étaient arrivées à ne plus compter les années par le nombre des consuls, mais par le nombre de leurs maris.

Cependant, à partir d'Auguste, le divorce fut revêtu d'une forme solennelle (on exigea, entre autres, la présence de sept témoins romains et pubères)(1). Le mari était, de plus, autorisé à faire certaines *retentiones* sur la dot (*propter mores, propter impensas, propter liberos*). Il jouissait aussi, dans certains cas, de délais pour sa restitution. Mais ces mesures étaient loin de constituer une gêne sérieuse pour les répudiations.

Quels furent les moyens employés par les empereurs chrétiens pour diminuer le nombre considérable des divorces de l'époque classique ?

Ils commencèrent par en déterminer limitativement les cas, puis ils établirent des peines contre les contrevenants à leurs prescriptions. Ces peines consistaient tantôt dans des déchéances pécuniaires (2), tantôt dans une prohibition temporaire ou même perpétuelle de se remarier. Cette dernière mesure était en harmonie parfaite avec la doctrine rigoureuse du christianisme qui, on vient de le voir, considérait le convol après divorce comme un adultère (sauf dans les cas de divorce pour adultère de la femme).

Les premières de ces sanctions ne nous concernent pas ; la dernière (prohibition pour l'époux divorcé de se remarier) constitue un véritable empêchement au mariage qu'il importe d'étudier.

1. L. 9, *De divort*, D.

2. Notamment la perte de la donation anténuptiale ou de la dot.

Constantin, par une constitution promulguée en 331, condamna à la déportation la femme qui divorçait sans motif légal (1). Nous avons vu, en traitant de l'inexistence du premier mariage, que cette peine entraînait la *media capitis deminutio*. Le *connubium* n'existait plus. Dès lors, elle ne pouvait plus contracter de *justæ nuptiæ*. Si c'est le mari qui divorce sans raison, il doit lui restituer sa dot. Il lui est également défendu de se remarier. S'il viole la constitution en convolant, sa première femme peut s'emparer de toute sa fortune et même de la dot de la seconde épouse (*doctem uxoris lucrari*).

Honorius et Constans atténuèrent la sévérité de la constitution de Constantin en usant de distinctions (2).

*Première hypothèse* : L'un des époux a divorcé *sans aucun motif*. L'époux coupable est frappé d'une incapacité perpétuelle de se remarier. Quant à l'autre, il peut convoler immédiatement si c'est le mari, au bout d'une année si c'est la femme. Ici encore on craint la confusion de part.

*Deuxième hypothèse* : Le divorce a été demandé *ob morum vitia, culpas mediocres*. La durée de l'incapacité variera suivant qu'il s'agit de l'homme ou de la femme : Si le *repudium* a été envoyé par la femme, elle devient incapable de se remarier jamais ; s'il l'a été par le mari, celui-ci perd la faculté de se remarier pendant deux ans. Dès que la confusion de part n'est plus en question — or, c'est le cas dans notre hypothèse, puisque

1. L. 1, *de repudiis*, C. th., L. III, t. XVI. La femme ne pouvait divorcer, aux termes de cette Constitution, que pour trois motifs : si le mari était homicide, coupable d'empoisonnement ou violateur de tombeaux.

2. L. 2, *eod. tit.*

le délai le plus court est de deux ans — pourquoi établir cette inégalité dans la peine suivant le sexe du conjoint coupable ? Il n'existe guère de bonne raison à en donner théoriquement. Nous pensons qu'il y a là une nouvelle application législative de l'influence grandissante du christianisme : or, cette religion défendait absolument la répudiation du mari par la femme, tandis qu'elle autorisait dans le cas d'adultère, la répudiation de celle-ci. L'esprit nouveau était incontestablement de voir d'un œil plus défavorable le divorce sous sa première forme que sous la seconde. C'est là la seule justification, plus ou moins plausible, que nous puissions donner de cette véritable anomalie.

*Troisième hypothèse* : Le divorce a eu lieu *ob graves causas* (pour un motif légitime). Le mari, si c'est lui qui en a pris l'initiative, peut se remarier immédiatement. La femme doit attendre cinq ans.

« Car, si elle se remarie au bout de ce délai », dit la constitution rapportée au Code Théodosien, « elle ne pourra plus être regardée comme ayant divorcé aux seuls fins d'en épouser un autre. Il est évident que son but a été de mettre fin à une union insupportable sans aucune arrière-pensée de convol ».

Théodose II et Valentinien III vinrent encore atténuer les règles établies par Constantin, Honorius et Constans. Leurs innovations, qui forment la L. 8 *de repudiis* C. (l. V. t. XVII), peuvent se résumer ainsi : augmentation du nombre des cas de divorce dits légitimes ; inégalité maintenue entre le mari et la femme, non d'une façon arbitraire, mais seulement dans la mesure où la nécessité d'éviter la confusion de part l'exigeait sauf dans un cas : si le mari, en effet, divorce en dehors

de ces causes, aucun délai ne lui est imposé, il peut se remarier immédiatement (1). Quant à la femme, elle n'est astreinte qu'à un délai d'un an, si elle établit une cause légale de divorce. Dans le cas contraire, elle doit attendre cinq ans à peine d'infamie et de nullité du second mariage (*connubium vero illud nolumus nuncupari. § 4. eod. tit.*) En outre, en cas de divorce sans cause légitime, des déchéances pécuniaires, analogues à celles établies par Constantin, frappaient l'épouse coupable.

Justinien aggrava les pénalités édictées par ses prédécesseurs contre la femme qui divorcerait sans motif. Elle dut être, par les soins de l'évêque, rasée et internée à vie dans un monastère (2). Par une novelle postérieure (3) la même peine fut étendue au mari.

*Divorce par consentement mutuel.*

Il faut maintenant examiner si des empêchements pouvaient résulter du divorce par consentement mutuel.

Anastase, en 497, permit à la femme divorcée par consentement mutuel, même en l'absence de cause légitime, de se remarier au bout d'un an (4).

1. Ce droit lui est formellement reconnu dans le cas où le divorce demandé par lui a une cause légitime. Comme nous sommes en matière pénale, fait-on remarquer, on ne peut, par *a contrario*, le lui enlever, si le divorce a été demandé sans cause légale. Ne pourrait-on pas cependant soutenir que les anciens délais établis par Constantin, par Honorius et Constans ont été maintenus implicitement ?

2. *Novel.*, C XVII, C., 8, 9, 13.

3. *Novel.*, C XXVII, C., 4.

4. L. 9, *de repud.*, C.

Justinien, après avoir laissé une entière liberté au divorce par consentement mutuel (Novel. XII), les réglementa sévèrement plus tard. Il ne le permit que dans un seul cas, celui où les époux voudraient vivre désormais dans la chasteté (1). (*Hoc de cætero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentiæ hoc fecerint*). Si l'un ou l'autre des époux convole, au mépris du vœu qu'il a formé, ses biens sont immédiatement recueillis par les enfants issus du mariage dissous, à leur défaut, par le fisc. Si tous les deux se remarient, les biens de l'un et de l'autre passent aux mêmes enfants.

L'empêchement créé par ce prince n'avait donc pour sanction que des peines pécuniaires.

Cette nouvelle porte la trace des préoccupations théologiques qui obscurcirent les dernières années de son règne.

Le divorce par consentement mutuel, rétabli par Justin Curopalata (Justin II), (2) disparut définitivement sous Léon VI.

Remarquons, en terminant, que ces restrictions au convol résultant du divorce étaient en opposition avec l'esprit général de toute la législation caducaire.

#### § 4. — De l'empêchement résultant du vœu de chasteté.

Si le célibat, comme institution légale ou religieuse, exista dans l'antiquité, on peut affirmer qu'il fut rare. Bien plus, les législateurs grecs et romains le combattirent à maintes reprises par des pénalités ou des dé-

1. L. 9 de repud C.

2. Novel., C XL.

chéances qui frappaient ceux qui ne se mariaient pas. C'est ainsi que Lycurgue soumettait les célibataires à des cérémonies humiliantes aux fêtes de Sparte, et que deux lois, sous Auguste, poussèrent au mariage par des récompenses et détournèrent du célibat par des peines pécuniaires.

Cependant les prêtresses de Vesta formaient exception. Elles devaient rester vierges pendant la durée de leur sacerdoce. La violation de ce vœu était punie rigoureusement : la vestale sacrilège était enterrée vive dans un caveau près de la porte Colline (1). D'après Plutarque, elles étaient déliées de leur vœu au bout de 30 ans. Un texte du Digeste (*L. 60 § 1., de don. int. viv. et uxor. D. L. XXIV, t. I*), en outre, paraît établir que la nomination aux fonctions sacerdotales, si elle ne condamnait pas au célibat, pouvait du moins amener le divorce : *Divortii causa donationes inter virium et uxorem concessæ sunt : sæpe enim evenit ut impropter sacerdotium, vel etiam sterilitatem*. Enfin, Tertullien nous apprend que le fait pour un mari d'autoriser sa femme à devenir prêtresse de Cérès amenait la dissolution du mariage d'un commun accord.

Voilà les seuls cas où la religion fût, à Rome, une cause plus ou moins certaine d'obligation au célibat.

L'Église chrétienne prit très vite le contre-pied des idées anciennes. Elle fit du célibat une vertu (2). Nous

1. Voir sur les détails des cérémonies qui entouraient ce supplice. PLUTARQUE, *Vie de Numa*, ch. XVII et XVIII, et TITE-LIVE, Liv. II, XLL, *in fine*, et Liv. VIII, XV.

2. Il faut d'ailleurs reconnaître, que, pour ceux qui se basent sur l'interprétation littérale des textes du Nouveau-Testament, la supériorité de l'état de chasteté sur l'état de mariage est formellement reconnue. Saint Mathieu fait dire au Christ : « Car il y a des eunuques

pensons que c'est l'influence de cette théorie nouvelle qui poussa les Empereurs chrétiens, Constantin d'abord, puis Justinien, à porter la main sur les lois d'Auguste dont nous venons de parler. Comment punir le célibat lorsque la religion l'ordonne ou du moins y voit un état préférable au mariage !

Les ordres sacrés formèrent de très bonne heure un empêchement au mariage, d'abord prohibitif, puis dirimant (1). De nombreux textes du Code, au titre de *episcopis et clericis*, prouvent en effet que, pendant longtemps, le mariage des individus engagés dans les ordres n'était pas frappé de nullité. La première disposition législative qui en fait formellement un empêchement dirimant est la constitution rendue en 530

« qui sont nés tels dès le ventre de leur mère ; il y en a qui ont été  
« fait eunuques par les hommes ; et il y en a qui se sont fait eunuques  
« eux-mêmes pour le royaume des Cieux. » (Év. St Mathieu, chap. XIX, v. 12)

1. L. 2 et 3, de rapt. vel matrim. sanctim., C. th., IX, XXV ; — l. 44, de episcop et cler., C. th., l. XVI, t. II ; — l. 5, 19, 44, 45, de episcop. et cler., C. Justin, l. I, t. III, et les nouvelles indiquées ci-après. En France, la jurisprudence est loin d'être constante sur le caractère de l'empêchement que constitue l'engagement dans les ordres. Il y a même en ce moment désaccord entre la Chambre des requêtes et la Chambre civile. A trois reprises différentes, en 1833, 1847 et 1878, la Chambre des requêtes a rejeté les pourvois formés contre des arrêts qui avaient considéré l'engagement dans les ordres sacrés comme constituant un empêchement *dirimant*. La Chambre civile, au contraire, à laquelle la question a été pour la première fois soumise le 25 janvier 1888, a décidé que le mariage étant permis à toute personne à qui la loi ne l'interdit pas formellement, et aucun texte de loi n'existant, ni dans le Code civil, ni ailleurs, qui l'interdise au prêtre catholique, le mariage par lui contracté est valable aux yeux de l'autorité civile. Le tribunal de la Seine, ayant eu à se prononcer sur la même question, le 19 mai 1888, s'est conformé à la jurisprudence de la Chambre civile. — Voir aussi les canons du concile de Latran (1123 à 1139) et du concile de Trente.

par Justinien (1) qui forme la loi 45 à ce titre : *Sacris canonibus neque Deo amantissimis præbyteris neque reverendissimis, aut subdiaconis nuptiâs contrahere post hujusmodi ordinationem permittentibus....*

Les enfants nés de ces unions contractées en violation des prescriptions de l'Église, désormais corroborées par le pouvoir séculier, sont déclarés bâtards et le mariage lui-même est frappé de nullité. Auparavant, la seule sanction était la déposition du clerc qui avait violé le vœu de chasteté. C'est ce que Justinien nous apprend dans le texte même de la loi 45 *de episc. et cler.* : *quoniam igitur pœna facinoris hujus in sola sacerdotis erat amissione.* L'empereur déclare qu'il veut que les prescriptions des canons des conciles soient observées à l'égal des lois et des constitutions impériales... *quod enim sacri canones prohibent, id etiam et nos per nostras abolemus leges...* Malgré le texte formel de cette constitution, on a argumenté des Nouvelles VI. c. V. c. XLII., aux termes desquelles les personnes engagées dans les ordres qui se marient n'encourent que la peine de la déposition (... *sacro statim cadat ordine ...* Nov. VI c. V), pour soutenir que Justinien avait abandonné la sanction rigoureuse de la nullité. Mais on fait remarquer que les Nouvelles ne parlent que des membres du clergé inférieur (*lectorum, canorum, psaltorum*), catégories de clercs à laquelle la Nouvelle V, c. VII permet de contracter un mariage valable.

On répond que cette dernière Nouvelle emploie une

1. Justinien favorisa de plusieurs manières le vœu de chasteté : c'est ainsi qu'après avoir presque entièrement supprimé le divorce par consentement mutuel, il le maintint dans un cas : celui où les époux voudraient finir leur existence dans la chasteté absolue (voir *suprà*, même section, § 3).

expression aussi énergique que possible : *PENITUS INTERDICIMUS*, qui semble faire de la cléricature un empêchement dirimant. Une autre opinion soutient que Justinien avait, en promulguant la loi 45 *de episcopis et clericis*, admis la nullité comme sanction, puis qu'il serait revenu dans les Nouvelles à édicter la seule peine de la déposition.

C'est à cette solution que nous nous rallions : les Nouvelles ne mentionnent aucunement la nullité, elles ne parlent que de la déposition. Il est d'ailleurs fort possible que l'Empereur ait adouci plus tard les pénalités qu'il avait reconnues, en pratique, trop rigoureuses. Quant à l'argument tiré des termes de la Nouvelle V. c. 8, il n'est pas probant, car elle ne nous paraît à aucun titre impliquer telle sanction plutôt que telle autre : la nullité plutôt que la déposition.

La Nouvelle CXXIII, c. 12, établit formellement que le fait d'être marié ne constitue pas un obstacle absolu à l'ordination (*Aut uxorem legitimam et ipsam unam et primam habentes...*) Sous la législation des Nouvelles, un prêtre se trouvait donc valablement marié, lorsqu'il l'était déjà au moment de l'ordination.

Notre opinion trouve encore un point d'appui dans ce texte : si, en effet, les Nouvelles maintiennent, dans un cas spécial, le mariage d'un clerc, ne peut-on pas en conclure que leur esprit général a été d'adoucir les mesures sévères établies par le Code ? Le Code prononçait la nullité de l'union et la déposition, les Nouvelles se contenteront de la déposition.

## § 5. — De l'adultère (empêchement absolu).

Le mot *adulterium* (1), à Rome, était pris dans une acception étroite qui diffère absolument de celle que nous donnons au mot français adultère : il impliquait le commerce illégal d'une femme avec un autre homme que son mari. L'homme n'est adultère que par complicité et seulement lorsqu'il entretient des relations avec une personne mariée. Donc, même si, étant marié lui-même, c'est avec une femme non mariée, il n'y a pas *adulterium* de sa part.

La loi *Julia de adulteris* (2), rendue sous Auguste, loi qui se rattachait, avec les lois caducaires, aux tentatives faites par ce prince pour régénérer les mœurs dissolues de l'époque et sauvegarder la pureté du foyer, réprimait l'adultère par des peines afflictives et pécuniaires et des déchéances civiles (3).

1. Les textes emploient souvent le mot *stuprum* au lieu du mot *adulterium*, notamment la loi *Julia*. Voir sur le sens spécial de ces deux termes : CHAILLEY, *l'adultère à Rome*, p. 8, Auxerre, 1882.

2. Avant cette loi, les peines de l'adultère étaient laissées, d'après l'opinion générale, à l'arbitraire des plaignants. CHAILLEY, p. 100 et s.

3. Les peines afflictives étaient, selon Paul, la relégation dans une île (*Paul Sent.*, II, 26, § 14). Un rescrit de Constantin le punit de mort (L. 30, § 1, *ad leg. Jul. de adult.*). Le complice était frappé des mêmes peines (*Paul. Sent.*, *ibid.*). On n'est pas d'accord sur la nature des peines pécuniaires qui étaient prononcées (voir l. 18, *De interd. et releg.*, D. ; L. 3, *de bonis damnat.*, D. ; L. 8, § 3, *eod. tit.* ; *Inst. Justin. de publicis judiciis*). Les déchéances civiles étaient l'incapacité de figurer dans un testament ou dans un *judicium publicum*. Le complice ne peut plus porter les armes. — Il est probable que d'autres déchéances, soit politiques, soit religieuses, qui ne nous sont pas parvenues, sanctionnaient ce délit.

En outre, le mari jouissait d'un privilège particulier pour les pour-

En outre, elle frappait la femme coupable d'une incapacité, tantôt absolue, tantôt relative de se marier. Nous n'avons pour le moment à nous occuper que de l'incapacité absolue. L'empêchement relatif que constituait l'adultère sera traité dans une autre partie de ce travail (1).

Il est à remarquer que, depuis la constitution de Constantin, qui punit l'adultère de la peine de mort, la prohibition du convol de l'épouse coupable n'offre que peu d'intérêt. Toutefois, si elle était l'objet d'une remise de peine, l'intérêt de l'empêchement fondé sur ce motif reparaisait.

Le mari de la femme coupable devait la répudier sur-le-champ, dès qu'il avait connaissance de l'adultère, sinon il encourait lui-même les peines du *lenocinium* (adultère) (2).

suites en adultère : par dérogation au principe romain, que les *judicia publica* étaient ouverts à tous les citoyens, il avait pendant soixante jours utiles, à partir de la signification du divorce à la femme, à la suite du délit, le droit exclusif d'intenter les poursuites. Aucune autre accusation ne pouvait prendre les devants. Ce droit était donc exercé *jure mariti* (PAPINIEN, l. 34, de rit. nupt., D). Le père jouissait d'un droit semblable. Une fois ce délai expiré, le droit commun reprenait son empire : toute personne pouvait poursuivre l'accusation. Si le mari intentait le *judicium publicum*, il n'agissait plus alors que *jure extranei* et ne jouissait plus d'aucun privilège. Il y avait un grand intérêt à savoir si le mari agissait *jure mariti* ou *jure extranei* en ce qui concernait l'*abolitio*. Si c'était *jure mariti*, il n'avait pas à redouter, en cas d'acquiescement, la *pœna calumnie*. Il pouvait sans danger abandonner les poursuites. Il n'en était pas ainsi lorsqu'il agissait *jure extranei* (voir plus bas ce que nous disons de l'*abolitio*). Le privilège reconnu au mari par le droit moderne est bien plus étendu que celui du droit romain : en France, l'adultère de la femme ne peut être dénoncé *que par le mari* (art. 336 C. pénal).

1. *Infrà*, même chap., Sect. 2<sup>e</sup>, § 2.

2. L. 41, § 10. D. l. XLVIII, t. V. — *Mos. et rom. leg. collat.*, t. IV, ch. XII, § 7.

La loi *Julia* ne prohibait absolument le convol de la femme adultère que lorsque le délit avait été non seulement découvert, mais poursuivi.

Il est nécessaire d'indiquer les diverses solutions qui pouvaient se présenter.

La femme a été simplement répudiée, mais aucune accusation n'a été formée contre elle. Le mariage avec toute personne lui est encore permis. « La femme divorcée d'avec son mari », dit Paul, « que celui-ci aurait pendant le mariage menacée d'une poursuite en adultère, a pu valablement se marier avec le prétendu complice d'adultère » (1).

Elle a été accusée et le procès suit son cours. Alors seulement le mariage est prohibé. Toutefois le décès du mari survenu pendant l'instance lui restitue son ancienne capacité. Cujas donne le motif suivant à cette exception : si l'instance n'aboutissait pas à une condamnation, il se pourrait que, vivant, le mari, convaincu de son innocence ou voulant lui pardonner, consentît à reprendre sa femme répudiée. Celui-ci décédé, cette dernière ne doit pas voir sa condition empirée par cette circonstance fortuite (*Hac ratione quia fieri potest, non secuta damnatione, ut maritus eam reducet*) (2).

Enfin, le procès s'est terminé, soit qu'il y ait eu condamnation, *abolitio* (3), ou absolution.

1. L. 40. D. L. XLVIII, t. V.

2. L. 26, *de rit. nupt.* — CUJAS, *comm. in l. Y respons.*

3. Abandon des poursuites. L'*abolitio* était tantôt légale, tantôt publique, tantôt privée. Elle était subordonnée à des conditions très strictes. L'*abolitio* privée est un véritable désistement.

Il y a en cette matière une analogie remarquable avec la théorie française de l'action publique. On sait que celui qui a mis en mouvement l'action publique n'est plus maître de l'arrêter : elle suit son cours qu'il

Condamnation. *Qui autem adulterii damnatam, si quocumque modo pœnam capitalem evaserit, sciens duxerit uxorem vel reduxerit eadem lege (Julia) causa lenocinii punietur.* (L. 9, C. L. IX, t. IX). Le mariage est donc absolument interdit avec la femme condamnée. Celui qui, sciemment, contrevient à cette prohibition est puni de la peine du *lenocinium*. Il est également interdit au mari qui a répudié sa femme de la reprendre (argument des mots *vel reduxerit*).

La loi romaine se montre impitoyable. Justinien, si passionné pour les controverses bibliques, qui s'inspire à propos et hors de propos des textes du Nouveau-Testament, paraît, dans toute cette législation draconienne contre la femme adultère, n'avoir jamais eu présent à l'esprit les idées de pardon et de remise des offenses enseignées par la nouvelle religion, idées qui auraient été formulées par le Christ, en ce qui concerne spécialement la femme adultère, dans ces paroles célèbres : que celui qui est sans péché lui jette la première pierre.

Nos lois modernes sont plus humaines : le Code pénal français permet au mari d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme, *en consentant à la reprendre* (art. 337).

Non seulement la femme condamnée ne peut plus se remarier, mais encore le mariage qu'elle aurait contracté après la répudiation, mais avant le jugement,

le veuille ou non (à la différence de l'action civile). De même, à Rome, lorsqu'il s'agissait d'une accusation publique, le citoyen qui avait commencé les poursuites était tenu de les mener jusqu'au bout et ne pouvait les abandonner (*tergiversari*). Sinon il encourait les peines prononcées par le sénatus-consulte Turpillien (l'amende et l'infamie). L. 3, § 3, *de prævaricat*, D., l. XLV, t. VII.

est atteint. Son second mari doit la répudier aussitôt la condamnation prononcée; sinon, il s'exposerait lui-même aux peines de *lenocinium*.

S'il y a eu *abolitio*, ou, si à plus forte raison, il a été rendu une sentence d'absolution en faveur de la femme, sa capacité redevient entière.

Elle peut convoler soit avec un tiers, soit avec son premier mari (1).

§ 6. — **Empêchement résultant pour l'affranchie des dispositions de la loi *Julia de maritandis ordinibus*.**

La loi *Julia* contenait une disposition spéciale à l'affranchie épouse du patron. Elle pouvait divorcer sans son consentement, mais ce divorce ne produisait pas tous les effets d'un divorce ordinaire. Le mariage, en effet, n'était pas légalement dissous, en ce sens que l'affranchie ne pouvait réclamer sa dot ni se remarier. La seconde union serait frappée de nullité, quoique cependant la première fût considérée comme ne subsistant pas à tous autres points de vue (2). Aussi longtemps que le patron persistait dans son refus, l'incapacité se maintenait (3). S'il renonçait à son droit, l'affranchie pouvait se remarier, mais devait observer le

1. L. 34, D., *De rit. nupt.*

2. L. 11, pr., *De divortis*, D., l. XXIV, t. II. Ulpian estime même que l'affranchie, concubine du patron, ne pourrait se remarier sans son consentement.

Cette incapacité existait, que le patron eût eu ou non, en affranchissant son esclave, l'intention de l'épouser une fois libre. Comp. l. 50, D., l. XXXVIII, t. I, d'après laquelle la femme ne peut épouser un autre homme que le patron dans un seul cas : celui où l'affranchissement avait été fait sous condition de mariage avec ce dernier. Ici, au contraire, cette condition est indifférente.

3. L. unic., ] 1, *unde vir et ux.* D. l. XXXVIII, t. XI.

délai de viduité indiqué plus haut. Elle avait aussi le droit de réclamer sa dot à son ancien maître(1).

Cette théorie qui paraît d'une rigueur excessive et qui, en privant l'affranchie du droit plein et entier de divorcer, lui enlève un des droits les plus universellement reconnus aux Romains des deux sexes (avant la constitution des empereurs chrétiens), recevait cependant des atténuations et était soumise à des conditions restrictives qui en affaiblissaient singulièrement la portée pratique. Elle ne laissait pas de faire naître des discussions dans son application.

La preuve de sa qualité de patron devait être formellement faite par le mari. Il ne lui suffisait pas de l'établir par son serment (2).

Il fallait, de plus, non seulement que l'affranchissement eût été fait par le patron, mais encore que l'affranchie lui fût réellement *redevable de la liberté*. S'il n'avait fait qu'acquitter une dette en faisant la *manumissio*, il ne pouvait se prévaloir de la loi *Julia*. La loi 10 *de divortiiis*, au Digeste (l. XXIV, t. II), donne l'exemple suivant : l'affranchie pourra exceptionnellement divorcer d'avec son patron si un fidéicommissaire a imposé cette obligation à ce dernier. *Patrono invito liberta, quam in matrimonio habuit, ab eo discedere non potest : nisi ex causa fideicommissi manumissa sit : tunc enim potest, licet ejus sit liberta ;* car son patron n'a été que l'instrument de l'affranchissement ; elle tient la liberté du disposant. Il en serait de même si le patron n'avait pas acheté de ses propres deniers la femme aujourd'hui affranchie (*qui non suis nummis comparavit*)(3). Dans ces hypothèses et d'autres ana-

1. L. 11, pr. *De divortiiis*.

2. L. 45, § 1, *De rit. nupt.*

3. Même loi § 2.

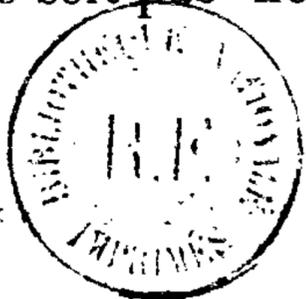
logues, l'affranchie mariée à son patron pourra divorcer et se remarier comme toute autre femme. Ulpien décide, à l'inverse, que le maître qui a acheté une esclave, *hac lege ut manumittat*, peut, après l'avoir affranchie et épousée, l'empêcher de divorcer, car elle lui doit la liberté dans la mesure du prix qu'il l'a payée. Elle est considérée comme l'affranchie de l'acheteur, non du vendeur (*quia manumissa liberta emptoris habetur*) (1).

Si le patron épouse son affranchie, de mœurs notoirement déréglées (*ignominiosam libertam duxerit*), il ne pourra invoquer le bénéfice de la loi. Il n'y avait aucune raison de le protéger dans ce cas. Il ne peut s'en prendre qu'à lui d'avoir choisi une épouse dans une classe où les lois lui défendaient de la chercher. Nous avons dit que les dispositions de la loi *Julia* avaient soulevé des controverses. Nous allons indiquer les principales.

Une affranchie appartenait à plusieurs maîtres au temps de la servitude (*liberta communis*). Un de ses patrons l'a épousée. Pourra-t-il invoquer la loi *Julia* et mettre obstacle au divorce ? Gaius, dans un fragment explicatif des lois *Julia* et *Papia* inséré au Digeste (2), nous a rapporté les éléments de la controverse : Javolenus lui refuse ce droit, *quia non proprie videtur ejus liberta, quæ etiam alterius sit*. Quant à Gaius lui-même et la plupart des autres jurisconsultes, ils le lui accordent, car, de ce qu'un patron n'a pas un droit exclusif sur la *liberta communis*, il ne s'ensuit pas qu'elle ne soit pas néanmoins l'affran-

1. *Ibid.*, pr.

2. L. 46, *eod. tit.*



chie de chacun d'eux en particulier. Au reste, Gaius nous apprend que son opinion prévalut.

Terentius Clemens, commentant les mêmes lois (1), se rallie à ce dernier système lorsque, à la mort du patron ou des patrons, ses enfants acquièrent leurs droits sur la *liberta communis*. Chacun pourra donc se prévaloir de la loi *Julia*. Mais, si le père avait, par une assignation de part, légué son affranchie à l'un de ses enfants, lui seul le pourra, *quia senatus omne jus libertorum adsignatorum ad eum transtulit cum id pater tribuit* (2).

Si l'esclave affranchie dépend du pécule d'un fils de famille, qui sera le patron, le fils ou le père ? Il faut distinguer si elle faisait partie du pécule *castrense* ou des biens *adventices* du fils. Si elle était comprise dans le pécule *castrense* (3), c'était à lui, à l'exclusion du père, qu'appartenait le droit d'affranchir et, par suite, les droits de patronage et les prérogatives qui en découlaient d'après la loi *Julia*.

La solution est différente si l'esclave dépendait du pécule adventice, ou, pour employer l'expression des textes, des *biens adventices* (4), sur lesquels le fils avait des droits moins étendus que sur le premier pécule. On décide, en effet, que l'affranchissement fait par

1. L. 48, *pr. eod. tit.*

2. L. 48, § 2, *eod. tit.* ; — l. 1, *pr.* D., L. XXXVIII, t. IV ; — l. 30, § 5, l. XL, t. IX.

3. Pécule composé des biens acquis par le fils de famille à l'occasion du service militaire, biens sur lesquels il avait un droit de propriété absolue (voir *Inst. Just. Per quas pers. nob. adq.*, l. II, t. IX).

4. En effet, l'expression *pécule adventice* n'est pas romaine, elle est une création des commentateurs. Cette catégorie de biens se trouve désignée dans les textes, soit par *bona materna* (L. I, C., liv. VI, t. LX), soit par *bona quæ patri non adquiruntur* (LL. 1 et 6, C., l. VI, t. LXXI). Le fils n'en avait que la nue-propriété, l'usufruit appartenant au père.

le fils, *jussu patris*, ne confère pas à ce dernier les *jura patronatus*, mais que ceux-ci passent au père. Le fils n'est alors considéré que comme son représentant (1).

Il nous reste à examiner la durée du droit pour le patron d'empêcher son affranchie de divorcer malgré lui et la forme que son consentement au divorce et au convol doit revêtir ; doit-il être exprès, peut-il n'être que tacite ?

Un texte d'Ulpien (L. 11, § 1, *de divort.* D. L. XXIV, t. II) répond à la première de ces questions : ... *Quandiu patronus eam uxorem esse volet. Et velle debet uxorem esse, et patronus durare. Si igitur aut patronus esse, aut velle desierit, finita est legis auctoritas.* La prohibition subsiste donc aussi longtemps que le patron conserve sa volonté de garder son affranchie comme épouse et reste son patron. Dès qu'une de ces conditions vient à manquer, la loi n'a plus d'application.

Mais une manifestation tacite d'un changement dans ses intentions suffit pour autoriser l'affranchie à convoler. Il est certaines actions qui ne peuvent s'exercer pendant le mariage. Si le mari intente l'une d'elles contre l'affranchie, il est censé renoncer à son droit. Il en serait de même s'il contractait des fiançailles (2).

L'absence ou la folie (*furor*) du patron ne mettaient

1. Voir L. 17, *de manumissis*, D., L. XL, t. I ; — L. 8. *pr.*, *de jure patron.*, L. XXXVII, t. XIV ; — L. 30, § 2, *qui et a quib. manum.* D., l. XL, t. IX ; — L. 45, § 3, *de rit. nupt.*, D., l. XXIII, t. II ; — L. 51, § 1, *eod. tit.* ; — L. 43, *de jure patron.*, D. l. XXXVII, t. XIV ; — l. 16 et l. 22, *De manumissis*, D. ; — l. 30, § 1, *qui et a quib. manum.*, D.

2. L. 17, D., *De manum.*, C. l. XL, t. I.

pas obstacle à l'application de la loi *Julia*. Il est, en effet, impossible de savoir s'il entend user ou non de son droit. Dans le doute, les jurisconsultes sacrifient l'affranchie (1).

Si le mari cesse d'être patron, par exemple, s'il tombe en esclavage, l'affranchie recouvre sa liberté pleine et entière. Que fallait-il décider lorsqu'il avait été fait captif ? La question était controversée entre Ulpien et Julien. Ulpien permettait à l'affranchie de convoler ; Julien lui refusait ce droit.

Cette disposition de la loi *Julia* ne fut point abrogée par les Empereurs (2). Justinien, par la Nouvelle XXII, c. XXXVII, la déclara expressément maintenue.

Fallait-il appliquer à l'affranchie, concubine du patron, les décisions de la loi *Julia* ? Cette question est encore vivement controversée. Le texte du Digeste paraît établir que l'opinion générale était de placer l'affranchie concubine dans une situation préférable à celle de l'épouse *justa*, en lui permettant de quitter son patron malgré lui et de se remarier. Mais Ulpien repousse, quant à lui, cette solution, parce qu'il est plus honorable pour un patron de faire de son affranchie sa concubine que son épouse. *Quæ in concubinato est, AB invito patrono poterit discedere et alteri se aut in matrimonium aut in concubinatum dare. Ego quidem probo in concubina, adimendum ei connubium, si patronum invitum deserat: quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matremfamilias habere* (3).

Mais Heineccius donne une autre leçon de ce texte

1. L. 45, § 5, D., *De ritu nupt.*

2. L. 1, C. L. V, t. V.

3. ULPYEN, L. 1, *pr. de concub.*, D., L. XXV, t. VII.

qui en change entièrement le sens. La modification ne porte que sur une seule lettre. Au lieu de *quæ in concubinato est*, AB...., il lit : *quæ in concubinatus est*, AN... Pour ce romaniste, le texte veut dire : la concubine affranchie peut-elle quitter son patron malgré lui et devenir l'épouse ou la concubine d'un autre ? Quant à moi, dit Ulpien, je pense que le *connubium* doit lui être enlevé, car le patron déroge moins à prendre son affranchie pour concubine que pour épouse.

Le point capital qui différencie les textes selon la leçon adoptée est donc le suivant : d'après le texte même du Digeste (*ab*), il y a deux opinions en présence : la première, la femme affranchie, épouse du patron, peut divorcer et se remarier, et la seconde, celle d'Ulpien, qui lui refuse ce droit, avec la retouche d'Heineccius (*an*), il n'y a qu'un seul système, celui exposé par Ulpien en réponse à l'interrogation contenue dans la première phrase, résultant du mot *an*.

La modification proposée par cet auteur est confirmée par un texte de Paul, mais elle paraît en contradiction avec une disposition sur les fiançailles entre patrons et affranchies rapportée par Ulpien.

Paul déclare, en effet, que l'affranchie concubine du patron ne peut divorcer d'avec lui lorsqu'il est *furiosus*, assimilant en cette matière la concubine à l'épouse (1).

A l'inverse, Ulpien fait connaître que l'affranchie, fiancée du patron, peut briser les fiançailles malgré lui. *Hoc caput ad nuptam tantum libertam pertinet, ad*

1. L. 2, *De concub.*, D., L. XXV, t. VII.

SPONSAM NON PERTINET, *et ideo, invito patrono nuncium sponsa liberta si miserit, cum alio connubium habet* (1).

Comment admettre que des solutions aussi différentes soient données, suivant qu'il s'agit de concubinat ou de fiançailles ? La raison en est probablement dans la défaveur avec laquelle le législateur envisageait le mariage d'un ingénu avec une affranchie. Il est même naturel qu'il ait multiplié les obstacles à sa formation, notamment en permettant à l'affranchie de rompre seule le lien fragile des fiançailles. Quant au concubinat avec une affranchie, cette union inférieure est regardée comme plus honorable pour le patron que le mariage.

Quoi qu'il en soit, la l. 2, *de concub.* (2) — aux termes de laquelle l'affranchie, concubine de son patron, reste engagée dans les liens du concubinat, malgré la folie de celui-ci, de même que l'affranchie mariée avec lui ne peut divorcer quand son état de démence met obstacle à ce qu'il donne son consentement au divorce, — est un argument puissant en faveur de la leçon d'Heineccius, car ce texte met sur le même pied l'affranchie concubine du patron et l'affranchie épouse du patron. Par conséquent, au temps de Paul (l'auteur de la loi 2 *de concub.*), la question paraissait n'être pas controversée, au moins pour ce cas particulier.

D'un autre côté, la contradiction que l'on relève entre cette loi et la l. 45, § 4 de *rit. nupt.* (qui disposait que la loi *Julia* ne s'appliquait pas à l'affranchie sim-

1. L. 45, § 4, *De rit. nup.*, D.

2. *Si patronus libertam concubinam habens furere cœperit, in concubinatu eam esse humanius dicitur.*

plement fiancée du patron), n'est pas un argument bien probant, à notre sens, contre la leçon d'Heineccius ; car, si le concubinat et le mariage offrent beaucoup d'analogie dans leur but, les fiançailles diffèrent absolument de l'un et de l'autre, et l'on comprend fort bien que les jurisconsultes ne les aient pas assimilés.

La leçon d'Heineccius est donc puissamment corroborée par un texte et n'est que bien faiblement combattue par une autre. Elle offre par suite une certaine valeur.

Toutefois un changement dans un texte est une chose si grave à nos yeux, que nous ne nous y rangeons que difficilement et seulement lorsqu'il s'impose. Si donc la loi 11, *pr. de concub.* peut être expliquée et conciliée avec quelque vraisemblance avec la l. D. *eod. tit.*, nous proposons de nous en tenir à la leçon du Digeste, en repoussant celle d'Heineccius.

Or, il nous semble qu'elle peut l'être : il suffit de supposer que l'opinion soutenue par Ulpien dans la l. 1, *pr. de concub.* prévalut postérieurement. Dans ce fragment, il explique la controverse qui existait de son temps. Paul, en étendant à l'affranchie, concubine du patron (l. 2, *eod. tit.*), les dispositions de la l. 45, § 5, *de ritu nupt.*, relatives à l'affranchie épouse du patron, n'a fait que se conformer à l'opinion généralement admise désormais, celle d'Ulpien. Ce ne serait donc qu'à partir de ce jurisconsulte que le concubinat fut assimilé au mariage, quant à l'application de la loi *Julia*. Notre hypothèse n'est pas démentie par les dates : en effet, Paul survécut de sept ans à Ulpien qui fut assassiné par les prétoriens en 228, av. J.-C. (Paul mourut en 235, croit-on).

Que cette hypothèse repose sur des vraisemblances plutôt que sur des faits, nous le reconnaissons, mais elle est préférable à une mutilation dans le texte d'Ulpien qui nous semble pouvoir être évitée.

Tels étaient les cas où la volonté du patron pouvait constituer un obstacle au mariage de l'affranchie.

### SECTION II<sup>e</sup>. — DU CONNUBIUM RELATIF.

Les empêchements relatifs sont fondés sur des considérations de morale et de convenance. Dans cette catégorie peuvent être rangés : l'agnation, la cognation, l'alliance et certains empêchements qui lui sont assimilés (alliance spirituelle) ; d'autres ont pour cause l'existence de certains délits et apparaissent comme un moyen de contribuer à leur répression : tels sont les obstacles que forment l'adultère (empêchement relatif, le rapt, depuis Justinien).

D'autres reposent sur des considérations politiques et sociales : telles sont l'inégalité de conditions, la différence de religion, certaines fonctions exercées dans les provinces.

Enfin l'empêchement qui résulte de la tutelle et de la curatelle est une mesure de protection.

#### § I. — Considérations de morale et de convenance.

##### *1. De la parenté civile et naturelle. De l'agnation et de la cognation.*

Il existait à Rome deux parentés : la parenté civile ou *agnation*, lien réunissant ceux qui sont placés sous

la même puissance, qui ont été et ne sont plus, ou qui auraient pu être sous cette puissance, si le chef de famille était encore vivant, et la parenté naturelle (1) ou cognation, unissant ceux qui descendent d'un auteur commun.

On peut être agnat et cognat, par exemple : deux frères germains sont agnats et cognats, à moins que l'un ou l'autre ne soit émancipé, agnat sans être cognat ; l'enfant adopté par un Étranger est agnat de l'adoptant et non cognat, ou seulement cognat : l'enfant adopté par un étranger n'est plus qu'un cognat pour son père naturel, car ce dernier n'a plus aucune puissance sur lui. Il ne reste donc que le lien du sang.

Très importante dans les autres matières du droit romain, cette distinction n'offre que peu d'intérêt dans celle qui nous occupe, l'agnation comme la cognation formant obstacle au mariage.

En ligne directe, le mariage est prohibé *in infinitum* (2). Cette expression *in infinitum* est un peu naïve, car le terme de la vie humaine restreint à trois ou quatre générations au maximum l'empêchement fondé sur la parenté ou l'alliance en ligne directe.

En ligne collatérale (*ex transverso gradu*), la législation varia avec les époques.

Les Institutes, et en général, le droit de Justinien ont reproduit les dispositions du droit de l'époque classique, sans tenir compte des modifications intermédiaires. La parenté collatérale ne forme obstacle au

1. Dans toute cette matière, les mots parenté *naturelle* sont employés par opposition à parenté *civile*.

2. ULP., *reg.*, tit. 5, § 6 ; — PAUL, *sent.*, l. 11, t. 19, § 3 ; — L. 53, *De rit. nupt.*, D. ; — *Inst. JUSTIN.*, § 1, *De nuptiis*.

mariage que dans deux hypothèses : 1° le mariage est interdit entre frères et sœurs, germains, consanguins et utérins. Mais il convient de signaler une différence importante entre la cognation et l'agnation : si le lien qui unit le frère et la sœur est la parenté naturelle, le mariage reste prohibé, quels que soient les événements postérieurs, même si l'un ou l'autre doit un jour sortir de la famille par une émancipation. Si, au contraire, c'est la parenté civile seule, l'agnation, qui les unit, il suffit d'une émancipation pour rompre ce lien et rendre le mariage parfaitement régulier. Les textes nous en donnent un exemple intéressant : un père de famille peut adopter son gendre (c'est ce que fit l'empereur Claude à l'égard de son gendre Néron), mais s'il ne prend soin d'émanciper auparavant sa fille, le mariage sera rompu ; car elle se trouverait autrement la sœur adoptive et l'épouse de son mari, résultat contraire aux principes. C'est ce que nous fait connaître explicitement Théophile : *Si donc quelqu'un veut adopter son gendre, il doit d'abord émanciper sa fille, et si celui qui a un fils veut adopter sa bru, il doit auparavant émanciper son fils ; s'il ne le fait pas, l'adoption de son gendre et de sa bru fera dissoudre leurs noces, car les époux seront frère et sœur. OR, ENTRE FRÈRE ET SŒUR, MÊME ADOPTIFS, IL NE PEUT Y AVOIR NUPTIÆ. (L. 67, § 3, de rit. nupt. D.) Per adoptionem quæsitâ fraternitas quousque inpedit nuptias, (l. 17, pr. eod. tit.)* Enfin, le texte grec des Basiliques, reproduisant la loi 17, emploie le mot λυει (rompt, dissout).

Cette solution rigoureuse est donc hors de doute. Elle n'en paraît pas moins bizarre. N'aurait-il pas mieux valu, dans cette hypothèse, considérer l'adop-

tion comme nulle et non avenue et ne pas frapper de nullité une union régulièrement contractée et valable? Sans doute, mais la législation romaine a toujours appliqué les conséquences juridiques les plus extrêmes d'un principe, sans grand souci du résultat pratique, avec une logique toujours irréprochable, mais souvent exaltée. D'ailleurs, le préteur venait corriger et atténuer le plus souvent ce que le droit civil présentait d'excessif et parfois d'injuste dans ses déductions.

Jusqu'au règne d'Antonin-le-Pieux, cette faculté, reconnue au père de rompre le mariage de son descendant en adoptant son conjoint, sans l'émanciper lui-même, ne fut qu'une application du droit absolu découlant de la puissance paternelle romaine (1), telle que nous l'avons exposée plus haut. De nombreux textes nous font connaître, en effet, que le père pouvait, jusqu'à ce prince, provoquer le divorce de son fils.

Une constitution rendue sous son règne vint enlever au père de famille ce droit exorbitant et abusif: *Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit* (Paul sent. l. V, t. VI, § 10).

Mais l'explication n'a plus aucune valeur au temps de Théophile. Ce jurisconsulte est, en effet, de beaucoup postérieur à Antonin, car il fut un des collaborateurs de Tribonien dans le gigantesque travail de compilation ordonné par Justinien. Comment donc à cette époque trouve-t-on encore l'application d'une règle abrogée depuis plus de quatre siècles? Comment se fait-il

1. Voir *suprà*.

qu'une telle adoption entraîne sous Justinien la dissolution du mariage ? Nous pensons qu'il y a simplement là une anomalie qui est susceptible de se présenter dans toute législation : un principe est abrogé, mais, par oubli ou négligence, une ou plusieurs des conséquences qu'on en tirait sont néanmoins maintenues. On pourrait en trouver des exemples dans tous les recueils de lois. Quoi qu'il en soit, le texte de Théophile est formel.

En ligne directe (1), il en est autrement. L'empêchement subsiste, même si les liens formés par l'agnation ont été brisés : le père adoptif ne peut pas épouser sa fille adoptive, même émancipée.

En ligne collatérale, le mariage, à l'origine (et sous la législation de Justinien), est interdit entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, qu'il s'agisse de la ligne paternelle ou de la ligne maternelle (*patruus, amita — avunculus, matertera*). La même prohibition existe entre les grands-oncles ou grand' tantes et petits-neveux ou petites-nièces. Bref, on peut donner la formule sui-

1. Le droit romain avait adopté la computation que nous suivons aujourd'hui. Il y avait, en ligne directe, autant de degrés que de générations (*tot gradus quot generationes*). Pour déterminer, en ligne collatérale, le nombre de degrés qui séparaient deux personnes parentes, il fallait remonter de l'une des deux à l'auteur commun, et redescendre à l'autre collatérale, sans compter l'auteur commun. Le frère était donc au second degré, le neveu au troisième, etc. . .

Le droit canonique a une computation spéciale des degrés qui aggrave la prohibition. Au lieu de partir, dans la computation, de l'un des époux pour remonter à l'auteur commun et redescendre à l'autre époux, ainsi que le fait la loi civile, elle ne compte les degrés *que d'un côté* ; en sorte que deux cousins germains ne sont canoniquement qu'à deux degrés au lieu de quatre. Aussi, le concile de Latran, en l'an 1139, qui fixa la limite de la prohibition au quatrième degré, l'étendit en fait au huitième degré civil. Si les côtés étaient de longueurs inégales, on supputait le plus long et négligeait le plus court.

vante pour régler le domaine des empêchements fondés sur la parenté collatérale. Le mariage est défendu toutes les fois que l'un des collatéraux se trouve au premier degré de l'auteur commun.

Les mêmes solutions devront être données pour la parenté adoptive : le *connubium* n'existe pas entre un frère et une sœur adoptifs, quoique le lien qui les unit soit purement civil. Tant que l'agnation qui dérive de l'adoption subsiste, le *connubium* leur est refusé. Mais si l'un d'eux vient à être émancipé, le mariage sera permis. Pour éviter des tentations dangereuses au sein de la famille, les jurisconsultes ne permirent même pas les fiançailles entre eux, quoiqu'elles dussent nécessairement n'avoir leur effet que lorsque le mariage serait possible et ils déclarèrent nulle comme contraire aux bonnes mœurs la stipulation : si j'épouse ma sœur (adoptive) (1).

Mais cette conséquence de la rupture du lien de l'agnation formé par l'adoption n'a lieu qu'en *ligne collatérale*. En ligne directe, elle forme un empêchement perpétuel : le père adoptif ne peut jamais épouser sa fille adoptive même émancipée (2).

Il faut remarquer, en outre, que l'adoption ne crée aucun lien, lorsqu'elle se produit dans la ligne maternelle. Aussi le Digeste dit-il : « Nul ne devient oncle ou tante maternels par l'adoption » (*Nemo avunculus aut matertera fit per adoptionem* (l. 12, § 4. *De rit nup.*). Je puis donc épouser la fille adoptive de mon aïeul maternel, avec laquelle je n'ai aucun lien de parenté,

1. L. 35, § 1. *De verb. oblig.* D. ; *Paul sent.* II, XIX, § 4 ; L. 17, pr. *de rit nupt.* ; L. 9, *de lib. et postl.* D. L. XXVII, t. II ; L. 5 *de grad. et off.* D. L. XXXVIII, t. X.

2. § 1, *Inst. eod. tit.*

même civile, mais je ne puis épouser celle de mon aïeul paternel, car c'est ma tante (*amita adoptiva*) (l. 12, § 4, *eod. tit.*).

En résumé, l'adoption crée un lien de parenté artificielle qui forme obstacle au mariage, aux mêmes degrés et dans la même mesure que la parenté naturelle (*hoc sensu*), obstacle qui peut être brisé par une émancipation, sauf en ligne directe.

Telles sont les dispositions du droit classique, reproduites par Justinien.

Cette législation reçut, dans l'intervalle, deux importantes modifications sous Claude et sous les premiers empereurs chrétiens. Par la première, les empêchements résultant de la parenté collatérale furent diminués; par la seconde, la prohibition fut étendue à toute une nouvelle classe de collatéraux.

*Innovation de Claude.* — Cet empereur, épris d'Agrippine, sa nièce (fille de son frère Germanicus), obtint du Sénat romain, par une de ces lâches complaisances dont l'époque impériale ne nous offre que trop d'exemples, que dorénavant un oncle *paternel* pourrait valablement épouser sa nièce. Mais la prohibition ancienne demeurait intacte entre l'oncle maternel et sa nièce, même entre le grand-oncle paternel (*propatruus*) et sa petite-nièce (*proneptis*) (1).

Restreinte dans ces limites étroites, les prescriptions de ce sénatus-consulte indiquaient suffisamment quel avait été le motif qui l'avait inspiré : le Sénat avait voulu venir en aide à la passion criminelle de Claude. Ce fut le censeur Vitellius qui le proposa et

1. VEHRING, *op. cit.* 434. TAC. *ann.* XII, 5-7; SUÉTON, *in Claud.* 26.

réussit à le faire adopter, sans grande difficulté; d'ailleurs, dès le règne de Tibère, le Sénat n'était plus qu'un instrument aveugle et servile entre les mains des Césars.

On a cependant essayé de justifier par un passage de Tacite cette innovation de Claude : si le Sénat s'est borné à permettre le mariage de l'oncle paternel avec sa nièce, en maintenant les défenses antérieures, quant à l'union de l'oncle maternel avec sa nièce, il a obéi à un principe qui était formellement reconnu par les Germains : l'oncle maternel est uni à la fille de sa sœur par les liens du sang, plus étroitement qu'il ne l'est à la fille de son frère : *Sororis filius idem apud avunculum* (1) *honor qui apud patrem*. Il est donc compréhensible, ajoute-t-on, que le mariage avec le *patruus* fût autorisé, tandis qu'il continuait à être regardé comme incestueux avec l'*avunculus*.

Cette explication, outre qu'elle est démentie par les faits, par la passion bien connue de Claude pour Agripine, ne nous paraît pas avoir une valeur sérieuse. A quel titre les Romains, si jaloux de leurs institutions civiles, auraient-ils été emprunter cette bizarre disposition au droit germanique? Puis, comment auraient-ils laissé, si telle avait été l'origine de cette disposition, le grand-oncle paternel sous l'empire de l'ancienne règle prohibitive? Ce dernier argument est décisif.

Le sénatus-consulte fut, du reste, abrogé par les fils de Constantin, Constance III et Constant II. Ils prononcèrent la peine de mort contre l'oncle paternel qui épouserait sa nièce ou entretiendrait avec elle des

1. *Avunculus*, oncle maternel. *patruus*, oncle paternel.

relations coupables. On passait donc, sans transition, d'une licence excessive à une répression impitoyable (1), « avec ce défaut de mesure qui caractérise la « législation chrétienne » (2). Renouvelée sous Zénon et Anastase, la prohibition générale fut maintenue par Justinien. Mais il supprima la sanction cruelle qui y était attachée (3).

D'ailleurs, les Romains paraissent avoir toujours eu une grande répugnance pour ces sortes d'unions, et bien peu profitèrent des dispositions du sénatus-consulte Claudien. On peut cependant citer le mariage de Domitien avec la fille de son frère Titus, et, peu de temps après la promulgation du sénatus-consulte, celui d'une affranchie et d'un centurion primipilaire.

Nous avons vu, en ce qui concerne la parenté au second degré, que la rupture des liens de l'agnation suffisait à rendre possible le mariage. De même, lorsque la parenté est purement civile, l'empêchement qui en résulte (avant le sénatus-consulte Claudien) s'évanouit avec l'agnation.

La parenté civile peut exister au troisième degré dans de nombreuses hypothèses : par exemple, le père de Primus adopte Secundus. Primus sera l'oncle adoptif des enfants de Secundus. Il ne peut donc épouser la fille de ce dernier.

1. L. 1, *de inc. nup.* C. th. L. III, t. XII. Il est à remarquer que cette constitution ne se retrouve pas au Code de Justinien. Mais ce prince rapporte une constitution de Dioclétien, aux termes de laquelle le mariage avec la *fratris filia* serait prohibé (l. 17, *de nuptiis*). Ces derniers mots sont une interpolation, car dans la constitution originale de Dioclétien qui est rapportée au tit. VI. c. V, de la *Collatio leg. mosaïcarum*, ces mots manquent. Ce n'est donc pas à Dioclétien qu'il faut attribuer l'abrogation du sénatus-consulte Claudien.

2. ACCARIAS, *op. cit*

3. L. 9, C. L. V, t. V.

Si le père de Primus adopte une femme, il n'y aura aucun empêchement au mariage entre ce dernier et la fille de cette femme, car les enfants ne suivent jamais la famille maternelle. Il n'y a donc aucun lien naturel ou civil entre Primus et les enfants de cette femme, *quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur* (Inst. Just. L. I, t. X, § 3).

Arrivons à la seconde innovation annoncée, celle-là extensive des empêchements. Le mariage, jusque-là permis, entre *consobrini* (cousins germains) était désormais défendu. (On appelle *patruelles* les enfants de deux frères et *amitini*, les enfants d'un frère et d'une sœur. *Consobrinus* est un terme générique.)

On ne connaît cette seconde innovation que par une constitution des empereurs Honorius et Arcadius qui la supprima. Aussi ne peut-on lui assigner une date exacte ; on la place sous les premiers Empereurs chrétiens (1). Saint-Augustin dit, d'ailleurs, que ces unions étaient fort rares chez les chrétiens (2). Théodose réprima par des pénalités barbares les mariages, soit entre cousins germains, soit *a fortiori* entre parents plus rapprochés. Les coupables devaient être condamnés au feu (3). Son fils Arcadius maintint la prohibition des mariages entre *consobrini*, mais il adoucit la cruelle sanction prononcée par son père (4). Honorius, frère du précédent, adopta cette loi pour l'Occident (5). La prohibition fut du reste le-

1. Sic : ACCARIAS, VEHRING, *op. cit.* 434, etc.

2. SAINT-AUG. *Cité de Dieu*, XV, 16.

3. L. 3. *Cod. th. de incest*, l. III, t. XII. l. I. *C. th. si nupt. ex rescr.*, l. III, t. X ; AUR. VICT. *epit.* XLVIII, X.

4. L. 3. *Cod. th.* L. III, t. XII.

5. L. *unic.* *Cod. th.* L. III, t. X.

vée peu après par le même Arcadius pour l'Empire d'Orient (1).

Justinien imita Arcadius et le mariage entre *conso-brini* resta permis (2). Dans quelques éditions des *Institutes* et dans la paraphrase de ce paragraphe par Théophile, un *non* y est ajouté. Il faut évidemment le retrancher (3).

Accarias fait remarquer, avec beaucoup de justesse, que les *Institutes* commettent une grave erreur en disant : *cujus enim filiam uxorem ducere non licet, ejus neque neptem permittitur* (§ 3 *eod tit.*) On ne peut pas épouser valablement la fille de son aïeul, mais on peut épouser la fille de cette dernière (ma cousine germaine) qui cependant est la petite-fille de l'aïeul.

Nous venons de dire que le mariage restait interdit aux cognats, indépendamment du lien de l'agnation. Il le fut également entre personnes n'ayant ensemble aucune parenté, ni civile, ni naturelle, d'après le droit civil pur, mais, qui, issues d'unions autres que les *justæ nuptiæ*, avaient une communauté d'origine certaine. Il convient d'insister sur ces deux points.

Le mariage est prohibé entre ces personnes pour des motifs, non seulement de convenance, mais dans l'intérêt de la santé publique. Il est, en effet, démontré que les unions entre proches parents exercent une influence néfaste sur les enfants qui en naissent, soit au point de vue physique, soit au point de vue intellectuel.

Aussi l'interdiction qui frappait le mariage entre co-

1. L. 19. *Cod. Just. de nuptiis*. Les deux dispositions législatives d'Arcadius et d'Honorius sont rapportées, avec de graves interpolations (mit wesentlichen Interpolationen) dans le Code Justin. (L. 1, l. V, t. VIII ; l. 6, l. V, t. V). Voir VEHRING, *loc. cit.*

2. *Inst. Just., de nuptiis*, § 4.

3. Sic VEHRING, *loc. cit.* et les auteurs allemands.

gnats placés momentanément sous la même puissance, unis par le lien de l'agnation, devait survivre à l'extinction de ce cette puissance, à la rupture de ce lien.

Le mariage ne peut donc avoir lieu entre parents naturels (*hoc sensu*) au degré prohibé, même si l'un ou l'autre est sorti de la famille par une émancipation ou une adoption. Les motifs qui firent interdire ces unions existent après comme avant ces événements : je ne puis donc épouser ma sœur donnée en adoption, quoique tout lien de parenté civile ait disparu entre nous, ni ma tante maternelle, ni ma sœur utérine.

Indépendamment de la cognation, des empêchements résultaient de la simple communauté de sang. On sait que les esclaves ne peuvent, dans la rigueur du droit, avoir une parenté. Le *contubernium* est une union dénuée de tout effet, comparable à l'accouplement des animaux. Les l. 8 et 14, § 2. *de rit. nupt.* nous apprennent cependant que le mariage était interdit entre parents nés, soit l'un, soit tous deux, en esclavage (1). Mais, comme le disent les Institutes, pour que cet empêchement présente quelque intérêt, il faut supposer qu'aucun des époux n'est demeuré esclave, car l'esclavage par lui-même formerait obstacle aux *justæ nuptiæ*.

Le concubinat constituait aussi un empêchement au mariage : les enfants ne peuvent épouser les concubines de leurs parents. S'ils contreviennent à cette défense, ils encourent la peine du *stuprum* (2).

1. *Ilud certum est, SERVILES QUOQUE COGNATIONES impedimento nuptiis esse, si forte pater et filia aut frater et soror manumissi fuerint, (§ 10, eod tit. Inst.).*

2. L. 4. *De nuptiis, C.*

Le père ne peut non plus épouser sa fille naturelle (*volgo quæsitâ*), car un pareil mariage est contraire aux lois de la bienséance. D'une manière générale, dit Scævola, il n'y a pas à examiner si la parenté au degré prohibé provient des *justæ nuptiæ* ou non. Il est défendu d'épouser sa sœur naturelle (*volgo quæsitam*) aussi bien que sa sœur légitime (1).

II. — *De l'alliance et des empêchements qui y sont assimilés.*

L'alliance (*affinitas*) est le lien qui unit l'un des époux aux parents de l'autre. Deux femmes qui auraient épousé les deux frères ne seraient donc point alliées. On les appelle *janitrices* (2).

L'alliance, dans le premier sens restreint, constitue, dans certains cas, un empêchement au mariage, mais moins étendu que la cognation ou l'agnation (3). En effet, à l'époque classique, elle n'y formait obstacle qu'en ligne directe. Un homme ne peut donc épouser ni sa belle-mère (*socrus*, mère de sa femme, *noverca*, seconde femme de son père), ni sa bru (*nurus*), ni sa belle-fille (*privigna*). Une femme ne peut s'unir avec son beau-père (*socer*, père de son époux, *vitricus*, second mari de sa mère), ni avec son gendre (*gener*), ni avec le fils que son mari aurait eu d'un premier mariage (*privignus*).

1. L. 14, § 2. *De rit. nupt.* D.; L. 54, *eod. tit.*

2. L. 4, § 6. D. L. XXXVIII, t. X.

3. Il faut remarquer que l'alliance n'est elle-même un empêchement au mariage que lorsque le mariage qui la produisait a été dissous. Jusqu'à ce moment il existe un obstacle plus grave à l'union d'un des époux avec les parents de l'autre ; c'est l'existence d'un premier mariage non dissous (§§ 6 et 7. *Inst.*).

Des considérations de convenance firent étendre la prohibition entre personnes qui n'étaient pas unies par le lien de l'alliance proprement dite. *Semper in conjunctionibus non solum, quid liceat, considerandum est; sed et quid honestum sit* (L. 197, de reg. jur.). C'est ainsi que les Institutes décident que le mariage est interdit entre le mari divorcé et la fille que sa femme divorcée aurait eue d'une union postérieure : *Hæc non est quidem privigna tua*. Il est encore prohibé entre le père et la fiancée du fils, qui n'est cependant pas sa belle-fille, et entre le fils et la fiancée du père, qui n'est cependant pas sa belle-mère (*noverca*) (1).

Comme nous l'avons dit, l'alliance ne produisait aucun empêchement en ligne collatérale, à l'époque des grands jurisconsultes. Mais, sous l'influence chrétienne, à partir de Constance et Constant, les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs furent vus avec défaveur et finalement interdits, comme unions incestueuses (2).

De nombreuses constitutions vinrent rappeler cette défense (3). Elles furent vraisemblablement souvent transgressées par les Juifs habitant l'Empire. En effet, l'Ancien Testament prescrivait au veuf d'épouser, dans certains cas, la sœur de sa femme décédée : « Lorsque des frères demeureront ensemble, et que « l'un d'eux viendra à mourir sans enfants, alors la « femme du mort ne se mariera point dehors à un « Étranger; mais son beau-frère viendra vers elle, et

1. *Inst.*, § 9. ; L. 12, §§ 1-3, de rit nupt. D.

2. L. 2, C. th. l. III, t. XII. Le second canon du concile de Néo-Césarée (en 314), sous Constantin, avait déjà condamnée ces mariages. Cette prohibition du droit canonique fut donc sanctionnée en droit civil par ses successeurs.

3. L. 3, 4. C. th. eod. tit.; L. 5, 8, 9. C. l. V, t. V.

« la prendra pour femme et l'épousera comme étant son beau-frère. » (1)

Cet usage paraît avoir été commun aux divers peuples d'origine sémitique, car on sait que les Égyptiens et les Phéniciens n'obéirent qu'avec la plus vive répugnance à ces prohibitions nouvelles (2). Aussi les empereurs chrétiens durent-ils les sanctionner par des peines rigoureuses.

Nous venons de dire que l'on finit par admettre une *cognatio servilis*. D'après les mêmes principes s'établit une *affinitas servilis* qui produisait un empêchement au mariage en ligne directe. Mais, pour qu'elle présente quelque intérêt, il faut, comme en matière de parenté naturelle (*hoc sensu*), que l'esclavage ait cessé; car, nous venons de voir que, par lui-même, il forme un obstacle absolu aux justes noces. *Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti, ut eam, quæ in contubernio patris fuerit, quasi novercam, non possim ducere : et contra eam, quæ in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere, etc....* CUM ENIM COGNATIO SERVILIS INTELLIGITUR, QUARE NON ET ADFINITAS INTELLIGATUR? *Sed in re dubio certius et modestius est, hujus modi nuptiis abstinere* (PAUL, I, 14, § 3, *de rit. nupt. D.*).

La fin de ce texte prouve que, du temps de Paul, la question de savoir si l'on devait admettre une *affinitas servilis*, comme on admettait une *cognatio servilis*, était discutée. Mais, dans le doute, conclut-il, il est plus convenable de s'abstenir de ce genre d'unions.

1. *Deutéronome*, ch. XXV, v. 5. Voir aussi *Lévitique*, ch. XVII, n° 18; *Ruth*, ch. III et IV.

2. La Constitution de Zénon (L. 8, C. 1. V, t. V) fait allusion à cet usage des Égyptiens.

De même, l'alliance proprement dite ne résulte pas du concubinal (1). Néanmoins, pour des motifs de convenance, la concubine du père ou de l'aïeul ne doit pas devenir l'épouse du fils ou du petit-fils (2).

Des considérations analogues avaient fait prohiber le mariage de l'affranchi avec sa patronne et avec la fille de son patron. Si, toutefois, ces femmes étaient de mœurs infâmes, le juge pouvait, *cognita causa*, le permettre (3). Cette défense fut édictée par Sévère et Caracalla (4).

Justinien prohibe le mariage entre le patron et l'affranchie qu'il a tenue sur les fonts baptismaux. *Hujus modi nexus, per quem, Deo mediante, animæ eorum copulatae sunt.* (L. 26, *de nupt.*)

Le droit canonique devait multiplier ce genre de prohibitions, basées sur des rapports purement religieux (sur *l'alliance spirituelle*). Le concile de Trente, si intolérant, vint cependant réagir contre cet empiètement excessif du droit ecclésiastique sur le droit séculier, et restreindre notablement le domaine de l'alliance spirituelle. Cet empêchement, ainsi modifié, a persisté jusqu'à nous comme empêchement canonique; car, disent les textes du droit canonique, le parrain et la filleule sont *loco parentum*.

Le baptême créait aussi, d'après l'Église, un empêchement au mariage, entre les père et mère du baptisé, d'une part, et les parrain et marraine, d'autre part (*compère et commère*). Si l'on en croit Voltaire, l'inqui-

1. L. 4, § 8, D. l. XXXVIII, t. X.

2. L. 4, *De nupt. C.*, l. 1, § 3, *de concub. D.*; l. 7, D. l. XXXVIII, t. X.

3. L. 62, § 1, *De rit. nupt. D.*; L. 13, *eod. tit.*; *Paul. sent.*, l. II, t. 19. § 9.

4. L. 3, *de nupt. C.*

sition condamnait au feu ceux qui transgressaient cette dernière prohibition (1).

Il nous reste à examiner le sens d'un texte de Gaius qui a donné naissance à de nombreuses discussions et qui se rattache, sinon à des empêchements résultant de l'alliance, du moins à des empêchements résultant de considérations de convenance et de décence.

« Je ne puis épouser ni la mère de mon père adop-  
 « tif, ni sa tante maternelle (*mater'eram*), ni sa petite-  
 « fille née d'un fils, et il en est ainsi tant que je fais  
 « partie de sa famille (*scilicet si in familia ejus sim*). Au-  
 « trement, si je suis émancipé, toute prohibition s'é-  
 « vanouit; car, par l'émancipation, je deviens étran-  
 « ger à la famille adoptive (*scilicet quia post emancipa-  
 « tionem extraneus intelligor*). » (L. 55, § 1, *De rit. nupt. D.*).

Sur la première de ces prohibitions: avec la mère du père adoptif, une divergence existait entre Paul et Gaius. Tandis que Gaius la subordonne à l'existence de l'adopté dans la famille adoptive, Paul voit dans une telle union une si grave atteinte à la morale publique qu'il décide que la prohibition est perpétuelle (2).

Cujas, pour concilier ces deux textes, propose la suppression du mot *matrem*. La l. 55. § 1, *de rit. nupt.* doit donc être lue ainsi: « *Tametsi mater adoptivi patris neque cognata fit filio adoptivo, neque ad finis, tamen et aviae locum obtinet, et quasi avia est, ac soluta adoptione fuisse intelligitur.* »

Nous trouvons le remède de Cujas trop radical

1. *Candide*, chap. VI.

2. L. 23, D. L. I. T. VII.

pourquoi ne pas admettre que deux opinions différentes étaient enseignées ?

Arrivons à la seconde de ces prohibitions : avec la tante maternelle du père adoptif. Un texte d'Ulpien rend cette décision assez incompréhensible.

En effet, ce jurisconsulte permet au fils adoptif d'épouser la *sœur utérine de l'adoptant*. On se demande vainement pourquoi le mariage est permis dans un cas et défendu dans l'autre (1).

Voici les solutions qui ont été proposées pour concilier ces textes : d'après Cujas, une plus grande vénération est due à la *matertera patris adoptivi*, « *quæ ei matris loco est* ». Faestus dit aussi quelque part : *quasi mater altera*. Hotoman supprime le mot *materteram*.

Pothier n'admet pas cette suppression : il suppose que les deux jurisconsultes se sont placés à des points de vue différents. Ulpien invoque le droit strict (*summum jus*) et ne considère que les véritables règles de la parenté, en vertu desquelles les *seuls agnats* du père adoptif deviennent parents de l'adopté. « Or, d'après « le droit strict, ni la sœur utérine de mon père adoptif, ni sa tante maternelle ne me sont parentes. Je « puis donc les épouser. » Mais ces mariages sont réprochés par l'honnêteté publique, et on comprend que Gaius, préoccupé des questions de convenance, ait donné une solution différente d'Ulpien (2).

La troisième disposition contenue dans la l. 55. § 1 de *rit. nupt.* soulève aussi une difficulté : je ne puis épouser la petite-fille de mon père adoptif, issue d'un de

1. L. 12, § 4, de *rit. nupt.*

2. P. THIER. *Pand. ad. tit. de rit. nupt.*, n° 33, note I et n° 38, notes 1 et 2.

ses fils (*neptem ex filio*). Mais, à l'époque de Gaius, le sénatus-consulte claudien permettant à l'oncle paternel d'épouser sa nièce était certainement en vigueur. Il est donc probable que le texte a été altéré et portait *neptis ex filia*, la petite-fille de l'adoptant issue de sa fille (1). Cette correction concilie ce texte avec les dispositions du sénatus-consulte.

Cependant on sait qu'il fut rendu dans un but spécial : permettre à Claude d'épouser sa nièce paternelle. Aussi croyons-nous que le grand-oncle ne put épouser sa petite-nièce, même sous l'empire du sénatus-consulte.

Ne peut-on par conséquent être fondé à soutenir que le mariage entre l'oncle paternel et sa nièce naturelle (*hoc sensu*) était seul permis ? et cela, à l'exclusion du mariage entre parents *adoptifs* au même degré ? Sans doute, s'il y avait eu dans cette disposition rendue par Claude une modification législative d'une portée générale, il faudrait décider par *a fortiori* que le mariage permis entre parents au troisième degré unis par les liens du sang l'est entre parents au même degré unis par le lien purement artificiel de l'adoption.

Mais l'esprit étroit qui a inspiré le sénatus-consulte permet de révoquer en doute la justesse de ce raisonnement. Le fait qu'il prohibe le mariage du grand-oncle et de la petite-nièce prouve que, en cette matière, l'argument par *a fortiori* peut induire en erreur et ne doit être admis qu'avec des réserves.

Mais il a le grand avantage de respecter le texte de Gaius.

1. Sic. POTHIER. Voir sur l'interprétation à donner à ce texte de Gaius : ACCURSE. *Grande Glose, ad leg, 23 de adopt.* CUIJAS, *observat.*, l. XVIII, C. XXXVI ; et l. XXXVII, C. VI.

*Sanctions des empêchements basés sur la parenté ou l'alliance.*

Toute union contractée en violation des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance était dite *incestueuse* (1). Si le lien qui unissait les conjoints était la parenté en ligne directe, il y avait inceste du droit des gens ; si c'était la parenté collatérale ou l'alliance, il y avait inceste simple ou du droit civil. Nous verrons dans un instant l'intérêt que pouvait présenter cette distinction.

La première sanction édictée contre l'union incestueuse était la nullité (2). Les conséquences étaient les suivantes : 1° entre les époux il n'y a qu'une simple cohabitation (*coïtus*) sans effet légaux. Par conséquent, les biens apportés par la femme en dot ne peuvent être considérés comme ayant véritablement le caractère de biens dotaux : ils ne sont pas inaliénables, etc... (3) ; 2° les enfants sont *spurii* ou *vulgo concepti*. Leur père n'exerce pas sur eux la puissance paternelle. Leur filiation n'est réputée certaine qu'à l'égard de la mère ; à l'égard du père, elle est considérée comme incertaine : *Hi enim qui ex eo coïtu nascuntur matrem quidem habere videntur PATREM VERO NON UTIQUE* (4).

1. Pothier appelait incestueux tout mariage contraire aux lois civiles ou naturelles. POTHIER. *Pand. Just. ad. tit. de rit. nupt.* n° 70. Paul donne la définition du mot inceste : *Si quis ex his quas MORIBUS prohibemur uxores ducere, duxerit : INCESTUM dicitur committere.* L. 39, § 1. *De rit. nupt.* Pour ce jurisconsulte, le mariage contraire aux mœurs est seul incestueux. Voir aussi L. 38, *pr.* et § 3. *D. ad leg. Jul. de adult.*

2. *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos...* GAIUS. *Comm. I.*

3. L. 3. D. L. XXIII, t. III. *Int. Just.*, § 12, *eod. tit.*

4. *Ibid. Inst. Just.*, § 12, *eod. tit.* ULP. *reg. V.* § 7. L. 23. *De stat. hom.* D. L. I, t. V.

Outre cette sanction purement civile, de véritables peines frappaient les personnes coupables d'unions incestueuses, peines plus graves que celles qui frappaient les mariages prohibés en général.

L'inceste était donc une cause d'aggravation de la répression.

Ils encouraient les peines de l'adultère (1) qui étaient tantôt pécuniaires, tantôt corporelles.

*Peines pécuniaires.* — Elles varièrent avec les époques.

A l'époque classique, il y avait confiscation de la moitié de la dot et du tiers des biens de la femme, et de la moitié des biens de l'homme (2).

Les empereurs chrétiens vinrent encore aggraver ces peines pécuniaires : Toutes donations faites par l'un des époux à l'autre, soit avant, soit depuis le mariage, sont confisquées.

Arcadius et Honorius défendirent aux coupables de faire un testament, sauf en faveur de certains parents légitimes très rapprochés (3). A défaut de ceux-ci, la succession est dévolue au fisc. Justinien, par la Nouvelle XII, C. I., décide que l'époux incestueux perdrait immédiatement ses biens, au profit de ses enfants légitimes issus d'un précédent mariage : s'il n'en existait pas : au profit du fisc. *Fiscus post omnes*.

Quant aux peines corporelles, il faut distinguer entre l'homme et la femme. Si l'inceste est un inceste *du droit des gens*, la peine sera appliquée aux deux conjoints ; si c'est un inceste, dit *du droit civil*, elle ne le

1. PAUL, *Sent.* II, 19, § 5 ; 26, § 14.

2. PAUL, *ibid.*

3. Les descendants légitimes ou les ascendants, les frères ou sœurs, les oncles ou tantes paternels. L. 6. C. L. V. t. V.

sera qu'à l'homme seul. Cujas en donne le motif suivant : *Mulier jus civile ignorare potest, jus gentium ignorare non potest* (1).

Quelles sont ces peines ? Paul paraît assimiler l'inceste à l'adultère (2). Mais dans deux autres textes, il indique pour chacune de ces infractions, une peine différente : pour l'adultère, *la relegatio in insulam*, pour l'inceste, la déportation (3).

Justinien y ajoute l'exil perpétuel et la bastonnade pour les *humiliores*. Si le coupable est soldat, la dégradation militaire (4). Enfin, dans la Nouvelle CLIV, l'empereur punit l'inceste de la peine de mort.

Le mariage putatif, tel que les art. 201 et 202 du Code civil l'exposent, n'a jamais été connu des Romains. Cependant la bonne foi présumée des prétendus conjoints peut atténuer en une certaine mesure la rigueur de ces sévères sanctions, mais seulement quand il y a inceste *du droit civil* (l'inceste *du droit des gens* est trop grave pour être jamais excusé). Le législateur suppose que celui qui se marie publiquement (*palam*) ignore, soit la parenté collatérale au degré prohibé qui existe entre lui et son complice, soit la prohibition que la loi édictait de ce chef. Aussi la peine prononcée contre le mariage incestueux sera plus faible dans ce cas que lorsqu'il a été contracté secrètement (*clam*)... *Si quidem palam fecerit, levius, si vero clam hoc commiserit, gravius punitur.* (L. 68. *De rit. nupt.* L. 38 § 2, *ad leg. Jul. de adult. C.*).

1. CUJAS, *exposit. novel. XII* (éd. de Naples, t. II, C. 4049).

2. PAUL, *sent. t. 26, § 14, l. II, t. 19, § 5.*

3. *Ibid.*, § 15.

4. *Novel. XII, C. I, C. II. Novel. CXXXIX, C. I.*

On a fait remarquer que ce serait l'impunité absolue qui devrait résulter logiquement de l'erreur, et non pas un adoucissement dans la peine. Cette disposition paraît en outre favorable « au cynisme qui s'étale » (1).

Dans le même ordre d'idées, il convient de signaler un rescrit de Marc-Aurèle et de Lucius Verus, qui présente un haut intérêt par l'analogie qu'il offre avec la théorie moderne des mariages putatifs : ce rescrit est rapporté par le jurisconsulte Marcien ; il intervint dans les circonstances suivantes :

Une femme, nommée Flavia Tertulla, avait épousé son oncle maternel par ignorance du droit (*ignara juris*), sur l'avis de son aieule — probablement induite en erreur par les dispositions du sénatus-consulte claudien, permettant le mariage de l'oncle *paternel* avec sa nièce. Des enfants étaient nés du mariage qui durait depuis quarante ans.

Les empereurs, touchés de la situation digne d'intérêt de cette femme, décidèrent que les enfants seraient considérés comme légitimes : *Idcircoque cum hæc omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quæditorum... perinde ac si legitimi fuissent.* (L. 57, § 1. *De rit. nupt.* D.)

Mais, remarquons-le, le mariage n'est validé qu'au regard des enfants. A tous autres points de vue, il reste nul.

Il n'y a donc point là un véritable mariage putatif. Mais il est certain que ce texte, rapproché par le droit canonique des décisions éparses dans le Digeste

1. ACCARIAS, *op. cit.*

et dans le Code (1), a fourni aux rédacteurs du Code civil leur théorie du mariage putatif.

Cependant, d'après quelques textes, la bonne foi des époux ne les faisait échapper aux peines édictées par les lois que lorsqu'ils cessaient leurs relations incestueuses : *Fratres denique imperatores Claudiae crimen incesti propter ceteram remiserunt : SED DISTRAHI conjunctionem illicitam jusserunt* (L. 38, § 4, D. L. XLVIII, t. V. Voir aussi l. 4, C. L. V, t. V).

Ces sanctions rigoureuses prononcées contre les mariages incestueux recevaient des tempéraments en pratique.

En effet, les coupables qui témoignaient de leur repentir en se séparant avant le commencement des poursuites, échappaient aux sévères pénalités qui devaient les frapper (2). Justinien, dans la Nouvelle XII, C. III, promet l'impunité à ceux qui, engagés dans les liens d'un mariage incestueux, se sépareront avant la promulgation de cette Nouvelle. Les peines seront, en outre, adoucies envers ceux qui se sépareront dans un certain délai après cette promulgation.

La Nouvelle CXXXIX vint encore atténuer les prescriptions de la Nouvelle XII, en permettant aux sollicitants de garder leurs femmes, sous la condition, toutefois de verser au fisc une certaine somme d'argent (*denas auri libras*).

1. Voir L. 44, § 12, *ad leg. Jul. de adult. D.*; l. 18 *eod tit. C.*; l. 5, C. l. V, t. III; l. 3, C. l. V, t. XVIII; l. 23, § 13, D. l. XXIV, t. III; L. 74, D. l. XXIII, t. III, l. 17, § 1, 18, 19, *pr. D. L. XLV, t. V. L. 41, § 4, D. L. XXVII, t. VI. L. 58. De rit. nupt. D.* L'erreur n'eut d'ailleurs jamais le pouvoir, en droit romain, de valider un mariage nul, mais en général elle fut une cause de diminution de la peine édictée contre les époux (*v. supra*) ou même d'affranchissement de cette peine.

2. L. 38, § 5, § 6 et § 7, *ad leg. Jul. de adult. D.*; Collat, *leg. mosaïc et Rom.*, t. 6, C. VI, etc...

Des concessions plus étendues furent arrachées par la suite à Justinien ainsi qu'à son successeur, et cela malgré la déclaration emphatique de la Nouvelle CXXXIX : « notre indulgence, en cette occasion, ne doit  
« pas être regardée comme un précédent et les contre-  
« venants à l'avenir seront rigoureusement poursuivis  
« conformément aux saintes constitutions ».

Tout cet amoncellement de pénalités, dont le droit du Bas-Empire menaçait les unions incestueuses, se réduisit donc à un vain épouvantail, sans efficacité réelle.

## § 2. — Empêchements résultant de certains délits.

### 1<sup>o</sup> *De l'adultère (empêchement relatif).*

De tout temps le législateur s'est montré soucieux d'empêcher que l'espoir secret pour le conjoint coupable d'épouser son complice ne multipliât les cas d'adultère. La loi française du 27 juillet 1884 sur le divorce dispose que, « dans le cas de divorce pour adul-  
« tère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier  
« avec son complice » (Art. 297, Code civil actuel).

Les textes du droit romain montrent que ces considérations législatives n'avaient point échappé à leurs rédacteurs : plusieurs prohibent expressément le convol de la femme adultère avec son complice. Il importe de déterminer en quoi cet empêchement relatif, qui résultait de l'adultère de la femme, différait quant à ses conditions, de l'empêchement absolu et général que nous avons examiné (1). Si, en effet, il est interdit

1. V. *Suprà*, même chap. section I, § 5.

à la femme, accusée ou convaincue de ce délit, de se remarier avec son complice dans les mêmes hypothèses où le mariage lui est interdit avec qui que ce soit, la question n'offre aucun intérêt : il n'y a que l'application du droit commun au complice. Mais il n'en est pas ainsi et l'on peut relever des différences qui les séparent.

Une fois le procès terminé, la femme n'est frappée d'une incapacité générale de se remarier que s'il y a eu condamnation. S'il y a eu *abolitio* ou absolution, elle recouvre la capacité qui lui avait été momentanément retirée pendant l'instance (1). Mais, Papinien, qui dans la l. 34, § 1, *de rit. nupt*, autorise la femme qui a été accusée, mais qui a bénéficié de l'*abolitio*, à se remarier, soit avec son premier mari (arg. des mots *uxorem DENUO ducere*), soit avec un tiers (*jure contractum matrimonium videbitur*), décide, dans la L. 13, D. l. XXXIV, t. IX, que, après une poursuite en adultère, le mariage contracté par la femme inculpée avec celui qui a été accusé avec elle comme son complice est nul, *même si elle n'a pas été condamnée*.

Voici l'espèce qui était soumise à Papinien : Mœvius a été condamné pour adultère commis avec Sempronia. Celui-ci épouse la même Sempronia *qui, elle, n'a pas été condamnée*. Puis il meurt en la laissant seule héritière. Y a-t-il mariage *justum* et Sempronia doit-elle être admise à l'hérédité? Non, dit Papinien, un tel mariage est nul (*tale matrimonium non stare*), et la femme ne peut bénéficier de la succession ouverte à son profit, elle doit être dévolue au fisc. A l'inverse,

1. L. 34, § 1. *De rit. nupt*.

si c'est la femme qui a institué son mari (dans la même hypothèse), l'hérédité doit lui être enlevée, comme à un indigne (1).

Donc, la différence entre l'adultère, empêchement absolu, et l'adultère, empêchement relatif, est la suivante : le premier, une fois le procès terminé, ne subsiste qu'en cas de condamnation ; le second survit, au contraire, quelle que soit la solution du procès, que la femme soit ou non condamnée. Mais les textes prennent soin de faire remarquer que la femme simplement *menacée* d'une poursuite en adultère mais non poursuivie (*nec quicumque egit vel jure mariti vel jure publico*), peut valablement épouser son prétendu complice (2).

Sous les Empereurs chrétiens, le convol de la femme accusée d'adultère et non convaincue, avec celui qui a été accusé comme son complice, est considéré comme un aveu du délit.

En effet, une constitution rendue sous Théodose (3) décide qu'un homme et une femme poursuivis pour adultère et qui ont réussi à repousser l'accusation (*intentata depulerint*), seront convaincus de ce délit s'ils se marient ensemble. Il y aura dans ce mariage un aveu de leur faute (*manifesta fide atque indiciis evidentibus publicabunt*).

Si donc, conclut l'Empereur, le juge se trouve en présence de pareils faits, il devra les punir avec la dernière sévérité, *comme si l'adultère était prouvé et avoué*

1. L. 13, D. L. XXXIV, t. IX.

2. L. 40, pr. D. L. XLVIII, t. V.

3. Rapportée au Code Justin., l. 34, *ad leg. Jul. de adult.* l. IX, t. IX.

par les époux (... *jussimus in eosdem severissime vindicari, et velut convictum facinus, confessumque puniri*).

Justinien viendra encore aggraver la législation du Code dans ses Nouvelles. *Si quis vero accusatus de adultério, per proditioneum judicium aut alis quolibet modo a legibus pœnas effugerit, et post hoc inveniatur cum muliere, de qua accusatus est, turpiter conversatus, AUT IN MATRIMONIUM ACCIPERE eam, et hoc fiat vivente marito, AUT POST EJUS MORTEM : NEQUE MATRIMONIUM VALERE JUBEMUS... et comprehendere eum, et post tormenta ultimis supplicis subjicere : NULLA ALIA EXCUSATIONE AUT PROBATIONE FACIENDA : et mulierem castigatam, etc.... (1).*

L'empêchement est désormais si rigoureux que le contrevenant doit être immédiatement mis à la torture et exécuté. Il n'est point admis à faire la preuve de son innocence ni à se justifier. Justinien prononce en outre la nullité du second mariage avec la complice, tandis que la constitution de Théodose était muette sur ce point. La rupture du mariage résultait, sous ce dernier prince, de la peine de mort que Constantin avait édictée contre l'adultère. Nous pensons que les mots : *et hoc fiat vivente marito, aut post ejus mortem*, veulent établir une différence entre la prohibition absolue du convol avec toute personne et la prohibition relative du convol avec le complice. Nous avons vu, en effet, que pendant le procès en adultère, la femme est frappée d'une incapacité générale de se remarier. Toutefois, le décès du mari pendant l'instance lui restitue son ancienne capacité.

Mais, argumentant du texte de la Nouvelle CXXXIV,

1. Novel. CXXXIV, C. 12.

nous pensons que l'empêchement subsiste au point de vue relatif : pendant le cours de l'instance, *avant comme après la mort du mari*, la femme ne peut se remarier avec celui qui est accusé d'être son complice, tout en redevenant libre d'en épouser un autre.

Ce point ne paraît pas avoir été remarqué jusqu'ici. Si notre argumentation est exacte, il y aurait une différence nouvelle entre les deux empêchements, *même pendant le cours de l'instance*.

### 2° Du rapt.

L'histoire romaine avait débuté par un rapt : l'enlèvement des Sabines. Aussi la législation ne pouvait-elle se montrer trop sévère pour un délit auquel la population de Rome devait son existence. Il est d'ailleurs probable que le rapt n'est regardé avec défaveur et puni que dans une civilisation relativement avancée. Cette assertion est confirmée par l'évolution législative de Rome : la loi Julia *de vi publica* punit le rapt de l'interdiction de l'eau et du feu et permet au ravisseur de réparer sa faute en épousant la personne ravie. Les constitutions des empereurs, à partir de Constantin, répriment ce crime par des peines barbares (ainsi ce prince ordonne de verser du plomb fondu dans la bouche du complice du *raptor*). Et le rapt constitue désormais un obstacle au mariage entre le ravisseur et la jeune fille enlevée. Godefroy a même été jusqu'à prétendre qu'une disposition avait existé dans le vieux droit romain obligeant le ravisseur à épouser sa victime. Nous croyons

1. L. I. *De rapt. virg*, C. *Théod. l. IX. t. XXIV*.

cette thèse exagérée : à coup sûr le mariage était permis à l'origine, mais non prescrit (1).

La prohibition de Constantin est générale, que la fille fût mariée ou non, libre ou esclave, qu'elle eût ou non consenti à son enlèvement, en aucun cas, elle ne peut épouser son ravisseur. Les cruelles pénalités qu'il édicte contre le coupable d'enlèvement s'étendent à la victime elle-même, si elle ne s'est pas suffisamment défendue, aux parents de la jeune fille qui ne poursuivent pas le coupable, et à tous ceux qui peuvent être considérés à un degré quelconque comme complices.

Les fils de Constantin assimilèrent, quant à la prohibition, l'enlèvement des femmes veuves et des religieuses (*virgo sacrosancta, virgo sanctimonialis*), à celui des filles. Mais ils adoucirent la barbarie des supplices édictés par leur père (2).

Gratien disposa que, après un délai de cinq ans, on ne pourrait plus soulever la question de la validité du mariage du ravisseur et en demander la nullité. On ne pourrait non plus attaquer la légitimité des enfants après ce délai (3).

Justinien supprima cette prescription quinquennale, étendit et généralisa la prohibition du mariage entre le ravisseur et la victime, alors même qu'elle lui aurait été antérieurement fiancée. Il prononça en outre les plus abominables supplices contre les ravisseurs et leurs complices (4).

1. La *Collatio leg. mos*, nous apprend que Moïse imposait le mariage dans cette hypothèse, *Coll. tit. 4, C. 1, § 2*.

2. L. 2, *eod. tit. Cod. th.*; L. 1, *de rapt. vel matrim. sanctim. C. th.*, L. IX, t. XXV.

3. L. 3, *C. th.*, l. IX, t. XXIV.

4. L. 54. *C. L. 1. t. III*; *L. unic. C. L. IX, t. XIII*; *Novel. CXXIII*,

L'empereur Léon établit des pénalités contre le rapt qui variaient suivant qu'il avait eu lieu avec ou sans armes (1).

Cette législation des empereurs du Bas-Empire avait été évidemment inspirée par l'Eglise. Le rapt entraînait l'excommunication.

Cependant une réaction se produisit, et on finit par permettre le mariage lorsque la jeune fille persistait à y consentir.

Le concile de Trente, qui devait toucher à presque toutes les matières du mariage, et spécialement régler avec soin les empêchements, ne rétablit pas cette prohibition. Mais il ordonna au ravisseur de doter la jeune fille s'il ne l'épousait pas.

L'ancien droit français s'occupa à plusieurs reprises du rapt :

L'art. 42 de l'ordonnance de Blois punit le rapt de la peine de mort SANS RÉMISSION NI PARDON. La déclaration du 26 novembre 1639 sous Louis XIII étendit cette peine aux complices. En outre elle déclare que les filles, veuves, mineures de vingt-cinq ans qui, après avoir été ravies, contracteraient mariage, contre la teneur des ordonnances, seraient privées, ainsi que leurs enfants, de toutes successions directes ou collatérales et de tous droits et avantages qui pourraient leur être acquis, par mariage, testament etc. Cette même loi déclarait les mariages non valables, même si

CXLIII et CL. Ces deux dernières nouvelles ajoutent que la confiscation des biens du coupable qui avait lieu auparavant au profit de la victime sera désormais attribuée au fisc.

1. *Imp. Leon. Const. XXXV. de raptoris virginis pœna.*

les parents voulaient les confirmer. C'est donc la prohibition de Constantin et de Justinien qui reparait.

Ces dispositions furent maintenues dans les ordonnances de 1670 et 1730.

La coutume bretonne est intéressante à connaître, elle était absolument contraire au droit du Bas-Empire et des ordonnances. Si le crime de rapt était suivi de mariage, la loi se faisait indulgente et les époux pouvaient se passer des publications, et même du consentement des parents. Cette coutume fut, au XVIII<sup>e</sup> siècle, remplacée, dans cette province, par les ordonnances (1).

### § 3. — Empêchements fondés sur des considérations politiques et sociales.

#### 1. Patriciens et plébéiens.

La loi des XII Tables (onzième ou douzième table) interdisait formellement les mariages entre plébéiens et patriciens : *Ne connubium patribus cum plebe esset*. Cette prohibition, qui fut abrogée par un plébiscite en 309 (loi *Canuleia*), était basée sur deux motifs. Le premier fut mis en avant par les patriciens : eux seuls étaient admis à prendre les auspices. Les enfants nés d'une union mixte auraient donc été une *incerta proles*, on n'aurait su si on devait les considérer comme patriciens, et, par conséquent, s'ils étaient admissibles aux hautes fonctions sacerdotales, ou comme plébéiens (2). Le second motif se basait sur le caractère

1. Comp. *Code pénal*, art. 354-357.

2. « Notre sang va être souillé », disaient les patriciens, « et le culte

ineffaçable de la caste à laquelle appartenaient respectivement tous les citoyens. Il ne pouvait y avoir la *consuetudo vitæ* de tous les instants entre personnes qui devaient rester toujours séparées par cette barrière infranchissable.

Une question historique se présente ici. La prohibition des mariages mixtes préexistait-elle à la loi des XII Tables ? L'opinion générale se prononce pour l'affirmative. Il faut admettre, dit M. Accarias, qu'elle est aussi ancienne que la distinction des patriciens et des plébéiens (1). Cependant, ce système est combattu dans une monographie toute récente et très-étudiée (2). L'auteur donne les trois solutions suivantes sur cette question :

1° Il y avait un mariage possible entre les deux ordres jusqu'à la loi des XII Tables, mais une union inférieure, un mariage du droit des gens qui, néanmoins, au point de vue plébéien, constituait un véritable mariage, puisqu'elle en offre tous les éléments : le consentement et l'*affectio maritalis*. Mais le *connubium* n'est qu'imparfait, incomplet, puisque la *manus* ne peut être réciproquement acquise, ni par le plébéien sur la patricienne, ni par le patricien sur la plébéienne.

M. Salomon se fonde, pour soutenir son assertion, sur les textes concordants de Tite-Live, de Cicéron et

« héréditaire de chaque famille en sera flétri ; nul ne saura plus de  
« quel sang il est né, à quels sacrifices il appartient ; ce sera le renver-  
« sement de toutes les institutions divines et humaines. » FUSTEL DE  
COULANGE, *la Cité antique*.

1. Conf. ROSSBACH, *op. cit.*

2. SALOMON. *Du mariage en droit des gens et spécialement du mariage sans connubium*. Paris, 1889, p. 81.

de Denys d'Halicarnasse (1). Il s'étonne même que cette opinion ne soit pas généralement adoptée et ne voit aucune raison péremptoire de révoquer en doute la véracité de ces auteurs. Il invoque en outre le caractère d'infériorité de ces unions mixtes, caractère qui devait plus facilement les faire admettre que les mariages avec *manus*.

M. Karlowa va plus loin (2) et admet, avant la loi des XII Tables, l'existence d'un *connubium* véritable entre les deux classes, en ce sens que la *manus* pouvait résulter de ces mariages mixtes. Elle aurait été acquise par la *coemptio* (car la *conferratio* était un mode réservé aux patriciens seuls).

2° De 303 (date de la loi des XII Tables) jusqu'à 309 (date de la loi *Canuleia*), les mariages ont été interdits entre les deux ordres.

3° En 309, le *connubium* complet fut concédé aux plébéiens avec les patriciens et vint ainsi remplacer le *connubium* incomplet qui leur avait été seul accordé avant la loi des XII Tables.

Mais cette thèse de Karlowa ne résiste pas à l'examen : il est en effet contradictoire de supposer qu'une plébéienne est une *uxor in manu* d'un patricien et qu'elle reste plébéienne, tout en faisant partie d'une famille patricienne. Il est même difficile d'admettre des enfants *alieni juris* placés sous la puissance paternelle d'un patricien, tout en conservant leur ancienne condition de plébéiens. Cette argumentation tirée de l'analyse que fait M. Labbé de ce passage de Tite-Live

1. CIC. *de rep.* II, 37, 63. TITE-LIVE, 42; 4, 4. DENYS-D'HALIC, 10-60; 11-28.

2. KARLOWA, *Die Formen des römischen Ehe und manus*, p. 63.

(4,4) nous paraît irréfutable contre Karlowa. Donc les mariages entre patriciens et plébéiens, en les supposant permis avant la loi des XII Tables, ne donnaient certainement pas naissance à la *manus*.

Le système de M. Salomon, qui voit dans ces unions, avant cette loi, entre patriciens et plébéiens, un mariage du droit des gens, s'appuie sur des raisons sérieuses. Le rapprochement des textes de Tite-Live et de Denys d'Halicarnasse donne une base plausible à son argumentation.

Cependant nous avons quelque peine à l'admettre. L'antagonisme connu des patriciens et des plébéiens, l'exclusivisme jaloux des premiers, si ancien, si invétéré, nous semblent pouvoir être invoqués avec grande vraisemblance pour soutenir qu'une union légale, même inférieure, n'existait pas, ne pouvait exister à l'origine entre membres des deux ordres.

En outre les obstacles mis aux mariages mixtes ne reposaient pas uniquement sur des considérations d'orgueil et ne provenaient pas exclusivement d'un esprit aristocratique. Il est certain que ces unions se heurtaient surtout à des difficultés d'ordre religieux. La *communicatio divini juris*, que suppose l'union conjugale (1) ne peut théoriquement se réaliser entre membres des deux ordres, du moins à l'origine. Avec le scepticisme général que développe forcément une civilisation avancée, les considérations purement religieuses se placent à l'arrière plan dans tout ce qui touche au droit. Pour employer une expression moderne : le droit se sécularise. Cette évolution que l'on

1. *Modestin*, L. 23, D. L. II. T. I.

peut suivre dans toutes les législations contemporaines se produisit à Rome, même avant que Cicéron eût écrit que deux augures ne pouvaient se regarder sans rire.

Mais, aux âges primitifs, dans les siècles de foi ardente, les empêchements qui s'appuient sur des considérations religieuses, sont plus puissants encore que les empêchement basés sur des considérations sociales ou politiques. A Rome notamment, nous avons dit que les patriciens seuls étaient admis aux hautes fonctions sacerdotales. Ce privilège, certainement bien antérieur à la loi des XII Tables, n'a-t-il pas dû, dès la plus haute antiquité, mettre un obstacle absolu aux unions mixtes ? Les mélanges entre castes différentes sont réprochées par presque tous les peuples au commencement de leur histoire. C'est ainsi que les lois de Manou rejetaient hors de toute classe l'enfant né de l'union entre deux personnes de castes différentes. « Il sera d'une condition impure, plus vil que le plus vil des conjoints. » (1) Remarquons enfin que le texte de Tite-Live, où est rapportée cette disposition de la loi des XII Tables, ne décide pas d'une manière explicite qu'elle soit une création des Décemvirs.

Ces différentes considérations nous portent à décider que l'interdiction du mariage entre patriciens et plébéiens, même du mariage sans *manus*, du mariage du droit des gens, est antérieure à la prohibition expresse formulée dans la loi des XII Tables qui n'aurait fait que consacrer législativement un état de choses déjà existant.

Quoi qu'il en soit de l'époque antérieure aux XII

1. *Lois de Manou*, 19, 30.

Tables, il est certain que ces mariages furent interdits par cette loi (en 303).

Depuis cette loi jusqu'en 309, tout commerce entre hommes et femmes appartenant à des classes différentes fut considéré comme un simple fait dénué de tout effet juridique. Les enfants qui naissaient de ces unions étaient donc déclarés *spuri*.

Dans l'intervalle, des familles plébéiennes s'étaient enrichies, avaient acquis de l'influence et de la considération, et s'étaient par là rapprochées des familles patriciennes. Aussi cette scission absolue opérée par la loi des XII Tables ne pouvait-elle subsister longtemps.

Elle fut supprimée par la loi *Canuleia*, en 309. Cette loi, proposée par le tribun dont elle porte le nom, est un plébiscite. D'après Tite-Live, tout son effort se concentra sur un point : faire suivre aux enfants la condition de leur père, au lieu de celle de leur mère, qu'ils suivaient auparavant. Elle ne décidait pas si les mariages mixtes feraient désormais acquérir le *manus* ou non.

De ce silence, on a conclu que, depuis cette loi, les mariages sans *manus* furent certainement des *matrimonio justa*.

Les mœurs ne furent pas modifiées par cette innovation législative : et nous savons que les mariages mixtes furent toujours rares et considérés par les patriciens comme des mésalliances (1).

## 2. Plébéiens ingénus et affranchis.

On sait par un Sénatus-Consulte qui accorda excep-

1. MOMMSEN. *Röm Geschichte*, II, 298, SUÉTONE, *Tib.* 2. *Contrà* FUSTEL DE COULANGE, p. 338.

tionnellement à une affranchie, à titre de récompense, le *connubium* avec les ingénus que le mariage était prohibé entre ces catégories de citoyens (1).

La l. 23 de *rit. nupt.* nous apprend que cette dernière prohibition fut supprimée par les lois caducaires, sauf en ce qui concernait les sénateurs. Quoique ce texte ne nous donne pas le motif de cette suppression, il est aisé de suppléer son silence. Comme nous l'avons indiqué, ces lois poussaient au mariage par des avantages pécuniaires et détournaient du célibat par des déchéances. Leur esprit général était donc d'abaisser toutes les barrières qui avaient été mises à la conclusion des mariages. Elles ne pouvaient d'ailleurs laisser soumis à ces pénalités ceux auxquels le mariage aurait été interdit, il fallait donc les relever des anciennes incapacités.

### 3<sup>o</sup> Prohibitions des lois « Julia » et « Papia Poppea. »

Les lois caducaires avaient un double but : pousser les ingénus au mariage, éviter les mésalliances scandaleuses qui le déshonoraient. Ce sont ces dernières dispositions que nous allons étudier. Les unes s'appliquaient à tous les ingénus, d'autres étaient spéciales aux sénateurs et à leurs descendants.

#### A. — Dispositions applicables à tous les ingénus.

Ces lois prohibèrent le mariage de l'ingénu avec les catégories de femmes suivantes :

1. TIT. LIV XXXIX.

1° La femme qui s'est prostituée (*quaestuarium*), même si elle s'est livrée en secret (*etiam si non palam*), que ce soit au lupanar ou ailleurs, gratuitement ou non. Mais la femme adultère ne doit pas être regardée comme une prostituée, à moins qu'elle ne se soit donnée à plusieurs sans choix (*sine ullo delectu*) (1). Un rescrit de Sévère décide que la femme qui a été contrainte de se livrer à la débauche pendant sa servitude n'est pas une *mulier quaestuarium* (2). Mais la pauvreté excessive qui a poussé une femme à la prostitution ne la relève pas de la tache indélébile qui lui est imprimée par les lois (3) ;

2° La proxénète (*lena*). Est considérée comme proxénète la femme qui favorise la prostitution des courtisanes (4). L'empêchement survit à la cessation de son infâme commerce ;

3° L'affranchie de la proxénète (5) ;

4° La comédienne (*quæ artem ludicram fecerit*) (6) ;

5° et 6° La femme surprise en flagrant délit d'adultère (*in adulterio deprehensa*) (7) et la femme condamnée dans un *judicium publicum* ou par une sentence du sénat (8). Il est à remarquer que la femme surprise reste soumise à la déchéance, même si une sentence d'absolution est rendue contre elle... *At si deprehensa quidem*

1. L. 43, pr., § 1, 2, 3. *De rit. nupt.* L. 41, pr, eod. tit.

2. L. 24, D. L. III, T. II.

3. L. 43, §§ 4, 5, *De rit. nupt.*

4. L. 4, § 2, § 3; D. L. III, T. II.

5. *Ulp. reg.* t. 139, 2.

6. L. 2, § 5; L. 3, l. 4, pr. et § 1. D. L. III, t. II; l. 21. l. II. t. XII.

7. L. 43, § 13 *de rit. nupt.* — *Paul. sent.*, l. II t. XXVI. — *Collat. leg. mos.*, t. 4, C. II et III.

8. L. 43, § 12, *de rit. nupt.*

*sit, damnata autem non sit, notata erit : ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen illi obesse debere : quia verum est, eam in adulterio deprehensam : QUIA FACTUM LEX, NON SENTENTIAM NOTAVERIT.*

Les lois caducaires faisaient donc de l'adultère un nouvel empêchement au mariage de la femme avec toute une classe de citoyens. Mais il différait des empêchements fondés sur la même cause, que nous avons étudiés, quant aux points suivants : 1° il n'existait que si la femme avait été *surprise (deprehensa)*; 2° l'empêchement absolu ne survivait pas à une sentence d'absolution. Au contraire, une pareille sentence ne portait aucune atteinte à l'empêchement des lois caducaires. Mais, sur ce point, cette dernière prohibition se rapprochait de l'empêchement relatif : nous avons vu, en effet, que, même après une sentence d'absolution, la femme accusée d'adultère ne peut épouser celui qui a été accusé avec elle pour son complice (Voir *infra, De l'adultère empêchement relatif*).

Cet ensemble de prohibitions pouvait se ramener à la formule suivante : le mariage était interdit entre un ingénu et une femme notée d'infamie (*notatam*). Nous avons vu qu'à l'origine cette peine de l'infamie n'était prononcée que contre les hommes, parce que les droits qu'elle atteignait ne compétaient pas aux femmes (le *jus suffragii*, le *jus honorum* et le droit de postuler en justice, voir *suprà, Des délais de viduité*). Plus tard, les prohibitions édictées par la loi *Julia* furent la sanction de la sentence d'infamie prononcée contre les femmes. Aussi, Ulpien se borne-t-il à dire : *si FAMOSAM quis uxorem duxerit* (1).

1. *Ulp. reg.*, 16, § 2 ; 13, § 2.

Faut-il étendre ces décisions aux femmes? Une ingénue ne peut-elle épouser un comédien ou un proxénète (*leno*)? Les textes sont muets sur cette hypothèse. Savigny en conclut avec vraisemblance que les prohibitions de la loi *Julia* devaient se restreindre au mariage des hommes ingénus (1).

B. *Dispositions spéciales aux sénateurs et à leurs descendants* PER MASCULOS.

Les lois caducaires prohibèrent le mariage des sénateurs et de leurs descendants par les mâles avec plusieurs catégories de femmes. Ces prohibitions furent plus rigoureuses et plus nombreuses que pour les ingénus ordinaires. Cette législation fut aggravée par les premiers empereurs chrétiens et notablement atténuée par Justinien.

<sup>10</sup> Lois « JULIA » et « PAPIA POPPEA ».

« Les sénateurs et leurs descendants par les mâles (2) ne peuvent épouser, — dit Ulpien, — les affranchies, les filles de comédiens ou de comédiennes, (3) et les femmes qui se sont prostituées (*item*

1. *Traité de droit romain*, t. II, app. VII, n° 2, (page 476, trad. Guénoux).

2. Il faut entendre en cette matière par descendants par les mâles les descendants naturels ou adoptifs. Mais si ces derniers sont émancipés, le lien est brisé et ils ne peuvent plus être soumis à la prohibition.

3. L. 44, § 2. *De rit nupt.* La prohibition n'atteignait que les fils et filles du comédien ou de la comédienne et non les petits-fils ou petites-filles. Une différence existait toutefois entre la filiation masculine et la filiation utérine. Dans le premier cas, d'après le jurisconsulte Octavenus, la qualité de comédien du père ne nuisait pas à ses enfants *vulgo concepti*; la prohibition ne frappait donc que les enfants *légitimes*, na-

« *corpore quæstum facientem*). Quant aux autres ingé-  
 « nus, il leur est défendu d'épouser une proxénète ou  
 « l'affranchi d'un ou d'une proxénète, la femme sur-  
 « prise en adultère, celle qui a été condamnée dans  
 « un *judicium publicum*, et la comédienne. Mauricianus  
 « ajouta à cette liste la femme condamnée par le Sé-  
 « nat.... » (ULP. *reg. Tit. XIII*, § 1, 2).

On remarquera que le texte d'Ulpien ne mentionne formellement en parlant des sénateurs ou de leurs descendants, ni la proxénète ou son affranchie, ni la femme *in adulterio deprehensam*, ni celle qui a été condamnée dans un *judicium publicum*. Faut-il en conclure que ces mariages avec ces catégories de personnes fussent permis à l'origine aux sénateurs à leurs descendants, tout en étant interdits aux autres ingénus? De très bons esprits l'ont soutenu, et notamment l'illustre Savigny, en argumentant du texte d'Ulpien qui, il faut le reconnaître, est très favorable à cette opinion.

Toutefois nous ne pouvons l'admettre : il nous semble impossible que les familles sénatoriales fussent moins protégées contre les mésalliances que les simples ingénus non revêtus d'aussi hautes fonctions.

Si Ulpien n'a pas ajouté à l'énumération des empêchements aux mariages sénatoriaux, les empêchements prescrits pour les ingénus, c'est qu'il entendait fixer d'abord les prohibitions particulières aux membres du Sénat.

Quelles que fussent les dispositions de la loi *Julia*

turels (*hoc sensu*) ou adoptifs. Il en est différemment lorsque c'est la mère qui est comédienne. Dans cette hypothèse, la prohibition est applicable à ses enfants même *vulgo concepti*, (*matrem etiam si vulgo conceperit*). L. 44, § 3, *cod. tit.*

elle-même sur ce point, il est certain que notre interprétation prévalut et ne faisait plus doute à l'époque classique. Le jurisconsulte Paul dit en effet : *Il est interdit aux sénateurs d'épouser les femmes que les autres ingénus ne peuvent épouser* (1).

La prohibition s'appliquait, que les enfants du comédien fussent en sa puissance ou non. Nous avons vu que les enfants adoptifs étaient placés, en cette matière, sur le même pied que les enfants naturels (*hoc sensu*). Toutefois Paul paraît établir une différence entre eux. L'enfant naturel était atteint par la loi *Julia*, même après la mort de son père comédien, même si, au moment de la naissance, il avait quitté le théâtre. L'empêchement était donc perpétuel pour la filiation naturelle. A la différence du fils naturel après la mort du père, le fils adoptif, une fois émancipé, est exempt de l'incapacité édictée par la loi *Julia* (2). Il y a là une application du principe que le lien fictif, né de l'adoption peut être rompu, tandis que le lien du sang ne peut pas l'être.

Quels seront les effets des événements postérieurs sur un mariage régulièrement contracté et valable ? Les textes prévoient plusieurs hypothèses qu'il faut indiquer.

Un sénateur a épousé une ingénue, puis le père de celle-ci devient comédien. Faut-il que cette circonstance, indépendante de la volonté des époux, qui ne peut leur être reprochée, soit une cause de nullité ? Evidemment non. La loi se départit de sa rigueur dans ce cas et décide que le mariage ne sera pas dissons...

1. L. 44, § 8. *De rit. nupt.*

2. L. 44, § 5, *eod tit.* Ce texte est d'ailleurs assez obscur.

*iniquissimum est dimittere eam debere, cum nuptiæ honestæ contractæ sint, et fortasse jam liberi procreati sint* (1).

Mais au § suivant, la loi 44 de rit. nupt. décide que, si c'est la femme elle-même qui a embrassé la profession de comédienne, elle doit être immédiatement répudiée (2).

D'autres hypothèses sont réglementées au Code. Un ingénu a épousé une affranchie; plus tard il est revêtu des fonctions sénatoriales. Son mariage sera annulé, décidait Ulpien, car les mariages entre sénateurs et affranchies ne peuvent valoir (*non stare*).

Justinien, qui rapporte cette rigoureuse décision de l'époque classique, dispose, pour des raisons d'humanité, qu'à l'avenir cette union sera maintenue.

La fille d'un ingénu épouse un affranchi. Plus tard le père de cette femme devient sénateur, le mariage sera-t-il rompu? Oui, à l'époque classique, car le père, en acceptant ces hautes fonctions, est considéré comme répudiant son gendre, en vertu du pouvoir exorbitant que nous lui avons reconnu jusqu'à une certaine époque. Mais Justinien adoucit ici encore la rigoureuse sanction des lois caducaires. (*Taceat Papiæ legis crudelissima sanctio*) (3).

L'affranchi pouvait être relevé par l'Empereur de son état d'infériorité et échapper ainsi aux dispositions de la loi *Papia*, soit par la concession du *jus aureonum annulorum*, soit par la *restitutio natalium*. Cette concession gracieuse levait la prohibition de la loi, car il était désormais assimilé aux ingénus, *nam Princeps inge-*

1. 44, § 6, eod. tit.

2. § 7, eod. tit.

3. L. 28. De nuptiis. C.

*num facit*, dit énergiquement Ulpien (1). Il est probable que ces faveurs impériales furent très-fréquentes, si l'on en juge par l'influence immense qu'exercèrent les affranchis dans les affaires de l'Empire romain. Il suffit de rappeler les noms de Narcisse, de Pallas, sous Claude. Le premier, confident de l'Empereur, était tout puissant sous ce règne. Mais l'adrogation d'un affranchi faite par un ingénu ne rendait point l'adrogé ingénu. Il restait donc soumis à la loi *Papia* (2).

Le prince pouvait en outre autoriser spécialement le mariage d'un sénateur avec une affranchie (*indulgentia Principis*) (3).

Si l'affranchi pouvait effacer sa tache originelle et aspirer par suite aux plus hautes alliances, le sénateur pouvait déchoir et être exclu du Sénat. Quelles étaient les conséquences de son exclusion, soit sur son mariage, soit sur celui de ses descendants ?

Sur son mariage : il peut désormais épouser une affranchie ; les raisons, sur lesquelles étaient fondées les prohibitions des lois caducaires n'existent plus dans cette hypothèse. Le mariage qu'il aurait contracté antérieurement à son exclusion devient valable. *Si quis in senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen in ea conditione est, UT SI AMISERIT DIGNITATEM, UXOR ESSE INCIPIAT*. D'une manière générale, c'est à partir de la cessation de la cause de nullité que le mariage prend existence. (4).

1. Voir sur les effets de ces deux faveurs impériales : L. 10, § 3, de *in jus voc.* D. L. II, t. IV. — TITE-LIVE. L. XXIII. C. XII et les titres de *jure aur. annul.* au Digeste (L. XL, t. X) et de *natal. rest.* (*eod. lib.* t. XI).

2. L. 32. *De rit. nupt.* L. 27. D. L. I, t. V.

3. L. 31. *De rit. nupt.*

4. ACCARIAS, *op. cit.*

Sur le mariage de ses enfants : L'indignité du père ne doit pas atteindre les enfants (1) (*crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest...*) Aussi Papinien décide-t-il que la fille d'un sénateur pourra, après l'exclusion de son père, se prévaloir des dispositions de la loi *Papia* pour demander la nullité de son mariage avec un affranchi. Cette décision présenterait de l'intérêt dans le cas où la fille aurait ignoré jusqu'à ce moment la qualité de son conjoint et ne l'aurait découverte qu'après la déchéance (2).

Mais l'enfant d'un sénateur peut, par lui-même, par sa propre indignité, se soustraire aux dispositions des lois *Papia* et *Julia*, et cela, malgré les fonctions de son père. C'est ainsi que plusieurs textes décident que la fille d'un sénateur qui s'est prostituée, qui est devenue comédienne, qui a été condamnée dans un *judicium publicum*, ou par une sentence du Sénat, peut valablement épouser un affranchi (*impune libertino nubit*). Car elle ne mérite plus la *protection* de la loi, dit Paul, celle qui s'est dégradée à ce point (*nec enim honos ei servatur quæ se in tantum fœdus deduxit*) (3). Il est très remarquable en effet de voir les lois caducaires présenter ces prohibitions comme un privilège (*honus*) des sénateurs et autres personnages de condition.

1. L. 26. *De pœnis*. D. (L. XLVIII, t. XIX).

2. L. 34, § 4. *De rit. nupt.*

3. L. 47, *eod tit.* Il paraît en effet que les peines et les prohibitions des lois *Julia* et *Papia Poppea* n'étaient pas encourues par les femmes qui s'étaient notoirement prostituées. Suétone et Tacite rapportent que des dames romaines de haute condition eurent recours à ce moyen infâme pour pouvoir impunément s'unir à des hommes au-dessous d'elles. SUÉTONE, *vie de Tibère*. C. XXXV ; TACITE, *Ann.* II, ch. LXXXV. Un sénatus-consulte réagit contre ces scandales (L. 10, § 2. D. L. XLVIII, t. V). Consulter sur ce point SAVIGNY. *Traité de Dr. rom.* t. II, app. 7, n° 13. MACHELARD. *Revue historique*, t. III, p. 340, etc...

*Droit postérieur aux lois JULIA et PAPIA POPPEA.*

Constantin remit en vigueur ces prohibitions qui étaient tombées en désuétude. (On les trouve cependant rappelées dans une constitution de Dioclétien) (1). Il les aggrava même de deux manières : 1° en étendant ces dispositions spéciales aux sénateurs, à certains fonctionnaires : aux *prafecti* (ou *perfecti* selon Cujas et Pothier), aux *duumviri*, à certains hauts dignitaires ecclésiastiques ; 2° en ajoutant aux femmes que les lois caducaires défendaient aux sénateurs d'épouser plusieurs catégories nouvelles. Elles comprenaient la servante (*ancilla*) et sa fille, la *tabernaria* (tenancière d'une taverne) et sa fille ; la marchande publique (*quae mercimoniis publice praefuit*) ; les filles du ou de la proxénète, du gladiateur (*arenarius*) et de l'affranchie ; généralement toute femme de condition vile (*vilis vel abjecta persona*) (2).

Cette dénomination *vilis vel abjecta* était trop vague, que fallait-il entendre par femme de condition vile ? L'empereur Valentinien III, très-probablement sous l'influence des idées chrétiennes sur l'égalité des hommes, (*Non est judæus, neque græcus, neque servus, neque liber, omnes unum in Christo-SAINTE-PAUL*), vint interpréter dans un sens très-large la Constitution de Constantin. Ne peut être considérée comme vile, dans le sens de la constitution, la femme à laquelle on ne peut reprocher que sa pauvreté. Car le pauvre est l'égal du riche, conclut l'Empereur (3).

1. L. 15. *De nuptiis*. C.

2. L. 1, C. 1. V, t. XXVII.

3. L. 7, *de inc. et in nupt*. C. 1. V. t. V.

Justinien, épris d'une actrice, fille d'un belluaire, Théodora (1), ne pouvait laisser subsister ces prohibitions qui gênaient son amour. Aussi obtint-il de son père adoptif, Justin I<sup>er</sup>, leur abrogation quant aux comédiennes. Cependant, pour ménager l'opinion publique et sauver les apparences, il n'assimila pas d'emblée cette catégorie de femmes aux ingénues, et elles ne furent autorisées à s'unir à des hommes haut placés que moyennant les conditions suivantes : 1<sup>o</sup> elles devaient quitter le théâtre ; 2<sup>o</sup> obtenir de l'Empereur un rescrit qui les relevait de leur condition abjecte ; 3<sup>o</sup> faire rédiger un *instrumentum dotale*. Les mêmes faveurs étaient étendues à la fille de la comédienne, après la mort de celle-ci ou sa renonciation à paraître sur les théâtres.

Enfin si sa naissance est postérieure à l'époque où sa mère a été relevée de sa condition inférieure, elle peut se marier sans accomplir aucune formalité (2).

L'empereur a même voulu, par le préambule emphatique de sa constitution, donner le change à ses sujets et à la postérité sur les motifs qui ont inspiré cette modification législative : « C'est afin d'imiter la  
« miséricorde infinie de Dieu qui pardonne à nos fau-  
« tes et reçoit notre repentir, que l'empereur consent  
« à permettre aux femmes repentantes, qui, par suite  
« de la faiblesse de leur sexe ou des nécessités de la  
« vie, ont choisi une profession contraire à leur di-  
« gnité et à la modestie qui leur sied..... » Mais cette

1. Si l'on en croit Procope, Théodora se serait notoirement prostituée. Elle n'aurait donc pu à ce titre épouser même un ingénu non revêtu de fonctions publiques.

2. L. 23, *pr.* et § 7, *de nupt.* C. Cette constitution est attribuée par erreur à Justinien, elle est certainement de Justin I<sup>er</sup>, son prédécesseur.

phraséologie biblique, si elle a couvert, aux yeux des contemporains de Justinien, les motifs qui ont inspiré l'innovation rapportée au Code, ce dont nous doutons, a toujours été considérée par l'histoire pour ce qu'elle est, pour un mensonge officiel.

Justinien, une fois monté sur le trône, supprima la plupart des conditions imposées par son prédécesseur au mariage des comédiennes. Par la l. 29, *de nupt.*, au Code, il les affranchit de la nécessité de solliciter un rescrit, par la Nouvelle CXVII, C. VI, il abolit toutes les prohibitions des lois *Julia* et *Papia Poppea* et de l'empereur Constantin. Le seul vestige, qui subsiste désormais, des anciennes dispositions restrictives que nous venons de passer en revue, c'est l'obligation de rédiger un *instrumentum dotale* lorsque les époux sont de condition trop différente (1).

La *paritas honestatis* entre les futurs, comme condition du mariage, n'est donc plus qu'un souvenir. Cependant Justinien défendit le mariage d'une femme libre avec un colon (2).

*Sanctions des empêchements édictés par les lois JULIA et PAPIA POPPEA.*

Cette question de la sanction des dispositions que nous venons de passer en revue est encore très controversée.

Nous exposerons les deux systèmes qui sont en présence. Auparavant il faut remarquer que, depuis un sénatus-consulte de Marc-Aurèle et Commode, la sanc-

1. Voir la nouvelle LXXVIII, C. I et III, par laquelle il accordait à tous les affranchis le *jus aurerum annulorum et regenerationis*.

2. *Novell.* XXII, C. 17.

tion fut certainement la nullité (1). La discussion que nous abordons ne se rapporte donc qu'à l'époque antérieure à ce sénatus-consulte.

La règle générale est la nullité des mariages contractés en violation des dispositions de la loi : *Si adversus ea quæ diximus alii coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur*, etc..., lit-on aux Institutes (2).

Cependant beaucoup d'auteurs soutiennent que le mariage contracté en violation des lois caducaires était néanmoins valable. Mais il ne pouvait prémunir contre les déchéances qu'elles édictaient ni faire obtenir les avantages qu'elles offraient. Examinons les arguments invoqués par les partisans de ce premier système.

Le premier est ancien, il a été fourni par Heinecius dans sa tentative de reconstitution des lois juliennes : ces lois étaient des *leges imperfectæ* (*minus quam perfectæ*) qui, tout en prohibant certains actes, n'en prononçaient cependant pas la nullité et se contentaient de punir les contrevenants par des peines (*et si factum sit non rescindit, sed pœnam injungit ei qui contra legem fecit*).

Cette explication a été admise par Godefroid, Pothier et beaucoup d'autres auteurs moins considérables. Elle se base en somme sur l'esprit général de ces lois et en fait l'application à un cas spécial (1).

Elle trouve un point d'appui sérieux dans les dispo-

1 L. 16, *pr.* D. de rit. nupt

2. *hoc. tit.*, § 12.

3. HEINECIUS. *Comment. ad leg. Jul. et Pap.*, l. II, C. II, n° 1. GODEFROID, *cap. leg. Jul.*; POTHIER, *Pand just. ad. tit. ad tit. de rit. nupt.* n° 65.

sitions du sénatus-consulte de Mac-Aurèle et de Commode qui prononce formellement la nullité du mariage de la fille du sénateur avec un affranchi. *Oratione Divi Marci cavetur, ut si senatoris filia libertino nupsisset, NEC NUPTIAE ESSENT...* (L. 16, *pr.*, de rit. nupt. et L. 16, D. L. XXIII, t. I.) Si les lois caducaires avaient édicté la nullité, pourquoi en faire l'objet spécial d'un sénatus-consulte? N'y a-t-il pas là une innovation? La majorité des auteurs le soutient, du moins pour les mariages des membres de familles sénatoriales avec des affranchis. Les fragments qui nous sont parvenus des termes du sénatus-consulte sont muets sur les mariages des simples ingénus. On ne peut que faire des conjectures sur la sanction qui les frappait. Savigny les considère comme ayant été valables soit avant, soit après Marc-Aurèle.

Mais, d'après cet auteur, la jurisprudence vint postérieurement étendre la nullité aux mariages des sénateurs avec les comédiennes, et des enfants des premiers avec les enfants des seconds, etc., *mais jamais avec les infâmes en général* (1).

Cette argumentation de Savigny trouve un point d'appui dans la loi 16, *de sponsalibus*, d'Ulpien : « Le « sénatus-consulte de Marc-Aurèle et de Commode, « qui a interdit certains mariages aux sénateurs, ne « parle pas des fiançailles. Il n'en faut pas moins dé- « cider, dit le jurisconsulte, qu'elles sont nulles dans « les mêmes cas où le mariage le serait. *Car il faut « suppléer ce qui manque dans le sénatus-consulte* » (*ut suppleatur quod orationi deest*).

1. SAVIGNY, *op. cit.*, t. II, app. 7, n° 3.

On peut, par analogie, conclure que, si la jurisprudence a suppléé le silence du sénatus-consulte pour les fiançailles en étendant à ces dernières la nullité que les termes de l'*oratio* appliquaient au mariage seul, elle a, par une évolution semblable, admis la nullité des mariages sénatoriaux contractés en violation des prescriptions des lois juliennes, même pour les cas qui n'étaient pas spécialement prévus par l'*oratio*.

Revenons à la sanction des mariages contractés en violation des prescriptions des lois caducaires, avant le sénatus-consulte.

Les partisans du système que nous exposons invoquent un texte des *Fragments du Vatican* (1), où l'on se demande si, pour être excusé de la tutelle, il suffit d'avoir trois enfants *justi secundum jus civile* ou s'il faut qu'ils le soient *secundum leges Juliam et Papiam* ?

Peu importe la solution de cette question. Le fait seul que les jurisconsultes se la posaient prouve que le mariage n'était pas frappé de nullité, puisque les enfants étaient *justi* dans les deux cas, même si l'union avait été contractée *contra leges*.

Cette argumentation est confirmée par un texte de Paul : *Sui hæredes sunt hi : primo loco filius, filia, in potestate patris constituti ; nec interest adoptivi sint aut naturales, ET SECUNDUM LEGEM JULIAM PAPIAMVE QUÆSITI, modo maneant in potestate* (2).

L'énumération des héritiers siens que donne Paul comprend même les enfants qui ne sont pas nés *secundum legem Juliam Papiamve*. C'est donc qu'ils sont

1. *Vatic. fragm.* § 168.

2. *Collat. leg. Mosaïc*, t. XVI, C. III.

*justi* et que le mariage d'où ils sont issus n'est pas nul. On invoque en outre un texte d'Ulpien (l. XVI, § 2. Ulp. reg.), d'après lequel deux personnes mariées contrairement aux lois caducaires sont qualifiées *vir et uxor*, mais ne peuvent pas recueillir l'une de l'autre une libéralité testamentaire. Quelle utilité y aurait-il à déclarer que deux personnes non mariées ne peuvent pas se prévaloir des droits qui découlent du mariage ?

En résumé, d'après ce système, la nullité n'aurait sanctionné les prohibitions des lois caducaires qu'à dater du sénatus-consulte.

Sous l'empire même de ces lois, la sanction était la suivante : les époux seront traités comme célibataires et subiront les déchéances que ces lois édictaient, mais le mariage n'était pas frappé dans sa validité.

Dans une autre opinion qui rallie des auteurs considérables, la nullité ne fut pas une innovation du sénatus-consulte ; elle résultait directement des lois *Julia* et *Papia* (1). On se fonde sur le texte même de la l. 44 *pr. de rit. nupt.*, qui est formulée en termes impératifs.... *neve quis eorum dolo malo, sciens sponsam uxoremve eam HABETO...*

On invoque le principe général posé par les *Institutes* (*hoc, tit. § 12*) d'après lequel les mariages contractés en violation des prescriptions de la loi sont nuls. Justinien, au Code, établit que spécialement les dispositions de la loi *Papia* étaient sanctionnées par la nullité. On en tirait même cette conséquence, sous l'empire de cette loi, que l'élévation d'un citoyen au rang de sénateur rompait le mariage contracté par sa fille avec un affranchi (2).

1. Sic ACCARIAS, *op. cit.*

2. L. 28. *De nuptiis, C.*

Les partisans de ce second système font remarquer que la désuétude abrogeait les lois. Par conséquent une loi ou sénatus-consulte pouvait souvent ne faire que répéter une disposition législative déjà existante, tout en échappant au reproche d'inutilité. Dès lors, de ce que l'*oratio* de Marc-Aurèle édicte la nullité des mariages qui nous occupent, il serait au moins exagéré d'en conclure qu'elle n'existait pas auparavant. Cette argumentation est fortifiée par le fait suivant : beaucoup des textes qui mentionnent l'*oratio*, lui attribuent non seulement la sanction de la nullité, mais la prohibition elle-même... *oratio quæ... INHIBUIT* (L. 16 de *sponsal*). Voir aussi l. 3, § 1. *De don erit. vir. et ux.*

Enfin ces prohibitions paraissent être une extension ou un souvenir de l'ancienne prohibition du mariage entre ingénus et affranchis qui elle était certainement sanctionnée par la nullité (1).

Tels sont les éléments de la controverse. Elle n'offre qu'un intérêt purement historique : à partir du sénatus-consulte, il est hors de doute que tous les mariages interdits par la loi *Julia* furent frappés de nullité (2). Mais, comme nous l'avons dit, il reste toujours une incertitude sur la sanction de ces prohibitions, même après cette époque, en ce qui concerne les ingénus simples. En effet, aucun des textes qui parlent de nullité ne mentionne cette catégorie de citoyens, ils prévoient toujours un mariage sénatorial. Savigny a conclu de ce silence que cette sanction rigoureuse ne s'est jamais appliquée au mariage des ingénus. Heineccius est d'un avis contraire (voir *suprà*).

1. ACCARIAS.

2. L. 42, § 1, 44, § 6 et § 7. *De rit. nupt.* D.

Les arguments invoqués de part et d'autre ont tous de la valeur. Nous ne nous prononçons pour aucun des deux systèmes exposés qui peuvent être également défendus et combattus par de bonnes raisons.

*4<sup>o</sup> Empêchements fondés sur la différence de religion.*

Les empêchements fondés sur la différence de religion, qui ont persisté jusqu'à nos jours comme empêchements canoniques, souvenir funeste du fanatisme des siècles précédents, sont une création du christianisme (1).

Rome païenne ne connut pas cette nature de prohibition. Aux temps de sa splendeur, elle ignora les querelles religieuses, et montra toujours un respect absolu pour les cultes des peuples conquis par elle. « Elle se soumit elle-même aux divinités étrangères et les reçut dans son sein, » dit Montesquieu, (2) « et, par ce lien, le plus fort qui soit parmi les hommes, elle s'attacha des peuples qui la regardèrent plutôt comme le sanctuaire de la religion que comme la maîtresse du monde. » La liberté de la pensée, qui allait disparaître sous l'influence de l'Eglise, et ne devait renaître qu'à travers des obstacles presque insurmontables, était donc largement reconnue par les Romains, avant le triomphe du christianisme (3). Ce n'est pas un de leurs moindres titres à notre admiration.

1. Cependant, chez les anciens Juifs on trouve des empêchements au mariage tenant à la différence de religion. Voir *Exode*, 34, vers. 15, 16 ; — *Deutéronome*, 7, vers. 1-3. — MAYER, *Die Rechte der Israëlitien, Athener und Römer*, § 217.

2. *Politique des Romains*, t. II, p. 173 (éd. Laboulaye).

3. On peut objecter à l'assertion portée au texte le fait même des

Il faut arriver jusqu'à Justinien, en plein christianisme, pour trouver les inutiles et subtiles discussions théologiques que l'histoire a flétries du nom de discussions byzantines. Les persécutions elles-mêmes, furent motivées par l'esprit de prosélytisme des chrétiens, par la tendance envahissante de la nouvelle religion, par sa lutte ouverte contre les institutions existantes. De bonne heure en effet on les voit songer à renverser les idoles. Puis la religion de l'empire est devenue une véritable religion d'État, une religion officielle. L'apothéose de l'empereur, qui fait ajouter à son titre de César Auguste celui de divin (*Divus*), incarne en sa personne l'État adoré comme Dieu, Quiconque refuse de sacrifier, méconnaît la majesté de César et de l'empire romain. Aussi la plupart des chrétiens étaient-ils condamnés pour lèse-majesté et non point comme faisant profession d'une religion prohibée. « Que l'on « feuillette les actes des martyrs, et l'on se convaincra « que le refus de sacrifier sert de bases à toutes les « condamnations » (1).

L'esprit de tolérance des Romains, en matière religieuse, se montre jusque dans la procédure suivie dans les persécutions contre les chrétiens : Le juge met tout

persécutions dirigées contre les chrétiens. Mais on verra que ces persécutions eurent un caractère exclusivement politique et non religieux. La preuve en est d'ailleurs dans la tolérance pratiquée de tout temps, par le peuple romain, à l'égard de toutes les autres religions. Jamais les plus cruels des empereurs n'auraient obligé un Galilée à rétracter ses admirables découvertes sur la stabilité du soleil et le mouvement de la terre comme contraires à la religion qu'ils professaient.

1. MAASEN, *Über die Gründe des Kampfes zwischen dem heidnisch römischen Staat und dem Christenthum.* — PÈTRE, *De l'influence de la religion sur la condition des personnes.* Paris, 1888.

en œuvre pour obtenir de l'accusé un acte ou un semblant d'acte qui lui permette de l'absoudre. Ce point a été mis en lumière par des travaux récents. Avec le scepticisme qui régnait dans la société romaine, alors que pas un citoyen éclairé ne croyait à l'existence des dieux d'Homère ou à la divinité de l'empereur, ces magistrats ne pouvaient qu'attribuer à un dérangement d'esprit cette obstination à refuser un simulacre d'adoration qu'ils jugeaient indifférent en lui-même. Aussi la plupart n'ordonnent-ils l'exécution qu'à la dernière extrémité, après avoir supplié le chrétien d'avoir pitié de lui-même, faisant intervenir, ses parents, ses amis, lui offrant un sursis pour réfléchir, imaginant parfois quelque subterfuge qui permette de faire croire à l'assistance que le chrétien a cédé, quelques-uns même vont jusqu'à lui faire appliquer la torture, et le sacrifice ainsi obtenu par force vaut au patient son élargissement comme s'il avait été volontaire (1).

Le but et le caractère des persécutions contre les chrétiens ont été volontairement dénaturés par les auteurs ecclésiastiques. Celles que le christianisme de toutes confessions devait diriger plus tard contre les soi-disant hérétiques, contre les Juifs, les Maures et les Relaps furent autrement impitoyables et cruelles. Jamais les empereurs païens n'auraient été s'enquérir des convictions religieuses de leurs sujets, et les condamner au supplice pour une divergence de doctrine, jamais

1. PÉTRE, *op. cit.* — TERTULLIEN, *Apol.* 2, *Ad. scapul.* 4. RENAN, *Marc-Aurèle*. Ces considérations générales ne doivent cependant pas être appliquées à la persécution de Néron qui fut un massacre général ordonné par l'incendiaire de Rome, pour donner le change sur l'auteur de ce forfait au peuple exaspéré. Mais elles sont vraies même pour la plus sanglante de toutes, celle de Dioclétien.

rien de comparable aux procès de l'inquisition ou au procès de Michel Servet. Jamais ils n'ont eu l'étrange prétention de tenir seuls la vérité, toute la vérité, et de vouloir l'imposer aux autres. S'ils poursuivirent les chrétiens, ce fut pour désobéissance à leurs ordres, pour lèse-majesté, lit-on dans les documents de l'époque. Ils étaient inspirés par des considérations absolument et uniquement politiques. (1).

Le fragment suivant, extrait d'un article tout récent (2), confirme le caractère exclusivement politique des persécutions romaines en même temps que le désir du magistrat de faire échapper par tous les moyens possibles l'accusé à la condamnation qui le menaçait. Ce texte contient le récit du martyre d'un individu nommé Procope, sous Dioclétien. On pourrait d'ailleurs multiplier les exemples.

A Césarée de Palestine, un grand nombre d'évêques et de membres du clergé furent amenés de tous les points de la province. Un de ceux-ci attirait surtout les regards. Il se nommait Procope et remplissait à Scythopolis les fonctions de lecteur et d'exorciste : il était spécialement chargé de traduire au peuple en langue vulgaire les Écritures sacrées qu'on lisait en grec dans les églises. Avant même d'être mené en prison, il fut conduit devant le gouverneur Flavien. Celui-ci lui commanda de sacrifier aux dieux : « Il n'y a pas plusieurs dieux » s'écria Procope, « il n'y en a qu'un, créateur de toutes choses. » Le magistrat, qui

1. Galère, l'instigateur de la seconde persécution sous ce prince, s'écriait : Les chrétiens ont enfin paru ce qu'ils sont : *des ennemis publics*.

2. *Revue des questions historiques*. La persécution de Dioclétien par P. ALLARD, 1890, 54.

*répugnait comme tant d'autres à verser le sang*, fut ému à la vue de cet homme dont le corps, exténué par les jeûnes, semblait se soutenir seulement par la force de l'âme ; aussi, cherchant à lui ménager un moyen de salut, parut-il se contenter de cette réponse, que les doctrines du temps lui permettaient, dans une certaine mesure, d'accepter. Il demanda donc au martyr d'offrir de l'encens non plus aux dieux, mais aux quatre empereurs. « Il n'est pas bon d'avoir tant de maîtres ; qu'il y ait un seul dieu, un seul roi », dit Procope citant Homère. Dans cette parole, où le chrétien abritait sous l'autorité du plus grand des poètes une discrète condamnation des apothéoses impériales, Flavien crut voir un outrage à la Majesté souveraine et comme un blâme du système politique fondé par Dioclétien : il condamna sur-le-champ Procope à être décapité (1).

Ce court préambule était nécessaire pour faire comprendre la différence absolue qui sépare la législation romaine du paganisme de la législation chrétienne quant aux obstacles au mariage résultant de la religion que professent les futurs époux. Le polythéisme les ignorait, le monothéisme chrétien les crée, les multiplie et les sanctionne rigoureusement.

Cependant, la profession du christianisme aurait été une cause d'empêchement au mariage pendant l'ère des persécutions, si l'on admet avec M. Le Blant que, sous les empereurs païens, la profession de cette religion entraînait de plein droit l'infamie (2). Nous avons vu,

1. *Passio S. Procopii*, dans RUINART, p. 373. Un court récit du martyr de Procope se trouve dans le livre d'Eusèbe. Sur les martyrs de Palestine, les actes plus détaillés que donne Ruinart sont certainement originaux et contemporains. — Voir *Revue des quest. histor.*, 1890, 54.

2. LE BLANT, *Notes sur les bases juridiques des poursuites dirigées con-*

en effet, que les lois *Julia et Papia Poppea* prohibaient le mariage des ingénus avec les femmes notées d'infamie (1). Mais, même en admettant cette thèse, la différence de religion n'aurait été que la cause *très indirecte* de l'incapacité matrimoniale, la véritable raison aurait été l'infamie encourue. Notre assertion que la religion, par *elle-même*, ne constituait pas un empêchement au mariage à l'époque païenne, n'en resterait donc pas moins fondée.

Cette prohibition, qui aurait été édictée par la législation impériale païenne, n'est, toutefois, guère admise. Il est, en effet, difficile de supposer que cette peine frappât de plein droit les chrétiens, elle aurait été ainsi antérieure au délit. Car le fait qui le constituait était le refus de sacrifier, constaté par le magistrat à l'audience, par conséquent peu de temps avant le jugement.

M. Le Blant donne cependant quelques arguments à l'appui de son opinion, qui méritent d'être reproduits et examinés :

1° Un passage de Tertullien (2), d'après lequel les chrétiens figuraient sur les registres des inspecteurs des provinces, en compagnie de certaines catégories de personnes dont la profession comportait l'infamie : *Nescio dolendum an erubescendum sit, cum in matricibus beneficiariorum et curiosorum inter tabernarios et ganeones et fures balnearum, et aleones et lenones CHRISTIANI QUOQUE, vectigales continentur.*

*re les martyrs.* Comptes-rendus de l'Acad. des inscriptions, 1866, p. 853 s. ROUTH, *Reliquie sacræ*, I, p. 73.

1. Voir *suprà* et ULP., *reg.*, XIII, § 2 ; XVI, § 2.

2. TERTULL., *de fuga*, cap. XIII.

Le fait indiqué par Tertulien n'est pas décisif, car il existait des infâmes en dehors de l'énumération qu'il donne dans ce texte. Tout au plus, peut-on en conclure que les chrétiens étaient considérés par les autorités romaines comme suspects, ce qui ne doit guère étonner.

M. Le Blant voit dans les peines du feu, de la croix ou des bêtes auxquelles l'empereur condamnait les chrétiens, même ingénus, peines réservées aux *humiliores* (1), une preuve que la déchéance résultant de l'infamie avait été antérieurement prononcée contre eux. De même, on voit des chevaliers romains, convaincus d'adhérer aux doctrines nouvelles, privés de leur dignité, des chrétiens dépouillés des privilèges que devaient leur faire acquérir de nombreuses années de service et ne participant pas aux faveurs des vétérans.

Tous ces faits sont indiscutables, mais ils peuvent s'expliquer autrement que par une déclaration générale d'infamie antérieure.

En effet, nous avons démontré que ce n'était pas pour leur foi, pour leurs croyances, choses absolument indifférentes à l'esprit positif et pratique des empereurs romains, que les adeptes de la nouvelle religion étaient poursuivis, jugés et suppliciés, mais que c'était pour désobéissance aux lois, pour lèse-majesté. Or, il suffit d'ouvrir le Code de Justinien ou les sentences de Paul pour lire écrit en termes formels que, dans les instances contre les criminels accusés de lèse-majesté, on ne devait tenir aucun compte des dignités dont ils pouvaient être

1. . . . . *Humiliores vero aut in crucem tolluntur aut bestiis obiciuntur.* PAUL., *sent.*, tit. XXIII, § 1. . . . . *Tamen vivi exuruntur vel ad bestias dantur, eod.*, tit. XXIV.

revêtus : *In reum majestatis inquiri prius convenit quibus opibus, qua factione, quibus hoc auctoribus fecerit tanti enim criminis reus non obtentu adulationis alicujus, sed ipsius admissi causa puniendus est; et ideo cum de eo quæritur, NULLA DIGNITAS A TORMENTIS EXCIPITUR* (Paul, *Sent. ad legem Juliam majestatis. Tit. XXIX, § 2*).

*Nullus omnino cui inconsultis, ac nescientibus, nobis fudicularum tormenta inferuntur militiæ vel generis, aut dignitatis defensione uti prohibeatur : EXCEPTA TAMEN MAJESTATIS CAUSA, IN QUA SOLA OMNIBUS AEQUA CONDITIO EST* (L. 4, C. *Ad legem Juliam majestatis, l. IX, t. VIII*).

Donc, l'accusation de lèse-majesté supprime toute distinction sociale : le sénateur prévenu de ce crime capital est l'égal du plus misérable affranchi devant les tourments de la question et l'ignominie du supplice. Mais l'empereur a soin de faire remarquer que c'est le seul cas où l'égalité existe en cette matière (1).

Cet argument de M. Le Blant n'a donc pas de valeur : le caractère spécial du crime dont étaient certainement prévenus les chrétiens met à néant son système.

Enfin un passage de l'édit de persécution que rendit Dioclétien en 304 nous semble péremptoire contre la théorie que nous exposons. Il déclare en effet infâmes *ceux qui refuseront de sacrifier aux dieux* (2). Sans doute

1. Cette inégalité dans les supplices d'après la condition du condamné fut probablement léguée par le droit public romain à l'ancien droit français et persista sous l'ancien régime. La « hart » était réservée au vilain, la hache au noble. « Le genre de peine de mort le plus ordinaire est la peine de la potence. Les gentilshommes ne sont pas condamnés à cette peine, mais à celle de la décollation. » POTHIER, *Traité de la procédure criminelle*, Sect. V, § 6.

Elle ne devait disparaître qu'avec la Révolution. Cependant sous le Régent un noble, le comte de Hornes fut roué vif pour avoir assassiné un agioteur à la rue Quincampoix.

2. DURUY, t. VI, p. 601.

souvent un document législatif répétait les dispositions d'une loi ou d'une constitution antérieure pour en prévenir l'abrogation par la désuétude, mais l'esprit général de l'édit qui devait ouvrir la dernière et la plus sanglante des persécutions résiste absolument à cette explication. Si l'empereur a prononcé l'infamie contre les chrétiens rebelles, c'est qu'il a voulu les frapper d'une déchéance nouvelle qui ne résultait pas de plein droit avant lui du fait d'être partisan de la religion nouvelle et de refuser de sacrifier. Autrement il faudrait supposer que Dioclétien a voulu adoucir leur situation en décidant que l'infamie, qui résultait de plein droit avant lui de la profession du christianisme, ne serait plus encourue que par le refus de sacrifier, ce qui est inadmissible.

Nous croyons avoir ainsi démontré que le christianisme ne faisait pas encourir les déchéances de l'infamie et l'incapacité matrimoniale qui en résultait d'après les lois *Julia* et *Papia Poppæa*.

C'est donc que l'empêchement résultant de la différence de religion entre les conjoints est une création, en même temps qu'une des plus nuisibles innovations, du christianisme triomphant.

Passons maintenant en revue les actes législatifs des empereurs chrétiens qui prohibèrent le mariage entre personnes de religions différentes. Aucun d'eux ne soulève de difficultés. Le premier est une constitution de Constance (1) défendant aux juifs, sous peine de mort, d'épouser des chrétiennes. Mais cette constitution, par une bizarrerie inexplicable, ne prohibe pas

1. Rapportée au *Code Théodosien* au titre de *Jud. cœlicol et Samarit.* L. 6. L. XVI, t. VIII.

expressément le mariage d'un chrétien et d'une femme juive. Cette anomalie devait disparaître sous Valentinien, Théodose et Arcadius, qui prohibèrent *indistinctement* les mariages entre chrétiens et juifs, quel que fût le sexe de ces derniers.

La peine des contrevenants était celle de l'adultère, par conséquent la peine capitale depuis Constantin (1).

La différence de religion ne formait un obstacle au mariage qu'entre orthodoxes et juifs, non entre orthodoxes et hérétiques (2). Mais les enfants à naître du mariage contracté entre orthodoxe et hérétique devaient être élevés dans la religion orthodoxe. « Si  
« l'un des conjoints est orthodoxe et l'autre hérétique,  
« les enfants doivent être baptisés orthodoxes : si les  
« uns sont baptisés orthodoxes, les autres hérétiques,  
« les orthodoxes succéderont seuls à leurs parents. Si  
« tous sont hérétiques, les cognats orthodoxes succède-  
« ront par préférence aux enfants, à défaut de cognats,  
« le fisc (3). » Dans cette constitution, Justinien suppose formellement l'existence du mariage d'un orthodoxe et d'une hérétique, ils se contentent d'exiger des parents que les enfants à naître soient élevés dans la religion orthodoxe. Il faut excepter de cette disposition la secte hérétique des Manichéens, que Justinien poursuivit avec une animosité spéciale : le mariage était certai-

1. L. 2, *de nupt.*, C. th., l. III, t. VII. — L. 5, *ad leg. Jul. de adult.* C. th., l. IX, t. VII. — L. 6, *de Jud. et cœlicol.*, C., l. I, t. IX. Un édit de 1680, rendu par Louis XIV, prohiba le mariage entre protestants et catholiques (GUÉTAT, *Histoire du droit français*, p. 366, note 1). La législation de la monarchie française à la fin de son existence était donc plus intolérante que la législation de Justinien.

2. Sont hérétiques tous ceux qui ne sont pas orthodoxes. HÆRETICUS EST OMNIS NON ORTHODOXUS. L. 12, *pr.*, C., l. I, t. V.

3. L. 18, § 1. L. 12, § 1, *eod. tit.*

nement défendu avec cette classe d'hérétiques, car une constitution de Justin ordonna de les rechercher en tout lieu et des les mettre à mort (1).

L'Église catholique a conservé les empêchements fondés sur la différence de religion. Elle refuse absolument de bénir l'union entre catholiques et israélites et ne consent à procéder au mariage des catholiques avec des membres d'autres confessions chrétiennes que si les futurs conjoints prennent l'engagement de faire baptiser tous les enfants à naître dans la religion catholique. Cette dernière prescription offre une grande analogie avec les dispositions de la l. 18, § 1, C. l. t. V, dont nous venons de donner le texte.

#### 5° Du commandement dans les provinces.

L'empire romain était composé d'éléments disparates qui devaient être maintenus sous une centralisation excessive et toute tentative d'indépendance des fonctionnaires dans les provinces devait être rendue impossible. Ce furent ces considérations d'un ordre essentiellement politique qui devaient faire édicter par des *mandata* impériaux l'empêchement (2) qui va nous occuper (3). Le mariage était prohibé entre certains fonctionnaires civils et militaires et les femmes des provinces où ils exerçaient leurs fonctions. L'autorité

1. L. 12, *pr.*, *eod. tit.*

2. Les *mandata* sont des constitutions impériales qui sont rédigées en forme d'instructions adressées aux fonctionnaires.

3. Les auteurs allemands attribuent l'origine de cette prohibition à Alexandre Sévère (*Sic.*, VEHRING, *op. cit.*, p. 436).

M. Accarias et, en général, les Français n'assignent pas de date exacte à ces *mandata*, mais les font remonter au deuxième siècle de l'ère chrétienne.

centrale craignait que, par des alliances avec des familles occupant une haute situation, ils ne cherchassent à se rendre indépendants en trouvant un point d'appui à leurs ambitions dans le pays même. Un autre motif est donné de cette prohibition : les femmes provinciales auraient été à la merci des puissants proconsuls romains et se seraient vues contraintes de s'unir à eux contre leur gré. Il fallait les protéger contre ce danger.

Quelles étaient exactement les femmes auxquelles s'appliquait la prohibition ? D'après Pothier, reproduisant Cujas, était seul interdit le mariage avec la femme *domiciliée* dans la province (1). Mais cette assertion est contredite par un texte de Paul aux termes duquel le mariage est interdit avec toute femme originaire de la province, qu'elle y soit ou non domiciliée (2).

Il était cependant permis au fonctionnaire qui avait été fiancé antérieurement à son entrée en fonctions avec une provinciale et au militaire qui se trouvait en garnison dans le pays où il était né (3).

Les fiançailles étaient permises avec une femme de la province. Mais le mariage ne pouvait avoir lieu que lorsque le fiancé avait déposé sa fonction, avons-nous dit. A ce moment la future pouvait revenir sur sa promesse et, dans cette hypothèse spéciale, elle n'était tenue qu'à la restitution des arrhes qu'elle avait reçues tandis que, d'après le droit commun, elle aurait dû les restituer au quadruple (4).

1. POTHIER, *Pand. Just. ad. tit. de ritu. nupt.*, n° 54.

2. L. 38, *pr.*, *De rit. nupt.*, D.

3. L. 38, § 1, *eod. tit.* — L. 65, *eod. tit.*

4. L. 38, *de rit. nupt.* Les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose la dispensèrent même de toute restitution d'arrhes.

Le gouverneur pouvait toutefois prendre pour *concubine* une femme de la province où il résidait (1).

La prohibition ne se restreint pas à l'administrateur seul, elle frappe son fils, mais non sa fille, car un homme ne se laissera pas influencer aussi facilement qu'une femme « et ne deviendra pas malgré lui le gendre du fonctionnaire » (2). Aucun autre parent mâle ne paraît, à l'origine, avoir été atteint par la disposition. Mais une nouvelle de Léon-le-Philosophe nous apprend que, depuis un certain temps, les hommes de la parenté et de la suite du fonctionnaire sont empêchés de se marier avec les femmes de la province que ce dernier administre. Il déclare en outre ne voir aucune bonne raison pour ne pas soumettre les mêmes catégories de personnes du sexe féminin aux prohibitions qui frappaient les mâles et les y soumet effectivement désormais (3).

Cette interdiction ne survivait pas à la fonction qui lui servait de fondement. Donc, une fois sorti de charge, l'ancien administrateur pouvait se marier dans la province qu'il avait dirigée. Des dispenses pouvaient être accordées, au temps de la République, par le Sénat, et plus tard par l'empereur.

*Sanction de cet empêchement.*

Le mariage contracté par un fonctionnaire en violation de ces prohibitions est frappé de nullité. Il n'y a donc qu'une application du droit commun.

1. GODEFROID.

2. L. 5, *De concub.*, D., L. XXV, t. VII.

3. *Novit.*, Léon XXIII.

Mais, si après la cessation de ses fonctions, il persévère dans son intention, son mariage deviendra valable, toutefois sans effet rétroactif. Par conséquent, seront seuls légitimes les enfants nés postérieurement à sa sortie de charge. *Mihi placere, dit Paul, et si contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, TAMEN POST DEPOSITUM OFFICIUM SI IN EA VOLUNTATE PERSEVERAT, JUSTAS NUPTIAS EFFICI : et ideo POSTEA liberos natos ex justo matrimonio legitimos esse.* (L. 65, § 1, *De rit. nupt*).

Il n'y a là qu'une application de la théorie romaine sur la formation du mariage, formation qui n'était soumise à aucune solennité de célébration.

**§ 4. — Prohibitions basées sur des idées de protection  
De la tutelle et de la curatelle.**

Un sénatus-consulte de Marc-Aurèle et de Commode interdit, pour raison de tutelle ou de curatelle (1), le mariage de l'ancienne pupille et de la femme mineure de 25 ans avec certains hommes. Mais cette prohibition ne se restreignait pas aux seuls tuteur et curateur. Elle s'étendait à différentes personnes dont la responsabilité pouvait être assimilée à la leur. La jurisprudence l'appliqua aux fiançailles (2).

Le motif de cette disposition était la crainte que le tuteur, à peine sorti de charge (3), ou le curateur n'abusât de son influence pour contraindre l'ex-pupille ou

1. L. 60 (rubrique) et l. 67, § 3, *de rit. nupt*.

2. L. 15, *de sponsal.*, D., L. XXIII, tit. I; — L. 60, § 5, *de rit. nupt.*; — L. 32, § 28. L. XXIV, t. I.

3. Pendant le cours de la tutelle, l'obstacle au mariage résulte de l'impuberté que celle-ci suppose.

la mineure à l'épouser et ne pût ainsi se soustraire à l'obligation de rendre ses comptes de tutelle ou de curatelle (1). La prohibition ne s'attachait cependant pas au titre seul, mais aussi à la responsabilité sans le titre. Aussi voit-on l'incapacité frapper les descendants mâles du tuteur ou du curateur décédé, car ils succèdent à l'obligation de rendre compte et sont par suite responsables des suites de la tutelle ou de la curatelle, quoique n'héritant point des fonctions de tuteur et de curateur.

Il importe de remarquer que cet empêchement n'était que temporaire : après la reddition des comptes de tutelle et l'écoulement d'une année utile après la majorité de 25 ans de l'ex-pupille, il était levé. Ce délai fut porté à quatre années continues par Justinien (L. 7, C. L. II, t. LII).

Examinons quels sont les individus auxquels s'applique le sénatus consulte. D'abord le tuteur et le curateur ordinaires (2) ; le curateur au ventre : la courte durée des fonctions de ce dernier n'empêche pas qu'il ait eu l'administration. Il a donc une obligation éventuelle de rendre compte qui suffit pour justifier la prohibition. Le tuteur honoraire ; quoiqu'il ne soit pas chargé d'administrer, il est responsable solidairement de la gestion des tuteurs gérants. La pupille a donc un recours éventuel contre lui à raison de la tutelle (3).

Si elle est faite captive, elle devient esclave ; or,

1. Comp. art. 472 C. civ.

2. L. 36, *pr.*, *De rit. nupt.*

3. L. 60, § 2, *de rit. nupt.* ; L. 3, § 2, *de admin. et peric. tut.* D. L. XXVII, t. VII.

l'esclave n'a pas de tuteur. L'ancien tuteur a perdu son titre. Si néanmoins il continue à gérer les biens de sa pupille, il reste responsable des suites de sa gestion, et la prohibition s'applique dans cette hypothèse (1).

Le titre de tuteur, indépendamment de toute gestion, est aussi un motif suffisant pour que le mariage soit interdit. C'est ainsi que le tuteur nommé, mais qui refuse ou cesse d'administrer, ne peut épouser son ancienne pupille, non plus que celui qui s'est fait excuser de la tutelle et dont les excuses ont plus tard été reconnues fausses (2).

Une dissension existait entre Paul et Papinien sur le point suivant. Un individu désigné comme tuteur cherche à se faire excuser de la tutelle. Pendant qu'il recueille les preuves nécessaires pour établir ses excuses, la pupille devient pubère. Le sénatus-consulte de Marc-Aurèle doit-il s'appliquer? Tout dépend de la solution donnée à la question suivante : des excuses peuvent-elles être recevables après la cessation de la tutelle? Oui, disait Paul; donc, l'excuse admise, il n'aurait jamais été tuteur et serait exempt de toute responsabilité (3). Quant à Papinien, il résolvait négativement la question préjudicielle de la recevabilité des excuses après la cessation de la tutelle. Il en concluait que, quel que fût le résultat auquel dût aboutir la demande en décharge de la tutelle, le sénatus-consulte devait s'appliquer (4).

Nous avons dit que cette prohibition reposait au-

1. L. 60, *pr.*, de rit. nupt., Inst. Just., § 5, de excusatione tutorum.

2. L. 60, § 3, de rit. nupt.; L. 1, § 1, de admin. et peric. tut.; Inst. Just., § 20, eod. tit., tit. si tut. vel aurat. fals, C. LV, tit. LXIII.

3. L. 60, § 4, de rit. nupt.; — L. 60, § 8, eod. tit.

4. Inst. Just., § 16, eod. tit.

tant sur la responsabilité encourue que sur le fait même de la tutelle ou de la curatelle. Cette idée ne doit cependant pas être comprise d'une manière absolue : les dispositions du sénatus-consulte ne frappent pas ceux qui ne sont soumis qu'à une responsabilité tout à fait indirecte (1), qu'à un recours éventuel et subsidiaire de la part de la pupille. Peuvent donc valablement épouser cette dernière, quoiqu'elle ait droit, dans certaines hypothèses, d'exercer contre eux une action, à raison de la mauvaise gestion du tuteur ou du curateur : le magistrat et les héritiers du magistrat (2) qui, chargé de recevoir la *satisfaction* des tuteurs, n'en poursuit pas le recouvrement et se contente d'une caution insolvable. Sa négligence peut cependant donner ouverture à une action subsidiaire de la pupille contre lui.

Ne peuvent, au contraire, l'épouser, certaines personnes ayant des liens de parenté ou de dépendance avec le tuteur ou le curateur :

Le fils légitime du tuteur, même après la mort de son père, car il lui succède dans l'obligation de rendre compte de sa gestion (3). L'héritier externe du tuteur, pour le même motif (4). L'émancipation efface, l'incapacité en ce qui concerne le fils adoptif du tuteur (5), petit-fils *ex filio* du tuteur ou du curateur (6),

1. *Propter alterius personam*, L. 60, § 1., *de rit. nupt.*

2. *Inst. Just.*, § 2, § 4, *eod. tit.* L. 4 et l. 6, *de magistr. conv. D.*

3. L. 60, § 8, *De rit. nupt.*, et même *loi principio*.

4. L. 64, § 1, *eod. tit.*

5. L. 60, § 6, *eod. tit.* A l'inverse, le fils naturel reste toujours soumis à la prohibition, qu'il soit en puissance ou *sui juris*, même s'il était sorti de la famille du tuteur par une adoption dans une famille étrangère. L. 60, § 7, *eod. tit.*

6. L. 59, *eod. tit.*

leur affranchi : car, placé dans un état de dépendance vis-à-vis de son patron, il serait à craindre qu'il n'osât lui réclamer les comptes de tutelle avec une autorité suffisante.

La prohibition fut étendue au père du tuteur *filius-familias*. Il est en effet responsable des suites de la gestion, soit *de peculio*, soit *in solidum* (suivant les cas) (1), et au frère du tuteur (2).

Il faut remarquer que ces prohibitions étaient restreintes au mariage de la pupille, elle seule était protégée. Si donc elle décédait en laissant une fille, celle-ci pouvait valablement s'unir au tuteur ou à son fils.

Tryphoninus donne la raison de cette solution : la créance passe bien à l'héritier de l'ex-pupille, mais elle se convertit en une simple créance héréditaire (*ratio hereditaria*). Si on avait interdit le mariage dans cette hypothèse, il aurait fallu le défendre aussi entre la créancière et ses débiteurs, à quelque titre que ce fût (3). Cette argumentation de Tryphonius paraît être contredite par le fait que le fils de l'ex-tuteur ne peut, même après la mort de celui-ci, épouser l'ex-pupille. N'est-il pas tenu d'une dette héréditaire comme dans l'hypothèse prévue par la l. 67, § 5 *de rit. nupt* ? Aussi ne nous paraît-elle pas avoir une grande valeur.

Du principe que la prohibition n'atteignait que la pupille, on tirait cette autre conséquence que le pupille pouvait épouser la fille de son ancien tuteur (4).

1. L. 7, D., L. XXVI, t. I. L. 21 et 37, § 2. *De admin. et peric. tut.*  
L. 41, *de tut. et rat. distr.*

2. L. 67, § 2, *de rit. nupt.*

3. L. 67, § 5, *eod. tit.*

4. L. 64, § 2, *eod. tit.*

La mère de la pupille peut toujours être épousée par le tuteur ou par son fils.

Certaines circonstances peuvent cependant faire écarter l'application de la règle prohibitive édictée par Marc-Aurèle, circonstances de nature à faire prévoir que les intérêts de la pupille n'en souffriront pas. Il en est ainsi lorsque le père a, avant sa mort, manifesté le désir de voir le tuteur épouser sa fille : s'il l'a fiancée à lui, ou s'il a exprimé dans son testament le vœu que ce mariage s'accomplît. La défense cède alors devant la volonté paternelle (1).

Cependant les textes rapportent des hypothèses où le sénatus-consulte s'applique dans toute sa rigueur, hypothèses où il semblerait cependant que la prohibition aurait dû être suspendue. Ainsi la jurisprudence décide que le mariage reste interdit dans les circonstances suivantes : la pupille se marie avec un étranger qui reçoit les comptes de tutelle et ne présente aucune observation. Il y a dans ce fait une présomption, presque une certitude, que les comptes sont réguliers et qu'aucun soupçon de fraude n'est à craindre. Ne devrait-on pas permettre à l'ancienne pupille, devenue veuve, d'épouser son ancien tuteur ? Quoique la situation paraisse très-favorable au tuteur, on ne le permet pas (2).

1. L. 36, *eod. tit.* L. 7, *pr. ad. leg. Jul. de adult.*, D. ; — L. 6, *de intud. matrim.*, C. La mère n'a pas le pouvoir d'empêcher l'application du sénatus-consulte. L. 62, *pr.*, *de rit. nupt.*

2. L. 62, § 2, *eod. tit.* Il faut, bien entendu, que le veuvage se soit produit dans le délai d'un an (ou de quatre ans depuis Justinien) après la majorité de 25 ans de la pupille, car l'empêchement est temporaire.

3. Voir VEHRING. *Privatrecht*, 436. SCHULTE. *Nandbuch des Eherechts*.

Cependant des dispenses pouvaient être accordées par l'Empereur (1).

Il nous reste à rappeler un autre texte de Tryphoninus qui a fait le désespoir des commentateurs, et paraît constituer une véritable *inélegance* de droit. Quel sera l'effet de cet empêchement *survenant postérieurement* au mariage? Ainsi l'époux ou le père est nommé curateur de l'épouse. Il devra se faire remplacer dans ses fonctions, mais le mariage n'est pas nul (2). Que faut-il décider pour l'adoption? l'époux d'une pupille est adopté par l'ex-tuteur ou le curateur de celle-ci. Tryphoninus donne les solutions suivantes : « Le mariage continue et l'adoption ne s'accomplit pas si elle intervient pendant l'administration du curateur. Mais si elle intervient à une époque où la mission du curateur est terminée, je pense qu'il serait superflu d'annuler l'adoption, sous le prétexte qu'elle pourrait entraver la reddition des comptes de curatelle. » *Nam finita jam tutela et nupta puella alii, VEREORNE LONGUM sit adoptionem mariti ejus impedire...* (3). Ainsi, dans ce dernier cas, l'adoption et le mariage seront valables (voir *infra* la différence qui sépare cette hypothèse de celle où le père de la femme adoptait son gendre). On ne comprend guère le motif de cette dernière disposition, ni les raisons qui ont poussé Tryphoninus à distinguer entre les deux cas.

Le danger d'une infidélité n'existe-t-il pas après la

1. Voir VEHRING, *Privatrecht*, 436. SCHULTE, *Handbùch des Ehe-rechts*.

2. Et cela même s'il avait déjà fait des actes d'administration et de gestion. — *Inst. Just.*, § 19, *eod. tit.*

3. L. 67, § 3, *de rit. nupt.*

cessation de la gestion du curateur aussi bien que pendant sa durée ? Par l'adoption du mari de sa pupille, l'adoptant n'acquiert-il pas des facilités aussi grandes pour continuer les infidélités de sa gestion, une fois son administration terminée, que celles qu'il aurait si elle durait encore ?

Quelques commentateurs ont essayé de modifier le sens de ce texte en ajoutant une négation : au lieu de : *vereor ne longum sit* ils proposent de lire : *vereor ne non longum sit*, ce qui en change absolument la signification.

*Sanctions des empêchements fondés sur la tutelle et la curatelle.*

Nous venons de voir que la prohibition n'était que temporaire. Une fois les comptes rendus, la pupille conserve le droit de se faire restituer contre son acceptation, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, plus une année utile, portée à quatre par Justinien. Elle peut, dès ce moment, épouser le tuteur ou le curateur.

Quelle était la sanction des prohibitions du sénatus-consulte lorsque le mariage avait été contracté avant cette époque ? D'abord, conformément au principe général, il était frappé de nullité. Puis le tuteur encourait diverses peines et déchéances. Il était noté d'infamie. Il y avait là une présomption qui n'admettait pas la preuve contraire. Le tuteur eût-il été le plus intègre des tuteurs et le meilleur des administrateurs, le fait de son mariage avec sa pupille le constituait de mauvaise foi. Ces dispositions jettent un triste jour sur la vénalité de la société romaine sous l'Empire.

Le tuteur encourait d'autres peines prononcées *extra ordinem* dont nous ne connaissons pas exactement la nature. On sait cependant qu'elles s'aggravaient avec la dignité de la pupille. L'erreur ne pouvait y soustraire (1).

1. Voir sur ces dispositions pénales, L. 7, C., L. V, t. VI; l. 4, de *exc. tut.*, C. ; 2, 66, *pr.*, de *rit. nupt.* L. 64, *pr.*, *eod. tit.*



## CHAPITRE III

### GÉNÉRALITÉS SUR LES SANCTIONS ET LES PEINES DU MARIAGE PROHIBÉ. DES DISPENSES IMPÉRIALES ET SÉNATORIALES

Quoique nous ayons indiqué, en traitant de chaque empêchement, la sanction qui y était spécialement attachée, il est nécessaire de donner une idée d'ensemble des moyens que la loi employait pour garantir l'observation de ses prescriptions.

En principe le mariage contracté en violation des prohibitions légales est inexistant. « Il n'y a ni mari, ni femme, ni mariage, ni dot. Les enfants ne sont pas en la puissance de leur père et sont dits *vulgo con-cepti* » (1). — Cependant cette règle souffre des exceptions : le mariage contracté par la veuve pendant l'année de deuil, et, d'après un grand nombre d'auteurs, l'union contractée contrairement aux dispositions de la loi *Julia*, avant Marc-Aurèle, n'étaient pas frappés de nullité (v. *suprà*) (2).

1. *Inst. Just.*, § 12, *eod. tit.*

2. Par conséquent, il y avait, en droit romain, de véritables empêchements prohibitifs. Les jurisconsultes, conformément à leur habitude, n'ont, du reste, nous l'avons vu (CHAP. I<sup>er</sup>, *du consentement des personnes sous la puissance desquelles se trouvent les conjoints*), pas formulé cette théorie d'une manière doctrinale, mais elle n'en existait pas moins.

Les peines qui étaient prononcées contre ceux qui se mariaient en violation de la loi étaient les suivantes :

Confiscation de la dot, et de la donation *ante nuptias*, confiscation des libéralités que se feraient les futurs. Les donations entre époux étaient interdites (1).

En les permettant à ceux qui auraient contracté une union frappée de nullité, on aurait ainsi encouragé la désobéissance à la loi. Il ne fallait pas, comme dit Ulpien, « que la condition de ceux qui ont violé la loi en fût améliorée » (2).

En outre la législation impériale punit souvent de châtiments corporels les mariages prohibés. La barbarie des peines édictées par les constitutions indique l'inefficacité de la répression. Nous en avons indiqué quelques-unes. Leur énumération n'offrirait du reste que peu d'intérêt : La législation pénale romaine, même sous les empereurs chrétiens, se distingua par une cruauté impitoyable et resta toujours très-inférieure à la législation civile.

Les peines pécuniaires étaient encourues, même si le mariage avait été empêché par un obstacle qui eût ensuite cessé. La constitution de Septime Sévère en offre un exemple curieux. On se rappelle que le mariage est interdit entre certains fonctionnaires et les femmes de la province qu'ils administrent. Toutefois, si les conjoints, une fois les fonctions arrivées à leur terme, conservent la volonté de demeurer mariés, leur mariage est validé, mais sans effet rétroactif. *Mais la dot n'en de-*

1. Cependant, depuis Caracalla, elles étaient confirmées si le donateur mourait dans la même volonté et le mariage durant encore. Voir ACCARIAS, *op. cit.*

2. L. 32, § 28, *De don. int. vir. et ux.*, D.; — L. 2, § 1, D., L. XXXIV, t. IX; — L. 1, *pr.*, *unde vir. et ux.*, D.; — l. 4, *de inc. et in nupt.*, C.

*meure pas moins acquise au fisc* (1). Il n'y a là qu'une application des principes romains en matière d'empêchements *temporaires* au mariage. C'est ainsi que si, parvenus à l'âge de puberté, l'homme et la femme, ayant contracté une union nulle avant cet âge, persistent dans leur intention d'être époux, c'est à partir de ce moment seulement et sans effet rétroactif qu'un mariage légitime commence à exister.

Quel était l'effet d'un empêchement survenu postérieurement à la conclusion d'un mariage valable *ab initio*? Malgré l'apparente généralité d'une constitution de l'Empereur Alexandre, ainsi conçue : *Cum rite contractum matrimonium ex post facto vitare non potuerit*, (un mariage licite au moment de sa formation, ne peut être vicié par aucun événement postérieur) (2), il est impossible de formuler une théorie générale en cette matière. Pour s'en convaincre il suffit de rapprocher quelques-unes des décisions passées en revue dans le cours de ce travail, on verra qu'elles se contredisent sans raison apparente.

Depuis la loi *Julia* jusqu'à Justinien le mariage entre ingénus simples et affranchies était permis, mais il était défendu aux sénateurs. L'élévation d'un ingénu époux d'un affranchie à la dignité sénatoriale amenait la rupture du mariage. A l'inverse, si un sénateur a pris pour épouse une ingénue et que, plus tard, les parents de celle-ci montent sur le théâtre cette circonstance postérieure, indépendante de la volonté des conjoints n'amènera point la dissolution du mariage (3).

1. L. insérée à la suite de la l. 8, C., de nuptiis.

2. L. 8, de interd. matrim., C., L. V, t. VI.

3. L. 44, § 6, de rit. nupt.

Si, au contraire, c'était elle-même qui se faisait comédienne, elle devrait être répudiée (1). On peut relever des contradictions analogues dans les autres empêchements au mariage : l'adoption du gendre, avant l'émancipation de la fille, dissout le mariage, autrement elle serait à la fois la sœur et l'épouse de son mari (2), tandis que l'adoption du mari par le tuteur ou le curateur de la pupille n'y porte aucune atteinte (voir § précédent).

Un dernier exemple nous est fourni par l'engagement dans les ordres sacrés.

On sait qu'il constitue un empêchement dirimant depuis 530 (3).

Par conséquent, le clerc ne peut se marier. Mais le mariage antérieurement contracté par un laïque ne forme pas obstacle à son ordination et celle-ci ne le dissout pas, pourvu d'ailleurs que la femme réunisse certaines conditions. (Voir Nouvelle CXXIII<sup>e</sup> 12 et *suprà de l'empêchement qui résulte du vœu de chasteté*. Chapitre II, sect. 1<sup>re</sup>, § 3).

Ici encore, le mariage, valable à l'origine, n'est pas annulé par la survenance postérieure d'un empêchement dirimant.

Les commentateurs se sont efforcés de concilier ces décisions qui présentent un antagonisme remarquable. Quant à nous, nous les trouvons absolument inconciliables. Nous pensons que les empereurs et les jurisconsultes ont rendu sur chaque cas spécial des décisions isolées sans s'occuper autrement de les mettre d'accord

1. L. 44, § 7, *eod. tit.*

2. *Theophile paraphrase, ad.*, § 2, *de nupt.*, IX, trad. Frégier.

3. L. 45, *de episc. et cler.*, C. ; V., *suprà*

avec les solutions antérieures données dans des espèces analogues, et n'ont jamais formulé de théorie générale en cette matière. C'était d'ailleurs leur mode général de procéder.

Nous rappelons que les peines subissaient des aggravations en cas d'inceste (voir *suprà* : *des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance*).

A l'inverse nous avons indiqué, en parlant spécialement des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance, certaines atténuations des peines au cas de bonne foi, d'erreur vraisemblable des époux. Ces atténuations n'étaient pas spéciales aux mariages incestueux. Par une constitution, les empereurs Arcadius et Théodose décidèrent que la bonne foi, ou la jeunesse des époux qui la fait présumer, affranchirait des peines pécuniaires du mariage prohibé (1).

Que faut-il décider de l'erreur? Un texte de Gaius, *qui ne doit pas être généralisé*, indique quelques cas où l'erreur convertit, aux termes d'un sénatus-consulte, un mariage irrégulier en mariage légitime : un citoyen romain épouse une femme latine ou pérégrine, soit qu'il se crût lui-même latin ou pérégrin, soit qu'il crût sa femme citoyenne. L'absence du *connubium* fait obstacle à la conclusion des *justæ nuptiæ*. Si des enfants naissent du mariage, l'époux sera recevable à faire la preuve de son erreur, (*erroris probatio*). S'il fournit cette preuve, le mariage deviendra *justum*, le conjoint latin ou pérégrin deviendra citoyen ainsi que ses en-

1. L. 4, *de incest. et in nupt.*, C., L. V, t. V. Voir les applications de cette constitution. L. 63, *de rit. nupt.* POTHIER, *Pand. Just. ad. tit. de rit. nupt.*, n° 52. L. 128, *de legat.*, 1° ; l. 2, § 1, 2, D., L. XXXIV, t. IX. L. 7, *de donat. int. vir. et ux.*, C.

fants qui seront placés sous la puissance paternelle de leur père. Le Latin Junien est admis aussi à faire la *probatio erroris*, lorsqu'il a épousé par erreur une pérégrine, la croyant citoyenne ou latine. Il peut, une fois qu'il lui est né un fils, prouver son erreur; de cette manière tous deviennent citoyens romains et le fils passe sous la puissance de son père (1).

Mais, nous venons de le dire, ces hypothèses ne doivent pas être généralisées. Tout au plus, l'erreur affranchit-elle parfois des pénalités des mariages contractés en violation des lois (2), mais ne suffit pas à les valider.

En matière d'inceste du droit des gens, l'erreur, on l'a vu, n'est jamais une cause d'atténuation de la peine qu'il entraîne; à l'inverse, en cas d'inceste simple ou du droit civil, l'erreur est supposée, lorsque le mariage a été formé publiquement (*palam*) et donne lieu au pardon (3). Rappelons le rescrit de Marc-Aurèle qui maintient, dans un cas spécial, aux enfants nés d'une union incestueuse l'état d'enfant légitime, à cause de la bonne foi évidente des époux et de la durée de leur union (4).

1. GAIUS, *comm.*, I, §§ 67-73.

2. Une femme, dont le mari est absent, qui convole n'est poursuivie pour bigamie en cas de retour de celui-ci que si elle connaissait l'existence de son mari, malgré la nouvelle répandue de sa mort (L. 11, § 12, *ad. leg. Jul. de adult.*, C). — Une constitution de Caracalla décide que, quoique le mariage d'une femme libre avec un esclave soit nul, l'épouse, si elle parvient à faire la preuve de son erreur, aura droit de reprendre sa dot sur le pécule de l'esclave (L. 3, C., L. V, t. XVIII). Voir les indications de textes données sur cette matière, *suprà*, *sanc-tion des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance in fine*.

3. L. 68, *de rit. nupt.*

4. L. 57, § 1, *eod. tit. et suprà*.

Des dispenses pouvaient être accordées pour lever les obstacles que ces diverses prohibitions opposaient au mariage, à l'origine par le Sénat, plus tard par l'empereur. Mais elles ne pouvaient s'appliquer aux empêchements fondés sur des considérations physiques, imposées par les lois naturelles ; elles se restreignaient donc à ceux qui étaient l'œuvre de simples lois positives, création plus ou moins artificielle du droit privé romain (von den blos auf *positivrechtlicher Bestimmung*, nicht auf *physischem* oder *sittlichem Naturgesetz beruhenden Ehenhindernissen* konnte in älterer Zeit, etc... dispensirt werden) (1) : Ulpien nous apprend que, avec l'assentiment de l'empereur (*indulgentia Principis*) le sénateur pouvait contracter de justes noces avec une affranchie (2). La veuve peut obtenir également l'autorisation de convoler pendant le délai de viduité qui lui est imposé (*ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat*) (3).

D'autres cas de dispense sont prévus au Code Théodosien et au Code de Justinien. Tous se rapportent exclusivement à l'ordre d'empêchements que nous avons indiqué (4).

Nous avons ainsi passé en revue les empêchements au mariage tels qu'ils avaient été créés et réglementés par le droit romain classique, le droit du Bas-Empire et spécialement le droit de Justinien. Leur développe-

1. VEHRING, *Privatrecht*, p. 436. LIV. TIV. XXXIX, 19. PLUTARC., *Marc-Antoine*, 31.

2. L. 31, *de rit. nupt.*

3. L. 10, *pr.*, *de his qui not.* L. III, t. II, D.

4. L. 9, *Cod. Just.*, *de inc. nupt.* L. V, t. V ; — *Titre si nuptiæ ex rescr. petantur* au Code Théodosien, L. III, t. X. — *Code Just.*, *eod.*, l. V, t. VIII. *Novelle CXXXIX*, l. 7, *de int. matrim.*, l. VI, t. VI.

ment ultérieur appartient au droit canonique et ne saurait rentrer dans le cadre de ce travail. Nous en avons d'ailleurs indiqué sommairement en quelques endroits les évolutions successives (1).

1. Consulter SCHULTE, *Handbuck des Eherechts*, Giessen, 1885 KUTCHER, *Eherecht*, et le célèbre ouvrage d'HINSCHIUS *Das Kirchenrecht*.



---

# DROIT FRANÇAIS

---

DES

## PRIVILÈGES DES AGENTS DIPLOMATIQUES

---



### INTRODUCTION

DU DROIT DE LÉGATION. DES PRÉSÉANCES (RÈGLEMENT DU 19 MARS 1815 AU CONGRÈS DE VIENNE ET PROTOCOLE DES CONFÉRENCES D'AIX-LA-CHAPELLE DU 21 NOVEMBRE 1818). DE LA PERMANENCE DES MISSIONS.

Le droit de légation actif, c'est-à-dire le droit d'entretenir une représentation diplomatique distincte à l'étranger, constitue un des attributs les plus importants et les plus recherchés des États indépendants et souverains, et cela à l'exclusion des pays ne jouissant pas d'une autonomie complète (pays *mi-souverains* ou *de protectorat*, pays vassaux et tributaires). Ces derniers ont parfois un droit de légation passif (1), mais

1. C'est-à-dire : ils ont des envoyés accrédités auprès d'eux, mais sont représentés par le pays suzerain à l'étranger. La Tunisie, pays sous le protectorat de la France est dans ce cas ; elle a le droit de légation *passif*, mais la représentation de ses intérêts à l'étranger est confiée à la France. La Tunisie n'a donc pas le droit de légation *actif*. (Traité de Casr-Saïd, dit du *Bardo*, du 12 mai 1881, art.6). Voir aussi art. 8 du traité de Berlin et, pour l'Égypte, le firman d'investiture de 1879.

Lorsqu'en 1620, les ambassadeurs de la ligue des Dix Juridictions se présentèrent à Milan, avec ceux de la Ligue Grise, pour négocier la paix entre les Grisons et l'archiduc d'Autriche, le duc de Féria, gouverneur de cette ville, ne voulut pas admettre les premiers, parce que leur ligue,

ils sont représentés par l'État qui les protège ou dont ils dépendent.

Aussi, de tout temps, l'ambition de tout petit État a été d'avoir un représentant à l'étranger pour lui seul, car il y voit la consécration et la personnification de son autonomie (1).

Des restrictions analogues se présentent dans les confédérations d'États et les États fédératifs. Les États qui composent une confédération ne sont pas pleinement indépendants : leur souveraineté est restreinte dans une mesure plus ou moins grande au profit du pouvoir central. Aussi, le droit de légation leur est refusé en principe. C'est ainsi que la constitution des États-Unis a enlevé aux États particuliers le droit de représentation (art. 2, sect. 2). Ils ne peuvent conclure, sans le consentement du pouvoir central, aucun arrangement ou convention avec un État étranger. Il en est de même dans l'Amérique du Sud, lorsque les républiques y forment des fédérations (2).

La Suisse a passé par différentes phases dans chacune desquelles sa constitution a subi de profondes modifications. Jusqu'au « Pacte » de 1815, la diète n'avait pas de mission permanente. Lorsqu'elle avait à envoyer une ambassade spéciale, chaque canton y nom-

disait-il, *ayant été conquise par son maître, à qui elle avait prêté serment de fidélité*, il ne pouvait plus les considérer que comme des députés d'un membre retranché, qui, *étant devenu sujet de l'archiduc, n'avait plus le droit d'envoyer des ambassadeurs*, ni de faire négocier comme un peuple libre. Rapporté dans MERLIN, *rép.* v<sup>o</sup>, Ministre public, section 2, § 1.

1. « Tout prince a des ambassadeurs » (La Fontaine), c'est-à-dire veut en avoir.

2. CALVO, *Le Droit international théorique et pratique*, t. I. § 434 et suiv.

maint un ou plusieurs députés. Mais, depuis le « Pacte », le droit de légation est confié au pouvoir central. La constitution de 1848 et la constitution révisée de 1874 (1) ont encore accru les attributions du gouvernement central : dès lors, les rapports officiels entre les cantons et les gouvernements étrangers ou leurs représentants s'établissent par l'intermédiaire de celui-ci.

Cependant, les cantons sont parfois autorisés à correspondre directement avec les autorités inférieures étrangères pour des affaires de police sans grande importance.

Quant à l'ancienne Confédération germanique, l'acte final de Vienne du 15 mai 1820, art. 50, al. 2, avait ainsi fixé ses droits en matière de représentation diplomatique : « La Diète reçoit les envoyés accrédités « par les puissances étrangères auprès de la Confédération et envoie des ministres aux puissances étrangères quand le besoin s'en fait sentir. » Elle avait donc le droit de légation actif et passif. Il est curieux de constater que la Confédération n'a jamais entretenu de légation à titre permanent : elle n'a envoyé que deux fois des représentants diplomatiques (en 1848, M. le syndic Banks à Londres et, en 1864, le baron de Beust à la conférence de Londres, relative aux duchés).

Dans l'empire d'Allemagne actuel, c'est l'Empereur

1. Art. 8, 9, 10, 102, 83. — *Traité de Westphalie*, VIII, § 2. *Jus faciendi inter se et cum exteris fœdera, pro sua cujusque conservatione ac securitate, singulis statibus perpetuo liberum esto, ita tamen ne hujusmodi fœdera sint contra Imperatorem et Imperium pacemque ejus publicam, hanc imprimis transactionem, fiantque salvo per omnia juramento, qui quisque Imperatori et Imperio obstrictus est.*

qui exerce le droit de légation actif et passif (1). Cependant, quelques-uns des États qui composent l'Empire ont conservé le droit de légation (il y a une légation de Bavière en France, etc.). Ils s'envoient même entre eux des représentants diplomatiques (2).

Toutefois, la situation d'un État faisant partie d'une confédération ne doit pas être confondue avec celle d'un État mi-souverain, en ce qui concerne le droit de légation actif : le premier est représenté par le pouvoir dont il dépend directement, auquel il est rattaché par des liens de nationalité et de sujétion ; le second est représenté par un pays appartenant à une autre nationalité.

Ce droit de légation est délégué à des agents revêtus, depuis les temps les plus reculés, de prérogatives particulières destinées à leur faciliter l'exercice de leur mission, en leur assurant des garanties d'indépendance exceptionnelle. Étudier ces garanties, leur origine et leur raison d'être, examiner dans quelle mesure elles sont reconnues par le droit public moderne, déterminer les personnes qui peuvent les invoquer, apprécier leur légitimité, examiner les modifications que les progrès modernes permettraient d'y apporter, tel est le but de ce travail.

Ces privilèges peuvent être énumérés et classés de la manière suivante :

1. Art. 11. de la constitution de l'Empire d'Allemagne du 16 avril 1871. « En droit, l'Empereur est investi du droit de représentation de l'Empire... du droit d'accréditer et de recevoir des envoyés ».

2. Voir les dispositions des art. 18-21 du Code d'organisation judiciaire de l'Empire d'Allemagne assimilant en une certaine mesure les membres du *Bundesrath* (Conseil fédéral) aux agents diplomatiques, *infra*, chap. I<sup>er</sup>, § 3, 2<sup>o</sup>.

- 1° Inviolabilité personnelle ;
- 2° Inviolabilité de la demeure ;
- 3° Exemption de la juridiction locale (soit pénale, soit civile) ;
- 4° Exemption de certains impôts ;
- 5° Privilèges relatifs au culte.

Le principe des immunités a été dans ces dernières années vivement attaqué par nombre de publicistes et de jurisconsultes : le plus connu est certainement Laurent. L'examen de quelques-unes de ces critiques donnera un certain intérêt actuel à cette étude. Les immunités diplomatiques, en exemptant de la juridiction locale, toute une catégorie de personnes habitant le territoire, présentent de ce chef une haute portée juridique. Devant l'état avancé de notre civilisation, nous nous sommes demandé à maintes reprises, au cours de ce travail, si ces privilèges qui paraissent souvent exorbitants et abusifs sont encore d'une utilité réelle quelconque. Ne sont-ils pas un legs des époques de barbarie où l'Étranger était sans droit ?

Malheureusement la jurisprudence internationale ne s'est pas prononcée sur toutes les questions que soulèvent ces privilèges. Beaucoup des problèmes que l'on est amené à se poser n'ont pas été résolus en pratique — beaucoup ne l'ont même pas été théoriquement.

Cette situation amène des contradictions bizarres (1). C'est ainsi que la jurisprudence française interdit absolument de remettre une citation à un Minis-

1. Ces contradictions ont été relevées avec grand soin par Laurent, (*Le Droit civil international*, t. III, p. 1 à 173).

tre public accrédité en France (1), et que, d'un autre côté, il est des cas où les tribunaux locaux sont certainement compétents dans les contestations où l'un d'eux peut être engagé comme défendeur.

Comment plaider comme défendeur s'il est interdit à votre adversaire de vous faire remettre à domicile un exploit d'ajournement? (2)

Il est bien entendu que nous nous occupons uniquement des immunités dont jouissent, à l'étranger, les agents diplomatiques. Les privilèges dont ils peuvent être revêtus par la législation ou les usages de leur pays sont tout à fait en dehors de notre sujet. Notamment s'ils bénéficient de certains avantages ou sont dispensés de certaines charges, c'est alors en qualité de *fonctionnaires* et non de représentants d'un État étranger (3). Donnons auparavant quelques notions très sommaires sur l'organisation et la hiérarchie de ces agents.

Une première division s'impose : 1° l'Administration centrale ou Ministère des affaires étrangères ; 2° les Agents envoyés à l'étranger.

*Ministère des affaires étrangères* (4). — Il s'est appelé sous quelques constitutions françaises Ministère des

1. *Infra*, chapitre II, Sect. II, § 9, 2.

2. Arrêt Papenheim, *infra*.

3. Voir notamment les art. 438 et suiv. du Code civil et l'art. 16 de la loi des 17-18 mai 1819 sur la Presse.

4. Le décret du 12 germinal an II, sous la Convention, supprima le Ministère des affaires étrangères, comme les autres et le remplaça par une commission des Relations extérieures. Le Ministère fut rétabli par le décret du 4 vendémiaire an IV, qui rattacha au Département des affaires étrangères le service des consulats, précédemment compris dans les attributions du Ministère de la marine (BOUSQUET, *Agents diplomatiques*).

Relations extérieures. C'est à lui qu'il appartient de diriger les négociations avec l'étranger et toutes les relations extérieures ; c'est lui qui est l'autorité centrale avec laquelle les agents à l'étranger doivent continuellement se tenir en rapport, pour recevoir ses ordres et ses instructions et la tenir au courant de leur mission et de la situation du pays où ils sont accrédités.

Les Ministères des affaires étrangères sont divisés en un plus ou moins grand nombre de sections (1).

La seconde catégorie des agents des relations internationales comprend les agents et les représentants envoyés par le gouvernement à l'étranger. Souvent ils sont pris dans le sein même du Ministère des affaires étrangères ; ceci est même vrai d'une manière presque générale pour les débutants dans la carrière. « Ces agents doivent y pourvoir en toute occasion aux intérêts politiques ou personnels ou bien y traiter certaines affaires particulières de leur souverain. » (Heffter.)

Ces agents envoyés à l'étranger peuvent faire partie de missions temporaires, par exemple, pour représenter leur souverain à une cérémonie, mariage ou autre, ou de missions *permanentes*. Ce sont ces dernières qui nous occupent principalement. Remarquons toutefois que la plupart des règles qui s'appliquent aux agents faisant partie de celles-ci peuvent être invoquées par les agents qui composent les premières : il en est spé-

1. Voir pour la France sur les modifications apportées à l'Administration centrale : Arrêtés des 14 mai, 8 juin, 9 juin 1814, Talleyrand ; 14 avril 1815, duc de Vicence ; 20 février 1819, Talleyrand ; 8 août 1825, baron de Damas ; 23 août 1829, prince de Polignac ; 3 mars 1832, M. Sebastiani ; 13 août 1844, Guizot ; décret du 26 décembre 1869 ; décrets des 2 février 1877, 23 janvier et 19 septembre 1880.

cialement ainsi en ce qui concerne les immunités proprement dites : inviolabilité et exterritorialité.

Nous aurons dans quelques instants à examiner la question de la permanence des missions, et nous verrons qu'elle n'existe que depuis une époque récente. Elle comporte, en effet, un degré de civilisation très avancé et une reconnaissance à peu près générale des règles les plus importantes du droit des gens. Le gouvernement qui laisse une ambassade s'établir à poste fixe sur son territoire abandonne par là même implicitement et indéfiniment une partie de ses droits de juridiction. Il faut qu'il ait atteint un certain degré de culture intellectuelle pour apprécier les avantages qui compenseront ces restrictions apportées à son pouvoir.

Les agents diplomatiques — nous entendons les chefs de mission — se subdivisent de la manière suivante :

*1<sup>re</sup> classe.* Les légats *a* ou *de latere*. (1)

Les nonces du Pape. (2)

1. Les légats sont les ministres du premier ordre envoyés par le Pape dans les pays catholiques, pour le représenter *dans l'exercice de ses fonctions spirituelles* comme chef de l'église. Les nonces sont de véritables ambassadeurs que le Pape charge de le représenter pour toutes affaires temporelles ou spirituelles auprès des autres souverains. Voir PRADIER-FOÉRÉ. *Traité de Droit international public*, tome III, 104 et l'appendice.

2. Les nonces du Pape ne sont jamais cardinaux tant qu'ils sont en fonctions. Le titre leur est souvent accordé quand ils sortent de charge. Aux termes d'un canon du concile de Bâle, il est défendu aux cardinaux d'être ambassadeurs auprès du Pape, parce que, a dit Léon X, *ils sont membres mystiques du Saint-Père*. Le 14 mai 1872, M. de Bismark exprimait au Reichstag le regret qu'il éprouvait que la Cour de Rome eût refusé, peu auparavant, d'agréer le choix fait par l'Allemagne d'un cardinal, le Prince de Hohenlohe, comme représentant de la Prusse.

Les ambassadeurs des puissances temporelles,

*2<sup>me</sup> classe.* Les agents accrédités auprès des souverains portant le titre d'Internonces (1), d'envoyés, de ministres plénipotentiaires et de ministres.

*3<sup>me</sup> classe.* Les chargés d'affaires. Ceux-ci, à la différence des personnages compris dans les deux premières classes, sont accrédités seulement par le Ministre des affaires étrangères auprès du Ministre des affaires étrangères et non auprès du chef de l'État.

Les ministres résidents forment une classe intermédiaire entre la deuxième et la troisième classe.

En France, on appelle ministres résidents les représentants du pouvoir central dans les pays de protectorat. Ce titre ne correspond donc nullement à un rang diplomatique. Mais, dans d'autres États, et notamment en Allemagne, c'est un titre venant dans la hiérarchie diplomatique immédiatement après celui d'envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire. (V. *infra* le protocole des Conférences d'Aix-la-Chapelle.)

Parmi ces chargés d'affaires on pourrait distinguer ceux qui sont de fondation chargés d'affaires (par exemple la Bavière entretient un chargé d'affaires en France), et ceux qui, à l'ordinaire, remplissent les fonctions de conseillers d'ambassade ou de légation ou de secrétaires et qui, par suite de l'absence momentanée du chef de mission, sont appelés à le

1. L'ambassadeur d'Autriche à Constantinople et celui de Turquie à Vienne sont appelés internonces. On appelle aussi internonce le secrétaire de nonciature qui remplit *par intérim* les fonctions de ce dernier.

remplacer pour un certain temps, dit chargés d'affaires *ad interim*.

Tout chef de mission est accompagné de collaborateurs, d'employés et d'une suite plus ou moins nombreuse. Les premiers sont appelés secrétaires, attachés, auditeurs (secrétaires de nonciature); les autres, commis de chancellerie; puis les domestiques, la livrée.

Nous examinerons si, et en quelle mesure, les immunités et les avantages conférés aux chefs de mission peuvent être invoqués par ces différentes personnes.

On distinguait et on distingue encore dans la même classe des envoyés, ambassadeurs *ordinaires* et des envoyés, ambassadeurs *extraordinaires*. Ces derniers avaient le pas dans les cérémonies officielles sur les premiers. Cette distinction n'offre plus guère d'intérêt aujourd'hui : tous se qualifient en fait d'*extraordinaires*.

Il nous reste à dire quelques mots des questions de préséance entre agents diplomatiques, et à nous occuper de la permanence des missions.

*Préséance.* Toutes les fois que les représentants de différents États se rencontrent dans une même résidence, il y a lieu de fixer *l'ordre* dans lequel ils seront placés dans les cérémonies officielles. La détermination de cet ordre constitue la préséance. Elle n'a été réglée d'une manière satisfaisante que depuis 74 ans, et a été jusqu'à ce moment une cause permanente de discorde et un ferment de haine entre peuples (1).

1. Wicquefort raconte qu'au congrès de Westphalie, les ambassadeurs de France et d'Espagne ne faisaient pas un seul pas dans les rues de Münster, qui ne fût concerté à l'avance, et ne cédaient pas le moindre avantage qui pût être tiré à conséquence. En 1661, les rues

Pour comprendre toute l'âpreté des discussions auxquelles elles ont donné naissance et les graves dangers que ces contestations pouvaient faire courir à la paix européenne, il faut rappeler que, d'après la théorie du droit diplomatique (Geffcken et Heffter), l'ambassadeur est le *représentant* de la personne de son souverain (1). De là des rivalités, des compétitions sans nombre, aussi dangereuses que puériles; faire leur histoire nous entraînerait trop loin; elle se confond du reste avec celle des luttes qui ont troublé et ensanglanté l'Europe jusqu'au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle. C'est au marquis de Pombal (2) que revient l'honneur, en l'année 1760, d'avoir, pour mettre un terme à ces stériles et irritantes compétitions, proposé une mesure à la fois politique et sage qui devait ménager à l'avenir, par

de Londres furent ensanglantées par une véritable bataille entre les gens de l'ambassade d'Espagne et ceux de l'ambassade de France pour décider lesquels céderaient le pas. — Le Pape Jules II avait cependant fixé, en 1504, un rang entre les États et les souverains dans l'ordre suivant : l'empereur, le roi de Rome, les rois de France, d'Espagne, d'Aragon, de Portugal, d'Angleterre, de Sicile, d'Écosse, de Hongrie, de Navarre, de Chypre, de Bohême, de Pologne, de Danemark, la république de Venise, le duc de Bretagne, le duc de Bourgogne, etc. Voir *Notes sur la littérature du droit des gens avant Grotius*, par ALPHONSE RIVIER.

1. Ce sont seulement les envoyés de la première classe (ambassadeurs etc.) qui ont un caractère représentatif. Les autres ne sont censés représenter leur pays que dans les affaires dont ils sont spécialement chargés. Cette distinction a peu de portée aujourd'hui; elle ne s'est imposée que depuis un petit nombre d'années, et, en fait, le titre d'ambassadeur ou celui de ministre plénipotentiaire est accordé actuellement au représentant d'un État, d'après l'importance de ce dernier ou, quelquefois d'après l'importance du pays où il est accrédité, abstraction faite de celui qu'il représente. Ainsi la France a un ambassadeur à Londres et un ministre plénipotentiaire à Lisbonne.

2. Dom Sébastien Joseph de Carvalho et Melho marquis de Pombal, homme d'État portugais (1699-1782) surnommé « le grand marquis ». Il a attaché son nom à de nombreuses réformes.

son impartialité, les amours-propres les plus susceptibles, les jalousies les plus invétérées : ce fut de ranger les agents diplomatiques, d'après la date de leurs lettres de créances. Mais cette heureuse innovation devait recevoir un malencontreux tempérament : quelle que fût la date des lettres de créances du représentant de l'Empereur, c'était lui qui avait le pas sur tous autres.

Cette idée si simple et si ingénieuse souleva une indignation générale ; même la cour de Vienne, à laquelle on faisait cependant la part belle, fulmina : « quoiqu'elle fût hors de cause — disait-elle — une pareille absurdité ne méritait que le mépris, et les monarchies devaient s'entendre pour mettre à néant cette prétention ridicule ».

Néanmoins l'idée de Pombal finit par triompher ; mais ce ne fut qu'au congrès de Vienne, après une tentative avortée pour établir une hiérarchie entre les puissances, que l'on adopta le règlement du 19 mars 1815 relatif au rang des agents diplomatiques. Il fut complété à Aix-la-chapelle le 21 novembre 1818.

C'est encore lui qui est en vigueur. Remarquons que le nonce a pris la place que devait occuper, d'après Pombal, le représentant du Saint-Empire, et que c'est lui, quelle que soit la date de ses lettres de créances, qui a en fait la préséance sur tous les autres envoyés. Nous nous réservons d'établir avec quelques détails la situation des représentants du Saint-Siège. Il n'y a rien de blessant pour les autres puissances dans cette faveur qui lui est accordée.

Représentant, depuis 1870, d'un pouvoir purement spirituel, ne disposant d'aucun territoire ni d'aucune

force armée, la présidence d'honneur qui est accordée au nonce est un acte de courtoisie et de déférence vis-à-vis du chef de l'Église catholique romaine.

Tout autre aurait été la position des représentants des États européens, si la seconde partie de la proposition du marquis de Pombal avait été adoptée : Fondée sur la supériorité des forces du Saint-Empire, la prééminence quand même et toujours de son représentant sur ceux de toutes les autres monarchies ne pouvait se maintenir qu'autant que cette supériorité restait hors de toute atteinte : tout revers dans les armes de la maison de Habsbourg remettait sur le tapis la vieille querelle des préséances, et l'édifice si laborieusement édifié menaçait de s'écrouler (1).

Le congrès de Vienne a su laisser de côté la partie dangereuse de l'innovation, tout en adoptant ce qu'elle avait d'utile. Malgré la mauvaise réputation dont jouissent en France et en Italie les traités de Vienne,

1. De plus, quoique déjà bien affaiblie en 1760 et minée par les éléments de dissolution qui devaient amener sa chute trente années plus tard, la monarchie française aurait difficilement admis de céder le pas *en principe* au représentant de l'empire d'Allemagne. Les légistes français ont en effet réagi de tout temps contre la doctrine qui faisait revivre l'ancien empire d'Occident au profit de l'empereur d'Allemagne, théorie qui aurait ainsi placé ce dernier à la tête de la chrétienté. *Le roi est empereur en son royaume*, disaient les légistes, pour bien marquer que les rois de France n'admettaient pas cette subordination. Ces souverains prenaient le titre d'*empereur* dans leurs relations avec l'empire ottoman, et en général, les princes mahométans, cela depuis François I<sup>er</sup>. Ce titre figure encore dans la convention conclue à Tanger, le 10 septembre 1844, par Louis-Philippe, entre la France et le Maroc : « S. M. l'Empereur des Français », lit-on, « d'une part, et S. M. l'Empereur de Maroc, etc., de l'autre part ».. (DE CLERCQ, t. V, p. 200). De pareils faits, incontestés, prouvent que cette prépondérance que s'attribuait, d'après Pombal, le Saint-Empire, aurait donné lieu à des difficultés certaines, au moins avec la France.

il est juste de ne pas méconnaître les améliorations qu'ils ont pu apporter aux relations internationales.

Étudions de plus près les dispositions du congrès de Vienne, relatives au rang des agents diplomatiques.

C'est l'objet du « *Règlement du 19 mars 1815 sur le rang entre les agents diplomatiques* (annexe n° 17 à l'acte final du congrès de Vienne du 9 juin 1815, complété par le *protocole des conférences d'Aix-la-Chapelle* du 21 novembre 1818, au sujet du rang des ministres résidents).

« Pour prévenir les embarras qui se sont souvent présentés », dit le préambule de la déclaration, « et qui  
« pourraient naître encore des prétentions de pré-  
« sence entre les différents agents diplomatiques, les  
« plénipotentiaires des Puissances signataires du  
« traité de Paris sont convenus des articles qui suivent,  
« et ils croient devoir inviter ceux des autres Têtes cou-  
« ronnées à adopter le même règlement. »

On voit par ces lignes l'importance que tous les États représentés au congrès attachaient à terminer pour toujours ces puériles discussions d'amour-propre. Elles faisaient à tous un appel pressant d'adhésion à ce règlement de paix et de bon sens. L'appel a été entendu presque partout (1).

1. Il est de règle que les traités, — comme les conventions entre particuliers, — ne lient que les parties. Aussi les États-Unis ont refusé de reconnaître la préséance des ambassadeurs sur les envoyés diplomatiques, attendu qu'ils ne s'étaient jamais associés au règlement de Vienne. — Cette théorie n'est pas admise par Bluntschli (*Völkerrecht*), art. 110), qui prétend que des conventions de cette nature lient même les États qui n'y ont pas pris part. « Lorsque des États rassemblés en  
« congrès général européen sont d'accord sur certaines dispositions,  
« celles-ci deviennent obligatoires », dit cet auteur, « pour tous les  
« États européens. Ces dispositions doivent aussi être acceptées par

Mainte page des traités de Vienne a été déchirée : la Belgique s'est séparée de la Hollande, un Bonaparte est remonté sur le trône de France, l'Autriche a été chassée de la Confédération germanique, mais la page où est inscrit le règlement du 19 mars est demeurée intacte (1).

L'article 1<sup>er</sup> divise les agents diplomatiques en trois classes : celle des ambassadeurs, légats ou nonces ; celles des envoyés, ministres ou autres accrédités auprès des souverains ; celle des chargés d'affaires, accrédités *auprès des ministres des Affaires étrangères*. Nous avons dit que les dispositions du congrès de Vienne touchant les préséances avaient été complétées aux conférences d'Aix-la-Chapelle (Protocole des conférences d'Aix-la-Chapelle du 21 novembre 1818, au sujet du rang des ministres résidents) ; il convient d'en parler brièvement, quoique le protocole n'ait touché qu'à un point de détail.

Le congrès de Vienne avait négligé, dans cet art. 1<sup>er</sup> du règlement du 19 mars, de déterminer la place des ministres résidents dans la hiérarchie des envoyés. Désireux de combler cette lacune, à la vérité peu im-

« les États qui n'ont pas pris part à la conférence, et qui, par conséquent, n'ont pas adhéré à ses décisions. » Malgré l'autorité qui s'attache aux opinions de Bluntschli, cette théorie nous paraît insoutenable. Elle est contraire au principe que les contrats ne profitent et ne nuisent qu'aux parties, principe qui est vrai aussi bien dans les matières de droit public que dans le droit civil.

1. Nous avons tenu à donner *les textes mêmes* des documents importants qui sont mentionnés dans cette étude : la principale utilité d'une monographie est de pouvoir être consultée sur un point spécial, d'éviter ainsi au lecteur une perte de temps. En outre, beaucoup de ces documents sont difficiles à trouver ou sont enfouis au milieu d'une quantité de détails et de textes sans intérêt ou sans rapport avec le sujet et dans des ouvrages difficiles à se procurer.

portante, et de ne pas laisser à l'avenir la plus petite place aux difficultés en matière de préséance, les plénipotentiaires, trois ans plus tard, annexèrent une disposition qui put régler la situation de cette classe d'agents (1). Elle est ainsi conçue : « Pour éviter des discussions désagréables qui pourraient avoir lieu à l'avenir sur un point d'étiquette diplomatique que l'annexe du recès de Vienne, par laquelle les questions de rang ont été réglées, ne paraît pas avoir prévu, il est arrêté entre les cinq Cours que les ministres résidents accrédités auprès d'elles formeront par rapport à leur rang une classe intermédiaire entre les ministres du second ordre et les chargés d'affaires » (2).

Il résulte donc de la combinaison du règlement du congrès de Vienne et du protocole des conférences d'Aix-la-Chapelle qu'il y a, en fait, quatre classes d'agents diplomatiques : 1° les ambassadeurs, légats ou nonces ; 2° les envoyés, ministres ou autres accrédités auprès du souverain ; 3° les ministres résidents ; 4° les chargés d'affaires accrédités auprès des ministres des Affaires étrangères.

Ainsi, tout a été minutieusement réglementé, et, si

1. La seconde partie du document concerne le *salut en mer*.

2. Voir F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, p. 191, 195 et PINHEIRO-FERREIRA, *Cours*; KLUBER, *Droit des gens modernes de l'Europe*, p. 179, 180, 181, 182, 202. M. Pinheiro-Ferreira a vivement critiqué le rang assigné aux ministres résidents à Aix-la-Chapelle, et taxe cette classification d'arbitraire : elle ne reposerait sur aucune base réelle, mais uniquement sur la « distribution capricieuse des honneurs du cérémonial ». Suivant lui, il n'y a réellement que deux ordres de ministres : les *envoyés* accrédités par un souverain auprès d'un autre souverain et les *chargés d'affaires* accrédités par le ministre des affaires étrangères auprès du ministre des affaires étrangères d'un autre pays.

de nombreuses causes de conflits doivent subsister entre peuples, du moins une des plus futiles et en même temps des plus dangereuses est supprimée. La question n'a cependant été tranchée que pour les cérémonies officielles, et elle peut se présenter encore sous sa forme irritante dans des réunions diplomatiques privées.

Revenons aux dispositions du règlement du 19 mars 1815.

L'article 2 décide que les envoyés de la première classe ont seuls le caractère représentatif, et l'art. 3 dit que, même en mission extraordinaire, les agents n'ont, de ce chef, aucune supériorité de rang.

L'article 4 est la partie la plus importante du règlement; il est ainsi conçu: « Les employés diplomatiques prendront rang entre eux dans chaque classe, « *d'après la notification officielle de leur arrivée.* Le présent règlement n'apportera aucune innovation relativement au représentant du Pape ».

Le document se termine en déclarant qu'il sera déterminé, dans chaque État, un mode uniforme pour la réception des employés diplomatiques de chaque classe et que les liens de parenté ou d'alliance et les alliances politiques entre les Cours ne donnent aucun rang à leurs agents diplomatiques. Enfin, « dans les actes ou traités entre plusieurs Puissances qui admettent l'*alternat*, le *sort* décidera entre les ministres de l'ordre qui devra être suivi dans les signatures. »

Ainsi donc: 1<sup>o</sup> détermination de trois classes d'employés, tout chef de mission rentrant forcément dans l'une ou l'autre, et 2<sup>o</sup> fixation du rang de préséance de ceux qui rentrent dans une même classe, tel est le

double objet du recès du congrès de Vienne. L'art. 4, où est consignée la seconde partie, n'est que la consécration de la proposition du marquis de Pombal. La dernière phrase de cet article 4 mérite d'attirer l'attention : aucune innovation n'est apportée à la situation des représentants du Saint-Siège.

Très facile à concevoir à l'époque de sa rédaction, cette disposition devait soulever, cinquante ans plus tard, une question de la plus haute gravité ; en effet, en 1815, le pape était un souverain revêtu d'un double caractère : souverain temporel des États de l'Église, souverain spirituel, chef de l'Église catholique, apostolique et romaine. Il avait donc droit, sans aucune discussion possible, en sa qualité de chef d'État, à une représentation diplomatique, et le Congrès ne pouvait pas alors ne pas régler sa situation vis-à-vis des autres Cours. Dépossédé de ses États depuis 1870, son envoyé ne représente plus aucune puissance matérielle et tangible : aussi est-on amené à se demander si l'art. 4 *in fine* du règlement du 19 mars est régulièrement appliqué depuis cette époque. Si ses rédacteurs avaient pu prévoir cette situation anormale faite à la Papauté depuis eux, lui auraient-ils accordé un droit de légation actif et passif ? En l'admettant, auraient-ils décidé que rien n'était changé dans sa position ? Faudrait-il enfin reconnaître aux nonces tous les privilèges et toutes les prérogatives des envoyés des autres États ? Sans vouloir aborder les discussions passionnées auxquelles le problème de la séparation de l'Église et de l'État a donné naissance dans ces dernières années, il nous est impossible de ne pas le soulever sous cette face. L'importance et l'intérêt qu'il y aurait, sinon à le résoudre,

du moins à étudier les solutions qui pourraient être adoptées, nous ont déterminé à lui consacrer un appendice spécial.

Il nous reste très peu de chose à dire des trois derniers articles. Désormais, auprès de chaque Cour et de chaque État, un cérémonial réglé à l'avance détermine un mode uniforme de réception pour chaque classe d'envoyés.

Quant à la suppression des prééminences fondées sur des relations de parenté ou d'alliance entre souverains ou des alliances politiques, la tendance moderne est de personnifier de moins en moins un État dans son souverain. L'idée que Louis XIV se faisait du rôle du souverain dans une monarchie et qu'il aurait, dit-on, exprimée sous la forme brutale : « L'État, c'est moi ! » ne comptait que bien peu de partisans en 1815 et ne se comprend plus maintenant. Aussi, ne faut-il pas s'étonner de voir le congrès de Vienne supprimer pour l'avenir toute préséance fondée sur de pareils motifs. Cette mesure, adoptée au commencement du siècle, s'impose à l'heure actuelle, étant donnée la conception que nous nous faisons du monarque constitutionnel et de ses fonctions. Premier magistrat d'une nation, sa vie privée, le choix de la famille princière avec laquelle il contracte une alliance, n'ont plus qu'une importance relative dans la politique contemporaine. Le temps n'est plus où une impératrice d'Autriche donnait comme première instruction à son ambassadeur en France de rechercher avant tout les bonnes grâces de la favorite du jour (1). Et, ce que nous

1. Kaunitz, nommé ambassadeur d'Autriche à Paris en 1750, eut assez d'adresse et d'influence sur Marie-Thérèse pour obtenir qu'elle écri-

disons des rapports entre monarchies constitutionnelles est vrai *à fortiori* des relations entre républiques.

Pour en finir avec cette question des préséances, il est bon de remarquer qu'il est d'usage entre les États de s'envoyer réciproquement des agents de même rang. Cette règle n'est cependant pas absolue : ainsi la République française entretient un ambassadeur en Suisse, et celle-ci envoie en France un représentant qui n'a que le titre de ministre plénipotentiaire.

*De la permanence des missions.* — Suivant MM. de Holzendorff, Rivier et Heffter (1), l'institution des armées permanentes qui remonte à Louis XI fut accompagnée de celle des ambassades permanentes (en Angleterre et en Bourgogne). Mais d'après les recherches récentes faites par lui, Krauske (2) prouve, que les ambassades permanentes sont originaires d'Italie, principalement de Venise, où l'usage moderne s'est développé dès le quinzième siècle. M. Nys confirme l'assertion de Krauske; elles furent empruntées, dit-il, spécialement à Venise, Florence et Milan.

Cet usage se serait étendu dans l'Europe occidentale et centrale à partir de Ferdinand-le-Catholique (3). En-

vit une lettre autographe à la marquise de Pompadour. Il en rédigea lui-même le brouillon. Elle débutait par ces mots : « *Madame ma chère sœur et cousine* ». La maîtresse de Louis XV lui répondit sans façon : « *ma chère reine* ». Voir MICHIELS « *Histoire secrète du gouvernement autrichien* », chapitre XXIII. Quel meilleur exemple peut-on donner de l'immense importance que la politique de l'ancien régime attachait aux relations personnelles entre souverains ?

1. *Introduction au Droit des gens*, p. 339. HEFFTER, le *Droit international de l'Europe*, 473.

2. O. KRAUSKE. *Die Entwicklung der Ständigen Diplomatie vom 15<sup>e</sup> Jahrhundert bis zu den Beschlüssen von 1815 und 1818*, p. 7, 147.

3. C'est vers la fin de 1487 ou au commencement de 1488 qu'arrive à Londres l'ambassadeur de Ferdinand et d'Isabelle, Roderic Gonsalve

fin, vers la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, la forme actuelle des missions diplomatiques a pénétré dans les pays du Nord. Elle se généralisa en Europe au XVII<sup>e</sup> siècle, principalement sous l'influence des traités de Westphalie et des négociations continuelles que les complications de la politique du temps nécessitaient. En Angleterre, ce fut le roi Henri VII qui utilisa le premier les ambassades permanentes (1).

Elle est donc de date relativement récente (2) : jusqu'à l'époque moderne, les souverains et les gouvernements étaient dans l'usage de s'envoyer des ambassadeurs pour remplir telle mission déterminée, pour conclure un traité, pour poser les bases d'une alliance entre maisons royales ; ce n'est que depuis les traités de Westphalie, en 1648, que le caractère de permanence des légations est consacré d'une manière générale et effective. Ce qui était l'exception devient la règle (3). Quoique ces traités n'aient pas rétabli la paix universelle, ainsi que leurs rédacteurs en avaient la prétention, et que, malgré leur préambule emphatique (4), de

de Puebla. Il retourna en Espagne en 1489 et fut peu après envoyé de nouveau en Angleterre. Puis vinrent en Angleterre, l'évêque Pedro de Ayala, puis le duc de Estrada et enfin une femme Catherine, fille de Ferdinand et d'Isabelle, qui fut formellement accréditée comme agent diplomatique. Nys, *op. cit.*, 143.

1. *Ibid.*

2. « Pour ce qui est des ambassades ordinaires, dit Grotius, et accompagnées d'une résidence perpétuelle, dont l'usage est aujourd'hui fréquent, on peut fort bien les refuser ; l'Antiquité les a ignorées absolument. » *Du Droit de la paix et de la guerre*, trad. Barbeyrac, liv. II, chap. XVIII § 3.

3. D'après Wicquefort, la Turquie faisait exception ; on recevait à Constantinople des ambassades permanentes ; mais la Porte n'avait que des missions temporaires.

4. DUMONT. *Corps dipl.* t. VI, p. 1, p. 550. Voir surtout le traité entre le Saint-Empire, la Suède et la France, conclu à Osnabrück le 24

terribles guerres aient peu après de nouveau éclaté en Europe entre les signataires eux-mêmes, les relations diplomatiques entre États qui n'ont cessé d'exister depuis cette époque ont contribué dans une large mesure au maintien des relations pacifiques et ont certainement éloigné ou atténué de nombreuses causes de discorde. Si donc les traités de Münster et d'Osnabrück n'ont pas tenu toutes leurs promesses, il faut reconnaître qu'ils ont fait faire un pas sérieux à la cause de l'humanité et de la civilisation. Bien des différends sont évités quand les parties sont en mesure de s'expliquer immédiatement sur les causes de dissentiment, et d'exposer leurs griefs avant qu'ils aient pris des proportions sans rapport avec leur importance.

octobre 1648. Il débute ainsi : ... « qu'il y ait de part et d'autre un oubli et une amnistie perpétuels de tout ce qui a été fait depuis le commencement de ces troubles... » « ... qu'il y ait une paix chrétienne, universelle et perpétuelle, et une amitié vraie et sincère, entre sa Sacrée Majesté Impériale et tous ses alliés et adhérents et les héritiers et successeurs d'un chacun etc., et que cette paix s'observe et se cultive sincèrement... et qu'ainsi de tous côtés on voie renaître et reflourir les biens de cette paix et de cette amitié par l'entretien sûr et réciproque d'un bon et fidèle voisinage de l'Empire Romain avec ...

## CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT RATIONNEL ET JURIDIQUE DES IMMUNITÉS DIPLOMATIQUES. NOTIONS HISTORIQUES. DOCUMENTS LÉGISLATIFS. LÉGISLATION COMPARÉE.

Nous examinerons dans ce chapitre quelles sont les raisons que l'on invoque en faveur des prérogatives des envoyés, et nous en étudierons l'histoire et les développements successifs. Nous verrons enfin en quelle mesure ils sont sanctionnés par les législations positives.

§ 1. — **Fondement rationnel et juridique des immunités diplomatiques. Privilèges primordiaux, privilèges accordés par courtoisie.**

Faut-il admettre qu'il y ait dans les différentes immunités accordées au représentants d'un État un droit naturel et nécessaire qui s'impose, un de ces droits dont Gaius disait : « *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit* » (1), ou n'y faut-il voir qu'une création artificielle du droit moderne, une institution appartenant au droit des gens arbitraire ? Nous pensons que l'on ne peut répondre d'une manière absolue et que des distinctions doivent être faites.

1. GAIUS, *comm.* 1, § 1,

Avant de les aborder, il faut examiner quelles sont sur ce point les principales opinions qui sont soutenues, nous pourrons ensuite, en connaissance de cause, sinon prétendre trancher la question, du moins indiquer quelles seraient nos préférences.

Montesquieu (1) s'exprime ainsi : « Le droit des gens  
 « a voulu que les princes s'envoyassent des ambassa-  
 « deurs ; et la *raison*, tirée de la nature des choses, n'a  
 « pas permis que ces ambassadeurs dépendissent du  
 « souverain chez qui ils sont envoyés, ni de ses tribu-  
 « naux. Ils sont la parole du prince qui les envoie, et  
 « cette parole doit être libre. Aucun obstacle ne doit  
 « les empêcher d'agir. Ils peuvent souvent déplaire  
 « parce qu'ils parlent pour un homme indépendant ;  
 « on pourrait leur imputer des crimes, s'ils pouvaient  
 « être punis pour des crimes ; on pourrait leur sup-  
 « poser des dettes, s'ils pouvaient être arrêtés pour  
 « dettes. Un prince qui a une fierté naturelle parlerait  
 « par la bouche d'un homme qui à tout à craindre. Il  
 « faut donc suivre à l'égard des ambassadeurs, les  
 « raisons tirées du droit des gens, et non pas celles  
 « qui dérivent du droit politique ; que s'ils abusent de  
 « leur caractère représentatif, on le fait cesser en les  
 « renvoyant chez eux ; on peut même les accuser de-  
 « vant leur maître, qui devient par là leur juge ou leur  
 « complice. »

Citons encore Calvo... (2) « Le droit des ministres  
 « publics de jouir de ce privilège (l'inviolabilité) échappe  
 « à toute discussion ; il est fondé non sur une simple

1. *Esprit des lois*. Liv. 26, chap. XXI.

2. CALVO, *op. cit.*, I, § 552.

« convenance, mais sur la nécessité... un ministre  
« étranger serait fort embarrassé pour s'acquitter de  
« sa mission avec la dignité, la liberté, la sûreté  
« qu'elle exige, s'il était dans une dépendance quel-  
« conque du souverain auprès duquel il réside. »

« ....Il importe », dit Vattel, « qu'il n'ait point de  
« juges à redouter, qu'il ne puisse être distrait de  
« ses fonctions par une chicane.... Il faut donc qu'il  
« soit indépendant de l'autorité souveraine et de la  
« juridiction du pays (tant pour le civil que pour le  
« criminel). »

Enfin, voyons quelle est la théorie de la jurisprudence française sur le fondement de l'immunité diplomatique. Nous trouvons dans un arrêt de la Cour de Paris, du 12 juillet 1867 (1), les motifs suivants :  
« Considérant que c'est un principe certain du droit  
« des gens que les agents diplomatiques d'un gouver-  
« nement étranger ne sont pas soumis à la juridiction  
« des tribunaux du pays dans lequel ils sont envoyés,  
« que *ce principe se fonde sur la nature des choses*, qui,  
« dans l'intérêt respectif des deux nations, ne permet  
« pas que ces agents soient exposés dans leur personne  
« ou dans leurs biens à des poursuites qui ne leur lais-  
« seraient pas une entière liberté d'action et qui gêne-  
« raient les relations internationales auxquelles ils  
« servent d'intermédiaires ; qu'en France ce principe a  
« été spécialement reconnu par le décret du 13 ventôse  
« an II, duquel il résulte que les réclamations qui  
« peuvent s'élever contre les gouvernements étrangers  
« doivent être formées et suivies par les voies diplo-

1. SIREY, 1868, II, 201.

« matiques ; considérant, qu'en supposant qu'il pût  
 « être fait exception à ce principe pour les agents  
 « diplomatiques qui se livreraient à des opérations  
 « commerciales et à raison de ces opérations, le traité  
 « par lequel Tchitcherine se serait assuré le droit de  
 « disposer de la publicité du journal *la Nation* aurait  
 « un caractère tout autre que celui d'une spéculation  
 « commerciale faite dans un intérêt privé ; que c'est  
 « donc à tort que le tribunal a retenu, etc., etc., dit  
 « que le tribunal de la Seine était incompétent, etc. »

Ces fragments, extraits de publicistes qui font autorité et d'un arrêt pris entre plusieurs, expliquent clairement la raison d'être des privilèges des ministres publics d'après la plupart des auteurs et des jurisconsultes.

Depuis quelques années un autre courant s'est formé, qui nie d'une manière absolue leur légitimité et voit dans le maintien de ces prérogatives un grand abus, présentant des dangers pour la société et pouvant donner les plus fâcheux exemples aux simples justiciables qui n'y participent pas. Il n'y aurait là qu'un legs funeste du Droit romain et des époques barbares. La violence des mœurs et la fréquence des attentats contre les personnes et les propriétés en avaient fait une nécessité absolue dans les siècles de pillage et de meurtre ; mais dans un état de civilisation plus avancé, ils sont superflus et même nuisibles (1). C'est la tendance des publicistes modernes

1. C'est l'idée qu'exprimait le premier consul lors de la discussion d'un article devant être inséré dans le Code civil pour soustraire explicitement les représentants d'un État étranger à la juridiction territoriale : « Ce qu'on propose, disait-il, pourrait être une nécessité

belges et italiens. Les plus connus sont Laurent, Pascal Fiore, Esperson, Pinheiro Ferreira (1), etc. Elle est ainsi résumée : La justice ne doit jamais être sacrifiée à l'intérêt, même quand il y a, d'un côté, le droit d'un simple particulier, de l'autre, l'intérêt général, l'intérêt d'une et peut-être de deux nations. L'impunité assurée au ministre et à sa suite n'est nullement une condition nécessaire de son indépendance professionnelle et du libre exercice de ses fonctions représentatives.

« Sans doute », dit Laurent, « l'ambassadeur doit être libre... mais, pour être libre, il n'est pas nécessaire qu'il soit affranchi de toute loi, qu'il puisse contracter des dettes sans les payer, qu'il puisse assassiner !!!... » Nous examinerons quelques unes des principales critiques formulées par ces auteurs, et spécialement par ce dernier, en traitant de chacune des immunités.

Ainsi donc, d'un côté, opinion générale : les immunités, les prérogatives des envoyés, inviolabilité, exemption des juridictions criminelle et civile, exemption d'impôts, sont nécessaires au libre exercice de leurs fonctions, sont, comme dit la Cour de Paris, « fondées sur la nature des choses » ; une saisie-arrêt faite à leur préjudice porterait une atteinte aussi grave

« chez un peuple barbare, mais cela est inutile chez une nation douce et policée ! » L'article fut du reste rejeté (voir, *infra*, même chapitre). Des idées analogues sont exprimées par les auteurs américains :

The extreme doctrine of immunity, which was the necessity of an age of barbarism and of the intercourse of uncivilized nation, has happily yielded to the progress of Christianity and of modern culture. M. Fish, Sect. of State, to M. Jay, nov. 29, 1874. Mss. Inst. Austria.

1. LEHR, *Manuel théorique et pratique des agents diplomatiques et consulaires*, § 976. Pinheiro-Ferreira est Portugais, mais, par ses doctrines, il appartient à l'école italienne contemporaine,

au principe qu'une arrestation et un renvoi devant une juridiction répressive ; de l'autre, théorie dissidente belge et italienne : il y a là une exagération qui ne se justifie plus ; les lois de police et de sûreté obligent tous les habitants du territoire ; la justice est égale pour tous (1), comme le soleil luit pour tous. « Jamais la justice ne doit se taire devant un intérêt politique si considérable qu'il soit. »

Nous pensons, avons-nous dit, que la question ne comporte pas une solution uniforme, et qu'il conviendrait de débiter par une distinction fondamentale lorsque l'on veut déterminer la raison d'être de ces prérogatives, distinction que les auteurs font quelquefois, mais sans lui donner l'importance qu'elle comporte selon nous. Parmi ces avantages tout à fait exorbitants, accordés au représentant d'un État à l'étranger, les uns s'imposent comme étant d'une nécessité absolue pour qu'il puisse remplir ses fonctions avec la liberté d'esprit voulue, avec assez d'indépendance pour que, en discutant les bases d'une convention, il ne soit pas influencé par des craintes pour sa personne ou pour ses biens. — Mandataire d'un État souverain, il doit participer à l'autonomie de son mandant, être entouré des mêmes garanties et être respecté comme lui. — Quant aux autres, on pourrait les désigner par immunités *de pure courtoisie*. Elles sont accordées réciproquement par les États aux ministres publics, soit pour atténuer, autant que possible, les froissements qu'amènent forcément les relations entre États ayant des intérêts opposés, soit

1. Art. 6 du Code civil,

par suite du respect traditionnel qu'inspirent les ambassadeurs et leur suite. Ils s'acquitteraient de leurs attributions avec la même liberté d'esprit si cette dernière catégorie d'immunités ne leur était pas reconnue (1).

Maintenant quels sont les privilèges nécessaires et fondamentaux dont un envoyé ne pourrait être privé sans perdre en même temps sa liberté d'action ; quels sont ceux que nous avons qualifiés de privilèges de pure courtoisie ? Il est difficile d'établir une classification basée sur un critérium bien infaillible. Le mieux serait de donner des exemples. En effet, une prérogative peut rentrer dans l'une ou dans l'autre classe, suivant qu'on l'envisage à telle ou telle phase de son évolution : l'exemption d'impôts ne (2) facilite en aucune façon à un envoyé l'accomplissement de sa mission, et il ne semble pas qu'un souverain doive se sentir bien gravement atteint parce qu'on a fait payer l'impôt personnel et mobilier à son représentant à Paris. Nous l'accordons ; mais supposons que ce dernier ne puisse ou ne veuille s'y soumettre ? Il faudra alors avoir recours aux voies de coercition, contrainte, jugement de condamnation, saisie. Voilà l'exemption de juridiction qui, elle, se rattache intimement à l'inviolabilité atteinte dans son principe (3).

Cependant nous considérons que l'exemption d'impôts est une exemption de pure courtoisie et non une

1. « Cela (les immunités des ambassadeurs) ne doit point, dit Grotius (*loc. cit.*, en note), être entendu *au delà de ce que demandent le but et l'usage des ambassades.* » Grotius faisait donc déjà cette distinction ou du moins la pressentait, sans y insister autrement.

2. Voir *infra*, chapitre II, Sect. IV.

3. Voir *infra*, même chapitre, Sect. II et III.

prérogative nécessaire. Mais sa suppression ne pourrait avoir lieu qu'avec de sérieuses atténuations dans les voies d'exécution contre l'envoyé récalcitrant. Il est, en effet, inadmissible dans l'état actuel de la législation internationale que le fisc puisse envoyer des contraintes à un ambassadeur et saisir ses meubles.

Mais remarquons que l'on n'aurait presque jamais à en arriver là. Si le droit des gens soumettait les agents diplomatiques aux impôts comme les autres habitants, il est probable qu'ils tiendraient à honneur d'être des premiers à se mettre en règle avec le fisc.

On pourrait donc placer l'exemption d'impôts dans cette catégorie. Mais leur recouvrement par la voie légale ne saurait être autorisé. Ce serait en somme pour l'agent diplomatique une obligation sans sanction, une sorte *d'obligation naturelle* comparable à une dette de jeu.

Une autre prérogative, qui certainement pourrait être supprimée sans porter atteinte au caractère d'un ambassadeur, c'est le droit de refuser de témoigner en justice (1). Nous la considérons du reste comme plus nuisible qu'utile.

Les privilèges primordiaux et nécessaires sont l'inviolabilité et l'exemption de la juridiction répressive. L'immunité de la juridiction civile prête à trop de discussions, se rattache à trop de questions accessoires des plus complexes, telles que saisies, mesures conservatoires, actions reconventionnelles, etc..., pour pouvoir être nettement classée dès le début. Notre ten-

1. CARNOT, *Instruction criminelle*, t. III, page 413, et art. 514 du Code d'instruction criminelle. Voir *infra*, Chap. II, Sect. II, *in fine*.

dance serait de la mettre sur le même rang que l'immunité répressive — *en principe*, mais avec de nombreuses restrictions. C'est ainsi que les mesures conservatoires pourraient être autorisées sans blesser la dignité du représentant d'un État indépendant.

Quant à la liberté du culte, elle n'a le caractère d'une véritable prérogative que dans des applications très rares et peu pratiques.

Les privilèges de cette catégorie doivent exister *dans une mesure plus ou moins large*, pour que les agents à l'étranger puissent remplir leur mission sans aucune entrave.

Mais beaucoup de ces immunités sont appliquées d'une manière exagérée par les tribunaux. C'est ainsi que la jurisprudence française ne permet pas à un diplomate étranger, accrédité en France, de se soumettre à la juridiction française, même s'il déclare expressément renoncer à son droit d'exemption.

Cette interprétation, sur laquelle nous reviendrons, s'écarte absolument du principe posé par Vattel, pour déterminer les limites de ces prérogatives : « Le « ministère des agents ne peut atteindre la fin à laquelle il est destiné s'il n'est muni de toutes les « prérogatives capables d'en assurer le succès légitime..... de le faire exercer en toute sûreté, fidèlement et librement. » (1).

## § 2. — Notions historiques. Droit romain. Grotius

De tout temps, l'inviolabilité de la personne des négociateurs existe. Dès la plus haute antiquité, le fait

1. VATTEL, *Le Droit des gens*, Livre IV, Chap. VII.

d'avoir porté la main sur un envoyé constitue une injure des plus graves dont le peuple offensé dans la personne de son ambassadeur veut à tout prix tirer prompt vengeance. Rappelons que le parlementaire — l'ambassadeur du champ de bataille — arrête sur son passage la mêlée la plus meurtrière en arborant le drapeau blanc. (1) Il y a là une nécessité qui s'impose dans toutes les circonstances : comment poser les bases d'un traité, discuter les conditions d'une cession de territoire, rédiger une convention quelconque si votre personne, si vos biens ne sont pas en sûreté ?

Un des plus anciens exemples qui nous soient rapportés d'une violation des égards dus aux représentants d'une nation se trouve dans la Bible. (2) Le roi David avait envoyé quelques-uns de ses sujets auprès du roi des Hammonites à la mort de son père. Mais les Hammonites persuadèrent à leur roi que c'était dans le but d'épier la ville que David avait fait cet envoi de messagers ; aussi, par dérision, fit-il raser la moitié de la barbe et couper la moitié des habits des malheureux depuis le haut des cuisses jusqu'aux pieds ; puis on les renvoya dans ce piteux état. L'injure fut gravement ressentie par les Hébreux et ils la firent expier au peuple qui s'en était rendu coupable par une sanglante défaite.

1. Nous verrons qu'il existe cependant d'importantes différences entre le parlementaire et l'agent diplomatique. Voir *infra*, Chap. II, *in fine*.

2. Samuel, Chap. X, verset 2. Les lois de Manou contiennent des prescriptions très détaillées relativement au respect dû aux négociateurs étrangers. — Les tribus indiennes de l'Amérique respectaient l'inviolabilité des envoyés portant la branche verte (HEFFTER, *op. cit.*, 473).

Sans remonter à une époque aussi reculée, où les faits ne sont contrôlés par aucune critique sérieuse, on peut citer la violation du droit des gens commise par les habitants de la ville phénicienne de Tyr contre les envoyés d'Alexandre le Grand. Ce prince fit le siège de la ville et tous les habitants furent passés au fil de l'épée. Étant donné l'état de la civilisation au IV<sup>e</sup> siècle avant notre ère, on ne peut trouver ces représailles exagérées, tant est grande l'horreur qu'a toujours inspirée tout attentat contre des négociateurs.

Le Droit romain, dont les archives nous sont parvenues en grande partie intactes, grâce au respect religieux dont ses prescriptions étaient l'objet au moyen âge, le Droit romain a laissé des monuments reconnaissant certains privilèges aux personnes chargées de négociations politiques. Un fragment du jurisconsulte Pomponius est caractéristique. (1)

L'offense commise contre un négociateur étranger doit être réprimée. Tantôt le tribunal des Fétiaux (2) qui était compétent pour ces sortes de délits faisait livrer le coupable au peuple outragé dans la personne de ses mandataires (c'est le cas prévu et exposé par Pomponius), tantôt il le condamnait à des peines qui variaient, même à la peine de mort. (3)

1. L. 17. D. I. L. t. VII. *Si quis legatum hostium pulsasset*, CONTRA JUS GENTIUM ID COMMISSUM ESSE EXISTIMATUR: QUIA SANCTI HABENTUR LEGATI: *et ideo, si cum legati apud nos essent gentis alicujus bellum cum eis indictum sit ? responsum est, liberos eos manere : ID ENIM JURI GENTIUM CONVENIENS ESSE : itaque eum qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus quorum erant legati, solitus est respondere...*

2. Consulter sur ce sujet : « *le droit fétial et les fétiaux sous la République romaine.* » Thèse de M. André Weiss, aujourd'hui professeur à Dijon. Paris, 1880.

3. Institutes de Justinien. *De publ. jud.*, lib. IV, tit. 18, § 8.

Les textes abondent, nous ne sommes embarrassé que par le nombre : citons en cependant quelques-uns parmi les principaux. Cicéron : *Legatorum jus divino humanoque vallatum præsidio, cujus tam sanctum et venerabile nomen esse debet, ut non modo inter sociorum jura sed et hostium tela incolome versetur* (In Verrem III). puis Tacite : *sacrum etiam in exteris gentes legatorum jus et fas. Legatis qui jure gentium sancti sint.* Cornelius Nepos : *Cum legationis jure se tutum arbi-*

— 1. 7, Digeste, *ad legem Juliam de vi publica. Lege Julia de vi publica tenetur qui..... Item quod ad legatos, oratores comitesve attingit. Si quis eorum (quem) pulsasse, et sive injuriam fecisse arguatur.* — Voir aussi Inst. Justin., *loc. cit.*, en ce qui concerne d'autres peines que la mort. Paul Sentent., V, 26, § 1 et 2. — Valerius Max. VI, 7 ; Varron, *de vita pop. Rom.*, III, 8. « *Si cujus legati violati essent, qui id fecissent, quamvis nobiles essent, ut dederentur civitati statuerunt.* » — C'étaient les fétiaux qui devaient livrer eux-mêmes les citoyens coupables d'avoir manqué aux règles du Droit des gens envers un ambassadeur. C'est ce qui ressort avec évidence des deux textes suivants : Liv. XXXVIII, 42. *L. Minucius Myrtilus et L. Manlius, quod legatos Carthaginenses pulsasse dicebantur, jussu M. Claudii prætoris urbani per Fetiales traditi sunt legatis et Carthaginem aucti.* Tite-Live nous fait même connaître le cérémonial usité pour la remise d'un citoyen aux ennemis. Quoiqu'il s'agisse d'une tout autre hypothèse que celle qui nous occupe, il est probable que les mêmes solennités étaient usitées quand il y avait lieu de livrer ceux qui avaient violé le Droit des gens. Les Romains étaient un peuple très formaliste, aimant à faire rentrer dans le cadre d'une formule consacrée toutes les situations possibles qui présentaient quelque analogie. Voici ce texte qui fait suite au précédent : *Prægressi fetiales, ubi ad portam venere, vestem detrahi pacis sponsoribus jubent : manus post tergum vinciri. Cum apparitor, verecundia majestatis Postumium laxius vinciret : Quin tu, inquit, adducis lorum, ut justa fiat deditio? Tunc ubi in cœtum Samnitium et ad tribunal ventum Pontii est, Cornelius Arvina fetialis ita verba fecit : Quandoquidem hinc homines injussu populi Romani Quiritium fœdus ictum iri sponderunt, atque ob eam rem noxam nocuerunt, quod populus Romanus scelere impio sit solutus, hosce homines vobis dedo.*

*trantur, quod apud omnes gentes sanctum esse consuesset.* Tite-Live, *Liv. II chap. IV num. 7* : *Et quanquam visi sunt commisisse, ut hostium loco essent, jus tamen gentium valuit.* Cet exemple est cité par Grotius : il s'agissait d'ambassadeurs qui avaient préparé une trahison dans Rome, et quelques personnes voulaient les traiter en ennemis ; le caractère sacré dont le droit des gens, même à cette époque lointaine, revêtait les négociateurs, les sauva.

Ainsi donc, jurisconsultes, historiens, orateurs romains, tous nous attestent par des textes positifs que le droit des gens revêt les envoyés étrangers d'un caractère d'inviolabilité spécial, que les atteintes qui y sont portées doivent être punies d'une façon exemplaire et dont les auteurs peuvent même être livrés à la puissance outragée ; nous savons par eux quel était le tribunal qui devait connaître de ce genre d'infractions, et nous connaissons presque sûrement quelles étaient les paroles qu'il était d'usage de prononcer au moment où le coupable était remis entre les mains des offensés. Il existait donc à Rome un ensemble de mesures destinées à entourer les envoyés d'une nation étrangère de certaines garanties exceptionnelles, propres à leur assurer une indépendance suffisante pour remplir leur mission.

Sans doute la notion s'est élargie : personne ne prétendrait que la théorie moderne si compliquée et si subtile de l'exterritorialité (1) existât alors de toutes

1. Nous répudions théoriquement l'expression d'exterritorialité, mais nous sommes contraints de l'employer *brevitatis causa* pour désigner l'ensemble de certaines immunités. Voir chap. II, *in fine*.

pièces (1), telle que le droit positif la conçoit et la pratique (2). Mais nous estimons qu'il n'est pas impossible d'admettre que la doctrine ressortant de l'histoire et du droit romains n'ait beaucoup contribué à la créer.

1. Chez les Romains, la loi reconnaissait aux députés de certaines provinces et de certaines villes le *jus domum revocandi*, c'est-à-dire le droit de récuser pendant leur séjour à Rome la compétence des tribunaux pour dettes ou pour délits antérieurs. Le mot d'exterritorialité est tout moderne, mais les auteurs anciens n'en avaient pas moins en une certaine mesure reconnu et admis le principe. Aujourd'hui, la doctrine, plus ou moins étendue, a fini par prévaloir et faire partie des usages de toutes les nations civilisées (Calvo). Nous rappelons que de nombreuses controverses se sont engagées sur le sens des expressions *jus domum revocandi*. Voir Loi 2, § 3-6, l. 24, § 1, 2, et l. 25 *D. de Judiciis*. Loi 12 *D. de accusation* et BYNKERSHÆCK. *De foro legatorum*, chap. VI. Les opinions des publicistes modernes sont indiquées par WHEATON. *Histoire*, p. 170 (I, 280). GOTTSCHALK, *die Exterritorialität der Gesandten*. Berlin, 1878.

Grotius remarque avec beaucoup de sens (*op. cit.*, Liv. II, chap. XVIII) que cette expression alléguée pour établir l'existence de l'exterritorialité à Rome ne regardait que les députés de villes ou de provinces, et non pas les ambassadeurs.

Il est bon d'insister sur ce point, car dans presque tous les ouvrages de droit des gens, on traduit couramment ces mots par exterritorialité.

2. Salluste fournit un argument topique à ceux qui, comme nous, n'admettent qu'avec certaines atténuations l'existence des immunités diplomatiques à Rome. Le texte que nous allons citer semble établir que, au moins pour la suite d'un envoyé, l'inviolabilité était discutée; Bomilcar faisant partie de la suite (*comes*) d'un négociateur de Jugurtha venu à Rome sous la foi publique, fut mis en justice pour avoir assassiné Massiva. On aurait pu le faire mourir à la rigueur, dit Salluste, selon le droit des gens de l'époque sans lui donner le temps de plaider; cependant, pour user de douceur envers lui (*ex æquo et bono*) on lui accorda un délai: il le mit à profit pour se sauver. « *Fit reus magis ex æquo bonoque, quam ex jure gentium Bomilcar, comes ejus qui Romam fide publica venerat*. Bell. Jugurthæ, cap. XXXIV ». Le fait de reconnaître qu'un personnage faisant partie d'une mission n'a dû son salut qu'à un acte de pure mansuétude contraire au droit des gens, prouve que le principe de l'exemption de juridiction était loin d'avoir la portée que nous lui reconnaissons de nos jours. Voir la note du traducteur de Grotius. *Loc cit.*

Tout se tient dans cette matière par un lien parfois difficile à entrevoir, mais étroit : ainsi le représentant d'un État est exempt de la juridiction territoriale dans le pays où il est accrédité. N'est-ce pas là une suite sinon nécessaire, du moins logique de l'inviolabilité ? Comment, en effet, faire exécuter un jugement de condamnation contre une personne inviolable ? Établie par le droit romain, elle a dû très naturellement et par une transition presque insensible, amener aux autres prérogatives reconnues par le droit moderne (1). Il serait du plus haut intérêt d'étudier les transformations qu'ont subies ces privilèges, de nous arrêter à leurs différentes étapes. Les limites que nous avons assignées à cette étude ne nous le permettent pas. Puis les sources nous manqueraient en grande partie ; le droit du moyen âge ne nous est pas parvenu dans son intégrité et l'évolution qui s'est produite dans cette période pourrait difficilement être observée. Les rapports pacifiques entre peuples étaient d'ailleurs peu fréquents et les guerres perpétuelles de la féodalité (*Das Fehderecht*) n'étaient guères favorables au développement du droit des gens (1).

Nous pouvons donc dire de l'histoire de ces immunités : on connaît le point de départ et le point d'arrivée, mais on n'a que de rares indications sur la période intermédiaire et on en est souvent réduit à des inductions et à des hypothèses (2). La source et l'embou-

1. Voir Nys. *Notes sur l'histoire dogmatique et littéraire du droit international en Angleterre*, 188, p. 16.

2. Cependant un des premiers préceptes du Coran est de respecter les représentants d'États étrangers et de les traiter comme des personnes sacrées. De même le *Décret* de Gratien (formé en 1151), en empruntant un passage d'Isidore de Séville, énumérait le respect des envoyés

chure du grand courant qui a formé cette partie de la législation contemporaine peuvent être indiquées, mais le cours lui-même nous est en grande partie caché.

Du reste, jusqu'à la paix de Westphalie, comme on l'a vu, la permanence des missions était loin d'être générale ; les questions d'immunités diplomatiques, avaient par conséquent une importance incomparablement moins étendue. L'étude des avantages conférés à un envoyé n'offrait pas alors le même intérêt qu'aujourd'hui, quand il ne devait passer que quelques semaines à une cour pour mener à bien une négociation déterminée. Une prérogative accordée pour quelques jours ne tire pas à conséquence comme celle qui l'est pour une période indéfinie. Aussi, jusqu'à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, ne trouve-t-on que peu de documents sur la matière. Citons cependant peu d'années avant les traités de Münster et d'Osnabrück, en 1625, l'apparition du célèbre ouvrage de Grotius (1) : *le Droit de la paix et de la guerre*, qui fut considéré longtemps comme le code des relations internationales. Son livre eut un immense retentissement ; il fut adopté comme livre de texte par toutes les universités et compta jusqu'en 1758 quarante-cinq éditions (2). C'est en grande partie dans

dans les matières du *jus gentium*. Ces notions furent développées par les glossateurs et les commentateurs. Donc, au moyen âge soit le droit romain, soit le droit canon, *ulrumque jus*, reconnaissent le principe des immunités. On est à peu près d'accord cependant pour enseigner que l'immunité absolue, et notamment en matière criminelle, n'était pas reconnue généralement avant Grotius.

1. Voir sur la vie et les ouvrages de Grotius, HOLZENDORFF et RIVIER, *Introduction au Droit des gens*, § 86. (*Vie et travaux de Grotius*) et les nombreuses indications bibliographiques.

2. OMPEDA. *Littérature des Völkerrechtes*. L'ouvrage de Grotius fut mis à l'index par la Cour du Vatican en 1627.

cet ouvrage que furent recueillis les principes du droit des gens qui nous régissent à l'époque actuelle, spécialement quant aux immunités diplomatiques ; inviolabilité, exemption de juridiction, exterritorialité générale, sont nettement établies et réglementées.

En cette matière, beaucoup des règles suivies ne sont point consignées dans les lois positives et appartiennent au droit *coutumier* : l'exemption de juridiction des agents diplomatiques n'est inscrite nulle part dans les *codes* français ; il est vrai que dans le projet du Code, civil, l'art. 3, 1<sup>er</sup> alinéa, soumettant tous les habitants du territoire aux lois de police et de sûreté, devait en exempter formellement « les Étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation » (1) ; mais cette disposition fut supprimée sur l'avis du Conseil d'État. Il est donc du plus haut intérêt, vu la rareté des textes de lois, d'étudier les opinions des publicistes célèbres qui ont écrit sur le droit des gens. Grotius (2), par l'époque où il a vécu et l'autorité dont jouissent ses œuvres, doit nous arrêter quelques instants. Précurseur et fondateur du droit des gens moderne, son œuvre ne peut être passée sous silence au début de cette étude.

1. Il existe cependant soit en France, soit à l'étranger, des documents législatifs sur les immunités diplomatiques. Voir notamment le décret du 13 ventôse an II et l'art. 221 n<sup>o</sup> 4 du Code pénal autrichien de 1803, etc... *infra*.

2. Consulter pour la période antérieure à Grotius : ERNEST NYS, « les commencements de la diplomatie, et le droit d'ambassade jusqu'à Grotius » (*Revue de Droit international*, 1884, p. 167) et du même auteur : *Notes pour servir à l'histoire dogmatique et littéraire du Droit international en Angleterre*, n<sup>o</sup> VIII et HOLZENDORFF et RIVIER, *op. cit.*, p. 348 et les nombreuses indications bibliographiques auxquels les auteurs renvoient.

Un des plus célèbres précurseurs de Grotius est Albéric Gentil, (né

Grotius consacre le chapitre XVIII du livre II à examiner « le droit des ambassades ». Les §§ 4-11 de ce chapitre traitent exclusivement des prérogatives qui doivent être accordées aux ambassadeurs, nous en analyserons les parties principales.

Il commence par établir, « comme une des maximes du droit des gens sur lesquelles on raisonne communément, *comme sur des règles constantes*,... qu'on ne doit leur *faire aucun mal* » (§ III). Cette dernière expression, un peu naïve, que l'on s'étonne de trouver

en 1551, mort en 1611). « S'il est, en général, inférieur à Grotius, comme « largeur de vues, il lui est supérieur en un point, c'est qu'il examine les faits qui se produisent dans le domaine de la politique ». Son livre *de jure belli* est très connu. Il a en outre composé un volume sur le droit des ambassades (*De legationibus libri tres*), édité en 1585. Le livre II est entièrement consacré à l'inviolabilité et au respect dus aux ambassadeurs. Il a posé quelques principes durables entre autres le suivant : le droit d'ambassade demeure debout malgré tous les différends religieux. (*Ergo in quocumque religionis discrimine manent jura legationum*). On peut même entretenir des relations diplomatiques avec les Turcs. Les rebelles n'ont pas le droit d'ambassade, non plus que les pirates et les brigands. Mais les excommuniés l'ont (les Vénitiens avaient été excommuniés par Jules II). En cas de conflit d'un ambassadeur avec l'État où il réside, la *Lex Julia Majestatis* ne doit pas s'appliquer, la mort de l'ambassadeur dépasserait la nécessité. Il faudra se contenter de renvoyer le coupable à son maître. Mais, à la différence de Grotius, il admet les principes du droit romain dans le droit des gens, et il décide que le juge du lieu a juridiction civile et criminelle pour tout ce que l'ambassadeur a pu faire durant son ambassade. En 1587 parut à Oxford un opuscule anonyme intitulé : *de legato et absoluto principe perduellionis reo*. Il s'agit de savoir si un ambassadeur ou un prince peut être mis à mort s'il conspire dans un autre État contre l'État lui-même. On pense que le travail aura servi de thèse pour obtenir le grade de docteur en droit à Oxford et que Gentil, professeur dans cette ville, aurait fourni aux candidats le sujet et les arguments. Citons, en Angleterre, WILWOOD, qui limite avec soin les privilèges des agents : *Aliud est legati munus rite obire, aliud abuti* et THOMAS ROGER, *The ambassadors idea* (1638).

dans un volumineux ouvrage scientifique répond à notre *inviolabilité*.

Il examine en premier lieu les prérogatives concernant la personne des ambassadeurs, puis en quelle mesure les personnes de leur suite y ont droit, enfin si leurs biens y participent, et dans quelles limites.

Nous ne pouvons mieux faire que de suivre l'auteur pas à pas.

1° *Personne des ambassadeurs.*

Sur l'obligation de respecter la personne des ambassadeurs, Grotius commence par se demander en quelle mesure ce droit est reconnu par les peuples, et il donne les principales opinions qui ont cours; il exposera ensuite la sienne: « Il y en a, » dit-il, « qui croient  
« que, par le droit des gens, la personne des ambas-  
« sateurs doit seulement être à l'abri de toute injuste  
« violence, car ils supposent que les privilèges doivent  
« être expliqués par le droit commun; suivant d'au-  
« tres, on serait autorisé à punir un ambassadeur,  
« lorsqu'il a violé le droit des gens. » C'est une exten-  
sion un peu forte, remarque l'auteur, car le droit des  
gens renferme le droit de nature, de sorte que sur ce  
pied-là, toutes sortes de crimes, « à la réserve de ceux  
qui sont uniquement contre les lois civiles », autori-  
sent à punir un ambassadeur. Pour d'autres, le droit  
de punir n'existe que lorsqu'un « ambassadeur fait  
« quelque chose de nuisible à l'État, ou d'injurieux au  
« souverain auprès duquel il est envoyé ». Ces derniers  
voudraient que la plainte fût portée au gouvernement  
du pays du coupable, et que ce fût lui qui fixât le châ-  
timent. Enfin, selon quelques-uns, il faudrait consul-  
ter « les peuples désintéressés ». (C'est une véritable

proposition d'arbitrage international que formule Grotius, deux cents ans avant les premières tentatives pratiques, de recourir à cette voie pour trancher les différends entre nations (1).

Grotius examine ensuite les raisons que les partisans de chacune de ces opinions donnent à l'appui, et il décide qu'elles ne concluent à rien de précis, parce que les règles du droit des gens dont il s'agit ne sont pas « des conséquences démonstratives qui se déduisent de principes fixes et immuables », comme celles du *droit de nature*, mais dépendent uniquement de la volonté des peuples. Or les peuples peuvent avoir réglementé plus ou moins favorablement la situation des ambassadeurs accrédités chez eux ; car, si d'un côté il est utile de punir les crimes commis chez eux, de l'autre il est avantageux de faciliter les missions, en donnant toutes les sûretés possibles aux envoyés.

Il faut donc donner des exemples et rechercher dans quelle mesure les peuples ont consenti à accorder « cette sûreté ». Mais cela ne suffit pas, beaucoup de ces exemples étant contradictoires. Il faut en outre se livrer à un travail d'exégèse, examiner les auteurs estimés et passer en revue les conjectures qu'on peut avoir de la volonté des peuples. Une interprétation qui peut servir à déterminer cette volonté, c'est la suivante : il faut supposer que l'on a voulu accorder aux ambassadeurs *quelque chose au delà du Droit commun*. Si, en effet, ils n'étaient pas plus protégés que le premier venu, il ne vaudrait pas la peine de parler de leurs immunités !

1. Erasme avait cependant déjà suggéré l'arbitrage comme moyen d'éviter la guerre. Nys. *Notes pour servir à l'histoire dogmatique et littéraire du droit international en Angleterre*, p. 92.

On objecte à cela qu'il vaut mieux qu'une seule personne soit punie, que si deux nations étaient entraînées à la guerre par la faute d'un envoyé à la suite de l'irritation qu'aurait causée une infraction commise par lui. Grotius répond victorieusement à cette objection : les ambassadeurs seraient bien peu en sûreté si l'on pouvait les punir dans le pays où ils sont en mission ; car leurs instructions sont souvent en désaccord avec les vues et les intérêts de ce pays. Rien ne serait donc plus facile que de les supposer coupables de crimes imaginaires pour s'en débarrasser en les perdant (1).

Même au cas où il s'agirait d'un crime évident et manifeste commis par l'un d'eux, il conviendrait de le « mettre à couvert » de toute punition de la part de la puissance auprès de laquelle il est accrédité. Car il suffit pour rendre juste et utile une loi générale, qu'elle tende à prévenir un danger auquel on est exposé le plus souvent, même si son application doit léser quelques intérêts particuliers ou amener parfois des résultats regrettables.

Voici maintenant le principe de l'exterritorialité nettement posé par Grotius : les peuples ont fait ici, en ce qui concerne la personne des ambassadeurs, une exception aux règles du Droit commun, qui décident que tous les Étrangers qui se trouvent « dans les terres » de la dépendance de l'État sont soumis à ses lois. « De sorte que, selon le droit des gens, comme « un ambassadeur représente, par une espèce de fiction, « la personne même de son maître, il est aussi regardé,

1. Cette justification a été reproduite par Montesquieu. V. *suprà*.

« par une fiction semblable, comme étant hors des  
 « terres de la puissance au près de qui il exerce ses fonc-  
 « tions. » La conclusion de ce principe, serait, lorsqu'un  
 envoyé a commis quelque crime, soit de n'y faire au-  
 cune attention, s'il peut passer inaperçu, soit de prier  
 le coupable de sortir des États où il remplit ses fonc-  
 tions. Mais il convient d'apporter un tempérament à ce  
 principe : il est des cas où les lois et les usages doi-  
 vent céder devant des raisons de nécessité supé-  
 rieure (1) ; si par exemple un ambassadeur complotte  
 contre l'État où il se trouve, il pourrait, d'après Gro-  
 tius, être arrêté et soumis à un interrogatoire. On  
 pourrait même « le faire mourir s'il entreprenait  
 quelque chose à main armée », non pas comme puni-  
 tion, mais en usant du droit de légitime défense qui  
 appartient aux États comme aux particuliers (2).

Pour frapper l'esprit du lecteur et lui faire nette-  
 ment saisir la distinction qu'il pose, Grotius emprunte  
 un texte de Cicéron dont le sens est le suivant : On se  
 demande si un fils doit dénoncer son père qui a pillé  
 un temple ou le trésor public ; non, il doit même le  
 défendre s'il est accusé. L'État a subi une perte, mais  
 il n'est pas perdu pour ce méfait ; d'ailleurs l'intérêt  
 supérieur de l'État lui-même est que les fils aient de  
 l'affection pour leur père. Tout autre est la position du  
 fils si son père est sur le point de trahir l'État ; il doit,  
 après avoir eu recours aux prières et aux supplications, le  
 dénoncer, « *patriæ salutem anteponet saluti patris* » (3).

1. Ce principe fut invoqué lors de la conspiration de Cellamare.

2. Voir un exemple cité par Euripide, *Héraclid.* Vers 273 et *Iliade*  
 liv. XV, vers 639.

3. *Quid si pater fana cœpilet, cuniculos agat ad ærarium ; indicetne id  
 magistratibus filius ? Nefas id quidem est, quin etiam defendat patrem,*

Le lien qui rattache ce texte à ce qui précède est un peu subtil et se ressent de la scolastique du moyen âge — dont on avait cependant commencé à secouer le joug en 1625 — Il convient de l'indiquer : Grotius commence par exposer que les ambassadeurs peuvent être « mis à mort » dans certaines circonstances exceptionnelles ; pour éviter un plus grand mal, les principes du Droit des gens doivent fléchir alors devant la raison d'État : « *salus populi suprema lex esto* ». Il en est de même pour un fils : les liens d'affection qui l'unissent à son père ne lui permettent pas de l'accuser (*nefas quidem id est*), même d'un crime très grave et avéré ; il doit même défendre à l'accusation. Il y a là un précepte de morale certain, mais si l'État est menacé par un complot ou une trahison, alors la piété filiale doit céder devant l'amour supérieur de la patrie, et le fils non seulement peut, mais doit empêcher par tous les moyens, ce mal imminent.

Nous ne pouvons pas dire que la comparaison entre les deux situations nous paraisse présenter un grand intérêt, il n'y a qu'une analogie vague et sans portée sérieuse — Nous avons cependant mentionné ce texte pour l'exactitude.

Grotius examine ensuite quel est l'État qui doit observer les règles qu'il vient de poser concernant le respect dû à l'ambassadeur. Il décide sans hésiter que *c'est seulement l'État où il est envoyé et cela depuis qu'il*

*si arguatur. Non igitur patria præstat omnibus officiis? Imo vero: sed ipsi patriæ conducit, pios cives habere in parentes. Quid si tyrannicidem occupare, si patriam prodere conabitur pater? Silebitne filius? Imo vero obsecrabit patrem, ne id faciat. Si nihil proficiet, accusabit, minabitur etiam; ad extremum, si ad perniciem patriæ res spectabit, patriæ salutem anteponet saluti patris. Cic. de officiis Lib. III, cap. XXIII.*

*l'a reçu.* On peut même avertir qu'on ne recevra pas un envoyé de tel pays. Par conséquent, elles n'obligent pas les autres puissances sur les terres desquelles les ambassadeurs passent sans en avoir la permission. Car s'ils sont envoyés auprès « de leurs ennemis, ou de la « part de leurs ennemis, ou qu'ils fassent quelque autre « chose qui puisse être regardée comme un acte d'hostilité, on est même en droit de les faire mourir ».

Que si l'on maltraite dans un pays tiers un ambassadeur, il y aura bien là une infraction aux relations d'amitié qui pouvaient exister entre deux États, soit entre ce pays tiers et le pays qui l'envoie, soit entre ce pays et le pays où il se rend, *mais il n'y aura pas violation du droit des gens.* Ainsi, un ambassadeur que Philippe, roi de Macédoine, envoya à Annibal, pour poser les bases d'une alliance, fut pris et mené au sénat. Il fut relâché — mais uniquement à la suite d'un calcul politique, pour ménager un ennemi indécis (1).

Une fois l'ambassade reçue, que ce soit de la part d'un *hostis* ou d'un *inimicus*, ceux qui la composent sont sous la protection du Droit des gens. C'est un point non contesté, même à Rome (voir *suprà*, les textes que nous avons indiqués).

« Et certainement, c'est avec raison », conclut l'auteur, « que le droit des gens a ainsi réglé les choses. Car, « quand on est en guerre, il y a mille choses sur lesquelles on ne saurait traiter ensemble que par des « ambassadeurs, et la paix même ne peut guère se « faire autrement. »

1. TITE-LIVE, I. X. *Legatum deinde ad Annibalem, jungendæ societatis gratia, cum epistolis mittit; qui comprehensus, et ad senatum perductus, incolumis dimissus est, non in honorem regis, sed ne dubius adhuc, indubilat hostis redderetur.*

Peut-on user de représailles vis-à-vis d'un ambassadeur, par exemple, si le souverain de la part de qui il est envoyé a tué ou outragé un envoyé venu de notre part? Non. Le droit des gens ne permet pas qu'on le punisse pour un fait dont il est innocent. La personne est inviolable, sauf les restrictions exposées plus haut.

Parlons maintenant de sa suite et de ses biens (que Grotius appelle son *bagage*).

2<sup>o</sup> *Suite*. — Les personnes composant sa suite devraient-elles être revêtues des mêmes prérogatives que les chefs de mission? Oui, répond Grotius, elles sont sacrées à leur manière, c'est-à-dire par voie de conséquence et seulement en tant qu'il plaît à l'ambassadeur (1). On peut donc demander à ce dernier de livrer une personne de sa suite qui aurait commis un crime. S'il se refuse à cette mesure, on pourra agir vis-à-vis de lui comme nous avons vu qu'on doit agir vis-à-vis de l'ambassadeur lui-même lorsqu'il s'est rendu coupable de certains crimes (2).

3<sup>o</sup> *Biens*. — On ne peut les saisir ni pour un paiement, ni pour sûreté d'une dette, soit par ordre de justice, soit autrement. Car ils sont une dépendance de la personne de l'ambassadeur, et, pour jouir d'une pleine sûreté, il doit être exempt de toute crainte, soit pour sa personne, soit pour ses biens. Si maintenant il a contracté des dettes qu'il refuse de payer, on pourra « lui dire honnêtement de payer » et s'adresser, en cas de refus, à son mandant. « On pourra enfin en venir aux

1. Voir le texte de Salluste précité sur Bomilcar qui avait assassiné Massiva, et le livre 7, Dig. *Ad. leg. Jul. de vi publica*, I. XLVII, t. VI, déjà mentionnés.

2. Voir *suprà*.

voies qu'on prend contre les débiteurs qui sont d'une autre juridiction. » Objecte-t-on que les envoyés trouveront difficilement à traiter avec des fournisseurs? Les rois, répond Grotius, et les gouvernements ne sont également soumis à aucun moyen de contrainte (1), ils n'en ont pas moins du crédit et trouvent facilement à acheter.

Enfin, l'ouvrage mentionne quelques guerres amenées par des attentats commis contre des ambassadeurs en violation du droit des gens (2).

Le livre de Grotius fut commenté, traduit par une foule d'auteurs (3). Il fut suivi de beaucoup d'autres (4), citons dans le nombre : Abraham de Wicquefort, diplo-

1. L'assertion de Grotius touchant les États et les Têtes couronnées était peut-être juste de son temps (rappelons cependant que, parfois, sous l'ancien régime, les fournisseurs royaux *se cachaient*, c'est-à-dire refusaient de livrer des marchandises à la cour, quand leurs mémoires étaient impayés depuis trop longtemps). Mais actuellement, avec le développement qu'a pris le crédit, l'obligation pour un État de payer ses dettes n'est plus une obligation purement morale et naturelle. La sanction consiste dans l'amointrissement du crédit du pays qui ne fait pas honneur à ses engagements, la difficulté de trouver de nouvelles ressources par des emprunts éventuels, et la baisse de ses fonds publics.

2. SAMUEL II, chap. X, voir *suprà* et CHRYSOSTOME, *ad Stagit*, liv. III.

3. Voir les indications des éditions, traductions et commentaires de Grotius dans : HOLZENDORFF et RIVIER, *op. cit.*, p. 88 et 368.

4. L'autre grand ouvrage de Grotius, *Mare liberum*, fut l'objet des critiques et des attaques les plus violentes de la part des Anglais dont il mettait en question l'exclusivisme maritime. En 1618, Selden, auteur anglais, composa avec l'assentiment du roi Charles I<sup>er</sup> l'ouvrage *Mare Clausum* pour réfuter les théories de Grotius. Il est destiné à établir que par le droit naturel, le droit des gens et le consentement des nations, les mers qui environnent l'Angleterre sont partie intégrante du domaine de la souveraineté britannique. Par conséquent personne ne peut y naviguer ou y faire le commerce sans l'assentiment du roi d'Angleterre. Immense fut le succès du livre dans ce pays : Wood appelle Selden, *the great dictator of learning in the english nation*.

mate hollandais (1598-1682). On lui doit notamment les *Mémoires touchant les ambassadeurs et les ministres publics*; *L'ambassadeur et ses fonctions*; *Mémoires sur le rang et la préséance entre les souverains de l'Europe*. Montesquieu, dans *L'esprit des lois*, examine avec détail les droits et prérogatives des envoyés (1). Corneille van Bynkershoek (1673-1743), *De foro competente legatorum*, La Haye, 1723; Richard Zouchens (1590-1660), *Jus inter gentes*, 1650. Pufendorf, appelé en 1670 à l'université de Lund, fondée depuis deux ans, y publia deux ouvrages célèbres : *Juris naturæ et gentium libri VIII*, en 1672 et l'abrégé : *De officiis hominis et civis, prout ipsi præscribuntur lege naturali* (1673). Thomasius, auteur de deux ouvrages connus : *Institutionum jurisprudentiæ divinæ libri III, in quibus fundamenta juris naturæ secundum hypotheses ill. Pufendorfi perspicue demonstrantur*, Francfort, 1688. Samuel de Cocceji : *Quatrième dissertation préliminaire*. Nicolas-Jérôme de Gundling, 1671-1729, *Via ad virtutem*, 3<sup>e</sup> partie (*Jus naturale*), 1715. *Discursus de jure naturæ et gentium*, ouvrage posthume publié en 1734. Heineccius, *Elementa juris naturæ et gentium*, 1738 (voir notamment la définition du droit des gens, § 22). Barbeyrac (Jean), traducteur de Grotius et Pufendorf, « auteur consciencieux » et dont les ouvrages offrent tous du mérite » (Holzendorff et Rivier, *op. cit.* p. 389). Burlamaqui, né à Genève d'une famille patricienne genevoise (1694-1748). C'est un des auteurs les plus célèbres qui aient écrit sur le droit des gens. Ses deux ouvrages : *Principes du droit naturel* (1747) et *Principes du droit politique* ont été

1. Voir *Esprit des lois*, liv. 26, ch. 21 et suiv.

réunis en 1764 sous le titre de *Principes du droit naturel et politique*. Il faut indiquer encore Chrétien Wolff, disciple de Leibnitz, adversaire des doctrines de Pufendorf, né en 1679, mort en 1754, auteur du *Jus gentium* qui parut dans la soixante-dixième année de son âge (publié de 1740 à 1748). Il distingue très nettement le droit naturel du droit des gens, à la différence de Pufendorf, et décompose ce dernier droit en quatre éléments que nous ne faisons qu'indiquer : d'abord l'élément de droit naturel (§§ 977, 42, 46, 74, 40, 42, 69, 70, 71, 75, 76, 78, 87, 88, 90, 93, 97, 98, 100, 1088, 1089), puis le *Jus voluntarium*, le droit des gens conventionnel et le droit des gens coutumier. Son autre ouvrage est un *compendium* intitulé : *Institutiones juris naturæ et gentium*. C'est un des premiers qui aient introduit dans ces matières la division logique en droit des gens matériel et droit des gens formel. Vattel, disciple et vulgarisateur de Wolff, auteur de : *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, publié en 1758 (voir l'indication des autres disciples de Wolff dans Holzendorff et Rivier, *op. cit.*, p. 409-413). Jean-Jacques Moser (1), *Éléments de la science de la constitution actuelle des États de l'Europe et du droit des gens ou droit public général en usage entre les puissances étrangères* (1732); *Esquisse d'une introduction au droit des gens le plus récent de l'Europe, en temps de paix et en temps de guerre* (1736); *Note sur le droit des gens en général et le droit des gens en particulier* (1737). Leibnitz, *Codex juris gentium diplomati-*

1. Consulter sur le célèbre Moser l'étude faite par son arrière-petit-fils Robert de Mohl, *Geschichte und litteratur der Staatswissenschaften*, t. II, p. 401.

*cus* (1693). Jean-Jacques Schmauss (1690-1757); l'abbé Gabriel Bonnot de Mably (1709-1785), *Le droit public de l'Europe, fondé sur les traités conclus jusqu'en l'an 1740*; La Haye (Paris) 1747. Gaspard de Réal, *La science du gouvernement*, etc., etc.

Parmi les auteurs qui sont entre le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle, nous nous contenterons d'indiquer Martens (Georges-Frédéric), *Précis du Droit des gens moderne de l'Europe* (1789); *Introduction au Droit des gens positif de l'Europe* (1796); *Recueil de traités* (1792-1808); *Nouveau recueil* (1818-1820).

Nous nous bornerons à invoquer l'autorité de ces derniers auteurs et des auteurs plus récents que nous passons sous silence dans chaque partie de ce travail.

Si nous avons cru devoir consacrer une place à part au *Droit de la paix et de la guerre*, c'est à cause de l'universelle réputation dont ont joui les œuvres de Grotius. En matière de droit des gens, il fait autorité, comme les grands jurisconsultes de Rome en droit civil. Tous les auteurs qui se sont occupés de droit des gens ont puisé à cette source riche et abondante. D'immenses progrès se sont accomplis depuis lui; bien des prescriptions de son livre nous paraissent d'une naïveté puérile, mais ce n'en est pas moins à lui qu'on doit d'avoir le premier rassemblé les documents épars dans le droit romain, dans les historiens grecs et latins, dans les usages des peuples de son temps, pour en faire une œuvre synthétique complète et d'une haute portée scientifique.

En ce qui concerne plus spécialement les ambassadeurs, il explique rationnellement, comme nous l'avons dit, la nécessité de leurs immunités, tandis que les

textes du droit romain se bornaient à constater leur existence.

Exterritorialité, exemption de juridiction, inviolabilité de la personne de la suite et des biens, conséquences à en tirer, notamment en matière d'obligation aux dettes, moyens de remédier aux résultats fâcheux que ces prérogatives amènent, textes et usages cités à l'appui, Grotius ne laisse rien de côté. Nous verrons, au cours de ce travail, que bien des modifications se sont opérées et que telles rigueurs qui paraissent licites de son temps contre un envoyé nous paraîtraient, à nous, une violation flagrante des principes élémentaires du droit des gens, par exemple le droit de « faire mourir » un ambassadeur qui entreprend quelque chose à main armée, ou les rigueurs qu'il paraît autoriser contre les envoyés qui passent sur le territoire d'un pays tiers.

Sans doute, il faut, dans leur application, tenir compte de tous les changements économiques qui se sont produits depuis Grotius : simplification résultant des facilités de transport et de la rapidité des relations par les voies de fer et le télégraphe, déplacement de l'équilibre européen, influence grandissante de la presse, qui est à l'affût de toutes les nouvelles et dont les innombrables moyens de renseignement suppriment parfois le secret des négociations (1), adoucissement progressif des mœurs amenant plus de sécurité sur les chemins publics. Tous ces éléments rendent moins nécessaires les immunités accordées aux ambassadeurs,

1. C'est ainsi que le texte du traité de Berlin du 13 juillet 1878 fut, par une indiscretion, communiqué au « *Times* » à Londres et publié, par lui, la veille du jour de la signature dudit traité. (Voir « *Figaro*, » 11 mai 1889.)

plusieurs sont même devenues une application du droit commun, quelques-unes sont même abusives.

Mais, tout en faisant la part de ces restrictions, on doit reconnaître que les principes posés par Grotius, spécialement sur les privilèges qui nous occupent, existent encore dans leurs grandes lignes et sont reconnus par la plupart des tribunaux européens.

§ 3. — Principaux documents législatifs de l'époque moderne.

1<sup>o</sup> France.

*Constituante.*

Nous trouvons le principe de l'exemption de juridiction formellement établi par un arrêté de l'Assemblée constituante du 11 décembre 1789.

Voici dans quelles circonstances il est intervenu :

L'Assemblée avait rendu, le 13 octobre 1789, un décret supprimant « les lieux privilégiés servant de retraite aux accusés », le droit d'asile dans les édifices religieux s'était maintenu jusqu'en 1789, malgré de nombreux édits qui avaient prononcé la suppression des lieux dits « privilégiés », « le décret mentionné fut « le dernier coup porté à un abus qui entravait la « marche de la justice (1). Il était ainsi conçu : « l'Assemblée nationale, d'après le compte qui lui a « été rendu par son comité des recherches, sur les « suites d'une affaire où la sécurité et la tranquillité « publiques sont intéressées, et dans laquelle il y a « des perquisitions à continuer, a déclaré et déclare « que dans tous les cas où le salut de l'État est com- « promis, il n'y a pas de lieux privilégiés. »

1. DUVERGIER, *Lois, décrets, etc.* . . . T. I, 73.

Qu'entendait-on par lieux privilégiés ? Étaient-ce uniquement les temples qui étaient visés ? ou bien aussi les hôtels des ambassadeurs des puissances étrangères ?

Ces derniers s'émurent et s'adressèrent au ministère des Affaires Étrangères pour savoir si leurs immunités allaient subir une atteinte par l'application de ce décret. Le ministre se chargea de transmettre leurs réclamations à l'Assemblée. Elle répondit le 11 décembre 1789, par l'arrêté mentionné.

Cet arrêté n'a donc été rendu que pour interpréter le décret du mois d'octobre.

Voici sa teneur : *Arrêté sur une demande faite par les ambassadeurs relativement à leurs immunités.* « M. le « Président ayant fait lecture d'une lettre à lui adressée par le Ministre des Affaires étrangères, dans « laquelle il demande, au nom des ambassadeurs et « ministres étrangers, l'explication d'une réponse de « l'Assemblée à la Commune de Paris, relativement « aux recherches dans les maisons privilégiées, l'Assemblée nationale a décidé que la demande de MM. « les Ambassadeurs et Ministres étrangers devait être « renvoyée au Pouvoir exécutif, mais que, dans aucun « cas, elle n'avait entendu porter atteinte par ses « décrets à aucune de leurs immunités. »

Il est à remarquer que l'Assemblée gardait un silence prudent sur le point de savoir si les hôtels d'ambassades pourraient servir de lieu d'asile. Elle ne faisait en effet que déclarer d'une manière générale et assez vague son intention de ne pas porter atteinte aux immunités des agents diplomatiques. Nous verrons, en effet, que la doctrine contraire à l'inviolabilité

de l'hôtel d'un Ambassadeur en pareil cas est la plus généralement admise (1). Actuellement, en France, il n'est pas possible de soutenir qu'il puisse servir de lieu d'asile en présence des termes généraux de l'article 98 du Code d'instruction criminelle : « Les mandats de comparution, d'amener, de dépôt ou d'arrêt seront exécutoires *dans tout le territoire de la République.* » Il n'y a, en effet, plus de lieux d'asile.

Les deux arrêtés sont intéressants, néanmoins, au point de vue historique ; ils sont en outre parmi les rares documents législatifs français reconnaissant formellement les immunités diplomatiques. A ce titre, ils méritaient d'être mentionnés.

*Convention. — Décret du 13 ventôse an II.*

Ce décret offre un intérêt historique, mais il a surtout une grande importance pratique : en effet, il est encore en vigueur et maint jugement en fait l'application (2). Il fut rendu dans les circonstances suivantes : Quelques municipalités avaient fait arrêter, par excès de zèle contre les émigrés, les agents diplomatiques de différents États neutres, notamment ceux de Malte et de Genève. Des réclamations furent formulées de ce chef au Comité de Salut Public. « Vous vous attachez », disait Barrère, chargé de déposer le projet du décret à

1. Voir ce que nous avons dit de l'opinion de Grotius (*suprà*) et CALVO, t. I, § 585 ; F. DE MARTENS, t. 2, p.63 et *infra*, Chap.II, Sect.I<sup>re</sup>.

2. Voir notamment : Tribunal Seine, 31 juillet 1878. *Le Droit* du 18 août 1878. Cour de Lyon, 11 décembre 1883. Dalloz, 1885, 2. p. 193 et 194. Tribunal Seine, 8 mars 1886. DEMANGEAT, *Journal du Droit int. privé*, p.91. SIREY, *Code annoté*. art.3, n° 13. Voir aussi, DALLOZ *alphab. v° agent diplomatique*, n° 130.

la Convention, parlant au nom du Comité de Salut Public, « à maintenir la neutralité avec les Puissances  
 « qui ne sont point entrées dans la coalition, on trompe  
 « les comités révolutionnaires, on arrête tantôt un  
 « agent, tantôt un autre ; avant-hier c'était l'agent de  
 « Malte ; hier c'était l'agent de Genève. Sans doute, il  
 « n'appartient point à des pygmées d'arrêter notre mar-  
 « che ; ce sont des pierres jetées dans le chemin de  
 « la Révolution qu'il faut déblayer ; il est nécessaire  
 « de le dire à cette tribune, car, de cette tribune,  
 « vous parlez à tous les gouvernements étrangers,  
 « que, quoique la Convention et les Comités ne puis-  
 « sent ni ne veuillent garantir la moralité des agents  
 « étrangers, *ils reposent ici sous l'empire du droit des*  
 « *gens que nous respectons, alors même qu'on le viole à*  
 « *notre égard.* Il faut que personne ne puisse devan-  
 « cer la Révolution. Les mesures diplomatiques n'ap-  
 « partiennent qu'au Gouvernement ; il faut rappeler  
 « à la loi sur le gouvernement révolutionnaire tous  
 « ceux qui voudraient s'en écarter (1).

Ce décret fut donc inspiré par des considérations de respect pour la personne des agents étrangers et par des considérations politiques. La France était isolée en 1794 (an II), et elle ne désirait pas s'aliéner les États en petit nombre qui ne s'étaient pas tournés contre elle. Le projet fut d'ailleurs voté tel qu'il avait été présenté, sans modifications. En voici les termes :

*Envoyés des gouvernements étrangers.* — « La Con-  
 « vention nationale interdit à toute autorité consti-  
 « tuée d'attenter en aucune manière à la personne

1. Voir *Moniteur universel*, t. X. p. 664.

« des envoyés des gouvernements étrangers ; les réclama-  
« tions qui pourraient s'élever contre eux seront  
« portées au Comité de Salut Public (1) qui seul est  
« compétent pour y faire droit ».

Diverses opinions ont été émises sur l'interprétation à donner à ce décret :

On a d'abord soutenu que le gouvernement était seul juge de ce qu'il convenait de faire en la matière. Puis on a fait remarquer qu'il ne parlait que des attentats contre la *personne* des envoyés ; on en a conclu que le privilège conféré par ce décret était restreint aux poursuites emportant une privation de liberté.

L'interprétation actuelle, en pratique, est la suivante : Les réclamations élevées contre un ambassadeur ne sont plus traitées que diplomatiquement entre le gouvernement français et le gouvernement étranger (Dalloz).

Laurent (2) interprète autrement le décret de la Convention : il ne signifie point que la voie des relations diplomatiques est la seule à suivre pour donner satisfaction aux intérêts privés qui se trouvent lésés par un ministre étranger (3), mais il signifie que le Comité de Salut Public est *seul juge* pour faire droit aux attentats dirigés contre lui.

Le décret, selon l'auteur belge, avait pour but de décider qu'à l'avenir la Convention s'en remettait au

1. Aujourd'hui au Ministère des Affaires Étrangères (Décret du 22 messidor an XIII). Le décret de ventôse fut publié en Belgique, le 7 pluviôse an V. Voir *collection des lois françaises*, 7<sup>e</sup> an II, t. 33, p. 470. Il est applicable en matière civile et en matière criminelle.

LEHR, *op. cit.*, n° 1129.

2. LAURENT. *op. cit.*, t. III, 8.

3. VERGÉ sur *Martens, Droit des gens*, t. II, § 216.

Comité de Salut Public qui avait en ses mains tous les pouvoirs de la République pour faire respecter la liberté des agents diplomatiques (voir *infra*, chap. II, n° 3, première page).

« On ne voit pas » conclut-il, « ce que cela a de commun avec l'immunité des ambassadeurs, notamment en matière civile : est-ce que les tribunaux qui condamnent un ministre public à payer ses dettes attentent à sa personne ? » — Cette interprétation est peut-être plus conforme au texte du décret que celle que nous donnons. Mais les tribunaux en ont toujours fait une application très large, et l'invoquent pour refuser toute action aux créanciers : c'est ce qu'exprime la Cour de Lyon dans l'arrêt mentionné : « Considérant que la position des représentants étrangers en France est réglée par le décret du 13 ventôse an II, qui interdit, etc.... que certains auteurs accordent une action en justice, que d'autres auteurs, au contraire, la refusent absolument dans quelques cas et pour quelques causes que ce soit, *que cette opinion est celle qui a prévalu*, et que la jurisprudence n'a jamais varié sur ce point.... qu'ainsi il faut reconnaître que l'immunité complète de la juridiction en matière civile existe en faveur de toute personne investie d'un caractère officiel comme représentant à un titre quelconque d'un gouvernement étranger ».... L'opinion de Laurent peut donc être considérée comme dissidente, quoiqu'elle soit conforme à la lettre du décret de ventôse. L'esprit qui a présidé à l'esprit du code et notamment l'art. 11 du projet (voir *infra* Chap. II, sect. III) nous la font repousser.

Il est intéressant de rapprocher de ce décret et de

l'interprétation qui lui fut donnée en France la doctrine de Vattel (1). D'après cet auteur, le particulier lésé par un envoyé devrait s'adresser au souverain de celui-ci afin qu'il prenne des mesures contre lui ou qu'il le rappelle. Le système de la Convention, tel qu'on l'applique du moins, est plus pratique que celui proposé par Vattel. Une réclamation adressée directement par un particulier à un gouvernement étranger risquerait fort de demeurer sans réponse. Il en est tout autrement si elle est transmise par le gouvernement de l'individu lésé au gouvernement de l'agent.

Avant de la communiquer, le premier pourra se livrer à un examen sommaire de la valeur et du bien-fondé de la plainte ; il pourra se rendre compte des chances qu'elle a d'être favorablement accueillie. Ce premier travail d'élimination des demandes et réclamations, auxquelles il est évident qu'il ne peut être donné suite, présente une grande utilité pratique.

Un gouvernement est en outre mieux écouté qu'un simple particulier.

*Constitution de l'An III. — Directoire.*

On sait que la Constitution du 5 fructidor an III avait établi des jurys d'accusation en nombre égal dans chaque département à celui des tribunaux correctionnels. Les présidents des tribunaux correctionnels étaient les directeurs de ces jurys (art. 240), chacun dans leur arrondissement. Ils étaient chargés de poursuivre *immédiatement, comme officiers de police*, sur les dénonciations de l'accusateur public, soit d'office, soit d'après les

1. VATTEL, *op. cit.*, ch. 8, § 116.

ordres du Directoire, différentes infractions : notamment les *attentats commis contre le droit des gens* (art. 243). Cette disposition est reproduite par l'art. 140 du *Code des délits et des peines* du 3 brumaire an IV, ainsi conçu :

« Conformément à l'art. 243 de l'Acte constitutionnel, « le directeur du jury d'accusation poursuit immédiatement, comme officier de police judiciaire, les dénonciations que lui fait l'accusateur public, soit d'office, « soit d'après les ordres du Directoire exécutif..... de « ceux (des attentats) *commis contre le Droit des gens.* »

L'art. 516 du même code complète l'art. 140 en décidant que « toute affaire dans laquelle, d'après la « constitution et les art. 140, 142, le Directeur du jury « exerce immédiatement ses fonctions d'officier de police « judiciaire, doit être soumise à des *jurés spéciaux d'accusation et de jugement* ».

Cette procédure dura jusqu'à la promulgation du Code d'instruction criminelle en 1808. Toute atteinte portée au respect dû au représentant d'un État étranger, rentrait forcément dans le deuxième § de l'art. 140, attentat contre le droit des gens. Pendant quatorze ans, de l'an IV à l'année 1808, ce genre d'infractions dut être poursuivi par le Directeur du jury d'accusation, exerçant immédiatement les fonctions d'officier de police judiciaire. La mise en accusation et le jugement étaient soumis à des jurés spéciaux.

Le Code d'instruction criminelle remplaça le jury d'accusation par la Chambre des mises en accusation. Les jurys spéciaux disparurent.

Les art. 140 et 516 du Code des délits et des peines ne nous offrent donc plus qu'un intérêt purement his-

torique. Il ne nous était cependant pas possible de les passer sous silence, d'autant plus que leurs dispositions sont puisées dans une constitution. Nous nous trouvons donc en présence d'une disposition, non seulement législative, mais constitutionnelle.

*Consulat. — Projet du Code civil (Article 11).*

Arrivons au Code civil : il ne parle pas, dans sa rédaction définitive, des immunités qui nous occupent ; mais, lors de la discussion, M. Boulay proposa d'y insérer une section spéciale, intitulée : *des Étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation*, qui aurait été ainsi conçue :

Art. 11. — « Les étrangers revêtus d'un caractère  
« représentatif de leur nation, en qualité d'ambassa-  
« deurs, de ministres, d'envoyés, ou sous quelque  
« autre dénomination que ce soit, ne seront point  
« traduits, ni en matière civile, ni en matière crimi-  
« nelle, devant les tribunaux de France. Il en sera  
« de même des Étrangers qui composeront leur famille  
« ou qui seront de leur suite. »

Après une légère discussion, l'article fut retranché du projet, le 6 thermidor en IX, comme étranger au droit civil, et appartenant au droit des gens (1). Portalis, ora-

1. Le premier consul eut une influence décisive dans le rejet de cet article : « J'aimerais mieux, dit-il, que les ambassadeurs français  
« n'eussent point de privilèges à l'étranger, et qu'on les arrêtât, s'ils  
« ne payaient pas leurs dettes ou s'ils conspiraient, que de donner aux  
« ambassadeurs étrangers des privilèges en France, où ils peuvent  
« plus facilement conspirer, parce que c'est une République. Le peuple  
« de Paris est assez badaud. il ne faut pas encore grandir à ses yeux  
« un ambassadeur, qu'il regarde déjà comme valant dix fois plus  
« qu'un autre homme. Les autres puissances n'ont point, à cet égard,

teur du gouvernement, avait répondu dans son discours du 23 frimaire an X : ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens. Nous n'avons pas à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur. Ce qui concerne les ambassadeurs est réglé par le droit des gens et par les traités. Le Tribunat se plaignit devant le Corps législatif du silence gardé par le Code sur les ministres publics.

Ainsi donc la disposition contenue dans l'article 11 du projet fut supprimée, non pas comme inutile et

« établi des principes aussi formels que ceux qu'on nous propose d'a-  
« dopter. Il serait préférable de n'en pas parler ; la nation n'a que  
« trop de considération pour les Étrangers. *Ce qu'on propose pourrait*  
« *être nécessaire chez un peuple barbare ; mais cela est inutile et dan-*  
« *gereux chez une nation douce et polie.* Les puissances étrangères,  
« loin d'y voir une chose favorable pour elles, croiraient que nous  
« n'avons en vue la réciprocité que pour assurer à nos agents diplo-  
« matiques la faculté de révolutionner impunément les États. On cite  
« Rome où les ambassadeurs ont même des juridictions. Rome est la  
« ville de tous ; il n'y a rien à comparer à cette circonstance, ni aux  
« conséquences à en tirer ». Voir FENET, t. VII.

Napoléon fut toujours hostile au principe des immunités diplomatiques, comme il le fut du reste à tout obstacle apporté à sa toute-puissance. Son antipathie pour elles eut l'occasion de se manifester en 1810, dans les circonstances suivantes :

Plusieurs agents diplomatiques faisant partie des ambassades de Russie et d'Autriche, avaient entretenu des intelligences au Ministère de la Guerre et fait connaître des projets de Napoléon. Fouché proposa de supprimer à cette occasion les immunités, mesure qui devait être prise comme une disposition d'administration de régime intérieur de l'Empire. Merlin fut chargé de rédiger un rapport pour faire voir les nombreux inconvénients de ces immunités. L'Empereur était disposé à accéder à la proposition de Fouché et à mettre à exécution les conclusions que prendrait Merlin. Ce ne fut que par l'adroite intervention de M. d'Hauterive que cette violation flagrante des principes essentiels du droit des gens fut évitée à l'Empereur. D'Hauterive rédigea un mémoire en faveur des prérogatives qui lui fut présenté par Locré ; il le lut rapidement et ne parla plus de la suppression projetée (voir CH. VERGÉ, *Diplomates et publicistes*, 1865, p. 10 et suiv.).

dangereuse, mais simplement comme ne devant pas prendre place dans un code exclusivement de droit civil. Il fut donc retranché du texte dudit Code et *non de son esprit*. Il ressort du reste de la lecture des travaux préparatoires que, dans ces longs débats, pas un instant la règle de l'exterritorialité ne fut mise en question (1).

Aussi ne pouvons-nous qu'approuver le motif suivant d'un jugement du tribunal de la Seine, rappelant cette disposition éphémère : « qu'en France, elle (l'immunité de la juridiction) a toujours été reconnue et acceptée; que si elle n'a point été inscrite dans nos lois « civiles, il ressort des discussions préliminaires du Code, « qu'elle a été présente à l'esprit de ses rédacteurs et que « ceux-ci ont entendu la maintenir, bien qu'ils n'en aient « point fait l'objet d'une disposition écrite, qui, suivant eux, ne pouvait trouver sa place dans une loi « de régime intérieur (2). »

Outre ces dispositions et ce projet, la plupart, des lois sur la Presse qui se sont succédé en France, ont fait une place à part aux atteintes portées par cette voie contre les représentants d'États étrangers et les ont réprimées plus sévèrement que celles commises contre de simples particuliers. Nous nous bornons pour l'instant à donner l'indication de ces textes de lois, nous réservant d'examiner avec quelques détails, dans la partie de ce travail consacrée, à l'inviolabilité diplomatique(3), leur domaine d'application, les principales dérogations qu'elles apportent au droit commun. Il y a, en effet,

1. LOCRÉ, t. I, p. 304, n° 11 et 312 n° 9.

2. Tribunal de la Seine du 3 juillet 1834 mentionné.

3. Voir *infra*. Chap. II, sect. I.

dans ces dispositions législatives une mesure de protection du caractère d'inviolabilité dont est revêtu tout ministre public.

Ces textes sont les suivants : art. 17, 19 de la loi des 17-18 mai 1819; titre II de la loi du 25 mars 1822; art. 5, I<sup>o</sup> de la loi du 29 décembre 1875; art. 37 et 45 de la loi du 29 juillet 1881. Cette dernière loi est en vigueur.

### 2<sup>o</sup> Lois étrangères

Nous venons d'examiner les dispositions légales qui ont existé et existent en France; il nous faut maintenant jeter un coup-d'œil sur les lois étrangères. Nous nous occuperons en premier lieu des États dont la législation contient des dispositions qui assurent l'inviolabilité et le respect dus aux ministres publics étrangers, par des peines prononcées contre ceux qui y portent atteinte. Ce sont les plus nombreux. Disons dès maintenant qu'on peut ranger à ce point de vue les différents pays en trois groupes se distinguant les uns des autres par les conditions mises à la poursuite.

Le *Code pénal de Suède*, du 16 février 1864, est remarquable par la rigueur excessive des peines qu'il prononce contre toute personne coupable d'avoir attenté à la personne d'un représentant étranger (1).

Les attentats avec violences ou voies de fait commis envers un agent diplomatique étranger, accrédité dans

1. Cette répression énergique étonne quelque peu dans la patrie de Charles XII qui fit rouer et écarteler Jean Reinhold de Patkul, ambassadeur du Czar Pierre-le-Grand auprès d'Auguste II, roi de Pologne. (Voir VOLTAIRE, *Histoire de Charles XII*).

le royaume, peuvent être punis des travaux forcés à perpétuité, si le fait comporte en droit commun un maximum de dix ans de la même peine, et, dans tous les autres cas, de deux ans en sus du maximum de la peine fixée; si l'infraction est punie en droit commun d'un emprisonnement ou d'une amende, le coupable est passible de deux ans de travaux forcés; la peine est la même en cas d'outrages, de menaces ou d'injures. Mais d'une façon générale, ce genre d'infractions ne peut être poursuivi par le ministère public qu'avec l'autorisation du roi, hormis le cas de meurtre (1).

Cette dernière disposition, subordonnant l'action du ministère public à l'autorisation du chef de l'État, est digne de remarque. Toutefois elle n'est pas spéciale à la Suède. C'est en Suisse, chose bizarre, que nous retrouvons une disposition analogue : en effet, l'outrage ou les mauvais traitements envers un ministre étranger sont punis, au maximum, de deux ans d'emprisonnement et d'une amende. Mais la poursuite et le jugement n'ont lieu que sur la décision du Conseil fédéral; les assises fédérales sont compétentes pour cette catégorie de délits (Code pénal féd. de 1853, art. 43, 44, 73).

Une autre restriction à la poursuite se trouve dans le Code allemand : elle ne peut avoir lieu *que sur la plainte de la partie offensée*. C'est à peu près la disposition de l'art. 47, 5° de la loi française sur la presse de 1881 (2). Nous disons, à peu près, car l'intermédiaire du ministre des Affaires étrangères n'est pas loisible à

1. C. pén. suédois, ch. VIII, art. 27-29.

2. Voir l'inviolabilité, *infra*, chap. II, n° 1.

l'intéressé en Allemagne comme en France. Voici le texte de cet art. 104 du Code pénal allemand :

« Celui qui se rend coupable d'une offense envers  
« un envoyé ou un chargé d'affaires accrédité auprès  
« de l'Empire, d'une Cour faisant partie de l'Empire  
« ou du Sénat d'une ville hanséatique, sera puni d'un  
« emprisonnement qui ne pourra excéder un an, ou  
« enfermé dans une forteresse pour la même durée. »

« La poursuite n'a lieu que sur l'initiative de la  
« partie offensée. La plainte peut toujours être re-  
« tirée. »

Rationnellement, l'initiative réservée à l'offensé nous paraît pouvoir se justifier plus facilement que la nécessité de l'autorisation du gouvernement (1). Le représentant diplomatique qui a été lésé est bien meilleur juge de l'opportunité ou du danger que peut présenter un procès étant donnés les rapports qui existent entre les deux États, que le gouvernement du pays où il est accrédité. Bien plus, le refus apporté par ce dernier à une demande de poursuites, faite par un ambassadeur étranger, pourrait amener des causes de mécontentement entre États.

Le système du Code pénal allemand et des lois françaises est reproduit par le *Code autrichien* de 1852 (2). La poursuite n'a lieu que sur la plainte de la partie offensée. D'après cet article, l'outrage à l'honorabilité

1. *Contra*, HEFFTER, *op. cit.*, § 204, note.

• Il est regrettable que ces lois (loi de 1819 et Code pénal allemand « *loc. cit.* ) demandent que la partie qui se prétend lésée, porte plainte « elle-même, et que la poursuite n'ait pas lieu d'office, attendu que, « dans la plupart des cas, les agents diplomatiques ne sauraient re- « courir aux tribunaux dans de pareilles affaires sans compromettre « leur position et le secret des affaires. »

2. Art. 494.

d'une personne (*Ehrenbeleidigung*) est puni plus ou moins sévèrement. Si le délit a été commis envers le représentant officiel d'une puissance entretenant avec l'Empire des relations diplomatiques, il y a là une circonstance aggravante.

Il faut examiner un *troisième groupe* de législations : celui des pays qui admettent la poursuite *sans aucune condition préalable*. Il n'y a pas d'autorisation à demander au gouvernement comme en Suède et en Suisse, la poursuite n'est pas subordonnée à la plainte de l'offensé, (systèmes français et allemand) : ce sont la Belgique, les Pays-Bas, le Portugal et la Russie.

Nous verrons que, dans l'interprétation la plus généralement admise de la loi française sur la Presse des 17-18 mai 1819 (art. 17), il n'était pas nécessaire, pour l'application des peines qu'elle prononce, que la diffamation fût relative aux fonctions de l'agent diplomatique.

Il en est différemment en Belgique, où l'art. 6 de la loi du 12 mars 1858 ne punit l'outrage commis contre un agent diplomatique accrédité près du gouvernement que lorsqu'il a été commis *à raison de ses fonctions*. La peine est de deux à dix-huit mois d'emprisonnement et d'une amende de 50 à 1000 fr. contre quiconque « par paroles, par gestes, par menaces ou par le moyen « d'écrits, dessins, images ou emblèmes publiés de « n'importe quelle façon, outrage, à raison de leurs « fonctions, » etc....

Si l'agent a été victime de voies de fait dans *l'exercice de ses fonctions*, ajoute l'art. 7, la peine s'aggrave en proportion.

Suivant M. Lehr (1) l'art. 123 du Code pénal belge rentrerait dans le même ordre d'idées (2).

Un attentat contre un agent diplomatique serait considéré comme « un acte hostile pouvant exposer l'État à des hostilités de la part d'une puissance étrangère (3). »

Dans les *Pays-Bas*, l'outrage intentionnel fait à un envoyé d'un gouvernement étranger régulièrement accrédité auprès du roi, *en sa dite qualité* (4), est puni d'un emprisonnement qui ne peut excéder quatre ans et d'une amende qui ne peut excéder 300 florins (5). La législation de ce pays prévoit en outre les outrages contre cette catégorie de personnes, commises par l'exposition d'une « image offensante » pour l'un d'eux. Ce délit entraîne une amende fixée au même chiffre que dans le cas ci-dessus et un emprisonnement de six mois au maximum (6).

En *Russie*, l'outrage commis envers un agent diplomatique étranger est puni de seize à trente deux mois de forteresse, et de quatre à huit mois, s'il n'y a pas eu d'intention nocive. Il faut, dans le premier cas, que l'offense ait été commise par actes ou par paroles, dans le but de témoigner du mépris pour le gouvernement

1. LEHR, *op. cit.*, p. 223.

2. Art. 123, *C. pén. belge*.

« Quiconque par des actions hostiles, non approuvées par le Gouvernement, aura exposé l'État à des hostilités de la part d'une puissance étrangère sera puni de la détention de cinq ans à dix ans, et, si des hostilités s'en sont suivies, de la détention de quinze ans ». L'origine de cet article est l'art. 85 du Code pénal français.

3. Voir DALLOZ, *rép.* au mot compétence criminelle.

4. Il y a une analogie complète avec l'art. 7 de la loi belge de 1858.

5. *Code pénal néerlandais*, art. 118.

6. V. art. 119.

de l'agent, et, qu'elle soit assez grave pour amener éventuellement des demandes d'explications (1).

Le *Portugal* n'édicte pas de peine spéciale pour cette catégorie d'infractions : il se contente de disposer que le maximum de la peine correspondant à ce délit en droit commun devra être appliqué. Il se sert de termes généraux : « tombe sous le coup de cet article, dit-il « quiconque offense un diplomate étranger, dans sa « personne ou sa famille... viole son domicile ou les « immunités dont il jouit en vertu du droit des gens (2). »

La loi *anglaise* du 21 avril 1709 considérait comme violateurs du droit des gens et perturbateurs de la tranquillité publique ceux qui attentaient à l'inviolabilité des ambassadeurs et des autres ministres des princes et États étrangers : ils devaient être punis extraordinairement. Un pouvoir illimité pour proportionner la peine à l'outrage était conféré à trois principaux juges du royaume.

On remarquera que cette loi portait atteinte à l'un des principes les plus élémentaires du droit pénal : la peine doit être établie avant l'infraction ; il y a donc dans cette loi une véritable violation de la non rétroactivité des lois répressives.

Tels sont les principaux documents législatifs qui tendent à assurer par une sanction effective le respect dû aux représentants d'un État étranger. Il existe en outre quelques dispositions de lois établissant explicitement l'exemption de juridiction. Citons les Pays-

1. V. *Code pénal russe* de 1866, art. 261.

2. V. *Code pénal portugais* de 1852, art. 159.

Bas, le Portugal, l'Empire allemand, la Hongrie, l'Autriche (jusqu'en 1852), la Bavière, la Prusse.

Le Code pénal *néerlandais* débute par l'indication des personnes auxquelles il sera applicable ; puis il ajoute : « l'applicabilité de ces articles est restreinte par les exceptions reconnues dans le droit des gens » (3). Il ne précise pas, s'en rapportant aux prescriptions du droit coutumier et à l'opinion des auteurs. On voit encore une fois ici l'importance *pratique et usuelle*, et non pas seulement théorique, qu'offre en cette matière, l'étude des origines et l'opinion des auteurs. Nous avons du reste suffisamment insisté sur ce point en exposant la doctrine de Grotius pour n'y pas revenir.

Le Code pénal *portugais* de 1852, dans son art. 27-1<sup>o</sup>, après avoir disposé que ses règles sont applicables à tous les étrangers résidant sur le territoire (1) ajoute : « Sous réserve des traités ou lois spéciales contraires ». D'après M. Lehr, cette formule exempterait les ministres étrangers de la juridiction criminelle du pays. Il nous semble que cette interprétation est trop extensive : prise littéralement, la phrase signifie que les Étrangers ne seront soustraits à la juridiction territoriale que s'il y a des lois ou des traités qui leur accordent cette faveur. Un ministre étranger serait, en l'absence de ces lois traités, sur le même pied que les Étrangers ordinaires.

Le Code d'organisation judiciaire de *l'Empire d'Allemagne* est très explicite (art. 18-21).

Il règle plusieurs situations, situations que la composition spéciale à ce pays l'obligeait à prévoir,

3. V. art. 1-8 du *Code pénal néerlandais*.

1. Comp. art. 3, *Code civil français*.

notamment le fait d'être composé de plusieurs États ayant conservé une certaine autonomie, et même quelques-uns, une représentation diplomatique spéciale active et passive (Bavière) : 1° celle des agents diplomatiques proprement dits de nationalité étrangère accrédités auprès de l'Empire (art. 18) ; 2° celle des membres du Corps diplomatique appartenant à la nationalité d'un des États confédérés ; 3° celle des membres des missions accréditées auprès d'un des États confédérés. 4° Il assimile aux agents diplomatiques, au point de vue de l'exemption de juridiction, les membres du Conseil fédéral (*Bundesrath*), du moins en tant qu'ils ne sont pas les représentants de l'État sur le territoire duquel le Conseil fédéral tient ses séances ; 5° l'art. 19 détermine les personnes auxquelles s'appliquent les dispositions précédentes. Il tranche une question discutée et que la jurisprudence française résout dans un sens contraire (1) : celle de savoir si les membres et la suite d'une mission qui appartiennent à la nationalité du pays où ils exercent leurs fonctions peuvent se prévaloir des dispositions de l'article précédent. Il décide la négative. « Les dispositions précédentes s'appliquent..... au personnel des bureaux et aux serviteurs *non allemands* » (2) ; 6° la situation des consuls.

Voici le texte :

Art. 18 du Code d'organisation judiciaire de l'Empire allemand : « Les tribunaux nationaux n'ont pas juridiction sur les chefs et les membres des missions diplomatiques accrédités auprès de l'Empire allemand.

1. Cour de Paris, 30 juin 1876 (SIREY, 1877, 2, 17).

2. Voir le chapitre III.

Si les membres du corps diplomatique appartiennent à la nationalité d'un des États confédérés, ils ne bénéficient de cette exception qu'autant que l'État auquel ils appartiennent a renoncé à sa juridiction.

Les chefs et les membres des missions accréditées auprès d'un des États confédérés ne sont pas soumis à la juridiction de cet État ; il en est de même des membres du Conseil fédéral qui ne sont pas les représentants de l'État sur le territoire duquel le Conseil fédéral siège. »

Art. 19.— « Les dispositions précédentes s'appliquent également aux membres de la famille, au personnel des bureaux et aux serviteurs *non allemands* de la maison (1). »

Art. 20. — « Les art. 18 et 19 ne modifient pas les dispositions qui règlent en matière réelle la compétence des tribunaux civils (2). »

Art. 21. — « Les consuls accrédités dans l'Empire allemand sont soumis à la justice allemande à moins que des traités conclus avec les autres puissances ne les aient soustraits à la juridiction de ces tribunaux(3).

Le tribunal de l'Empire allemand (*Reichsgericht*) s'est

1. Sous ce mot générique serviteur (*Bedienstete*), il faut entendre toute personne qui se trouve aux gages de l'ambassadeur, les domestiques proprement dits, les maîtres d'hôtel, les précepteurs, etc.

2. Le tribunal exclusivement compétent en matière réelle est celui de la situation de l'immeuble, art. 25 du Code de procédure civile.

3. Aux termes des traités conclus avec les États-Unis (11 déc. 1871) l'Espagne (12 janvier 1872), l'Italie (7 février 1872) et la Russie (8 décembre 1874), l'exterritorialité n'est pas accordée aux consuls; ils jouissent seulement des privilèges et des droits des fonctionnaires de même grade appartenant à la nation la plus favorisée. s'ils sont Étrangers, ils ne peuvent être arrêtés que pour des crimes, leur domicile est inviolable et leurs archives ne peuvent être l'objet d'une perquisition. Ils ne peuvent être enfermés pour dettes.

prononcé le 26 novembre 1880 sur l'application à faire de ces art. 18 et 19 du Code d'organisation judiciaire (1).

Si l'habitation occupée par un agent diplomatique étranger accrédité en Allemagne peut être fictivement considérée comme hors du territoire allemand, cette fiction d'exterritorialité réelle ne peut avoir pour objet que de sauvegarder le privilège d'exterritorialité personnelle dont jouissent, aux termes des articles 18 et 19 du Code d'organisation judiciaire allemand, les chefs et les membres des missions diplomatiques, leurs employés, les membres de leur famille, et les personnes de nationalité étrangère attachées à leur service ; seules les personnes qui viennent d'être énumérées peuvent invoquer le bénéfice de cette fiction. Il s'ensuit que le crime ou délit commis, même par un Étranger, dans l'hôtel d'une ambassade ou d'une légation, lorsque cet Étranger ne fait pas partie du personnel de cette ambassade ou de cette légation, doit être considéré comme commis sur le territoire allemand et rend son auteur justiciable des tribunaux allemands (2).

Le *Code pénal hongrois* promulgué le 28 mai 1878, décide dans son art. 5, que les règles concernant « l'exterritorialité seront déterminées par le droit international ».

D'après le *Code pénal suédois* de 1864 : il est procédé, à l'égard des agents diplomatiques des puissances étrangères, d'après les usages générale-

1. CLUNET, 82, 327 et la note.

2. Voir la comparaison de cette décision du Reichsgericht avec l'arrêt rapporté dans SIREY, 66, 1, 33, *infra*, exemption de la juridiction criminelle, in fine, chap. II, Sect. II.

ment reçus ou les conventions intervenues à cet effet (ch. I, art. 4).

Avant la revision du *Code pénal autrichien* de 1803 (en 1852), l'art. 221, 1<sup>re</sup> partie, n° 4, décidait que les ambassadeurs étrangers et les membres du Corps diplomatique étaient *traités selon le droit des gens* et non pas soumis aux autorités du pays.

*Le Code civil autrichien* (art. 38) dispose que : « les  
« ambassadeurs, les chargés d'affaires et les person-  
« nes qui sont à leur service jouissent des franchises  
« établies par le droit des gens et par les traités pu-  
« blics ».

M. Laurent (1) trouve cette formule trop vague. Il nous semble cependant que le droit des gens compte assez d'auteurs sérieux pour que l'on puisse déterminer quelles sont les franchises universellement reconnues par eux.

Le *Code bavarois* (chap. I, § 11) exempte formellement les ambassadeurs de toute espèce de juridiction :  
« Tous ceux qui jouissent du droit des ambassadeurs  
« (*Gesandtschaftsrecht*) sont exempts de la juridiction  
« ordinaire. »

D'après le *Code prussien* (Introduction, § 36), les ambassadeurs et résidents des puissances étrangères, de même que les personnes qui sont à leur service, conservent leurs fonctions conformément au droit des gens et aux conventions existantes.

Il existe encore en Autriche une juridiction spéciale et privilégiée, celle du grand Maréchal de la Cour, pour certaines personnes et notamment pour les agents di-

1. LAURENT, *op. cit.*, t. III, 9.

plomatiques. Laissons la parole à M. Neumann (1), professeur à Vienne, pour nous exposer les particularités et le fonctionnement de cette institution : « In « Oesterreich ist das Gericht des Oberhofmarschalls eine « privilegierte Instanz für die Mitglieder der regierenden « Familien, die nicht selbst Souveräne sind, einige « eigene zugewiesene Persönlichkeiten (Prinz....ù.s. « w.), dann die diplomatischen Vertreter des Auslands, d. « h. für sie als Beklagte. Nicht in dem Sinne, als ob « dieses Gericht für Gesandte und deren Gefolge obli- « gatorisch wäre. Aber beim Eintritt in Oesterreich « wissen die Gesandten, welche Competenz dieses Ge- « richt habe, wissen, dasses seit einer langen Reihe « von Jahren besteht, von allen Staaten gekannt und « anerkannt wird, dass die Diplomaten stets ausnah- « mlos sich dessen Jurisdiction und zwar in wohlver- « standenen eigenen Interesse unterwerfen, weil ja « dadurch die Prozesse rascher und wie irgend anders « verlässlich zu Ende geführt werden ».

Les représentants des puissances étrangères accrédités à Vienne ne sont pas, à proprement parler, soumis à cette juridiction, en ce sens qu'ils peuvent parfaitement décliner sa compétence et invoquer les privilèges d'exemption de juridiction qui leur sont reconnus en Autriche, comme ailleurs, par le droit des gens. Mais cette institution du tribunal du Maréchal de la Cour offre de si grandes garanties et de telles traditions d'indépendance, de rapidité et d'égards que le Corps diplomatique en a toujours accepté la juridiction dans son propre intérêt

1. Hofrath, Dr LEOP. NEUMANN. *Grundriss des heutigen europæischen Völkerrechts*, § 62.

*Législation russe.* — Toute autorité saisie d'une réclamation quelconque élevée contre un individu attaché à une mission étrangère doit la transmettre au ministère des Affaires Étrangères. Aucun jugement ne peut être mis à exécution dans les hôtels occupés par les ambassadeurs et envoyés diplomatiques, que par l'intermédiaire du même ministre (chap. X, lois civ., art. 1489). Comme le fait remarquer Laurent (1), cette disposition législative suppose qu'un jugement peut être exécuté dans un hôtel d'ambassade.

C'est donc un texte de loi qui supprime le principe de l'exemption de juridiction et se contente de garantir le ministre public, par des sûretés particulières, que des poursuites non justifiées, soit pénales, soit civiles, ne seront pas exercées à la légère contre lui.

Mais, comme nous le verrons en étudiant l'exemption d'impôts (chap. II, section IV), les règlements de l'Empire russe exemptent formellement de la visite douanière les agents diplomatiques accrédités sur son territoire (règlements des douanes, VI, 939 et *ibid.* 937).

Il ne faut point d'ailleurs exagérer l'importance de cet art. 1489 du chap. X au point de vue international, et y voir avec Laurent un argument puissant contre le principe de l'exterritorialité. En effet, la Russie ne peut être comparée aux autres pays européens, ni au point de vue politique, ni au point de vue législatif. Aucune constitution ne limite les pouvoirs et les attributions du souverain : il n'y a ni séparation des pouvoirs, ni assemblées concourant à la confection des lois.

1. *Le droit civil intern.*, t. III, n° 8.

Voir aussi FÆLIX. *Droit intern. privé*, t. I, p. 430 et la *Revue étrangère*, t. III, p. 871, 555, 648.

Par conséquent, un document législatif dans cet État n'offre aucune garantie ni de stabilité ni de libre discussion : il est révocable *ad nutum*. On ne saurait à aucun point de vue l'assimiler à une loi votée en France ou dans une monarchie constitutionnelle, ni en tirer un argument sérieux contre telle théorie juridique ou en faveur d'elle.

Souvent l'étendue des immunités des agents diplomatiques est, à défaut de dispositions législatives, déterminée par une clause insérée dans des conventions ou des traités internationaux. Pradier-Fodéré donne le texte d'une de ces clauses(1) ; « Les parties contrac-  
« tantes désirant éviter toute inégalité dans leurs com-  
« munications publiques et leur correspondance offi-  
« cielle, sont convenues et conviennent d'accorder à  
« leurs envoyés, ministres, chargés d'affaires et autres  
« agents publics, les mêmes faveurs, immunités et  
« exemptions que celles dont jouiront dans l'avenir les  
« agents de la nation la plus favorisée : étant bien en-  
« tendu que toute faveur quelconque, tous privilèges  
« et immunités, que chacune des parties contractantes  
« trouvera convenable d'accorder aux envoyés, minis-  
« tres, chargés d'affaires et autres agents diplomati-  
« ques de n'importe quelle autre puissance, seront par  
« le fait même étendus et accordés respectivement à  
« ceux des parties contractantes. » Cette clause existe dans les traités du Pérou avec les États-Unis d'Amérique (art. 31), avec la Grande-Bretagne (art. 11), etc...

Lorsqu'il n'existe ni traité, ni disposition législative sur ce point, les immunités sont consacrées par un

1. PRADIER-FODÉRÉ, *Cours*, t. II, p. 425, note I.

usage immémorial. Peu de lois positives sont aussi scrupuleusement observées que ces règles, souvent sans sanction écrite, sans aucun code. On peut certainement y voir un exemple curieux de la vitalité d'un droit coutumier international (1).

Nous n'avons pas la prétention d'avoir donné l'énumération de tous les textes de lois, décrets, etc... relatifs aux immunités. Nous pensons cependant avoir indiqué les principaux. Nous renvoyons pour les autres aux indications données au cours de ce travail, dans chaque section spéciale.

Nous avons passé sous silence les lois et usages des États-Unis, mais nous leur avons, à raison de leur importance, consacré un appendice aux deux chapitres suivants.

1. C'est l'idée qu'exprimait éloquentement M. l'avocat général Descoutures dans le réquisitoire de l'affaire Tchitchivine.

« La question soumise à vos délibérations est une question, non du droit civil, mais du droit des gens; il n'y a ni code à invoquer, ni texte à discuter, il y a des principes, vieux comme la civilisation, communs à toutes les nations policées, consacrés par un consentement universel... C'est dans cette sphère qu'il faut aller les chercher, c'est dans les livres des écrivains qui ont traité ce genre de sujets qu'il en faut suivre la trace... » Sirey, 68, 2, 201.

## CHAPITRE II

### ÉTUDE DÉTAILLÉE DES PRIVILÈGES DES AGENTS DIPLOMATIQUES.

Les immunités dont nous allons nous occuper se rattachent, soit à l'inviolabilité, au respect qui doit être assuré au représentant d'un État étranger, soit à une fiction appelée *exterritorialité*. En vertu de cette fiction, les agents diplomatiques sont censés n'avoir pas quitté leur propre pays, et avoir conservé le domicile qu'ils avaient avant de se rendre à leur poste, quelque longue que soit leur absence.

Cette fiction, considérée longtemps comme absolue par la plupart des publicistes, a vu son domaine de plus en plus restreint par l'école moderne. Nous verrons que souvent elle est inexacte; que souvent même elle est insuffisante à expliquer certaines des prérogatives des agents diplomatiques.

Mais l'examen du domaine d'application de cette fiction ne saurait être abordé dès maintenant. Pour être bien compris, il est nécessaire de connaître auparavant les principales immunités qui font l'objet de ce travail. Nous renvoyons donc cet examen à la fin de ce chapitre (1).

1. *Infrà*. Même chapitre sect. VII.

Disons dès maintenant que nous n'admettons cette fiction que sous d'importantes réserves. Nous nous voyons néanmoins contraint d'employer souvent le mot même par suite de l'usage universellement reçu et par abréviation.

### SECTION I. — INVIOLABILITÉ.

Quelques auteurs traitent ensemble de l'inviolabilité et de l'exemption de la juridiction criminelle (1). Il existe, en effet, un lien très intime entre ces deux immunités. Cependant, quoique la ligne de démarcation qui les sépare soit parfois difficile à préciser, nous préférons ne pas les réunir et assigner à chacun une place spéciale. D'ailleurs, toute question d'immunité de juridiction, même civile, présente un certain rapport avec l'inviolabilité, mais un rapport plutôt philosophique que juridique. Aussi ne faisons-nous que l'indiquer sans y insister autrement.

Ayant examiné les questions historiques que l'inviolabilité des agents diplomatiques soulève, et indiqué les textes de lois françaises et étrangères qui s'y rapportent, nous examinerons ici spécialement quelles en sont les applications, en quoi cette immunité consiste et la jurisprudence. Nous donnerons en outre quelques développements aux indications sommaires qui précèdent sur les lois sur la presse en France (voir *suprà* chap. 1<sup>er</sup>).

1. Cet ordre est suivi par Phillimore, liv. II, chap. VII.

§ 1<sup>er</sup>. Inviolabilité de la personne.

Nous nous occuperons d'abord de l'inviolabilité de la *personne* des agents diplomatiques.

Ce privilège s'étend à toutes les classes de ministres publics. Il prend naissance, quoique les fonctions de l'agent ne commencent en fait que du moment où il a remis ses lettres de créances, aussitôt qu'il a mis le pied sur le territoire du pays où il est accrédité, pourvu que cet État ait été au préalable informé de son arrivée, qu'aucune réclamation n'ait été formulée contre sa réception et qu'il soit en mesure de justifier de son caractère. La qualité du ministre public est, on l'a vu, suffisamment établie par une lettre du ministère des Affaires étrangères (1).

Il dure jusqu'à l'accomplissement de sa mission, jusqu'à ce qu'il ait quitté le sol du pays où il est accrédité. Il en est ainsi en cas de guerre, et alors même que les hostilités auraient commencé, à la condition toutefois qu'il ne prolonge pas inutilement son séjour (2).

On est amené à se demander quelle est la ligne de démarcation entre l'inviolabilité dont bénéficient les diplomates et celle dont jouissent les simples sujets ou citoyens d'un État. Toute personne, qu'elle fasse partie ou non d'une mission, n'est-elle pas inviolable, quant à sa personne et quant à ses biens? En France le principe de la liberté individuelle et l'énumération

1. Voir en ce sens. Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1840. SIREY, 41, 2, 148.

2. VATTEL, l. IV, C. VIII, 83. HOLZENDORFF, *Handbuch des Völkerrechts*, vol. III, § 162.

de cas exceptionnels où elle peut être restreinte ne sont-ils pas inscrits en tête de toutes les constitutions qui s'y sont succédé depuis la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen (1), et les Constitutions républicaines jusqu'aux Chartes de 1814 et de 1830? Sans doute, il sera souvent difficile de déterminer la mesure dans laquelle un agent diplomatique sera plus protégé qu'un autre habitant.

On peut d'ailleurs justifier théoriquement la création de l'inviolabilité des envoyés. Elle est née à une époque où le respect des personnes et des propriétés était peu assuré. La nécessité de garantir aux négociateurs une pleine sécurité s'imposait alors comme absolue, et ce qui paraissait tout à fait exceptionnel dans ces siècles de violence est pour nous une simple application du droit commun, par exemple, le droit de célébrer son culte dans l'hôtel de l'ambassade (voir en ce sens les paroles du premier consul *suprà* chapitre 1<sup>er</sup>).

Nous pouvons cependant indiquer quelles sont les principales dérogations au droit commun :

1<sup>o</sup> Comme dit Grotius : « Le ministre public (2) doit être à l'abri de toute coercition, tant quant à sa personne, que quant aux choses dont il a besoin, afin qu'il soit en pleine sécurité ». Donc, ses papiers, sa correspondance ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, sa personne ne peut être arrêtée.

2<sup>o</sup> L'inviolabilité en principe ne subit aucune atteinte en temps de guerre (3).

1. Voir article 7 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

2. GROTIUS, livre II, chap. 18.

3. La Porte avait cependant coutume d'enfermer aux Sept-Tours les ministres étrangers dont les gouvernements étaient en guerre avec elle

3° L'inviolabilité comprend en outre la liberté la plus complète pour l'agent de correspondre avec son gouvernement (1) ; il peut envoyer et recevoir des lettres et des dépêches, par des courriers particuliers ou même par les postes locales. Dans ce domaine, on peut indiquer une prérogative tout à fait exceptionnelle : le droit d'envoyer des dépêches chiffrées en tout temps. Dans la plupart des pays, ce droit est reconnu aux particuliers, mais pas dans tous. Ainsi en Russie, un particulier ne peut se servir d'un chiffre. Le privilège du secret de la correspondance n'a que peu d'importance ; c'est un principe admis presque partout. Les lettres et dépêches doivent porter un *cachet diplomatique* connu et incontesté.

La loi du 24 mai 1878, la conférence télégraphique internationale réunie à Londres en 1879 et les conventions conclues avec la Belgique, l'Espagne, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Luxembourg, le Portugal et la Suisse, et antérieurement avec l'Allemagne, ont établi des restrictions à la liberté de la rédaction des dépêches télégraphiques.

Les télégrammes en langage clair doivent offrir un sens compréhensible en l'une quelconque des langues usitées sur les territoires des États contractants, ou en langue latine. Le langage convenu ne pourra plus désormais employer les noms propres, de quelque nature qu'ils soient, à moins qu'ils n'y figurent avec leur

sous prétexte de les garantir des excès de la population de Constantinople. Elle a renoncé à cet usage barbare, dont les progrès des mœurs ont fait justice.

1. Voir *infra*, les restrictions apportées à la liberté de la correspondance par les Allemands lors de la guerre de 1870-71.

signification propre. Chacun des mots dont il se composera devra présenter un sens intrinsèque.

Les télégrammes envoyés par des ambassades ou légations ne sont pas soumis à ces règles restrictives et peuvent être rédigés en quelques termes que ce soit.

Disons quelques mots du secret de la correspondance : il est reconnu comme un dogme actuellement. Mais autrefois les violations du secret des correspondances n'étaient que trop fréquentes.

Les souverains estimaient qu'un *cabinet noir* devait faire partie de tout gouvernement régulier. De nos jours, le secret des lettres est mieux gardé, surtout sur le territoire des États où il est garanti par la constitution (notamment en Suisse). D'ailleurs, l'accroissement rapide de la correspondance privée rend très difficile une surveillance efficace de la part des gouvernements. « Il y a lieu d'espérer que les cabinets noirs disparaîtront bientôt tout à fait » (Martens, *Guide dipl.*, p. 87).

Nous venons de dire que l'état de guerre ne modifiait pas en principe le droit d'inviolabilité reconnu aux membres du corps diplomatique. Toutefois, des restrictions à cette immunité leur ont été parfois imposées, notamment en ce qui concerne la liberté de correspondance : restrictions que l'un des belligérants juge indispensable au succès de ses armes.

Lors du siège de Paris par les troupes allemandes, un certain nombre de membres du corps diplomatique étaient restés dans la ville, entre autres le nonce apostolique. Après de nombreuses délibérations, ce dernier fut prié par ses collègues de faire des démarches auprès du Ministre des Affaires étrangères, afin de chercher à obtenir qu'un courrier neutre fût autorisé à franchir

les lignes des deux armées, pour porter les dépêches du corps diplomatique jusqu'à un bureau postal, à partir duquel les communications seraient libres avec les divers états neutres.

M. Jules Favre, auquel la demande fut transmise en premier lieu, garantit au nonce que tout ce qui dépendrait de lui serait fait pour assurer aux membres du corps diplomatique restés à Paris leurs immunités, notamment le droit de correspondre avec leurs gouvernements respectifs.

... « Le gouvernement ne négligera aucune mesure  
« de protection qui peuvent garantir votre sécurité et  
« celle de vos collègues. En cas de menace de bom-  
« bardement, il réclamera les immunités qui vous sont  
« dues. Il se prêtera ainsi à toutes les combinaisons  
« qui pourront faciliter vos communications diploma-  
« tiques... » (*Dépêche du ministre des affaires étran-  
gères de France au nonce apostolique de Paris, le 24 no-  
vembre 1870*).

La demande relative aux communications des divers agents diplomatiques avec leurs gouvernements respectifs fut transmise à M. de Bismark.

Il répondit qu'il pouvait concéder un courrier diplomatique par semaine, « à la condition que les dépêches fussent ouvertes et ne traitassent aucun sujet touchant la guerre. »

D'un accord unanime, les ministres étrangers refusèrent de se soumettre à cette condition et firent connaître par une note collective, les motifs de ce refus :

..... « Nous nous serions fait un devoir, quant au  
« contenu de nos dépêches, de nous conformer scrupu-  
« leusement aux obligations imposées pendant le siège

« aux agents diplomatiques par les règles et usages du  
« droit international.

« Par contre, notre position d'agents diplomatiques,  
« et nos obligations envers nos gouvernements, ne  
« nous permettent pas d'accepter l'autre condition, de  
« ne leur adresser que des dépêches ouvertes.

« Si cette dernière condition devait être maintenue,  
« il deviendrait impossible, à leur vif regret, aux re-  
« présentants diplomatiques des Etats neutres, d'en-  
« tretenir des rapports officiels avec leurs gouverne-  
« ments respectifs : »

Lettre adressée par les membres du corps diploma-  
tique restés à Paris à M. de Bismarck le 6 octobre 1870.  
Ce dernier répondit, le 10 octobre suivant, à la de-  
mande qui lui était adressée par un refus catégorique  
dans les termes suivants :

Versailles, le 18 octobre 1870.

*Le comte de Bismarck-Schœnhausen, chancelier de la  
confédération de l'Allemagne du Nord, à Versailles,  
à S. Exc. le nonce apostolique, à Paris.*

« Monseigneur,

« J'ai eu l'honneur de recevoir la lettre en date du 6  
octobre dernier, par laquelle les membres du corps  
diplomatique résidant encore à Paris ont bien voulu  
m'informer qu'il leur deviendrait impossible d'entre-  
tenir des rapports officiels avec leurs gouvernements  
respectifs, si la condition de ne pouvoir leur adresser  
que des dépêches ouvertes devait être maintenue.

« Lorsque la continuation du siège de Paris fut ren-  
due inévitable, par le refus d'un armistice par le gou-

vernement français, le gouvernement du roi prévint de son propre mouvement par une note circulaire du secrétaire d'État, M. de Thile, en date du 26 septembre dernier, les agents des puissances neutres accrédités à Berlin, que la liberté des communications avec Paris n'existait plus qu'autant que les événements militaires le permettaient. Le même jour, je reçus à Ferrières une communication de M. le ministre des affaires étrangères du gouvernement de la défense nationale, qui m'informait du désir exprimé par les membres du corps diplomatique d'être autorisés à expédier des dépêches à leurs gouvernements par des courriers partant chaque semaine et je n'hésitai pas, en me conformant aux règles établies par le droit international à y faire une réponse, dictée par les nécessités de la situation militaire. Les représentants du pouvoir actuel ont cru convenable d'établir le siège de leur gouvernement au milieu des fortifications de Paris et de choisir cette ville et ses environs comme théâtre de la guerre. Si les membres du corps diplomatique, accrédités auprès d'un gouvernement antérieur, se sont décidés à partager avec le gouvernement de la Défense Nationale les inconvénients inséparables du séjour dans une forteresse assiégée, ce n'est pas le gouvernement du roi qui en porte la responsabilité.

« Quelle que soit notre confiance que messieurs les signataires de la lettre du 6 octobre sauraient personnellement se conformer dans les communications adressées à leurs gouvernements, aux obligations que leur présence dans une forteresse assiégée selon les règles du droit de guerre peut imposer à des agents diplomatiques, il faut cependant tenir compte de la

possibilité que l'importance de certains faits pourrait leur échapper au point de vue militaire. Il est évident d'ailleurs qu'ils se trouveraient hors d'état de nous fournir la même garantie pour les messagers qu'ils croiraient devoir employer, et que nous serions obligés de laisser passer et repasser à travers nos lignes.

« Il a été créé à Paris un état de choses auquel l'histoire moderne, sous le point de vue du droit international, n'offre aucune analogie précise. Un gouvernement en guerre avec une puissance qui ne l'a pas encore reconnu, s'est enfermé dans une forteresse assiégée et s'y trouve entouré d'une partie des diplomates qui étaient accrédités auprès du gouvernement à la place duquel s'est mis le gouvernement de la défense nationale. En face d'une situation aussi irrégulière, il sera difficile d'établir sur la base du droit des gens, des règles exemptes de controverse sous tous les points de vue.

« Je crois pouvoir espérer que V. Excel. ne méconnaîtra pas la justesse de ces observations et voudra bien apprécier les considérations qui m'empêchent, à mon vif regret, de donner suite au désir exprimé dans la lettre du 6 octobre dernier. Si cependant, les signataires ne croyaient pouvoir en admettre la justesse, les gouvernements qu'ils ont représentés à Paris et auxquels je m'empresserai de communiquer la correspondance échangée avec eux, aviseront de leur côté et se mettront en communication avec le gouvernement du roi pour examiner les questions du droit des gens qui se rattachent à la position anormale que

les événements et les mesures du gouvernement de la Défense Nationale ont créée à Paris.

« Veuillez agréer, etc...

« (Signé) :

« V. BISMARCK. »

La persistance de ce refus eut pour résultat d'interrompre toute communication entre les gouvernements et leurs représentants à Paris.

Des démarches dans le même but furent faites directement par différents gouvernements auprès de la chancellerie allemande (notamment par le Conseil fédéral suisse) mais sans succès également (1).

Il faut maintenant tracer les limites que l'invioiabilité ne doit pas dépasser.

La plus importante est celle de la légitime défense : « Si l'invioiabilité d'un ministre est méconnue dans un cas de légitime défense (*in gerechter Nothwehr*), le droit des gens n'est pas violé dans ses principes. Car celui qui se défend ne fait qu'exercer un droit naturel » (2).

Heffter (3) indique une autre restriction : le ministre public et les personnes de sa suite ne peuvent pas invoquer en leur faveur le privilège de l'invioiabilité, si, par leur conduite peu régulière, ils provoquent de la part du gouvernement près duquel ils résident, des actes de sûreté et de défense, ou même, dans une certaine mesure, de répression. Mais ces actes ne sauraient aller jusqu'à s'attaquer à la personne de l'am-

1. Voir les correspondances des diplomates américains pendant la guerre : WHARTON, *Digest of the international law*, § 97.

2. BLUNTSCHLI. *Das moderne Voelkerrecht*, n° 194.

3. § 204,

bassadeur; on se contentera de le reconduire à la frontière (c'est ce qui eut lieu lors de la conspiration de Cellamare sous le Régent — *infra*).

On se demande si un ministre peut, à l'abri de l'inviolabilité qui le couvre, impunément conspirer contre le souverain (crime d'État), ou attenter à la personne ou à la propriété de ses sujets (délit privé). Sans aucun doute, le ministre ne peut être soumis à la juridiction des tribunaux locaux, ni arrêté. Mais le chef de l'État, sur le territoire duquel il exerce ses fonctions, peut, si l'infraction est suffisamment grave, exprimer son mécontentement et le lui témoigner de différentes manières : il pourra notamment demander son rappel (1). C'est ainsi qu'en 1763, l'ambassadeur de Hollande à la Cour du Landgrave de Hesse-Cassel fut accusé de malversation à l'occasion d'un fidéicommiss. Le gouvernement de Hesse-Cassel le somma de lui rendre compte de sa conduite. Il refusa. On l'arrêta alors pour obtenir de lui les documents se rapportant au fidéicommiss, nécessaires à l'instruction de l'affaire. Mais le Landgrave fut obligé d'envoyer une ambassade spéciale en Hollande, pour réparer l'atteinte qu'il venait de porter au droit des gens.

Voici d'autres restrictions, généralement admises, au principe de l'inviolabilité. Le ministre n'a pas le droit de l'invoquer dans des circonstances *entièrement étrangères à son caractère public*. C'est ainsi qu'un diplomate qui se mêlerait d'écrire ne serait pas pro-

1. PHILLIMORE. *International law*. Chapitre VII, livre II, de Garden, vol. II, p. 149.

Voir aussi LAURENT, *op.cit.*, tome III. Nous examinerons ce point en traitant de l'exemption de la juridiction pénale.

tégé par son caractère officiel contre les attaques de la critique (voir cependant les lois sur la presse, *infra*). Il peut se faire aussi qu'un envoyé soit rencontré dans un lieu de plaisir ou un mauvais lieu et que des insultes lui soient adressées, ou même que des voies de fait soient exercées contre lui. Dans un pareil cas, nous ne pensons pas qu'il puisse y avoir lieu à réclamation diplomatique (1).

Heffter ajoute une autre restriction : il ne pourra pas se plaindre si celui qui s'est rendu coupable d'une offense envers lui ignorait sa qualité. Il nous semble que les deux cas peuvent rentrer l'un dans l'autre. Il n'est guère probable en effet que celui qui se livre à de grossières injures envers un ministre dans un lieu public se rende compte du caractère de la personne avec laquelle il se prend de querelle.

Rappelons ce que nous avons dit en exposant avec quelques détails la doctrine de Grotius. S'il y a violence ouverte contre un État, complot contre sa sûreté, exercés par un Ministre public, l'État n'est pas entièrement à sa merci ; il pourrait prendre des mesures préventives et défensives.

Un des cas les plus célèbres est celui du prince de Cellamare, ambassadeur de la Cour d'Espagne auprès de Philippe d'Orléans, Régent de France. Le prince, à l'instigation d'Alberoni, organisa, en 1718, une conspiration contre le gouvernement existant en France. Le

1. Conf. MARTENS, *Guide*, n° 27.

« On saurait difficilement demander une réparation pour une injure subie par un ambassadeur ou un diplomate d'un autre rang en « mauvaise compagnie. » L'auteur ajoute une restriction à ce principe : si toutefois il est prouvé *qu'il s'y est rendu de son plein gré*.

Régent eut vent du complot et fit faire une perquisition dans les papiers de l'ambassadeur en sa présence et dans son hôtel. Puis on se saisit de ceux qui établissaient clairement la conspiration, et les plus compromettants furent publiés par l'ordre du Régent, pour justifier la conduite qu'il avait suivie vis-à-vis de Cellamare (1). Il est à remarquer qu'aucun des ambassa-

1. On publia aussi la liste des papiers trouvés dans la voiture du comte Portocarrero consistant en deux projets de manifeste, l'un du marquis de Pompadour, et l'autre de l'abbé Brigault ; des observations de Brigault sur ces deux projets, très insignifiantes ; un du comte de Laval sur les moyens de soulever quelques provinces lorsque l'armée d'Espagne arriverait ; un extrait du traité de Pierre Dupuy sur les régences et majorités ; un catalogue de noms et qualités des officiers français qui demandaient du service en Espagne ; une lettre du prince de Cellamare.

La pièce essentielle était la formule de la requête des États Généraux adressée au roi des Espagnes ; en voici quelques passages : Sire, tous les ordres du Royaume de France viennent se jeter aux pieds de votre Majesté pour implorer son secours dans l'état où les réduit le Gouvernement présent ; elle n'ignore pas leurs malheurs, mais elle ne les connaît pas dans toute leur étendue. Le respect qu'ils ont pour l'autorité royale, dans quelque main qu'elle se trouve et de quelque manière qu'on en use, ne leur permet pas d'envisager d'autre moyen d'en sortir que par les secours qu'ils ont droit d'attendre des bontés de Votre Majesté. Cette couronne est le patrimoine de nos pères ; celui qui la porte tient à vous, sire, par les liens les plus forts ; la nation regarde toujours Votre Majesté comme l'héritier présomptif. Dans cette vue, elle se flatte de trouver dans votre cœur les mêmes sentiments qu'elle aurait trouvés dans le cœur de feu Monseigneur, qu'elle pleure encore tous les jours. Dans cette vue, elle vient exposer à vos yeux tous ses malheurs, et implore votre assistance. La religion a toujours été le plus ferme appui des monarchies. Votre Majesté n'ignore pas le zèle de Louis-le-Grand pour la conserver dans toute sa pureté ; il semble que le premier soin du duc d'Orléans ait été de se faire honneur de l'irréligion. Cette irréligion l'a plongé dans des excès de licence dont les siècles les plus corrompus n'ont point eu d'exemple et qui, en lui attirant les mépris et l'indignation des peuples, nous fait craindre à tout moment pour le royaume les châtimens les plus terribles de la vengeance divine. Ce premier pas semble avoir jeté, comme une juste punition, l'esprit d'aveuglement sur toute sa conduite ; on conclut des

deurs des autres Cours qui résidaient à Paris, ne considéra cet acte comme une violation des privilèges de leur ordre, quoiqu'il soit d'usage dans le corps diplomatique de protester lorsqu'il estime qu'un de ses membres a été offensé d'une manière quelconque.

Le prince de Cellamare fut gardé à vue jusqu'à ce que l'on sût que l'ambassadeur de France à Madrid, était rentré en France sain et sauf (Alberoni avait voulu le retenir et le faire arrêter par voie de représailles). Il fut alors reconduit sous escorte à la frontière d'Espagne.

La guerre pouvait difficilement être évitée entre les deux pays à la suite de ces événements ; elle fut déclarée en effet l'année suivante.

On remarquera que, dans cette conspiration, le gouvernement du Régent usa de mesures excessivement graves en autorisant une perquisition dans les papiers de l'ambassade. Nous ne pensons pas que, même dans des circonstances analogues, un gouvernement prendrait sur lui actuellement d'en venir là. (1)

Nous avons dit que le corps diplomatique ne protesta pas contre la violation du droit des gens dans l'hôtel de l'ambassade d'Espagne et les voitures des courriers du prince de Cellamare (Portocarero etc...) venaient d'être l'objet. L'abbé Dubois, alors ministre des affaires

traités, on forme des alliances avec les ennemis de la religion, avec les ennemis de Votre Majesté.

*(Pièce originale, mss sans signature).*

1. On peut citer cependant la violation des archives du consulat de France à Florence en décembre 1887. On remarquera qu'il s'agissait d'un consulat et non d'une ambassade. L'immunité reconnue aux consuls n'a jamais eu l'importance de celle reconnue aux envoyés diplomatiques.

étrangères sentit toutefois la gravité de cette mesure et, pour expliquer les circonstances dans lesquelles elle était intervenue, il crut devoir adresser une lettre circulaire à tous les ambassadeurs et résidents. Nous en donnons le texte plus bas comme un document de droit diplomatique curieux. Cette lettre a probablement beaucoup contribué au silence que garda le corps diplomatique lors des incidents de la conspiration de Cellamare. Les auteurs que nous avons consultés sur les considérations de droit qu'elle soulevait, notamment Phillimore, ne mentionnent pas l'existence de cette circulaire.

En voici la teneur : Paris, le 10 décembre 1718 :

« Comme ce qui se passa hier, Monsieur, à l'égard de  
« M. le prince de Cellamare, excitera sans doute l'at-  
« tention du public, et que le roi veut faire connaître  
« les motifs de ses résolutions, lorsqu'elles peuvent  
« intéresser les puissances, Sa Majesté m'a ordonné de  
« vous marquer que ce n'est qu'après que, par un événe-  
« ment inattendu, l'on a trouvé dans un paquet que  
« M. le prince de Cellamare avait confié à une per-  
« sonne qui passait en Espagne, des preuves, de la  
« propre main de cet ambassadeur, de l'abus qu'il  
« faisait du caractère dont il était revêtu pour porter  
« les sujets du roi à la révolte, et le plan de la cons-  
« piration qu'il avait formée pour renverser l'ordre et  
« la tranquillité du royaume, qu'elle s'est portée à  
« prendre la résolution de mettre l'un des gentils-  
« hommes ordinaires de sa maison auprès de lui, et  
« l'engager à cacheter de son cachet, et conjointement  
« avec celui de Son Altesse Royale, les papiers de son  
« ambassade, pour empêcher qu'ils ne soient détour-

« nés ; c'est ce que Sa Majesté m'a prescrit de vous  
« faire savoir, afin que vous puissiez en informer votre  
« Cour, en attendant que ce qui se rapporte à cette  
« importante affaire soit mis dans tout son jour. Je  
« puis vous assurer en même temps que la nécessité  
« indispensable de pourvoir en cette occasion à la  
« tranquillité des peuples était le seul motif qui pût  
« être capable de porter Sa Majesté à s'assurer, par  
« les mesures qu'elle a prises contre les trames dan-  
« gereuses de M. le prince de Cellamare, et que ce  
« n'est qu'avec beaucoup de peine qu'elle s'est portée  
« à prendre cette résolution, quoiqu'accompagnée de  
« tous les égards et de toutes les marques de considé-  
« rations possibles, à l'égard de l'ambassadeur d'un  
« prince dont l'amitié lui sera toujours chère, et qui  
« est incapable d'entrer dans des desseins aussi per-  
« nicieux. Je suis, avec respect, etc... »

DUBOIS.

*(Pièce originale au ministère des affaires étrangères).*

Henri IV ordonna aussi l'arrestation et le renvoi d'un secrétaire de l'ambassade d'Espagne.

En 1584, Mendoza, ambassadeur d'Espagne en Angleterre, ayant conspiré contre la reine et ayant même tenté de faire débarquer des troupes espagnoles pour la détrôner, une grave discussion s'engagea pour savoir comment il convenait de réprimer de pareils faits (1). Le gouvernement anglais suivit l'opinion d'Albéric Gentilis et d'Hotman, d'après laquelle un ambassadeur, même s'il conspire, ne peut être « mis à

1. Voir M. WARDS, *Law of nations*, vol. II.

mort », mais qu'il y a lieu de s'en référer à son mandant pour obtenir sa punition ou de le chasser de force du pays. En conséquence, Mendoza reçut simplement l'ordre de quitter l'Angleterre, et une plainte fut portée contre lui en Espagne par un envoyé spécial.

Nous ne pouvons analyser tous les cas d'atteinte à l'inviolabilité que rapporte l'histoire moderne : nous nous contenterons d'indiquer quelques-uns des principaux (1) : cas de l'Aubépine, ambassadeur de France en Angleterre. Au dire des Anglais, il soudoya un homme perdu de mœurs nommé Moody, à l'effet d'assassiner Elisabeth. Il fut expulsé d'Angleterre en 1587.

Des gens de la suite du duc de Sully, ambassadeur de France en Angleterre, se prirent de querelle avec des Anglais dans un mauvais lieu (brothel) et un de ces derniers fut tué. Ce fut le duc de Sully qui jugea lui-même les coupables, attendu qu'ils étaient exempts de la juridiction anglaise.

Deux ambassadeurs d'Espagne à la Cour de Jacques I<sup>er</sup> roi d'Angleterre, avaient, dans un but d'intrigue et pour semer la division dans le royaume, informé le roi que le duc de Buckingham avait le dessein, à l'instigation du Parlement, de l'emprisonner et de mettre le prince de Galles sur son trône.

Le roi et le parlement considérèrent tous deux cette assertion comme une scandaleuse calomnie, mais ils étaient très embarrassés de savoir comment procéder vis-à-vis des ambassadeurs. Sir Robert Cotton rédigea une consultation sur ce point intitulée : *De la manière*

1. Voir notamment sur ces points, CAMBEN, ZOUCH, *Solut. quæst.* F. DE MARTENS, *Les Causes célèbres*, etc.

*de procéder contre les ambassadeurs qui ont échoué dans leurs entreprises illicites.* On y lit la curieuse phrase suivante : .... « That an ambassador representing the  
 « person of a sovereign Prince, he is by the Law of  
 « nations (1) exempt from Regal Tryale; that all ac-  
 « tions of one so qualified are made the act of the  
 « master, until he disavow them; and that the inju-  
 « ries of one absolute prince to another is *factum*  
 « *hostilitatis*, not treason, so much doth (does) pu-  
 « blic conveniency prevail against a particular mis-  
 « chief » (2).

On se contenta d'informer les coupables que le prince de Galles et le duc de Buckingham se plaindraient en plein parlement de l'injure qui leur avait été faite, que la Chambre des Communes et la Chambre des Lords feraient une démarche officielle auprès des ambassadeurs pour savoir le nom de l'auteur du libelle afin de le juger en Parlement.

En cas de refus de leur part, une plainte officielle serait portée contre le coupable auprès du roi d'Espagne en lui demandant de vouloir bien faire justice de cette injure conformément aux liens d'amitié qui unissaient les deux royaumes et au droit des gens (3). En cas de refus du roi, toute relation cesserait, si même la guerre n'éclatait entre les deux pays.

Telle fut, en effet, la procédure suivie; une plainte fut adressée au roi d'Espagne, et alors seulement l'am-

1. *Law of nations*; le droit des gens.

2. Voir COTTONS, *Remains* WICQUEFORT, 1, 393 et MARTENS, *Guide*, p. 96.

3. As by the leagues of amity and the law of nations is usual.



bassadeur fut autorisé à partir, mais sans les présents d'usage.

A une époque plus rapprochée, rappelons le massacre des plénipotentiaires français à Rastadt, le 9 floréal, an VII.

Nous pourrions multiplier l'énumération des cas où il a été porté atteinte à l'inviolabilité diplomatique, plus ou moins par la faute des agents, mais nous pensons que ceux qui précèdent suffisent pour résumer les solutions apportées en pratique (1). Même dans les cas les plus graves, l'inviolabilité fut toujours assurée aux diplomates. Convaincu de tramer un complot contre le gouvernement du Régent, Cellamare fut simplement reconduit à la frontière. Quels que soient les torts qu'ait eus au début le ministre public, le principe de Grotius « *securitas legatorum utilitati quæ ex pœnâ est preponderat* » (2) prévaut presque partout. La conspiration de Cellamare peut être prise comme type : d'un côté, de la part de l'ambassadeur d'Espagne, violation flagrante, cynique, des devoirs les plus élémentaires du représentant d'un État étranger vis-à-vis de celui qui le reçoit ; de l'autre, atteinte indiscutable de la part du gouvernement du Régent aux immunités diplomatiques. Mais cette atteinte fut considérée comme justifiée par la conduite de Cellamare ; la preuve en est dans le silence gardé par le corps diplomatique tout entier. Du reste, aucune violence ne fut exercée contre la personne de l'ambassa-

1. Voir MARTENS, *Les causes célèbres du droit des gens*.

2. Cependant Grotius admet une restriction en cas de complot formé contre l'État : l'envoyé pourrait dans ce cas être arrêté et soumis à un interrogatoire, liv. II, chap. XVIII. Voir *suprà*.

deur espagnol, et le seul reproche que l'on puisse de ce chef adresser au Régent, c'est d'avoir violé ses archives et d'avoir séquestré une partie de ses papiers. Mais, en examinant avec impartialité cet incident célèbre et en s'en tenant aux textes du droit des gens doctrinal et théorique, pour apprécier les torts et les responsabilités de part et d'autre, on peut soutenir que le Régent se trouvait dans une de ces circonstances où les lois et les usages doivent céder « devant des raisons de nécessité de politique supérieure » (1).

*La jurisprudence française* a posé en 1865 d'autres limites que devait recevoir la fiction de l'inviolabilité en matière criminelle (2), il est intéressant de les relever :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 3, C. Nap. les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ;

« Attendu que l'on peut admettre comme exception à cette règle de droit public l'immunité que, dans certains cas, le droit des gens accorde à la personne des agents diplomatiques étrangers, et la fiction légale en vertu de laquelle l'hôtel qu'ils habitent est censé situé hors du territoire du souverain près duquel ils sont accrédités ; mais attendu que cette fic-

1. GROTIUS, *loc. cit.*, voir aussi BARBEYRAC, sur Bynkershoek, ch. XXIV, § 12. PELZHOFFER. *Arcana status*, liv. IV.

*Contra.* MARTENS, *Guide dipl.*, p. 87. « C'était aller au delà de ce que le droit des gens autorise en de telles circonstances, l'arrestation d'un ministre public étant inadmissible en droit. »

2. Cass. crim., 13 octobre 1865, SIREY, 66, 1, 33, déjà cité, (il s'agissait d'une tentative d'assassinat commise à l'ambassade de Russie à Paris contre un Russe par un individu de nationalité russe mais n'appartenant à aucun titre au personnel de l'ambassade).

« tion légale ne peut être étendue ; qu'elle est exorbi-  
 « tante du droit commun ; qu'elle se restreint strictement  
 « à l'ambassadeur ou ministre dont elle a voulu protéger  
 « l'indépendance et à ceux qui, lui étant subordonnés,  
 « sont cependant revêtus du même caractère public. At-  
 « tendu que le demandeur n'appartient à aucun titre  
 « à l'ambassade de Russie ; que comme étranger ré-  
 « sidant momentanément en France, il était soumis  
 « aux lois françaises ; que le lieu où le crime qui lui  
 « était imputé a été commis, ne peut non plus, en ce  
 « qui le concerne personnellement être réputé en de-  
 « hors des limites du territoire ; que l'action et la  
 « compétence de la justice française étaient dès lors  
 « incontestables, qu'elles se sont exercées à la demande  
 « même des agents du gouvernement russe, et après  
 « qu'ils avaient livré le demandeur aux poursuites....  
 « rejette », etc...

Nous avons vu au chapitre précédent quel était le mode suivi dans l'antiquité, et notamment à Rome, pour punir les attentats commis contre le droit des gens dans la personne des ambassadeurs ou de leur suite. Suivant certains jurisconsultes, il fallait y voir un attentat tombant sous le coup de la loi « *Julia de vi publica* », et les individus qui s'en étaient rendus coupables devaient être poursuivis et jugés à Rome même (1). Mais d'autres voulaient qu'on livrât le coupable à la puissance qu'il avait offensée dans la personne de son représentant (2).

La Cour de cassation fit application du décret du 13

1. Dig. fr. 7. *Ad legem Juliam de vi publica*, XLVIII, 6.

2. D. fr. 17, *de legationibus*.

ventôse an II en l'an VIII (1) dans l'espèce suivante : un nommé Davidson avait été chargé par le gouvernement anglais de conduire à Morlaix, sous pavillon parlementaire, des prisonniers français. Dans la rade de Morlaix, après le débarquement, les agents des douanes saisirent le vaisseau, sous prétexte qu'il introduisait en France des marchandises prohibées. Un mandat fut décerné contre Davidson. Main levée de la saisie et mise en liberté dudit Davidson prononcées par le tribunal correctionnel de Morlaix. Confirmation de ce jugement par le tribunal criminel du Finistère.

La Régie des douanes se pourvut en cassation. La Cour de cassation, sur les conclusions remarquables du commissaire du Gouvernement (2), rejeta sa prétention : « La Cour,... casse et annule ledit mandat d'arrêt  
« comme *attentatoire au droit des gens et à la loi du 13 ven-*  
« *tôse an II* ».

1. Cass. 29 thermidor an VIII, DALLOZ *alph.*, v<sup>o</sup> agent diplomatique, 130.

2. « Non, ce n'était point un vaisseau ordinaire que montait Davidson, lorsque sa cargaison a été saisie, lorsque son bâtiment lui-même a été arrêté, lorsque sa propre personne a été frappée d'un mandat d'amener. C'était un vaisseau recommandé spécialement à l'honneur et à la loyauté du peuple français ; c'était un vaisseau parlementaire. Et c'est en l'an VIII, c'est au moment où les esprits se réunissent pour terminer une révolution, etc., que des Français se sont permis un attentat dont les orages révolutionnaires, même les plus violents, n'ont pas offert l'exemple, ni fait naître l'idée. C'est en l'an VIII que l'on a osé violer une loi du 13 ventôse an II, qui interdit à toute autorité constituée, etc... Et c'est au tribunal suprême que l'on ose dénoncer comme contraire au droit dont le dépôt lui est confié un jugement qui ne fait que réparer faiblement l'outrage qu'a essuyé le droit des gens dans la personne de Davidson... »

Bien plus, Merlin demandait la poursuite du juge de paix qui avait décerné le mandat d'arrêt en violation de la loi du 13 ventôse an II, comme coupable d'arrestation arbitraire.

Il est à remarquer cependant que Davidson n'était pas un agent diplomatique proprement dit, mais simplement le capitaine d'un vaisseau parlementaire. On serait donc fondé à soutenir que la Cour de cassation a adopté une interprétation, sinon extensive, du moins très large du décret de ventôse, lequel ne parle que des *envoyés* des gouvernements étrangers, soit des agents diplomatiques. Cependant nous estimons que cette jurisprudence est conforme à l'esprit du décret. Davidson était un parlementaire ; or le parlementaire bénéficie indubitablement du caractère inviolable de l'ambassadeur. On lit, en ce sens, dans les Instructions pour les armées des États-Unis en campagne (instructions qu'on peut considérer, d'après Calvo, comme une codification des lois de la guerre et qui ont eu pour origine la guerre de Sécession de 1862-64) : « La  
« personne du parlementaire est tellement sacrée, et  
« il est si nécessaire qu'il en soit ainsi, que, malgré  
« tout ce qu'il y a d'odieux dans l'abus qui peut être  
« fait de ce caractère, il faut procéder avec une grande  
« prudence quand il s'agit de convaincre d'espionnage  
« le porteur d'un drapeau parlementaire. » Si de  
pareilles précautions sont prescrites à l'égard d'un  
parlementaire accusé d'un fait aussi grave que l'es-  
pionnage, à combien plus forte raison doit-il en être  
de même lorsqu'il s'agit d'un simple soupçon d'intro-  
duction de marchandises prohibées ! (1)

Cet arrêt est un des premiers où il soit fait applica-  
tion du décret de ventôse, il méritait à ce titre d'être  
mentionné.

1. Voir *infra*, même chap., sect. VII, *in fine*.

Nous nous occuperons spécialement de l'arrêt du 13 octobre 1865, déjà cité, en traitant de l'inviolabilité de l'hôtel et des biens. Nous aurons aussi à parler de l'arrêt de cassation du 27 janvier 1843, rendu sur l'application de l'art. 17 de la loi du 17 mai 1819 sur la presse : arrêt important, puisqu'on l'invoque encore sous l'empire de la loi de 1881 (art. 37). Voir *infra*.

*Lois sur la presse.*

Il était désirable de garantir l'agent diplomatique dans sa réputation comme il était garanti dans sa personne par le droit des gens. Aussi le législateur français a-t-il prévu spécialement les délits commis par la voie des journaux et écrits périodiques, contre les représentants d'États étrangers et les a-t-il réprimés plus sévèrement que ceux commis par cette voie contre de simples particuliers.

L'étude des dispositions des lois successives sur la presse qui protègent ces agents se rattache par un lien très étroit à celle de l'inviolabilité de leur personne et complètera les notions qui viennent d'être exposées.

La première en date de ces lois est celle des 17-18 mai 1819 « sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication ». Cette loi prévoit les délits de diffamation (art. 17) et d'injure (art. 19) contre les représentants d'un État étranger : « *La diffamation* » envers les ambassadeurs, ministres plénipotentiaires,

« envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diploma-  
 « tiques accrédités près du Roi, sera punie d'un em-  
 « prisonnement de huit jours à dix-huit mois, et d'une  
 « amende de 50 fr. à 3,000 fr., ou de l'une de ces deux  
 « peines seulement, selon les circonstances. » L'arti-  
 cle suivant ne punit que d'un emprisonnement de cinq  
 jours à un an, et d'une amende, qui ne peut être supé-  
 rieure à 2,000 fr., l'outrage commis contre de simples  
 particuliers. Art. 19: « *L'injure* contre les personnes dé-  
 « signées par les art. 16 et 17 de la présente loi sera  
 « punie d'un emprisonnement de cinq jours à un an,  
 « et d'une amende de 25 à 2,000 fr., ou de l'une de  
 « ces deux peines seulement, selon les circonstances. »  
 L'injure contre les particuliers sera punie d'une amende  
 de 16 à 500 francs.

La loi de 1819 avait, dans son art. 12, prévu et puni  
 les offenses commises contre un souverain étranger :  
 les mêmes raisons qui avaient fait insérer cet article  
 commandaient de protéger le mandataire du souverain  
 d'une manière exceptionnelle, en ne le laissant pas sous  
 l'empire du droit commun.

On se demande si cette disposition exige, pour l'ap-  
 plication des peines qu'elle prononce, que la diffama-  
 tion soit relative aux *fonctions de l'agent diplomatique*  
 (condition qui se trouve insérée dans l'art. 16 concer-  
 nant les outrages commis contre les fonctionnaires pu-  
 blics). La plupart des auteurs décident la négative (1).

On invoque deux principaux arguments à l'appui de

1. Conf. GRELLET DUMAZEAU, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. I, p. 259 ; HENRI CELLIEZ, *Loi de 1881 sur la Presse*, p. 37 ; PARANT, *Loi de la Presse en 1836, etc.*, p. 93 ; DE GRATTIER, *Commentaire des lois de la Presse, etc.*, t. I, p. 215.

cette solution : 1° il n'existe pas de lien direct entre les art. 16 et 17(1); rien ne saurait donc nous autoriser à raisonner de l'un à l'autre; 2° il est inutile de distinguer le fonctionnaire de l'homme privé lorsqu'il s'agit d'un outrage commis par la voie de la presse, car c'est surtout l'outrage à la fonction qu'il est nécessaire de réprimer. Tandis que, pour ce qui concerne les agents diplomatiques, il s'agit de maintenir les bonnes relations entre deux pays, d'écarter toute cause de dissentiment; or l'injure ou la diffamation commise contre l'un d'eux, que ce soit dans l'exercice de ses fonctions ou dans d'autres circonstances, pourra amener, aussi bien dans un cas que dans l'autre, des causes d'irritation et exercer une fâcheuse influence sur les rapports des deux pays (2).

Faudra-t-il, pour l'application de cette partie de la loi de 1819, examiner si une disposition de la législation du pays de l'agent diplomatique diffamé protège

1. Art. 16 de la loi des 17, 18 mai 1819, sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la Presse, etc.

« La diffamation envers tout dépositaire ou agent de l'autorité publique, *pour des faits relatifs à ses fonctions*, sera punie d'un emprisonnement de huit jours à dix-huit mois, et d'une amende de 50 fr. à 3 000 fr.

2. La loi des 17-18 mai 1810 fut complétée par celle du 26 mai de la même année, *relative à la poursuite et au jugement des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication*.

L'art. 5, concerne les envoyés étrangers: il décide que dans le cas de diffamation « contre tout dépositaire ou agent de l'autorité publique, *contre tout agent diplomatique étranger, accrédité près du Roi...* la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la partie qui se prétendra lésée. » Ainsi, la mise en œuvre de l'action publique est subordonnée à la volonté de l'offensé.

S'il estime qu'il n'y a pas lieu de relever l'injure, soit parce qu'elle part de trop bas, soit pour des raisons de convenance personnelle ou politique, libre à lui de n'y prêter aucune attention.

spécialement les envoyés accrédités dans ce dernier pays ; si, en un mot, il y a réciprocité ? Un amendement dans ce sens avait été proposé, lors de la discussion de la loi, par M. Bignon, mais il fut rejeté sur l'observation de M. Serre, qui fit remarquer que tous les Étrangers sont sous la protection de la loi commune, et qu'en ce qui touche les ambassadeurs ou autres agents diplomatiques, le droit des gens, suivant lequel ils représentent leur souverain, prescrivait en leur faveur une protection spéciale.

On décidait en revanche que l'art. 17 précité ne serait pas applicable à un ambassadeur qui aurait cessé d'être accrédité auprès du gouvernement français, si l'imputation diffamatoire était relative à ses fonctions diplomatiques en France. En effet, si on fait survivre le caractère public du fonctionnaire français à ses fonctions, quand il s'agit de diffamation dirigée contre lui (1), c'est que l'on a voulu faire respecter la fonction, abstraction faite de celui qui la remplit, tandis que c'est le « bon vouloir personnel » de l'agent diplomatique actuellement en fonctions qu'elle a voulu conserver. Lorsqu'il n'est plus accrédité, les motifs de protection exceptionnelle des art. 17 et 19 de la loi de 1819 n'ont donc plus la même raison d'être.

Quant aux agents diplomatiques français, ils seront protégés par l'art. 16, car ils doivent être regardés comme fonctionnaires publics aux yeux de la loi française.

Cette disposition de l'art. 5 a été reproduite en partie par le titre 2 de la loi du 25 mars 1822, « relative à

1. DE GRATTIER, *op. cit.*, t. I, p. 213 et suiv.

la répression et à la poursuite des délits commis par la voie de la presse...., titre consacré spécialement aux règles à suivre pour la poursuite.

Art. 17 : « Seront poursuivis devant la police correctionnelle, et d'office, les délits commis par la voie de la presse et les autres délits énoncés en la présente loi et dans celle du 17 mai 1819.... Néanmoins la poursuite n'aura lieu d'office, dans le cas prévu par l'art. 12 de la loi du 17 mai 1819 (1), et dans celui de *diffamation ou d'injure contre tout agent diplomatique étranger, accrédité près du Roi.... que sur la plainte ou à la requête, soit du souverain ou du chef du gouvernement qui se croira offensé, soit de l'agent diplomatique.... qui se croira diffamé ou injurié.* »

La loi du 29 décembre 1875 « sur la répression des délits qui peuvent être commis par la voie de la presse », etc..., étend la compétence de la juridiction correctionnelle pour la répression de ce genre de délits ; cela ressort de l'art. 5, § 1<sup>o</sup> : « les tribunaux correctionnels connaîtront des délits de diffamation, d'outrage et d'injure publique *contre toute personne et tout corps constitué* », combiné avec la circulaire du ministre de la justice en date du 7 janvier 1876. C'était une réaction contre les tendances de l'Assemblée nationale, en 1871, à étendre outre mesure les attributions du jury. « On pensa alors », dit le Garde des sceaux « que le jury, à raison de son origine et de sa composition sans cesse renouvelée, serait plus apte que toute autre juridiction à juger des délits d'une nature essentielle-

1. L'art. 12 de la loi du 17 mai 1819 prévoit et réprime les offenses commises envers la personne des souverains et chefs d'États étrangers.

ment variable et mobile, qui comporte une appréciation délicate et une sorte de jugement sur les affaires publiques.... » Cependant le législateur de 1871 avait déjà réservé à la juridiction correctionnelle le délit de diffamation envers les particuliers et celui d'injure verbale envers toute personne, même les fonctionnaires publics. La loi nouvelle attribue à la même juridiction la diffamation, l'outrage et l'injure publique même envers les fonctionnaires et les corps constitués, soit que ces délits aient été commis verbalement, soit qu'ils l'aient été par la voie de la presse.

Les offenses, de quelque nature qu'elles soient, contre des envoyés de gouvernements étrangers, nous paraissent être implicitement comprises dans les expressions de l'art. 5 : *contre toutes personnes*, et ressortir de l'interprétation qu'en donne la circulaire.

Arrivons à la loi du 29 juillet 1881, actuellement en vigueur : la règle inverse est posée dans l'art. 45. Désormais, c'est la Cour d'assises qui est, en règle générale, compétente pour les délits de presse (1), le tribunal correctionnel est l'exception. Les outrages et diffamations envers des agents diplomatiques ne rentrant pas dans l'exception, ils sont soumis à la règle. Remarquons que, d'après un arrêt de la Cour de cassation, il en serait autrement s'il s'agissait de diffamation dirigée contre de simples consuls étrangers :

1. Art. 45, 1., 29 juillet 1881. « Les crimes et délits prévus par la présente loi sont déférés à la Cour d'assises—sont exceptés et déférés aux tribunaux de police correctionnelle les délits et infractions prévus par les articles 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 17 § 2 et 4, 28 § 2, 32, 33 § 2, 38, 39, 40 de la présente loi, »

ce serait alors aux tribunaux correctionnels à en connaître (1).

1. Cassation, 9 février 1884, CLUNET 84, 61, journal « *La Loi* », 9 février 1884.

« L'art. 37 de la loi du 29 juillet 1831, relatif aux diffamations commises envers les ambassadeurs, ministres plénipotentiaires, chargés d'affaires et autres agents diplomatiques accrédités auprès du Gouvernement de la République, n'est pas applicable aux diffamations commises envers les consuls étrangers, ceux-ci n'étant pas des agents diplomatiques, malgré les immunités stipulées en leur faveur par des conventions consulaires. »

« Les consuls étrangers sont également en dehors des prévisions de l'art. 31 de la même loi, l'*exequatur* qui leur est délivré n'étant qu'une autorisation d'exercer leurs fonctions sur une place française sans pouvoir les assimiler à des fonctionnaires chargés d'un service public français. »

« En conséquence, la juridiction correctionnelle est seule compétente pour statuer sur une plainte en diffamation intentée par un consul étranger. »

Cet arrêt demande quelques explications : le raisonnement invoqué pour soumettre les diffamations commises contre les consuls étrangers à la juridiction correctionnelle n'apparaît pas sans une analyse préalable de la loi de 1831.

L'art. 45 de la loi, après avoir décidé, en termes généraux, que les infractions prévues par elle sont déférées à la Cour d'assises, en excepte un grand nombre de cas, et notamment ceux prévus par l'art. 32 : diffamation commise envers les particuliers par l'un des moyens énoncés aux art. 23 et 28, et par l'art. 33 § 2, « injure commise de la même manière envers des particuliers ». La question se posait de la manière suivante : pouvait-on faire rentrer les consuls étrangers dans la classe des agents diplomatiques *lato sensu*, au point de vue de l'application de la loi, sinon les considérer comme des fonctionnaires publics (art. 31) ? Si l'on répondait affirmativement à l'une ou à l'autre de ces questions, c'était la Cour d'assises qui était compétente : les agents diplomatiques (art. 37) et les fonctionnaires (art. 31) rentrant dans la règle générale de l'art. 45. Devait-on au contraire ne voir que de simples particuliers dans les consuls étrangers ? C'était alors rendre le tribunal correctionnel compétent pour des diffamations et injures à eux adressées. C'était en effet une des exceptions prévues par l'art. 45 (art. 32 et 33 § 2).

La Cour de cassation s'est prononcée en ce dernier sens. Il nous semble que cette interprétation est plus conforme à la lettre de la loi de 1831, qu'à son esprit.

La loi de 1881 punit l'outrage commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités près du Gouvernement de la République, d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 50 fr. à 2000 fr. ou de l'une de ces deux peines seulement (art. 37).

Enfin la même loi (art. 47-5<sup>o</sup>) dispose que, « dans le cas d'offense envers les chefs d'États ou d'outrage envers les agents diplomatiques étrangers, la poursuite aura lieu, soit à leur requête, soit d'office, sur leur demande adressée au Ministre des Affaires étrangères, et par celui-ci, au Ministre de la justice (1). Aux termes de la circulaire relative à l'application de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, en date du 9 novembre 1881, lorsqu'il s'agit d'outrages ou d'offenses envers les agents diplomatiques étrangers, la plainte

A notre sens elle veut rendre la Cour d'assises compétente pour connaître de toute diffamation, outrage, etc., commis contre une personne revêtue d'un caractère public. Assimiler un consul à un particulier n'est pas absolument exact. Elle est en outre difficile à justifier en présence de la tendance française, (que nous aurons l'occasion de relever maintes fois au cours de cette étude), d'attribuer à ses consuls, et de reconnaître par réciprocité, aux consuls étrangers, un caractère public, qui tend à élargir le cercle de leurs immunités. C'est ainsi que la jurisprudence administrative exempte formellement les consuls étrangers de l'impôt personnel et mobilier. (Voir *Jurisprudence des conseils de préfecture* 1878, 284, et *infra*, chap. II, sect. IV.)

La Cour de cassation n'a fait que confirmer la doctrine de l'arrêt de la Cour de Paris du 28 juin 1883 (*Gazette des Tribunaux* du 29 juin 1883). BARBIER, (*Code expliqué de la Presse*, p. 17, tome II) dit à propos de cet arrêt: « il y a lieu suivant nous d'approuver cette jurisprudence parce qu'il nous « paraît difficilement admissible qu'on puisse faire la « preuve des faits diffamatoires relatifs aux fonctions d'une personne « qui est essentiellement l'agent d'une puissance étrangère ».

1. *Bulletin officiel du ministre de la justice* 1881, p. 142.

est portée sous la forme d'une demande au Ministre des Affaires étrangères, qui la transmet au Ministre de la justice.

*Domaine d'application de l'art. 37.* — Il protège tous les agents diplomatiques qui, sous quelque dénomination que ce soit, sont accrédités auprès du Gouvernement de la République. Il faut que l'agent soit, non seulement régulièrement envoyé, mais accrédité auprès du Gouvernement français, pour pouvoir se prévaloir de cet art. 37. Il faudrait donc décider qu'un agent secret envoyé pour remplir une mission non officielle n'aurait pas droit à invoquer les immunités diplomatiques, ni spécialement l'art. dont nous nous occupons. Il est utile de remarquer que sous l'empire de la loi de 1881 pour l'outrage, comme sous celui de la loi de 1819 pour la diffamation, il n'est pas nécessaire que l'outrage soit adressé à l'agent diplomatique en cette qualité et à raison de ses fonctions. Les mêmes motifs que nous avons invoqués plus haut peuvent être reproduits ici.

On peut en ajouter un autre pour la loi de 1881 : l'article 37 doit être interprété d'après l'article 36 (1); or ce dernier punit aussi bien l'offense qui atteint le souverain étranger dans sa vie privée que celle qui le vise en sa qualité de souverain et à l'occasion des hautes fonctions qu'il exerce (2). Il est punissable dès qu'il est commis *publiquement*.

C'est en outre l'opinion de la plupart des auteurs (3).

1. BARBIER *op. cit.*, nos 714 et 720.

2. BARBIER, *op. cit.*, sur les art. 36 et 37 de la loi de 1881.

3. VOIR CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, etc.*, t. I, page 438. GRELLET DUMAZEAU, *op. cit.*, t. II, p. 259.

La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens (1) par un arrêt en date du 27 janvier 1843.

Il est intéressant de rapprocher les art. 26, 36 et 37 de la loi de 1881 (le premier réprime les offenses commises contre le chef de l'État en France; nous connaissons les dispositions des deux derniers). L'art 26, comme les art. 36 et 37, ne fait aucune distinction entre l'offense adressée au chef de l'État considéré comme homme public à l'occasion des fonctions qu'il exerce et celle qui l'atteint dans sa vie privée et en dehors de l'exercice de ses fonctions. C'est donc là un trait commun aux offenses et outrages prévus par la loi de 1881. Il en est tout autrement des outrages envers les fonctionnaires publics (art. 222 et suiv. du Code pénal) (2). Nous avons examiné les raisons qui justifiaient cette différence en parlant de la loi de 1819.

Il nous reste à présenter quelques observations sur le sens des mots : *diffamation, outrage, injure, offense*, employés par les lois sur la presse.

D'après l'art. 29 de la loi de 1881, la *diffamation* est « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. »

La loi ne contient pas de définition de l'*outrage* : d'après le dictionnaire de l'Académie, c'est une injure

1. SIREY, 43, I, 239.

2. Art. 222 du Code pénal : Lorsqu'un ou plusieurs magistrats... auront reçu dans l'exercice de leurs fonctions, ou à l'occasion de cet exercice, quelque outrage.....

*grave* de fait ou de parole. L'outrage est donc une injure présentant un degré exceptionnel de gravité.

La loi réserve le mot *offense* pour les atteintes portées contre les chefs d'État. C'est ainsi que l'article 47-5° de la loi de 1881 dit : « dans le cas d'*offense envers les chefs d'État* ou d'*outrage* envers les agents diplomatiques, la poursuite aura lieu, etc... ». Ce mot a été introduit dans l'art. 9 de la loi du 17 mai 1819 pour remplacer les expressions d'imputations, d'allégations offensantes ou d'injures, qui figuraient dans le projet, et maintenu dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 juillet 1849 par l'Assemblée législative. Le rapporteur (1) disait : le mot *offense* a paru à la commission seul propre à pourvoir à la protection spéciale due à la personne et au caractère du Président de la République, parce qu'il comprend toutes les nuances d'attaque, sans porter atteinte au droit de libre critique et de libre discussion.

Arrivons aux travaux préparatoires de la loi de 1881. Dans le projet, le mot *offense* fut remplacé par celui d'*outrage* (voir les explications données par M. Lisbonne, rapporteur; Barbier, *op. cit.*, tome I, p. 286 et suiv.). Le Sénat, après de vives controverses, substitua l'expression d'*offense* à celle d'*outrage* : « l'*offense* est le terme consacré, dit le rapporteur « par cela seul qu'il est exceptionnel, *il convient mieux à la situation exceptionnelle du chef de l'État.* »

Ainsi, en faisant abstraction de la qualité des personnes auxquelles elles s'adressent, les expressions *offense* et *outrage* ne diffèrent en rien dans la loi ac-

1. D. 1849, 4, 120, col. I.

tuelle, « il y a entre elles synonymie complète » (1). Nous connaissons maintenant le sens exact des expressions employées par la loi de 1881 (2).

Il nous reste à aborder une question délicate que le texte de l'art. 37 soulève et qui se rattache directement à notre sujet; rappelons ce texte :

« L'outrage commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités près du Gouvernement de la République, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 50 à 2,000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement. »

On remarquera que cet article 37 ne parle pas de la *diffamation* (3). Faut-il en conclure que ce genre d'infractions, lorsqu'il s'adresse à un agent diplomatique, n'est pas réprimé, la loi n'en parlant pas, ou faut-il décider que le mot outrage employé par la loi actuelle

1. BARBIER, *op. cit.*, n° 337.

2. Voici l'indication de quelques décisions judiciaires déterminant dans quel cas il y a *diffamation* : Cass. 13 fév. 1828; Rouen, 30 déc. 1841, S. 42, 2, 55; Rouen, 22 août 44, S. 45, 2, 353; Paris, 3 déc. 1845, D. 46, 3, 39; Nîmes, 14 déc. 1848, D. 50, 5, 372; Aix, 19 fév. 1869, J. P. 69, 357; Cass. 18 déc. 1874, B. cr.; Cass. 3 juill. 1875, B. cr.; Cass. 26 janv. 1877, D. 77, 1, 89; Cass. 28 juill. 1876, D. 77, 1-41; Rennes, 27 mars 1878, D. 81, 2, 68-69; Cass. 2 août 1878, D. 79, 1, 47; Cass. 1<sup>er</sup> juill. 1881, Courrier trib. 163; *Contra*, Paris, 27 av. 1878, D. 79, 2, 38; Rennes, 15 juin 1881; Courrier trib. n° 179, etc., *injure*; Cass. 23 juin 1846, 1, 22; Cass. 10 juill. 1840; Paris, 6 mars 1844, etc.; *Outrage*, Nancy, 21 mars 1876, D. 78, 2, 30; Alger, 2 mars 1877, D. 78, 2, 256; Cass. 9 mars 1877, D. 78, 1, 395, etc., etc.

La lecture comparative de ces décisions diverses donnera une idée exacte du domaine de chacune de ces infractions d'après la pratique française.

3. Voir aussi le texte de l'art. 47, 5<sup>o</sup>.

comprend la diffamation et l'injure? La question est controversée.

Avant d'aborder les arguments invoqués de part et d'autre, remarquons que les lois antérieures à celle de 1881, qui se sont occupées spécialement des atteintes contre les agents diplomatiques, celles du 17 mai 1819 (art. 17 et 19), du 26 mai 1819 (art. 4 et 5 combinés) et du 25 mars 1822 (titre 2, art. 17) prévoient spécialement l'injure et la diffamation envers les agents diplomatiques. Les travaux préparatoires sont muets sur le point qui nous occupe. Tout ce que nous savons, c'est que M. Ballue demanda, à la Chambre, la suppression de cet article. Au Sénat, il n'y eut pas de discussion.

Examinons l'opinion des auteurs qui ont écrit spécialement sur cette loi de 1881. M. Barbier (*Code expliqué de la presse*) assimile, comme nous l'avons dit, l'offense à l'outrage, abstraction faite de la qualité des personnes. Par conséquent, les explications qu'il donne sur les art. 26 et 36, offense contre le chef de l'État et contre les chefs d'États étrangers, peuvent s'appliquer à l'art. 37 et réciproquement.

« Nous avons vu », dit-il, « que l'offense (mot substitué par la commission du Sénat au mot outrage qui figurait dans le projet primitif) n'était autre chose que la qualification donnée à l'outrage quand il s'adressait aux chefs d'États... »

Or, Barbier expose ainsi le caractère que l'offense doit présenter pour tomber sous le coup de l'art. 26 : « Il ne suffit pas que les critiques, les censures, les attaques adressées au Président de la République renferment, ainsi qu'on le décidait en 1849, certaines ir-

révérences de langage, de nature à diminuer l'autorité du chef de l'État, etc..., il faut que ces attaques aillent jusqu'à cette offense caractérisée qui s'appelle l'*outrage*, étant bien entendu que cette dernière expression, dans la loi sur la presse, désigne exclusivement les faits qui peuvent être qualifiés *diffamations ou injures* d'après l'art. 29 de cette loi. » Quelques lignes plus bas, le même auteur s'exprime ainsi : « .... l'offense dans le système de la loi nouvelle, c'est l'attaque présentant le caractère de la *diffamation ou de l'injure*... »

Pour Barbier (1), le mot outrage de la loi de 1881, qu'il s'agisse de chefs d'États ou d'agents diplomatiques, comprend l'injure et la diffamation des lois de 1819 et de 1822.

C'est aussi l'opinion de Dutruc (2).

L'opinion de ces auteurs n'est pas universellement admise. D'après MM. Vincent et Penaud (3), le mot outrage est pris ici dans le sens d'injure telle qu'elle était prévue par l'art. 17 de la loi du 17 mai 1819, par conséquent la diffamation est en dehors des prévisions de notre art. 37. D'après MM. Faivre et Benoit-Lévy (*Code manuel de la presse*, p. 180), l'*outrage* puni par l'art. 37 voudrait dire *injure*.

1. Voir BARBIER, *op. cit.*, nos 337, 714, 720 et s.

Nous pensons que cette assimilation de l'offense à l'outrage, abstraction faite de la qualité des personnes, est exacte en ce qui concerne l'interprétation de cette loi, et que telle a bien été l'intention du législateur ; c'est ce qui nous paraît ressortir des paroles du rapporteur de la commission de la Chambre : « Pour qu'elle puisse tomber sous « le coup de la loi, l'offense devra réunir, dans l'application, les mêmes « conditions et caractères que l'outrage, tel que le prévoit l'article 29, § « 2, de la loi nouvelle. »

2. DUTRUC, p. 145, n° 270.

3. *Dictionnaire de droit international*, p. 74.

Quelle conclusion tirer de ce qui précède ? Nous pensons que l'art. 37 est une reproduction altérée des dispositions de lois antérieures sur la presse, qui avaient pour but de protéger spécialement les agents diplomatiques étrangers dans leur honneur et leur légitime susceptibilité. Le mot outrage a dû être employé par les législateurs de 1881 comme un terme générique comprenant toute atteinte contre la personne d'un envoyé. Les travaux préparatoires n'indiquent pas qu'on se soit spécialement occupé, dans la discussion de cet article, de la différence de rédaction qu'il présentait avec les dispositions analogues des lois antérieures. Le silence gardé sur ce point nous porte à croire que l'on n'a pas donné une très grande importance au sens juridique précis à attacher au mot outrage, et qu'il a été pris comme synonyme d'*atteinte quelconque* à la réputation, à l'honorabilité d'un ministre public étranger, que cette atteinte présente les caractères de l'injure ou de la diffamation.

Il nous semble en outre que le législateur se serait formellement expliqué s'il avait voulu faire une innovation aussi importante, en supprimant de ses prévisions la diffamation.

Mais nous reconnaissons que l'on peut tirer un argument sérieux contre notre interprétation du texte de l'art. 47 de la loi de 1881 et de la comparaison entre eux des différents paragraphes qui le composent :

« La poursuite des crimes ou délits commis par la voie de la presse aura lieu d'office et à la requête du ministère public, sous les modifications suivantes :

« 1° Dans le cas d'*injure* ou de *diffamation* envers les  
« Cours, Tribunaux et autres Corps.....

« 2° Dans le cas d'*injure* ou de *diffamation* envers un  
« ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Cham-  
« bre.....

« 3° Dans le cas d'*injure* ou de *diffamation* envers les  
« fonctionnaires publics.....

« 4° Dans le cas de *diffamation* envers un juré ou un  
« témoin.....

« 5° Dans le cas d'*offense* envers les chefs d'États ou  
« d'*outrage* envers les agents diplomatiques étran-  
« gers..... »

Cette distinction très nettement indiquée suivant les cas *et dans une même disposition de loi* entre l'*injure*, la *diffamation*, l'*offense*, l'*outrage*, ne doit-elle pas nous faire repousser l'opinion des auteurs qui soutiennent que le mot *outrage* comprend la *diffamation* *et* l'*injure*? Si nous n'avions que cet art. 47, il serait difficile d'échapper à ce raisonnement. Mais il n'est pas isolé ; il ne fait que *reproduire* les termes des art. 26, 36, 37, etc..... Son but principal est de déterminer les conditions qui, dans chaque cas particulier, devront être remplies pour mettre en mouvement l'action publique.

La question ne nous semble donc pas tranchée, même après la lecture de cet art. 47.

Avant d'en terminer avec les lois sur la presse, il nous reste à signaler une particularité de celle de 1881 : nous voulons parler *du droit de citation directe*, et à indiquer d'une manière générale les principales dérogations qu'elle apporte au droit commun en ce qui concerne les agents diplomatiques. C'est par une dérogation au droit commun, et même à toute la législation antérieure sur la presse, que ce droit appartient à quelques personnes. En effet, le droit de poursuite devant

la Cour d'assises avait toujours été réservé au ministère public *seul*. La loi de 1881, tout en maintenant le principe, a conféré le droit de citation directe devant la Cour d'assises dans les cas suivants :

1° En cas de diffamation ou d'injure aux fonctionnaires publics, dépositaires ou agents de l'autorité autres que les ministres, aux ministres des cultes salariés par l'État et aux citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public (art. 47-3° et 6°);

2° En cas de diffamation seulement, aux jurés et aux témoins (art. 47-4° et 6°);

3° En cas d'offense ou d'outrage aux chefs d'États et aux *agents diplomatiques étrangers* ; la poursuite en ce cas peut, en effet, avoir lieu, aux termes de l'art. 47-5°, soit à leur *requête*, soit d'office, sur leur demande. Il importe peu dès lors que le législateur, après avoir attribué au jury les délits d'offense et d'outrage que le projet primitif déférait à la juridiction correctionnelle, ait omis dans le § 6 de viser le § 5. Celui-ci suffit à consacrer le droit de citation directe au profit des chefs d'États et agents diplomatiques étrangers (1).

Cette dérogation se justifie facilement, car les délits de presse sont déférés, par faveur, à la Cour d'assises, et il n'y avait pas de motifs de priver le plaignant du droit de saisir lui-même la justice, droit qui lui appartient en matière correctionnelle (2).

Le droit de citation directe apporte dans la procé-

1. BARBIER, *op. cit.*, n° 881. Conf. FAIVRE et BENOIT-LÉVY, p. 226 ; FABREGUETTES, t. II, n° 1957. Voir aussi en ce sens la circulaire du Garde des sceaux du 9 novembre 1881.

2. Motif indiqué dans la circulaire ministérielle précitée.

dure des simplifications importantes. Les seules formalités que comporte alors la procédure antérieure à l'audience sont relatives : 1° à la fixation du jour de la comparution ; 2° à la citation à comparaître devant la Cour d'assises ; 3° à la notification de la liste des jurés ; 4° à la notification des témoins (1).

En résumé, outre le droit de citation directe (2), les poursuites intentées pour délits de presse dirigés contre un agent diplomatique apportent les dérogations suivantes au droit commun :

1° C'est la Cour d'assises qui est compétente pour un fait qualifié délit par la loi. Cette dérogation n'est d'ailleurs pas spéciale aux délits de presse commis contre une personne revêtue de ce caractère. Cependant dans quelques cas la juridiction correctionnelle est compétente, notamment lorsque l'infraction est dirigée contre un simple particulier (art. 33) ;

2° Dans ce dernier cas, elle ne peut avoir lieu *que sur la plainte* de la partie offensée ou diffamée (art. 60, 1°). Au contraire, lorsque l'outrage, etc....., est dirigé contre un envoyé étranger, la poursuite peut avoir lieu soit à sa requête, soit d'office, sur sa demande adressée au Ministre des Affaires étrangères qui la transmet au Ministre de la Justice (art. 47, 5°).

Outre les dérogations relatives à la procédure et à la juridiction compétente, dérivant de la qualité d'agent diplomatique, d'autres existent quant à la peine. C'est ainsi que le montant de l'amende

1. Comp. art. 217 et s. du Code d'instr. crim.

2. La citation directe en Cour d'assises, à la requête de la partie lésée, diffère de la citation en police correctionnelle, à la même requête, en ce qu'elle doit être signifiée au ministère public. Il n'en est pas ainsi en matière correctionnelle. Voir BARBIER, n° 975, p. 476.

prononcée est plus élevée lorsque l'injure, l'outrage..., etc., s'adressent à ce dernier, que lorsqu'ils sont dirigés contre un particulier (1). Cette dernière dérogation n'est pas spéciale à la loi de 1881, elle existe dans les lois précédentes.

## § 2. Inviolabilité de la demeure.

L'hôtel de l'ambassade, ou d'une manière générale, la demeure du représentant d'un État étranger, les dépendances, écuries, etc., sont inaccessibles aux officiers de police comme à toute autre autorité de l'État auprès duquel ce représentant est accrédité. Tout ce qui garnit ces lieux bénéficie, par une sorte d'extension, de la même inviolabilité, il en est notamment ainsi pour tout le mobilier de la mission, voitures, équipages, etc. Nous avons vu comment Grotius justifiait cette immunité relativement aux biens, comprenant sous cette expression la demeure et les biens mobiliers : « ils sont « une dépendance de la personne de l'ambassadeur ». Une autre justification nous est donnée dans le *Journal du droit international privé*. « Si l'autorité locale peut, sous le prétexte de poursuivre la répression « d'un crime ou d'un délit, pénétrer dans l'hôtel « d'une ambassade et y pratiquer des perquisitions ou « des saisies, le secret des archives et de la correspondance diplomatique se trouveraient singulièrement compromis » (83. 327 note).

Voyons quelles sont les applications que les auteurs et la jurisprudence font de ce principe.

1. Comp., art. 32 et 37 de la loi.

L'inviolabilité de la demeure ne confère pas le droit d'asile. Nous avons exposé ce point en nous occupant du décret de 1789 sur les lieux privilégiés. Rappelons que les art. 98 et suiv. du Code d'instruction criminelle sont formels en ce sens (1).

Un huissier ne pourrait se présenter dans un hôtel d'ambassade pour y déposer une citation. Le Tribunal de la Seine a même jugé qu'il encourait de ce fait une peine disciplinaire (2).

Les scellés, d'après Martens, ne pourraient être apposés au décès d'un agent diplomatique, sur ses meubles (3).

Il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence sur ce point. Nous n'admettrions qu'avec des restrictions l'opinion de Martens. Les scellés nous semblent être au premier chef une mesure conservatoire et une mesure de *protection* contre les détournements et recels qui pourraient être commis, soit par les héritiers, soit à leur préjudice.

Dans le cas où un malfaiteur aurait commis un crime et qu'un ambassadeur lui eût donné asile, il faudrait agir diplomatiquement. D'après quelques auteurs, si le gouvernement n'obtenait pas satisfaction, les officiers

1. MARTENS, p. 96. MERLIN, *loc. cit.*, sect. 5, § 5. DALLOZ, v° Agent diplom. FOELIX et DEMANGEAT, *Traité de droit international privé*, voir aussi l'arrêt cité du 13 octob. 1865, S. 66, 1. 33. Avant l'abolition de l'esclavage aux États-Unis le fait de s'être mis au service d'un agent diplomatique n'empêchait pas un esclave qui s'était réfugié dans les jardins attenants à la légation (ou une autre personne soumise à l'autorité d'une autre) d'être repris par son maître (ou son supérieur), (1 op. 141, Lincoln, 1804, WHARTON, *Dig.*, § 92).

2. Trib. Seine, 2 juillet 1834.

3. MARTENS, *Droit des gens*, t. II, p. 235. Voir sur les scellés, l'immunité de juridiction civile, même section, § 5. Voir *infra*, pour l'inventaire.

de police judiciaire pourraient pénétrer dans l'hôtel. C'est notamment l'opinion de Martens.

Un arrêt de rejet de la Cour de cassation, déjà mentionné s'exprime ainsi (1) : « .... Attendu que le demandeur n'appartient à aucun titre à l'ambassade de Russie... que le lieu où le crime a été commis ne peut non plus, en ce qui le concerne personnellement, être réputé *en dehors des limites du territoire*... que l'action et la compétence de la justice française étaient dès lors incontestables ». Ainsi, limitation du domaine de l'inviolabilité de l'hôtel. On ne saurait prétendre qu'il soit nécessaire de recourir à une extradition véritable. Le gouvernement russe l'avait d'abord soutenu ; mais, sur les observations du gouvernement français, il retira sa demande.

On remarquera que cet arrêt tranche plusieurs questions : détermination des personnes qui peuvent se prévaloir de l'inviolabilité personnelle, détermination des limites à apporter au principe de l'inviolabilité réelle de l'hôtel de l'ambassade et maintien en dehors de ces limites de la compétence absolue de la juridiction française (voir l'arrêt et les motifs).

L'hôtel de l'agent est dispensé du logement militaire et des taxes qui le remplacent dans un grand nombre de pays (2). Enfin le privilège d'inviolabilité réelle ne protège que l'habitation occupée par le représentant (avec les extensions que nous avons indiquées), mais non pas les propriétés foncières qu'il exploite en qualité de simple citoyen. Suivant certains auteurs, et notamment ESPERSON (*Diritto diplomatico*, n° 311), l'exemp-

1. Cass. crim. 13 octobre 1865, SIREY, 66, 1, 33.

2. MARTENS, *Précis*, par Vergé, § 228.

tion des taxes réelles est une règle de droit international ; mais comme nous le verrons, en parlant des impôts, ce principe est certainement faux en France. Ainsi, l'hôtel d'un ambassadeur ne jouirait de certaines immunités qu'autant qu'il lui servirait d'habitation et contribuerait à assurer sa liberté et sa position de représentant à l'étranger (1).

§ 3. — Immunités disparues. Franchise des quartiers et billets de protection.

Il nous reste à dire quelques mots de deux institutions disparues, ayant un rapport plus ou moins direct avec les privilèges qui sont assurés à la demeure d'un représentant étranger : ce sont la franchise des quartiers et les billets de protection. Elles offrent à ce titre un intérêt historique.

On peut définir la franchise des quartiers ou *jus quarteriorum* (2) une extension aux maisons situées dans

1. En ce sens, Vattel, *op. cit.*, IV, § 117. Bluntschli, *op. cit.* Pinheiro Ferreira soutient que l'agent doit la taxe, parce qu'il profite comme les autres habitants de la sécurité que ces contributions procurent. Pradier Fodéré répond à cet argument que les Ministres étrangers ne sont pas ressortissants du pays et ne peuvent être considérés comme habitants, d'après le sens du mot en droit : en effet, ils sont soustraits à la juridiction locale même criminelle. L'art 3 du Code civil français (reproduit dans la plupart des pays) soumet à la juridiction pénale tous ceux qui habitent le territoire. Ceux qui n'y sont pas soumis sont donc considérés au moins à ce point de vue comme n'habitant pas le territoire.

2. Consulter BYNKERSHOECK, *De judice competente legatorum*, chap. XXI ; Vattel, *Droit des gens*, liv. IV, chap. IX ; de Martens, *précis*, § 221 ; Pradier Fodéré, *Cours de droit diplomatique*, t. II, p. 77 ; Phillimore, *commentaries*, II, p. 234 ; Wheaton, ed. Dana, 227 ; Laurent, *op. cit.*, t. III, p. 131.

un rayon autour de la demeure d'un agent diplomatique (en général celles situées dans le même arrondissement), des privilèges accordés à cette demeure.

Pour comprendre à quel point ce droit était contraire au bon ordre dans un État, il faut se rappeler qu'il était accompagné *du droit d'asile* en vertu duquel les lieux occupés par l'ambassadeur servaient de refuge à toutes les personnes qui voulaient échapper à la police et aux tribunaux (F. DE MARTENS, Droit international). Un malfaiteur pouvait donc s'y cacher et se trouver ainsi sous la protection de l'envoyé. Selon son bon plaisir, il le livrait ou lui assurait l'impunité. Il arriva même que l'on conspirait contre le gouvernement, et celui-ci n'avait aucun moyen de l'empêcher, en vertu de la franchise dont jouissait tout le quartier.

Cette institution avait ainsi donné lieu à de nombreux abus. Aussi fut-elle énergiquement combattue par les souverains. Les Puissances finirent même par s'entendre à ce sujet et décidèrent de ne plus recevoir les envoyés qui ne renonceraient pas d'avance expressément à ce privilège.

La franchise des quartiers avait disparu au XVII<sup>e</sup> siècle de la plupart des pays. Néanmoins elle continua de subsister à Madrid, à Venise, à Francfort-sur-le-Mein et à Rome. En Espagne, l'abolition de cette franchise remonte à deux ordonnances de 1594 et de 1684 ; à Francfort-sur-le-Mein, à l'époque de l'élection et du couronnement de l'empereur d'Allemagne.

C'est à Rome que la franchise des quartiers disparut en dernier lieu. La Papauté s'y était de tout temps montrée hostile et l'avait toujours combattue. Ce ne fut cependant que sous le pontificat d'Innocent XI

qu'elle cessa d'exister. Ce pape rendit en 1687 une bulle l'abolissant formellement (1).

Voici le préambule de cet intéressant document historique :

*Bulle du pape Innocent XI relative à la franchise des quartiers des ambassadeurs à Rome (en allemand) de l'an 1687).*

*Innocentius, Episcopus, servus servorum Dei, ad perpetuam rei memoriam. Cum alias felicissimæ recordationis Julius P. P. III Prædecessor noster inscriptam constitutionem, etc....*

*.... Cum civitates et loca omnia, in quibus sanctissimum Christi nomen colitur, deceat esse facinorosis hominibus expiata atque purgata, nemo est, qui non intelligat, quam maxime oporteat aliam urbem nostram Apostolorum Petri ac Pauli, ac tot Martyrum sanguine consecratam, in qua summus Pontifex cum sacro Cardinalium Collegio residet, et ad quem ex omnibus mundi partibus veluti ad portum saluberrimum gentes conflunt, quæ denique communis omnium Patria censetur esse, ipsis facinorosis hominibus vacuam....*

*.... (Le pape rappelle ensuite les constitutions et les bulles qui ont été rendues par ses prédécesseurs contre les malfaiteurs et déplore l'abandon où elles sont tombées).... opera pretium censuimus, constitutiones ipsas approbare et innovare prout illas motu proprio, et ex certa scientia, cum omnibus et singulis censuris in eis contentis, harum serie approbamus et innovamus. Et insuper, quia (sicut accepimus) quorundam eo usque processit licentia, ut non solum homicidas et facinorosos ac alios perditso,*

1. SCHMAUSS, *Corp. jur. gent. academ.*, p. 1669, t. I.

*contra juris et sacrarum constitutionum prædictarum prohibitionem receptare audeant, sed etiam domos suas, NEC NON VIAS PUBLICAS ET PLATEAS, QUÆ CIRCA DOMOS SUNT, facinorosis ipso, tutum refugium et quasi portum esse velint, signatis etiam franchitarum, nomine quodammodo limitibus in via, quos justitiæ ministris ingredi non liceat. Nos abominabile, et detestandum franchitarium hujusmodi nomen penitus abolemus, ac perpetuo abolitum fore decernimus. Volumus enim causarum capitalium iudicibus, Barisellis, apparitoribus et aliis justitiæ præfectis et ministris quascumque vias et plateas, ædes et domos, ad requirandos, capiendos et debitis pœnis afficiendos facinorosos homines, diu noctuque liberas et apertas esse (1).*

Le pape prononce ensuite des peines contre ceux qui contreviendront aux dispositions de la bulle, peines variant, suivant que la résistance aura été ou non opposée à main armée. En outre, il menace les contrevenants de peines spirituelles, et de la colère de Dieu et des apôtres Pierre et Paul : « *Si quis autem hoc attentare* »  
« *præsumperit, indignationem omnipotentis Dei, ac beatorum Apostolorum Petri et Pauli se noverit incursum.* »  
La fin de la bulle est conçue dans des termes analogues et supprime la franchise des quartiers pour les débiteurs qui voudraient se soustraire aux voies d'exécution légales en se réfugiant « *ad ædes Magnatum, S. R. E. Cardinalium et oratorum principum* » (ambassadeurs).

Malgré son titre de roi très chrétien, Louis XIV ne tint aucun compte de cette prohibition : son ambassadeur parut à Rome accompagné d'une suite de 800 hommes. En dépit des objurgations, des colères, des

1. Cette phrase a une certaine analogie avec la teneur de l'art. 93 du Code d'inst. crimin. français précité.

refus d'audience du St-Père, de la défense qui fut faite aux cardinaux d'entrer en communication avec lui, il maintint par la force le privilège de la franchise des quartiers aboli par le pape. Cette situation dura jusqu'en 1689. La France finit par céder, à la mort d'Innocent XI, survenue à la fin de cette année 1689 (1). Malgré la suppression de la franchise des quartiers, les agents diplomatiques continuèrent à jouir de l'inviolabilité de l'hôtel (2). Nous n'y reviendrons pas.

Disons quelques mots d'une autre attribution des ministres publics, aujourd'hui disparue : le droit d'accorder des *billets de protection* à des personnes étrangères à leur mission, soit pour exercer des métiers dont la liberté était restreinte, soit à d'autres fins.

M. Lehr admet (§ 1058) que ce privilège n'existe plus nulle part. Il était cependant reconnu encore en 1864 lors de la publication du « précis du Droit des gens » par G. F. de Martens : « Si cet abus a subsisté « et se tolère encore aujourd'hui en quelques endroits, « il ne peut être considéré comme généralement « admis » (3). Lors des réunions de l'ancienne Diète

1. Consulter sur cet incident, VOLTAIRE. *Siècle de Louis XIV*, chap. XIV et LAURENT, *op. cit.*, t. III.

2. Une question intéressante se présente ici : si un ministre public étranger n'occupe qu'un ou deux étages dans une maison, soit pour son habitation, soit pour l'ambassade elle-même, faut-il déclarer que, par une sorte de survivance de la franchise des quartiers, l'immeuble *tout entier* bénéficiera des immunités diplomatiques ? Nous ne le pensons pas. Il faudrait toutefois user de certains ménagements avant d'y envoyer par exemple la gendarmerie pour une arrestation à y opérer, au cas où un malfaiteur s'y serait réfugié. On pourrait avertir, au préalable, l'ambassadeur. Nous n'avons pas trouvé de décisions sur ce point. Il serait intéressant que la jurisprudence fût appelée à décider en quelle mesure l'immeuble bénéficierait de la franchise reconnue à l'un des appartements qui en font partie.

3. La Porte expédie aux ministres étrangers des *barats* pour exemp-

de l'Empire germanique, les ministres de l'Empire étaient en possession du droit d'accorder des lettres de protection ; la Diète de la Confédération germanique (1814) a renoncé à ce droit (1). La Confédération de l'Allemagne du Nord (Norddeutscherbund) en 1867, remplacée en 1871 par l'empire allemand, n'ont jamais rétabli les lettres de protection.

#### § 4. — Du transit.

On est amené à se demander si l'inviolabilité doit s'étendre aux pays que l'agent diplomatique *ne fait que traverser*, après avoir fait connaître sa qualité et en avoir reçu l'autorisation, pour arriver au pays où il est accrédité. Grotius décide que les immunités, et notamment l'inviolabilité, ne peuvent être invoquées à l'égard des puissances sur les terres desquelles les ambassadeurs passent sans en avoir la permission (2).

Il a été rendu sur ce point une décision du plus haut intérêt par les États-Généraux de Hollande, en 1679.

ter de sa juridiction des personnes auxquelles les ministres étrangers donnent des *lettres de protection*. (Voir dans MARTENS, *Recueil*, t. II, p. 218, le traité entre l'Espagne et la Porte, de 1782, art. 3.

1. A la Diète germanique, les ministres n'étaient pas autorisés à accorder leur protection à des personnes qui n'appartenaient pas à la légation (consulter sur ce point MOSES *Versuche*, 146 f. IV, 320 et ses *Beitrag*, IV, 257, f. 209. *Öffentliches Recht des deutschen Bundes*, § 131, par KLUBER). La Porte a stipulé, dans divers traités, que des ministres ou des consuls étrangers ne pourraient accorder des patentes de protection à des sujets turcs, par exemple, dans le traité conclu avec l'Angleterre, le 5 janvier 1809, art. 10, MARTENS, *Rec. suppl.*, V. 162.

2. GROTIUS, *loc. cit.*, § 5, 2. Grotius donne plusieurs exemples, pris dans l'histoire, de la situation faite aux envoyés, de passage sur le territoire d'un pays tiers. Consulter spécialement les notes 5, 9. Voir aussi l'examen des doctrines de Grotius, *suprà* HEFFTER, p. 489, GUICHARD, *Traité des droits civils*, n° 243.

Depuis l'année 1644 de nombreuses questions relatives à l'inviolabilité diplomatique avaient été soulevées devant les tribunaux des Pays-Bas. Le 19 décembre 1644, les États de Hollande ayant fait part à la Cour de justice de la même province, des plaintes que formait contre elle l'ambassadeur du roi de Suède, elle répondit qu'elle avait juridiction sur les ambassadeurs, « en ce qui ne concernait pas l'exercice de leur emploi ». Quelques années après, le résident de Portugal fut arrêté pour dettes, parce qu'elles avaient été contractées pendant son ministère; enfin, à peu près à la même époque, le tribunal cita un ambassadeur d'Espagne devant lui pour un contrat de louage. — Mais, en d'autres occasions, cette Cour de justice reconnut n'avoir aucune juridiction sur les ministres étrangers. Notamment en 1651, les créanciers d'un autre ministre de Portugal ayant demandé à la Cour un mandat d'arrêt contre lui, ne purent l'obtenir quoique les États-Généraux lui eussent fait signifier qu'ils ne le regarderaient plus désormais comme ambassadeur. Mais les États de Hollande ayant été consultés par la Cour, répondirent que l'ordonnance des États-Généraux par laquelle Leurs Hautes Puissances avaient déclaré qu'elles ne considéreraient plus désormais ce ministre étranger comme ambassadeur, regardait seulement le sujet de sa négociation, et non sa personne, à l'égard de laquelle on n'avait prétendu donner aucune atteinte au droit des gens. La même année, l'ambassadeur d'Espagne s'étant plaint aux États-Généraux de ce que l'ambassadeur de France avait intercepté ses lettres, et demandant qu'ils en fissent informer, ils répondirent que la connaissance de cette affaire n'appartenait

qu'aux deux rois, maîtres chacun de l'un de ces ministres ».

La jurisprudence hollandaise était donc des plus incertaines. Cependant le parti adopté dans ces deux dernières occasions prévalut enfin dans la législation batave. Le 9 septembre 1679, les États-Généraux rendirent une ordonnance peu connue établissant formellement l'immunité de juridiction dont devaient jouir les envoyés diplomatiques, non seulement pour ceux qui seraient accrédités et établis dans les Pays-Bas, mais aussi pour ceux *qui ne feraient qu'y passer*. C'est un des rares documents législatifs où ce dernier point soit explicitement réglé. Il dispose que « les  
« personnes, domestiques, ou effets des ambassadeurs  
« ou ministres, venant en ces pays, y résidant ou y  
« PASSANT, et y contractant quelques dettes, ne pour-  
« ront pour aucune telle dette qu'ils y aient contrac-  
« tée, être arrêtés, saisis ou détenus, ni à leur arrivée,  
« ni pendant leur séjour, ni à leur départ de ce pays ;  
« et que les habitants auront à se régler là-dessus, en  
« ce qu'ils voudront contracter avec les susdits am-  
« bassadeurs ou domestiques » (VOIR WICQUEFORT, *L'ambassadeur et ses fonctions*, et AITZEMA).

La doctrine suivie par l'ordonnance, garantissant les immunités diplomatiques aux agents *de passage* comme aux agents accrédités et fixés dans le pays, est soutenue notamment par Merlin et Lorimer, mais elle est combattue par Calvo : le ministre public, dit-il, ne jouit du privilège de l'inviolabilité *que sur le territoire du souverain près lequel il est accrédité* ; si, pour affaires se rattachant à ses fonctions, il est obligé de traverser d'autres pays, *ceux-ci ne lui doivent que des*

*égards personnels* et des actes de courtoisie dont l'oubli pourrait offenser le souverain représenté.

D'après Heffter (§ 207), les immunités s'appliquent uniquement aux rapports établis entre l'agent diplomatique et le gouvernement auprès duquel il est accrédité, mais nullement aux rapports qui existeraient entre lui et des pays tiers. Ces derniers ne seraient tenus vis-à-vis de lui qu'à l'observation des égards qu'ils accordent aux simples particuliers, et notamment à ceux appartenant à la même nationalité. Néanmoins l'intérêt général des États est de ne pas troubler inutilement le commerce diplomatique. Une espèce de convention tacite les oblige même à le favoriser autant que possible.

La question du transit se posa, en 1854, à l'occasion du réfugié français, Soulé, ministre des États-Unis à Madrid. Le Gouvernement du second Empire lui avait accordé l'autorisation de traverser la France pour se rendre à son poste, mais il lui refusa le droit de séjour sur le territoire français (voir le *Moniteur* du 8 novembre 1854).

« Indubitablement » dit Geffcken (en note *loc. cit.*), « le Gouvernement français était dans son droit en « agissant ainsi vis-à-vis d'un ministre étranger dont « les antécédents avaient éveillé l'attention des autori- « tés françaises ».

Dans une correspondance échangée à ce sujet entre le Gouvernement impérial et celui des États-Unis, M. Drouin de Lhuys écrivit la phrase suivante : « M. Soulé n'est pour nous qu'un simple particulier. » Nous trouvons cette phrase trop absolue, et le Ministre des Affaires étrangères se départissait en l'écrivant de la courtoisie due à un agent diplomatique, même accrédité

auprès d'une tierce puissance. L'incident n'eut d'ailleurs pas de suite.

Suivant nous, l'agent diplomatique de passage sur le territoire d'un pays tiers doit être mieux traité qu'un simple particulier, pourvu qu'il soit en mesure de justifier de sa qualité d'une manière non équivoque. Mais il ne doit pas pouvoir invoquer les immunités proprement dites des agents diplomatiques résidant dans le pays où ils exercent leurs fonctions.

Il faut appliquer ici l'axiome : *exceptio est strictissimæ interpretationis*. Or nous sommes ici en matière absolument exceptionnelle. La disposition de l'art. 11 de la loi italienne, dite *des garanties*, du 13 mai 1871, nous paraît une dérogation au droit commun (1). Elle accorde, en effet, aux envoyés du pape près les gouvernements étrangers, dans le territoire du royaume, les prérogatives et immunités en usage dans le droit international, tant pour se rendre au lieu de leur mission que pour en revenir. Mais cette dérogation ne justifie pas des raisons de nécessité absolue : le Saint-Siège étant maintenant situé sur territoire italien, ne pouvant avoir de rapports avec d'autres puissances qu'en empruntant ce territoire.

Il existe peu de documents sur la matière.

Le principe posé par l'ordonnance de 1679 ne paraît pas avoir prévalu partout ; loin de là. Vingt ans après, en 1711, le roi de Suède, Charles XII faisait arrêter, juger, rouer et écarteler l'ambassadeur du roi de Pologne à la cour de Pierre-le-Grand, le malheureux Patkul. Nous ne savons si l'ordonnance de 1679 est encore en vigueur dans les Pays-Bas. Il est difficile de

1. Voir appendice.

l'affirmer en présence des fréquents changements politiques qu'a subis ce pays depuis cette époque : séparation (1797) de la Belgique, réunion (1814) à la Belgique, Révolution de 1831 et divorce définitif entre les deux pays.

Même ceux qui admettent l'inviolabilité des ambassadeurs de passage dans un pays tiers, accordent qu'il faut que ces derniers soient reconnus comme tels par ce pays. Autrement ils devraient s'attendre à être traités comme de simples particuliers. En temps de guerre ils devaient être munis d'un sauf-conduit (voir PHILLIMORE, 1, 2, n. 174). Nous avons vu que cette qualité est suffisamment établie par une lettre du Ministre des Affaires étrangères.

## SECTION II. — EXEMPTION DE LA JURIDICTION PÉNALE

Les agents diplomatiques sont exempt de la juridiction criminelle. C'est un des principes du droit des gens les plus universellement admis (1). Nous verrons dans un instant que cette immunité est cependant combattue par beaucoup de publicistes modernes, notamment de l'école belge et italienne (2). Nous aurons à examiner les principaux arguments qu'ils invoquent contre son existence et son principe.

L'exemption de la juridiction pénale a été formellement reconnue en France, aux ministres publics étrangers, par le décret de la Convention du 13 ventôse

1. Vattel, CH. DE MARTENS, GROTIUS, BYNKERSHOEK, etc.

2. FAUSTIN-HÉLIE, *Instr. crim.*, t. II, l. II, ch. V, § 127. ESPERSON, *op. cit.*, n° 206 suiv., 243 ; surtout LAURENT, *op. cit.* t. III, 169 et s., PRADIER-FODÉRE, *Cours*, t. II, p. 164 et s.

an II, encore en vigueur. Les réclamations qui pourraient s'élever contre eux devraient être portées au Comité de Salut Public (1), « seul compétent *pour y faire droit* ».

Par conséquent, un Français qui prétendrait avoir à se plaindre d'un agent diplomatique étranger, à raison d'une infraction, devrait faire tenir sa plainte au gouvernement français. Mais quel serait le rôle du gouvernement ? Pourrait-il prendre telle mesure que bon lui semblerait ? D'après Mangin, il est investi, par ce décret, du droit exclusif d'examiner les réclamations qui peuvent s'élever contre les ministres des puissances étrangères, et *c'est à lui seul qu'il appartient* de poser les limites des exceptions qui les concernent. (2) Le gouvernement serait donc seul arbitre, dans ce système, des mesures à prendre contre le coupable.

Ce système est également celui de Laurent (3). Cet auteur critique l'interprétation de Vergé sur Martens, d'après laquelle la Convention a entendu disposer que la voie des relations diplomatiques était la seule à suivre pour donner satisfaction aux intérêts privés qui se trouveraient lésés par un ministre étranger.

Il n'est pas parlé dans le décret, répond Laurent, de relations diplomatiques. C'est au contraire le Comité de Salut Public qui est déclaré seul juge. En outre, il n'est rien dit des intérêts privés ; le décret ne s'occupe

1. Aujourd'hui au Ministère des Affaires étrangères. Décret du 22 messidor, an XIII.

2. *L'action publique*, I, p. 158.

3. *op. cit.*, tome III, 8.

que des attentats contre la personne des ambassadeurs. Donc la Convention déclarait s'en remettre au Comité de Salut Public qui concentrait tous les pouvoirs dans sa main.

Nous combattons absolument cette manière d'interpréter le décret de ventôse. Que devient le principe de l'exemption de la juridiction pénale, si le gouvernement s'arroge le droit de poser les limites des exceptions qui concernent les ministres publics étrangers? C'est l'arbitraire le plus complet introduit dans une matière où le droit public moderne a établi des règles précises et positives.

Une tradition plusieurs fois séculaire veut que toutes les fois qu'un agent diplomatique commet une infraction, le droit du gouvernement se borne, sauf le cas de péril grave imminent, à dénoncer l'agent inculpé à son gouvernement et à exiger sa punition ou au moins son rappel. « On peut les accuser devant leur maître, » dit Montesquieu, « qui devient par là « leur juge ou leur complice ». Cette doctrine était déjà consacrée à Rome : « *Legati ex delictis in legatione commissis coguntur judicium Romæ pati, sive ipsi admiserunt, sive servi eorum* » (1). C'était donc à Rome que le représentant du peuple romain devait répondre des délits commis par lui dans l'exercice de ses fonctions en pays étranger.

D'après Martens (2), si le ministre public se rend coupable de quelque infraction contre l'ordre public, s'il conspire, s'il se rend suspect ou coupable, ses ac-

1. L. 24, § 1. *De judiciis*, D. 1. V, t. 1.

2. *Guide diplom.*, n° 27.

tes doivent être réprimés, « mais par son *constituant seul* ».

L'opinion de Mangin lui est donc absolument personnelle et ne nous paraît pas soutenable.

L'exemption de la juridiction criminelle reçoit des limitations très nettes quant aux personnes qui peuvent l'invoquer. Nous venons de voir qu'elle ne pourrait l'être par un individu entièrement étranger au personnel de la mission, même si le crime avait été commis dans l'ambassade (Cass., 13 oct. 1865).

Cette distinction faite par la jurisprudence française ne lui est pas spéciale. Elle est reproduite dans un jugement du tribunal régional de Berlin, en date du 26 novembre 1880. Il décide en termes presque identiques, que le crime ou délit commis, même par un national de l'ambassadeur, dans l'hôtel d'une ambassade, lorsque cet Étranger ne fait pas partie du personnel de cette ambassade, doit être considéré comme commis sur le territoire allemand et que la juridiction locale est compétente (1).

Nous verrons même que l'immunité criminelle soulève des controverses en ce qui touche le personnel *non officiel* d'une légation. Elle n'est pas reconnue à cette catégorie d'individus avec la même étendue que l'immunité civile, quoiqu'elle présente moins de danger que cette dernière. La Cour de cassation a décidé, par un arrêt de rejet, que la juridiction locale était compétente pour juger un crime commis par l'intendant de l'ambassade d'Angleterre dans l'hôtel même (2).

1. CLUNET, 82, 327, et la note. Voir chap. I<sup>er</sup> *in fine*, les art. 18 et 19 du Code d'organisation judiciaire allemand.

2. *Cassation rejet*, 11 juin 1852, SIREY, 52, 1, 467.

Nous avons d'ailleurs consacré un chapitre à l'examen des limites que devaient recevoir les immunités quant aux personnes *dépendant d'une mission* (notamment l'immunité criminelle). Nous ne faisons donc pour le moment qu'indiquer la question (1).

L'exemption s'applique aux autres catégories d'infractions : délits, contraventions, comme aux crimes mêmes (2).

Faut-il tenir compte ou non de leur degré de gravité pour les soumettre à la juridiction locale ? On décide en général la négative, adoptant ainsi l'opinion de Grotius (3). Par conséquent un agent qui se serait rendu coupable d'un assassinat ne peut être renvoyé devant les tribunaux locaux. Cette solution est incontestée en France et dans la plupart des États (voir *Documents législatifs*, chap. I, *suprà*).

Toutefois, en Angleterre, cette opinion est combattue par des auteurs éminents, tels que Coke (4), Comyns (5), Hale (6), Foster (7). Elle y est cependant admise en pratique et enseignée par bon nombre de jurisconsultes, notamment par Phillimore et Blackstone (8).

1. Voir chap. III.

2. LEHR, *op. cit.*, n° 1110 et suiv.

3. *Op. cit.*, liv. II, ch. 18. Conf. VATTEL. WIQUEFORT et les Allemands.

4. 4th. Inst. 15-3.

5. *Dig.* mot *ambassador*.

6. *Pleas of the Crown*, 1199.

7. *Crown law*, 188.

8. PHILLIMORE, *Intern. law.*, t. II, p. 196, n° 156. — BLACKSTONE, *Comment.* I, 253-254. Ce dernier fait remarquer que, quelle qu'ait été l'opinion des anciens jurisconsultes, on suit de son temps la doctrine de Grotius. — Voir aussi LAURENT, *op. cit.*, 112. L'auteur belge se prononce naturellement pour la compétence locale quant aux délits très

Faut-il tenir compte de la nature des infractions commises par un agent diplomatique (abstraction faite de leur gravité)? Un crime contre la sécurité de l'État étranger, tel qu'une conspiration contre le gouvernement établi ou le souverain auprès duquel il est accrédité, doit-il être assimilé, quant aux principes de l'exemption, à un crime de droit commun?

Cette question est une des plus controversées de la matière.

Les anciens auteurs admettaient la compétence de la juridiction pénale locale, quant à cette catégorie de crimes (1). Cependant, on a vu que le Régent qui prit des mesures relativement énergiques contre Cellamare, n'émit pas un seul instant la prétention de le faire juger en France pour complot contre la sûreté de l'État. L'opinion des anciens publicistes était donc singulièrement atténuée dans la pratique (2).

Aujourd'hui l'opinion la plus généralement admise est que l'exemption doit exister dans cette hypothèse comme dans le cas de crimes d'ordre privé, car on

graves. « Quand il s'agit de crimes que la justice universelle punit, il « faut que les ambassadeurs, comme tout homme, subissent la peine « que la loi de la nature inflige aux criminels ». Il va donc plus loin que les auteurs anglais Coke, Comyns, etc.

1. MERLIN, *rép.* v<sup>o</sup> ministre public, sect. V, § 4, PRADIER-FODÉRÉ. *Cours*, II, 178 note.

2. Voir l'opinion de GROTIUS, *suprà*, (*inviolabilité de la personne*, après la relation de la conspiration de Cellamare). WICQUEFORT, livre I, section III et XXVII, rapporte l'incident de l'évêque de Ross, convaincu d'avoir conspiré contre la reine Elisabeth pour tirer Marie Stuart de captivité. Cinq des plus célèbres jurisconsultes d'Angleterre, consultés sur la question du maintien des privilèges à ce dignitaire dans cette hypothèse, se prononcèrent pour l'affirmative, et cela quoique l'évêque ne fût plus que le représentant d'un souverain détrôné.

ne peut d'une manière générale intenter un procès contre le représentant d'un État étranger (1).

Mais nombre d'écrivains font une distinction entre les *mala prohibita* et les *mala in se*, et principalement entre les *privata* et les *publica delicta*, admettant l'exemption pour les uns, la refusant pour les autres.

L'auteur qui passe en revue ces distinctions, Phillimore, estime que les raisons invoquées pour l'exemption dans le premier cas sont vraies dans le second : parce que 1° la nature des fonctions d'un ambassadeur exige, en effet, la plus entière liberté dans toutes les circonstances. *Securitas legatorum utilitati quæ ex pæna est preponderat* (2); et 2° il est le représentant d'une autre personne, et cette qualité lui est reconnue par un contrat tacite au moment où il a été accrédité dans le pays où il exerce ses fonctions (3).

Cependant, s'il y a violence ouverte, l'État lésé n'est point absolument désarmé, et le coupable n'échappe point à toute punition. Grotius décidait, nous l'avons vu (voir chap. I<sup>er</sup>) que le ministre public qui se rendait coupable de violence armée contre le gouvernement du pays où il était accrédité pouvait être tué impunément, non pas à titre de peine, mais en usant du droit de légitime défense. (*Quod si vim armatam intentet legatus, sane occidi poterit, non per modum pænæ sed per modum naturalis defensionis.*) L'État lésé peut prendre les mesures les plus énergiques pour arrêter les intrigues dirigées contre lui par l'agent étran-

1. PHILLIMORE, *International law*, t. II, n° CLVII.

2. GROTIUS, *loc. cit.*

3. « Ils sont la parole du prince qui les envoie et cette parole doit « être libre » (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Pt. II, l. XXVI, c. 21).

ger. « Pour ce qui est des crimes d'État », dit Garden, « les mesures les plus sévères peuvent être  
« prises à l'égard d'un envoyé, qu'il ait agi d'après  
« les instructions de sa cour ou spontanément; à la  
« vérité, il n'est pas permis, dans ce cas même, de  
« lui faire subir une peine corporelle, mais le droit de  
« le faire arrêter et transporter, sous escorte, hors des  
« frontières, est réclamé sans opposition par toutes  
« les puissances. Si le délit a causé un scandale pu-  
« blic, ajoute le même auteur, le Prince porte ses  
« plaintes au souverain du ministre, demande même le  
« rappel ou la punition du coupable, et il y a des  
« exemples, qu'en pareille circonstance, on a interdit  
« à l'envoyé de paraître à la Cour. Si le fait est avéré,  
« on ne saurait refuser son rappel ou sa punition (1).»

Phillimore admet que l'État peut opposer la force à la force (*It is the duty and the right of the injured State, unter these circumstances, to oppose force to force*), et que, dans le cas où un ministre public trame quelque machination secrète, le gouvernement menacé a le droit de s'assurer de la personne de l'agent diplomatique et de l'éloigner. En cas d'un délit privé (*privatum delictum*), on devrait toujours obtenir qu'il fût renvoyé devant la juridiction compétente de son pays.

L'hypothèse d'un acte de violence à main armée de la part d'un ministre public n'offre guère qu'un intérêt d'école. Mais celle d'une conspiration, de machinations contre l'État, faites sous le couvert des franchises diplomatiques, peut se présenter. Il sera d'ailleurs toujours difficile de déterminer en quelle me-

1. DE GARDEN, *Tr. de dipl.*, vol. II, p. 150-151.

sure tel ou tel acte commis par un ambassadeur constitue un fait personnel ou l'exécution stricte et ponctuelle des ordres reçus de son mandant. Nous pensons, que l'exemption doit être assurée d'une manière plus complète aux crimes et délits d'un ministre étranger, lorsqu'ils présentent un caractère public ou d'un ordre privé et politique, qu'aux crimes et délits de droit commun. En effet, on peut admettre théoriquement qu'un agent étranger soit plus ou moins responsable des faits qu'il accomplit comme simple particulier ; mais ceux qu'il accomplit comme représentant d'un État souverain échappent logiquement à toute répression. Or les infractions politiques appartiennent certainement à cette dernière catégorie (1).

### § 1. Juridiction administrative pénale (en France).

Les conseils de préfecture ont une compétence pénale, à l'effet de prononcer des peines pour les contraventions de *grande voirie* : usurpations sur la voie publique, dégradations, enlèvements de terre ou de matériaux, violation des règlements relatifs à l'alignement, etc... (2).

En cette matière, le conseil de préfecture joue le rôle de tribunal de police correctionnelle. Ces peines

1. Consulter sur ces divers points : PHILLIMORE, *loc. cit.*; DE GARDEN, *loc. cit.*; GROTIUS, *loc. cit.*; KLUBER, *op. cit.*, 211 ; STEPHENS, (BLACKTONES). Comm. II, p. 498, (éd. 1858).

2. Voir la loi du 29 floréal an X.

ont été fixées par des arrêts du Conseil du Roi et expressément maintenues par la Constituante. Elles consistent dans un emprisonnement et dans des amendes tantôt fixes et tantôt *arbitraires*. De graves modifications ont été successivement apportées à cette compétence pénale des conseils de préfecture par les lois du 23 mars 1842 et du 24 mai 1872.

Ils ont cependant encore le droit d'exercer une juridiction pénale pour certaines contraventions à la police du roulage (1). Ils prononcent des amendes qui varient de 3 à 50 francs.

Les agents diplomatiques accrédités en France seront-ils soustraits à cette juridiction pénale administrative, comme ils le sont à la juridiction pénale des tribunaux judiciaires ? Nous répondons oui sans hésiter. Les mêmes raisons qui militent en faveur de l'exemption de la juridiction pénale ordinaire peuvent être invoquées ici. Les termes généraux du décret de ventôse ne permettent pas de faire une distinction qui n'aurait du reste aucune raison d'être.

Cette question n'est pas soulevée par les auteurs que nous avons consultés : ils ne se la sont vraisemblablement pas même posée, tant la réponse leur paraissait certaine.

## § 2. Critique de l'exemption de la juridiction pénale.

Nous avons dit au début de cette section que l'immunité de la juridiction criminelle a été l'objet de violentes attaques, notamment de la part des jurisconsultes

1. Voir la loi du 30 mai 1851.

belges et italiens. L'examen sommaire des principaux arguments qu'ils invoquent contre le principe complétera les explications qui précèdent.

Le plus connu des adversaires de l'exemption est certainement Laurent. Il est du reste opposé à toute espèce d'immunités diplomatiques. Spécialement en matière criminelle, le privilège a le don de le mettre hors de lui :

« Ma conscience d'homme et de légiste se soulève  
 « contre un droit qui est la violation du droit.... Gro-  
 « tius a justifié l'impunité, la sécurité des ambas-  
 « sadeurs l'emportant sur l'utilité qui résulte de la  
 « peine..... Est-ce qu'on ne punit les criminels que  
 « parce qu'il est *utile* de leur infliger une peine? La  
 « justice est-elle une affaire de calcul et d'intérêt? »  
 Et plus loin : « On supprimerait les ambassades, où  
 « l'on enlèverait aux ambassadeurs toutes leurs immu-  
 « nités, que le monde n'en irait pas plus mal; tandis  
 « que là où il n'y a point de justice, il n'y a plus de so-  
 « ciété. Il faut donc dire que la justice l'emporte sur  
 « l'utilité des ambassades. » (1)

Ces quelques citations suffiront pour se rendre compte du point de vue excessif auquel se place Laurent et des conséquences inattendues auxquelles son imagination l'entraîne. De l'inconvénient que présente, selon lui, l'immunité de la juridiction répressive, il en vient à proposer l'abolition des ambassades !

Franchement, en présence des jalousies sourdes, des inimitiés contenues, des rancunes prêtes à éclater, des rivalités d'influence qui fermentent en Europe, devant

1. P. 109-126.

les armements sans cesse croissants où s'engouffrent les finances des États, comment oser soutenir l'inutilité des ambassades, l'inutilité de la courtoisie qu'elles impriment naturellement aux rapports internationaux, et ne pas reconnaître qu'elles servent efficacement à éviter de nombreux conflits en mettant les parties à même de s'expliquer ? Mais, il est des critiques formulées par Laurent qui sont plus logiques et méritent d'être examinées sérieusement. *La justice ne doit jamais être sacrifiée à un intérêt, quelque important qu'il puisse être, fût-ce l'intérêt d'un État ou même de deux États, le droit lésé ne fût-il que celui d'un particulier.* C'est donc la négation du principe posé par Grotius que nous venons de rappeler.

M. Lehr répond avec beaucoup de sens que l'intérêt particulier est souvent sacrifié à un intérêt supérieur politique ou économique : « par exemple en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, partout », dit-il, « les droits, les intérêts privés sont primés par l'intérêt général, ou tout simplement par des intérêts supérieurs. Et s'il en est ainsi quand le conflit se produit dans l'intérieur même d'un pays, à combien plus forte raison doit-on admettre le principe dans les relations internationales ? » (1).

Il nous semble que M. Laurent admet, dans toute cette section consacrée à l'immunité de la juridiction criminelle, que la plupart des représentants de puissances étrangères nourrissent les plus abominables desseins, et sont tous sur le point « d'assassiner, de violer, d'adultérer » (2). C'est un point de vue faux :

1. LEHR, *op. cit.*, n° 977.

2. Le verbe neutre, *adultérer*, dans le sens de *commettre* un adultère paraît être une création de M. Laurent. Il n'est mentionné dans les

que de graves abus se soient produits, à des intervalles plus ou moins éloignés, nous ne le nions pas, mais s'ensuit-il que l'on doive de l'exception faire la règle ?

Au moins, en ce qui touche le chef de mission et le personnel officiel, leur situation sociale rend bien peu probable l'hypothèse d'un crime commis par eux, du moins d'un crime de droit commun.

Quant aux faits que Laurent appelle improprement *trahison* d'un ministre public vis-à-vis du souverain qui le reçoit, il est difficile de déterminer lesquels constituent une violation effective du droit des gens, lesquels ne sont que l'exécution d'ordres ou d'instructions supérieurs, pouvant être considérées comme l'accomplissement d'une partie de ses fonctions secrètes, « L'ambassadeur », dit Réal, « a droit d'attacher aux « intérêts de son maître les sujets du prince avec « lequel il négocie, d'employer des espions et d'entre- « tenir telles correspondances qu'il juge à propos. » Attacher un sujet aux intérêts de son maître s'appelle en bon français corrompre un individu par des avantages pécuniaires. Il y aurait là un acte de trahison, dans le sens spécial que Laurent donne à ce mot, pouvant motiver une demande de rappel. Les faits d'espionnage sont blâmables au point de vue moral, mais où commencent-ils exactement ? Comment les distinguer des informations politiques et militaires qu'un agent recueille par des voies plus ou moins détournées

dictionnaires français que comme verbe *actif* : adultérer des monnaies, fausser, vicier, (*adulterare*).

Nous l'employons cependant, comme le fait le professeur belge, vu la fréquence avec laquelle il revient sous sa plume, tout en faisant nos réserves sur ses droits à la bourgeoisie française.

pour en faire un rapport à son gouvernement ? Il y a quelques années, un secrétaire d'ambassade se procura les plans de mobilisation de l'armée d'un petit État auprès duquel il était accrédité. Il parvint à se les faire remettre par un individu appartenant à la même nationalité que lui, que l'on avait par négligence admis comme employé dans cette section. Avait-il commis un abus de confiance vis-à-vis du Gouvernement auprès duquel il résidait ? Nous le pensons. Mais notre opinion peut être isolée ou au moins discutée. En ne vérifiant pas avec soin la nationalité de ses employés, le Gouvernement de l'État lésé avait commis une négligence. Et l'agent qui en avait profité n'avait pas même eu besoin de détourner un citoyen de ses devoirs de fidélité vis-à-vis de sa patrie.

Pour ces actes là, du moment qu'ils renferment un caractère politique, quel que soit leur degré de gravité, l'immunité doit être absolue. La seule mesure qui pourrait être autorisée, ce serait la demande de rappel du coupable. Toute autre solution rendrait impossible la mission dont est chargé un agent diplomatique. « Si les tribunaux du pays de la résidence voulaient « prononcer sur les faits accomplis par le représen- « tant d'un État étranger », dit Pradier-Fodéré, « dans « les limites de sa mission, ils commettraient un véri- « table abus de pouvoir, un attentat contre l'indé- « pendance des nations. »

Laurent est un adversaire passionné du droit divin, de ce qu'il appelle le *fétichisme royal* (1). Les im-

1. P. 114.

munités diplomatiques, et spécialement l'exemption de juridiction, seraient un souvenir des monarchies absolues, un legs inutile et dangereux d'un État politique qui a disparu. « L'origine et le fondement de la doctrine de l'immunité, c'est la monarchie absolue et le fétichisme royal. Le roi seul est juge de son ambassadeur : c'est à lui de le punir. Cela était vrai dans la vieille monarchie.... Est-ce que dans les États constitutionnels, le roi exerce encore la justice ? Lui appartient-il de juger son ambassadeur ? »

Il est difficile de décider si l'immunité de la juridiction criminelle des ambassadeurs provient effectivement du droit divin. Sans doute le représentant d'un souverain, *par la Grâce de Dieu*, participait à son caractère auguste. Cette notion des anciens légistes, partisans de la monarchie absolue, a probablement contribué à affermir et à étendre ce privilège. Mais nous pensons qu'il *préexistait* aux idées d'absolutisme en Europe : elles sont de date relativement récente et n'ont triomphé en France, que sous l'influence des légistes, par la décadence et la destruction de la féodalité. Il suffit de lire les quelques textes du droit romain que nous avons cités dans l'introduction, pour s'en convaincre. L'exemption de la juridiction criminelle est un corollaire naturel de l'inviolabilité dont sont revêtus les négociateurs depuis les temps les plus reculés.

L'argumentation de Laurent tirée de la séparation des pouvoirs (1) nous paraît pouvoir être aussi réfutée :

1. P. 114.

Au cas où un agent diplomatique aurait commis un crime et aurait été, selon l'usage reçu, renvoyé dans son pays, d'après cet auteur, il serait jugé non par les tribunaux de ce pays, mais par le prince lui-même. Nous ne le pensons pas, le prince déférerait son fonctionnaire — car l'agent diplomatique n'est qu'un fonctionnaire dans ses rapports avec son souverain — à la justice ordinaire et ne se constituerait point son juge. Le principe de la séparation des pouvoirs ne serait donc point atteint.

M. Esperson (1), publiciste italien, professeur à l'Université de Pavie, formule les critiques suivantes sur l'immunité de la juridiction locale :

« La peine encourue par un délinquant doit être exemplaire : pour qu'elle le soit, elle doit être prononcée et appliquée dans le pays où l'infraction a été commise. Or l'agent diplomatique coupable ne peut être poursuivi et puni que dans son propre pays. »

On peut répondre que cette notion n'a plus la portée qu'elle avait autrefois. La presse, avec ses moyens d'information rapides, se chargera facilement de porter à la connaissance des habitants du lieu du crime le verdict d'un jury étranger. La punition servira aussi efficacement d'exemple, qu'elle soit subie dans une prison belge ou qu'elle le soit dans une maison centrale française, pourvu que les intéressés sachent que le coupable n'a pu y échapper. D'ailleurs, la territorialité absolue de la loi pénale est un dogme qui souffre des exceptions : c'est ainsi que l'article 5 du code d'instruction criminelle décide que « tout Français qui,

1. ESPERSON, *Droit diplomatique et juridiction internationale maritime*, nos 206 et 207, t. I., p. 128 et 129.

« hors du territoire de la France, s'est rendu coupable  
« d'un crime puni par la loi française, peut être pour-  
« suivi et jugé *en France*. » (Voir aussi le décret du 25  
octobre 1811). (1)

*Mais la loi du pays de l'agent diplomatique permettra-t-elle toujours d'y poursuivre les infractions commises par lui ou les gens de sa suite ?*

La loi pénale française n'est pas absolument territoriale (2). Les poursuites cependant ne peuvent avoir lieu avant le retour de l'inculpé en France (sauf pour les crimes énumérés dans l'art. 7 même code), et une pratique constante entend par là le retour VOLONTAIRE (3). Donc, on ne peut demander l'extradition d'un Français coupable d'un crime commis à l'étranger. D'ailleurs, toute discussion est évitée de ce chef par le projet du code d'instruction criminelle où le mot VOLONTAIRE est ajouté au mot RETOUR de l'art. 5.

Si donc — en nous restreignant à la France — un agent diplomatique subalterne français, ou un individu dépendant à un titre non officiel d'une mission française à l'étranger, commet un crime dans ce pays et qu'il soit

1. Il peut même se présenter des cas où trois juridictions répressives sont compétentes : si, par exemple, un espagnol falsifie de la monnaie française en Suisse (voir article 7 du Code d'instr. crim. modif. par L. 27 juin 1866). La territorialité absolue de la loi reçoit donc en pratique des tempéraments si graves que le principe subsiste à peine.

2. Art. 5, *C. Inst. crim.* précité (modif. par loi 27 juin 1866). — Cette disposition est le correctif nécessaire de la règle admise en France que *l'on n'extrade pas les nationaux*. Il ne nous appartient pas de critiquer ici cette règle surannée et nuisible dans ses effets. L'opinion des jurisconsultes est depuis longtemps fixée à cet égard.

3. Cette condition du retour volontaire n'existe ni dans le Code hongrois ni dans le Code allemand.

reconduit à la frontière, les tribunaux de France *seront-ils compétents?*

On est bien obligé de répondre négativement. Sans doute, il n'est plus question des immunités diplomatiques, car l'agent français ne peut s'en prévaloir en France. Mais, dans cette hypothèse, l'article 5 du Code d'instruction criminelle serait violé s'ils se déclaraient compétents. En effet *le retour n'a pas été volontaire*. Donc, voilà encore un cas (1) où l'immunité de la juridiction criminelle aboutit à l'impunité.

Nous signalons ce point aux législateurs français. Il serait désirable que l'art. 5 du code d'instruction criminelle fût remanié dans ce sens et qu'une disposition spéciale rendît les tribunaux français compétents pour les crimes commis à l'étranger par les agents diplomatiques français d'un grade inférieur et par le personnel non officiel, et cela, que le retour de l'inculpé fût volontaire ou non.

Nous souhaitons qu'un vœu général en ce sens soit formulé par la prochaine session de l'Institut de Droit international qui a, entre autres questions à l'ordre du jour, celle des *immunités diplomatiques et consulaires* (2).

Le fait d'exclure absolument la compétence territoriale a un très grave inconvénient que signale encore Esperson (3) : c'est de rendre la procédure compliquée par la difficulté de produire des preuves au loin, d'entendre les témoins. Les commissions rogatoires peuvent cependant y remédier dans une certaine mesure.

1. L'autre cas est celui où la personne dépendant d'une mission ressortit à la nationalité du pays où elle est accréditée.

2. Voir *infra*, chap. IV, *in fine*,

3. *Ibid.*

Aussi Esperson se prononce-t-il catégoriquement pour la compétence territoriale à l'égard *des délits publics*, « c'est-à-dire les délits qui lèsent directement la « personne collective de l'État près duquel l'agent diplomatique est accrédité ». Dans cette hypothèse, l'immunité de la juridiction peut conduire à l'impunité, par exemple, « s'il s'agit d'un crime politique, d'une « conjuration pour changer la forme du gouverne- « ment. Quel intérêt aura une nation à punir les « coupables, si l'organisation de cette nation est pré- « cisément celle que les conjurés voulaient établir « dans le pays? Renvoyer le ministre à sa nation pour « l'y faire punir serait lui assurer l'impunité. » (1).

La seule satisfaction que pourrait obtenir l'État lésé, serait de recourir à ce moyen extrême, que les publicistes du moyen âge et de la Renaissance appelaient *ultima ratio regum*, de faire de ce déni de justice un *casus belli*.

Selon nous, la question est insoluble : ce genre de délits, plus que tout autre, ne peut être soumis aux tribunaux locaux. Ce serait enlever toute indépendance au ministre public. Où commencera le délit? Où finira l'exécution stricte et ponctuelle des ordres qu'il a reçus de son mandant? Le fait de chercher à pénétrer les secrets de l'État où il réside, *d'attacher un sujet aux intérêts d'un prince étranger* (2) par des avantages pécuniaires serait-il un délit public dans le sens que M. Esperson donne à cette expression? Si oui, les

1. PRADIER-FODÉBÉ, *sur Esperson, Cours*, t. II, 471.

2. RÉAL. *La science du gouvernement*, t. V, ch. Ier, des ambassades, sect. XVI, § 8.

gouvernements feront bien de ne pas laisser accréditer chez eux des attachés militaires.

D'un autre côté, abandonner le jugement au souverain qui les envoie, c'est assurer une impunité certaine aux agents diplomatiques.

Admettre la compétence territoriale pour ce genre de délits, c'est autoriser implicitement les gouvernements à exercer une surveillance incessante sur les faits et gestes des envoyés accrédités auprès d'eux : surveillance absolument incompatible avec le respect qui leur est dû et le paisible accomplissement de leur mission (1).

Un autre auteur italien *Luigi Borsari* (2), est frappé des difficultés que présente l'exemption de la juridiction pénale pour l'instruction du procès. Il propose l'ingénieuse solution que voici : l'information serait du ressort des tribunaux locaux, jusqu'au point où commence la nécessité de la comparution. Le jugement serait prononcé par les tribunaux du pays auquel appartient l'agent. Ils seraient saisis des circonstances du fait par expédition faite par la voie diplomatique des pièces qui s'y rapportent.

Ce système est fort séduisant. Il répond à l'une des plus graves objections faites à l'exemption de la juridiction pénale : la difficulté de l'instruction. Mais il est

1. *Contrà*, LAURENT, *op. cit.*, p. 122, Conf. VATTEL :

« Il est certaines pratiques tolérées dans les ministres étrangers, quoiqu'elles ne soient pas toujours fort honnêtes ; il en est qu'on ne peut réprimer par des peines, mais seulement en ordonnant au ministre de se retirer. »

PHILLIMORE, *International law*, t. II, p. 174, n° 156.

2. *De l'action pénale*, chap. IV, § 35.

au moins douteux que cette procédure scindée entre les juridictions de deux États n'amène pas des complications. Un tribunal se soumettra-t-il à une instruction faite à l'étranger, loin de son contrôle, par des officiers judiciaires et des magistrats dont il ne connaît pas les lumières, dont il peut suspecter l'impartialité?

*Casanova* (1) proposerait d'admettre la compétence territoriale absolue, à l'exclusion de *l'exécution de la sentence* qui serait laissée à la discrétion du gouvernement du ministre coupable.

*Pasquale Fiore* (2) se prononce formellement contre l'exemption. « ...Pour ce qui est des crimes dont ils  
« pourraient se rendre coupables dans le lieu de leur  
« résidence, ils devraient être jugés par les tribunaux  
« locaux... Dès lors, si le souverain de l'État repré-  
« senté voulait évoquer le droit de juger son agent di-  
« plomatique qui se serait rendu coupable d'un crime  
« et demandait son extradition, à sa demande, on pour-  
« rait opposer un refus. »

*Burlamaqui* (3) fait une double distinction : d'abord entre les crimes commis par ordre du souverain et ceux commis sans aucun ordre. Pour les premiers, c'est le prince qui doit en être responsable. L'auteur donne comme exemple la conspiration de Cellamare qui ne faisait qu'obéir aux instructions du cabinet de Madrid. La personnalité de l'agent s'efface : il y a lieu à représentation d'État à État, et, si les satisfactions demandées par le gouvernement lésé ne sont pas accor-

1. CASANOVA. *Du droit international*, leçon XIII.

2. *Traité du droit pénal international et de l'extradition*, trad. franc. Antoine, nos 23 et 25, t. 1<sup>er</sup>, p. 18. Voir aussi FAUSTIN-HÉLIE, *op. cit.*, t. II, liv. II, chap. V, § 127.

3. *Droit de la nature et des gens*, chap. XIII, §§ 8 et 9.

dées, à une rupture. Quant à la seconde catégorie de crimes, Burlamaqui soumettrait ceux qui sont *atroces* à la juridiction locale, n'accordant le privilège que pour les *crimes ordinaires*.

Nous avons essayé de résumer quelques-uns des principaux arguments et objections par lesquels les adversaires des immunités combattent spécialement l'exemption de la juridiction répressive, ainsi que l'exposé sommaire des systèmes proposés pour remédier aux inconvénients qu'elle présente. Il faut reconnaître que le fait de soustraire toute une catégorie d'habitants du territoire à l'action de la justice pénale, malgré les termes formels de l'art. 3 du Code civil, disposition législative, reproduite dans la plupart des pays civilisés, malgré l'idée moderne de l'égalité de tous devant la loi, présente *à priori* quelque chose de choquant et d'anormal. Si l'on apprenait à un homme sans aucune instruction que tel individu, de par les fonctions qu'il exerce, peut commettre une infraction à la loi pénale sans risquer d'être immédiatement arrêté et déféré aux tribunaux, il y verrait une monstruosité et une iniquité.

Toutefois cette immunité nous semble indispensable, au moins en ce qui concerne les chefs de mission et le personnel officiel des légations : les inconvénients sont plus apparents que réels ; l'opinion publique, la presse, la crainte du scandale, de la position sociale ruinée sont des garants autrement efficaces d'une bonne conduite que la peur du gendarme.

Signalons encore une erreur capitale, selon nous, de la plupart des adversaires de ce privilège : ils considèrent l'immunité de la juridiction pénale comme syno-

nyme d'impunité (1). De ce que la juridiction locale est incompétente, il ne s'ensuit pas que toute autre le soit. Le gouvernement lésé peut certainement renvoyer le ministre public, accrédité auprès de lui, dont il a eu à se plaindre gravement. Ce dernier sera justiciable des tribunaux de son pays qui pourront le punir. La répression sera peut-être moins sévère, moins exemplaire, mais elle n'en existera pas moins (2).

Les systèmes contraires se heurtent à des distinctions sans portée pratique. Comment déterminer, avec Burlamaqui, quel est le crime qui renferme ce caractère d'atrocité autorisant seul des poursuites locales ? Quel critérium nous fournira Esperson pour distinguer des autres délits les délits « qui lèsent directement la personne collective de l'État près duquel l'agent diplomatique est accrédité » ?

En résumé, l'immunité de la juridiction criminelle ne nous paraît pas pouvoir être modifiée d'une façon sensible. En matière d'infractions politiques, il ne peut en être question, nous l'avons démontré ; quant aux crimes de droit commun, peut-être conviendrait-il de permettre quelques mesures d'instructions préliminaires sur les lieux, sans que jamais l'arrestation d'un agent diplomatique pût être autorisée.

1. V. LAURENT, p. 113 et 157. Voir cependant *infra*, chap. IV, les cas où l'exemption conduit théoriquement à l'impunité.

2. En ce sens, LEHR, *op. cit.*, n° 978. On vient de voir cependant que l'exemption conduit parfois à l'impunité absolue (v. chap. IV).

*Annexe à l'exemption de la juridiction répressive. — Déposition comme témoin.*

Aux termes de l'art. 514 (1) du Code d'instruction criminelle, si la déposition d'un ambassadeur ou agent diplomatique français à l'étranger ou devant le juge d'instruction *du lieu de leur résidence* ou de celui où ils se trouveraient accidentellement est requise, ils devront la fournir dans les formes ordinaires.

Mais, s'il s'agit d'une déposition relative à une affaire poursuivie hors du lieu où ils résident pour l'exercice de leurs fonctions et de celui où ils se trouveraient accidentellement, et si cette déposition n'est pas requise devant le jury, le président et le juge d'instruction saisis de l'affaire adresseront à celui du lieu où résident cet ambassadeur ou cet agent, à raison de leurs fonctions, un état des faits, demandes et questions, sur lesquels leur témoignage est requis.

S'il s'agit du témoignage d'un agent résidant auprès d'un gouvernement étranger, cet état sera adressé au Ministre de la justice, qui en fera le renvoi sur les lieux et désignera la personne qui recevra la déposition.

Ces dispositions réglementant la situation des agents diplomatiques dans leurs rapports avec l'autorité du pays auquel ils appartiennent, ne nous concernent pas.

Le Code d'instruction criminelle et le décret cité n'abordent pas la question de savoir si l'on peut réclamer en France, le témoignage d'un ministre étranger. Que doit-on décider ?

1. Cet article fut complété par un décret du 14 mai 1812.

Carnot prohibe (1) formellement la citation d'un agent diplomatique comme témoin, par application du principe de l'exemption de juridiction.

Nous avouons ne pas trouver un rapport bien intime entre le droit d'être soustrait à la juridiction locale et le droit de pouvoir se dispenser de venir témoigner dans un procès. « En agissant ainsi » (en témoignant) « il » (le Ministre des Pays-Bas) « ne se soumet point à la juridiction du pays. » *Lettre adressée, en 1856, au Ministre des Pays-Bas à Washington, par le secrétaire d'État des États-Unis, à l'effet d'obtenir qu'il fût déposé dans un procès criminel (voir l'incident rapporté infra).*

Quoi que l'on décide en doctrine, il est certain que l'amende encourue par le témoin défaillant ne pourra être prononcée, ni surtout poursuivie, contre l'agent diplomatique qui ne se serait pas présenté.

Nous ferions donc la distinction suivante : les ministres publics devraient pouvoir être requis comme témoins s'ils se rendaient de leur plein gré à l'audience ; mais ils ne pourraient y être contraints par les peines prononcées contre les témoins défaillants : c'est une des applications de l'exemption de la juridiction pénale.

Notre assertion doit se concilier avec la prohibition de leur remettre directement des citations ou réquisitions à l'effet de comparaître. Le remède à cette interdiction est la communication des pièces *par la voie diplomatique* : transmission desdites pièces par le juge chargé de l'instruction, ou le ministère public, au Ministre de la justice, communication par ce dernier

1. *Instruction criminelle*, t. III, page 413 et s.

au Ministre des Affaires étrangères (1). Selon quelques-uns, il devrait faire demander d'abord à l'agent s'il consent à témoigner, et, en cas de refus de sa part, s'adresser à son Gouvernement qui déciderait si l'agent doit obtempérer à l'invitation de la justice locale.

Calvo propose de déléguer auprès de l'agent une personne chargée de recueillir son témoignage.

Ce dernier système a, selon nous, le grave inconvénient de ne pas confronter l'accusé avec le témoin à l'audience ; la confrontation amène souvent des aveux ou des révélations intéressantes qui ne se seraient pas produites autrement.

Il a l'avantage d'éviter les interminables longueurs de la voie diplomatique et les controverses touchant le droit de citation et l'audition en témoignage.

Il est, Calvo le reconnaît lui-même, impraticable dans les pays où les lois exigent absolument la déposition des témoins devant les prévenus. Il faut alors obtenir à tout prix la comparution personnelle et recourir au premier moyen indiqué.

Il en est notamment ainsi aux États-Unis, où l'accusé jouit du droit d'être confronté avec les témoins à charge.

En 1856, un assassinat fut commis à Washington en présence du ministre de Hollande, M. Dubois. Son témoignage fut réclamé comme indispensable à la marche de l'instruction et au jugement à intervenir.

L'avocat du district (correspondant à notre ministère public) fit faire, par la voie diplomatique, une démarche auprès de M. Dubois pour le prier de venir faire sa déposition en personne.

Après avoir pris l'avis des autres membres du corps

1. Voir *infra* même chap., sect. III, § 9.

diplomatique, M. Dubois se refusa à la demande et fit remettre une note à cet effet à M. de Marcy, alors secrétaire d'État. Celui-ci écrivit à M. Belmont, ministre des États-Unis à la Haye, le chargeant d'attirer l'attention du gouvernement des Pays-Bas sur l'incident, et d'obtenir par son intervention que M. Dubois consentît à déposer.

« Il n'y a aucun doute », écrivait-il, « qu'en vertu  
 « des usages des nations et des lois des États-Unis, M.  
 « Dubois jouit du droit légal de refuser de donner  
 « son témoignage; mais il est parfaitement libre  
 « d'exercer ce privilège dans la limite demandée, et,  
 « en agissant ainsi, *il ne se soumet point à la juridiction*  
 « *du pays.* »

« Les circonstances du cas en question sont telles  
 « qu'il y a lieu de faire un appel énergique au senti-  
 « ment général de justice. Dans le cas où M. van Hall,  
 « ministre des affaires étrangères des Pays-Bas, sug-  
 « gérerait que M. Dubois donnât son témoignage hors  
 « du tribunal, vous voudrez bien ne pas négliger de  
 « lui faire remarquer qu'aux termes de notre consti-  
 « tution, dans toutes les causes criminelles, *l'accusé*  
 « *jouit du droit d'être confronté avec les témoins à charge,*  
 « et que, pour que le témoignage soit légal, il doit être  
 « donné devant le tribunal. »

Malgré les arguments, selon nous, très fondés de cette dépêche, M. van Hall (1) refusa d'autoriser le ministre hollandais à comparaître devant le tribunal pour faire sa déposition.

Dans une note, en date du 9 juin 1856, adressée par

1. Alors Ministre des Affaires étrangères des Pays-Bas.

lui à M. Belmont, nous relevons le passage suivant :  
 « Se prévalant d'un privilège généralement accordé  
 « aux membres du corps diplomatique et également  
 « reconnu par les lois de la République (ainsi que M.  
 « de Marcy l'a fait lui-même observer), M. Dubois a  
 « refusé de comparaître devant un tribunal de jus-  
 « tice; mais, désirant concilier sa prérogative avec les  
 « justes exigences de la justice, il a suggéré un terme  
 « moyen et proposé à M. de Marcy de faire sa dépositi-  
 « on sous la foi du serment, si son gouvernement l'y  
 « autorisait. »

« Après avoir pris les ordres du Roi », ajoutait-il,  
 « il n'hésitait pas à donner cette autorisation à M. Du-  
 « bois, approuvant en même temps la ligne de con-  
 « duite qu'il avait cru devoir suivre en cette occa-  
 « sion. »

M. Dubois écrivit le 21 juin au secrétaire d'État, lui annonçant qu'il était prêt à faire sa déclaration sous serment entre les mains du secrétaire d'État, mais réservant la question du contre-interrogatoire, auquel, d'avance, il avertissait qu'il ne pouvait se soumettre.

La déposition dans ces termes ne fut pas faite, l'avocat du district ayant déclaré qu'elle ne serait pas reçue comme témoignage (1).

Un conflit s'éleva, le 23 février 1854 (2), entre la France et les États-Unis, dans des circonstances analogues : M. Dillon, consul de France à San-Francisco fut sommé de comparaître comme témoin à la Cour pour y faire une *déposition orale*. Il refusa, mais il offrit

1. Voir 34<sup>e</sup> cong., 3<sup>e</sup> séance. Sénat, ex. doc., n<sup>o</sup> 20.

2. Voir les correspondances échangées à cette occasion entre les deux gouvernements dans WHARTON, *op. cit.*, t. II, p. 665 et s.

de faire une déposition écrite dans la forme « qui paraîtrait la plus solennelle ». Il se fondait sur le traité conclu la même année entre la France et les États-Unis et sur les immunités des agents diplomatiques et consulaires, telles qu'elles étaient reconnues par le droit des gens.

Refus du juge : nulle personne, disait-il, aux termes de la constitution des États-Unis, ne peut se soustraire à l'obligation de témoigner en justice, et le témoignage doit être oral. Toute règle de droit des gens et tout texte de traité doivent céder devant l'article de la constitution américaine où sont inscrites ces obligations.

Une correspondance fut échangée entre les cabinets de Washington et de Paris et, à la différence du Gouvernement hollandais, la France finit, pour éviter à l'avenir les conflits entre les deux pays, par enjoindre à ses consuls d'obtempérer aux demandes de comparution qui pourraient leur être adressées par les tribunaux américains, *mais seulement en matière criminelle*.

Quoiqu'il ne s'agisse que d'un agent consulaire, il est intéressant de rapprocher ce cas du précédent : il est vraisemblable que des conflits de cette nature surgiront encore avec les États-Unis, vu sa législation en matière de témoignage criminel ; il est donc d'une véritable utilité pratique de connaître les précédents en la matière.

Nous pensons que la solution qui a tranché le différend avec la France ne serait pas intervenue s'il s'était agi d'un agent diplomatique proprement dit.

Cette prérogative est d'ailleurs universellement cri-

tiquée par la doctrine moderne qui en demande avec force sa suppression. On ne peut qu'approuver Laurent lorsqu'il s'élève avec véhémence contre cette absurde prérogative (1). En quoi l'obligation de venir devant un tribunal faire le récit des faits qui se sont passés devant ses yeux, des paroles qu'il a pu entendre prononcer, porte-t-elle une atteinte quelconque à la dignité, disons même à l'amour-propre le plus ombrageux d'un agent diplomatique ? Bien plus, n'y a-t-il pas là un devoir moral à remplir : venir éclairer la religion des juges, lorsqu'on le peut ?

### SECTION III. — EXEMPTION DE LA JURIDICTION CIVILE ET COMMERCIALE. GÉNÉRALITÉS.

Le lien étroit qui rattache l'exemption de la juridiction criminelle à l'inviolabilité ne s'étend pas à l'immunité de la juridiction civile. En effet, en France, depuis 1867 (2), il n'existe plus d'arrestation et d'emprisonnement pour dettes en matière civile. Or, l'arrestation et l'emprisonnement constituent des actes essentiellement contraires à l'inviolabilité, tandis qu'un jugement de saisie ou d'opposition n'affecte pas au même degré le caractère inviolable d'une personne (3), car ce seront les biens et non la personne qui subiront une atteinte.

Ici du moins, la fiction de l'exterritorialité doit être

1. *Op. cit.* T. III, p. 144.

2. Loi du 22 juillet 1867, relative à la contrainte par corps. Art. 1<sup>er</sup>.  
« La contrainte par corps est supprimée en matière commerciale, civile et contre les Étrangers. Elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de simple police. »

3. En ce sens, PRADIER-FODÉRÉ. *Cours*, t. II.

invoquée pour pouvoir expliquer juridiquement ce privilège. Nous avons brièvement indiqué et nous démontrerons plus loin (1) que cette fiction ne saurait être comprise d'une façon absolue.

Mais ce serait une exagération en sens contraire de lui dénier toute influence. Tout en critiquant la portée trop grande qu'on lui donne souvent, nous devons lui attribuer loyalement le domaine qui lui appartient(2).

Nous pouvons accorder que la prohibition d'envoyer une sommation ou un commandement à un ministre étranger, ou de saisir ses meubles, est, sinon un élément constitutif, du moins une dépendance plus ou moins médiate de l'inviolabilité. Mais, que les agents diplomatiques puissent, d'une manière générale, décliner la compétence des tribunaux locaux, l'inviolabilité à elle seule ne suffit pas pour l'expliquer.

Nous connaissons les origines de l'exemption de la juridiction civile (voir chapitre I<sup>er</sup>, notions historiques). Nous avons exposé l'article du projet de Code civil. reconnaissant l'exemption de la juridiction non seulement pénale, mais civile, au profit des Étrangers « revêtus d'un caractère représentatif de leur nation : ils ne seront traduits... *ni en matière civile, ni en matière criminelle* devant les tribunaux de France ». Cet article

1. Voir *infra*, *exterritorialité*, section VII.

2. Ce dualisme dans le fondement de cette immunité ressort avec force de la comparaison des deux textes suivants, l'un d'HEFFTER hostile en principe à l'exterritorialité, l'autre de FÆLIX, qui l'admet sans discussion : « La règle naturelle du droit international », dit Heffter (§ 205), « s'oppose à tout acte de souveraineté judiciaire ou administratif, incompatible avec l'inviolabilité personnelle du Ministre étranger... » — « Pendant le cours de sa mission », écrit Fœlix, « le Ministre public ne cessant point d'appartenir à son pays, reste justiciable des tribunaux, comme s'il était toujours présent dans ledit pays... »

fut retranché à la discussion, non pas parce qu'il établissait une disposition mauvaise et qui devait disparaître, mais parce qu'il n'était pas à sa place dans un recueil de lois civiles. Cette raison, invoquée devant le Tribunal, nous paraît pouvoir l'être, avons-nous dit, (1) pour soutenir que l'art. 11 du projet a été supprimé du texte du Code, *mais non de son esprit*. Le décret de ventôse, qui est certainement encore en vigueur, puisqu'un arrêt tout récent en fait encore l'application (2), emploie une expression générale qui peut s'appliquer aussi bien à la juridiction civile qu'à la juridiction pénale : *les réclamations* qui pourraient s'élever contre eux seront portées au Comité de Salut public (3).

Cependant Laurent (4) restreint l'application du décret de ventôse aux attentats proprement dits *contre la personne* des ambassadeurs.

Il argumente du texte du décret : « La Convention...  
« interdit à toute autorité constituée *d'attenter* en au-  
« cune manière à la personne des envoyés des gouver-  
« nements étrangers. »

S'agit-il d'intérêts privés ? Le décret parle des attentats contre la personne des ambassadeurs ; or les intérêts privés sont étrangers à la liberté de la personne. Le décret avait pour but de garantir la liberté des ministres publics. On ne voit pas ce que cela a de commun avec l'immunité des ambassadeurs, notamment

1. Voir *suprà* (p. 63).

2. Tribunal Seine, 8 mars 1886 (*J. le Droit*, 11 mars 1886).

3. Voir en ce sens : MERLIN, sect. 5, § 4, art. 1, 3 et 11 ; PAILLET, *vo* agent diplomatique, §§ 2, 4, 9 et 10, et *Action concernant les Étran-*  
*gers* ; GUICHARD. *Tr. des droits civ.* ; FÉLIX, *op. cit.*, n° 186.

4. *Op. cit.*, p. 8.

en matière civile : est-ce que les tribunaux qui condamnent un ministre public à payer ses dettes attentent à sa personne ?

Nous n'admettons pas cette manière d'interpréter ce texte. Sans doute, si nous n'avions que la première phrase, l'assertion de Laurent serait conforme au texte et serait difficile à réfuter. Mais la seconde partie du décret emploie une expression aussi générale que possible, pouvant s'appliquer aussi bien aux obligations civiles qu'aux crimes et délits : les *réclamations*.

Si la Convention avait entendu restreindre les pouvoirs du Comité de Salut Public aux poursuites pénales, ne se serait-elle pas exprimé autrement ?

La seconde partie du décret fournit donc un argument topique contre Laurent. Aussi estimons-nous qu'il s'applique en matière civile comme en matière pénale. Du reste, même en l'absence d'un texte de loi positive, cette immunité est admise en droit civil comme en droit pénal, par presque tous les auteurs (Grotius, Bynkershoek, Vattel, Burlamaqui, Merlin, Wheaton, Heffter, etc...). L'exemption de la juridiction civile est même reconnue d'une manière plus large que l'exemption répressive, en ce qui concerne les serviteurs et la suite *non officielle* d'un Ministre public. Quant à cette catégorie de personnes, cette dernière immunité prête à de nombreuses discussions (1).

D'après quelques auteurs, et notamment Neumann et Weiss (2), l'exemption de la juridiction civile est un

1. Paris, 29 juin 1811. SIREY, 1812, 2, 12. Voir *infra* chap. III, § 2, 3<sup>o</sup>.

2. *Dr. internat. privé*, p. 889. « L'agent ne peut pas renoncer à son « immunité de juridiction en acceptant la compétence des tribunaux « français. »

privilège ayant un caractère d'*intérêt public* et non pas seulement privé. Il ne dépendrait donc pas d'un agent diplomatique d'y renoncer par sa volonté seule.

Ce système absolu est celui de la jurisprudence française (1). Il en résulte que le ministère public pourrait attaquer, par un pourvoi, si l'intéressé ne le faisait pas, un jugement qui se serait incompétemment prononcé sur une demande dirigée contre un agent diplomatique étranger. C'est ce qui ressort de l'arrêt Tchitchérine déjà cité (S. 68.201, voir aussi BOUSQUET, *op. cit.*, n° 40, *in fine*).

Mais ce caractère d'ordre public est loin d'être admis

1. Le tribunal de la Seine s'est prononcé en ce sens le 10 mars 1886.

« Les immunités diplomatiques sont d'ordre public... »

Voir dans le même sens l'arrêt Papenheim, Paris, 21 août 1841 (S. 41, II, 592). « La Cour, attendu que le baron de Papenheim est Ministre du grand duc de Hesse, résidant en France ; qu'à ce titre, il jouit des immunités accordées par le droit international... que ces immunités sont d'ordre public, que ceux qui en jouissent comme représentant leur gouvernement ne peuvent y renoncer et qu'on ne peut exciper contre eux d'aucun acte par lequel ils auraient consenti à s'en dépouiller ; qu'ainsi le tribunal de commerce était incompétent pour connaître d'une action personnelle dirigée contre la baronne de Papenheim ; que cette incompétence, étant d'ordre public, peut être proposée en tout état de cause, et ne saurait être couverte par le consentement que l'appelante aurait donné à plaider devant le tribunal... »

M. GARCIA DE LA VÉGA est contraire à cette doctrine : il admet qu'un agent peut renoncer *implicitement* à ses privilèges, et notamment à l'exemption de la juridiction civile ; il en serait ainsi s'il faisait le commerce, s'il souscrivait des billets ou passait un acte devant notaire. « Dans ce cas, il fait implicitement abandon de ses privilèges et se range dans la catégorie des justiciables ordinaires... Renoncer aux mesures de rigueur, ce serait couvrir une abstraction d'un respect politique et immoral. » (*Guide pratique des agents politiques du ministère des Affaires étrangères.*) Cette opinion est soutenue avec des variantes par MERLIN, VAITEL, PRADIER-FODÉRÉ, VERGÉ, BLUNTSCHLI et la plupart des auteurs modernes.

dans tous les pays. L'exemple suivant prouvera que, notamment en Angleterre, il n'en est pas ainsi :

Un sieur Drouet, secrétaire de la légation de Belgique à Londres, avait été actionné, comme directeur d'une société de mines anglo-belge, et avait accepté la citation ; mais plus tard il refusa de continuer le procès en alléguant sa qualité diplomatique. Le juge reconnut, en principe, l'exemption. Mais il décida que *Drouet ne pouvait pas s'en prévaloir puisqu'il avait accepté la première citation* (1).

L'agent diplomatique qui, en France, après s'être laissé actionner, sans mot dire, exciperait, au cours du procès, de sa qualité diplomatique pour décliner la compétence, verrait sa prétention admise. Nous savons, en effet que la jurisprudence française considère les immunités comme étant *d'ordre public*, et pouvant être proposées en tout état de cause (2).

Beaucoup d'auteurs repoussent ce système et voient dans le fait par le ministre public de se soumettre à la juridiction civile locale un cas d'exception au principe de l'exemption. (*Voir infra, Des cas où les tribunaux civils sont exceptionnellement compétents, même sect., § 2.*)

### § I. — Applications de l'exemption de la juridiction civile.

Une distinction a souvent été proposée par la doctrine entre les actes accomplis par un agent diplomatique en qualité de représentant d'un État étranger et dans l'intérêt de ce dernier, et ceux accomplis dans son

1. Consulter PHILLIMORE, *op. cit.*, II, 204.

2. Voir l'arrêt mentionné.

propre intérêt. La compétence territoriale serait admise dans le premier cas, non dans le second. Cette distinction est admise par Dalloz (jurisprudence générale), Pradier-Fodéré (1) et Guichard (2). Elle est repoussée par la jurisprudence française.

Avant d'aborder l'examen des décisions judiciaires, il est utile de remarquer que cette distinction est d'une application difficile pour déterminer les poursuites qui peuvent être intentées *pendant le cours de sa mission* contre un agent diplomatique ; car le ministre public a presque toujours son habitation et ses bureaux dans le même immeuble. Comment déterminer celles des fournitures qui sont faites en l'une, quelles sont celles qui le sont en l'autre qualité ?

Mais, après la cessation de ses fonctions, cette distinction peut présenter un caractère éminemment pratique relativement aux poursuites intentées contre lui pour actes accomplis pendant qu'il les exerçait.

En effet, il est inadmissible que le représentant d'un État indépendant et souverain puisse avoir à répondre

1. *Op. cit.*, t. II, p. 112. Cependant cet auteur reconnaît que la dépendance absolue à la juridiction civile locale pour les actes privés peut présenter des inconvénients et rendre impossible l'exercice des fonctions diplomatiques. Aussi admet-il que l'immunité, même pour ces actes, peut être invoquée par le Ministre public, mais seulement dans la mesure strictement nécessaire pour que l'exercice de ses fonctions ne soit pas empêché.

La Cour de Paris a formellement repoussé cette distinction dans l'affaire Bazili. Paris, 5 avril 1814. DALLOZ (*infra*), V<sup>o</sup> agent diplomatique, sect. I, art. IV, § 3, n<sup>o</sup> 116 et note 1.

2. « La raison », disait Guichard en 1829, « de cet affranchissement a pour objet que ces personnages ne soient pas tourmentés, inquiétés, tracassés, . . . dans l'exercice de leurs fonctions ; or cette dernière raison indubitablement est encore également *commune à toutes sortes de dettes généralement.* »

rétroactivement d'actes accomplis dans les limites de son mandat. Au contraire, une fois que le caractère diplomatique ne le couvre plus, il doit pouvoir être recherché à raison des obligations par lui contractées même pendant le cours de sa mission, comme simple particulier.

Car alors il ne peut plus être question d'atteinte à l'indépendance d'un État souverain. Ainsi nous estimons qu'un ambassadeur, une fois rentré dans la vie privée, pourrait être poursuivi en paiement d'une villa acquise par lui, pendant ses fonctions, dans le pays où il était accrédité.

Les Américains décident que les Étrangers employés dans les légations et consulats des États-Unis ont droit à leur protection, *mais seulement dans les limites des objets relatifs à leur mission*. « Foreigners in the employ of the United States Consulates and their agencies in Turkey have a right to the protection of the United States in all matters pertaining to their office and personal safety, but not in regard to their commercial affairs and private business, for protection in which they must look to the representatives of the nation of which they are citizens » (1).

Cette distinction est donc invoquée et appliquée dans cette hypothèse.

La jurisprudence française, avons-nous dit, la repousse et admet l'exemption pour toute espèce d'obligations civiles contractées par un agent diploma-

(1) A. M. Bayard, sec. of State, to M. Cox, nov. 6, 1885, *Mss. Inst. Turkey*, WHARTON, *Dig.*, p. 643.

tique. Ainsi un arrêt de la Cour de Lyon (1) décide que  
« l'immunité complète de la juridiction en matière ci-  
« vile existe en faveur de toute personne investie d'un  
« caractère officiel, *comme représentant à un titre quel-*  
« *conque d'un gouvernement étranger.* En conséquence,  
« un agent diplomatique d'un gouvernement étranger,  
« accrédité près du gouvernement français, ne peut  
« être traduit devant un tribunal de France, à raison  
« des obligations qu'il a contractées, comme personne  
« privée, en France envers un Français (2).

« Le sieur Bernard a entrepris et exécuté pour le  
« compte du comte de Bruc, agent diplomatique de la  
« République de Saint-Marin, en France, des travaux  
« importants dans la propriété de ce dernier à Sainte-  
« Foye-lès-Lyon, se trouvant en difficulté avec le comte  
« de Bruc pour le règlement de ces travaux, il a assi-  
« gné son prétendu débiteur en paiement devant le  
« tribunal civil de Lyon. A cette demande, le défen-  
« deur a opposé une exception tirée de sa qualité d'a-  
« gent diplomatique ; il invoquait l'immunité de juri-  
« diction des tribunaux français, qui devait, selon lui,  
« résulter en sa faveur de cette qualité. »

Le tribunal de Lyon ayant rejeté l'exception proposée, l'affaire est venue sur appel, devant la Cour de la même ville, et ladite Cour a statué par l'arrêt suivant :

« La Cour, considérant que la position des repré-  
« sentants étrangers, en France, est réglée par le dé-  
« cret du 13 ventôse an II, qui interdit à toute auto-  
« rité constituée d'attenter en aucune manière à la

1, DALLOZ, 1885, 2, 194.

2. SIREY, 84, 2, 80 et *Gazette du Palais* à sa date.

« personne d'un envoyé d'un gouvernement étranger ;  
 « considérant que les auteurs ayant écrit sur le droit  
 « international, ont eu quelques divergences entre  
 « eux ; *que l'on a cherché à faire une distinction entre la*  
 « *personne officielle et la personne privée, de même qu'en-*  
 « *tre les actes accomplis en qualité de représentant et pour*  
 « *le compte d'un gouvernement étranger, et les actes ac-*  
 « *complis par le même représentant dans son intérêt person-*  
 « *nel et privé ;*

« Que, dans ce dernier cas, certains auteurs accor-  
 « dent une action en justice ;

« Que, d'autres auteurs, au contraire, la refusent  
 « absolument dans quelque cas et pour quelque cause  
 « que ce soit ;

« Considérant que *cette opinion est celle qui a prévalu,*  
 « et que la jurisprudence n'a jamais varié sur ce  
 « point, d'accord en ceci avec les principes du droit  
 « des gens ;

« Qu'ainsi il faut reconnaître que l'immunité com-  
 « plète de la juridiction en matière civile existe en fa-  
 « veur de toute personne investie d'un caractère offi-  
 « ciel, *comme représentant à un titre quelconque d'un gou-*  
 « *vernement étranger ;*

« Que le comte de Bruc est donc bien fondé à se  
 « retrancher derrière cette immunité, et que Bernard,  
 « ès-qualité qu'il agit, a eu tort de citer l'appelant de-  
 « vant le tribunal civil ;

« Par ces motifs, infirme..... »

On fait remarquer en note que l'opinion consacrée  
 par cet arrêt paraît aujourd'hui devoir être définitive-  
 ment celle de la jurisprudence (voir S. 41, 2, 592, et  
 S. 77, 2, 17).

Dans l'espèce résolue, le principe de l'immunité a même triomphé d'une circonstance particulière, qui pouvait paraître essentiellement favorable à la compétence des tribunaux français : l'agent diplomatique mis en cause était précisément lui-même Français (1).

Des termes de cet arrêt il ressort que tout représentant d'un pays étranger est exempt de la juridiction civile locale pour toute obligation par lui contractée, *qu'elle soit contractée pour le compte du gouvernement étranger ou dans son intérêt personnel et privé*. La distinction indiquée est donc formellement repoussée. La Cour reconnaît que cependant ce dernier point est controversé, et elle se prononce catégoriquement pour le système extensif de l'immunité. La Cour de Paris, par arrêt du 5 avril 1813 (arrêt analysé, *infra*), a décidé aussi que les agents diplomatiques jouissent du bénéfice d'immunité, qu'ils aient traité en qualité d'agent diplomatique *ou comme personne privée* (Tribunal de paix de Paris, 15 juin 1887, *Mon. des juges de paix*, 305, 1887), ou que les obligations dérivent directement d'actes accomplis par eux comme personne privée ou à raison de leurs fonctions. (Paris, 30 juin 1876, *Sirey* 77, 2, 17).

L'agent diplomatique serait encore soustrait à la juridiction civile pour dettes contractées *antérieurement à ses fonctions*, si le créancier venait les lui réclamer pendant qu'il les remplit. Les mêmes raisons que l'on peut invoquer pour l'indépendance de la juridiction

1. Voir AUBRY et RAU, VIII, § 748 bis, p. 141. MARTENS, *Précis* t. II, § 216. BONFILS, *Compétence à l'égard des Étrangers*, nos 419 et suiv.

pour dettes contractées pendant leurs fonctions s'appliquent dans ce second cas.

« On conçoit aisément », dit Guichard, « que la fiction de droit précitée est également dans toute sa force, relativement à ces dernières dettes (1), de même que le motif de laisser ces Étrangers... aller tranquillement à leurs occupations diplomatiques ».

L'agent diplomatique est encore exempt de la juridiction locale, même pour une action en dommages-intérêts, née d'un délit prévu par la loi pénale. La Cour de Paris a décidé qu'il n'est pas justiciable des juges français, *même des juges civils*, pour une violation de dépôt (2).

**§ 2. — Des cas où les tribunaux civils locaux sont exceptionnellement compétents.**

Les tribunaux civils locaux sont compétents *en matière réelle*, pourvu que le jugement puisse être exécuté sans porter atteinte à l'indépendance du Ministre public et de l'État étranger qu'il représente : par exemple, dans le cas où un immeuble possédé par un agent diplomatique serait revendiqué par un tiers.

Il en serait de même des actions résultant du voisinage de deux fonds (mitoyenneté), des actions relatives aux servitudes, aux hypothèques : bref, de toutes les contestations relatives au *régime de la propriété immobi-*

1. Les dettes antérieures aux fonctions. *Op. cit.*, § 229.

2. SIREY, 1814; 2, 306. Voir cet arrêt *in extenso* dans la partie de ce travail consacré aux saisies, *infra*.

lière. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, de dommages causés par des travaux publics ou de saisie immobilière, les réclamations élevées par le Ministre étranger devraient être portées en France devant le jury, le conseil de préfecture, ou le tribunal, selon les cas.

M. Weiss (1) restreint la compétence des tribunaux locaux, en matière réelle, *aux immeubles que l'ambassadeur n'habite pas* ; car ceux où il a sa résidence sont réputés territoire étranger, par la fiction de l'exterritorialité.

Mais tout ceci n'est vrai que d'une manière relative, c'est-à-dire que les moyens de coercition légale ne peuvent être mis à la disposition du demandeur contre lui, si ce dernier se refuse à exécuter de bonne grâce la décision judiciaire rendue contre lui. Comme dit Bluntschli « on est arrêté par la crainte de porter atteinte à la liberté et à la dignité du défendeur ».

Cet auteur permet cependant, dans ces divers cas, d'exécuter le jugement *jusqu'à concurrence de la fortune du condamné*. Cette extension nous paraît excessive. En France, notamment où la contrainte par corps est abolie depuis 1867, c'est supprimer presque entièrement l'immunité (2). Elle est du reste inadmissible

1. *Op. cit.*, p. 890.

2. M. Vergé (MARTENS. *Précis* n° 216) critique cette voie détournée à laquelle on a recours pour obtenir justice d'un ministre public. — Consulter sur la renonciation à l'exemption de la juridiction civile locale un article de Villefort paru dans la *Revue critique* de 1858, p. 124 (t. XII). — Wiquefort, très partisan cependant des immunités, regardait comme ayant renoncé au privilège de juridiction le ministre qui avait contracté pardevant notaire. (MÉRLIN, *rép.* sect. V, § 4, art. 3 et 9).

dans l'état actuel de la jurisprudence. Mais elle se justifierait théoriquement comme règle de droit international.

Quelques publicistes admettent la compétence de la juridiction locale *lorsque l'envoyé s'y est explicitement ou implicitement soumis*. Il en serait ainsi s'il se laissait actionner sans protester, ou intentait lui-même une action civile devant le tribunal étranger (1).

Cette solution n'est pas admise en France ; une jurisprudence constante, on l'a vu, considère les immunités diplomatiques comme étant d'ordre public et ne pouvant faire l'objet d'aucune renonciation ni *expresse* ni *tacite* (2).

Nous ne pouvons approuver, cette interprétation doctrinaire et excessive de l'exemption de juridiction civile. Les immunités diplomatiques ont été établies par le Droit des gens dans un but d'utilité pratique : *ne impediatur legatio*. Dès, lors si le principal intéressé à décliner la juridiction locale ne le fait pas, s'il déclare expressément qu'il entend s'y soumettre dans tel cas déterminé, ou s'il n'exige pas de sa qualité, quel si grand inconvénient y verra-t-on ? N'y aura-t-il pas, au contraire, une simplification considérable apportée dans la solution d'un procès où il est engagé ? « L'ordre public », dit Bousquet (3), « ne s'opposerait pas à ce qu'un ministre fût jugé par les tribunaux locaux, si, explicitement dans un contrat, ou implicitement, en comparaisant sans opposer le déclinaire, il acceptait la juridiction. »

1. Conf. BLUNTSCHLI, *loc. cit.* et GARCIA DE LA VEGA (*suprà*).

2. Voir arrêt Papenheim déjà cité et Tchitchérine.

3. BOUSQUET, *Agents diplomatiques et consulaires*, p. 38.

C'est aussi l'opinion de Blunstedli (1). Un envoyé pourrait confier à des tribunaux réguliers la décision d'un procès civil et déclarer d'avance qu'il se soumettra à leur juridiction (2). La question de savoir si le ministre peut s'en remettre à la décision des tribunaux étrangers est plutôt du domaine du droit constitutionnel « de chaque État ; l'envoyé doit suivre sur ce point les « instructions qu'il reçoit de son gouvernement ». Cette dernière phrase est le résumé de la doctrine de Vattel : « Quels que puissent être les inconvénients de la sujé-  
« tion d'un ministre au souverain auprès duquel il est  
« employé, si le prince étranger veut s'en contenter  
« et avoir un ministre sur ce pied-là, c'est son affaire ;  
« il ne pourra se plaindre quand son ministre sera  
« traité comme sujet. » D'après Ch. de Martens (*Guide*, n° 35), les envoyés ne pourraient renoncer expressément ou tacitement à l'exemption de juridiction qu'avec le consentement de leur souverain.

Aussi nous voudrions que les ministres publics accrédités dans un pays étranger pussent se soumettre à la juridiction locale de ce pays, au moins en matière civile et commerciale, par un effet de leur volonté exprimée d'une manière formelle ou tacite.

On nous répond qu'en les jugeant, même s'ils se soumettent à la juridiction locale, on peut porter atteinte à l'indépendance de leur souverain, au cas où il ne les aurait pas autorisés à renoncer à leur immunité. Il nous semble que cet argument n'est pas irréfutable si, en effet, un ambassadeur consent à être justiciable

1. *Op. cit.*, § 218.

2. (Voir aussi VILLEFORT, *Revue critique*, *loc. cit.*).

de la juridiction locale, sans s'être au préalable mis d'accord sur ce point avec son mandant, c'est affaire à régler *entre eux*, mais le tribunal qui a été rendu compétent par le Ministre public, le sachant et le voulant, n'a pas à s'occuper de cette question qui ne le concerne nullement. Sa responsabilité est suffisamment couverte par le consentement donné en connaissance de cause par le principal intéressé.

Cette opinion est soutenue par des écrivains faisant autorité.

Vattel, et après lui Blunstchli proposent, pour éviter toute contestation de ce chef, entre le souverain dont les agents diplomatiques dépendent et celui du pays où ils sont accrédités de ne reconnaître la compétence de la juridiction civile locale que lorsqu'un arrangement est intervenu entre eux. En nous fondant sur le raisonnement qui précède, cette restriction nous paraît superflue.

Mais on ne pourrait introduire contre eux aucune action pouvant entraver l'accomplissement pacifique de leurs fonctions, par exemple, dans les pays où elle existe encore, la contrainte par corps. C'est en ce sens que la Cour de Paris avait dit, en 1829 : « Le caractère public d'un ambassadeur et l'inviolabilité de son domicile ne permettent pas qu'il soit soumis aux obligations d'un gardien judiciaire (1). »

Malheureusement en France les tribunaux sont liés par un texte de loi positif : le décret du 13 ventôse an II, qui n'est pas abrogé, et duquel il ressort qu'un tribunal commettrait un excès de pouvoir en statuant sur une matière dont il n'appartient qu'au gouvernement de s'occuper.

1. Paris, 19 mai 1829; SIREY, t. IX, p. 124.

Le vœu que nous formulons de voir la jurisprudence française interpréter d'une manière plus large le principe de l'exemption de la juridiction civile semble donc platonique ; moins que cela ne paraît cependant : un grand nombre des arrêts et jugements que nous citons ne mentionnent pas le décret de ventôse. Nous croyons donc être fondé à soutenir que la tendance de la jurisprudence est, *en dehors de tout texte législatif*, par un respect excessif des immunités diplomatiques, de refuser toute espèce d'actions lorsqu'il s'agit d'une contestation où est engagé un envoyé étranger, même s'il déclare ne pas formuler d'objection contre la compétence de la juridiction territoriale, et même *s'il désire* y être soumis. Ce second cas de compétence de la juridiction civile locale est donc d'une application fort discutable en pratique.

D'après quelques auteurs et jurisconsultes, les tribunaux locaux sont encore compétents lorsque l'agent actionné *est sujet de l'État où il réside* (1) en qualité de représentant d'une puissance étrangère. Cependant telle n'est pas la doctrine française. Le tribunal de la Seine s'est, le 21 janvier 1875, rallié au système absolu de la Cour de Paris (voir arrêt Tchitchérine déjà cité ; SIREY, 682.201). Il se déclare incompétent pour connaître d'une action en responsabilité intentée par des porteurs d'obligations contre un ministre de la République de Honduras, resté français malgré ses fonctions.

Les porteurs d'obligations lui reprochaient de leur avoir donné le change et de les avoir induits en erreur par des manœuvres dolosives personnelles.

1. Voir chapitre III, § 1<sup>er</sup>.

Voici ce jugement : « Le tribunal, — en ce qui  
« touche Herran, — attendu qu'il a été accrédité en  
« qualité de ministre plénipotentiaire de la République  
« de Honduras près le gouvernement français; — que,  
« représentant un gouvernement étranger, il n'est pas  
« justiciable des tribunaux français, même relative-  
« ment aux actions qu'il peut ainsi accomplir comme  
« personne privée; — attendu que s'il est vrai qu'il a  
« conservé sa qualité de Français, il n'en jouit pas  
« moins des immunités diplomatiques inhérentes à la  
« fonction dont il a été investi, et qu'il serait contraire  
« au droit des gens et à l'indépendance réciproque des  
« nations que le représentant de l'une d'elles fût jus-  
« ticiaire des tribunaux du pays où il représente un  
« État souverain; *qu'on ne s'explique même pas qu'un*  
« *exploit ait pu être porté à son hôtel et délivré ainsi en ter-*  
« *ritoire étranger*; par ces motifs déclare nulle l'assi-  
« gnation adressée à Herran (1). »

Pratiquement, cette solution a de graves inconvénients. En effet, l'agent qui se trouve dans les conditions indiquées est soustrait à toute espèce de juridictions. Dans notre espèce, Herran était exempt de la juridiction de la République de Honduras, puisqu'il n'en était pas sujet et n'était pas domicilié sur son territoire, et de la juridiction française, en vertu des immunités. C'est donc l'impunité absolue.

Il y aurait encore exception à la règle de l'exemption de la juridiction civile si la demande formée contre le ministre public ne serait que la suite ou la conséquence d'une instance *par lui introduite* devant les

1. Rapporté dans le *Journal de droit intern. privé*, 1873, p. 89.

tribunaux locaux (1), par exemple, si, ayant obtenu gain de cause dans une action par lui introduite, il était intimé en appel, ou s'il était actionné en paiement des frais auxquels il aurait été condamné par suite du rejet d'une demande par lui (2) formée, enfin, d'après quelques auteurs, s'il lui était opposé une demande reconventionnelle.

Ce cas d'exception à l'exemption de la juridiction civile fournit un argument ingénieux à Laurent contre l'immunité elle-même, et qui se résume ainsi : si l'agent diplomatique, demandeur, gagne sa cause en première instance et que son adversaire interjette appel, il faudra bien qu'il se défende. Ainsi, il sera justiciable des tribunaux d'appel et il ne l'est pas des tribunaux de première instance !

*Des actions reconventionnelles.* — Selon nous, un envoyé diplomatique serait fondé à refuser de répondre à une action reconventionnelle. C'est en effet une *demande*. Les motifs invoqués pour refuser toute action principale dirigée contre lui devant la juridiction locale subsistent à l'égard d'une demande reconventionnelle (3). Nous reconnaissons que le résultat sera bizarre : comment concevoir une instance où la défense verra ses moyens paralysés par une restriction aussi exorbitante ? Toutefois, il nous semble bien difficile d'échapper pratiquement à ce résultat, si l'on

1. WEISS, *loc. cit.* MERLIN, *Répertoire* V° ministre public. PAILLET, n° 13. CH. DE MARTENS, *Guide*.

2. FÉLIX, *Droit international privé*, 190.

3. *Contrà*, GUICHARD, *op. cit.*, n° 232.

admet l'exemption de la juridiction civile avec l'étendue qui ressort de la jurisprudence (1). Elle n'a du reste pas été appelée à se prononcer spécialement sur ce point. M. Weiss (2) admet que le défendeur actionné par un ministre public puisse répondre à sa demande par une action reconventionnelle pour le motif suivant : il n'y a pas, à proprement parler, dans ces hypothèses, une renonciation de l'agent diplomatique à ses immunités, — elle ne serait pas valable d'après la jurisprudence française, — ce ne sont *que les suites de l'instance qu'il a formée*, et l'on peut dire que ce n'est pas comme défendeur qu'il est, mais comme demandeur ; or l'exterritorialité ne lui défend pas de faire valoir ses droits par une demande portée devant les tribunaux français, conformément à l'art. 15 du Code civil (3).

Quelque séduisante et spécieuse que soit cette argumentation, nous ne pouvons l'admettre théoriquement, quoique pratiquement elle mène à une solution satisfaisante.

Il nous semble, en effet, impossible d'échapper à la vieille règle « *reus in excipiendo fit actor* ». Nécessairement l'agent diplomatique, demandeur dans l'instance principale, devient défendeur lorsque son adversaire demande à faire liquider une dette antérieure

1. Conf. BLUNTSCHLI, § 140, en note. *Contra*, BYNKERSHOEK, chap. 14, § 13. NEUMANN, § 62. FÆLIX. *Dr. intern. privé*, n° 190. CH. DE MARTENS. *Guide*, n° 31.

2. *Op. cit.*, p. 890.

3. NEUMANN. *Eléments* § 62. Il ne peut pas être défendeur, mais s'il est *demandeur*, il est bien forcé d'introduire son action devant le juge naturel du défendeur, qui garde ses droits. Donc il devrait répondre à une demande reconventionnelle qui n'est qu'une suite légale de sa demande.

qu'il aurait contre lui pour lui être opposée en compensation.

La question des demandes reconventionnelles peut se présenter sous une autre face : une personne exempte de la juridiction locale se laisse actionner comme défenderesse sans protester, puis elle forme une demande reconventionnelle qui est repoussée. Elle invoque alors son immunité et prétend par ce moyen se soustraire à la demande initiale. Sa prétention sera-t-elle admise ? Le cas fut soumis à la Cour de l'Échiquier en 1839, dans les circonstances suivantes : La reine de Portugal fut actionnée devant cette juridiction par MM. de Rothschild frères, banquiers à Londres. Elle n'invoqua pas son caractère de *personne exterritoriale* (1) et se soumit à la décision de la Cour. Elle prétendit, au cours du procès, avoir une demande reconventionnelle à faire valoir contre les demandeurs. Cette demande fut repoussée. Elle invoqua alors ses immunités de souveraine et soutint que la Cour de l'Échiquier était incompétente vis-à-vis d'elle relativement à la demande principale. Cette prétention fut également repoussée, car, en se portant de son plein gré demanderesse, fût-ce par la voie reconventionnelle, elle était devenue, pour toute matière se rattachant au procès, justiciable de la Cour de l'Échiquier.

Il est possible que si la même situation se présentait, en Angleterre, en ce qui concerne un agent diplomatique, la même solution interviendrait, car lui aussi est une *personne exterritoriale*. Il y a donc là un précédent d'un haut intérêt.

1. Expression employée par Bluntschli pour désigner les personnes soustraites à la juridiction locale.

M. Villefort (1) fait remarquer très-ingénieusement, à propos des actions reconventionnelles, que l'agent diplomatique peut renoncer implicitement à son privilège d'exemption de la juridiction civile, soit en se laissant directement actionner comme défendeur, soit en intentant lui-même une action principale ; le rôle initial de demandeur peut, à un moment donné, le placer forcément dans la position de défendeur, soit s'il est condamné aux dépens, soit si son adversaire forme une demande reconventionnelle. La jurisprudence française, pour être logique avec elle-même, aurait donc dû déclarer qu'un agent diplomatique *ne peut même pas se porter demandeur* devant les tribunaux locaux. Cette argumentation est développée avec force par Laurent : « La reconvention n'est qu'une espèce de défense », dit cet auteur ; « ici la contradiction est telle, qu'elle détruit le principe même de l'immunité. »

Si le ministre avait été nommé à *un emploi* dans le pays et qu'il l'eût accepté, serait-il exempt de la juridiction locale ? On admet en général la négative. L'ordre public ne s'opposerait pas, à *plus forte raison*, à ce qu'un ministre public fût jugé par les tribunaux locaux s'il était fonctionnaire de l'État auprès duquel il est accrédité (2). Les auteurs américains sont unanimes pour soumettre à la juridiction locale l'agent diplomatique étranger qui exerce en même temps des fonctions au service de l'État où il est accrédité (WHARTON. *Com. ou Am. Law*, § 167). Dans une hypothèse offrant une certaine analogie, la Cour de Bordeaux (3) a jugé, le

1. *Revue critique*, t. XII, p. 126.

2. BOUSQUET, *op. cit.*, p. 38.

3. CLUNET, 1883, 619.

21 novembre 1883, que le représentant officiel d'un gouvernement étranger près d'une exposition française, s'il est en même temps le représentant salarié des exposants de même nationalité, est par là même justiciable des tribunaux français, et ne peut prétendre à aucune immunité... « Attendu que c'est avec raison que  
« la double exception d'incompétence proposée devant  
« les premiers juges a été repoussée, ... attendu que  
« Servano invoque vainement sa qualité de représen-  
« tant officiel du gouvernement espagnol près l'expo-  
« sition de Bordeaux ; — qu'il était en même temps  
« (ainsi que l'attestent les documents versés au débat),  
« le représentant salarié des exposants espagnols ; —  
« qu'à ce titre *il a fait une affaire*, comme il le répète  
« souvent, une entreprise commerciale qui rentre plei-  
« nement dans les dispositions de l'art. 633 C. com...  
« confirme. etc... »

On ne peut qu'approuver ce jugement : d'abord, Servano n'avait à aucun titre le caractère diplomatique. Tout au plus pouvait-il être considéré comme représentant du Gouvernement espagnol pour les actes qu'il aurait accomplis *dans la limite stricte de son mandat*. Il y aurait eu là une application du principe que nous avons indiqué à maintes reprises : on ne peut jamais intenter une action contre celui qui remplit une mission conférée par un État souverain et indépendant pour les faits qui s'y rapportent. Ce serait mettre ce dernier en cause indirectement. Mais, dans l'espèce, Servano, outre qu'il était le représentant du Gouvernement espagnol à l'Exposition de Bordeaux, était en même temps l'agent salarié des exposants espagnols et n'avait à ce titre aucun caractère public.

Il ne pouvait donc être fondé à invoquer l'immunité, ni comme représentant du Gouvernement espagnol, pour ses obligations privées, ni comme représentant salarié des exposants espagnols. Mais, pour les obligations qu'il aurait contractées en qualité de représentant du Gouvernement espagnol, et *dans les limites de sa mission et de ses instructions officielles*, il nous semble qu'il aurait pu s'en prévaloir.

Un ministre public étranger peut être appelé à entrer en négociation avec un banquier pour procurer de l'argent à son gouvernement par un emprunt.

Le tribunal correctionnel de Nice a été appelé à se prononcer sur cette question, et il a décidé qu'un ministre public, dans cette situation, ne faisait pas acte diplomatique, et que *les tribunaux ordinaires devaient connaître des réclamations des intéressés* (1)....

« Attendu que le ministre Herran, traitant avec des  
« banquiers pour procurer de l'argent à son gouver-  
« nement, *ne faisait pas actes diplomatique* ; — qu'un  
« contrat purement civil est intervenu entre lui et les  
« maisons de banque qui se chargeaient d'organiser  
« la souscription publique ; — que vis-à-vis de ces  
« maisons de banque, ses mandataires et pour le pu-  
« blic qui, répondant à l'appel qui lui était fait, a versé  
« son argent, ce sont les règles du droit commun qui  
« sont applicables, et les tribunaux ordinaires auront  
« à connaître des réclamations des intéressés ; — que  
« ce serait rendre tout à fait illusoire pour les sous-  
« cripteurs cette promesse d'une commission chargée  
« de surveiller l'emploi des fonds, s'ils n'avaient d'au-

1. Nice, 2 décembre 1881. *Gazette du Palais*, 82, 1, 138.

« tres recours que contre l'État du Honduras, — le « tribunal, statuant contradictoirement, se déclare « compétent, etc.... »

Ce jugement nous paraît en contradiction avec la jurisprudence française constante. Il est vrai que les circonstances de la cause étaient essentiellement défavorables au ministre du Honduras : celui-ci avait été nommé président d'une commission chargée de recevoir les sommes au nom du Honduras, d'en opérer le placement temporaire et de donner aux fonds souscrits certaines affectations convenues, etc.... Ne tenant aucun compte des autres commissaires, il en avait disposé seul.

Mais, ces réserves faites, comment concilier cette décision avec l'interprétation rigoureuse, absolue que nous avons relevée dans maint arrêt et jugement ? Tout au plus, les tribunaux auraient-ils été fondés, se basant sur la distinction connue entre les actes faits par un ministre public en cette qualité et ceux faits par lui en sa qualité d'homme privé, à se déclarer compétents *après la cessation* des fonctions dudit Herran.

Les auteurs américains admettent la compétence de la juridiction locale dans les cas suivants : 1° lorsque d'après la nature du cas, il n'existe pas d'autre juridiction compétente que celle du pays où l'ambassadeur exerce ses fonctions, par exemple, pour des contestations réelles ; 2° lorsque c'est le ministre qui est demandeur et que la demande est reconventionnelle ; 3° dans les cas où il se soumettrait volontairement à la décision d'arbitres, dans le même sens qu'un souverain peut déférer une contestation à un arbitrage en déclarant d'avance qu'il s'y soumettra ; 4° s'il se soumet avec le

consentement de son gouvernement à cette juridiction locale ; 5° lorsque l'ambassadeur est citoyen ou sujet de l'État où sa mission est accréditée (*contra*, Cour de Paris, 30 juin 1876 ; S. 77. 2. 17), ou qu'il exerce en même temps des fonctions au service de ce dernier État ; 6° lorsqu'il fait le commerce et que le procès est relatif aux engagements résultant de ce commerce. (WHARTON, *Comm. on Am. Law*, § 167.)

### § 3. — Hypothèses spéciales.

Nous nous sommes jusqu'ici placé dans l'hypothèse où le ministre public serait *poursuivi* ; il peut se présenter d'autres situations : ce dernier peut être partie dans un procès sans qu'il y ait de sa part obligation contractée donnant matière à poursuite contre lui et sur ses biens. Cette hypothèse a été prévue par quelques publicistes, notamment par Bynkershoek (1), Grotius (2) et Wheaton (3). Il pourrait se porter volontairement partie dans un procès. Nous pensons que dans ce cas l'exemption de juridiction ne s'appliquerait pas.

C'est ainsi qu'il peut être appelé à un partage ou à une liquidation de succession en France, par exemple, s'il a épousé une Française et que les parents de celle-ci viennent à décéder (4). Si le partage ou la liquida-

1. *Op. cit.*, ch. 13, § 5.

2. *Loc. cit.*

3. *Eléments*, 3<sup>e</sup> partie, ch. I, § 15.

4. Nous supposons que la succession est mobilière. Les immeubles sont régis par l'art. 3 du Code civil. Cette discussion n'offre donc aucun intérêt relativement à ces derniers.

tion sont litigieux, quel sera le tribunal compétent pour connaître des contestations nées ou à naître ? Il y aurait encore là, selon nous, une exception à la règle de l'exemption de la juridiction civile, ce que nous appellerions volontiers une compétence *nécessaire* de la juridiction locale : nécessaire, car il est presque impossible de concevoir les tribunaux de deux pays différents connaissant d'une même liquidation ou d'un même partage. Pour éviter les contrariétés de jugement, il faut bien opter pour l'un ou l'autre tribunal, et il nous semble naturel que ce soit celui de l'ouverture de la succession. Pourrait-on logiquement soumettre les copartageants français, qui sont vraisemblablement les plus nombreux, à voir leurs droits méconnus par une juridiction étrangère, peut-être entachée de partialité ou d'ignorance, par la seule raison qu'il a plu à une de leurs parentes d'épouser un agent diplomatique étranger ? Il nous semble difficile de l'admettre.

Mais nous restreindrions l'exécution du jugement aux biens litigieux, les biens personnels du ministre ne pouvant subir aucune atteinte.

Cette compétence *nécessaire* se présenterait encore dans le cas d'un *gage* donné par ce dernier (1). Cette hypothèse est assez pratique, car, à raison même de leurs immunités, les diplomates trouvent parfois des difficultés à contracter, et, avant de suivre leur foi, on exige d'eux des garanties, soit notamment le versement d'une somme d'argent à titre de provision, soit un

1. En matière réelle, la compétence universellement admise (voir *suprà*) a aussi le caractère d'une compétence *nécessaire*. Mais elle repose aussi sur d'autres considérations que nous avons indiquées.

gage (1). C'est une application de ce phénomène juridique déjà indiqué par le jurisconsulte romain Paul, en parlant des mineurs de 25 ans à Rome : la protection excessive devient une gêne (2) pour le protégé : le risque considérable et longtemps prolongé dont sont menacés les tiers, en traitant avec une personne contre laquelle ils n'ont aucune voie de recours éventuelle en cas de non-paiement, fait qu'ils exagèrent les précautions, et que celle-ci ne trouve que difficilement à contracter ou à des conditions fort onéreuses. Bref, les créanciers se prémunissent contre les dangers qu'ils courent.

Les tribunaux locaux seraient certainement compétents pour ordonner la vente du gage et la distribution des fonds en provenant aux créanciers-gagistes, notwithstanding la qualité du propriétaire de la chose (par exemple, s'il s'agissait d'une caisse de prêts sur gage).

En France, on peut invoquer un précédent en faveur de la compétence des tribunaux relativement à un gage donné par un ambassadeur et du droit par le créancier de le réaliser en cas de non-paiement.

Le gouvernement ottoman avait fait en France un emprunt de 40 millions (en 1873), et il avait donné aux banquiers, chargés de l'émission, des titres en nantissement. Il était en outre stipulé que, en cas de non-remboursement dans un très bref délai, et après une mise

1. C'est ainsi qu'il y a quelques années un diplomate de l'Amérique du Sud fut obligé de payer plusieurs termes *d'avance* au propriétaire des lieux loués par lui à Paris.

2. L. 24, § 1. *De minoribus* D. Liv. IV, tit. IV. *Non semper autem ea, quæ cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et æquum redigenda sunt, NE MAGNO INCOMMODO HUIUS ÆTATIS HOMINE ADFICIENTUR, NEMINE CUM HIS CONTRAHENTE...*

en demeure par simple lettre missive, les banquiers pourraient réaliser. Le délai s'écoula, le gouvernement ottoman ne remboursa pas et les banquiers firent vendre les titres, ce qui amena une baisse sur les fonds publics ottomans.

Malgré toutes les réclamations de la Porte, la vente fut reconnue régulière par les tribunaux français (1).

Il y avait cependant une grave raison de douter, qu'invoquait le gouvernement ottoman, tirée de l'article 2078 du Code civil, ainsi conçu : « Le créancier  
« ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage,  
« sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage  
« lui demeure en paiement et jusqu'à due concurrence, etc... Toute clause qui autoriserait le créancier  
« à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. » L'article 2078 avait certainement été violé dans l'espèce, mais la prétention du demandeur fut néanmoins repoussée par les motifs suivants : un gouvernement peut, en contractant, soit se soumettre à la loi de son co-contractant, soit créer, par la convention, une loi particulière destinée spécialement à régir le contrat. Mais, dans cette dernière hypothèse, il ne pourrait plus répudier les dispositions de cette convention pour se soumettre à la loi française. Dans cette espèce, le gouvernement ottoman avait fixé lui-même, d'accord avec les défendeurs, les conditions particulières suivant lesquelles le gage qu'il leur constituait devrait être réalisé. D'un autre côté, les dispositions de l'article 2078 n'ont point le

1. Voir tribunal de la Seine du 3 mars 1875 (*Gazette des tribunaux*, 4 mars 1875). Les défendeurs étaient : le Comptoir d'Escompte, la Société générale, MM. de Hirsch et consorts.

caractère d'ordre public. Dès lors, les stipulations en vertu desquelles les défendeurs ont réalisé le gage constitué à leur profit par le gouvernement ottoman sont valables et « ils ont usé de leur droit en les « ramenant à exécution ».

Le Tribunal et la Cour de Paris se sont encore déclarés compétents quant à la demande subsidiaire d'une provision alimentaire faite par la femme d'un conseiller de légation, tout en se déclarant incompétents quant à la demande principale intentée contre ce dernier (une demande en séparation de biens). Le Tribunal et la Cour s'étaient même déclarés incompétents quant à la première demande subsidiaire de la demanderesse, à l'effet d'obtenir la nomination provisoire d'un administrateur judiciaire chargé de prendre des mesures conservatoires des biens de la femme (1).

La Cour, quant à la provision alimentaire, paraît s'être placée sur le terrain du droit naturel. « La « Cour... considérant qu'il est justifié de la litispence « dance entre les parties devant les tribunaux « portugais, sur la séparation de corps et sur la séparation de biens, que l'intimé, refusant de recevoir « l'appelante au domicile conjugal, et la prestation des « aliments étant de droit naturel, le juge du domicile ou « de la résidence des époux est compétent pour ordonner l'exécution de cette obligation. »

Il y aurait encore là un cas de *compétence nécessaire*. Les tribunaux seraient compétents pour ordonner des mesures *urgentes*, ayant un caractère tout à fait pro-

1. Jugement du Trib. civ. de la Seine, du 8 juillet 1857 et arrêt de la Cour de Paris des 11 et 14 août 1857 rapportés tous deux dans la *Gazette des tribunaux* du 15 août 1857.

visoire, ne faisant pas préjuger le fond, et qui seraient sanctionnées par les règles générales du droit naturel, telles qu'elles sont comprises dans les pays civilisés. M. Villefort, commentant l'arrêt, critique vivement cette décision en ce qui concerne la pension alimentaire (1). « Qu'importe que l'obligation des aliments  
« soit de droit naturel ! Ce n'est pas sur ce motif seul  
« que peut s'asseoir la compétence ; il faut de plus la  
« circonstance du domicile ou de la résidence, lorsque  
« les parties sont étrangères, et cette circonstance man-  
« que dans l'espèce, puisque l'arrêt a admis la fiction de  
« l'exterritorialité ; à moins que la Cour n'ait entendu  
« créer une théorie toute nouvelle, consistant à dire  
« que l'exterritorialité cesse quand il s'agit des  
« obligations naturelles ; mais ce serait là une doctrine  
« singulièrement hasardée et assez compromettante  
« pour le privilège diplomatique, quand on songe aux  
« interprétations si diverses que soulèvent les mots  
« *obligation naturelle*. »

Toutefois la pension avait été déposée à la caisse des consignations, après que le mari avait fait des offres réelles à sa femme. Il y avait dans cet ensemble de faits des circonstances assez graves aux yeux du Tribunal et de la Cour pour faire cesser la fiction de l'exterritorialité en ce qui concernait la pension. Ces considérations sont reproduites dans le jugement, mais non dans l'arrêt. Ce dernier base sa décision uniquement sur le caractère particulier de cette obligation.

Il est à remarquer en outre que ces décisions paraissent autoriser une renonciation implicite faite par

1. *Revue critique*, t. XII, p. 132 et s.

l'agent diplomatique, à son immunité, contrairement aux décisions nombreuses qui en France, la considèrent d'une manière constante comme étant d'ordre public (voir *suprà*) et ne pouvant en conséquence faire l'objet d'aucune renonciation ni expresse ni tacite.

Ce point est intéressant à relever.

#### § 4. — Critique de l'exemption de la juridiction civile.

L'immunité de la juridiction civile est l'objet d'attaques plus vives encore que l'immunité de la juridiction criminelle (1).

A notre sens, l'interprétation excessive qu'en donne la jurisprudence française (2) a beaucoup contribué à son impopularité ; ce privilège est en outre d'une importance incomparablement supérieure à l'immunité répressive : il n'arrive guère qu'un agent diplomatique commette un vol ou un assassinat, mais il se peut qu'il laisse des dettes impayées ; bien plus, il peut être impliqué dans un procès civil sans aucune faute de sa part. L'hypothèse sort donc du domaine de la théorie ; elle offre une réelle portée pratique. Aussi ne faut-il pas s'étonner des discussions passionnées que l'exemption de la juridiction civile a fait surgir dans ces dernières années.

Il convient de mentionner ici la discussion qui s'éleva en 1771 sur cette matière entre le Ministre des

1. LAURENT, *op. cit.*, t. III, p. 169. FAUSTIN-HÉLIE, *op. cit.*, t. II, l. II, chap. 5, § 127. PRADIER-FODÉRE. *Cours* p. 112, S. t. II. PASQUALE FIORE. *Droit pén. intern.* nos 23 et 25. ESPERSON, *op. cit.*, t. I, n° 173, p. 107 suiv. PINHEIRO-FERREIRA. *Notes sur le précis du droit des gens modernes de l'Europe de G. de Martens.*

2. Voir les jugements et arrêts mentionnés dans le chap. II, et notamment l'arrêt Papenheim ; SIREY, 41, II, 592.

Affaires étrangères de France, d'Aiguillon, et plusieurs ambassadeurs. Le mémoire de d'Aiguillon, tel qu'il est rapporté par Merlin (1), s'il ne formule pas entièrement la doctrine française de la fin du siècle dernier, peut du moins servir à indiquer sa tendance. Ce document, comparé avec la jurisprudence postérieure à la Révolution, établira la différence dans la manière de comprendre et d'appliquer cette immunité suivant les époques. Chose curieuse, c'est un acte législatif de la Terreur (décret du 13 ventôse an II), qui assure désormais aux ministres publics des privilèges de beaucoup plus étendus que ceux qui leur étaient assurés sous la monarchie absolue.

En 1771, un ambassadeur étranger à Paris, obéré de dettes, se disposait à quitter cette ville sans les payer. Les créanciers, ayant appris son dessein, se plainquirent du tort que ce départ leur causerait. Le gouvernement de Louis XV défendit de remettre les passeports à leur débiteur : récriminations de ce dernier.

Un exempt pénétrait chez lui dans le même temps pour lui signifier un exploit.

Ces faits motivèrent une réclamation collective des ambassadeurs accrédités à Paris. Elle fut remise sous forme de mémoire à M. d'Aiguillon, le 5 janvier 1772 (2).

1. MERLIN, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Ministre public, Sec. V, § IV, art. 3.

2. En voici le texte :

« Les ambassadeurs ayant été instruits qu'on avait refusé un passe-  
« port à un ministre étranger, et que même on avait attenté à leurs  
« droits et privilèges, en signifiant un exploit au même ministre,  
« croyant par là le droit des gens blessé, en ce que cela gênerait la li-  
« berté qui leur est nécessaire pour se retirer, lorsque les circonstances  
« peuvent l'exiger, ils réclament aujourd'hui la justice et l'équité de sa

Ce mémoire fut communiqué à Louis XV. Le roi répondit qu'il aurait toujours le plus grand soin que l'on ne portât pas atteinte aux immunités des ambassadeurs, « mais qu'il pensait que les circonstances du fait qui avaient excité la réclamation des ambassadeurs étaient telles qu'il ne pouvait en résulter aucune atteinte à leurs droits et « privilèges ».

Le Ministre des affaires étrangères fut chargé d'appuyer par un mémoire la réponse du roi. Il fut envoyé à toutes les Cours de l'Europe.

Nous nous bornerons à en donner le texte, tel qu'il a été reproduit par Merlin, d'après Gérard de Rayneval (1).

« L'immunité des ambassadeurs et autres ministres publics est fondée sur deux principes : 1° sur la dignité du caractère représentatif auquel ils participent plus ou moins ; 2° sur la convention tacite qui résulte de ce qu'en admettant un ministre étranger on reconnaît les droits que l'usage, ou, si l'on veut, le droit des gens lui accorde.

« Le droit de représentation les autorise à jouir, dans une mesure déterminée, des prérogatives de leurs maîtres. En vertu de la convention tacite, ou, ce qui est la même chose, en vertu du droit des gens, ils ont droit d'exiger qu'on ne fasse rien qui les trouble dans leurs fonctions publiques.

« L'exemption de la juridiction ordinaire, qu'on ap-

« Majesté très chrétienne, pour mettre en sûreté ces mêmes droits et « privilèges. » GÉRARD DE REYNEVAL, *Institution du droit de la nature et des gens*, livre II, note 42.

1. *Loc. cit.*

« pelle proprement immunité, découle naturellement  
« de ce double principe.

« Mais l'immunité n'est point illimitée; elle ne peut  
« s'étendre qu'autant que les motifs qui lui servent de  
« base.

« Il résulte de là : 1° qu'un ministre public ne peut  
« en jouir, qu'autant que son maître en jouirait lui-  
« même; 2° qu'il ne peut en jouir dans les cas où la  
« convention tacite ou la présomption des deux souve-  
« rains vient à cesser.

« Pour éclairer ces maximes par des exemples ana-  
« logues à l'objet de ces observations, on remar-  
« quera :

« 1° Qu'il est constant qu'un ministre perd son im-  
« munité, et se rend sujet à la juridiction locale, lors-  
« qu'il se livre à des manœuvres qui peuvent être re-  
« gardées comme crime d'État, ou qui troublent la sé-  
« curité publique. L'exemple du prince de Cellamare  
« constate ces maximes à cet égard.

« 2° L'immunité ne peut avoir d'autre effet que d'é-  
« carter tout ce qui pourrait empêcher le ministre pu-  
« blic de vaquer à ses fonctions.

« De là il résulte que la personne seule du ministre  
« jouit de l'immunité, et que ses biens pouvant être  
« attaqués sans interrompre ses fonctions, tous ceux  
« qu'un ministre possède dans le pays où il est accré-  
« dité sont soumis à la puissance territoriale; et c'est  
« par une suite de ce principe, qu'une maison ou une  
« rente qu'un ministre étranger posséderait en France,  
« serait sujette aux mêmes lois que les autres héri-  
« tages.

« 3° La convention tacite sur laquelle l'immunité

« se fonde sans cesse, lorsque le ministre se soumet  
 « formellement à l'autorité locale, en contractant par  
 « devant un notaire, c'est-à-dire en invoquant l'auto-  
 « rité civile du pays qu'il habite.....

« 4° L'immunité étant fondée sur une convention,  
 « et toute convention étant réciproque, le ministre  
 « public perd son privilège, lorsqu'il en abuse contre  
 « les intentions constantes des deux souverains.

« C'est par cette raison qu'un ministre public ne  
 « peut se prévaloir de son privilège pour se dispenser  
 « de payer les dettes qu'il peut avoir contractées dans  
 « le pays où il réside : 1° parce que l'intention de son  
 « maître ne peut point être qu'il viole la première loi  
 « de la justice naturelle, qui est antérieure aux privi-  
 « lèges du droit des gens; 2° parce qu'aucun souve-  
 « rain ne veut, ni ne peut vouloir, que ces prérogati-  
 « ves tournent au détriment de ses sujets, et que le  
 « caractère public devienne pour eux un piège et un  
 « sujet de ruine; 3° on pourrait saisir les biens mobi-  
 « liers du prince même que le ministre représente, s'il  
 « en possédait sous notre juridiction : de quel droit  
 « les biens du ministre seraient-ils donc exceptés de  
 « cette règle ?

« 5° L'immunité du ministre consiste essentielle-  
 « ment à le faire considérer comme s'il résidait dans  
 « les États de son maître. Rien n'empêche donc d'em-  
 « ployer vis-à-vis de lui les moyens de droit dont on  
 « userait s'il se trouvait dans le lieu de son domicile  
 « ordinaire.

« Il en résulte qu'on peut le sommer d'une manière  
 « légale de satisfaire à ses engagements et de payer  
 « ses dettes ; et Bynkershoëck décide formellement,

« n° 186, que ce n'est pas peu respecter la maison d'un  
« ambassadeur que d'y envoyer les officiers de justice,  
« pour signifier ce dont il est besoin de donner con-  
« naissance à l'ambassadeur.

« 6° Le privilège des ambassadeurs ne regarde que  
« les biens qu'ils possèdent comme ambassadeurs, et  
« sans lesquels ils ne pourraient exercer les fonctions  
« de leur emploi. Bynkershoëk, p. 167 et 173, et Bar-  
« beyrac, p. 173, sont de cet avis; et la cour de Hol-  
« lande a adopté cette base dans l'ajournement qu'elle  
« a fait signifier, en 1721, à l'envoyé de Holstein,  
« après avoir accordé saisie de tous ses biens et effets,  
« autres que les meubles et équipages, et autres choses  
« appartenant à son caractère de ministre. Ce sont les  
« termes de l'arrêt de la Cour de Hollande du 21 fé-  
« vrier 1721.

« Ces considérations justifient la règle qui est reçue  
« dans toutes les cours, qu'un ministre public ne doit  
« point partir d'un pays sans avoir satisfait ses créan-  
« ciers.

« Lorsqu'un ministre manque à ses devoirs, quelle  
« est la conduite à tenir? C'est la seule question es-  
« sentielle que la matière puisse faire naître. Elle doit  
« se décider par un usage conforme aux différentes  
« maximes qu'on a établies ci-dessus.

« On ne parlera point de l'Angleterre, où l'esprit de  
« législation, borné à la lettre de la loi, n'admet point  
« de convention tacite, ni de présomption, et où le  
« danger d'une loi positive dans une matière aussi dé-  
« licate a jusqu'ici empêché de fixer légalement les  
« prérogatives des ministres publics.

« Dans toutes les autres cours, la jurisprudence paraît  
« à peu près égale; les procédés seuls peuvent différer.

« A Vienne, le maréchal de l'empire s'arroge, sur  
 « tout ce qui ne tient pas à la personne de l'ambassa-  
 « deur et à ses fonctions, une juridiction proprement  
 « dite, dans une étendue qu'on a quelquefois envisagée  
 « comme difficile à concilier avec les maximes généra-  
 « lement reçues. Ce tribunal veille, d'une manière par-  
 « ticulière, sur le paiement des dettes contractées par  
 « les ambassadeurs, surtout au moment de leur départ.  
 « On en a vu, en 1764, l'exemple dans la personne de  
 « M. le comte..., ambassadeur de Russie, dont les effets  
 « furent arrêtés, jusqu'à ce que le prince de Lichten-  
 « tein se fût rendu sa caution (1).

« En Russie, un ministre public est assujetti à an-  
 « noncer son départ par trois publications. Nous avons  
 « vu arrêter, il y a peu d'années, les enfants, les pa-  
 « piers et les effets de feu M. de Beausset, jusqu'à ce  
 « que le roi eût fait son affaire des dettes que ce mi-  
 « nistre avait contractées.

« A La Haye, le conseil de Hollande s'arroge une ju-  
 « ridiction proprement dite, dans tous les cas où les  
 « intérêts des sujets se trouvent compromis. On a vu  
 « plus haut les preuves de cette assertion.

« En 1668, un exploit fut signifié à un ambassadeur  
 « d'Espagne, en personne, qui en porta des plaintes :  
 « les États généraux jugèrent qu'elles étaient fondées,  
 « en ce qu'il n'aurait fallu remettre l'exploit qu'aux gens  
 « de l'ambassadeur (Bynkershoëck, p. 188).

« A Berlin, le baron de Posse, ministre de Suède,  
 « fut arrêté et gardé, en 1723, parce qu'il refusait de  
 « payer un sellier, malgré les avertissements réitérés  
 « du magistrat.

1. Voir *suprà*, chap. 1, § 3, *in fine*.

« A Turin, le carrosse d'un ambassadeur d'Espagne  
« fut arrêté, sous le règne d'Emmanuel. La cour de  
« Turin se disculpa, à la vérité, de cette violence, mais  
« personne ne réclama contre les procédures qui avaient  
« été faites pour condamner l'ambassadeur à payer ses  
« dettes.

« Ces exemples paraissent suffire pour établir qu'un  
« ministre étranger peut être contraint à payer ses  
« dettes. Ils constatent même l'extension qu'on a quel-  
« quefois donnée au droit de coaction.

« On a soutenu qu'il suffisait d'avertir le ministre  
« de payer des dettes, pour justifier, en cas de refus,  
« les voies judiciaires, et même la saisie des effets.  
« Grotius dit que, si un ambassadeur a contracté des  
« dettes, et qu'il n'ait point d'immeubles dans le pays,  
« il faut lui dire honnêtement de payer ; s'il le refu-  
« sait, on s'adresserait à son maître ; après quoi, on  
« en viendrait aux voies que l'on prend contre les dé-  
« biteurs qui sont d'une autre juridiction.

« Or, ces voies sont les procédures légales qui tom-  
« bent sur les biens de l'ambassadeur, autres que ceux  
« qui sont immédiatement nécessaires à l'exercice de  
« ses fonctions, ainsi qu'on l'a déjà observé.

« L'opinion la plus modérée est qu'il convient, dans  
« tous les cas, de s'abstenir autant qu'il est possible  
« de donner atteinte à la décence qui doit environner  
« le caractère public ; mais le souverain est autorisé à  
« employer l'espèce de coaction qui n'emporte aucun  
« trouble dans ses fonctions ; elle consiste à interdire  
« la sortie du pays, sans avoir satisfait à ses engage-  
« ments. C'est dans ce sens que Bynkershoëck con-  
« seille d'employer contre les ambassadeurs des actions

« qui emportent plus de défense qu'un ordre de faire  
 « telle ou telle chose. Ce n'est alors qu'une simple dé-  
 « fense, et personne n'oserait soutenir qu'il soit illi-  
 « cite de se défendre contre un ambassadeur, qui ne  
 « doit pas troubler les habitants en usant de violence  
 « et en emportant ce qui appartient à autrui. Cette  
 « maxime est encore plus de saison, lorsque des cir-  
 « constances particulières et aggravantes chargent le  
 « ministre du reproche de mauvaise foi ou de manœu-  
 « vres répréhensibles, lorsqu'il viole lui-même ainsi la  
 « sainteté de son caractère et la sécurité publique ; il  
 « ne peut point exiger que d'autres les respectent. »

On remarquera la quatrième proposition. Elle fait spécialement ressortir les limitations que la Royauté croyait devoir apporter aux prérogatives des ministres étrangers et démontre que le domaine d'application et la légitimité de l'immunité de la juridiction civile ont été l'objet de discussions nombreuses bien avant Laurent et les publicistes modernes.

Pinheiro-Ferreira, dans ses notes sur le *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* de G. F. de Martens, est un des premiers en date qui aient refusé formellement ce privilège aux agents diplomatiques. (1)

Son principal argument est ingénieux, mais trop subtil. Il peut s'analyser ainsi : Si l'intérêt public exigeait que les particuliers fissent le sacrifice de leurs droits en ne poursuivant pas le débiteur, comme le veut le principe de l'immunité de la juridiction civile, l'État devrait les indemniser de la perte qu'ils éprouveraient de ce chef, car nul n'est tenu de se dessaisir

1. Voir toutefois BYNKERSHOEK, chap. VII, § 2 et MERLIN. *Répertoire*, V<sup>o</sup> Ministre public, sect. V, § 4, art. 2.

de sa propriété que moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545 du Code civil), et une créance fait partie de nos biens, tout comme un meuble corporel. Ce serait donc logiquement l'État qui serait chargé du paiement des dettes de l'agent insolvable ou de mauvaise foi..

« ... Outre l'absurdité de charger ainsi l'État du paiement des dettes de tous les ministres étrangers, la supposition de l'utilité de déclarer les agents non justiciables des tribunaux est absolument fausse et gratuite, parce qu'elle n'a aucun rapport avec le motif qui est le seul fondement de toute l'immunité diplomatique, et parce qu'il n'est pas vrai que, d'assujettir les ministres étrangers aux tribunaux du pays, il doive en résulter le moindre préjudice à la bonne harmonie entre les deux nations. »

Cette assimilation entre une expropriation pour cause d'utilité publique et le non-paiement de ses dettes par un ambassadeur nous semble inexacte. La prohibition d'exercer des poursuites contre ce dernier a été établie non pas dans l'intérêt de tel ou tel État, mais dans un intérêt politique et *international* supérieur. L'expropriation, au contraire, a pour base une utilité d'ordre essentiellement *intérieur* et même local.

La tendance de Pinheiro-Ferreira fut suivie par nombre d'autres publicistes.

D'après Esperson (1), l'exemption de la juridiction civile a surtout comme fondement le principe de souveraineté des États : le fait de juger le représentant d'un autre État était une atteinte portée à cette souverai-

1. *Op. cit.*, t. I, n° 173.

neté lorsque la justice était rendue par le roi, ou n'était qu'une émanation, qu'une délégation du pouvoir royal. « Toute justice émane du roi », disaient les légistes. Mais aujourd'hui l'indépendance du pouvoir judiciaire est un dogme admis par la constitution de tous les États civilisés, et ces motifs ne peuvent plus être invoqués.

Toutefois, répondons-nous, le fait de soumettre quelqu'un à la juridiction d'un État étranger, même en admettant d'une manière absolue le principe de la séparation des pouvoirs, implique une subordination tacite à son autorité qui nous paraît ne pouvoir se concilier avec le caractère de représentant d'un État souverain et indépendant. Le même auteur invoque une raison tirée de l'intérêt même des ministres publics, (raison déjà indiquée) pour les soumettre à la compétence des tribunaux locaux : la difficulté qu'ils trouvent à contracter à cause de l'immunité elle-même. Les créanciers exigeront de fortes garanties.

Laurent (1) s'élève avec non moins de force contre cette institution.

Dans un état de barbarie, alors qu'aucune garantie n'existait contre l'arbitraire, lorsque l'Étranger était sans droit, il était naturel de le soustraire à une justice qui ne lui offrait aucune sécurité. « C'est un « étrange anachronisme », dit-il, « que d'invoquer, « au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, la sainteté des ambassa-  
« deurs pour justifier l'immunité de la justice. Tout  
« homme aujourd'hui est sacré ; la liberté des minis-  
« tres est mieux garantie par le droit commun qu'elle

1. *Op. cit.*, t. III, p. 146 et suiv.

« ne l'était jadis par la sainteté de leur caractère. Et  
« ce sont précisément les tribunaux qui garantissent  
« les droits de l'homme. Par quelle singulière contra-  
« diction veut-on que les agents diplomatiques soient  
« exempts de la juridiction à raison de leur sainteté,  
« alors que c'est à l'action régulière des tribunaux  
« qu'ils doivent l'inviolabilité dont ils jouissent ? »

L'auteur belge critique ensuite l'inexactitude de l'expression *exterritorialité*, se fondant principalement sur l'art. 14 du Code civil (voir *infra*, sect 7).

Il insiste sur la situation précaire du créancier d'un agent diplomatique ressortissant à la nationalité du pays où il exerce ses fonctions : soit un représentant de la Belgique à Paris, de nationalité française. Il ne peut être poursuivi en France, en vertu des immunités, et il ne peut l'être en Belgique, car à quel titre les tribunaux belges seraient-ils compétents ? L'obligation n'a pas été contractée en Belgique, le débiteur n'est pas belge. Il y a donc une véritable impossibilité d'exercer un recours quelconque contre lui. Cette raison seule devrait suffire, soit dit en passant, pour que les gouvernements refusent de laisser accréditer chez eux des diplomates nationaux. Elle n'est d'ailleurs pas spéciale à l'immunité de la juridiction civile.

Ajoutons qu'au point de vue pratique, cette prérogative complique étrangement tout procès dans lequel est engagé un individu revêtu de fonctions diplomatiques. Voilà une succession litigieuse qui s'ouvre, des contestations s'élèvent, des contestations impossibles à éviter. Il n'y a même pas de contestations, mais un mineur est intéressé dans le débat. Les tribunaux lo-

caux qui seraient désignés naturellement par leur proximité, par leur habitude de pareils procès, pour en être saisis, doivent décliner toute compétence ; *ils le doivent même d'office* en France, alors même que le ministre voudrait se soumettre à leur jugement.

N'y a-t-il pas dans ces contradictions, dans ces inconvénients pratiques, des raisons suffisantes pour condamner irrévocablement l'immunité de juridiction civile et pour former des vœux pour sa disparition du droit des gens ?

Nous pensons qu'il existe certainement des réformes à opérer en cette matière : notamment l'interprétation de la jurisprudence française, qui interdit à l'intéressé de renoncer à son privilège, ne se soutient pas (1).

L'immunité, a surtout, selon nous, comme base, le principe de la souveraineté ; il est inadmissible que celui qui est le représentant d'un État indépendant soit soumis à l'autorité d'un autre État, toute question de séparation des pouvoirs mise de côté (2). Là est la justification de ce privilège. Mais s'il déclare accepter, dans un cas donné, cette compétence, quelle bonne raison alléguer pour ne pas le lui permettre ? Nous ne pouvons en découvrir aucune ; toute cause de conflit, tous motifs de susceptibilité sont écartés entre les deux États, du moment que c'est de son plein gré que l'ambassadeur accepte la juridiction du tribunal étranger (3).

1. Voir sur ce point DALLOZ. *Répertoire alph.* V° agent diplomatique, sect. 1, art. 4, § 5, note 2.

2. C'est un des arguments d'Esperson.

3. Bynkershoeck n'admettait la validité de la renonciation à l'im-

Beaucoup voient dans l'immunité répressive une véritable impunité : rien n'est plus faux, avons-nous dit. De même les personnes peu versées dans les questions de droit public se laissent souvent entraîner à considérer le créancier d'un agent diplomatique comme dénué de tout recours de par l'immunité de juridiction civile. Sans doute le remède sera souvent inefficace, mais il existe. En France, le décret du 13 ventôse an II dispose que les *réclamations* de toute nature contre l'un d'eux doivent être adressées au Comité de Salut Public (aujourd'hui au Ministère des Affaires étrangères). Par l'intervention de cette administration, le créancier a grande chance d'obtenir satisfaction. Enfin il pourra recourir aux juridictions compétentes du pays auquel ressortit l'agent. Des voies d'exécution pourront être exercées sur les biens de ce dernier qui y sont situés.

Ajoutons que s'il s'agit d'un secrétaire ou d'un attaché, il suffira la plupart du temps de s'adresser au chef de mission.

#### § 5. — Des mesures conservatoires.

Les simples mesures conservatoires du droit des tiers nous sembleraient pouvoir être ordonnées par un tribunal, même à l'encontre d'un agent diplomatique.

D'après Ch. de Martens (1), ces mesures ne peuvent jamais attenter aux privilèges diplomatiques.

munité de juridiction civile qu'avec la participation du Prince dont dépend le ministre public, chap. XXIII, § 7. Conf. théorie de BLUNTSCHLI, voir chap. II, sect. 3, § 2, *suprà*.

1. *Guide, loc. cit.*

Il cite le protêt faute de paiement d'un mandat tiré sur un agent diplomatique ; il est, en effet, indispensable pour que le porteur puisse justifier vis-à-vis du tireur de ses diligences vis-à-vis du tiré.

En France, en présence de la jurisprudence actuelle, il nous paraît impossible de permettre de protester un effet tiré sur un ministre public ; on ne permet même pas de lui envoyer une citation (voir les jugements et arrêts mentionnés).

Heffter autorise les mesures conservatoires, mais avec cette restriction : lorsque l'intervention de la justice n'est pas nécessaire. C'est en limiter singulièrement le domaine d'application.

Cependant G. F. de Martens décide que les autorités locales ne pourraient pénétrer dans un hôtel d'ambassade pour apposer les scellés sur les meubles de l'ambassadeur en cas de décès.

Nous avons déjà abordé ce point en parlant de l'inviolabilité réelle ; nous ne pouvons voir un très grand inconvénient dans une mesure ayant essentiellement en vue le respect des volontés du défunt et mettant obstacle aux détournements et aux recels qui pourraient être commis soit au préjudice de ses héritiers naturels ou testamentaires, soit par eux (voir *suprà*).

Un arrêté du 9 mai 1874 prescrit des mesures spéciales à prendre relativement aux scellés à apposer sur les biens laissés par un agent diplomatique décédé, « afin d'effectuer le retour aux archives des papiers laissés par cet agent et appartenant à l'État » (art. 13 (1)).

1. *Bulletin officiel du Ministre de la Justice*, 1888, p. 14.

Ici l'agent diplomatique est considéré comme fonctionnaire, situation que nous ne nous proposons pas d'étudier. Aussi ne faisons-nous que mentionner ce document.

Nous avons vu que des mesures conservatoires, telles que l'obligation de fournir une provision alimentaire, peuvent être imposées par les tribunaux (1).

Le Tribunal de la Seine eut à se prononcer en référé, le 29 septembre 1880, sur la possibilité de prendre des mesures conservatoires contre un agent diplomatique. M<sup>me</sup> de Bruc avait intenté une demande en séparation de corps contre son mari, M. de Bruc, représentant de la République de Saint-Marin, en France. Celle-ci, après avoir obtenu l'ordonnance permettant de citer son mari en conciliation, demanda au Président, le 31 août 1880, une seconde ordonnance l'autorisant à former, pour conservation de ses droits évalués à 300,000 fr., une saisie-arrêt sur son mari entre les mains de diverses banques et établissements de crédit. Elle avait dissimulé la qualité diplomatique de son mari.

De Bruc demanda le rapport de cette ordonnance. Son avoué invoqua le décret de ventôse pour soutenir l'incompétence du tribunal de la Seine, la non-validité de toute mesure d'exécution émanant de l'autorité française. L'ordonnance fut effectivement rapportée (2).

1. *Gazette des trib.*, 13 août 1857.

2. CLUNET, 81, 514 et VINCENT et PÉNAUD, *op. cit.*, V° agent diplom. n° 60.

## § 6. — Du transit.

Que faudra-t-il décider lorsqu'un agent diplomatique ne fait que passer sur le territoire d'un pays tiers pour aller résider dans celui où il doit exercer ses fonctions? Sera-t-il exempt de la juridiction civile locale?

Oui, d'après le Répertoire de jurisprudence, et par rapport à toutes les nations indistinctement entre elles (1). On y fonde cette décision sur ce que l'agent a droit à la même protection, sur le territoire d'une tierce puissance, pourvu qu'il s'y soit fait annoncer et qu'il ait obtenu la permission de passage, que s'il doit y résider comme ministre public accrédité. C'est résoudre la question par la question.

Guichard combat cette solution : suivant lui, le caractère diplomatique d'un ministre public est *totale-ment étranger* à l'État qu'il traverse. La fiction de l'exterritorialité ne saurait être invoquée dans un pays où il n'a ni mission ni fonction à remplir. Le fondement de cette fiction est, en effet, de faciliter l'exercice de leurs fonctions aux agents diplomatiques. « Les ministres publics », dit-il, « traversant des États, sans mission diplomatique auprès d'eux, n'y sont en réalité que de simples individus, nécessairement soumis à la juridiction locale. »

Nous nous rangerions à cette doctrine, mais pour

1. V. Ministre public, sect. V, § 4, n° 14.

d'autres raisons que nous avons exposées plus haut en parlant de l'inviolabilité dans les mêmes circonstances : nous sommes, dans toute cette étude des immunités diplomatiques en matière exceptionnelle, il faut donc adopter l'interprétation restrictive. En France spécialement, où aucun texte de loi ne s'est jamais prononcé sur la situation des agents diplomatiques de passage, il nous paraît difficile de les assimiler aux ministres accrédités dans ce pays (voir *infra* l'appendice).

### § 7. — Des obligations commerciales.

Les obligations commerciales prêtent à des discussions plus nombreuses que les obligations civiles *stricto sensu*. On s'explique ces divergences de doctrines : l'agent diplomatique qui contracte une dette purement commerciale, qui, par exemple, souscrit un effet causé marchandises, opère une sorte de *dédoublement de sa personne*. Dès lors il est naturel de se demander laquelle des deux qualités l'emporte : la qualité de diplomate, avec les immunités qui lui sont reconnues, ou la qualité de commerçant (1).

Il faut faire une distinction fondamentale : 1° l'agent diplomatique a contracté une ou plusieurs dettes commerciales, mais c'est l'exception, il ne fait pas le commerce habituellement ; 2° il se livre réellement et régulièrement au commerce dans le pays où il est accrédité.

1. Nous avons dit que, d'après GARCIA DE LA VEGA, MERLIN, PRADIER-FODÉRE, le fait d'exercer le commerce, de souscrire des billets, constitue de la part de l'agent diplomatique un *abandon implicite* du privilège de l'exemption de la juridiction civile.

*Première hypothèse.* — *L'agent diplomatique a contracté une ou plusieurs obligations commerciales résultant d'actes de commerce isolés.*

1° Il existe des précédents historiques : au siècle dernier, un envoyé extraordinaire du duc de Sleswig-Holstein avait fait à Amsterdam une quantité prodigieuse d'opérations de commerce, dans lesquelles il s'était fort endetté. Ses créanciers ne pouvant obtenir satisfaction à l'amiable s'adressèrent à la Cour de Hollande et y obtinrent un jugement qui leur permit de faire saisir tels biens, deniers et effets qu'il pourrait avoir dans le ressort de ce tribunal, à l'exception néanmoins des meubles, équipages et autres appartenant au caractère du ministre (1).

Plus récemment la question s'est posée devant la Cour de Paris en date du 29 juin 1811 (2).

Un nommé Angelo Poulos, second secrétaire interprète de l'ambassade ottomane, avait souscrit un billet à ordre de 550 fr. causé *valeur en marchandises* reçues pour l'ambassadeur. Ce billet ne fut pas payé à l'échéance. Fertou, le porteur, obtint alors deux jugements par défaut du tribunal de la Seine contre Angelo Poulos, qui en appela, pour cause d'incompétence. Il excipa de sa qualité (non déniée) de second secrétaire interprète de l'ambassadeur de Turquie et de la violation des principes du Droit des gens, commise contre lui par ces jugements.

L'arrêt sus-énoncé, accueillant ce moyen, infirma

1. MERLIN : *Répertoire*. Vo Ministre public.

2. SIREY, t. II, partie II, page 12.

les jugements attaqués et renvoya Fertou à se pouvoir ainsi qu'il avisera.

« Attendu », dit l'arrêt, « qu'il est reçu en France  
« que les ambassadeurs et ministres publics des puis-  
« sances étrangères ne peuvent pas être poursuivis  
« par devant les tribunaux civils, pour le paiement  
« des dettes par eux contractées pendant l'exercice  
« de leurs fonctions pour des intérêts non étrangers  
« au caractère dont ils sont revêtus ; attendu que ce  
« privilège s'étend aux personnes attachées aux am-  
« bassades ; attendu qu'il est constant, dans la cause,  
« que le billet à ordre souscrit par Angelo Poulos, au  
« profit de Besson, marchand épicier, est pour mar-  
« chandises reçues pour l'ambassadeur ottoman.....  
« attendu que ledit Angelo Poulos justifie de sa qualité  
« de second interprète de l'ambassadeur ottoman.....  
« Par ces motifs... etc. »

En sens inverse, le tribunal de commerce de la Seine avait, dans un jugement en date du 15 janvier 1867, adopté sur ce point une distinction basée sur le caractère commercial ou non commercial de l'obligation, et *s'était déclaré compétent* dans les circonstances suivantes :

Un sieur Tchitchérine, conseiller de l'ambassade russe, à Paris, avait conclu avec le rédacteur d'un journal un traité, aux termes duquel ce rédacteur s'engageait à recevoir les inspirations dudit agent diplomatique, d'une manière générale sur tout ce qui intéresserait la politique russe, et spécialement sur les affaires de Pologne. Tous les bénéfices de l'entreprise devaient appartenir à ce dernier. Le journal ne réussit pas et le rédacteur fut mis en faillite. Le syndic prétendit

que, puisque le conseiller de l'ambassade devait recueillir tous les bénéfices, il devait en même temps supporter les pertes. Aussi assigna-t-il Tchitchérine devant le tribunal de commerce de la Seine, à l'effet de verser entre ses mains une somme suffisante pour désintéresser les créanciers de la faillite (1).

Tchitchérine opposa un déclinatoire de compétence. Le tribunal de commerce le repoussa par jugement en date du 13 janvier 1867. Nous en extrayons quelques passages : « Attendu que, pour repousser la compétence du tribunal, Tchitchérine invoque sa qualité et soutient qu'il est de principe incontestable que les agents diplomatiques ne peuvent relever de la juridiction des tribunaux des pays où ils sont accrédités ; — attendu que, s'il est vrai que Tchitchérine est agent diplomatique et que les immunités qu'il invoque appartiennent aux représentants des gouvernements étrangers, afin qu'ils ne soient pas troublés dans leurs fonctions, *ces immunités ne sauraient les suivre alors qu'ils se livreraient à des actes de commerce dans leur intérêt privé*, et que, dans l'es- pèce, en faisant des actes de commerce, il s'est placé en dehors des immunités diplomatiques.... se déclare compétent. »

Tchitchérine en appela de ce jugement. Le procureur général se porta partie principale.

Sur les conclusions de M. l'avocat général Descoutures, la Cour de Paris se prononça, le 12 juillet 1867, *pour l'incompétence*, se conformant ainsi à sa jurisprudence antérieure.

1. SIREY, 1868, 2, 201.

Examinant la distinction proposée par le tribunal de commerce, M. Descoutures réfutait ainsi la thèse soutenue par lui : « Devrais-je maintenant m'arrêter à la « distinction qui paraît avoir été pour le tribunal de « commerce la raison suprême de décider, à savoir « que les ministres publics ne sont pas indépendants « des tribunaux locaux relativement aux actes de « commerce qu'ils ont pu faire, car ce ne sont pas des « actes de leurs fonctions ? *Je n'ai pas à rechercher, « car cela importe peu à la thèse de droit, si, en fait, « M. Tchitchérine s'est ou non livré au commerce, ou « a accompli UN ACTE ISOLÉ DE COMMERCE ;* mais je dis que « la distinction adoptée par les premiers juges n'a pas « de raison d'être. En effet, quelle que soit la cause « de l'obligation par lui contractée, *qu'elle soit civile ou « commerciale,* dès qu'on le traduit devant un tribunal « français pour l'exécution de cette obligation, on viole « son immunité.... on porte atteinte à sa liberté. Or, « s'il ne peut pas en être ainsi, si le tribunal est in- « compétent dans le cas où il s'agit d'une obligation « civile, pourquoi serait-il compétent dans le cas où « il s'agit d'une obligation commerciale, puisque les « conséquences sont les mêmes, puisque le trouble « est le même, et puisque après tout celui qui traite « commercialement avec un ambassadeur ou un agent « diplomatique ne peut pas ignorer sa fonction, sa « qualité et les privilèges particuliers, *professionnels,* « si j'ose ainsi parler, qui s'y rattachent ? »

Mais la Cour de Paris, tout en déclarant le Tribunal de commerce incompétent, *ne s'explique pas d'une manière formelle, sur l'application, en matière commerciale de l'immunité de juridiction, parce que le traité*

conclu entre le conseiller de l'ambassade de Russie et le rédacteur avait un caractère autre que celui d'une spéculation commerciale (1).

Aussi peut-on se demander avec Pradier-Fodéré (2) : M. l'avocat-général se serait-il exprimé ainsi et la Cour de Paris aurait-elle prononcé l'incompétence, s'il s'était agi d'un agent diplomatique, faisant un commerce régulier, exerçant une véritable profession commerciale, par exemple, s'il avait placé une enseigne de commerçant à côté de l'écusson de l'État qu'il représente. Nous ne le pensons pas et, dans ce cas là, il y aurait lieu de se prononcer pour la compétence des tribunaux locaux. C'est le domaine de notre seconde hypothèse.

Pourquoi, en effet, pouvons-nous ajouter, reconnaître sans hésiter l'immunité de la juridiction pénale à tout ministre public étranger, pour toute infraction commise par lui, et le rendre justiciable des tribunaux locaux pour une lettre de change ou un billet à ordre qu'il aurait souscrit ?

Commentant l'arrêt, M. Duverdy s'exprime ainsi (3) :  
 « La thèse proposée par le tribunal de commerce de la  
 « Seine dans l'affaire Tchitchérine n'irait à rien moins  
 « qu'à supprimer l'immunité diplomatique. Dans un  
 « intérêt de réciprocité, dans l'intérêt même de nos  
 « agents à l'étranger, il faut observer religieusement

1. « Considérant, qu'en supposant qu'il pût être fait exception à ce  
 « principe pour les agents diplomatiques qui se livreraient à des opérations  
 « commerciales, et à raison de ces opérations, le traité par lequel Tchit-  
 « chérine se serait assuré le droit de disposer de la publicité du jour-  
 « nal *la Nation* aurait un caractère tout autre que celui d'une spécula-  
 « tion commerciale faite dans un intérêt privé... » Arrêt mentionné,  
*in fine*. En ce sens WEISS, *op. cit.*, p. 888.

2. *Cours*, t. II, p. 134.

3. *Gazette des tribunaux*, 27 juillet 1867.

« les principes du droit des gens à l'égard des ministres publics étrangers en France. »

Un grand nombre d'auteurs sont partisans de l'exemption de juridiction en matière d'obligations commerciales isolées. Citons Guichard (1). D'après lui, quelle que soit la nature des dettes contractées par un agent diplomatique, même si elles ont pris naissance dans l'exercice d'une profession commerciale, l'incompétence est la règle absolue. Ce système est en général repoussé.

La thèse consacrée par la jurisprudence et soutenue par les auteurs que nous venons d'indiquer est combattue par Pradier-Fodéré (2), Kluber (3) et Massé (4). D'après Vergé (5), les denrées qu'un agent diplomatique retire de son exploitation agricole, les fonds que produisent ses spéculations ne sont pas protégés par les immunités diplomatiques. On pourrait donc, dans ce cas, intenter une action contre lui, et poursuivre l'exécution du jugement intervenu sur ces catégories de biens. Il en serait de même *a fortiori* s'il faisait réellement le commerce (seconde hypothèse).

Pour conclure : l'exemption de juridiction en faveur de l'agent diplomatique qui a contracté une obligation commerciale isolée est reconnue par la jurisprudence. Mais elle ne se prononce pas formellement sur la question des obligations résultant d'un commerce régulièrement exercé par l'agent. (Arrêt Tchitchérine.)

Les auteurs sont divisés.

1. *Droit civil*, n° 229.

2. PRADIER-FODÉRÉ *sur Grotius*, p. 349.

3. *Droit des gens*, p. 274.

4. *Droit commercial*, n° 685 *ter*.

5. En note sous MARTENS, *Précis*, n° 217.

Quant à nous, nous adoptons l'opinion de la jurisprudence française. Pourquoi, avons-nous dit, ne pas exempter de la juridiction commerciale un agent diplomatique, lorsqu'il a, par exemple, souscrit une lettre de change, et le soustraire absolument à la juridiction répressive locale pour une infraction prévue par la loi pénale ? On peut cependant invoquer contre nous la considération suivante : il n'y a pas un très grand danger pour l'ordre public à soustraire en principe un agent diplomatique à la Cour d'assises ou au tribunal correctionnel ; les conditions d'honorabilité, de capacité, qu'on exige de ceux qui entrent dans la *carrière* suffisent à garantir contre l'éventualité d'un crime ou d'un délit commis par l'un d'eux. Ils se laisseront en revanche plus facilement entraîner à contracter des dettes.

Mais, en laissant cet argument, on peut en donner un autre. Ce sont les termes généraux du décret de ventôse : les *réclamations* qui pourront s'élever contre eux... Rien n'indique qu'il y ait lieu de faire une distinction entre les obligations civiles et les obligations commerciales.

*Deuxième hypothèse : L'agent diplomatique fait du commerce une profession régulière.*

Disons d'abord que cette situation se présentera rarement. Il existe, en effet, dans la majorité des États une incompatibilité absolue entre les fonctions diplomatiques et celles de commerçant. La France, comme toutes les grandes puissances, interdit à tous ses agents diplomatiques de faire le commerce (1). Il arrive cependant qu'en Extrême-Orient les représentants des

1. BOUSQUET, p. 67.

gouvernements européens joignent à leurs fonctions souvent peu absorbantes, un petit commerce, (de denrées coloniales par exemple).

Quoique ce double caractère d'un agent nuise à sa dignité et à son indépendance vis-à-vis du pays où il est accrédité, il y a là une situation qui, non seulement peut être prévue, mais qui se rencontre en pratique. Il est donc nécessaire de l'étudier (1).

Ici l'opinion presque générale est que la juridiction locale *est compétente*. C'est l'opinion de Bluntschli (2), de G. F. de Martens (3); ces auteurs admettent la com-

1. Pradier-Fodéré déclare que la question est dépourvue d'intérêt pratique, car le sentiment de la dignité, la vanité et la crainte des sanctions de la discipline hiérarchique et professionnelle, empêcheront toujours un agent diplomatique de se livrer *ostensiblement* au commerce. Il insiste sur le mot *ostensiblement*, car il avoue, durant son séjour dans l'Amérique du Sud, avoir vu continuellement des agents diplomatiques étrangers s'intéresser à des négoes et à des spéculations. Son assertion reçoit donc un tempérament important.

2. *Op. cit.*, n° 140. Cet auteur motive ainsi sa solution. Il crée une classe de personnes juridiques qu'on appelle *personnes exterritoriales*, jouissant de prérogatives communes, sauf les divergences de détail. Dans cette classe rentrent les souverains étrangers et les agents diplomatiques. Ce qui sera applicable aux premiers pourra être invoqué par les seconds. Or, d'après lui, un souverain qui possède un établissement commercial, est devenu commerçant ; il a par là même renoncé, *dans cette mesure*, aux prérogatives des chefs d'États et doit être responsable de ses actes devant les tribunaux de commerce. Il cite à l'appui une décision du *Master of rolls* anglais dans un procès entre le duc détrôné de Brunswick et le roi de Hanovre, duc de Cumberland (13 juin 1844). « I am of opinion, that His Majesty the King of Hanover is and ought to be exempt from all liability of being sued in the court of this country for any acts done by him as King of Hanover, or in his character of sovereign Prince, but, that, being a subject of the Queen, he is and ought to be liable to be sued in the courts of this country, in respect of any acts and transactions done by him, or in which he may have been engaged as subject. » Cette décision, relative aux chefs d'États, devrait, en suivant le raisonnement de Bluntschli, être appliqués aux agents diplomatiques.

3. *Précis*, n° 217.

pétence absolue. Charles de Martens est aussi catégorique que possible : « Si un Ministre fait un commerce  
 « quelconque, tous les effets, marchandises, argent,  
 « dettes actives et passives... toutes les contestations  
 « qui en résultent, sont soumis à la juridiction du  
 « pays où il réside, et il n'y a que cette restriction, que  
 « l'on ne peut adresser la plainte directement au mi-  
 « nistre ni exécuter un jugement contre sa personne,  
 « ou les objets indispensables à l'exercice de ses fonc-  
 « tions ; mais on exécute la sentence indirectement  
 « par la saisie des immeubles ou des effets qui ne  
 « jouissent pas de l'extraterritorialité. » Guide, § 31.

Suivant d'autres auteurs (1), on n'arriverait que par une voie oblique et indirecte à soumettre le ministre public à la juridiction territoriale : on ne pourrait s'adresser directement à sa personne, mais on l'obligerait à répondre au procès qui lui est intenté par la saisie des choses relatives à son commerce.

La jurisprudence anglaise a été appelée à se prononcer sur le point qui nous occupe. On peut dire qu'elle est jusqu'ici très hésitante.

En effet, dans le procès Taylor contre Bert, en 1854, elle a autorisé la saisie et l'adjudication, au profit des créanciers d'un envoyé commerçant, des biens meubles reçus par lui en cette qualité (2), tandis qu'en 1859, elle a décidé qu'un ministre étranger accrédité en Angleterre et n'y possédant point d'immeubles, ne pourrait être actionné malgré lui devant les tribunaux

1. VATTEL, § 114 ; MERLIN, sect. 5, § 4, art. 6 ; CH. DE MARTENS, § 28 ; de RÉAL, t. V, ch. I, sect. IX, n° 5.

2. VOIR LAW JOURNAL, N. S., C. P. 89 et PHILLIMORE, *op. cit.*, t. II, 181.

anglais. *Et cela, même si ses obligations avaient pris naissance dans des opérations commerciales* (1).

Quoique ces contradictions, à quelques années de distance, étonnent, de pareils revirements de jurisprudence ne sont cependant pas le monopole des tribunaux britanniques.

Il convient de citer ici un jugement de la Haute Cour d'Amirauté de Londres (High Court of Admiralty), qui tranche implicitement la question qui nous occupe.

Une collision eut lieu, le 19 octobre 1872, entre un navire à vapeur appartenant au vice-roi d'Égypte, le *Charkieh*, et un navire de la compagnie de navigation à vapeur des Pays-Pas, le *Batavier*. Les propriétaires de ce dernier vaisseau obtinrent de la Cour d'amirauté que le *Charkieh* serait retenu provisoirement. Le ministre de la marine du Khédive, Latif pacha, parlant au nom de ce dernier, se pourvut devant la Cour d'amirauté, soutenant qu'elle n'avait pas juridiction sur un navire appartenant à la marine égyptienne.

Dans les plaidoiries, qui durèrent du 19 au 21 mars 1873 inclusivement, les conseils du vice-roi exposèrent que « le *Charkieh* avait été acquis par le vice-roi  
« en 1870 et qu'il faisait partie, depuis cette époque,  
« de la marine égyptienne, qu'il portait le pavillon de  
« guerre ottoman, que son équipage et ses officiers  
« étaient placés sous les ordres du ministre de la ma-  
« rine ; que jusqu'en septembre 1871, le *Charkieh* avait  
« été employé par le gouvernement égyptien à faire le  
« service des malles et des passagers entre Constanti-  
« nople et Alexandrie ; qu'en septembre il fut envoyé

1. *Magdalena steam Navig: C<sup>o</sup> c. Martin.*

« en Angleterre pour être réparé, et qu'afin de dimi-  
« nuer les frais du voyage, il reçut une cargaison pour  
« Londres ; qu'au moment où eut lieu l'abordage, il  
« s'en retournait à Alexandrie chargé d'une autre car-  
« gaison, et que le prix du fret de ces deux voyages  
« devait être versé dans les caisses du gouvernement  
« égyptien. »

Le jugement fut rendu le 7 mai 1873.

Les deux principales questions à résoudre étaient de savoir : 1° si le Khédivé était un souverain, 2° si, en l'admettant, un souverain était, dans ces circonstances, en droit de décliner la juridiction de la Cour. Sur la première question, le juge, sir R. Phillimore, décida la négative : le Khédivé n'a aucun des caractères de la souveraineté, sauf l'hérédité ; c'est ainsi qu'il est représenté par la Turquie à l'étranger, que les traités passés par le sultan sont exécutoires en Égypte, que le pavillon des armées égyptiennes est celui de la Porte.

Subsidiairement, pouvait-on se demander, le *Char-  
kieh* appartenant à la marine égyptienne, laquelle n'est qu'une partie de la marine ottomane, ne peut-on pas soutenir qu'il appartient réellement à un souverain ? Sir R. Phillimore voulut avoir sur ce point l'opinion de l'ambassadeur de Turquie à Londres, et lui soumit la question. Il n'en reçut aucune réponse, la Porte montrant par là qu'elle n'entendait pas intervenir dans le procès pendant et ne réclamait pas le vaisseau comme faisant partie de sa marine.

Dans ces circonstances, on ne pouvait s'adresser par la voie diplomatique ni au Khédivé, qui n'est pas un souverain, ni au Sultan qui ne réclamait pas le bâti-

ment. Dès lors la Cour d'amirauté a été régulièrement saisie.

Restait la question principale qui nous intéresse spécialement : un souverain pourrait-il, dans l'espèce, décliner la compétence de la Cour d'amirauté ? Ici encore solution négative. Le jugement assimile les souverains aux ambassadeurs : or Bynkershoek ne permet pas à ces derniers de se couvrir de leurs privilèges pour des opérations commerciales ; il en doit être de même des souverains. Or, si jamais un souverain ou prétendu souverain a été commerçant, c'est dans le cas dont il s'agit. Le vice-roi doit être considéré comme ayant renoncé à tous les privilèges de la souveraineté, en supposant qu'il fût en situation de les invoquer. « Je ne connais », disait en terminant sir R. Phillimore, « aucun principe de droit international, aucune « décision judiciaire, aucune parole de jurisconsulte « qui autorise un souverain à prendre le caractère de « commerçant quand il y trouve profit et à s'en dé- « pouiller quand il a encouru une responsabilité vis- « à-vis d'un particulier (1). »

La Cour d'amirauté s'est donc déclarée compétente, non seulement pour connaître de l'action intentée contre le Khédive, considéré par elle comme n'étant pas un souverain, mais elle s'est prononcée en principe pour la compétence à l'égard d'un souverain.

Or, nous savons que le ministre public est soustrait à la juridiction locale, soit en vertu de la fiction de l'exterritorialité, soit surtout parce qu'il est le représen-

1. CLUNET, 74, 36 et TIMES, 9 mai 1873.

tant d'un souverain et qu'un jugement rendu contre lui porterait atteinte à l'indépendance de son mandant. Si une juridiction est déclarée compétente à l'égard de ce dernier, elle le sera vis-à-vis de son représentant. De plus, nous avons vu un des auteurs les plus éminents du droit international public, Bluntschli, assimiler formellement les agents diplomatiques aux souverains (*personnes exterritoriales*). D'ailleurs, l'arrêt de la Cour d'amirauté lève lui-même tout espèce de doute, car il parle expressément des ambassadeurs, en citant Bynkershoek.

Nous nous croyons donc fondés à conclure que la tendance de la jurisprudence anglaise, malgré les contradictions que nous venons de signaler entre deux décisions (1), est de *soumettre aux tribunaux britanniques les contestations qui naîtraient d'un commerce fait par un ministre public sur son territoire, sans avoir égard, dans ce cas, au principe de l'immunité de juridiction.*

#### § 8. — Lois de procédure.

Dans les cas que nous venons de passer en revue, où l'exemption de juridiction n'est pas reconnue, ou n'est reconnue qu'avec des atténuations, l'agent devra se soumettre aux lois de procédure du tribunal exceptionnellement compétent.

Dans ce dernier cas, il serait aussi soumis aux obligations qui en découlent, notamment celle de payer

1. Taylor contre Bert, 1854 et Steam. navig. Co contre Martin déjà cités.

les frais s'il succombait. Nous pensons qu'on pourrait lui déférer le serment. C'est ce qu'a décidé la Chambre des Lords en 1833, relativement à un procès entre le roi d'Espagne et la maison Hullet et Widder (1).

Or, nous venons de voir que l'on peut assimiler les agents diplomatiques aux souverains en matière d'immunités.

§ 9. — Questions se rattachant à l'immunité de la juridiction civile.

1<sup>o</sup> *Des sentences arbitrales.* — Nous pensons qu'un différend où serait impliqué un agent diplomatique pourrait être soumis à des arbitres. Ce serait même un des moyens les plus pratiques de remédier aux graves inconvénients résultant de l'exemption de la juridiction civile, telle qu'elle est comprise en France (2). Mais, une fois rendue, la sentence arbitrale serait-elle exécutoire contre ledit agent? On sait qu'elle est rendue exécutoire par une ordonnance du Président du tribunal de première instance dans le ressort duquel elle a été rendue, et elle n'emporte hypothèque judiciaire qu'autant que la minute de la sentence est revêtue de cette ordonnance (3). Il n'y aurait que des avantages

1. Voir cet exemple rapporté dans PHILLIMORE, *op. cit.*, II, app. IV.

2. Les auteurs américains admettent la compétence de la juridiction locale dans les cas où le Ministre public se soumettrait volontairement à la décision d'arbitres, dans le même sens qu'un souverain peut déférer une constitution à un arbitrage, en déclarant d'avance qu'il s'y soumettra. WHARTON. *Com. on am. Law*, § 167. — Voir *suprà* même section, § 2. *Des cas où les tribunaux civils sont exceptionnellement compétents.*

3. Art. 2123 C. civil et 1020, 1021 Code de Proc. civ.

à le permettre, mais il nous paraît difficile de le soutenir en présence de l'interprétation de la jurisprudence. La question ne s'est pas présentée.

Il nous semble qu'il y a une grande différence entre un jugement rendu par un tribunal tout entier et une ordonnance rendue par le Président seul. Dans le premier cas, le jugement implique, d'un côté exercice de la souveraineté d'un État par délégation ; de l'autre, dépendance ; on comprend que le représentant d'un souverain ne puisse s'y soumettre.

Mais l'ordonnance du Président a un tout autre caractère : spécialement en matière de compromis et d'arbitrages, il se borne à examiner, avant de la rendre, si les règles des art. 1020 et 1021 du Code de procédure ont été observées et si les matières soumises à l'arbitrage sont de celles sur lesquelles on peut valablement compromettre, etc... par exemple, si un mineur n'est pas intéressé dans le litige (art. 83-6° et 1004 du Code de procédure, combinés) (1).

L'examen auquel il se livre porte donc, non sur le fond, mais sur les formes : il ne recherche pas si la décision arbitrale est juste quant aux points de droit tranchés, mais si les formes ont été observées et si la décision pouvait être valablement rendue. L'ordonnance n'implique donc pas soumission à la juridiction locale, au même degré qu'un jugement proprement dit, mais elle l'implique dans une certaine mesure.

Aussi est-il probable que si la question se présentait, la jurisprudence française se prononcerait contre

1. AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil*, t. III, p. 252. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. III, p. 719 et s.

l'intervention de l'autorité judiciaire que suppose l'ordonnance.

## 2° Des voies d'exécution.

### *De la signification des exploits. — Des saisies.*

A. *Signification des exploits.* — Il est certains cas exceptionnels, on vient de le voir, où les ministres publics sont justiciables des tribunaux étrangers. Quels seront les moyens, soit de leur faire connaître les poursuites imminentes qui vont être dirigées contre eux, soit d'exécuter le jugement rendu à leur rencontre ? Comment seront-ils assignés ? Quelles voies de coercition pourra-t-on employer contre eux ?

Comment l'exploit sera-t-il signifié aux agents diplomatiques ? Diverses opinions se sont fait jour sur cette question.

En France, il existe un jugement déjà mentionné, en date du 2 juillet 1834, qui a décidé que l'huissier qui remettait la copie d'une citation à l'hôtel d'un ambassadeur était passible de peines disciplinaires « comme s'étant rendu coupable d'atteinte à la considération due aux représentants des souverains étrangers » (1).

Cette doctrine est sans doute conforme aux principes rigoureux établis relativement aux immunités

1. En ce sens, MARTENS, *Guide*. « Lorsqu'on veut faire citer un diplomate, on doit procéder comme si l'on citait un absent, parce qu'il est censé hors du territoire et que son indépendance ne permet point qu'on s'adresse à sa personne par une voie qui porte le caractère de l'autorité comme le serait le ministère d'un huissier. » *Contrà* VATTEL, § 115 ; GARCIA, *op. cit.*, p. 281 et suiv.

diplomatiques, mais elle nous semble bien peu pratique (1).

Puisque l'agent diplomatique peut être justiciable, dans certains cas exceptionnels, de la juridiction locale, il faut bien que l'on ait un moyen de l'assigner, qu'il puisse recevoir l'exploit.

Voici le remède à cette situation indiqué par LEGAT (2) : il faudrait dans ce cas appliquer les dispositions du Code de procédure (art. 69 § 9), déterminant les formalités à remplir pour appeler devant un tribunal français les *Étrangers non résidant en France*, c'est-à-dire : remise de la copie au procureur de la République près le tribunal où doit être portée la demande, envoi de cette copie au Ministère des Affaires étrangères, qui la transmettra au destinataire. C'est la théorie de Martens, spécialement appliquée à la France.

Cet expédient a d'abord l'inconvénient de faire perdre beaucoup de temps aux plaideurs ; or, en France, tout le monde se plaint depuis fort long-

1. La prohibition de remettre une citation à un Ministre public peut présenter en outre de très graves inconvénients en matière de prescription. Comment le créancier de celui-ci s'y prendra-t-il pour interrompre la prescription ? On sait qu'il faut, pour que l'interruption civile soit valable, une citation en justice, un commandement, ou une saisie (art. 2244, Code civil). Le créancier n'aura, selon nous, qu'un moyen à sa disposition : la remise de la citation par la voie diplomatique. Nous pensons que la prescription serait interrompue de ce chef.

Mais le système rigoureux du Code civil d'interruption en matières de prescription n'est pas admis partout. Le *code fédéral des obligations*, en Suisse, dispose que la prescription est interrompue, lorsque le créancier fait valoir ses droits par voie de poursuites, par voie d'actions ou d'exceptions, devant un tribunal ou devant des arbitres.... La citation en conciliation équivaut une action en justice (art. 154).

2. *Code des Étrangers*, p. 10.]

temps des lenteurs qu'a accumulées le Code de procédure autour du plus petit procès ; on sait que la réforme de ce Code est réclamée avec instance et s'impose. C'est donc une considération sérieuse à faire valoir contre lui.

Il repose, en outre, tout entier sur une fiction souvent inexacte, celle de l'exterritorialité, poussée à ses dernières conséquences, puisque l'on emploie la même procédure à l'égard d'un ambassadeur dans son hôtel à Paris qu'à l'égard d'un Étranger habitant Berlin ou Saint-Pétersbourg.

Il présente toutefois de réels avantages, notamment celui de respecter l'inviolabilité réelle des agents diplomatiques et d'éviter ainsi des froissements d'amour propre et des réclamations de gouvernement à gouvernement. L'assignation est, en effet, transmise *par la voie diplomatique*. L'intervention irritante de l'huissier disparaît. Ce système compte comme partisans des autorités considérables.

D'abord un arrêt du Parlement de Paris, en date du 10 juin 1729 (1) ; un jugement du tribunal de la Seine du 21 janvier 1874 (2) ; id. du 28 janvier 1885 (3). Ce dernier jugement fait toutefois la distinction suivante : si l'assignation faite à un membre du corps diplomatique doit lui être *délivrée en principe par la voie diplomatique*, il en est différemment quand l'agent *n'a pas*

1. Rapporté dans MERLIN, *Rép.* Vo Ministre public.

2. CLUNET, 75, 90 « Attendu qu'on ne s'explique même pas qu'un exploit ait pu être porté à son hôtel et délivré ainsi en territoire étranger ; par ces motifs déclare nulle l'assignation délivrée à Herra » (Ministre de Honduras).

3. *Ibid* 85, 426.

*réclamé ses privilèges diplomatiques* et a demandé lui-même à être renvoyé devant la juridiction civile.

Le procès était engagé contre M. de Bruc, représentant de la République de Saint-Marin. Un sieur Bernard, entrepreneur, intenta à ce diplomate, l'année suivante, un procès, à l'occasion de travaux faits dans une propriété lui appartenant. Il se réclama immédiatement de sa qualité de ministre public, et la Cour de Lyon refusa cette fois toute espèce d'assignation contre lui par voie directe.

L'esprit qui a inspiré ces décisions avait déjà été indiqué par Bynkershoek (1) et par Grotius (2) : « Si l'on a « quelque chose à demander », dit le premier de ces auteurs en matière d'affaires civiles, à un ministre public, on doit agir comme s'il n'était pas dans le lieu « où il exerce son ambassade... »

Donc la voie oblique proposée par Legat est de jurisprudence actuellement en France (3). Ses avantages nous paraissent l'emporter sur ses inconvénients, que nous avons analysés ; l'un d'eux est même purement théorique. Nous nous y rangerions donc sans trop de difficultés. Mais il nous semble que l'on pourrait s'efforcer d'abrégier un peu la procédure en supprimant un des intermédiaires. Ce ne peut être ni le tribunal, ni le Ministère des Affaires étrangères, lequel confère à cette procédure le caractère diplomatique ; ce serait donc le parquet qui devrait succomber. Mais en présence des termes formels

1. Ch. VIII, § 2.

2. *Op. cit.*, liv. II, ch. XVIII.

3. Heffter la recommande comme la plus avantageuse, *op. cit.*, p. 89.

de l'art. 69, 9° du Code de procédure, une pareille réforme ne pourrait s'opérer sans l'intervention du Pouvoir législatif.

Citons l'opinion divergente de MM. Bioche et Goujet (1). Suivant ces auteurs, une assignation pourrait être donnée à l'agent diplomatique en personne hors de sa demeure, ou au concierge de son hôtel. Cette solution nous semble porter une trop grave atteinte aux immunités pour devoir être admise sans violer la jurisprudence.

B. *Des saisies pratiquées sur les biens d'un ministre public étranger.* — Il est naturel que le droit des gens ait restreint dans des limites très étroites le droit de saisie sur les biens d'un agent diplomatique, comme il restreint la compétence de la juridiction civile à son égard. La saisie est la sanction, la mise en œuvre d'un jugement; elle résulte aussi de tout titre exécutoire, indépendamment d'un jugement. Son étude, en ce qui concerne les agents diplomatiques, offre donc un double intérêt. Elle a même un effet plus immédiat que le jugement lui-même, lorsqu'elle en résulte, et porte une plus grave atteinte au principe de l'inviolabilité. Aussi n'y a-t-il pas nécessairement corrélation entre les cas où un envoyé en pays étranger est soumis à la juridiction civile locale et ceux où une voie d'exécution telle que la saisie peut être pratiquée sur ses biens. Donc, dans la plupart des cas, un jugement de condam-

1. *Dictionnaire de procédure.* V. Ministre public.

nation contre l'un d'eux est sans sanction effective, s'il ne veut pas s'y soumettre et l'exécuter de bonne grâce.

Il nous faut distinguer la saisie des meubles de celle des immeubles.

*1° Saisie des meubles.*

Rappelons quel était, d'après Grotius, le fondement de la prohibition de la saisie des meubles : « Pour ce  
« qui est de ses meubles, ils sont censés autant de  
« dépendances de sa personne... C'est à mon avis  
« l'opinion la mieux fondée, car un ambassadeur,  
« pour jouir d'une pleine sûreté, doit être à l'abri de  
« toute contrainte, et par rapport à sa personne et  
« par rapport aux choses qui lui sont nécessaires. »

C'est donc pour Grotius une des nombreuses applications de l'*inviolabilité*. Il n'est pas nécessaire de recourir ici à la fiction de l'exterritorialité.

Cependant, il y a dans l'exemption des saisies une extension de l'immunité de la juridiction civile. A ce point de vue indirect la fiction de l'exterritorialité, dans les limites où nous l'avons restreinte, en parlant de la première de ces immunités, n'y est pas entièrement étrangère.

*Limites de ce privilège.* — Ainsi que le dit Ch. de Martens, les effets particuliers et les meubles de l'hôtel d'un ministre public sont protégés, lors même que, sur le point de partir, il n'aurait pas désintéressé ses créanciers.

Mais quels sont exactement les meubles qui seront ainsi soustraits à la juridiction locale ? Deux opinions principales se sont fait jour :

D'après Vergé (1), Vattel (2), de Réal (3), Merlin (4), Wheaton (5), toutes les choses qui ont suivi le ministre public dans le pays où il est accrédité, ou dont il s'est pourvu ultérieurement, sont exemptes de toute juridiction et, par conséquent, de la saisie. Mais, s'il s'agit de choses mobilières lui appartenant à *un autre titre qu'au titre diplomatique*, s'il s'est fait commerçant, agriculteur, spéculateur, il n'y a plus matière à exemption : les denrées qu'il retirerait d'une exploitation agricole ou les objets qui seraient produits par un commerce, ou les fonds gagnés par lui dans des spéculations « ne seraient plus protégés par les raisons politiques et de haute convenance qui interdisent toute action en justice contre l'agent diplomatique » et pourraient être saisis.

Donc, dans cette opinion la saisie ne peut s'appliquer qu'aux biens du Ministre *qui lui appartiennent manifestement en une autre qualité*. C'est le système restrictif de l'immunité.

Dans une autre doctrine, très en faveur, la prohibition ne devrait s'appliquer qu'aux meubles qui forment son ameublement et aux choses nécessaires à ses fonctions. Dans ce système, tous ceux qu'il peut

1. En note sur G. F. de Martens, p. 116.

2. *Droit des gens* éd. Guillaumin, livre IV, chap. VII, § 113.

3. *Science du Gouvernement*, t. V, ch. I, sect. IX, n° 6.

4. *Répertoire*. V. Minist. public, sect. 5, § 4.

5. *Elements*, t. I, 199, 203. En ce sens BYNKERSHÖECK *De foro comp. legat.*, cap. XIV. Cet auteur exempté de la saisie dans tous les cas les meubles qu'il appelle *ustensilia*, c'est-à-dire ceux qu'il possède en tant qu'ambassadeur et sans lesquels il ne pourrait convenablement remplir ces fonctions. On doit en un mot respecter, comme le disait le droit romain, les *legati instructi et cum instrumento*.

être considéré comme possédant à titre de simple particulier, donc tous meubles autres que ceux de l'ambassade, de ses dépendances ou du personnel ne sont pas exempts de la saisie.

Nous pensons que ce second système est plus conforme à la jurisprudence française actuelle que le précédent : nous avons vu, en effet, qu'elle admettait l'exemption de la juridiction civile avec une grande extension ; il y a lieu d'en dire autant de la saisie qui n'est que l'exécution du jugement (lorsqu'elle résulte d'un jugement).

Maintenant, comment déterminer les choses réellement destinées à l'usage du Ministre ? Vattel (1) pense que le respect dû à son caractère doit faire interpréter toujours les choses à son avantage. Par conséquent, lorsqu'il y aura doute de savoir si une chose est véritablement destinée à l'usage du Ministre et de sa maison, il faut l'exempter de la saisie.

Ce qui précède s'applique à toute espèce de saisie : saisie-gagerie (2), saisie-brandon. On ne pourrait pas non-plus pratiquer une saisie-arrêt à son encontre.

La question des saisies-arrêts peut se présenter sous deux faces :

1° L'agent diplomatique est débiteur de Primus, et créancier de Secundus. Secundus veut payer entre les mains de l'agent, Primus ne peut s'y opposer en formant une saisie-arrêt (3).

2° L'agent diplomatique est débiteur de Primus qui

1. VATTEL, § 115.

2. Voir sur la saisie-gagerie l'incident rapporté plus bas entre le Ministre des États-Unis à Berlin et le gouvernement prussien.

3. Conf. ROGER. *Saisie-arrêt*, n. 262. DEBELLRYME, t. II, p. 182 et 183.

lui-même est débiteur de Secundus. Secundus ne peut, en formant une saisie-arrêt entre ses mains (1), empêcher l'agent de payer entre celles de son débiteur Primus ce qu'il lui doit.

Il en serait autrement, d'après Roger (1) Montarini-Revest (2), s'il s'agissait de sommes dues à un agent diplomatique et provenant du commerce ou de l'industrie qu'il exerce. Elles pourraient faire l'objet d'une saisie-arrêt.

La Cour de cassation, dans un arrêt récent (3) a décidé, dans le sens des tribunaux prussiens (*Gerichtshof*), qu'un Français, créancier d'un État étranger, ne peut, même pour assurer l'exécution d'une condamnation prononcée par les tribunaux français, procéder à la saisie-arrêt, entre les mains d'un tiers, des sommes et valeurs appartenant au dit État (4). (Il s'agissait de sommes et valeurs saisies-arrêtées entre les mains de l'Est Français, valeurs appartenant à la Compagnie impériale des chemins de fer *von Elsass-Lothringen*, administration ressortissant à la Chancellerie allemande, et se trouvant à la gare de Nancy.)

La jurisprudence n'ayant pas encore été appelée à se prononcer, en France, sur la validité des saisies-arrêts pratiquées à l'encontre d'un agent diplomatique,

1. Eod.

2. 232.

3. 5 mai 1855. DALLOZ, 1855, I, 341.

4. Le code de procédure allemand se prononce formellement sur les saisies arrêts pratiquées contre les agents diplomatiques : Aucune saisie-arrêt ne peut être autorisée par le juge contre les ambassadeurs ou chargés d'affaires accrédités près la Cour de Prusse, à moins que, lors de la nomination, la juridiction des tribunaux du royaume n'ait été réservée à leur l'égard, art. 80, litt. 29, part. 1.

on pourrait, si la question venait à se présenter, argumenter de cet arrêt de cassation dans le sens de la nullité de la saisie. Nous avons vu, en effet, que l'immunité de juridiction accordée aux ministres publics repose en grande partie sur le respect et l'indépendance dus aux États étrangers, dont ils ne sont en somme que les mandataires et les représentants.

La Cour de Paris eut à se prononcer le 5 avril 1813 sur la validité d'une saisie pratiquée contre un agent diplomatique dans l'affaire suivante (1) : Un sieur A., agent diplomatique d'une cour étrangère auprès du gouvernement français, avait vendu au sieurs Gay frères, négociants à Paris, trente schals de cachemire pour le prix de 21,550 fr. Les sieurs Bazili, Othoner et Sugdury, instruits de la vente, s'opposèrent à la remise des schals, s'en prétendant seuls propriétaires ; ils furent néanmoins livrés. Action en revendication devant le tribunal de commerce de Paris. Bazili et consorts soutenaient que le sieur A... était dépositaire des schals, mais n'en avait jamais eu la propriété et n'avait pu les vendre valablement. Il ne pouvait donc avoir acquis sur eux des droits que le vendeur n'avait pas, avec d'autant plus de raison que les acheteurs ne pouvaient pas s'autoriser de leur bonne foi, attendu qu'ils étaient instruits du dépôt et avaient colludé avec le sieur A. en pleine connaissance de cause. Ils concluaient à ce que les sieurs Gay frères fussent condamnés à leur remettre les schals ou à leur en payer la valeur qu'ils portaient à 30,000 fr.

1. SIREY, 1814, 2, 306.

« Le sieur A... est appelé en cause par toutes les parties. »

24 juin 1812, jugement qui ordonne la remise des schals, et condamne le sieur A... à relever et garantir les sieurs Gay acheteurs, de toutes les condamnations prononcées contre eux, *par toutes les voies de droit, même par corps.*

27 juillet, le sieur A..., au lieu de se présenter, s'adresse au Ministre de la justice, et en obtient un sursis provisoire à toutes poursuites. Ce sursis fut transmis au président du tribunal par une lettre ministérielle du même jour.

7 octobre suivant, second jugement contradictoire avec le sieur Gay, et par défaut contre le sieur A... qui condamne les sieurs Gay solidairement, et par corps, à la remise des schals, ou au paiement des 30,000 fr. pour leur valeur. Il contenait cette restriction, qu'il ne serait exécutoire contre le sieur A... que lorsque le ministre aurait levé le sursis provisoire par lui accordé.

Appel des deux jugements de la part des sieurs Gay et du sieur A... Devant la Cour, le sieur A... a proposé un déclinatoire fondé sur ce que, en sa qualité d'agent diplomatique d'un gouvernement étranger, il ne pourrait être justiciable des tribunaux français, attendu que, représentant en France son souverain, sa personne et son habitation étaient également inviolables; et que ce serait ouvertement violer l'un et l'autre que de l'exposer, pour quelque motif que ce fût, aux suites d'une action qui pourrait avoir pour résultat *la saisie de ses effets*, et même l'arrestation de sa personne, comme dans la cause actuelle; qu'ainsi sa nation serait privée

de son représentant. Les intimés Bazili et consorts répondaient que le principe d'inviolabilité de la personne et de l'habitation des agents diplomatiques avait toujours été observé en France ; mais que le sieur A... ne paraissait pas revêtu de ce caractère sacré.

Quoique agent diplomatique, il n'est ici qu'un simple particulier ; c'est en cette qualité qu'il a reçu le dépôt des schals ; cet acte de sa part n'a aucun rapport avec la mission qu'il remplit en France au nom de son gouvernement ; il ne doit donc, de ce chef, être considéré que comme un simple Étranger. « Et étrangers ou regnicoles, tous les hommes, quels qu'ils soient, sont obligés d'observer leurs conventions. » C'est un principe incontestable du droit des gens : *Quid tam fidei humanæ congruum est, quam ea quæ inter eos placuerunt servare.* « D'ailleurs, ne serait-il pas indécent, pour ne rien dire de plus que le sieur A... invoquât les privilèges attachés à ses fonctions publiques, pour assurer l'impunité de ses fautes privées ? Il pourrait donc violer ses obligations, offenser les intérêts des tiers, sans que les tiers pussent attirer sur lui la punition des lois ; et la main impuissante de la justice ne pourrait atteindre les particuliers coupables, dès lors qu'ils auraient revêtu le caractère d'homme public. »

Les sieurs Bazili et consorts soutenaient que le sieur A... s'était rendu coupable d'un abus de confiance en s'appropriant des effets d'une valeur de 30,000 fr., et par conséquent devait être condamné à leur restitution.

Telles étaient les objections qu'ils opposaient à l'incompétence. Les schals n'avaient jamais cessé de leur appartenir, ils étaient en droit de les revendiquer. Il

est d'ailleurs de principe que nul ne peut transférer à un autre *plus juris quam ipse habet*. Or, le sieur A.... était simple dépositaire et n'avait pu transférer une propriété qu'il n'avait pas : il ne pouvait surtout la transférer aux sieurs Gay qui avaient évidemment colludé avec le dépositaire infidèle ; Bazili et consorts offraient de fournir la preuve de la collusion.

### Arrêt

« La Cour, faisant droit sur les divers appels interjetés  
« par les parties, du jugement rendu au Tribunal de  
« commerce de Paris, le 7 octobre 1812.

« En tant que touche l'appel interjeté par A... contre  
« Bazili, Othoner et Sugdury ; attendu le caractère di-  
« plomatique d'A... dont il a justifié, met l'appellation  
« et ce dont est appel à néant, émendant *déclare le*  
« *jugement nul et incompétemment rendu.* »

La question des saisies n'est traitée qu'incidemment dans ces jugements et arrêts. Cependant le premier jugement dont était appel (du 24 juin 1812), ordonnant la remise des objets en litige, avait ordonné contre A..., agent diplomatique, les mesures de coercition les plus rigoureuses «..... par toutes les voies de droit, même par corps ».

La Cour de Paris, dont la jurisprudence s'est, sur ce point, maintenue constante, a absolument repoussé la prétention des appelants, et soit les jugements, soit les saisies et contraintes prononcées par eux contre les intimés sont annulés et le déclinatoire du sieur A... a été admis ; il était fondé principalement sur ce que ce serait porter atteinte à l'inviolabilité de sa personne

et de sa demeure que de l'exposer, pour quelque motif que ce fût, aux suites d'une action qui pourrait « avoir pour résultat la saisie de ses effets, et même « l'arrestation de sa personne..... »

Nous sommes donc fondé à soutenir que, si la Cour de Paris a eu principalement pour but, en rendant cet arrêt, de décider qu'un agent diplomatique n'était pas justiciable des juges français, pas même civils, pour une violation de dépôt, elle s'est prononcée très formellement sur les saisies pratiquées à l'encontre de ce dernier. Quoique l'affaire se soit présentée dans des conditions éminemment défavorables pour l'appelant, nous approuvons cette jurisprudence : la Cour de Paris ne pouvait maintenir un jugement aussi contraire à la doctrine du décret de ventôse et à l'opinion de la plupart des auteurs.

Il existe des précédents historiques intéressants sur les saisies pratiquées contre des ministres publics étrangers. Elles furent à maintes reprises une cause de conflits irritants entre États.

En 1608, le propriétaire de la maison où logeait l'ambassadeur de la République de Venise fit saisir les meubles de ce dernier pour non-paiement de loyer. Henri IV se prononça formellement contre la légalité de cet acte, et ordonna la restitution des biens saisis. Cet exemple rapporté par Bynkershoek (1) fut, d'après cet auteur, universellement suivi dès lors.

En 1709, une prise de corps avait été illégalement exercée contre la personne de l'ambassadeur de Russie en Angleterre. Une loi spéciale fut rendue à

1. *De foro comp. legat.*, chap. IX.

cette occasion portant « que tous ordres et procès, qui,  
 « en quelque temps que ce soit ci-après, seront faits  
 « et poursuivis par lesquels la personne d'un ambas-  
 « sateur ou d'aucun ministre public de quelque  
 « prince ou État étranger que ce soit, autorisé et  
 « reçu comme tel par Sa Majesté et par ses héritiers  
 « ou les serviteurs des ambassadeurs ou d'autres mi-  
 « nistres, puissent être arrêtés ou emprisonnés ou  
 « leurs biens meubles et immeubles retenus, saisis et  
 « arrêtés, seront tenus et jugés entièrement nuls  
 « et invalidés à toutes fins et égards quelconques. » (1)

En 1772, M. d'Aiguillon, Ministre des Affaires étrangères en France, refusa ses passeports au ministre de Hesse, et ses créanciers furent autorisés à saisir ses meubles. Un mémoire fut adressé par lui au corps diplomatique à la Cour de Versailles, où l'on remarque le passage suivant : « Malgré le respect qui doit  
 « s'attacher au caractère public d'un ministre, le  
 « souverain auprès duquel il est accrédité est auto-  
 « risé à employer cette espèce de contrainte qui, sans  
 « porter atteinte aux fonctions de l'ambassadeur,  
 « l'empêche de quitter le pays sans payer ses det-  
 « tes. » (2)

Plus récemment, la question des saisies fit naître, un conflit entre le gouvernement prussien et le gouvernement des États-Unis. L'examen des circons-

1. FÆLIX, *op. cit.* L'acte du Congrès des États-Unis rangeait le cas de saisie-gagerie parmi les moyens légaux refusés aux créanciers d'un Ministre étranger.

2. Voir le texte du mémoire, *suprà*, même chapitre, § 4. Voir aussi FLASSAN, *diplomatie française*, t. VI, 91-97. MERLIN, *Répertoire*, sect. V, § 4, art. 3.

tances dans lesquelles se produisit cet incident, des prétentions et des moyens de défense invoqués par les intéressés, enfin les solutions apportées compléteront les notions sommaires qui précèdent.

Ainsi que la plupart des législations, le Code civil prussien (1) (*Allgemeines für die preussischen Staaten Landrecht*) garantit par des sûretés particulières le droit du locateur, sûretés portant sur les biens du locataire : « le bailleur jouit, » dit le Code, « pour sûreté du « loyer et des autres obligations résultant du contrat, « du droit de *Pfandgläubiger* (2) sur les biens apportés « par le locataire dans la propriété louée et qui y restent jusqu'à l'expiration du bail. »

Le droit du créancier dont la créance est ainsi assurée est défini par le même Code (3) : « On appelle « *Unterpfandsrecht* le droit réel sur une chose appartenant à une autre personne, attribué à tout individu « pour sûreté d'une créance, et en vertu duquel il peut « exiger satisfaction de la substance de la chose « même. »

Le propriétaire de l'immeuble où demeurait le ministre des États-Unis, à Berlin, émit la prétention, se fondant sur l'article cité, de retenir les meubles de ce dernier, pour répondre du paiement des dégradations faites pendant la durée du contrat.

1. Pt. I, t. XXI, § 395.

2. *Pfandgläubiger* signifie créancier garanti par un gage ou une hypothèque. C'est un terme plus générique que le mot *gagiste* en français. Mais il implique l'idée de gage exprès ou tacite. C'est ainsi que le créancier ayant un droit de préférence par suite d'une amélioration produite dans la chose (art. 2102 Code civil français) ne serait pas un *Pfandgläubiger*. On verra du reste que le sens précis à attacher à ce mot fut l'objet d'une grave discussion entre les deux gouvernements.

3. Tit. XX, § 1.

Le gouvernement prussien décida que l'exemption de juridiction n'existait pas dans ce cas, et il donnait à l'appui deux raisons qui nous semblent aussi mauvaises l'une que l'autre : la première, qu'il s'agissait là d'un *droit réel* et que les tribunaux étaient compétents pour en connaître et autoriser les mesures propres à le reconnaître. C'est, en effet, une des exceptions que nous avons vues reconnues par le droit des gens.

Le second argument peut être ainsi formulé : sans doute, tout acte par lequel le *gouvernement* d'un pays attente à l'indépendance d'un autre, en usant de son *autorité* contre un représentant de ce dernier, constitue une violation du droit des gens. Mais il en est différemment si *un particulier* se fait justice lui-même directement, sans avoir recours aux autorités de son pays, sans s'adresser aux tribunaux (1).

Or, dans le cas dont il s'agit, aucune autorité prussienne n'avait participé, soit directement, soit indirectement à la saisie des meubles du ministre américain ; le propriétaire de la maison les ayant retenus de son propre mouvement.

Le ministre des États-Unis répondit à ces deux arguments par les considérations suivantes : la doctrine du

1. Le sujet n'a pas le droit d'invoquer l'intervention des autorités de son pays contre le Ministre étranger contre lequel il peut avoir une réclamation à faire, et, s'il veut commencer des poursuites contre lui, il doit s'en référer aux tribunaux du pays même du Ministre. Si, d'un autre côté, le sujet peut se faire justice lui-même, sans avoir recours aux autorités de son pays, sa position à l'égard du Ministre étranger est absolument la même que si le différend se fût élevé avec un de ses compatriotes (WHEATON, relation de l'incident, 3<sup>e</sup> partie, chap. 1<sup>er</sup>).

gouvernement prussien placerait les membres du corps diplomatique sur le même pied que les simples particuliers relativement au droit de rétention établi par le Code prussien. Ce serait la négation même d'une des plus importantes et indiscutables immunités reconnues à ce corps. Les cas d'exception au principe de l'exemption de juridiction et de la prohibition de pratiquer des saisies contre un Ministre public étranger ont été soigneusement énumérés par les publicistes qui ont écrit sur le droit des gens : or, aucun ne mentionne l'exception soulevée par le gouvernement prussien.

Le ministre des États-Unis invoquait au contraire en sa faveur l'autorité de nombreux écrivains : Grotius, Bynkershoek, Vattel, qui tous prohibent la saisie des biens d'un Ministre public, et dont aucun ne fait cette distinction subtile entre la saisie opérée par voie de rétention par un particulier et celle pratiquée par main de justice.

On peut encore répondre au second argument du gouvernement prussien : comment s'y prendra-t-on si le Ministre public se refuse à laisser saisir ses biens par le propriétaire des lieux loués ? Il faudra bien trouver un moyen de coercition, recourir à la justice. Que devient alors cette distinction qui rappelle les discussions byzantines du Bas-Empire ?

Comme le disait Whcaton, Ministre des États-Unis à Berlin : « En somme, il n'y a pas un seul privilège dont  
« on ne pût dépouiller un ministre public par le même  
« mode de raisonnement dont on se sert pour le pri-  
« ver de l'exemption à laquelle il était en droit de pré-  
« tendre pour ses effets personnels... Si l'on peut sai-

« sur un seul article de son mobilier, on peut tout sai-  
« sir... Si la sainteté de sa demeure peut être violée  
« pour cette cause, elle peut l'être pour toute autre.  
« Si l'on peut sous ce prétexte prendre sa propriété  
« privée, on peut sous le même prétexte prendre la  
« propriété de son gouvernement et même les archi-  
« ves de la légation. »

Dans une note verbale remise au Ministre des États-Unis, le baron de Werther ajoutait que, si le gouvernement prussien avait émis la prétention d'exercer un droit de juridiction sur la personne du Ministre ou sur ses biens, la question aurait appartenu au droit des gens et eût dû être résolue selon les préceptes de ce droit. Mais la question était autre : il s'agissait de savoir quels étaient les droits légaux établis par le contrat de bail entre le propriétaire et le locataire. Pour la résoudre, il ne pouvait y avoir d'autre règle que la loi civile du pays où le contrat était fait et devait être exécuté, c'est-à-dire, dans le cas présent, le Code civil de Prusse.

Quelle que fût la valeur respective des arguments invoqués de part et d'autre, le différend fut terminé par la restitution que fit le propriétaire des meubles retenus après avoir reçu une indemnité raisonnable.

Mais le gouvernement prussien ne se tint pas pour battu, et il fit proposer au gouvernement américain la question suivante : « Si un agent diplomatique étran-  
« ger accrédité auprès du gouvernement des États-  
« Unis conclut, de son propre consentement, et dans  
« la forme prescrite, un contrat avec un citoyen amé-  
« ricain, et si, d'après ce contrat, les lois du pays ac-  
« cordent à ce citoyen, dans un cas donné, un droit

« réel sur les biens mobiliers appartenant à cet agent,  
 « le gouvernement américain s'attribue-t-il le droit de  
 « dépouiller le citoyen américain de son droit réel,  
 « sur la simple réclamation de l'agent diplomatique  
 « qui s'appuie sur son exterritorialité? »

C'était l'hypothèse précédente, mais renversée, que le gouvernement prussien tenait à résoudre théoriquement. Le gouvernement américain répondit à cette question : dans l'exemple proposé, il y a un contrat tacite entre le propriétaire et le locataire. Le premier reçoit implicitement un droit de gage ou d'hypothèque sur les biens apportés par le second ; mais il n'y a pas de mise en gage impliquant un transfert de possession. C'est donc une *hypothèque mobilière* (1), le mot de gage, employé par le gouvernement américain est impropre, puisqu'il y manque, dans son interprétation, une des conditions essentielles qui le constituent : la possession.

Le gouvernement prussien s'empara de cette distinction et déclara qu'il y avait donc dans l'espèce proposée un droit réel, *un jus in re* opposable à tous et que ne paralysaient pas le moins du monde les immunités diplomatiques.

Mais c'étaient justement là les questions à résoudre, sur lesquelles les deux gouvernements étaient encore loin de s'entendre :

1° Le droit du propriétaire constitue-t-il un droit réel proprement dit ?

1. Le mot *hypothèque* peut étonner en parlant des meubles. Cependant la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » n'existe pas partout. L'hypothèque des meubles était admise en droit romain. Elle l'est dans quelques législations modernes. Même en France, depuis 1874, les navires, quoique meubles, peuvent être hypothéqués.

2° En admettant l'affirmative, peut-on le revendiquer contre un ministre étranger, qui ne s'est pas volontairement départi de sa possession ?

Sans doute, tous droits de privilèges, hypothèques, etc., sont rangés par les écrivains au rang de droits réels. Mais ceci ne pouvait résoudre la question. Dans une contribution, un de ces droits pouvait donner à un créancier un droit de préférence; mais comment obtiendrait-il cette préférence? Est-ce par la voie judiciaire? Il ne le peut certainement pas contre un Ministre public qui est exempt de la juridiction locale.

Du reste, le droit du propriétaire est loin d'être reconnu partout comme un droit réel: ainsi, en Angleterre et aux États-Unis, ce droit consistait originairement en une simple garantie, réductible par la saisie en un droit de gage. L'interprétation du gouvernement prussien sur la nature du droit du propriétaire était donc, au moins sur le premier point, discutable.

En l'admettant, l'effet de ce droit pouvait-il être invoqué contre un locataire non soumis à la loi, non justiciable des tribunaux ?

Le gouvernement prussien le soutint en se plaçant sur le terrain suivant :

Il y avait là un incident de la loi des rapports entre le propriétaire et son locataire. Ce dernier avait, en louant l'immeuble consenti aux conditions de tout bail dont l'une était que, au cas de non-paiement des loyers ou de dettes résultant de détériorations, le propriétaire aurait le droit de retenir ses meubles par la voie de la rétention directe. C'était donc par un quasi-contrat que le locataire avait investi son propriétaire de ce droit de saisie, il n'y avait ni

intervention judiciaire, ni application d'une loi locale. Le gouvernement américain répondit à ce raisonnement qu'il pourrait s'appliquer à toute espèce de saisies, contraintes par corps, etc.; où s'arrêterait-on? D'ailleurs, celui qui contracte avec quelqu'un est censé connaître la juridiction de ce dernier (1). Le propriétaire ne peut s'en prendre qu'à lui d'avoir loué son immeuble à un agent diplomatique. Aussi le gouvernement américain resta fidèle à sa première interprétation et décida que la loi prussienne—ou américaine, dans l'exemple proposé—n'autorisait en fait aucune prétention semblable à celle élevée par le propriétaire. Quant au gouvernement prussien, il déclara que son opinion sur le point controversé demeurerait invariable. La question est donc loin d'être tranchée et un conflit de droit à l'état latent existe entre les deux pays. On ne peut que déplorer le résultat infructueux auquel ont abouti ces longues et subtiles discussions.

#### *Saisie des immeubles.*

La saisie des immeubles possédés par un ministre public étranger ne soulève pas de controverse sérieuse. Le principe établi par l'art. 3 du Code civil: « Les immeubles, même ceux possédés par des Étrangers, sont régis par la loi française », domine la matière. Par conséquent la règle générale sera que la saisie peut les frapper, quelle que soit la qualité du propriétaire. La loi en fait abstraction.

On peut répondre à la raison tirée de cet article 3

1. ULPIN, l. 19 pr. *De regulis juris* D. (l. L. t. XVII).

que, dans une autre hypothèse, le droit des gens n'hésite pas à violer en faveur des agents diplomatiques un autre article du Code civil, l'art. 14. Cette objection peut être réfutée : l'article 3 a un caractère d'ordre public si général que sa teneur est reproduite par presque toutes les législations modernes. Ce caractère manque à l'article 14. C'est cette différence dans le fondement de ces deux dispositions qui justifie l'application faite de l'article 3, même à l'encontre des immunités diplomatiques.

On peut voir dans la compétence reconnue à l'autorité locale pour saisir les immeubles d'un ministre public une véritable compétence *nécessaire*. La qualité même d'immeubles oblige à procéder à la saisie de cette catégorie de biens dans le pays même où ils sont situés. On ne comprendrait pas que l'autorité d'un État procédât à la saisie d'immeubles situés sur le territoire d'un autre État.

En outre, une question de souveraineté territoriale est en jeu. Ce principe est si vrai, que dans certains pays les Étrangers ne peuvent même pas être propriétaires de biens-fonds (la Roumanie).

Les auteurs sont catégoriques pour permettre la saisie des immeubles possédés par un ministre public : « A l'égard des premiers (les immeubles) dit Guichard (1) « il n'y a aucun doute qu'on ne puisse les saisir. » Voir dans le même sens Paillet (2) et Bluntschli. (3)

Toutefois on admet une restriction : la maison possé-

1. *Op. cit.*, n. 233.

2. N° 13.

3. *Op. cit.*, n. 140. Voir aussi LEHR, *op. cit.*, n. 1151 et les auteurs cités.

dée par tel ou tel ministre étranger, dans le pays de ses fonctions, pour l'habiter lui-même, ne saurait être saisie. Les dispositions générales de l'art. 3 ne feraient pas obstacle à cette exception (1).

Maintenant cette différence entre la saisie des meubles et celle des immeubles se justifie-t-elle? On peut le contester. Souvent on attache plus de prix à la propriété d'un immeuble qu'à celle d'un meuble, « *vilis mobilium possessio* », disait-on dans l'ancien droit, et cet adage renferme encore aujourd'hui une certaine part de vérité : c'est ainsi que la saisie des immeubles est entourée de plus de formalités que celle des meubles ; elle comprend, outre la signification du jugement, le commandement de payer dans les trente jours, le procès-verbal de saisie, la transcription au bureau des hypothèques, la dénonciation de la saisie, le dépôt du cahier des charges au greffe, la sommation aux créanciers et au procureur, la mention de ces sommations aux hypothèques, publication du cahier des charges et jugement fixant le jour de la vente, annonce de ce jour par placards et journaux, enfin adjudication à l'audience (voir art. 673 et suivants du Code de procédure civile).

Il est donc assez singulier de voir la loi, d'un côté, entraver, par d'innombrables formalités la saisie des immeubles, tandis qu'elle facilite la saisie des meubles de toutes manières; de l'autre, précisément dans un des cas où les voies d'exécution sont, en règle générale, interdites, permettre implicitement la première, tandis que la seconde ne l'est pas.

1. GUICHARD, *loc. cit.* LAURENT sur Vattel. *Le droit civil international* t. III, p. 153.

L'anomalie de cette situation n'a pas échappé à Laurent : Vattel se fonde, pour soutenir sa théorie sur le lien qui unit le ministre à ses biens mobiliers d'une manière plus étroite qu'à ses biens immobiliers : « il ne possède point », dit-il, « les immeubles comme agent « diplomatique : ils ne sont *point attachés à sa personne* « de manière qu'ils puissent être réputés hors du ter- « ritoire avec elle : d'où la conséquence que les biens « immobiliers ne changeant pas de nature par la « qualité du propriétaire, doivent demeurer sous la « juridiction de l'État où ils sont situés. »

Laurent s'étonne à bon droit de cette distinction ; peut-être se justifiait-elle lorsque la richesse mobilière était exclusivement représentée par du numéraire, mais elle est inexacte aujourd'hui. Des obligations dans une compagnie de chemins de fer ou de mines sont-elles plus attachées à la personne qu'un immeuble proprement dit ? Ajoutons que le fait de considérer une catégorie de biens d'une même personne comme située dans le pays, et l'autre comme située en pays étranger, présente quelque chose d'anormal.

Est-ce à dire que nous permettons la saisie des meubles des agents diplomatiques comme s'il s'agissait de ceux d'un simple particulier ? Non, nous ne proposons pas une réforme aussi radicale, mais on pourrait, nous semble-t-il, établir des règles uniformes pour la saisie des meubles et celle des immeubles dans les cas où les tribunaux sont exceptionnellement compétents.

Villefort a indiqué une solution qui semble satisfaisante et à laquelle nous nous rallierions en fin de compte : permettre dans tous les cas de compétence

exceptionnelle l'exécution des jugements rendus contre l'agent diplomatique sur tous les biens personnels dont il n'use pas en cette qualité, *meubles* ou *immeubles*.

Ainsi, en matière de saisie, pensons-nous qu'il serait désirable de voir disparaître cette *imbecantia juris*. Pourquoi n'appliquerait-on pas les mêmes règles aux deux catégories de biens (1)?

#### SECTION IV. — PRIVILÈGES RELATIFS AUX IMPÔTS.

##### *Fondement de cette immunité.*

D'après Pradier-Fodéré (2), l'immunité des impôts n'est pas fondée en général sur le caractère public des agents diplomatiques, mais sur des considérations d'hospitalité. C'est donc dans la plupart des cas une de ces immunités que nous avons qualifiées immunités de pure courtoisie (3). Il est cependant quelques-uns de ces impôts, comme nous le verrons, dont l'exemption repose sur des raisons de nécessité et d'utilité pratiques.

Mais il nous semble que l'exemption d'impôts se rattache aussi dans une certaine mesure à l'exemption des juridictions civile et administrative, en ce qui touche leur recouvrement par voie d'exécution forcée.

1. VILLEFORT, *Revue critique*, t. XII, p. 132. Voir aussi FIORE. *Dr. internat. public*, t. II, p. 576.

2. *Cours*, t. II, p. 45.

3. La franchise d'impôts est accordée *par courtoisie* dans une mesure plus large que le droit strict ne l'exigerait. BLUNTSCHLI, *op. cit.*, n. 138.

§ 1<sup>er</sup>. — Impôts dont sont exempts les agents diplomatiques.

1° Impôts directs.

Il convient avant tout de déterminer quels sont les impôts directs et quels sont les impôts indirects. Les ministres publics sont en général affranchis des premiers, tandis qu'ils sont soumis à la plupart des derniers.

On connaît la définition du droit administratif français : « l'impôt direct est celui qui est perçu en vertu d'un rôle *nominatif* ; l'impôt indirect, celui qui est perçu en vertu d'un tarif. » Cette définition a été vivement critiquée ; nous croyons cependant devoir la placer en tête de cette partie de notre travail : par son caractère quasi-officiel et sa clarté, elle supprime de nombreuses controverses sur la classe où doit être rangé tel ou tel impôt.

A). — *Impôts sur le capital et sur le revenu.*

Les impôts sur le capital et sur le revenu sont ceux qui frappent directement la richesse, *épargnée* ou *consommée*, non d'après un indice, mais d'après une donnée certaine : telle que la déclaration du contribuable ou une taxation administrative. Le premier système (déclaration du contribuable) est connu sous le nom de *système anglais* ; le second (taxation administrative), de *système allemand*.

Ces deux genres d'impôts n'existent pas en France ; plusieurs tentatives pour introduire l'impôt sur le re-

venu (projets Goudchaux et de Barante en 1848, projets Gambetta et Ménier, nouveau projet rejeté en 1888) y ont toujours échoué. Le tempérament français est essentiellement réfractaire à changer l'admirable assiette des impôts existants et est spécialement hostile aux inquisitions qu'amènerait l'établissement de l'impôt sur le revenu.

Les agents diplomatiques sont exempts des impôts sur le capital et sur le revenu, perçus directement et d'après un rôle. Ce sont, en effet, les contributions qui porteraient la plus grave atteinte à leurs immunités par leur mode de perception et les investigations qu'elles nécessitent (1). C'est un usage universellement admis. Dans certains pays cependant on exige la réciprocité : ainsi en Italie, la loi du 14 juillet 1864, art. 7, exempte formellement les agents diplomatiques ou consulaires, non régnicoles, de l'impôt

1. En ce sens, DE BAR, *Théorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 1889, n. 522. PRADIER-FODÉRÉ établit une corrélation entre l'exemption des impôts directs ordinaires et l'exemption des impôts sur le capital et des impôts sur le revenu : s'ils sont exempts des premiers dans le pays de leur résidence, ils doivent l'être des seconds. Mais cette immunité ne serait fondée, d'après cet auteur, ni sur une nécessité interne, ni sur le caractère public de l'agent diplomatique : elle n'est pas, en effet, indispensable pour le libre accomplissement de sa mission. C'est plutôt une immunité qui résulte de sa qualité d'Étranger.

Nous combattons la première de ces propositions : l'impôt sur le capital et l'impôt sur le revenu ont un caractère incomparablement plus personnel et plus vexatoire que les impôts directs tels qu'ils existent en France. L'assimilation entre ces deux espèces d'impôts ne nous semble donc pas s'imposer. Nous comprendrions parfaitement pour notre part que les diplomates étrangers fussent soumis, dans un pays admettant les deux systèmes d'impôts, à ceux qui sont basés sur un indice de leur richesse (impôt personnel et mobilier), et qu'ils échappassent à l'impôt sur le capital ou sur le revenu. Il n'y aurait de ce chef aucune contradiction inadmissible.

sur les revenus de la richesse mobilière, pourvu qu'ils ne se livrent dans l'État à aucun commerce ou industrie et qu'il y ait *réciprocité de traitement* dans les pays dont ils dépendent.

Mais, dans la plupart des États, c'est en vertu d'un usage général que cette exemption a lieu et non en vertu d'un texte législatif. Il en est du reste ainsi, on l'a vu, pour d'autres immunités.

Il existe en Italie un impôt mobilier sur les rentes (1) de la dette publique, soit nominatives, soit au porteur, et le législateur n'en a pas même exempté les représentants d'un gouvernement étranger. Cette exemption n'est pas considérée comme nécessaire à l'exercice de leurs fonctions.

En France, les agents diplomatiques paient certainement l'impôt de 3 0/0 établi en 1873, sur le revenu des valeurs mobilières. Son mode de perception serait un obstacle matériel à l'exemption de certaines personnes; c'est un impôt impersonnel qui frappe directement le titre qui y est soumis, abstraction faite de son détenteur.

B). — *Impôts directs français.*

On reconnaît quatre impôts directs :

l'impôt foncier,

l'impôt personnel et mobilier,

l'impôt des portes et fenêtres,

l'impôt des patentes.

Il existe, depuis 1871, des taxes perçues par l'État, par les départements et par les communes, que l'on

1. ESPERSON, *Le droit intern. privé dans la légis. italienne*. Clunet, 1879, p. 347.

est convenu, principalement à raison de la désignation des agents chargés de la perception et du recouvrement, d'assimiler aux contributions directes. Elles sont comprises au budget, depuis 1871, sous la rubrique de *taxes assimilées*.

Nous ne nous occuperons pas spécialement de ces dernières; ce qui s'appliquera aux premières s'appliquera à celles-là.

Ces impôts ont ce caractère commun qui les distingue très nettement des précédents : ils sont établis, non d'après la richesse elle-même, telle qu'elle apparaît par une des voies de taxation que nous avons indiquées, mais d'après un *indice* : tel est l'impôt mobilier perçu d'après la valeur locative des lieux loués, valeur considérée par le fisc comme une portion déterminée du revenu total du contribuable.

*Contribution personnelle et mobilière et impôt des portes et fenêtres (1).*

L'exemption de la contribution personnelle et mobilière a été formellement consacrée par la loi du 7 thermidor an III, art. 17 ainsi conçu :

« Les ambassadeurs, envoyés ou chargés d'affaires  
« des nations amies ou alliées en seront complète-  
« ment exemptés (de la contribution personnelle et  
« de diverses autres taxes depuis abolies), quel que soit  
« le temps de leur séjour (2). »

Cette exemption ressort *a fortiori* d'une ordonnance

1. Aux termes d'un arrêt du conseil du 19 décembre 1722, les ministres étrangers étaient exempts de la capitation. LAURENT, *op. cit.*, p. 138, t. III.

2. Voir PRADIER-FODÉRE, *Traité*, t. III, p. 292.

rendue en Conseil d'État (1), et de plusieurs lettres circulaires des Ministres des Finances et des Affaires étrangères ; *a fortiori*, car l'espèce que nous allons analyser règle la situation d'un vice-consul, et, on la vu, les agents diplomatiques sont toujours placés sur un pied plus favorable que les agents consulaires.

Un sieur Ullern, vice-consul de la Grande-Bretagne, à Honfleur, se livrait en même temps à un commerce de mercerie. Ayant été imposé au rôle de la commune de Honfleur pour une somme de 56 fr. 44 c. pour ses cotes personnelle et mobilière, une demande en décharge fut adressée par lui au Conseil de préfecture(2) du département du Calvados, basée sur le passage suivant, d'une brochure publiée par le Ministre des finances en 1831 : « Les ambassadeurs, chargés d'affaires, consuls et vice-consuls des puissances étrangères, sont-ils imposés à la contribution personnelle et mobilière ? Réponse : la question a été résolue négativement sur le motif que les agents français n'étaient pas imposés dans les villes étrangères où ils résident. »

Malgré cette autorité, le Conseil de préfecture rejeta la demande par la considération que Ullern, profitant de sa résidence à Honfleur pour y faire le commerce et y jouissant concurremment avec tous les autres habitants des avantages de la ville, il était juste aussi qu'il en supportât avec eux toutes les charges (3). « *Ubi emo-*

1. En date du 17 novembre 1841, SIREY, 2, 135.

2. On sait que la juridiction administrative est compétente en matière de contestation relative aux impôts directs, la juridiction judiciaire dans celles relatives aux impôts indirects.

3. Cet argument est développé par Laurent contre le privilège de l'exemption d'impôts. Il a une certaine valeur.

*lumentum ibi onus esse debet* », et que d'ailleurs l'exemption qu'il réclamait n'était écrite dans aucune loi.

Pourvoi contre cette décision devant le Conseil d'État,

Entre temps, le Ministre des finances fut consulté sur la question :

« Il a été reconnu de tout temps », répondit-il, « que  
 « les agents diplomatiques et consulaires accrédités  
 « près le gouvernement devaient, par voie de réci-  
 « procité internationale, être affranchis en France de  
 « la contribution personnelle et mobilière. En consé-  
 « quence, j'estime qu'il y a lieu d'adjuger au sieur  
 « Ullern les fins de sa requête. » Quant au Ministre des  
 Affaires étrangères, également consulté, il émit l'opinion suivante :

« Je remarquerai que le sieur Ullern a donné à ses  
 « démarches une fausse direction. Frappé d'une taxe  
 « dont les agents consulaires étrangers, *même ceux qui*  
 « *font le commerce*, sont en général fondés à réclamer  
 « l'exemption, *il aurait dû me faire parvenir sa récla-*  
 « *mation par l'intermédiaire de l'ambassadeur de S. M.*  
 « *Britannique*. Je l'eusse appuyée près M. le Ministre  
 « des finances, qui, soit avant, soit après l'arrêt du  
 « Conseil de préfecture du Calvados, l'aurait accueillie,  
 « comme l'indique la lettre qu'il a écrite le 30 janvier  
 « dernier, et comme il s'en présente journellement des  
 « exemples.

« En s'adressant au Conseil d'État, le sieur Ullern a  
 « méconnu les principes ; car rien de ce qui concerne  
 « la jouissance des immunités, ce privilège des agents  
 « étrangers, à quelque classe que ces agents appar-  
 « tiennent, de quelque source que ces prérogatives  
 « émanent ; qu'elles dérivent des traités, de l'usage

« ou de la réciprocité, *rien*, dis-je, en cette matière, *ne*  
« *doit sortir de la voie diplomatique* ; c'est unique-  
« ment par la même voie que tout trouble apporté à  
« cette jouissance doit être réprimé comme le serait  
« aussi toute prétention excessive ou mal fondée. La  
« justice administrative me paraît être aussi incompé-  
« tente pour prononcer sur l'usage ou l'abus de celles  
« des franchises diplomatiques ou consulaires qui tou-  
« chent à des matières de son ressort (comme les con-  
« tributions directes), que le serait la justice ordinaire  
« pour statuer à l'égard de celles de ces franchises qui  
« rentrent dans les objets de sa juridiction. »

Sur ces contestations fut rendue l'ordonnance sui-  
vante :

« Vu la lettre de notre Ministre des finances du 30  
« janvier 1843 ; vu la lettre de notre Ministre des  
« Affaires étrangères du 21 juin 1843 ; ensemble les  
« pièces du dossier ;

« Vu la loi du 1<sup>er</sup> brumaire an VII ;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et notam-  
« ment des lettres ci-dessus visées, que le sieur Ul-  
« lern exerçait à Honfleur les fonctions de vice-consul  
« de S. M. Britannique, et qu'en cette qualité et par  
« voie de réciprocité internationale, il devait être af-  
« franchi de la contribution personnelle et mobilière  
« au rôle de la ville de Honfleur pour 1842 ; notre  
« Conseil d'État entendu, nous avons ordonné, etc...

« Art. 1<sup>er</sup>. L'arrêté sus-visé du Conseil de préfecture  
« du Calvados est annulé.

« Art. 2. Il est accordé décharge au sieur Ullern de  
« la contribution personnelle et mobilière à laquelle  
« il a été imposé à Honfleur, pour l'année 1842 ».

Cette décision est un précédent important : aussi la question ne fait-elle plus doute aujourd'hui. Cependant l'exemption n'est reconnue *de plano* par les bureaux de perception que lorsque l'agent diplomatique ou consulaire *n'est pas Français*. A Paris, il est même d'usage de réclamer une attestation de nationalité qui est délivrée par la mairie de l'arrondissement où réside l'agent diplomatique. Nous ne savons sur quel règlement se fonde cet usage. Il serait à désirer qu'un agent diplomatique accrédité en France, et de nationalité française, consentît à approfondir la chose devant la juridiction administrative.

La voie diplomatique est la seule voie légale, d'après le Ministère des Affaires étrangères, pour se pourvoir en cas de réclamation, devant l'autorité compétente.

La jurisprudence de 1843 fut confirmée par une lettre adressée par le Ministre des Affaires étrangères au préfet de la Seine, le 11 juillet 1866, où on lit : les agents diplomatiques sont exempts formellement de l'impôt personnel et mobilier et de l'impôt des portes et fenêtres. L'exemption est étendue aux secrétaires officiels et aux attachés militaires de la mission qui ont une résidence particulière en dehors de l'hôtel de l'ambassade (1).

L'impôt des portes et fenêtres est une taxe d'habitation, ajoutée comme complément à la contribution mobilière ; elle a été introduite par la loi du 4 frimaire an VII, dont l'art. 2 est ainsi conçu : « La contribution « est établie sur les portes et fenêtres (2) donnant « sur les rues, cours, jardins des bâtiments et usi-

1. *Jurispr. des conseils de Préfecture*, année 1878, p. 284.

2. Voir les *Instructions ministérielles* du 30 mars 1831 et de 1832.

« nes sur tout le territoire français. » A la différence de l'impôt personnel et mobilier qui est réclamé directement au locataire, l'impôt des portes et fenêtres est perçu du propriétaire qui le rejette sur le locataire.

Puisque ce dernier en est exempté lorsqu'il est revêtu de fonctions diplomatiques, devait-on néanmoins le maintenir à l'encontre du premier ? La question se posa devant le Conseil de préfecture de la Seine, qui la résolut *négativement*, le 13 août 1878 (1). « Aux termes des conventions internationales, les ambassadeurs sont dispensés de payer la contribution des portes et fenêtres. Par suite, le propriétaire de l'hôtel occupé par une ambassade, dans l'espèce, l'ambassade d'Italie, ne pouvant réclamer à son locataire le montant de cet impôt, il doit lui en être accordé décharge. »

Le Conseil de préfecture se fondait principalement sur la lettre déjà mentionnée en date du 11 juillet 1866, adressée au préfet de la Seine par le Ministre des Affaires étrangères.

Quelques mois plus tard, le même Conseil de préfecture eut à se prononcer sur cette question relativement à un consul étranger (le consul des États-Unis). Il la trancha dans le même sens, celui de l'exemption absolue de cet impôt (2).

Quoique nous ne nous occupions que des agents diplomatiques proprement dits, il est intéressant de constater l'extension des immunités diplomatiques faite aux

1. *Journal du droit international privé*, 1878, 601. Dame d'Amilton c. l'État.

2. *Eod.* p. 602. Spagnolini contre l'État et art. 2 de la convention consulaire du 23 février 1853 avec les États-Unis.

consuls par la jurisprudence administrative. On vient de voir que le Ministre des finances et une ordonnance rendue en Conseil d'État (17 novembre 1843) avaient formellement exempté de la contribution personnelle et mobilière, non seulement les agents diplomatiques, mais encore les agents consulaires. Le Conseil de préfecture décide de même quant à l'impôt des portes et fenêtres.

Cette jurisprudence nous suggère les observations suivantes : c'est le propriétaire qui est débiteur de l'impôt des portes et fenêtres ; le recours contre le locataire est une question à régler uniquement entre eux d'eux, et dans laquelle le fisc est absolument désintéressé, car il ne connaît que le propriétaire. Il nous semble donc que la décision du Conseil de préfecture est critiquable de ce chef.

Pour nous en convaincre, supposons la situation inverse : le propriétaire est un ministre public, les locataires sont de simples particuliers. Soutiendra-t-on, dans cette hypothèse, que le fisc ira réclamer du propriétaire l'impôt des portes et fenêtres, sans tenir compte de sa qualité diplomatique, sous prétexte que si lui personnellement est exempt de cette contribution, il lui est loisible de la faire payer à ses locataires ? Nous ne le pensons pas. L'agent serait fondé à répondre aux prétentions du fisc : je suis exempt en principe du paiement des impôts directs en France, c'est moi qui suis débiteur de l'impôt des portes et fenêtres que vous me réclamez ; que je puisse le réclamer à mes locataires, je ne le nie pas, mais c'est une question qui ne regarde que moi ; ils peuvent d'ailleurs être insolvables : ce serait alors moi qui le supporterais en définitive.

Remarquons enfin que la jurisprudence du Conseil de préfecture de la Seine est désastreuse pour le budget : dès qu'un agent diplomatique est logé dans un immeuble ou qu'il est propriétaire, l'impôt personnel et mobilier ne peut être exigé ; s'il est simple locataire, parce qu'en le réclamant au propriétaire, celui-ci le supporterait en définitive, car il n'a pas de recours contre un locataire jouissant de l'exemption ; si l'agent est propriétaire, on n'osera certainement pas le lui réclamer : ce serait porter une trop grave atteinte aux immunités.

Le Tribunal civil de la Seine (1) eut à se prononcer le 25 avril 1851 sur une contestation relative à la contribution des portes et fenêtres réclamée d'un agent diplomatique accrédité en France. Un sieur Rosalès, chargé d'affaire de la République du Chili était locataire d'une portion de maison appartenant, lors de la location, à un sieur Pascal.

Jamais l'impôt des portes et fenêtres n'avait été réclamé de M. Rosalès.

Survient la mort de M. Pascal. Le bail expiré, le chargé d'affaires prévint M. Fortier, héritier du défunt, qu'il avait l'intention de déménager. Ce dernier lui réclama alors cinq années de contribution des portes et fenêtres et défendit au concierge de laisser sortir les voitures de déménagement avant que son locataire ne les eût payées.

1. Quoique la juridiction administrative soit compétente en principe dans les contestations en matières d'impôts directs, les tribunaux de l'ordre judiciaire pourront être appelés à se prononcer indirectement sur des contestations de cette nature, en statuant sur des points de leur compétence qui s'y rattachent. C'est le cas ici.

Le chargé d'affaires produisit un certificat du receveur du 1<sup>er</sup> arrondissement, rappelant une circulaire du Ministre des Finances, du 28 février 1844, de laquelle il résulte que les agents diplomatiques étrangers sont exempts de toutes contributions directes.

M. Fortier n'en exigea pas moins son paiement qui fut effectué par Rosalès, sous la réserve expresse d'en poursuivre judiciairement la restitution. Assignation de Fortier devant le tribunal, en restitution d'une somme de 308 francs indûment perçue pour impôt des portes et fenêtres.

Pressentant probablement, sur les conseils de son avoué, que la prétention de son adversaire serait sûrement admise, le propriétaire fit faire des offres réelles à M. Rosalès. Mais l'huissier, alléguant l'inviolabilité du domicile d'un agent diplomatique, se contenta de signifier le procès-verbal d'offres à l'avoué, en violation de l'art. 1258, 6<sup>o</sup>, du Code civil.

L'avoué de M. Rosalès soutint la nullité des offres réelles.

Le tribunal, se fondant sur ce que les propriétaires ayant pour locataires des agents diplomatiques, obtiennent de la Ville de Paris remise proportionnelle des contributions mises à leur charge, notamment de celle des portes et fenêtres ; que les offres réelles auraient dû être faites à la personne ou au domicile de l'agent diplomatique : « par ces motifs, a déclaré  
« les offres nulles, a condamné M. Fortier à restituer à  
« M. Rosalès, la somme indûment perçue pour con-  
« tribution, sauf les compensations à établir entre  
« eux pour les réparations locatives, et a condamné  
« M. Fortier à tous les dépens ».

En pratique, il existe entre ces deux impôts une différence dans le mode d'exemption. Pour la contribution personnelle et mobilière, les agents de répartition ne font pas figurer dans les matrices des rôles les noms des agents diplomatiques exempts.

Il en est autrement pour l'impôt des portes et fenêtres : on sait que cet impôt est parfois laissé à la charge du propriétaire par une clause du bail. Dans ce cas là, les portes et fenêtres des lieux occupés par l'agent diplomatique continuent à être imposées au nom du propriétaire de l'immeuble. Dans le cas contraire, si le bail est muet, le dégrèvement a lieu « à titre de remise imputable sur le fond de non-valeurs » (1).

*Logements en temps de guerre et contributions de guerre.*

On sait que, en cas d'insuffisance des logements militaires, les habitants sont tenus de recevoir les troupes : cette obligation est connue dans le droit public sous le nom d'*obligation du logement des gens de guerre*. Cette charge, plus gênante qu'onéreuse, pèse indistinctement sur tous les habitants (2).

Les hôtels et habitations des ministres publics n'y sont pas astreints. L'indépendance et la sécurité qui leur sont assurées par le droit des gens risqueraient d'être gravement compromises s'il était loisible à des

1. *Circ. des contributions directes*, 9 janvier 1875, n. 544.

2. Excepté les dépositaires des caisses publiques, les femmes veuves et les filles. Ces personnes peuvent s'en dispenser en fournissant un logement chez d'autres habitants, à leurs frais.

hommes d'armes de pénétrer et de s'installer dans leur demeure.

Ce point ne fait pas de doute. Les considérations qui précèdent suffisent pour le faire admettre sans discussion (1). L'usage s'est établi d'une manière générale, dans les dernières guerres, et notamment en 1870, de remplacer l'obligation du logement des gens de guerre, par une contribution en argent. Les agents diplomatiques pourraient-ils également s'y soustraire? La question est controversée entre les publicistes.

D'après G. F. de Martens (2), la contribution est substituée à l'obligation qu'elle remplace et doit être régie par les mêmes règles, donc exemption.

Pinheiro-Ferreira se prononce contre l'exemption (3) : *ubi emolumentum ibi onus*; l'agent diplomatique profite à l'égal des autres citoyens des avantages que le paiement de ces contributions procure, pourquoi l'en exempter?

Nous répondons à cet argument qu'il peut être invoqué contre l'exemption de toute espèce d'impôts. Il n'aurait quelque valeur qu'autant que celui qui l'invoque voudrait supprimer d'une manière générale l'exemption en cette matière. Or ce n'est pas le cas.

Pradier-Fodéré ajoute que ces contributions ont pour but de subvenir aux besoins des hommes d'armes; ces derniers ont pour mission de *protéger* les habitants contre le pillage et les brutalités de la guerre. Or, théoriquement, les agents diplomatiques n'ont pas besoin

1. MARTENS, BLUNTSCHLI, PRADIER-FODÉRÉ, *Cours*, II, p. 48, etc.

2. *Précis*, édition de 1864, § 228.

3. *Eod.* en note.

d'être protégés par les hommes d'armes, car ils le sont par le droit des gens.

Cet argument n'est peut-être pas très pratique, mais il a une grande valeur doctrinale. L'opinion de Martens nous paraît donc préférable.

## 2<sup>o</sup> Impôts indirects.

Si l'exemption est la règle en matière d'impôts directs, on peut dire qu'elle est l'exception en matière d'impôts indirects. D'après la doctrine la plus récente, l'exemption de cette catégorie d'impôts ne reposerait sur aucune base juridique sérieuse. Il est donc difficile de formuler une règle générale en cette matière. Le mieux serait de laisser chaque État libre de faire ce qui lui semble convenable. Mais dans aucun cas, des poursuites judiciaires ou administratives ne pourraient être exercées de ce chef contre un ministre public. Ce point est hors de doute : il n'y a d'ailleurs là qu'une application du principe de l'immunité de la juridiction civile et administrative.

M. de Bar s'exprime dans le même sens (1) : On ne peut soumettre les bagages d'un ministre public à une visite douanière, lorsqu'il affirme n'avoir à déclarer aucun objet soumis aux droits de douanes, ou qu'il présente aux préposés des douanes les objets soumis à ces droits.

Cette différence se justifie : le mode de perceptions des premiers a un caractère de contrainte *personnelle*,

1. DE BAR, *op. cit.*, n. 522.

implique une dépendance du citoyen de l'État qui se concilie mal avec le principe des immunités ; les seconds, au contraire, ont un caractère *impersonnel*, pour la plupart : le contribuable les paie par très petites sommes, et pour ainsi dire, sans s'en apercevoir.

Il faut cependant faire des distinctions à cet égard : on reconnaît deux grandes catégories d'impôts indirects, les droits *de douane* perçus à la frontière, et les impôts indirects perçus à l'intérieur sur la consommation ou la circulation. Les ministres publics sont astreints au paiement de ces derniers, en règle générale. Quant aux premiers, ils en sont exempts en principe. Les droits de douane ont, en effet, dans leur perception, un caractère personnel et souvent vexatoire : il était naturel de les y soustraire.

*Impôts indirects dont sont exempts les Ministres publics.  
Douanes.*

Les auteurs considèrent en général cette exemption comme une concession faite par courtoisie (1), n'ayant d'autre fondement que le désir des gouvernements de témoigner, « par des égards envers les agents diplomatiques, leurs dispositions amicales » pour les nations dont ils sont les représentants » (2).

1. PRADIER-FODÉRE, *Cours*, II, 51 en note.

2. Cependant, le 16 août de cette année (1889), la presse officielle allemande a rappelé que les effets des diplomates et des princes ne sont sujets à aucune visite douanière à la frontière allemande. On avait fait courir le bruit, à la suite des difficultés survenues entre la Suisse et l'Allemagne, dans l'affaire Wohlgemuth, que les malles du duc de Cobourg avaient fait l'objet d'une visite rigoureuse en entrant en Allemagne par la frontière suisse. La presse allemande paraissait donc con-

G.-F. de Martens enseigne formellement que cette immunité n'est pas fondée sur la loi naturelle, et que le ministre public étranger doit souffrir qu'on visite à la douane les objets qu'il importe (1).

Nous reconnaissons que toute immunité en matière d'impôts repose principalement sur des rapports internationaux de courtoisie ; mais en ce qui concerne spécialement les droits de douane, nous ne pensons pas que ce motif soit le motif déterminant il y aurait une extension de l'inviolabilité de la demeure dans la défense de visiter les bagages d'un ambassadeur dans le pays où il est envoyé. Quelle atteinte plus grande porter à ce caractère dont il est revêtu que d'ouvrir ses caisses, de pouvoir éventuellement prendre ainsi connaissance de sa correspondance, d'examiner les objets qu'il introduit, etc...?

Cette immunité se justifie donc, non par des raisons que nous pourrions appeler des raisons de sentiment, mais par une utilité réelle. C'est, à notre avis, une de celles qui devraient être universellement reconnues, et appliquées de la manière la plus large (2).

sidérer la franchise de douane comme une règle de droit public indiscutable et non pas seulement comme une concession gracieuse du gouvernement. Voir la *Kölnische* et la *National Zeitung* des 16 et 17 août 1889.

1. *Précis*, chap. VII.

2. Conf. PRADIER-FODÉRÉ, *Cours*, t. II, p. 66. Pinheiro-Ferreira, si hostile cependant aux immunités des ambassadeurs, s'exprime ainsi : C'est une erreur que d'accorder aux officiers de la douane le droit de visiter les bagages de l'envoyé, parce que là il y a danger pour l'objet de sa mission, aucune garantie ne pouvant lui être offerte que ces agents du pouvoir respecteront l'inviolabilité due à ses papiers. C'est là seule raison de l'immunité de son hôtel ; et si, de l'aveu de tout le monde, il n'est pas obligé de souffrir la visite de celui-ci, il ne saurait l'être, à plus forte raison, de souffrir celle de ses effets.

Les inconvénients ne sont pas nombreux : le principal, c'est la crainte de l'introduction de marchandises prohibées, et leur vente sous le couvert des franchises diplomatiques. Mais ce danger est-il donc si grand et ne l'exagère-t-on pas à plaisir dans tous les traités de droit public? L'honorabilité, la situation de fortune, le traitement en général considérable des ambassadeurs et ministres est une garantie suffisante contre de pareilles suppositions. Même si le cas devait se présenter de loin en loin, le préjudice qu'en souffrirait le Trésor public serait à peine appréciable (1).

L'exemption des droits de douane est accordée avec plus ou moins d'étendue par des lois positives, des décrets et des décisions diverses, soit en France, soit dans quelques pays étrangers.

En France, une décision administrative, en date du 24 février 1826, dispose que tout ce qui entre pour la première fois avec l'agent diplomatique étranger, doit être exempt de visite et de perception ; quant aux effets qui arrivent après ce moment, ils devront être signalés, afin que les ordres nécessaires puissent être donnés pour leur admission en franchise.

Mais, à toute époque, l'agent diplomatique peut, par une demande adressée au Ministre des Affaires étran-

1. Toutefois au siècle dernier, cette immunité donna lieu à de graves abus : sous le couvert de la franchise que possédait comme ambassadeur, le Prince de Rohan, une contrebande considérable se faisait à l'ambassade de France à Vienne. Pour faire cesser ce scandaleux abus sans offenser la France, l'impératrice Marie-Thérèse retira la franchise à tous les ambassadeurs (PRADIER-FODÉRÉ. *Cours*, t. II, p. 52). Le remède était un peu radical et donnerait lieu à de vives récriminations, si un État souverain l'employait de nos jours.

gères, obtenir l'entrée des choses à son usage; elles sont alors expédiées à la douane de Paris qui les livre en franchise.

Le délai dans lequel il peut, d'une manière générale, introduire les effets nécessaires à son usage et à celui de sa famille, est ordinairement de six mois, parfois d'un an. Ce terme expiré, l'agent doit faire une demande spéciale.

La nature des objets admis en franchise n'est pas limitée aux provenances du pays du ministre.

Quant aux dépêches ou paquets cachetés du sceau d'un gouvernement étranger, et adressés par la voie d'un courrier de cabinet ou d'un agent diplomatique, ils doivent être admis sans retard et en exemption de visite (1).

Il en serait ainsi, même si les cachets étaient disposés de telle manière qu'on pût ouvrir le paquet scellé sans le rompre.

Si les paquets dont serait porteur le courrier de cabinet n'étaient pas scellés, les agents de la douane devraient s'abstenir de vérifier leur contenu, et devraient en faire un seul paquet scellé du cachet de la douane et de celui du courrier. Il serait adressé sous acquit-à-caution à la douane de Paris. A défaut d'acquit-à-caution, on se contenterait de la signature du courrier (2).

Les paquets, dépêches, etc... revêtus du sceau d'un ambassadeur ou ministre français à l'étranger, sont admis en France en exemption de toute visite. Ils doivent être plombés par la douane qui les remet au

1. Circulaire ministérielle du 20 octobre 1826.

2. Voir décisions administratives des 23 janvier 1820, 12 juin 1838 et 4 novembre 1833.

courrier sous acquit-à-caution portant engagement de les présenter intacts au Ministre des Affaires étrangères. Ce dernier certifie sur l'acquit-à-caution qu'il lui sont parvenus en parfait état d'intégrité. Cette déclaration sert de décharge aux courriers.

Aux termes d'un décret du 6 août 1791, sur les douanes, art. 1<sup>er</sup>, les mesures relatives aux passeports donnés aux ambassadeurs, tant étrangers que français, doivent faire l'objet de conventions avec les puissances étrangères et être établies sur le pied d'une entière réciprocité.

En Belgique, une loi du 26 août 1822 exempte des droits de douane les ambassadeurs ou ministres des puissances étrangères accrédités près le gouvernement belge; mais elle exige la réciprocité. D'après le texte de la loi, les chargés d'affaires ne participent pas à cette immunité. Cependant en pratique, l'administration l'étend à *tout chef de mission*, quel que soit son grade dans la hiérarchie diplomatique, qu'il soit à poste fixe ou seulement *ad interim*. L'exemption est accordée par l'administration, après une demande faite au Ministère des Affaires étrangères.

En cas de soupçons de fraude, les employés des douanes ne doivent pas ouvrir les colis suspects, ils doivent se borner à informer le Ministère des finances, afin que des mesures convenables puissent être prises.

En Espagne, un arrêté, en date du mois d'octobre 1814, accorde un délai de six mois aux Ministres étrangers pour importer leurs effets francs d'impôts.

En Angleterre, la restriction que nous avons vue d'un crédit annuel ou semestriel, n'existe pas. Il y a une liberté illimitée pour les diplomates d'importer en

franchise ce qu'ils veulent. Mais ils doivent, pour chaque envoi, même le plus insignifiant, solliciter l'autorisation du *Foreign-Office*. A Stockholm, les ministres étrangers jouissent depuis 1825, d'une exemption générale de tout impôt. Dans l'ancien empire germanique, l'immunité de péage pour les ponts et chaussées s'accordait à tous les ministres accrédités auprès des assemblées de l'Empire.

Mais la loi douanière allemande actuelle du 8 juillet 1867, article 15, ne reconnaît pas l'immunité des droits de douane comme absolue; elle autorise seulement les divers gouvernements à accorder à leurs agents respectifs des passavants, mais à leurs frais. En pratique, la franchise est accordée très largement (voir *suprà*, même paragraphe).

On a vu au chapitre 1<sup>er</sup> que la législation russe ne reconnaissait pas le principe de l'exemption de la juridiction. En revanche, elle exempte formellement des droits de douane, visites, etc..., tous les agents diplomatiques.

Les fonctionnaires attachés aux missions étrangères en Russie sont dispensés de l'obligation d'être munis d'un passeport délivré par un agent russe (*Règlement des douanes*, VI, 939) et de se soumettre à la visite des douanes (*ibid.*, 937). Les membres du corps diplomatique peuvent introduire librement et en franchise tous les effets qu'eux et leur suite ont avec eux, ainsi que tous ceux qui sont expédiés à leur adresse pendant l'année qui suit leur arrivée en Russie (*ibid.*, 1021 et 1022, — *Revue étrangère*, t. III, 871, p. 555 et 648).

Aux États-Unis, une « *treasury regulation* » de 1857, art. 247, détermine les conditions de l'entrée en fran-

chise des marchandises destinées aux ministres publics accrédités dans ce pays. Toute demande d'introduction d'articles importés pour l'usage des ministres et chargés d'affaires en exemption des droits de douanes doit être transmise au département d'État, accompagnée de la lettre de voiture (*bill of lading*), de l'indication du nombre de colis, des signes et marques qui y sont apposés, de leur contenu, du vaisseau qui les a chargés et de la personne à qui la franchise doit être accordée. Une fois ces formalités remplies, des ordres sont donnés par le secrétaire d'État au préposé des douanes (*Collector of the customs*) pour l'admission de ces colis en franchise. — Ce droit est restreint au chef de mission. (Voir WHARTON, *op. cit.*, § 95).

De ces données sommaires, on peut conclure que l'immunité des droits de douane est généralement reconnue, mais avec de grandes divergences. Les lois de certains États sont fort peu larges à cet égard (1), d'autres sont très libérales.

On se demande si l'immunité des droits d'entrée comprend les marchandises prohibées, les articles de contrebande? La majorité des auteurs l'admet si rien n'a été stipulé à cet égard. Dans le cas contraire, le ministre devrait se prêter à la visite des objets qu'il introduit. Mais les agents des douanes ne devraient pas pénétrer dans ses voitures ou dans son hôtel sans porter atteinte à l'inviolabilité personnelle et réelle.

1. Dans certains États, cette immunité était reconnue en fait, mais presque rendue inutile par la bizarre disposition suivante : On faisait payer à chaque agent diplomatique, soit une fois pour toutes, soit annuellement, une certaine somme déterminée, à titre d'indemnité de son immunité des douanes. Il en était ainsi à Madrid, à Vienne et à Gênes.

En pratique, on se contente de son affirmation que ses colis ne contiennent pas d'objets de contrebande.

Tous les agents diplomatiques, quel que soit leur grade, peuvent-ils invoquer la franchise des douanes ? Non. Il est admis d'une manière très générale qu'elle ne peut être invoquée *que par les chefs de missions*. La loi belge le dit formellement.

*Si l'agent diplomatique peut invoquer la franchise de douanes à l'encontre d'un État tiers. Transit.*

« Nul agent diplomatique ne peut prétendre à la  
« franchise des droits de douane en vigueur dans les  
« États dont il emprunte le territoire, pour se faire  
« suivre d'aucun bagage qui ne voyagerait pas avec lui.  
« Ce qui se pratique quelquefois à cet égard, soit en  
« vertu d'usages particuliers, soit par des motifs de dé-  
« férence de la part des États secondaires, ne suffit pas  
« pour établir l'existence d'un usage général ou d'un  
« droit (1).

Pradier-Fodéré n'admet pas non plus la franchise dans ce cas, si ce n'est en vertu de traités. Mais il reconnaît que l'immunité a pu parfois être reconnue par pure complaisance (2).

Il nous semble qu'elle devrait être accordée dans ce cas, à la condition, bien entendu, que l'agent diplomatique fût en mesure de justifier de sa qualité et ne voyageât pas *incognito*. Les mêmes raisons que nous avons invoquées pour faire reconnaître, avec une

1. CH. DE MARTENS, *Guide*, t. I, 125.

2. *Op. cit.*, chap. XI.

grande étendue, la franchise des douanes, peuvent s'appliquer ici, quoique peut-être dans une moindre mesure. Le secret de ses papiers peut être compromis par une visite de ses bagages, quelle que soit la frontière où elle est faite.

Aux termes d'une circulaire ministérielle du 20 octobre 1826 et d'une décision administrative du 14 décembre de la même année, l'Administration des douanes ne doit mettre aucun obstacle à la continuation du voyage du courrier porteur de dépêches revêtues du sceau d'une légation qui, venant de l'étranger, doivent seulement passer par la France, pourvu qu'il puisse dûment justifier, par son titre, du but de sa mission.

Les paquets qui ne sont pas revêtus d'un cachet diplomatique sont soumis à la loi commune et peuvent être visités.

Une correspondance fut échangée, en 1870, entre le ministre des États-Unis et le ministre des relations extérieures du Pérou au sujet de l'exemption des droits de douane. La question des agents diplomatiques de passage sur le territoire du Pérou fut spécialement soulevée au cours de cet échange de lettres. Elle fut formellement tranchée en leur faveur : l'immunité des visites de la douane est accordée, non seulement aux ministres publics accrédités au Pérou, mais encore à tous les agents diplomatiques étrangers accrédités dans d'autres pays, *et de passage* sur le territoire péruvien (1).

*Remarque.* — On sait que les consuls du Levant et de

1. Voir le journal officiel EL PERUANO, t. LVIII, p. 653. Rapporté par PRADIER-FODÉRÉ. *Cours*, t. II.

Barbarie sont assimilés aux ministres publics. D'après MM. de Clercq et de Vallat, une des conséquences de cette assimilation est l'exemption de tout impôt et notamment des droits de douane sur les provisions qu'ils font venir pour leur usage personnel.

§ 2. — Impôts auxquels sont soumis les agents diplomatiques  
1<sup>o</sup> Impôts directs.

Nous avons vu que les tribunaux locaux sont compétents, par exception, pour connaître des contestations où sont engagés des agents diplomatiques, en matière réelle et en matière commerciale, du moins lorsqu'ils se livrent d'une manière suivie à une profession commerciale.

Ils sont soumis aux impôts qui frappent les immeubles et à ceux qui grèvent l'exercice de professions étrangères à leurs fonctions. Il y a là une corrélation digne de remarque entre les cas où l'exemption de la juridiction civile est suspendue et ceux où l'immunité d'impôts est supprimée. Mais cette analogie n'existe qu'en matière d'impôts directs.

*Impôts foncier et autres charges réelles sur les immeubles des ministres publics dans le pays où ils exercent leurs fonctions.*

Ces impôts frappent tous les biens, quelle que soit la qualité du propriétaire. Ainsi que l'écrit Ch. de Martens, on ne peut alléguer aucune bonne raison pour que l'hôtel d'une légation en soit affranchi.

Ce principe reçoit un tempérament important en pratique qui le supprime en fait : le fisc ne réclame, pour ainsi dire, jamais l'impôt foncier des ministres publics. Aussi l'opinion s'est-elle accréditée dans le monde diplomatique que c'est un droit pour les diplomates de ne pas le payer. C'est une grave erreur : les auteurs sont unanimes — chose rare en droit international — pour les y soumettre. L'exemption de fait n'est donc qu'un acte de courtoisie de la part des gouvernements.

Quant aux immeubles possédés par des agents diplomatiques en dehors de ceux affectés à leur demeure ou au service de leur mission, ils sont *a fortiori* soumis à l'impôt foncier (1).

Si un ministre exerce une industrie ou un commerce — nous savons que le cas, pour rare qu'il soit, peut cependant se présenter, — il sera astreint au paiement des impositions qui grèvent ce commerce ou cette industrie. Il en serait ainsi notamment pour *la patente*.

Mais il importe de déterminer le domaine d'application de ce principe : le ministre public, commerçant ou industriel, est soumis aux contributions qui frappent *directement et principalement* ce commerce et cette industrie. Quoique exerçant une de ces professions, il ne sera pas soumis aux impôts directs qui n'ont aucun rapport ou qui n'ont qu'un rapport très médiat et éloigné avec ses occupations lucratives accessoires. Cela ressort formellement de l'avis du Conseil d'État déjà mentionné, du 17 novembre 1843 (2). Le ministre, bien que faisant des actes de commerce, est

1. VINCENT ET PENAUD, *op. cit.*, V. agent diplomatique, *in fine*.

2. SIREY, 44, 2, 135.

exempt des contributions personnelle et mobilière et des portes et fenêtres.

L'art. 2 du traité franco-italien du 26 juillet 1862 fournit un argument de plus à l'appui de notre solution : il exempte formellement les consuls généraux, vice-consuls, agents consulaires, sujets de l'État qui les nomme, des contributions directes personnelles, mobilières ou somptuaires, imposées par l'État ou les communes, puis il ajoute cette restriction : *à moins qu'ils ne possèdent des biens immeubles, qu'ils ne fassent le commerce ou qu'ils n'exercent quelque industrie.*

Or, nous savons que l'on peut argumenter par *a fortiori* des immunités accordées aux consuls à celles qui doivent être attribuées aux agents diplomatiques proprement dits.

*Taxes municipales.* — D'après Neumann (1), il n'y aurait aucune raison pour dispenser les ministres publics du paiement de ces taxes (*Gemeindeumlagen*). Il paraît que l'Autriche leur avait accordé la dispense. Pourquoi leur donner gratuitement la propreté des rues, l'éclairage, etc..? On peut objecter que cette considération peut être invoquée contre l'exemption de toute espèce d'impôts : toute contribution est, en effet, destinée en principe à couvrir une dépense d'intérêt public, soit de l'État, soit d'une circonscription administrative qui en dépend, comme une commune, un district ou un département. En exempter quelqu'un, c'est, selon l'expression de Neumann, *lui donner gratuitement* l'utilité que doit procurer cette dépense, mais moyennant un impôt, aux autres contribuables.

1. *Grundriss*, § 63.

Mais on peut invoquer un autre argument en faveur de la soumission des agents diplomatiques aux taxes communales. Ces taxes se prélèvent généralement sous la forme *de centimes additionnels* au principal de l'impôt, et ont en général, de ce chef, le caractère de charges foncières.

Les agents diplomatiques seraient donc soumis à ceux de ces centimes additionnels qui ont le caractère foncier, l'impôt principal auquel ils sont ajoutés ayant lui-même ce caractère. Dans le cas inverse ils en seraient exempts.

### 2° Impôts indirects.

La règle générale est, on l'a vu, l'exemption pour les impôts directs : pour les impôts indirects c'est la règle inverse, du moins en France (1). La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens par un arrêt en date du 26 avril 1815 (2) : *les contributions indirectes sont des charges que les agents des puissances étrangères sont tenus de supporter.*

Ce principe comporte des exceptions, notamment en matière de droits de douane, de droits de mutation par décès, etc.

*Impôts de consommation.* — L'impôt est compris dans le prix de vente, le commerçant *le met sur sa facture* : il est matériellement impossible d'en exempter l'agent diplomatique. Il le paie donc nécessairement.

Est-ce à dire qu'il y sera toujours soumis en fait ?

1. Nous avons vu les raisons de cette différence.

2. DALLOZ, *Répertoire*, v. Enregistrement, n. 4158 en note.

Non. Sans vouloir supposer le cas de fraude et d'introduction volontaire de marchandises prohibées, la franchise des droits de douane dont il jouit sera cause que, souvent à son insu, il ne les paiera pas tous. Les droits de douane ne sont, en effet, qu'un mode de perception et une garantie du paiement des impôts indirects de consommation.

Le fait d'affranchir une personne des droits de douane et de la soumettre en principe aux impôts indirects peut amener de bizarres mais inévitables contradictions.

*Droits de mutation et d'enregistrement.*

*1<sup>o</sup> Droits de mutation par décès.*

Il faut, en France, faire une distinction fondamentale : s'il s'agit d'une succession ouverte, *en France, au profit d'un agent diplomatique étranger*, les droits de mutation sont dus, à moins qu'il n'existe, dans le pays auquel il appartient, une loi politique ou un traité dispensant les agents français du paiement des droits analogues qui peuvent y être établis. Cette solution est formellement admise par la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment dans les motifs de l'arrêt Labenzki, du 26 avril 1815, déjà cité (1), en ces termes :  
« Les contributions indirectes dans la classe desquelles  
« est rangée le droit d'enregistrement de *mutation par*  
« *succession*, sont des charges que les agents des puis-  
« sances étrangères sont tenus de supporter, que ces

1. DALLOZ, *Rép. loc. cit.*

« agents ne pourraient être, en effet, affranchis du  
« pâyement de ces contributions qu'autant qu'il exis-  
« terait, dans les pays étrangers, en faveur des agents  
du gouvernement français, une loi de réciprocité. »

Donc, dans cette première hypothèse, soumission aux droits de mutation, sauf réciprocité légale ou conventionnelle de dispense (1).

Si, en sens inverse, il s'agit de la succession d'un *agent diplomatique décédé*, les solutions diffèrent du tout au tout de celles admises lorsque c'est lui qui la recueille. Elles varient d'après la nature des biens.

La question fut soumise en 1811, au Ministre des Finances, en ces termes :

A quels droits peut donner ouverture la succession d'un ambassadeur décédé en France dans l'exercice de ses fonctions diplomatiques ? (2)

On était encore, à cette époque, sous l'empire des art. 726 et 912 du Code civil : si donc on l'avait résolue d'après le droit civil, il aurait fallu avant tout rechercher s'il existait une disposition de réciprocité légale avec le pays auquel appartenait le *de cuius*. Mais, comme le faisait très justement remarquer le ministre des finances, la question, lorsqu'il s'agissait du représentant d'une puissance étrangère, tenait moins au droit civil qu'au droit des gens. Ce point de vue était du reste celui qui avait prévalu sept ans plus tôt dans la discussion du projet du Code civil (*suprà*). Par conséquent, c'était le cas de faire application du décret de l'Assemblée constituante du 11 décembre

1. Toutefois ce principe n'est pas appliqué dans toute sa rigueur, et l'immunité est en général accordée aujourd'hui, quoiqu'il n'y ait pas de loi de réciprocité (LEHR).

2. *Journal de l'Enregistrement*, art. 4181.

1789, auquel aucune loi postérieure n'avait dérogé, décret interdisant formellement de porter atteinte aux immunités et privilèges des ambassadeurs. « Un de ces  
« privilèges est de vivre et mourir libres, d'être ré-  
« putés présents dans leur patrie, de pouvoir dispo-  
« ser de leurs biens par testament et par toute autre  
« voie ; de transmettre leurs meubles et effets mobi-  
« liers à leurs héritiers légitimes, quoique étrangers ;  
« quant aux immeubles, ils demeurent soumis au  
« droit d'aubaine, lorsqu'il y a lieu, le ministre res-  
« tant toujours sujet d'un prince étranger. »

La distinction entre les meubles ou effets mobiliers et les immeubles dérive de la représentation à laquelle sont tenus les ambassadeurs et des inconvénients qu'il y aurait à permettre des transmissions héréditaires d'immeubles en faveur d'Étrangers, lorsque le droit d'aubaine subsiste entre les deux peuples.

En faisant l'application de ces principes à la succession d'un ambassadeur étranger, il serait considéré comme étant décédé dans sa patrie : *ses meubles et effets mobiliers à son usage ne seraient dès lors assujettis ni à déclaration ni au paiement des droits de mutation.* Mais les héritiers auraient à déclarer : 1° les rentes et créances dues par des Français, et payables en France ; 2° les immeubles situés en France, si les traités entre l'empire français et la puissance que l'ambassadeur représente permettent aux sujets de cette puissance de recueillir les immeubles par succession.

Telles étaient les observations et solutions présentées par le Ministre des finances au Ministre des Relations extérieures. Le 9 juillet 1811 les deux Ministres déclarèrent de concert *que les meubles et effets mobiliers à l'u-*

*sage de l'ambassadeur décédé ne sont assujettis ni à la déclaration de succession, ni au paiement des droits, mais que les héritiers doivent déclarer les rentes et créances dues par des Français, et payables en France, ainsi que les immeubles situés en France (1).*

Donc dans cette hypothèse les meubles et effets mobiliers à l'usage de l'ambassadeur sont exempts de tout impôt de mutations; les immeubles et les meubles incorporels consistant en rentes ou créances sur des Français payables en France y sont soumis.

Cette décision est très importante et devait faire jurisprudence. Nous allons la rapprocher de solutions rendues dans des situations analogues, et tirer ensuite de leur comparaison une doctrine générale sur les droits reconnus au fisc relativement aux successions des agents diplomatiques.

De graves modifications avaient été apportées depuis cette décision aux droits des Étrangers en France : le principe de réciprocité en matière successorale et testamentaire, établi par les art. 726 et 912 du Code civil, avait été expressément abrogé par la loi du 14 juillet 1819.

Sous l'empire de cette loi, les meubles et effets, à l'usage des ambassadeurs étrangers morts en France

1. Il est rare que la loi s'attache à la *nationalité* du débiteur pour déterminer ses droits éventuels ou les impôts auxquels la créance peut donner lieu. Elle tient plutôt compte du *domicile* ou de la résidence des parties ou du lieu où l'obligation a été contractée. C'est ainsi que l'art. 14 C. civ. dispose que « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France, etc... » Cependant la solution administrative que nous analysons est formelle et ne parle pas du domicile du débiteur des rentes ou créances, elle ne s'attache qu'à la nationalité.

dans l'exercice de leurs fonctions, sont-ils dispensés du droit de mutation par décès ?

Les arrérages échus des rentes que ces ambassadeurs possédaient sur le grand-livre de la dette publique du Royaume sont-ils sujets aux doits ?

Telle était la double question soumise au Ministre des finances en 1822 dans les circonstances suivantes : un ambassadeur d'une puissance étrangère était mort à Paris dans l'exercice de ses fonctions, le 12 août 1821.

On éleva deux prétentions différentes, relativement aux droits de succession : d'une part, on soutenait que, depuis la loi du 14 juillet 1819, l'exemption de ces droits concernant les meubles et effets à l'usage d'un ambassadeur avaient cessé, et que ces meubles et effets devaient être déclarés comme les autres biens laissés par le défunt.

D'autre part, tout en invoquant le bénéfice de la décision du 9 juillet 1811, pour ce qui concernait les meubles et effets à l'usage des ambassadeurs, la légataire universelle de l'ambassadeur décédé à Paris, le 12 août 1821, voulait faire considérer comme dispensés du droit de succession les arrérages échus des rentes sur l'État dépendant de l'hérédité.

En faveur de la première prétention, on invoquait l'instruction générale par laquelle avait été transmise la loi de 1819.

Pour en saisir le sens, il est nécessaire de rappeler l'art. 1<sup>er</sup> de la loi :

« Les art. 726 et 912 du Code civil sont abrogés ; en  
« conséquence, les Étrangers auront droit de succé-  
« der, de disposer et de recevoir de la même manière

« que les Français, dans toute l'étendue du royaume. »

L'instruction générale faisait observer que, d'après cette disposition : « les mutations de biens situés en France, opérées au profit d'Étrangers, seront sujettes aux mêmes droits d'enregistrement que si elles avaient eu lieu en faveur de Français ».

Cette prétention fiscale fut repoussée dans l'espèce proposée : le motif de l'exemption établie par la décision du 9 juillet 1811 subsiste et l'exemption doit en conséquence être maintenue : « En effet, l'ambassadeur est censé par une fiction du droit public, être mort dans sa patrie, les meubles et effets de son usage, dont la mutation s'opère, sont hors de la domination des lois françaises, qui ne frappent que sur le sol et sur les personnes qui l'habitent. » La déclaration ne peut donc s'en faire dans aucun bureau. Par conséquent la loi et l'instruction générale ne font pas obstacle à l'application de la décision de 1811.

Quant à la réclamation de la légataire, demandant à ne pas comprendre dans sa déclaration les arrérages échus des rentes inscrites au grand-livre, au nom du défunt, elle fut rejetée : elle était fondée sur ce motif que dans l'espèce soumise à la décision du ministre des finances, en 1811, il s'agissait de créances et de rentes dues *par des Français* et payables en France. Les rentes sur l'État, quoique payables en France, n'étaient pas dues *par des Français*. Cette décision ne pouvait donc être invoquée, l'espèce n'étant pas la même. Mais la distinction ne fut pas admise entre les rentes inscrites au grand-livre et celles dues par des particuliers français; elle n'est point fondée : toute rente sur l'État étant réellement à la charge des Français.

Aussi le Ministre des Finances, après avoir consulté le Ministre des Affaires étrangères, maintint-il, le 27 mars 1821, la décision du 9 juillet 1811, et décida-t-il que la déclaration de la légataire devait porter sur les arrérages échus des rentes inscrites au nom du défunt, sur le grand-livre de la dette publique (1).

Sept ans plus tard, l'ambassadeur d'Espagne à Paris, le duc de San-Carlos, décédait. On demanda à sa veuve les droits de mutation par décès sur le vin et le mobilier personnel délaissé par le défunt. Réclamation de celle-ci contre cette prétention, « contraire, disait-elle, aux privilèges et franchises des ambassadeurs ».

Se fondant sur les décisions précitées de 1812 et de 1822, le Ministre des Finances, le 11 septembre 1829, fit droit à cette réclamation (2).

Cette distinction entre le mobilier inventorié et l'argent comptant, d'une part, et les créances et rentes, d'autre part, est encore très nettement consacrée par un jugement du tribunal de la Seine du 14 mai 1813, ordonnant la restitution des droits payés à raison des sommes perçues sur le premier, et déclarant régulière la perception faite pour les créances actives.

« Les ministres étrangers sont dans leur hôtel près  
« les cours qui les reçoivent, par une fiction de la loi,  
« comme s'ils étaient dans les États du gouvernement  
« qui les accrédite ; dès lors leurs personnes, leur  
« mobilier, et l'argent comptant étant dans leur hô-  
« tel, ne peuvent être soumis aux lois françaises ;  
« mais il n'en est pas de même des créances mobiliè-

1. *Journal de l'Enregistrement*, art. 7185.

2. *Eod.* art. 9395.

« res et recouvrements de billets de commerce qui  
« peuvent appartenir à ces ministres... » (1).

De la rapide analyse de ces décisions administratives et judiciaires, nous pouvons déduire une jurisprudence constante que nous résumons ainsi :

Les créances, rentes dues par des Français ou par l'État français, ayant appartenu à un ministre public défunt, doivent faire l'objet d'une déclaration de la part de ses héritiers ou légataires, et ceux-ci ne sont pas fondés à refuser de payer les droits de mutation sur ces biens.

Il en est de même des immeubles. (Décision du 9 juillet 1811.)

Quant aux meubles, effets mobiliers, argent comptant se trouvant dans l'hôtel du ministre décédé, ils sont exempts de droits en vertu de la fiction de l'exterritorialité appliquée ici dans toute sa rigueur.

Ces solutions sont admises, non seulement pour la succession des chefs de mission, mais elles ont été étendues formellement aux secrétaires par une décision du Ministre des Finances, en date du 17 février 1858, dont nous extrayons le passage suivant :

« Le privilège de la loi protège aussi bien le secrétaire de légation que le chef de mission ; les ambassades et légations étrangères n'occupent pas toutes, en effet, des hôtels assez vastes pour contenir leur nombreux personnel ; de là résulte la nécessité, pour le plus grand nombre des secrétaires, de se loger hors des hôtels. Or, le privilège diplomatique les suit naturellement là où ils résident,

1. Eod. art. 4858. et DALLOZ, *Répertoire*, v<sup>o</sup> Agent diplomatique, n<sup>o</sup> 4158. En note.

« parce que leurs demeures *ne sont en réalité que des annexes de l'ambassade.* »

Que dire des valeurs étrangères dépendant de la succession d'un Ministre public ? Seront-elles assujetties aux droits de mutation par décès ?

« Sont assujettis aux droits de mutation par décès », dit l'article 4 de la loi du 23 août 1871, « les fonds publics, actions, obligations, parts d'intérêt, créances et généralement *toutes les valeurs mobilières étrangères, de quelque nature qu'elles soient, dépendant de la succession d'un Étranger domicilié en France avec ou sans autorisation.* »

Nous ne pensons pas que cette disposition puisse s'appliquer dans notre hypothèse pour les deux raisons qui suivent, dont la dernière au moins nous paraît très forte.

D'une part, les décisions qui précèdent ne soumettent les ambassadeurs aux droits que pour les créances et rentes dues *par des Français* ou par l'État français ; de l'autre, en vertu de la fiction de l'exterritorialité ; telle qu'elle est entendue par la jurisprudence (1), l'agent diplomatique peut-il être considéré, au moment de sa mort, *comme domicilié en France* ? Ou même sans vouloir invoquer inutilement cette fiction, ne peut-il pas être considéré comme restant domicilié de droit dans sa patrie, tout en ayant un domicile de fait ou plutôt une résidence en France ? Le domicile réel, véritable, celui où il a le centre de ses affections ne reste-t-il pas celui de son pays d'origine ? (2). Aussi, nous prononçons-nous dans cette hypothèse pour l'exemption.

1. Voir *infra* § 7.

2. L'agent diplomatique conserve son domicile à l'étranger et sa suc-

## 2° Enregistrement

Les droits d'enregistrement sont perçus à l'occasion de certains actes ou de certaines transmissions. Relativement à ces actes ou transmissions, le droit d'enregistrement est tantôt *obligatoire*, c'est-à-dire qu'il doit intervenir dans un délai déterminé, tantôt *facultatif*, aucun délai n'étant fixé pour l'accomplissement de cette formalité. Les solutions varieront suivant que nous serons dans l'une ou l'autre hypothèse.

*Enregistrement obligatoire.*

Les baux, sous-baux, cessions, subrogations de biens immeubles, faits sous seing privé, doivent être enregistrés dans un délai qui varie entre trois mois et deux ans. Si ces baux sont authentiques, ils sont soumis aux règles générales concernant les actes publics (1). L'administration a décidé, le 12 février 1872, que le droit est dû sur le bail écrit ou verbal consenti à un gouvernement étranger pour le compte de son agent diplomatique ou à cet agent lui-même. Cette décision rapportait l'arrêt de la Cour de cassation du 26 avril 1815 déjà cité, d'après lequel les contri-

cession s'ouvre au lieu de son domicile. Bruxelles, 4 frimaire an X. SIREY, *Collection nouvelle*, 1, 2, 40.

En ce sens, Paris, 22 juillet 1815 « attendu, au fond, que la succession d'un agent diplomatique décédé en France pendant le cours de sa mission est toujours ouverte dans le lieu de son véritable domicile *qu'il n'a pas perdu.* » « Attendu que les tribunaux français ne peuvent s'immiscer en aucune manière dans les opérations d'une succession ouverte en pays étranger, ni dans l'exécution d'un testament fait en France, par un Étranger... » DALLOZ, *Alph.*, V° Agent diplomatique, n° 82, voir l'espèce.

1. Lois du 22 frim. an VII, art. 22 et 38 et 28 août 1871. V. chap. X.

butions indirectes, dans la classe desquelles est rangé le droit d'enregistrement, sont des charges que les agents des puissances étrangères doivent supporter.

Mais le ministre des finances, cédant à des considérations d'ordre supérieur, atténua dans une large mesure cette solution, et décida le 13 février 1873, qu'il ne serait pas insisté sur le paiement des « droits des baux des hôtels occupés par les ambassades et les légations étrangères. »

Aux termes d'une décision du 15 avril 1873, l'exemption peut être invoquée par les secrétaires d'ambassade pour leur habitation particulière.

Les droits perçus par l'enregistrement sur les transmissions de propriété immobilière sont beaucoup plus considérables que ceux perçus sur les baux. Aussi serait-il possible que l'administration, qui fait remise des droits dus sur les derniers, les exigeât sur les mutations de propriété, à raison de leur importance. Théoriquement, et en faisant abstraction de leur quotité différente, nous ne voyons pas pourquoi la Régie traiterait plus mal les acquisitions d'immeubles faites pour une ambassade, que la location des lieux qu'elle doit occuper.

Il est bien entendu que les droits ne sont pas exigibles lorsqu'il existe un traité ou une convention internationale stipulant l'exemption par réciprocité (1).

L'impôt, soit à raison des ventes, soit à raison des baux, serait certainement exigible s'il s'agissait d'immeubles situés hors de la résidence des agents diplomatiques.

*Enregistrement facultatif.*

L'agent diplomatique se soumet implicitement au

1. V. Traité franco-italien du 26 juillet 1862, art. 2.

paiement du droit d'enregistrement lorsqu'il a recours à un officier ministériel pour la passation d'un acte dont l'enregistrement n'est pas, en principe, obligatoire dans un certain délai : par exemple, un acte de société, une vente de meubles sous-seing privé. Les droits d'enregistrement sont, en effet, la conséquence de la forme de l'acte public, lequel doit nécessairement être enregistré.

Si l'agent accepte la juridiction française, ou s'il se trouve dans un des cas exceptionnels où elle est compétente, il est soumis aux droits de timbre et d'enregistrement auxquels donnent lieu la procédure et le jugement qui sera rendu.

Il est utile de remarquer, en terminant, que l'enregistrement n'est pas uniquement une mesure fiscale, destinée à faire entrer plus ou moins d'argent dans les caisses du trésor public, mais que cette formalité peut présenter un très grand avantage pour celui qui y a recours. C'est notamment le moyen le plus pratique de donner *date certaine* à un acte (art. 1328, code civil). Il est donc possible que l'agent diplomatique demande, de ce chef, à être soumis à ce droit, même dans le cas où il pourrait se dispenser de le payer.

*Droit d'octroi.* — Il semble, à première vue, que les octrois doivent être placés sur la même ligne que les douanes. Il y a, en effet, une grande analogie dans les modes de perception; aussi les a-t-on quelquefois qualifiés de *douanes intérieures*. Il n'en est cependant pas ainsi, du moins en France. En vertu du décret du 28 janvier 1790, reproduit par une ordonnance du 9 décembre 1814, art. 105 : « nulle personne, quelles que  
« soient ses fonctions, ses dignités ou son emploi, ne

pourra prétendre, sous aucun prétexte, à la franchise des droits d'octroi. »

Rien de plus formel, les agents diplomatiques sont donc soumis aux droits d'octroi par une disposition législative.

Enfin, ils sont encore soumis à ce que Pradier-Fodéré (1) appelle « les impôts qui ont le caractère d'une « rémunération due, soit à l'État, soit à des particuliers ou à des municipalités, pour dépenses faites en « vue d'objets ou d'établissements d'intérêt individuel « à l'usage desquels les ministres participent ». On peut faire rentrer sous cette rubrique les droits de péages à l'entrée des ponts ou des routes, les droits pour l'entretien des fanaux, balises (2), les ports de lettres etc..., taxes télégraphiques, taxes sur les billets de chemins de fer (3).

*Timbre.* — Aux termes d'une décision du ministre des finances, en date du 1<sup>er</sup> octobre 1874 (4), les agents diplomatiques sont soumis, en principe, au timbre pour les quittances, reçus et décharges (5). Mais cette règle générale cesse d'être applicable lorsqu'il s'agit de reçus de sommes perçues pour le compte d'un gouvernement étranger, comme le sont les droits de chancellerie. Ces reçus n'ont, au point de vue fiscal, que le caractère de pièces d'ordre intérieur pour lesquelles aucune protection n'est demandée aux lois

1. *Cours*, t. II, p. 63.

2. Marques placées aux endroits dangereux, pour avertir les navigateurs.

3. Aux termes de la loi du 23 août 1871, le timbre de quittance est exigé par les billets dont le prix dépasse 10 francs. Les ministres publics sont soumis à cet impôt.

4. DALLOZ, 74, 5, 498.

5. Loi du 23 août 1871.

françaises, et qui ne sauraient, dès lors, être atteintes par l'impôt du timbre *qu'autant qu'il en serait fait usage en France dans un acte public ou devant un tribunal.*

Ici encore une erreur a cours dans les ambassades et légations établies en France : *sur toute espèce de quittances, reçus ou décharges, elles se dispensent d'apposer le timbre.* A ce point de vue, il est utile de rappeler cette décision ministérielle. Même lorsqu'il s'agirait du paiement d'une légalisation, d'un acte d'immatriculation, d'un certificat de coutume, d'un passeport ou autre pièce de chancellerie, la dispense n'existe pas d'une manière absolue : s'il y a lieu de produire la pièce en justice, elle cesse.

*Papier timbré.*

Par application de la fiction en vertu de laquelle l'hôtel d'un ministre public est réputé situé dans une certaine mesure en terre étrangère, du moins d'après la jurisprudence française, les actes qui y sont reçus ou dressés sont assimilés à des actes passés en pays étranger et peuvent être rédigés sur papier libre.

Toutefois, même en admettant dans toute sa rigueur — contrairement à notre manière de voir — la fiction de l'exterritorialité, la dispense de l'usage du papier timbré dans ce cas reçoit une importante atténuation, en vertu de l'article 13 de la loi du 13 brumaire an VII sur le timbre, ainsi conçu : « Tout acte  
« fait ou passé en *pays étranger*..... sera soumis au  
« timbre avant qu'il puisse en être fait aucun usage en  
« France, soit dans un acte public, soit dans une dé-  
« claration quelconque, soit devant une autorité judi-  
« ciaire ou administrative. »

Si donc on entend faire usage de l'acte en France, il devra être astreint au timbre.

Aussi, l'administration a-t-elle décidé, par une solution en date du 28 juillet 1878, qu'un agent diplomatique étranger, établi en France, pouvait, sans contravention, délivrer sur papier libre des traductions d'actes de l'état civil passés à l'étranger, alors même que ces traductions seraient destinées à être produites en France. Ce sont, dit-elle, des actes passés à l'étranger.

Par conséquent, par application de l'art. 13 de la loi du 13 brumaire an VII, les intéressés ne peuvent faire usage de ces expéditions si elles n'ont été préalablement soumises à la formalité du timbre (1).

*Critique de l'exemption d'impôts.* — Les auteurs modernes sont d'accord pour reconnaître que cette immunité pourrait être restreinte ou supprimée sans porter atteinte au caractère particulier des ministres publics.

D'ailleurs, le fait qu'ils paient la plupart des impôts indirects prouve que l'exemption n'est pas un principe absolu (2). Mais nous avons essayé de démontrer que le recouvrement des impôts et contributions ne pourrait être poursuivi contre eux par les voies légales. La formule que nous avons citée de M. de Bar (3) paraît établir une distinction très logique que nous proposons volontiers d'adopter : l'agent diplomatique serait soustrait aux impôts dont le paiement implique un lien de sujétion, de dépendance vis-à-vis du souverain. Il serait soumis aux autres.

Nous rappelons ici l'argument principal invoqué

1. *Journal de l'Enregistrement*, art. 20, 853.

2. En payant ces droits, dit Laurent, *op. cit.*, p. 139, il n'en sera pas moins en état de remplir ses fonctions; ... il n'en résulte aucune atteinte pour son indépendance personnelle.

3. *Op. cit.*, t. II, n° 522.

contre l'exemption : l'impôt est une charge que réclame l'État pour la protection qu'il accorde aux habitants du territoire. Tout habitant profite de cette protection, qu'il soit national ou étranger et doit en payer le *prix de revient*. L'argument a une certaine valeur. Mais il n'est pas irréfutable ; les prémisses n'en sont vraies qu'en partie : l'impôt représente non seulement la protection de l'État, en entendant cette expression dans son sens le plus large, mais son paiement est destiné à faire face à des dépenses qui n'intéressent que les nationaux : par exemple, l'amortissement des dettes contractées à la suite d'une guerre désastreuse, ou plus simplement le paiement d'une contribution de guerre.

L'impossibilité d'établir la proportion de l'impôt total payé par chaque particulier, qui doit couvrir ces dépenses spéciales, fournirait une réponse facile à opposer aux adversaires de l'exemption.

Toutefois, l'immunité d'impôts est une de celles qui pourraient succomber sans léser d'une manière appréciable les droits nécessaires aux personnes chargées de missions diplomatiques. Nous nous trouvons certainement en présence d'une prérogative accordée par courtoisie.

Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir chaque nation suivre des usages différents en cette matière.

De grandes divergences existent aussi entre les auteurs. Merlin laisse chaque souverain maître, à cet égard, de régler les choses comme il l'entend (1). D'après Fœlix, cette immunité n'existe plus en fait (2).

1. MERLIN, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Ministre public, sect. V, n<sup>o</sup> 11.

2. FœLIX, *Droit international privé*, t. I, p. 418, n. 211, 4<sup>e</sup> édition.

Tout ceci ne s'applique, on l'a vu, qu'aux impôts directs et aux impôts sur le capital et sur le revenu. Quant aux impôts indirects, leur mode de perception, leur caractère impersonnel ne permettraient pas d'en affranchir spécialement toute une catégorie d'individus. Cependant nous pensons que les visites douanières à la frontière devraient être épargnées aux agents diplomatiques qui entrent dans le pays où ils vont remplir leur mission. On devrait en faire une règle de droit international.

#### SECTION V. — CULTE.

La liberté de la célébration du culte, accordée aux agents diplomatiques, ne présente plus guère aujourd'hui qu'un intérêt historique : elle est, en effet, reconnue partout, même aux simples particuliers : les questions religieuses ne jouent plus qu'un rôle secondaire dans les préoccupations des États, et notre génération a quelque peine à se représenter les discussions théologiques passionnées du Bas-Empire ou de la Réforme. Quel serait aujourd'hui le gouvernement qui prendrait sur lui, en Europe, de se préoccuper de la religion que professe tel ou tel ambassadeur ?

Mais il ne s'agit pas ici uniquement de la liberté de la célébration du culte, il s'agit en outre de l'ouverture d'une chapelle, d'un lieu consacré à l'exercice d'un culte public. Ces questions relèvent des lois de police, et ce n'est qu'en vertu d'une autorisation spéciale, d'un privilège, que le ministre public peut s'affranchir des prohibitions de la loi locale en cette matière.

Ainsi la déclaration de M. Pasquale Fiore (1), qu'il n'y a pas lieu de s'occuper de cette immunité parce que « c'est un droit de l'homme et non un privilège du diplomate », n'est-elle exacte qu'en ce qui concerne le culte proprement dit, mais non l'édification d'un lieu consacré au culte.

Mais cet état de choses est récent : le droit civil du Bas-Empire et les canons des conciles se montrèrent dès le début absolument hostiles à la célébration du culte en dehors des églises consacrées.

C'est ce que prouvent péremptoirement les textes suivants tirés du Code de Justinien, des nouvelles et des canons des conciles : *Cuncti heretici procul dubio noverint omnia sibi loca adimenda esse : sive sub ecclesiarum nomine teneantur, sive diaconica appellentur, vel etiam decanica ; sive IN PRIVATIS ÆDIBUS, vel locis hujus modi cætibus copiam præbere videantur his ædibus, vel locis privatis, ecclesie catholicæ vindicandis.* (L. 3. Code Liv. V. Titre IV),

*Conventicula illicita etiam IN PRIVATIS ÆDIBUS, celebrari prohibemus, proscriptionis domus pericula imminente, si dominus ejus in ea clericos nova ac tumultuosa conventicula extra ecclesiam celebrantes suscepit.* (L. 15, Code. Lib. I. T. II).

Voir aussi la l. 15 titre *de episcopis et clericis* au Code et la nouvelle XVIII.

Des dispositions analogues se retrouvent dans les canons des synodes et des conciles :

Si quelqu'un enseigne qu'il faut mépriser la maison de Dieu, de même que les réunions qui s'y trouvent, qu'il soit anathème (Εἴ τις διδάσκει τον οἶκον τοῦ θεοῦ εὐκαταφρόνητον εἶναι, και τὰς ἐν αὐτῷ συναζείς ἀναθεμα ἔστω),

1. Tome II, p. 600.

Si quelqu'un ne voulant pas aller à l'église, tient une église (réunion privée), et, méprisant l'église, veut faire *ce que seule elle a le droit de faire*, sans qu'un prêtre délégué par l'évêque assiste à la réunion, qu'il soit anathème (Εἴ τις παρὰ τὴν ἐκκλησιαν ἰδιὰ ἐκκλησιάζοι, καὶ καταφρονῶν τῆς ἐκκλησίας, τὰ τῆς ἐκκλησίας ἐξελοὶ πράττειν, μὴ συνόντος τοῦ πρεσβυτέρου κατὰ γνώμην τοῦ ἐπισκόπου ἀνάθεμα ἔστω) : Synode de Gangres, canons V et VI (1).

Des dispositions analogues se trouvent dans les canons du concile de Laodicée.

Ces prohibitions du Droit du Code et du Droit canonique frappant même la célébration domestique du culte orthodoxe s'appliquaient *a fortiori* au culte des hérétiques.

Les dispositions du Code jouissaient d'une autorité plus ou moins contestable pendant le moyen âge ; quant aux canons des Conciles, ils eurent longtemps force de loi, du moins dans les pays où fonctionnaient les juridictions ecclésiastiques.

Nous nous trouvons donc en face de textes de droit positif, interdisant l'exercice du culte dans les réunions privées. La liberté de la célébration accordée aux ministres publics dans leur demeure avait donc une portée réelle dans les États où les canons des Conciles étaient reconnus, et c'était la majorité jusqu'à la Réforme.

Même après cette époque, de nombreuses et violentes persécutions eurent lieu dans presque tous les États contre les hommes ne professant pas la religion reconnue, soit pour maintenir la pureté de la foi chrétienne, soit sous l'influence de considérations et d'intérêts po-

1. HEFFELÉ, *Conciles*.

litiques. Donc, encore à l'époque moderne, l'immunité relative à la célébration du culte n'était pas une formule creuse et sans portée pratique. Sans elle les relations diplomatiques entre États de religions ou de confessions différentes eussent été rendues impossibles (1).

C'est ainsi que, la célébration de la messe étant interdite en Angleterre sous Henri VIII, il fallait bien autoriser l'ambassadeur de France à prendre part à cette cérémonie, s'il le désirait, dans son hôtel, puisqu'il ne pouvait pas le faire ailleurs, les églises catholiques étant fermées dans tout le Royaume-Uni.

Ce sont les traités de Westphalie qui, en mettant fin aux abominations de la guerre de Trente ans, marquent le point de départ de l'ère de la tolérance (2).

1. La différence de religion entre deux États a-t-elle été un obstacle au droit de légation, abstraction faite de la confession des envoyés eux-mêmes ? Il est probable que l'Église, laissée à ses propres inspirations, aurait rigoureusement prohibé les relations entre les États orthodoxes et les États hérétiques, et à plus forte raison, avec les gouvernements non chrétiens. Mais, de tout temps, les nécessités pratiques l'emportèrent sur l'intolérance cléricale et le fanatisme. Dès le commencement de la Réforme, on voit les princes protestants entretenir des relations avec les États catholiques. Gentil se demande, dans le chapitre XI de son ouvrage, *De jure Belli* s'il est permis d'entretenir des relations diplomatiques avec les Turcs. Il répond affirmativement. La religion, dit-il, est affaire entre Dieu et les hommes, non entre les hommes, et, par conséquent le droit d'ambassade demeure, malgré tous les différends religieux *Ergo in quocumque religionis discrimine manent jura legationum.*

Il examine aussi, au même chapitre, si les excommuniés ont le droit de légation (les Vénitiens avaient été excommuniés par Jules II). Il se prononce également pour l'affirmative. Voir Nys. *Notes pour servir à l'histoire dogmatique*, etc. p. 57.

2. Voici la disposition capitale des traités de Westphalie, relative à la tolérance religieuse : « Il a été en outre trouvé bon, que ceux de la « confession d'Augsbourg, qui sont sujets des catholiques, et les ca-

C'est donc à partir du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle que le droit au libre exercice du culte accordé aux ministres publics tend à devenir une application du droit commun.

Cependant Louis XIV, en ramenant la France d'un siècle en arrière, par la Révocation de l'Édit de Nantes, en 1685, rendait son ancienne utilité à ce privilège, à l'égard d'États protestants. Cette utilité ne devait disparaître qu'en 1787.

Même dans le XIX<sup>e</sup> siècle, cette prérogative est loin d'avoir toujours été uniquement théorique : c'est ainsi

« tholiques sujets des États de la confession d'Augsbourg, qui n'avaient  
 « en l'an 1624 en aucun temps de l'année l'exercice public ou privé de  
 « religion, et, qui après la paix publiée professeront et embrasseront  
 « une religion différente de celle du Seigneur territorial, seront en con-  
 « séquence de ladite paix patiemment soufferts et tolérés, sans qu'on  
 « les empêche de vacquer à leur dévotion dans leurs maisons et en  
 « leur particulier en toute liberté de conscience, et sans inquisition ou  
 « trouble, ou même d'assister dans leur voisinage, toutes les fois qu'ils  
 « voudront, à l'exercice *public* de leur religion, ou d'envoyer leurs en-  
 « fants à des écoles étrangères de leur religion, ou de les faire ins-  
 « truire dans la maison par des précepteurs particuliers, à la charge  
 « toutefois que tels vassaux et sujets feront en toutes autres choses  
 « leur devoir et se tiendront dans l'obéissance et la sujétion due, ne  
 « donnant occasion à aucun trouble ny remuement. Pareillement, les su-  
 « jets, soit qu'ils soient de la confession d'Augsbourg, ne seront en aucun  
 « lieu méprisés à cause de leur religion ; ni ne seront exclus de la  
 « communauté des marchands, . . . non plus que privés des succes-  
 « sions, legs, hôpitaux . . . et autres droits ou commerce . . . en sorte  
 « qu'en ces choses et autres semblables, ils soient traités de même que  
 « les concitoyens, et sœurs d'une justice et protection égale. » (Traité  
 de paix entre l'Empire et la Suède conclu à Osnabrück le 24 octobre  
 1648, art. 5, § 11). « Dans les Assemblées ordinaires des députés de  
 « l'Empire, le nombre des chefs de l'une ou de l'autre religion sera  
 « égal . . . » (Eod., § 18). Ces décisions furent étendues aux réformés,  
 soit calvinistes, par l'article 7 du traité. « Mais, à l'exception de ces  
 trois confessions (catholique, confession d'Augsbourg et confession  
 calviniste), il n'en sera reçu ni toléré aucune autre dans le Saint-Em-  
 pire romain. (Eod.) LÉONARD. *Recueil des traités de paix, de trêve, etc.,*  
*faits par le roi de France avec tous les potentats d'Europe*, t. II.

que, sous le Gouvernement temporel des papes, c'est-à-dire jusqu'en 1870, le droit de célébrer le culte protestant dans sa chapelle à Rome, accordé à l'ambassadeur de Prusse près le Saint-Siège, recevait la restriction suivante : il lui était interdit de recevoir des Romains pour suivre le service dans cette chapelle.

Une autre fois, le gouvernement pontifical, ayant appris que l'aumônier attaché à la légation prussienne faisait des sermons en italien, lui défendit à l'avenir l'usage de cette langue, en chaire, sous peine de fermeture de la chapelle.

De pareilles prétentions nous semblent être une violation absolue du Droit des gens. Nous ne savons quelle fut l'attitude du Gouvernement prussien. Il est en tout cas probable que l'Empire allemand actuel ne supporterait pas d'aussi mesquines tracasseries cléricales.

Le traité de Westphalie distinguait l'exercice *public* du culte, l'exercice privé ou *semi-public* ; c'était celui que l'Édit de tolérance que Joseph II accordait aux non-catholiques, et l'exercice *tout domestique* pour la famille du Ministre et pour suite.

L'exercice public pourrait être restreint : c'est ainsi que les législations d'un grand nombre de pays interdisent les processions à travers les rues. Nous ne pensons pas que le fait qu'une procession ou toute autre manifestation extérieure, prohibée d'une manière générale, serait partie de la chapelle attenante à une ambassade suffirait à faire suspendre l'effet de la prohibition (1). D'après Martens (2), on pourrait

1. En ce sens, WHEATON, *op. cit.*, I, 223.

2. *Guide*, p. 115.

rait interdire au ministre de faire usage d'une cloche ou d'un orgue. Cette dernière assertion nous paraît au moins discutable.

L'ordre public peut, en effet, être gravement troublé en pareil cas, si, par exemple une partie de la population nourrit des sentiments antiréligieux et risque de se porter à des voies de fait contre la procession, un conflit diplomatique pourrait en naître. D'un autre côté, l'homme le plus dévot peut être contraint de se livrer à des actes de piété d'une nature plus intime et sans que ses convictions reçoivent aucune atteinte de ce chef.

*Exercice privé ou semi-public (1).* — C'est à l'époque de la Réforme que fut accordé aux diplomates le droit d'exercer sous cette forme le culte dans leur hôtel. Mais l'ancien droit public européen restreignait ce droit au cas où il n'y avait pas d'autre service public de la même religion dans le lieu de la résidence du ministre ; par exemple, s'il n'y avait pas un autre ministre de la même religion dont il pouvait suivre le culte.

C'est ainsi qu'après l'Édit de tolérance reconnaissant aux protestants l'exercice de leur culte à Vienne, Joseph II demanda la cessation du culte dans les chapelles des Ministres des États de la confédération germanique (2).

Ceci nous amène à la question du droit d'établir une chapelle attenante à l'ambassade, lorsque le ministre professe une religion différente de celle du souverain auprès duquel il est accrédité.

1. Le signe qui distingue le culte domestique du culte semi-public, c'est l'intervention d'un ecclésiastique particulier pour l'administration des sacrements. MARTENS, *Précis*, chap. VI.

2. MARTENS, *Guide*, 113.

Il existe sur ce point des conventions internationales : les puissances chrétiennes ont stipulé pour leurs ministres et même pour leurs consuls le droit de bâtir et d'entretenir une chapelle.

Relativement à l'église grecque, le traité de Kainardgi, en 1774, s'exprime ainsi :

« La Porte promet de protéger la religion chrétienne  
« dans ses églises ; il sera libre aux ministres de Rus-  
« sie de faire des représentations en faveur de la nou-  
« velle église dont il est parlé dans l'art. 14.

Art. 14. — « Il est permis à la cour de Russie, outre  
« la chapelle bâtie dans la maison du ministre, de faire  
« construire dans un quartier de Galata, dans la rue  
« nommé Bey-Oglou, une église publique du rite grec,  
« qui sera toujours sous la protection du ministre  
« russe, et à l'abri de toute avanie. »

Il existe des traités analogues entre la France et la Hollande, entre la France et la Suède, entre le Danemark et l'Autriche, etc. Dans la règle, cette immunité, en tant qu'elle est exorbitante du droit commun, doit cesser quand le ministre quitte son poste.

Mais elle est maintenue s'il ne fait qu'une absence temporaire (1).

*Exercice tout domestique du culte* (c'est-à-dire sans manifestation extérieure et sans l'intervention d'un ecclésiastique).

A notre sens, il y a là une application de l'inviolabilité de la demeure de l'agent diplomatique plutôt qu'une question dépendant de la liberté du culte. Elle ne donne lieu à aucune discussion, même théorique.

1. MARTENS, *Guide*, 116.

Il est bien entendu qu'un ministre étranger ne pourrait pas être contraint de se conformer à l'exercice de certaines prescriptions religieuses imposées aux nationaux. Cette hypothèse ne peut guère se présenter aujourd'hui en Europe.

On peut cependant citer des cas historiques relativement récents. En 1652, l'empereur Ferdinand III avait ordonné à tous les Autrichiens de s'agenouiller sur le passage du Saint-Sacrement ; la désobéissance devait être punie de peines corporelles.

En 1730, la femme de l'ambassadeur prussien, qui se crut autorisée à ne pas tenir compte de cette injonction, vu sa foi religieuse et les privilèges diplomatiques faillit payer cher son acte d'indépendance.

Elle était dans son carrosse avec sa fille, lorsqu'un prêtre portant le viatique à un malade se trouva sur leur chemin. Elle fit arrêter sa voiture, mais n'en descendit pas. Ce témoignage incomplet de déférence choqua et irrita la multitude. Elle força les dames à quitter leur véhicule et à s'agenouiller sur la voie publique. Madame Braud résistait, criait tout haut qu'elle était la femme de l'ambassadeur prussien, qu'on violait à son égard le droit des gens. La foule s'animait de plus en plus et aurait fini par la maltraiter si des ecclésiastiques n'avaient eu le bon sens d'intervenir.

La cour de Berlin se plaignit, comme elle devait le faire, on arrêta quelques-uns des fanatiques, et Guillaume I<sup>er</sup> se contenta pour toute réparation de l'aveu de leur faute et du pardon qu'ils en sollicitèrent, humblement agenouillés devant son ambassadeur. Cet incident soulève plutôt des questions d'inviolabilité que

de liberté du culte. L'une touche à l'autre, d'ailleurs.

Cependant, des ambassadeurs se sont vus parfois, de par leurs fonctions, moralement contraints de se soumettre à des pratiques religieuses plus longues et plus nombreuses qu'ils ne l'auraient voulu. Le fragment suivant d'une lettre adressée par le duc de Richelieu, ambassadeur à Vienne, en 1726, au cardinal de Polignac, montre jusqu'où pouvait aller cette contrainte morale, et témoigne en même temps de la mauvaise humeur que ces dévotions exaltées et obligatoires faisaient éprouver à ce diplomate :

« J'ai mené ici une vie pieuse pendant le carême  
 « qui ne m'a pas laissé libre un quart d'heure par  
 « jour, et j'avoue que si j'avais connu l'existence que  
 « mène ici un ambassadeur, rien dans la nature ne  
 « m'aurait déterminé à accepter cette place, où, sous  
 « prétexte d'invitations et de représentations aux cha-  
 « pelles, l'Empereur se fait suivre par les ambassa-  
 « deurs comme par ses valets de chambre. Il n'y a  
 « qu'un capucin, avec la santé la plus robuste, qui  
 « puisse résister à cette vie pendant le carême. Pour  
 « en donner une idée à votre Éminence, j'ai été, de  
 « compte fait, depuis le dimanche des Rameaux jus-  
 « qu'au mercredi d'après Pâques, *cent heures* à l'église  
 « avec l'Empereur. M. le comte de Luc, qui avait été  
 « dix-huit mois ici... nous avait laissé ignorer ce tré-  
 « sor de dévotion, que je viens de découvrir à mes  
 « dépens ; j'avoue que je pense que la dévotion veut  
 « un peu plus de liberté, et que cette contrainte inouïe  
 « que l'on éprouve ici, et qui n'est dans aucune cour  
 « du monde, est pour moi quelque chose d'insoutena-

« ble et dont je ne puis m'empêcher de marquer ma  
« mauvaise humeur à Votre Éminence » (1).

#### SECTION VI. — AUTRES IMMUNITÉS.

M. Neumann (2) critique Geffcken de n'avoir pas mentionné, dans l'énumération des immunités, celle de réclamer une audience du souverain. Cependant, elle ne nous paraît pas avoir une grande importance dans les États jouissant d'un gouvernement représentatif ou parlementaire. Nous ne pensons pas non plus qu'elle existe avec l'étendue que M. Neumann lui attribue : « Le droit de réclamer à *toute heure* une audience », nous paraît excessif.

Cette prérogative n'offre guère d'intérêt juridique.

Citons, pour être complet, les privilèges se rattachant au *cérémonial* ; entrée solennelle, droit de couper les files et de faire stationner les équipages, etc.

En France, le droit de couper les files est reconnu aux agents diplomatiques, quel que soit leur rang.

#### SECTION VII. — DE L'EXTÉRRITORIALITÉ COMME THÉORIE JURIDIQUE. DE QUELQUES CONSÉQUENCES DE LA FICTION.

La plupart des auteurs expliquent la situation de l'agent diplomatique et l'ensemble de ses immunités par la fiction de l'*exterritorialité* (3). On l'a appliquée

1. HORMAYER, *Taschenbuch für vaterlaendische Geschichte*.

2. *Op. cit.*, § 61, *in fine*.

3. Les souverains et les chefs d'États bénéficient aussi de l'exterritorialité. Bluntschli, nous l'avons dit, forme des souverains et des mi

soit à sa personne, soit à son hôtel. Cette expression est des plus critiquables, avons-nous dit. Elle est tantôt insuffisante pour expliquer certaines des prérogatives que nous avons étudiées, tantôt même inexacte. *Insuffisante* : en effet, pour ce qui concerne la personne de l'agent, le fait de la considérer comme étant hors des terres, « exterritorialisée » ne suffirait pas pour la soustraire à la juridiction civile française (1) ; car, aux termes de l'article 14 du Code civil, l'Étranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français. *Inexacte* : quant à l'hôtel, la fiction l'est absolument ; en effet, les droits réels, hypothèques, servitudes, les formalités à remplir pour rendre une aliénation opposable aux tiers, etc., sont régis par la loi locale, et, en matière réelle immobilière, les contestations seront jugées par le tribunal de la situation des biens (2). De plus, l'hôtel de l'ambassade ne peut servir de lieu d'asile, en ce sens qu'il n'y aurait pas à recourir aux formalités de l'extradition pour obtenir la remise d'un malfaiteur qui s'y serait réfugié (3). Quoique la question fasse encore doute pour quelques-uns, elle est tranchée en France : cela résulte du décret de

nistres une catégorie de personnes du droit international public sous le nom de *personnes exterritoriales*.

1. Voir en ce sens VINCENT et PÉNAUD, *loc. cit.*, surtout LAURENT, *op. cit.*, t. III, p. 145, et s. CROUZET, *thèse*, p. 68 et s. DEMANGEAT, *Journ. Dr. intern. privé*, 1875, p. 92.

2. Voir art. 3, *Code civil franç.*, et art. 25 Code de procédure civile allemand.

3. Voir *infra*, l'arrêt de rejet de la Cour de cassation. SIREY, 66, I, 33.

1789, déjà mentionné, supprimant les lieux privilégiés, et de l'article 98 du Code d'instruction criminelle, portant que « les mandats de comparution, de dépôt et d'arrêt sont exécutoires dans toute l'étendue du pays ». La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens à l'occasion d'un crime commis dans l'hôtel d'une ambassade à Paris.

Un nommé Nikitschenkoff avait été condamné aux travaux forcés à perpétuité pour tentative d'assassinat commise sur un Russe dans l'hôtel de l'ambassade de Russie. Il excipa « du principe d'inviolabilité qui suit tout ambassadeur en pays étranger et de cette fiction légale qui, pour lui garantir cette inviolabilité, fait de sa demeure une continuation du territoire du souverain qu'il représente ». L'affaire vint en cassation, et la Cour, par un arrêt en date du 13 octobre 1865, rejeta la prétention de cet individu (1).

Faut-il appliquer la fiction de l'exterritorialité à l'hypothèse de l'art. 9 du Code civil ? Un Étranger est né dans l'hôtel d'une légation française ; pourra-t-il invoquer cette disposition et devenir Français par le bienfait de la loi, sans recourir à la naturalisation ordinaire, comme étant né sur le territoire français ? On décide en général la négative (2).

A l'inverse, l'individu né à Paris, dans une légation étrangère, serait fondé, selon nous, à s'en prévaloir pour acquérir la nationalité française à sa majorité (3).

1. SIREY, 66, 1, 33. Voir aussi, Cass., 11 juin 1852, SIREY, 1, 467. L'arrêt de 1865 est donné *suprà* (de l'inviolabilité).

2. Sic. WEISS, *op. cit.*, p. 36 et ALAUZET, *De la qualité de Français*, n° 12.

3. Sic. WEISS et ALAUZET, *loc. cit.*

Les auteurs que nous avons consultés ne prévoient pas la situation de l'Étranger né dans une légation étrangère à Paris d'un Étranger qui lui-même y est né (lois des 7 février 1851 et 16 décembre 1874). On sait que l'individu né dans ces conditions *est français* sous la condition résolutoire de son option à sa majorité pour la nationalité étrangère. Nous pensons que la question doit être résolue par la distinction suivante : si l'enfant est né d'un père né lui-même en France et dépendant à un titre quelconque de la mission, si, par conséquent il est protégé, non seulement par une exterritorialité réelle, mais en outre par les immunités personnelles (1), la règle des lois de 1851 et de 1874 ne peut pas être invoquée contre lui. Il nous semble, en effet, que ces lois ont un caractère de contrainte, qu'elles *imposent* la nationalité française, caractère qui nous paraît se concilier difficilement avec le principe des immunités personnelles. Cet enfant reste donc Étranger, mais peut bénéficier de l'article 9 du Code civil. Il est donc Étranger sans condition résolutoire.

Si, à l'inverse, il est né d'un individu, né lui-même en France, entièrement étranger à la légation, nous serions d'avis de lui appliquer les dispositions des lois précitées ; car il n'y a là aucune circonstance particulièrement favorable. Ces dispositions ont été édictées pour empêcher que des générations successives d'Étrangers habitent la France et échappent en même temps aux charges et aux obligations qui frappent les Nationaux, notamment à la plus lourde de toutes : l'impôt du sang.

1. Voir chapitre III, § 1<sup>er</sup> *infra*.

Et lorsqu'il s'agit de simples particuliers nés fortuitement dans une légation, nous ne voyons aucune raison de les couvrir de la fiction de l'exterritorialité, pour les soustraire à cette règle.

Notre solution, dans cette seconde hypothèse, ne serait pas conforme à l'interprétation extensive de la jurisprudence, et nous serions étonné, si la question se présentait, de la voir adopter.

Une autre conséquence que l'ancien droit public tirait de la fiction de l'exterritorialité était la suivante : le ministre public, chef de mission, pouvait exercer un droit de juridiction active et disciplinaire sur les gens de sa suite.

Au moins en pays de chrétienté (1), cette immunité

1. Dans les Echelles du Levant et en Turquie, les agents diplomatiques et consulaires jouissent encore d'un véritable droit de juridiction active, même en matière pénale, *conformément aux usages des Francs*. La Porte a exigé en retour, en Europe, un droit de juridiction très étendue pour ses ambassadeurs, sur les gens de leur suite. (Voir MOSER, *Beitr.*, IV, p. 265).

L'ancienne théorie du droit féodal admettant la personnalité absolue de la loi s'est donc conservée dans les États Levantins. Geffcken caractérise cette compétence exceptionnelle par cette image saisissante : l'autorité de l'agent diplomatique ou du consul vis-à-vis du gouvernement local est à peu près absolue, *sa colonie forme un État dans l'État*. (En note sous Heffter, *op. cit.*, § 245 *in fine*). On a remédié aux abus qui résultaient de cette compétence en établissant dans quelques-unes des Echelles des *tribunaux mixtes* pour les contestations entre Indigènes et Français.

Voir le règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Égypte. (CLUNET, 88, 300 la France n'y adhéra qu'en 1874). (LAWRENCE, *commentaire*, IV, p. 188, s.). Le traité de Berlin du 13 juillet 1878, en reconnaissant l'indépendance de la Serbie et de la Roumanie, subordonne expressément dans les art. 37 et 49, les modifications de la juridiction consulaire à l'accord des gouvernements avec lesquels existaient des capitulations : art. 37... « Les droits de juridiction et de protections consulaires, tels qu'ils existent aujourd'hui, resteront en « pleine vigueur, tant qu'ils n'auront pas été modifiés d'un commun « accord entre les principautés et les puissances intéressées. »

Nous signalons au lecteur un article de M. Pradier-Fodéré : *la ques-*

appartient principalement à l'histoire. Les États modernes se montrent de plus en plus jaloux de leur souveraineté territoriale, et le droit de juridiction active, accordé à un agent diplomatique étranger, est absolument inconciliable avec ce principe.

Aussi ne nous y arrêtons-nous pas longtemps.

Des agents diplomatiques se sont parfois arrogé le droit de prononcer des peines très graves contre leurs Nationaux: en 1603, le roi Henri IV envoya au roi Jacques I<sup>er</sup> pour le complimenter de son avènement au trône d'Angleterre, un ambassadeur extraordinaire en la personne du marquis de Rosny (plus tard duc de Sully). Le jour même de son arrivée, quelques-uns des gentilshommes de sa suite s'étant rendus dans une maison de débauche, s'y prirent de querelle avec des Anglais et en tuèrent un; il se forma un attroupement, et les Français, pour éviter d'être massacrés par la foule, se réfugièrent dans l'hôtel d'Arondel qu'habitait l'ambassadeur.

Instruit de ces faits, le marquis de Rosny se retira dans une pièce de son appartement et, après en avoir délibéré avec quelques gentilshommes de sa suite, il condamna le coupable à mort, après qu'il eut avoué

*tion des capitulations d'Orient* paru dans la *Revue de Droit international*. Tome I, p. 113. Voir F. MARTENS. *Das Consularwesen und die Consularjurisdiction im Orient*, 1874, et la note substantielle de Geffcken et LAGET *De la condition juridique des Français en Égypte*. thèse, Paris, 1890.

2. Consulter pour le point de vue historique, MERLN, *Rép.*, V<sup>o</sup> Ministre public, sect. VI et les auteurs auquel il renvoie, notamment Bynkershœk.

Les auteurs américains se refusent absolument à admettre cette conséquence de l'exterritorialité: The privilege of extraterritoriality no longer gives the ambassador, as was once supposed to be the case, the power to execute penal discipline upon his subordinates (WHARTON, *Com. ou Am. law*, § 167).

son crime, et bien qu'il appartînt à une des meilleures familles de Paris.

De Rosny fit prier le maire de Londres d'avoir à procéder à son exécution, conformément à la sentence capitale qui venait d'être rendue contre lui.

Mais le comte de Beaumont-Harlay, ambassadeur ordinaire de France à Londres, qui s'était opposé à la sentence prononcée par le marquis de Rosny, alla trouver le roi d'Angleterre et en obtint la grâce du coupable. On considéra, en France, que le roi d'Angleterre avait commis un abus de pouvoir en statuant sur la vie ou la mort de gens dépendant d'une ambassade française, et qu'il n'y avait que le prince souverain du coupable qui pût légalement le faire (1).

De cet exemple, il ressort que si, à ce moment, par un pur hasard, deux ambassadeurs, l'un ordinaire, l'autre extraordinaire, ne s'étaient trouvés ensemble à Londres, la sentence capitale prononcée par l'un d'eux aurait été exécutée (2).

Dans les États modernes, voici, d'après Heffter (3), les deux cas principaux où le ministre public aurait encore une certaine juridiction active :

1° En cas de crime ou délit commis par une personne de sa suite, il pourrait faire arrêter le prévenu, procéder à son interrogatoire, requérir les autorités.

2° Il exerce une juridiction volontaire ou gracieuse

1. MARTENS, *Causes célèbres*, II, 370.

2. BYNKERSHØEK (chap. XV, § 6) rapporte qu'en 1700 un ambassadeur de Turquie à Vienne fit pendre à un arbre devant son logis, avec une bouteille au cou, un de ses domestiques qui, s'étant enivré avec plusieurs autres de sa maison, avait commis des insolences à son égard. Les autres furent condamnés à recevoir cinquante coups de bâton.

3. § 216.

à l'égard des personnes de sa suite. Ainsi, il peut légaliser, par l'apposition de sa signature, les actes des personnes qui font partie de la légation, recevoir des testaments. Il peut encore faire mettre les scellés sur les objets qui leur appartiennent, à leur décès (1), mais il ne peut statuer valablement sur les différends et les contestations qui surgissent entre ses Nationaux (en pays de chrétienté).

On revendiquait dans le temps, en faveur du chef de mission, un certain droit de correction sur les gens de sa suite. Nous ne pensons pas qu'il existe encore. Il est trop contraire aux usages reçus à cette époque, et au sentiment partout répandu de l'inviolabilité personnelle. Cependant, en 1854, un sujet russe, attaché au service de la légation russe à Weimar, fut condamné, par les tribunaux russes, à la bastonnade. Le Gouvernement impérial envoya un exécuteur et la peine fut ponctuellement exécutée dans une dépendance de la légation (2).

D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le chef de mission a encore un véritable pouvoir discrétionnaire sur les gens faisant partie de sa suite, mais sans caractère officiel, tels que domestiques, etc., en ce sens qu'il est maître de refuser ou d'accorder son assentiment aux poursuites en matière pénale dirigée contre l'un d'eux par les autorités locales (3).

Cet arrêt semble devoir être suivi en pratique. Il est reproduit dans la relation d'un incident survenu à Bucarest, en 1887 (4).

1. MARTENS, *Guide*, § 33.

2. *Gazette trib.*, 13 mai 1854.

3. Cass. rejet., 11 juin 1852, SIREY, 52, 1, 467.

4. Voir *infra*, chap. III, § 2, 3°.

Quelquefois, plusieurs plénipotentiaires réunis dans un même lieu s'entendirent pour se conférer réciproquement une compétence spéciale sur leurs domestiques respectifs.

Il en fut ainsi au congrès de Soissons, en 1728, et à celui d'Aix-la-Chapelle, en 1748. « Si quelque domestique d'un plénipotentiaire (portait le règlement de ces deux congrès) fait insulte ou querelle à quelque domestique d'un autre plénipotentiaire, l'agresseur sera aussitôt remis au pouvoir du maître qui aura été attaqué ou insulté, et il en fera justice comme il le jugera à propos. » (1)

Ainsi que le fait remarquer Merlin, cette disposition supposait, dans l'ambassadeur qui livrerait son domestique au maître du domestique insulté, le droit de le juger et de le châtier lui-même. Ce dernier exerçait donc ce droit par délégation.

L'ambassadeur n'est pas tenu de suivre, pour la forme des actes relatifs à sa personne, à sa famille et à ses biens meubles, les lois de la nation où il exerce ses fonctions. Bref, il n'est pas soumis à la règle *locus regit actum* pour la forme de ces actes (2).

Au premier abord, il semble que ce soit une conséquence naturelle de l'exterritorialité, de la fiction qui le fait considérer comme n'ayant pas quitté son domicile d'origine, une dérogation qui en découle. Mais, pour apprécier l'étendue de la portée de la dérogation, il faut auparavant prendre parti sur la question de savoir si la règle *locus regit actum* est une règle impéra-

1. Rapporté dans MERLIN, *Rép.*, V<sup>o</sup> Ministre public, section VI.

2. FÆLIX, *op. cit.*, t. I, n<sup>os</sup> 82 et 210. LEHR, n<sup>o</sup> 1047. *Contrà*, HEFFTER, p. 60.

*tive* ou *facultative*. Cette question dépend elle-même d'une autre : quel en est le fondement rationnel ? Dans un système qui ralliait les anciens auteurs, cette règle dérive d'une soumission temporaire tacite de l'Étranger aux lois du pays où il réside, quant aux actes qu'il y passe : « L'Étranger, dit Hert, devient, quant à ses actes, sujet temporaire de l'État dans lequel il agit, tout en restant soumis, d'ailleurs, quant à sa personne, aux lois de son pays. » (1) Cette opinion conduit presque forcément à voir dans la règle elle-même une règle impérative, car il y a soumission volontaire à la souveraineté de l'État sur le territoire duquel il réside. Il ne dépend pas de l'individu de se soustraire au devoir d'obéissance qu'il a par avance accepté par cette soumission tacite.

Dans un autre système, c'est l'intérêt même de l'Étranger qui a imposé cet adage. Les formes extérieures dont un acte juridique est revêtu doivent protéger ceux qui y interviennent contre les fraudes et les chances d'invalidité. Ces formes varient nécessairement avec la situation morale du pays, le caractère de ses habitants. Telle mesure de précaution, ici absolument indispensable, deviendra superflue dans l'État voisin. Quelle loi est plus compétente, mieux placée que la loi territoriale pour apprécier les garanties dont l'acte doit être entouré pour ne pas donner prise à des réclamations, à des contestations ultérieures, pour être présumé sincère dans toutes ses parties ?

En outre, il est souvent difficile de rédiger en pays étranger un acte en observant les conditions de forme

1. *État*, § 10 n° 1.

établies par la loi nationale des parties. Tel officier public ayant des attributions spéciales peut exister dans un pays et pas dans un autre. Comment un Français s'y prendra-t-il pour passer un acte notarié dans un pays où il n'y a pas de notaires ?

Dans ce système, la règle *locus regit actum* a donc été introduite dans l'intérêt même des parties. Elles peuvent en conséquence y renoncer, et la règle est facultative (1). Lorsque les deux parties sont de nationalité différente, la règle est toujours impérative.

Si l'on décide au contraire qu'elle est impérative, la faculté pour l'agent diplomatique de passer des actes, en se conformant à la loi nationale, constitue un véritable privilège dérivant de l'exterritorialité.

Si on la considère comme facultative, avec la grande majorité des auteurs modernes, ce dernier ne fait qu'invoquer le droit commun en se conformant à sa loi nationale pour la forme des actes qu'il passe.

Que la règle *locus regit actum* soit impérative ou facultative, le ministre public peut certainement s'y soustraire pour ses actes (2). Cependant cette solution est combattue par Heffter. Mais cet auteur suppose *a priori* la règle impérative, et n'aborde même pas la discussion de la question préjudicielle. Il voit donc une conséquence de l'exterritorialité dans le fait de n'y être pas soumis (3).

Comment le ministre de Belgique s'y prendra-t-il,

1. Sic. WEISS, *op. cit.*, p. 524, s. ASSER et RIVIER. *Eléments de Droit international privé ou du conflit des lois*. Paris, 1884. FÆLIX, *op. cit.*, t. I, § 83 et les auteurs cités par lui. ZACHARIÆ, *Thémis allemande*, p. 101 et 102. ESPERSON, *op. cit.*, n° 105, t. I.

2. Voir FÆLIX, *loc. cit.*, et les auteurs qu'il indique.

3. *Op. cit.*, § 42.

dit Laurent, pour faire dresser un acte par un notaire selon les formalités de la loi du 25 ventôse an XI, s'il est accrédité dans un pays où il n'y a point de notaires, et où l'on ne connaît pas la loi de ventôse (1)? Cet auteur n'aborde pas non plus la discussion de la question préjudicielle qui a une importance capitale et, comme Heffter, ne voit là qu'une application nuisible de la fiction de l'exterritorialité.

Merlin admet qu'un ambassadeur peut faire son testament dans la forme admise par la loi de son domicile. Il y voit aussi une conséquence directe de « cette « fiction de droit des gens que l'ambassadeur est réputé absent du pays où il réside ».

Mêmes solutions admises par Godefroy, Huber (2), Hertius.

Résolvant la question, nous pensons que la règle *locus...* devait être une règle facultative, édictée surtout dans l'intérêt des parties.

En ne s'y soumettant pas, l'agent diplomatique ne fait donc, d'après nous, qu'invoquer le droit commun. Ce n'est donc ni une immunité, ni une conséquence de l'exterritorialité (3).

1. *Op. cit.*, t. III, p. 159.

2. *Quo imprimis firmatur quod antea dictum, legatos quasi extra territorium constitutos videri unde si testamentum fecerint, si contractum ini-  
verint, NON IN FORMA STATUTI ILLIUS LOCI IN QUO LEGATIONIS CAUSA  
COMMORANTUR, actus isti nihilominus valebunt.* — Le Sénat de Casale  
(Sardaigne) a, par un arrêté en date du 17 mai 1842, décidé que la  
convention souscrite par un ministre public dans sa demeure est ré-  
putée écrite dans le territoire du prince qu'il représente. LEHR, *op.*  
*cit.*, n° 1048.

3. Voir d'autres conséquences et applications de l'exterritorialité, *suprà*, *droits de mutation*, même chap. n° IV § 2, 2°, *timbre, papier timbré*, etc. La succession d'un agent diplomatique, décédé dans le pays où il exerce ses fonctions, s'ouvre dans sa patrie.

On peut conclure de ce qui précède que le mot *exterritorialité* n'exprime pas une idée juridique toujours exacte (1).

Geffcken a indiqué, avec une sagacité rare, la manière dont on devait envisager cette fiction surannée : « On ferait mieux », dit-il, « de ne pas traiter « l'exterritorialité comme une unité doctrinale, et d'ex-  
« poser *suo loco* et séparément les immunités dont il  
« s'agit. » C'est du reste la tendance moderne qui critique et analyse les faits juridiques et abandonne de plus en plus les formules toutes faites. Elle se paie de moins en moins de mots.

Tel n'est pas cependant le point de vue de la jurisprudence française, qui applique cette fiction d'une manière absolue, en tire les conséquences les plus extrêmes avec une logique rigoureuse, mais exagérée (2).

C'est ainsi que le tribunal de la Seine, dans un jugement du 21 janvier 1875, émet le motif suivant :  
« .....qu'on ne s'explique même pas qu'une assigna-  
« tion ait pu être portée à son hôtel » (il s'agissait de

1. Heffter s'exprime ainsi (*op. cit.*, p. 60)... « Par une espèce de fiction légale, on considère généralement ces personnes comme n'ayant pas quitté le territoire de leur nation. C'est peut-être aller trop loin et donner à ce droit un caractère trop absolu. Il en résulterait, par exemple, cette conséquence singulière, que tous les actes passés par une personne exemptée dans le territoire étranger seraient régis exclusivement par les lois de son domicile d'origine... » (§ 42). (Voir dans le même sens BLUNTSCHLI, *op. cit.*, n° 135 ; CALVO, *op. cit.*, t. I, § 571. MARTENS, *Précis*, § 220 ; MANGIN, *De l'action publique*, n° 82, et LAURENT, *op. cit.*, *De l'exterritorialité*. FAUSTIN-HÉLIE, *op. cit.*, p. 558 ; *Contra*, DENIZART, V° ambassade, § 7 ; VATTEL, *op. cit.*, t. II, l. II, chap. IX, § 118. Voir ce que nous disons de l'exemption de la juridiction civile, *suprà*, section III. Voir aussi PRADIER-FODÉRÉ, *Traité*, III, 289.)

2. Voir même chap. sect. III, *suprà*.

« l'hôtel du ministre de Honduras, à Paris) « *et déli-*  
« *vrée ainsi en territoire étranger* » (1).

(Voir la partie de ce travail consacrée à la juridiction civile, *suprà*, sect. III).

Conformément au principe de droit : *actori incumbat probatio*, c'est à celui qui prétend avoir droit aux privilèges diplomatiques à en faire la preuve (2). Le Ministre des Affaires étrangères a qualité pour attester le caractère diplomatique d'une personne, même si elle ne fait que traverser la France (3).

L'expression serait moins inexacte en parlant des *navires de guerre* dans un port étranger; car ils restent exclusivement soumis à la juridiction de l'État auquel ils ressortissent, pour toute espèce d'actes commis à leur bord (4); même en parlant de ces dernières, l'expression doit être bien comprise.

Le fait seul qu'un navire de guerre puisse pénétrer dans un port étranger constitue une dérogation, car on n'admet jamais un corps d'armée étranger, sur le territoire proprement dit. Cette dérogation doit cependant être restreinte dans de certaines limites : comme les missions diplomatiques, les navires de guerre peuvent être considérés comme étant un prolongement du territoire de l'État étranger et

1. Voir *Journal du Droit international privé*, 1873, 89 et *suprà* les immunités relatives aux impôts.

2. Tribunal de la Seine, 25 juin 1836. *Gazette des tribunaux*, 26 juin 1836.

3. Tribunal de la Seine, 1<sup>re</sup> Chambre, 1<sup>er</sup> décembre 1840. SIREY : 41, 2, 148.

Arrêt Papenheim, V<sup>o</sup> *suprà*, immunité de juridiction civile.

4. En ce sens TH. ORTOLAN, *Règles intern. et diplomatie de la mer*, p. 215. WHEATON, *Eléments*, t. I, part. II, chap. II. HEFFTER et GEFFKEN, *loc. cit.*

restant soumis à sa souveraineté. Il est évidemment des règlements de police, des prescriptions d'ordre public ou sanitaires auxquels ils doivent se soumettre, mais ils doivent conserver leur autonomie. On a employé pour eux comme pour les agents diplomatiques, le mot *exterritorialité*, et aussi le mot *territorialité*; *exterritorialité*, parce que tout en étant en fait sur le territoire maritime d'une nation ils sont en droit *en dehors de ce territoire*; *territorialité*, parce qu'ils sont au contraire une partie du territoire de leur propre État. Toute ingérence sur ces navires serait une atteinte à la souveraineté de l'État auquel ils appartiennent. On peut donc dire que tous les faits qui s'y passent sont censés commis sur le territoire étranger, quels qu'en soient les auteurs ou les victimes.

Les autorités du lieu n'ont par suite le droit de faire aucun acte d'instruction à bord du navire de guerre qui mouille dans un port. Il ne faudrait pas exagérer le sens de cette assertion et dire qu'elles ne peuvent jamais avoir aucune compétence : supposons un navire de guerre étranger dans un port français ; un Français commet à bord un crime contre un Français. Le capitaine ne tient pas à se charger de ramener le coupable pour le faire juger par les tribunaux de son pays. Il est donc vraisemblable qu'il le livrera aux autorités françaises sans plus de formalités, et celles-ci pourront le juger. Si nous appliquions à la lettre la fiction de l'exterritorialité, l'art. 5 du Code d'instruction criminelle serait violé ; Il ne permet pas, en effet, de juger un Français coupable d'un crime commis à l'étranger contre un Français « avant le retour de l'inculpé en France »

(§ 5). Mais le capitaine pourrait ne pas le livrer. Une jurisprudence constante décide qu'il faut que ce retour soit volontaire. Aucune de ces conditions n'a été réalisée dans cette espèce : la fiction n'existe donc que dans l'intérêt du navire. En outre, on ne pourrait demander l'extradition dans notre hypothèse, à moins que le crime ne fût un de ceux prévus par l'art. 7 du Code d'instruction criminelle.

Sans vouloir trop insister sur ce rapprochement entre les immunités diplomatiques et la situation des navires de guerre, il convient de signaler une différence intéressante : les immunités diplomatiques s'appliquent principalement et directement à la personne des agents diplomatiques, ce n'est guère que *par voie de conséquence et utilitatis causa* qu'on les a étendues à l'hôtel de l'ambassade et aux biens (ils sont une dépendance de la personne de l'ambassadeur, disait Grotius). Pour les navires de guerre, c'est la situation inverse : l'exterritorialité s'applique aux bâtiments et à leurs dépendances. C'est ainsi que si des gens de l'équipage descendaient à terre et y commettaient des infractions, ils seraient justiciables de la juridiction locale compétente, à moins qu'il ne s'agit de service officiel ou de raisons de service. (1)

Une conséquence à tirer de ce qui précède, c'est que le commandant d'un navire de guerre n'a pas droit à une immunité de juridiction personnelle et générale. On ne saurait donc sans inexactitude le comparer à un agent diplomatique dans son hôtel.

A l'inverse, l'exterritorialité du navire de guerre est plus absolue en ce qu'elle s'oppose à l'entrée de

1. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens le 29 février 1868. DALLOZ, 68, 1, 412.

toute police étrangère, tandis que les autorités locales pourraient pénétrer dans un hôtel d'ambassade qui ne peut servir de lieu d'asile. (Voir *suprà*, *inviolabilité de la demeure*, même chapitre, sect I, § 2, le décret de 1789 mentionné, supprimant les lieux privilégiés, l'art. 98 du Code d'instr. crim., et l'arrêt de Cassation de 1865.) (1).

La façon de livrer les coupables rend plus saisissable l'erreur qu'il y aurait à admettre d'une façon exagérée l'exterritorialité du navire de guerre : s'il y avait une véritable exterritorialité, il faudrait avoir recours aux formalités de l'extradition ; il n'en est pas ainsi ; le capitaine livrera lui-même le coupable.

Nous pouvons donc conclure de ce qui précède que la situation de l'agent diplomatique et celle du navire de guerre dans un port étranger présentent une certaine analogie, mais sans portée réelle ni pratique.

L'immunité dont ils jouissent respectivement est tantôt plus, tantôt moins forte : l'agent diplomatique est plus protégé dans sa personne que l'équipage du navire de guerre ; en revanche, le navire de guerre est entouré de privilèges plus importants que l'hôtel de l'ambassade. Il lui est assuré une autonomie et une *exterritorialité* plus sérieuses qu'à ce dernier. La raison en est fort simple : une troupe d'hommes armés

1. Voir aussi BYNKERSHØEK. *De foro comp. legat.* ; WICQUEFORT, *le Parfait ambassadeur*, liv. I, sect. VIII. GROTIUS, *De jure pacis et belli*, lib. II, cap. 18, § 8. BARBEYRAC *sur Pufendorf. Droit de la nature et des gens*, liv. VIII, ch. III, § 15 note 5. CH. DE MARTENS, *Guide*, § 34. CALVO, *op. cit.*, t. I, § 585. F. DE MARTENS, *op. cit.*, t. II, p. 63. En sens contraire, VATTEL, t. II, liv. II, ch. IX et surtout DENIZART, *V° ambassade*, § 7. CARNOT, *Inst. crim.*, art. 514. V. aussi BRILLON, *Dictionnaire des arrêts*, V° ambassadeur.

peut plus se laisser entraîner à des représailles violentes et *immédiates* qu'un diplomate. Les rapports courtois que ce dernier entretient, de par sa vocation, avec le gouvernement du pays où il réside rendent superflus en ce qui le concerne ces excès de précautions que le droit international a accumulés autour des navires de guerre.

Donc, relativement à leurs immunités, chez l'un (l'agent diplomatique), le caractère de personnalité l'emporte ; chez l'autre (le navire de guerre), c'est le caractère de réalité.

Les *parlementaires* sont aussi placés sous la protection du droit international. On entend par parlementaires les personnes qui se présentent au nom d'un des belligérants auprès des troupes ennemies dans le but de négocier avec le chef de ces dernières. Ils peuvent donc être comparés à des agents diplomatiques ; mais ils en diffèrent à un point de vue essentiel : ils ne sont pas les représentants de l'État. La déclaration de Bruxelles (art. 43), le dit formellement : « *Les parlementaires ne sont pas des envoyés diplomatiques, parce qu'ils ne représentent pas l'État* (1), ils sont les messagers chargés par les belligérants de renouer les négociations dans certains cas et dans certains buts déterminés, et de préparer ou conclure certaines conventions entre les adversaires. Ils ont donc, néanmoins, dans une certaine mesure, une position analogue à celle des envoyés diplomatiques. Ils ne peuvent être faits prisonniers, et on doit leur fournir le moyen de s'en retourner librement et sans danger. »

1. Ils représentent le chef de corps qui les envoie, lequel représente le corps de troupes lui-même.

Une autre différence entre les envoyés diplomatiques et les parlementaires est la suivante : on n'est pas tenu de recevoir un parlementaire en tout temps et en toute circonstance, au contraire (1). Le fait de ne pas recevoir un ministre public constituerait une injure au gouvernement qui l'envoie. Les chefs militaires peuvent prendre les mesures nécessaires pour que la présence du parlementaire ne préjudicie pas à leur cause (art. 44 de la déclaration, BLUNTSCHLI).

L'inviolabilité n'est pas reconnue au parlementaire comme à l'agent diplomatique. S'il abuse de sa position privilégiée pour espionner, il peut être traduit devant un conseil de guerre et passé par les armes ; tandis que l'ambassadeur, quelque graves que puissent être ses torts vis-à-vis du gouvernement auprès duquel il exerce ses fonctions, n'est jamais justiciable des juridictions locales (du moins dans l'opinion presque universelle). Cellamare, convaincu de complot contre le Régent, est simplement renvoyé à son maître. Si c'eût été un parlementaire qui se fût rendu coupable de faits analogues, il aurait été presque sûrement traduit devant une Cour martiale. Aussi la déclaration de Bruxelles (art. 45) décide-t-elle que « le parlementaire peut être soumis à une surveillance très sévère », qui est absolument incompatible avec l'inviolabilité diplomatique, telle que nous l'avons vue reconnue par le droit public moderne » (2).

1. Le colonel Densfert au siège de Belfort avait déclaré qu'il ne recevrait pas de parlementaires dans la place.

2. « Le parlementaire peut être surveillé de près ; on peut, sans violer le droit international, lui interdire toutes relations avec d'autres qu'avec le commandant de troupes... » Voir aussi, *Inst. amér.*, 144.

Mais l'inviolabilité existe en ce sens que les troupes ennemies doivent cesser le feu lorsqu'un parlementaire apparaît. L'instruction américaine dit que celui qui blesse ou tue volontairement un parlementaire, porteur des insignes de sa mission (drapeau blanc et tambour ou trompette), se rend coupable d'une grave violation des lois de la guerre (1). Pendant la campagne franco-allemande, des négociations eurent lieu entre M. de Bismarck et le général Trochu (27 décembre 1870), pour éviter à l'avenir les violations du droit des gens relativement aux parlementaires. Il paraît qu'à maintes reprises on avait tiré sur ceux-ci et sur les trompettes qui les accompagnaient. M. Bluntschli conclut mélancoliquement de ces faits regrettables que les armées modernes manquent encore évidemment de connaissances suffisantes en droit international.

En résumé, le parlementaire est un véritable négociateur et doit participer du caractère sacré qui est reconnu à celui-ci (2).

Mais les circonstances exceptionnelles de l'état de belligérance dans lesquelles il est appelé à exercer ses fonctions rendent nécessaires et expliquent les différences que l'on peut relever entre sa situation et celle du négociateur en temps de paix, de l'agent diplomatique.

Il est une classe de citoyens qui, en France jouissent d'immunités qui peuvent être rapprochées de celles des agents diplomatiques, notamment au point de vue

1. *Inst. amér.*, 113-116.

2. Nous avons dit que la Cour de cassation a jugé que le décret de ventôse an II s'appliquait au capitaine d'un vaisseau parlementaire chargé de ramener des prisonniers français en France (voir *suprà*, de l'inviolabilité. Cass., 29 thermidor an VIII).

de l'inviolabilité : ce sont les membres des deux Chambres. « Aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre « ne peut », dit l'art. 14 de la loi constitutionnelle des 16-18 juillet 1875, *sur les rapports des pouvoirs publics*, « pendant la durée de la session, être poursuivi ou « arrêté en matière criminelle ou correctionnelle « qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait « partie, sauf le cas de flagrant délit. La détention ou « la poursuite d'un membre de l'une ou de l'autre « Chambre est suspendue pendant la session et pour « toute sa durée. » Il est à remarquer que les agents diplomatiques sont plus protégés à ce point de vue que les députés et les sénateurs : ces derniers peuvent être poursuivis et arrêtés, en vertu d'une autorisation, les premiers ne le peuvent jamais.

Mais, d'un autre côté, les membres des deux Chambres jouissent d'une immunité absolue en ce qui concerne les opinions, votes et autres manifestations de leur pensée, émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions : « Aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut être poursuivi et recherché à l'occasion des opinions et votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions » (art. 13 même loi).

Pour bien saisir la différence qui existe entre l'immunité diplomatique et l'immunité parlementaire, il faudrait se placer à l'expiration de la session des Chambres pour le député ou le sénateur et, pour le ministre public, après la cessation de ses fonctions. A raison de quels faits commis pendant leurs fonctions pourraient-ils être alors recherchés? Faut-il décider

1. Ne pas confondre avec les faits commis *dans l'exercice* de leurs fonctions.

que l'immunité est perpétuelle dans les deux cas ?

En ce qui concerne l'agent diplomatique, son immunité repose principalement sur sa qualité de représentant, de mandataire d'un État souverain et indépendant.

Par conséquent il ne pourra jamais être recherché, même après la cessation de ses fonctions, à raison des actes qu'il a accomplis en cette qualité, des actes qui ont un caractère public ; car ce serait mettre en jugement son mandant lui-même, ce qui est inadmissible.

Quant aux infractions qu'il aurait commises comme simple particulier, l'immunité cesse avec ses fonctions et elles peuvent donner matière à poursuites. Les députés et sénateurs n'ont pas ce double caractère ; ils peuvent donc être recherchés à raison de toute espèce d'infractions commises pendant la session, une fois celle-ci terminée (sous réserve des dispositions de l'art. 13 de la loi constitutionnelle).

#### APPENDICE AU CHAPITRE II.

##### *Des mariages diplomatiques et consulaires.*

Les ministres publics et les consuls procèdent parfois en pays étranger, au mariage de leurs Nationaux et même au mariage de leurs Nationaux avec des Étrangers. Cette compétence, plus ou moins reconnue à ces agents, constitue plutôt une de leurs attributions qu'un privilège dans le sens que nous donnons à ce mot. Cependant, elle se rattache en une certaine mesure à

l'exterritorialité. S'ils émettent la prétention d'être compétents pour procéder à ces mariages, c'est parce qu'ils restent, disent-ils, domiciliés dans leur pays d'origine et exercent dans cette position fictive du territoire de leur patrie que constitue l'hôtel de l'ambassade, les fonctions d'officier de l'état civil vis-à-vis de leurs Nationaux (1).

Cette question de la validité des mariages diplomatiques, qu'on la considère ou non comme une dépendance médiate de l'exterritorialité, est une des plus intéressantes et des plus controversées que nous ayons eu à traiter, en même temps qu'une des plus pratiques. Si l'on considère qu'il y a toujours dans les pays autres que leur propre pays plusieurs milliers de familles, comprenant un nombre indéfini de personnes des deux sexes, ayant l'âge requis pour contracter mariage, on conçoit l'utilité qu'il y a à chercher une règle qui détermine si les parties sont mariées ou non (2). Aussi pensons-nous qu'il est nécessaire de lui donner un certain développement en jetant un coup d'œil sur les usages suivis en cette matière soit en France, soit dans les pays étrangers.

Auparavant, nous ferons remarquer que certe prétention élevée par la diplomatie de certains pays est de date récente. Nous n'en trouvons aucun exemple, même lorsque les ambassadeurs soutenaient que leur hôtel devait être considéré comme un lieu d'asile pour les criminels de droit commun. Aucun des publicistes

1. On verra qu'ils exercent aussi parfois les fonctions d'officiers ministériels (de notaires).

2. BISHOP, *On marriage and divorce*, vol. I, § 363, p. 303.

anciens n'y fait allusion : ni Wicquefort, ni Grotius, ni Vattel.

Il est facile de s'expliquer la raison de cette différence. Tout ce qui touchait à la célébration du mariage était alors de la compétence ecclésiastique, principalement à partir du Concile de Trente, dont les canons furent reçus presque partout (1). Dès lors, il n'y avait pas à se demander quelle serait l'autorité séculière qui pourrait valablement procéder au mariage de ses Nationaux en pays étranger, puisque cette matière était presque totalement étrangère au droit séculier.

Avec la décadence du pouvoir ecclésiastique, la sécularisation générale du droit, et spécialement des règles générales concernant la célébration du mariage, les législateurs furent amenés dans chaque État à se demander s'il ne serait pas utile que les fonctions d'officier d'état civil pussent être remplies par quelqu'un, en pays étranger, vis-à-vis des Nationaux, et n'expirassent pas forcément à la frontière. Ces considérations firent naître la théorie des mariages diplomatiques : le ministre public était l'agent tout indiqué pour être revêtu de ces attributions. La multiplicité croissante des

1. Les canons du Concile de Trente ne furent pas reçus en France, mais les rois leur empruntèrent la plupart de leurs dispositions, à partir d'Henri III. Aussi Loysel, faisant allusion à la disposition capitale du Concile (la célébration du mariage devant le propre curé des parties (*a proprio contrahentium parochia*), écrivait-il :

« L'on disait jadis :

- « Boire, manger, coucher ensemble,
- « C'est mariage, ce me semble.
- « Mais il faut que l'Église y passe. »

*Inst. coutum.*, régl. 108 (t. I, p. 147 de l'édition de MM. Dupin et Laboulaye).

relations entre peuples, la fréquence des mariages contractés en pays étranger en résultant, la développa et vint lui donner une importance considérable.

## FRANCE.

L'art. 48 du C. civ. donne une compétence générale aux agents diplomatiques et consulaires français pour recevoir les actes de l'état civil de leurs Nationaux à l'étranger. Le mariage contracté par deux Français devant leur consul ou leur ambassadeur et constaté dans les formes prescrites par les lois françaises est donc certainement valable en France.

Quant aux mariages célébrés devant un agent diplomatique français entre un Français et un Étranger, il ne serait pas valable aux yeux de la loi française ; car à quel titre l'agent serait-il compétent relativement à l'Étranger (1) ?

La jurisprudence française a eu à se prononcer à maintes reprises sur la validité des mariages contractés en France, devant des agents diplomatiques ou consulaires étrangers, entre Étrangers de même nationalité ou de nationalités différentes, et entre Français et étrangers.

Prenons d'abord l'hypothèse d'un mariage mixte : il

1. Voir AUBRY et RAU, sur l'art. 48 C. civ. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, p. 1365, arrêt de cassation, Sommaripa, 10 août 1819. DALLOZ, v<sup>o</sup> acte de l'état civil, n<sup>o</sup> 355.

« Si les agents diplomatiques et les consuls », dit la Cour de cassation, « ont été autorisés par l'art. 48 à recevoir les actes de l'état civil des Français en pays étranger, conformément aux lois, il résulte clairement, et de l'essence des choses, et du texte de la loi, qu'il ne s'agit ici que des Français, nos lois et nos agents n'ayant de pouvoir à l'étranger que sur les Nationaux. »

est frappé de nullité. La Cour de Douai s'est prononcée dans ce sens, le 9 août 1843, à l'occasion d'un mariage contracté par un Français, en France, avec une Étrangère, dans l'hôtel d'une ambassade étrangère, devant un chapelain et suivant les formes usitées dans le pays dont dépendait l'ambassade.

Cette décision a été rendue quoique le mariage eût été contracté sous l'empire de la constitution du 3 septembre 1791, et avant la loi du 20 septembre 1792, réglementant les formes du mariage (1).

Un sieur de Meffray, domicilié à Paris, s'était présenté devant le maire du 8<sup>e</sup> arrondissement à l'effet de faire célébrer son mariage avec une demoiselle Mudge, américaine. L'officier de l'état civil refusa de célébrer ce mariage sous le prétexte que la demoiselle Mudge avait contracté un premier mariage à Hyères (ce prétexte ne fut pas reconnu fondé par un jugement rendu ultérieurement).

Dans l'intervalle, le sieur de Meffray et la demoiselle Mudge s'étaient présentés à la légation des États-Unis à Paris, et avaient reçu du chapelain la bénédiction nuptiale. Puis ils requièrent la transcription de l'acte de mariage sur les registres du 8<sup>e</sup> arrondissement. Le maire s'y refusa. Ils formèrent alors contre lui, devant le Tribunal civil de la Seine, une demande tendant à ce qu'il fût tenu d'opérer cette transcription.

Un jugement fut rendu le 11 décembre 1868, accueillant la demande dans les termes qui suivent :

« Attendu que le mariage contracté entre la demoiselle Mudge et le comte de Meffray a été célébré à la

1. P. 1844, 1, 195.

« légation des États-Unis d'Amérique, et devant le  
« ministre compétent ; — que ce mariage, intervenu  
« dans ces circonstances entre un Français et une Étran-  
« gère est réputé avoir été contracté en pays étranger ;  
« que, aux termes de l'art. 171, Code Napoléon, l'acte  
« de célébration doit être transcrit sur le registre pu-  
« blic des mariages du lieu du domicile du Français... ;  
« attendu dès lors que le comte de Meffray est en droit  
« de requérir la transcription de l'acte du susdit ma-  
« riage sur les registres du 8<sup>e</sup> arrondissement... ; par  
« ces motifs, ordonne la transcription », etc.

Appel par le maire du 8<sup>e</sup> arrondissement.

L'avocat-général, M. Dupré-Lasale, dans un réquisi-  
toire resté célèbre, conclut à l'infirmité du juge-  
ment (1). Son argumentation repose d'abord sur les  
précédents : il rappelle que le 26 août 1858 le tribunal  
de Boulogne-sur-Mer déclara nul un mariage célébré  
entre un Français et une Anglaise par le consul anglais  
de cette ville. Averti par cette décision, le gouverne-  
ment britannique enjoignit à ses agents consulaires en  
France de s'abstenir à l'avenir de pareils actes ; que,  
le 12 septembre 1845, le Tribunal de la Seine décida  
qu'il y avait lieu de passer outre aux publications et  
à la célébration d'un mariage qui, cependant, avait  
déjà été célébré devant le chapelain de l'ambassade  
d'Angleterre et à l'ambassade, « attendu que cet acte  
« n'opérant aucun lien de droit, il n'est pas nécessaire

1. La décision par laquelle les intimés demandaient au tribunal de Toulon la rectification d'un acte de l'état civil d'Hyères, aux termes duquel la demoiselle Mudge était encore engagée dans le lien d'un premier mariage, rectification qui fut accordée ultérieurement, mais après le mariage à l'ambassade.

« d'en faire prononcer préalablement la nullité.....  
 « attendu que l'acte sur lequel le maire... fonde son  
 « refus, n'est pas le contrat civil voulu par la loi, *mais*  
 « *seulement un acte religieux*,... qu'il n'a constitué au-  
 « cun lien régulier.... »

L'avocat général argumentait encore de l'arrêt de cassation du 13 octobre 1865, déclarant la juridiction locale compétente et la loi française applicable à l'occasion d'un crime commis dans une ambassade, à Paris, c'est-à-dire sur territoire français. Pourquoi la loi civile ne suivrait-elle pas les Indigènes dans l'hôtel d'une ambassade, comme le fait la loi pénale ?

« Nous sommes en France et non en Amérique : en  
 « France, le mariage, même entre un Français et une  
 « Américaine n'existe que par l'intervention de l'offi-  
 « cier civil. En sortant d'une ambassade située au cœur  
 « de Paris, M. de Meffray pouvait-il soutenir qu'il s'é-  
 « tait marié hors de France et invoquer l'art. 171  
 « du Code civil, qui ne permet la transcription que  
 « pour les mariages célébrés hors de France ? »

M. Dupré-Lasale insiste, en terminant, sur le danger qu'il y aurait à permettre de pareilles unions : ce serait un moyen trop facile de se soustraire aux conditions de forme prescrites par la loi française pour le mariage. « Pourrait-on admettre un seul instant qu'un  
 « Français, sur notre territoire, n'aurait qu'à passer  
 « le seuil d'un hôtel diplomatique pour se soustraire  
 « aux lois qui règlent en France la forme et les condi-  
 « tions du mariage, et, contre cet établissement d'un  
 « nouveau *Gretna-Green* officiel, le droit des gens comme  
 « le droit national n'opposent-ils pas un égal obsta-  
 « cle ? »

Sur ces conclusions, la Cour de Paris rendit, le 6 avril 1869, un arrêt où nous relevons les passages suivants :

« Considérant... que, sans attendre la décision du  
« tribunal (1), de Meffray et la fille Mudge se sont pré-  
« sentés le 29 juillet à la légation des États-Unis d'Amé-  
« rique, où a été dressé par le chapelain de la légation,  
« un acte qualifié certificat de mariage, dont la trans-  
« cription est demandée, en vertu de l'art. 171 du code  
« Napoléon, considérant... qu'il est du devoir de l'of-  
« ficier civil français d'examiner l'acte qui lui est pré-  
« senté, et d'exiger en cas de difficulté, que sa respon-  
« sabilité soit couverte par un ordre de justice ; — con-  
« sidérant que le mariage contracté en pays étranger,  
« dont s'occupe l'art. 171. C. Nap., est celui qui a été  
« contracté *sur le sol étranger*..., qu'ainsi le texte même  
« de cette disposition ne permet pas de l'appliquer à  
« un mariage contracté sur le sol français dans l'hôtel  
« d'un agent diplomatique ; considérant que de Mef-  
« fray ne pouvait contracter mariage que dans les con-  
« ditions énoncées en l'art. 165. C. Nap. ; que l'acte  
« ou certificat du 29 juillet 1868 dont on excipe pour  
« établir un prétendu mariage, ayant été dressé pour  
« échapper aux prescriptions de cet article, n'a aucune  
« valeur, n'établit aucun lien et ne produit aucun effet  
« contre les personnes qui y ont concouru ;...

« Considérant, d'autre part, que la fiction du droit  
« des gens, qui répute continuation du territoire étran-  
« ger la demeure des agents diplomatiques, a unique-

1. SIREY, 70, 1, 178. Voir dans le même sens, tribunal de la Seine, 2 juillet 1872, SIREY, 72, 2, 248. « Attendu que l'on ne saurait invoquer  
« pour la validité du mariage dont il s'agit l'accomplissement des for-  
« malités anglaises, quoique l'acte ait été passé à l'ambassade britan-

« ment pour objet d'assurer l'inviolabilité de la per-  
 « sonne de ces agents et les immunités dérivant de ce  
 « principe ; considérant que cette fiction d'exterrito-  
 « rialité ne peut être étendue à des faits qui auraient  
 « pour objet de protéger une fraude à la loi française...  
 « par ces motifs infirme ; déboute de Meffray et la fille  
 « Mudge de leur demande à fin de transcription.... (1) »

On remarque que ces deux décisions judiciaires statuent sur des mariages célébrés dans une ambassade entre Français et Étrangères. La jurisprudence en prononce invariablement la nullité (1). Le tribunal de la Seine, dans son jugement du 2 juillet 1872, dé-

« nique ; que cette circonstance ne peut avoir pour résultat de faire  
 « considérer la célébration comme ayant eu lieu en Angleterre ; —  
 « attendu, en effet, que si l'hôtel d'une ambassade doit, selon le droit  
 « des gens, être regardé comme territoire de la nation que représente  
 « l'ambassadeur, ce n'est qu'au point de vue des immunités consa-  
 « crées par les traités internationaux au profit des agents diplomati-  
 « ques, mais que cette fiction d'extranéité ne saurait être étendue aux  
 « actes de la vie civile intéressant les Indigènes du pays près duquel  
 « est accrédité l'ambassadeur ; que c'est donc en France et sur le ter-  
 « ritoire français que se trouvaient Morgan et la demoiselle French,  
 « lorsqu'ils ont contracté l'acte du 23 novembre 1867. . Attendu qu'à  
 « supposer que le chapelain Cox eût les pouvoirs suffisants pour procéder  
 « au mariage d'un Anglais avec une personne de la même nationalité ;  
 « il était sans compétence pour unir légitimement une Française à un  
 « Anglais. Attendu, d'après ce qui précède, que le mariage entre Morgan  
 « et la demoiselle French devant se contracter à Paris, ne pouvait  
 « l'être d'une manière légale, qu'avec les conditions prescrites par la  
 « loi française, et que c'est au regard de cette loi que, dans l'espèce,  
 « s'appliquait la maxime *locus regit actum*. D'où il suit, que l'un des  
 « futurs étant Français, le mariage devait être célébré publiquement  
 « devant l'officier de l'état civil français » (art. 163 Code civil). Mlle  
 French était Française par application de la loi du 7 février 1851, étant  
 née en France d'un Étranger qui lui-même y était né. « Par ces mo-  
 « tifs... déclare nul l'acte de célébration de mariage passé devant le  
 « chapelain Cox, à l'ambassade anglaise le 23 novembre 1867. »

1. Voir aussi en ce sens l'arrêt Sommaripa du 10 août 1818. DALLOZ.  
*alph. V.* acte de l'état civil, n° 365, et la note.

clare formellement ne pas se prononcer sur la validité du mariage célébré dans l'hôtel d'un ambassadeur entre deux de ses Nationaux : « attendu qu'à supposer que le chapelain Cox eût les pouvoirs suffisants pour procéder au mariage d'un Anglais avec une personne de la même nationalité...

La réserve gardée sur cette question nous paraît logique. Aussi pensons-nous que si elle se présentait devant les tribunaux français, elle devrait être résolue dans le sens de la validité. En effet, nous venons de voir que la loi française (art. 48, 170 et 171 du Code civil combinés) déclare valable le mariage conclu entre un Français et une Française, à l'étranger, devant un agent diplomatique ou consulaire français (1). Il n'est que logique de reconnaître en retour la validité des mariages célébrés entre deux Étrangers de même nationalité dans l'hôtel de leur ambassade en France. Il n'y aurait en somme là qu'une réciprocité parfaitement justifiée.

La question de la validité d'un mariage célébré dans une ambassade se posa en 1885, lorsqu'une princesse de la maison d'Orléans (Marie-Amélie-Françoise-Hélène) dut se marier à Paris avec un fils du roi du Danemarck (le prince Waldemar). Plusieurs journaux an-

1. Ce droit des agents diplomatiques et consulaires de célébrer le mariage des Français établis dans leur résidence, découle de la compétence absolue que leur confère l'art. 48 du code Napoléon pour la réception de tous les actes de l'état civil. Voir DE CLERQ et DE VALLAT, *Guide pratique des consulats*, t. I, p. 397 et 398. *Motifs du code*, t. I, p. 107. Arrêt de cassation du 10 août 1819 et circulaires du Ministre des Affaires Étrangères du 4 novembre 1832 et du 23 juillet 1850. Lettre du Ministre de la justice au Ministre des Affaires Étrangères, 16 septembre 1878. *Revue dr. int.*, 1888, p. 265.

noncèrent que le mariage serait célébré à la légation danoise ; il n'en fut rien, il eut lieu simplement à la mairie du VIII<sup>e</sup> arrondissement.

Mais on fut appelé à se demander si les souverains n'avaient pas, d'après le droit international, la faculté de conférer à leurs agents à l'étranger une compétence spéciale à l'effet de procéder valablement au mariage d'un des membres de leur famille, fût-ce avec un ou une Étrangère ; c'est notre hypothèse ; et cela, même s'il en était autrement relativement aux simples citoyens ou sujets.

Nous pensons qu'on peut le soutenir au regard de la loi étrangère : ici, de la loi danoise. Mais certainement qu'aux yeux de la loi française un pareil mariage serait nul. M. Lehr pense qu'il serait même *inexistent* (1).

En faveur de l'inexistence, il donne l'argument suivant : on comprend que deux Étrangers s'adressent à leur agent diplomatique ou consulaire pour recevoir tel ou tel acte qui les concerne en France ; ils ont compétence naturelle à cet effet. Mais lorsque l'une des parties est française, cet agent doit être considéré comme absolument incompétent, car il empiéterait sur la souveraineté territoriale à deux points de vue : 1<sup>o</sup> parce que l'une des parties lui est entièrement étrangère, et que « les lois et les agents d'un pays n'ont de pouvoir à l'étranger que sur leurs Nationaux » (2) ; 2<sup>o</sup> parce que l'acte se passe sur territoire étranger ; et si cette seconde considération peut céder lorsque les deux parties sont ses Nationaux, elle ne le peut pas dans le cas contraire.

1. CLUNET, 85, 657.

2. Arrêt. Sommaripa, Cass. 10 août 1869.

« C'est donc à bon droit », conclut M. Lehr », que  
« le mariage princier à propos duquel nous avons tou-  
« ché cette question, a été célébré par l'officier de l'é-  
« tat civil français. Les futurs époux n'avaient pas,  
« sur le territoire français, le choix qui leur a été trop  
« généreusement reconnu dans une partie de la presse  
« française. Mais cet exemple prouve une fois de plus  
« combien il est désirable que, tout d'abord, les juris-  
« consultes, puis les gouvernements, se mettent d'ac-  
« cord sur les conditions internationales du mariage. »

Il y a quelques jours, le prince de Monaco se mariait à la légation de la Principauté, à Paris, avec une Française. Mais, comme d'autre part, il remplissait les formalités de la loi française à la mairie de l'arrondissement, il n'y avait aucune question à se poser relativement à la validité de cette union soit, en France, soit dans la Principauté.

Si les conjoints s'étaient seulement mariés à la légation, l'hypothèse aurait changé du tout au tout. Nous pensons que dans ce cas, le mariage eût été entaché de nullité en France.

Mais cette nullité n'aurait guère pu être invoquée par la princesse de Monaco; elle ne pourrait actionner son mari devant les juridictions françaises à raison de l'immunité de juridiction dont jouissent les souverains. Mais il en serait autrement si c'était le prince lui-même qui, dans cette hypothèse, entendait se prévaloir de la nullité. Les souverains peuvent certainement être demandeurs dans un procès, s'il ne peuvent être défendeurs. La question offre un intérêt pratique, car il y a des enfants du premier mariage et par conséquent des droits successoraux considérables qui dépendent du

maintien ou de l'annulation du second mariage (1).

Laurent critique cette compétence reconnue aux agents d'un pays hors de son territoire (2). Peut-on admettre que l'État exerce sur ses Nationaux un acte de puissance hors de ses frontières ? Autrement il y aurait deux puissances souveraines, ce qui est inadmissible.

En outre, le pouvoir territorial, ajoute-t-il, a seul le droit d'instituer des fonctionnaires ayant le pouvoir d'instrumenter dans un pays. Permettre à des agents français à l'étranger de recevoir des actes de l'état civil, « n'est-ce pas une usurpation de la souveraineté « territoriale » ?

Le professeur de Gand en tire la conséquence suivante : ces actes seraient sans pouvoir et par conséquent sans valeur. « Tout ce qu'on peut admettre, c'est que « la loi française, les autorisant, doit les considérer comme valables. C'est en ce sens qu'il faut entendre « l'article 48. »

Ces critiques se rattachent à celles qu'il dirige contre le principe même de l'exterritorialité dans une autre partie de son ouvrage (3).

#### ANGLETERRE.

D'après le témoignage émis devant la « mariage commission », les premières instructions qui se

1. Voir encore sur les mariages mixtes célébrés devant des agents diplomatiques ou consulaires : Dalloz, *vo acte de l'état civil*, n° 355. Une lettre du Ministre de la Justice au Ministre des Affaires étrangères en date du 16 septembre 1878 appelle l'attention des agents français à l'étranger sur cette jurisprudence.

2. *Dr. civ. intern.*, t. IV, 473.

3. *Ibid.*, t. III, p. 1, 39.

trouvent au *Foreign Office* sur les mariages dans les hôtels des ambassadeurs remontent au 16 mai 1816. Une circulaire de cette date adressée aux ambassadeurs et ministres britanniques à l'étranger, leur enjoint de tenir aux ambassades et légations des *registres* pour ce genre de mariages. Mais le sous-secrétaire d'État, M. Hammond, déclare que ce n'est pas là une application de la fiction de l'exterritorialité, et que ces mariages n'ont d'autre autorité que l'usage.

Mais un acte du Parlement de 1823 (1) valide, par une disposition expresse, les mariages célébrés dans les hôtels des ambassadeurs et dans les factoreries britanniques en pays étranger, où il n'aurait pas été possible de conclure un mariage chrétien en se conformant à la loi du lieu.

On connaît l'acte de 1856 qui mit fin aux mariages de Gretna Green en Écosse : à partir de cette année, 1856, l'acte du Parlement de 1823 remédiait à la situation créée pour les Écossais par ce nouvel état de choses. Dès lors, les Anglais et les Écossais qui se trouvent en pays étrangers et ne pourront ou ne voudront, se marier selon les formalités de la loi locale, pourront avoir recours au mariage diplomatique pour la suppléer.

C'est le cas lorsqu'il existe un grand intérêt à ce que la célébration ne souffre pas de retard et que loi locale prescrit des formalités longues à remplir, par exemple au cas de grossesse avancée de la future, la loi anglaise ne permettant pas la légitimation *per subsequens matrimonium*, l'enfant né hors mariage resterait illégitime sa vie durant.

1. 4. Geo. IV, C. 91 (1823).

Il résulte des documents que nous allons résumer que le mariage célébré dans l'hôtel d'un ambassadeur ou ministre anglais, est reconnu valable dans tout le Royaume-Uni, sous certaines restrictions que nous aurons à peine besoin d'indiquer, tant elles ressortent nettement de ces textes. M. Hammond, sous-secrétaire d'État estime que cette prérogative reconnue aux représentants de la Grande-Bretagne ne dérive pas de l'exterritorialité; mais quelle est alors sa source? Nous pensons qu'il y a là une application de l'esprit général du droit anglo-saxon: éviter les unions irrégulières, le concubinage et les dangers qu'ils présentent pour la société, en facilitant de toute manière les mariages. C'est ainsi qu'aux États-Unis, il suffit du consentement des futurs exprimé devant un certain nombre de témoins; qu'en Écosse, le simple consentement des parties, suivi de cohabitation pendant une nuit, constituait, jusqu'en 1856 une union légale.

L'idée des pays latins est différente: le législateur craint les entraînements; l'intervention d'un fonctionnaire revêtu d'un caractère officiel est nécessaire; le consentement des parents doit être requis; des publications doivent être faites pendant plusieurs jours consécutifs, etc.

Nous ne prétendons pas nous prononcer ici pour l'un ou l'autre système, qui ont, du reste, chacun leur part d'avantages et d'inconvénients.

Toutefois l'Angleterre, si elle déclare valables chez elle de tels mariages, ne prétend pas les imposer hors de son territoire. Elle a pris des mesures pour avertir les parties que leur mariage, régulier selon la loi anglaise, pouvait fort bien n'être pas reconnu par la loi d'autres États.

En février 1861, un Suisse naturalisé Anglais voulut se marier à l'ambassade anglaise à Paris. L'avocat de la reine, consulté, émit l'avis que le mariage pouvait être célébré. Mais le *Foreign Office* donna comme instruction à Lord Cowley de faire savoir à la fiancée que M. Zwinger pourrait aussi bien être regardé comme Suisse par son pays d'origine (1) que comme sujet anglais par la naturalisation, et que la validité de son mariage pourrait fort bien être mise en doute en Suisse, en France et dans d'autres pays, sauf en Angleterre et dans ses colonies (2). Aussi lui conseilla-t-on de commencer par se marier d'après les formes de la loi française. Nous ignorons si le conseil fut suivi.

Le *Foreign Office* envoya une circulaire conçue dans le même sens, le 28 février 1867, aux chefs de missions sur le continent (3) : « Mon attention », dit le secrétaire d'État, « a été appelée dernièrement sur la « question de la validité des mariages célébrés dans « les hôtels des représentants de Sa Majesté Britanni- « que en pays étrangers entre sujets anglais et étran- « gers. Après avoir consulté les officiers légaux de la « couronne, j'ai à vous donner pour instructions de « faire connaître aux sujets de Sa Majesté, afin qu'ils « comprennent bien la situation dans laquelle ils se

1. Dans cette espèce, la réserve faite par le *Foreign Office* était spécialement justifiée : En 1861, plusieurs cantons suisses admettaient encore le principe de l'*allégeance perpétuelle* (Genève, Neuchâtel). Sous l'empire de la loi fédérale actuelle (applicable à toute la Suisse) « sur la naturalisation suisse et la renonciation à la nationalité suisse » du 3 juillet 1876, la nationalité ne se perd pas *ipso facto* par la naturalisation à l'étranger. Il doit y avoir en outre un acte de renonciation formelle dans les formes prescrites à cette nationalité.

2. *Instruction à Lord Cowley*, du 27 février 1861.

3. *Report of the royal commiss.*, p. 190.

« trouveraient en de telles circonstances, qu'un ma-  
 « riage ainsi contracté *n'est pas nécessairement valide en*  
 « *dehors des possessions de Sa Majesté.* »

Cette circulaire fut motivée par le fait que les tribu-  
 naux de plusieurs des pays où de pareils mariages  
 avaient été célébrés, se refusaient à en reconnaître la  
 validité, lorsque l'une des parties n'était pas sujet bri-  
 tannique (1). Donc, en résumé, le mariage diplomatique  
 est reconnu valable par l'Angleterre, mais *elle ne donne*  
*aucune garantie quant à sa validité en pays étranger.*

Consulté par la commission sur ce point spécial des  
 mariages mixtes, M. Hammond s'exprime ainsi : « Il  
 « est arrivé des cas où l'on a attaqué des mariages  
 « dans lesquels l'une des parties était française, belge  
 « ou espagnole et l'autre anglaise. La validité du  
 « mariage a été mise en question, les lois du pays où  
 « il a été contracté ne reconnaissant pas de tels ma-  
 « riages. Les embarras qu'un tel état de choses est  
 « propre à produire décidèrent le secrétaire d'État à  
 « envoyer une circulaire à tous nos ministres ; circu-  
 « laire qui sera maintenant étendue à nos consuls.  
 « Cette circulaire leur recommande expressément  
 « d'avertir les parties dans tous les cas de mariages  
 « mixtes célébrés dans une ambassade ou un consulat  
 « britannique, que le mariage n'est réellement et né-  
 « cessairement valide qu'en Angleterre. »

Le lord Chancelier s'exprime dans le même sens :  
 « Nous ne pouvons faire plus que de reconnaître la  
 « validité de ces mariages dans notre pays. Il va sans  
 « dire que nous ne pouvons avoir aucune influence  
 « sur des pouvoirs étrangers, relativement à la validité  
 « des mariages dans leurs pays. »

1. KELLY. *The French law of marriage*, p. 56.

Mais des difficultés peuvent naître entre les deux pays à la nationalité respective desquels appartiennent les conjoints : quelle sera la loi qui devra prévaloir ? Ce sera la loi locale. Le cas s'était présenté en 1850, à l'occasion d'un mariage célébré entre un Espagnol et une Anglaise, au consulat d'Angleterre à Madrid. La loi espagnole devait prévaloir, d'après l'avocat général, aussi longtemps que les parties résideraient en Espagne « sans contracter un mariage reconnu en forme et « sanctionné par la loi espagnole ».

Dans le même sens, un des Consuls d'Angleterre en Belgique faisait savoir que nul mariage n'est légalement valide en Belgique en ce qui touche les sujets belges, que si ce mariage a été célébré de tous points en conformité avec les règlements belges, basés sur le Code Napoléon.

Malgré ces restrictions apportées par la pratique qui semblent résulter de la nationalité des parties, il est bon de remarquer que le *Diplomatic Act* de 1823 qui est la base de ces mariages ne dit rien de cette nationalité.

Aussi, admettons-nous que, même si les deux parties sont étrangères à l'Angleterre, le mariage ainsi célébré y est reconnu ; mais ce dernier pays décline toute responsabilité quant au degré de validité que la loi lui conférera. C'est même cette loi qui est prépondérante tant qu'ils résident sur le territoire où elle est en vigueur.

En faveur de leur validité en Angleterre, quelle que soit la nationalité des conjoints, on peut invoquer un argument décisif. En 1849 fut rendu, par le Parlement britannique, un acte dit *Consular Act* (1), déclarant

1. Act. 12 et 13. Vict. 1849, ch. 68.

rétrospectivement valables les mariages solennisés dans un pays étranger, à bord d'un vaisseau de guerre anglais en station à l'étranger, par un ministre de l'église anglaise ou écossaise, un fonctionnaire diplomatique ou consulaire, ou le commandant du navire. Or l'acte débute par ces mots : « les *deux contractants* ou l'un des *deux étant Anglais...* » Cet acte avait pour but principal de pourvoir aux mariages entre sujets anglais ou entre personnes dont l'une était Anglaise, dans les pays où des difficultés pouvaient s'élever relativement aux mariages selon le rite anglican. Si un mariage célébré par un simple consul ou seulement par un officier sur un navire est reconnu, alors même que l'un des deux époux n'appartient pas à la nationalité anglaise, ne faut-il pas *a fortiori* se prononcer pour la validité du mariage contracté devant un agent diplomatique proprement dit dans les mêmes conditions ?

Remarquons une différence considérable, de ce chef, entre la législation française et la législation anglaise : aux termes des art. 48 et 170 combinés du Code civil, un Français et une Française peuvent se marier valablement devant leur agent diplomatique ou consulaire à l'étranger ; mais le ministre où le consul seraient absolument incompétents pour procéder au mariage d'un Français et d'une Étrangère. Sauf les réserves que nous avons vues en ce qui concerne la validité du mariage en pays étranger, le mariage célébré entre un Anglais et une Anglaise ou entre un Anglais et une personne étrangère est reconnu valable en Angleterre.

Quant à la validité de ces mariages à l'étranger,

c'est-à-dire hors du territoire britannique, voici l'opinion émise par un avocat américain très en vue :  
« Nous ne savons si, en l'absence de stipulations à cet  
« effet, dans des traités, ils (les mariages) ne conti-  
« nueraient pas à être jugés nuls par tous les tribu-  
« naux étrangers, par le motif qu'on ne saurait tolérer  
« qu'une pareille action exterritoriale d'un statut  
« vienne annuler la souveraineté du lieu ou le contrat  
« est fait, où le mariage est célébré. Si l'on pouvait  
« jamais soutenir une telle prétention, ce serait dans  
« le cas des mariages célébrés aux résidences des  
« ambassadeurs, en se basant sur la théorie de l'ex-  
« territorialité des résidences. »

Si des Étrangers veulent se marier en Angleterre, la situation change ; les auteurs anglais admettent que, dans ce cas, le mariage doit être célébré d'après la loi anglaise. Car on ne connaît rien, disent-ils, sur le continent de semblable à nos mariages diplomatiques. C'est ainsi qu'un mariage n'a jamais été célébré dans la chapelle de l'ambassadeur de France à Londres. Cette assertion reproduite par Lawrence (1) paraît indiquer chez son auteur, une ignorance complète de la législation française en matière de mariage et d'état civil. Aussi cet argument n'est pas soutenable, mais la solution en elle-même est conforme à la tendance de la jurisprudence anglaise de reconnaître la territorialité absolue de la loi dans tout le royaume britannique.

En résumé, lorsque l'un des époux est sujet britannique, les mariages indiqués ci-après sont valables,

1. *Revue du Droit international*, 70, 272.

quoique célébrés à l'étranger sans l'observation des formalités de la *lex loci*.

1° Le mariage célébré par un ministre de l'Église anglicane dans la chapelle ou l'hôtel d'un ambassadeur ou d'un ministre britannique résidant dans le pays où il est accrédité ;

2° Le mariage célébré par un ministre de l'Église anglicane dans la chapelle appartenant à une factorerie britannique ou dans la maison d'un sujet britannique résidant à cette factorerie ;

3° Le mariage célébré dans les lignes de l'armée britannique par un chapelain, un officier ou tout autre personne officiant d'après les ordres du commandant en chef d'une armée britannique en pays étranger ;

4° Le mariage célébré par le consul britannique ou en sa présence, conformément aux dispositions du statut 12 et 13 Vict., ch. 68 (*Consular Act*).

Les mariages valables selon l'acte du Parlement (*Act of Parliament*) sont à tous points de vue valables en Angleterre (*Stocquart*, article cité).

#### ÉTATS-UNIS.

Des termes d'une opinion émise, le 24 novembre 1854, par M. Cushing, *attorney général* des États-Unis, il ressort les principes généraux suivants : Le mariage doit être réglé par la loi du pays où il a été célébré : c'est donc la règle *locus regit actum* qui est appliquée (1).

On pourrait avoir recours toutefois à une autre loi qu'à la loi locale dans quelques circonstances, et no-

1. STORY, *Conflicts of laws* § 113 et *opinion of attorney général* vol. VIII, p. 22.

tamment lorsque la loi du pays suit les parties contractantes, par exemple, dans le cas d'une armée envahissante, ou d'une armée traversant un territoire ami.

Cependant un souverain de passage, *un ambassadeur*, ou un ministre en pays étranger pourraient valablement célébrer un mariage entre leurs sujets ou compatriotes ou entre gens de leur suite.

Quant au mariage célébré par un ambassadeur entre étrangers à sa nationalité, ou citoyens du pays où il est accrédité, qui y résideraient ou y seraient de passage, il est nul et de nul effet, à moins que la loi locale n'en reconnaisse la validité.

Les consuls n'ont aucune autorité pour célébrer les mariages. Cependant ils peuvent servir de témoins comme tout autre dans les pays où le simple échange de consentement devant un tiers, quel que soit d'ailleurs le caractère de ce dernier, suffit pour la validité de la célébration. Il en était ainsi en Écosse avant l'acte de 1856 qui mit fin aux mariages dits de *Gretna Green*.

Mais dans les pays *hors chrétienté*, un acte de mariage peut être valablement célébré et certifié, non seulement par un ambassadeur, mais même par un consul des États-Unis. C'est un des cas où, d'après la *lex loci*, le mariage est impossible.

L'attorney général va même plus loin : dans ces pays-là, les mariages pourraient être valablement célébrés par l'échange du consentement des parties, sans aucune formalité. Il y aurait là encore de nos jours une application du droit canon antérieur au Concile de Trente, reconnaissant comme valables les mariages contractés *per verba de futuro* et *verba de præsenti*. Mais ces dernières restrictions à la règle *locus regit actum* ne

s'appliquent pas aux pays européens et à leurs colonies.

Il existe cependant un acte du Congrès des États-Unis du 22 juin 1860 qui paraît être en contradiction avec les solutions indiquées :

« Tout mariage célébré pardevant un officier consulaire en pays étranger entre des personnes qui seraient autorisées à se marier, si elles résidaient dans le district de Colombie, aura force et effet, et sera valable à tous égards, comme s'il avait été célébré aux États-Unis. Dans tous les cas où il y aura eu mariage pardevant un officier consulaire, ledit officier devra remettre à chacune des parties un certificat dudit mariage, et devra en envoyer également un au Département d'État pour y être conservé ; ledit certificat spécifiera le nom des parties, leur âge, le lieu de leur naissance et de leur résidence » § 31 (1).

Mais il n'en est rien ; cette contradiction n'est qu'apparente ; ce § 31 de l'acte du Congrès n'a en vue que d'exiger la présence d'un officier consulaire à la célébration du mariage. « C'est là, sans nul doute, une mesure pleine de sagesse, non seulement en ce qu'elle rend plus facile la constatation authentique de ce mariage aux États-Unis, mais en ce qu'elle est elle-même une garantie contre la fraude. Mais cette mesure n'enlève pas aux autorités locales la célébra-

1. *U. S. Statuts at Large*, 1859-1860, p. 77.

Cet acte du congrès, quoique conçu en termes généraux, ne se rapporte qu'aux consuls établis en Chine et dans les pays non chrétiens. Il est, en effet inséré, dans une loi ayant pour objet de mettre à exécution les traités avec ces pays-là exclusivement.

« tion d'un tel mariage, et elle ne donne aucun pouvoir à  
« l'officier consulaire de faire lui-même la cérémonie. » (1)

Remarquons que les solutions admises par l'attorney général ont un caractère officiel : elles sont, en effet, insérées textuellement dans les instructions données aux consuls des États-Unis (2) et sont certainement obligatoires pour eux.

Quelle sera la validité de ces mariages aux yeux des lois étrangères (3) et spécialement de la loi française ? Nous ne pouvons mieux répondre que par un fragment d'une lettre écrite par M. Hoffman, ancien secrétaire de la légation des États-Unis à Paris, en date du 31 août 1874 :

« .... Pendant les sept années que j'ai été secrétaire  
« de cette légation, cent cinquante mariages y ont été  
« célébrés, c'est-à-dire plus que dans toutes les autres  
« légations réunies des États-Unis dans la même pé-  
« riode. L'importance de la question et le désir natu-  
« rel que j'ai eu de prémunir les femmes de mon pays  
« des conséquences désastreuses d'un mariage illégal,  
« ont contribué à y consacrer toute mon attention...

« Je devrais peut-être faire remarquer, en commen-  
« çant, que la légalité de pareils mariages a attiré  
« l'attention sérieuse des hommes éminents et cons-  
« cienzieux qui représentent et ont représenté les  
« États-Unis en France. Tous, depuis 1858, se sont  
« prononcés pour la validité.

« A mon arrivée à la légation, en 1866, pénétré de

1. *Instruction de M. Cass, secrétaire d'État, à M. Fay, Ministre des États-Unis à Berne, en date du 12 novembre 1860.*

2. *Consular regulation of 1868.*

3. *Étrangères aux États-Unis.*

« l'importance que présentait la solution de cette ques-  
 « tion, je la soumis, avec l'autorisation de mon chef  
 « hiérarchique, M. Dix, à M. Moreau, l'éminent conseil  
 « des États-Unis dans le procès Armand, désirant spé-  
 « cialement être renseigné par lui sur le degré de va-  
 « lidité que de pareils mariages avaient *aux yeux de la*  
 « *loi française.* »

Voici sa réponse : « Le soussigné, avocat à la Cour  
 « impériale de Paris, ayant été consulté sur la validité  
 « d'un mariage contracté entre Américains devant le  
 « ministre des États-Unis, et à l'hôtel de la Légation,  
 « est d'avis qu'un pareil mariage est *va'able aux yeux*  
 « *de la loi française.* »

M. Moreau donnait à l'appui, entre autres, l'argu-  
 ment suivant : par deux jugements, les tribunaux fran-  
 çais ont annulé des mariages entre *Américains et Fran-*  
*çaises*, célébrés dans des ambassades, parce que la  
 femme était Française. C'est donc que si les deux par-  
 ties avaient été américaines, ils auraient reconnu la  
 validité d'un mariage célébré dans ces conditions (1).

Ajoutons qu'il n'y avait là qu'une application, à des  
 Étrangers, des dispositions de l'art. 48 du Code civil,  
 par réciprocité.

Un avocat américain a écrit il y a quelques années :  
 « Il y a sans doute bien des Américains, mariés  
 « en Europe, soit dans une église américaine, soit  
 « à la résidence du ministre américain, par un mem-  
 « bre du clergé, et selon les formes usitées dans  
 « leur pays, qui seraient bien étonnés d'apprendre  
 « qu'un tel mariage est entaché de nullité, non seule-

1. Cet argument *a fortiori* ne nous paraît pas concluant.

« ment selon la loi étrangère, *mais peut-être aussi selon la leur.* »

Il ressort des documents précités que cette assertion est insoutenable, lorsque le mariage a été célébré *entre deux Américains* devant un ministre de ce pays. Même aux yeux de la loi française, on l'a vu, il serait reconnu très probablement comme régulier.

Il en serait autrement s'il s'agissait d'un Américain et d'une Étrangère, ou si le mariage avait eu lieu devant un consul (sauf les tempéraments qui viennent d'être établis).

L'opinion émise par cet avocat établi à Paris avait provoqué, en se répandant, une véritable panique dans la société américaine très nombreuse de cette ville, beaucoup de mariages ayant été célébrés devant le chapelain de la légation des États-Unis. C'est en partie pour dissiper ces craintes que fut engagée la correspondance dont nous avons extrait quelques lignes.

On voit que les intéressés peuvent se rassurer sur la légalité de leur union (1).

En France, même si les tribunaux considéraient, contrairement à notre manière de voir, ces mariages comme entachés de nullité, ils auraient la valeur de *mariages putatifs*, avec toutes les conséquences qu'en tire l'art. 202 du Code civil. La jurisprudence et la doctrine admettent que la bonne foi peut reposer, soit sur une erreur *de fait*, soit sur une erreur *de droit* (c'est-à-dire l'ignorance d'une disposition législative qui met obstacle à la célébration du

1. Consulter : *the French law of marriage and conflict of laws arising therefrom* by EDMOND KELLY, M. A. of the New-York, Bay, etc., pag. 54 s. Nous donnons *in extenso* dans l'appendice la correspondance citée.

mariage). C'est l'hypothèse dont nous nous occupons (1).

Quant à l'acte du congrès relatif aux consuls, il n'a eu pour but, avons-nous dit, que d'exiger la présence d'un officier consulaire à la célébration du mariage — *ad probationem*. Cette mesure n'enlève pas aux autorités locales leur compétence en cette matière.

De ces documents ressort la théorie générale suivante quant aux mariages célébrés devant les agents diplomatiques et consulaires des États-Unis, en pays de chrétienté :

1° Les mariages entre Américains peuvent être valablement célébrés devant les agents diplomatiques proprement dits des États-Unis à l'étranger ;

2° Les mariages célébrés devant les consuls, et agents consulaires sont irréguliers (2) (sauf les dispositions de l'acte de 1860) ;

3° Les mariages entre Américains et Étrangers ne peuvent être célébrés dans une légation des États-Unis, et la règle *locus regit actum* doit être suivie dans ce cas.

#### SUISSE.

On sait que le mariage a été sécularisé par une loi fédérale du 24 décembre 1874, applicable à tous les cantons.

L'art. 13 s'exprime ainsi : « Le conseil fédéral est

1. Voir BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. I, n° 524.

2. L'incompétence des consuls ressort en outre de la *consular regulation de 1868* qui, en déclarant valables les mariages célébrés par-devant un *Ministre* des États-Unis, décide implicitement qu'ils sont irréguliers quand ils sont célébrés devant un consul.

« autorisé à donner, là où il trouve utile, aux agents  
« diplomatiques et consulaires de la confédération à  
« l'étranger, des attributions relatives à la constatation  
« des naissances et des décès des ressortissants suis-  
« ses, et à la célébration des mariages entre Suisses et  
« Étrangers. Il publier, dans ce but, les règlements  
« et les ordonnances nécessaires sur la base de la pré-  
« sente loi. »

Un règlement du Conseil fédéral, en date du 26 mai 1876, sur les fonctionnaires consulaires de la Suisse, annonce dans son article 32, une ordonnance spéciale sur les actes de l'état civil, mais aucun règlement ni ordonnance n'ont été publiés jusqu'à ce jour (1).

Cependant, les consuls suisses à Manille pour les îles Philippines, à Buénos-Ayres pour la République Argentine, à Yokohama et Tokio (un seul poste) et à Hiogo et Osaka (un seul poste) sont autorisés à exercer les fonctions d'officiers d'état civil.

#### BELGIQUE.

Le mariage des Belges est régi par le Code civil français. Par conséquent les Belges peuvent se marier soit devant les autorités locales (art. 176) soit devant les agents diplomatiques ou consulaires de la Belgique à l'étranger (art. 47). La différence suivante existait entre les deux cas : dans le premier, la célébration pouvait avoir lieu soit entre Belges, soit entre Belges et Étrangers ; dans le second, l'agent n'avait compétence que pour la célébration des mariages

1. STOCQUART, art. cité, *Revue de Droit international*, 1888, p. 285.

Voir les critiques de cette législation par M. CH. BROCHER, *Ibid.*, p. 86.

entre Belges. Cette différence est admise par la jurisprudence française et l'était par la jurisprudence belge. Elle semble du reste indiquée par le texte des deux dispositions.

Ce système était excellent pour les pays où une autorité civile incontestée a mission de procéder au mariage; ce qui a lieu pour l'Europe dans les pays suivants: France, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Luxembourg, Roumanie et Suisse.

Mais, dans les autres, il présentait de graves inconvénients, et il pouvait se faire que nombre de Belges se trouvassent placés dans l'alternative d'un célibat forcé ou d'une vie irrégulière, la loi locale ne leur offrant pas de garanties suffisantes, leurs agents étant incompetents (1).

Il en était notamment ainsi dans les pays où le mariage n'était pas sécularisé et où les canons du Concile de Trente étaient encore en vigueur (2) (Brésil, Pérou, Hongrie, République Argentine). Les futurs devaient appartenir à la confession pratiquée dans les

1. Exposé de la loi du 20 mai 1882 dont nous allons nous occuper.

2. CONCILE DE TRENTE, ch. I, section IV. *Decretum de reformatione matrimonii*. Sacri Lateranensis concilii, sub Innocentio III celebrati, vestigiis inherendo præcipit ut in posterum antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium parcho, tribus continuis diebus festivis in ecclesia inter missarum solemnias publice denuntietur, inter quas matrimonium sit contrahendum. Nisi ordinarius ipse expedire judicaverit ut prædictæ denuntiationes remittantur quod illius prudentiæ et judicio sancta synodus relinquit. Qui aliter quam præsentente parcho, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia et duobus et vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit prout eos præsentis decreto irritos facit et annullat.

deux États et dans ceux où l'état civil n'offrirait pas les garanties nécessaires (1).

C'est sous l'influence de ces considérations, des difficultés que présentait le recours aux autorités étrangères pour les célébrations, hors de Belgique, des mariages entre Belges et Étrangers, que fut proposée et votée à l'unanimité par les deux Chambres — chose rare dans les annales parlementaires — la loi du 20 mai 1882 *relative à la célébration des mariages des Belges en pays étranger*.

Elle modifie l'art. 170 du Code civil. Elle est ainsi conçue :

L'article 170 du Code civil est remplacé par les dispositions suivantes :

1° Les mariages en pays étrangers entre Belges et entre Belges et Étrangers seront célébrés dans les formes usitées dans lesdits pays ;

2° Les mariages entre Belges pourront également être célébrés par les agents diplomatiques et les consuls de Belgique, conformément aux lois belges ;

3° Les agents diplomatiques et consuls de Belgique pourront célébrer les mariages entre Belges et Étrangères, s'ils ont obtenu l'autorisation spéciale du Ministre des Affaires étrangères ;

4° Les mariages sont publiés conformément aux lois belges, en Belgique, par l'officier de l'état civil et par les agents diplomatiques et les consuls dans les chancelleries où les unions seront célébrées ;

1. « Parmi les régions où l'abstention obligatoire de nos consuls crée  
« des situations regrettables, on doit ranger tout l'Orient ottoman. Là  
« les personnes qui ne suivent pas la loi du Prophète, ne sauraient se  
« marier régulièrement, l'état civil turc étant basé sur le Coran, qui  
« proscrit les unions entre musulmans et chrétiens. *Exposé des motifs*.

5° Les mariages célébrés dans les formes prescrites par les n<sup>os</sup> 1, 2 et 3 de la présente loi seront valables, si les Belges n'ont point contrevenu aux dispositions prescrites, sous peine de nullité (chapitre 1<sup>er</sup>, titre V, livre 1<sup>er</sup> du Code civil);

6° La capacité de la femme étrangère est réglée par son statut personnel.

Remarquons que cette loi n'autorise pas *in globo*, d'une manière générale, les mariages mixtes célébrés à l'étranger devant un agent diplomatique ou consulaire belge : il faudra que chaque agent obtienne une autorisation du ministre des Affaires étrangères. C'est donc un nouveau système différant, absolument de ceux que nous avons étudiés. Cette autorisation, dit l'exposé des motifs, sera accordée seulement aux agents qui résident dans les contrées où l'état civil n'offre pas de garanties suffisantes (c'est ainsi qu'en Chine on ne dresse pas d'acte officiel des cérémonies qui constatent le mariage) (1).

Enfin la loi belge reconnaît, comme la loi anglaise, que le mariage conclu dans ces conditions entre un Belge et une Étrangère, valable à ses yeux, court le risque d'être méconnu par la loi étrangère. « Nos lois », dit l'exposé des motifs, ne sauraient établir au delà du « territoire des autorités publiques ayant juridiction sur « des personnes n'appartenant pas à notre nationalité » (2).

1. Voir exposé des motifs. *Ann. parlem.* 1872, p. 1198.

2. *Eod.*, p. 316. « Le gouvernement ne s'est d'ailleurs pas dissimulé, le côté délicat de l'innovation. Ces mariages célébrés par un consul belge entre des Belges et des Étrangers seront-ils valables partout? Ils n'auront nécessairement d'existence valable qu'en Belgique ; ils courent le risque d'être considérés à l'étranger comme

Cette loi constitue une importante innovation : en effet, auparavant, la jurisprudence belge, conforme sur ce point à la jurisprudence française, limitait la compétence des agents belges à l'étranger, au cas où les deux parties appartenaient à cette nationalité (1).

Aucune décision n'a été jusqu'ici rendue (en 1888) sous l'empire de la loi nouvelle ; il sera d'un haut intérêt de constater la manière dont les tribunaux belges appliqueront la loi de 1882 (2).

#### ALLEMAGNE.

La loi allemande est la plus extensive en cette matière. Tandis que l'art. 48 du Code civil français ne donne compétence aux agents diplomatiques que pour les célébrations de mariages entre Français (voir *suprà*), que la loi belge de 1882, § 3 ne reconnaît de pareils mariages comme valables que si le mari est belge, excluant par là implicitement les unions entre Étrangers et femmes belges, la loi allemande permet de célébrer le mariage même *d'une Allemande* avec un Étranger. Mais, de même que la loi belge, à la différence de la loi et des usages français, les agents diplomatiques ou consulaires allemands doivent se pour-

inexistants. Mais, ajoute le gouvernement, ce serait déjà un résultat très important au point de vue de la morale, que de pouvoir substituer à des relations illégitimes une union conjugale parfaitement valable en Belgique. *Notice par M. L. RENAULT, professeur à la faculté de Droit de Paris sur la loi de 1882. Annuaire de législ. étrangère 1882, p. 734 et 735.*

1. Voir Cour de Bruxelles, 26 juillet 1853. *Pasicrisie belge*, 1854, t. II, p. 54.

2. ÉMILE STOCQUART. *Le privilège d'exterritorialité. Revue de Droit intern.*, 1888, p. 278.

voir d'une autorisation du chancelier de l'Empire (en Belgique elle doit émaner du ministre des Affaires étrangères).

« Les agents diplomatiques ou consulaires peuvent, « en vertu d'une autorisation du chancelier de l'Empire, « agir comme officiers de l'état civil pour des mariages, « même si une seule des parties contractantes est allemande. » (Loi de l'Empire allemand du 4 mai 1870 concernant la célébration des mariages des Allemands en pays étranger.)

La loi d'Empire du 6 février 1875, *relative aux mariages et aux actes de l'état civil des Nationaux de l'Empire qui se trouvent à l'étranger*, n'abroge pas la disposition de celle du 4 mai 1870, elle ne fait qu'en étendre les dispositions aux protégés : « Le chancelier « de l'Empire peut conférer à tout agent diplomatique « ou consulaire de l'Empire les attributions relatives à « la célébration des mariages et aux actes de l'état civil « des Nationaux de l'Empire et de ceux qui vivent sous sa « protection. » Cette disposition est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1875 (1).

On peut critiquer la loi allemande lorsque la femme seule est allemande et que le mariage est célébré dans une ambassade ou un consulat de l'Empire à l'étranger. En effet, le futur mari se trouve soumis à une loi avec laquelle il n'a aucun rapport personnel et sur un territoire où elle n'a aucune autorité.

Ce résultat est plus anormal lorsque c'est le mari qui est étranger à la nation dont dépend le consulat ou la légation que lorsque c'est la femme (système belge) ;

1. Cette loi allemande se trouve reproduite en entier dans l'ouvrage de M. GLASSON. *Le mariage civil et le divorce*, p. 518.

car, d'après un grand nombre de législations, la femme suit la condition de son mari (1).

C'est donc dans cette hypothèse célébrer un mariage d'après une loi à laquelle l'un des conjoints est étranger jusqu'à cette célébration et à laquelle les deux conjoints deviennent étrangers après cette célébration.

Il est inutile d'ajouter que les mariages mixtes ne sont valables qu'en Belgique ou en Allemagne, respectivement : la souveraineté des autres États faisant obstacle à ce qu'on leur impose une loi étrangère relativement à leurs nationaux ou sujets.

Toutefois, M. de Bar (2) arrive à soutenir, par le raisonnement suivant, que le mariage diplomatique belge (c'est-à-dire entre *un Belge* et *une Étrangère*) peut être regardé comme valable *partout* : la femme, belge de naissance ou naturalisée belge, épousant un individu de même nationalité devant son agent diplomatique ou consulaire, verrait certainement son mariage reconnu par la loi étrangère ; or, en consentant à se marier avec un Belge, une Étrangère *se fait implicitement naturaliser belge*.

Le raisonnement nous paraît pécher sur deux points : 1° il n'est point sûr qu'un mariage, dans les conditions où la majeure du syllogisme de M. de Bar l'expose, soit certainement reconnu comme valable par la loi étrangère — c'est au moins contestable. Certains pays ad-

1. Il convient de rappeler ici la nouvelle rédaction de l'art. 19 du code civil en ce qui concerne la femme. *Loi sur la nationalité du 26 juin 1889* : La femme française qui épouse un Étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste française.

Art. 12. L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari.

2. *Loc. cit.*

mettent, en effet, la territorialité absolue de la loi ; 2° la naturalisation résultant du mariage, intervient *après* le mariage ; si l'un des futurs conjoints mourait subitement au moment de prononcer le oui sacramentel, l'autre aurait conservé sa nationalité étrangère : il n'y aurait ni mariage ni naturalisation.

Cette argumentation a toutefois une apparence spécieuse et pourrait être invoquée dans un procès. Bien des causes ont été gagnées avec de moins bons arguments.

Appliqués dans des pays où le mariage risquerait de ne pas être régulièrement célébré d'après la loi locale, et avec le tempérament de l'autorisation, les systèmes belge et allemand nous paraissent constituer un véritable progrès législatif.

Ces dispositions législatives allemandes et belges ont, en effet, principalement pour but de remédier aux graves inconvénients qui peuvent résulter pour les conjoints de l'application exclusive de la règle *locus regit actum*, dans les pays où ils trouveraient des difficultés à se marier selon la loi locale et dans ceux où la célébration ne suffirait pas à constater efficacement le mariage (1).

Les registres diplomatiques et consulaires ont l'inappréciable avantage d'en fournir une *preuve* authentique, ce qui peut avoir une grande importance en matière de filiation et de questions d'état : preuve durable et facile à produire.

1. Il y a beaucoup de pays où les sujets des États chrétiens et il est d'autres pays, ou des parties qui appartiennent à des religions différentes, trouvent des difficultés presque insurmontables à se marier régulièrement ou même dans une forme quelconque. DE BAR. *Conflit de lois. Revue de Droit international*, 1887, p. 236.

Mais, dans la plupart des États européens et dans ceux des autres États dont la législation ou les usages assurent une célébration parfaitement régulière et une preuve indiscutable du mariage, nous serions partisan du système restrictif tel qu'il est suivi dans l'union américaine : nullité en principe des mariages célébrés devant les agents diplomatiques, sauf dans certaines circonstances exceptionnelles dont nous voudrions voir diminuer le nombre. Dans la majorité des cas, aucune raison d'utilité pratique pour écarter la règle, on ne peut invoquer *locus regit actum*.

Il y a en revanche des inconvénients et, entre autres celui-ci : beaucoup de personnes peu versées dans les questions de droit croient que les agents diplomatiques et consulaires de tous pays ont, parmi leurs attributions indiscutables, celle de procéder à la célébration des mariages. Les idées erronnées s'accréditent facilement quand elles renferment une part de vérité. C'est ainsi que les Anglais reconnaissent la validité des mariages diplomatiques ou consulaires célébrés par leurs agents à l'étranger (acte de 1823 voir *suprà*), tandis que la législation des États-Unis ne reconnaît la validité de pareilles unions que dans un petit nombre de cas (*suprà*), et se prononce pour la nullité des mariages célébrés devant des agents consulaires (sauf l'hypothèse spécial prévue par le § 31 de l'acte de 1860).

Cette erreur, en se répandant, pourrait amener la célébration de mariages entachés de nullité devant les agents diplomatiques ou consulaires de nations dont la législation ne reconnaît pas les mariages mixtes ainsi célébrés — et c'est la majorité.

Il serait donc désirable, selon nous, que, sauf la restriction admise pour les pays hors chrétienté ou pour ceux n'offrant pas les garanties nécessaires en matière d'état civil, la règle générale fût que les mariages mixtes doivent être célébrés selon la loi locale.

Nous ne pousserons pas plus loin cette étude de législation comparée, les limites assignées à ce travail ne nous le permettent pas. Nous nous sommes contenté d'indiquer les principaux systèmes. On peut consulter sur cette matière, relativement aux pays dont nous avons passé les législations sous silence, l'art. de Stocquart : *Les privilèges de l'exterritorialité, Revue de droit international*, 1888, p. 261 ; le *Journal de droit international privé* (CLUNET), 1870 ; pour l'Italie, même journal, 1886, p. 299. KELLY, *The french law of marriage and conflict of laws arising therefrom* (spécialement pour l'Union américaine et l'Angleterre).

#### ANNEXE

*Correspondance échangée entre des fonctionnaires américains quant à la validité des mariages célébrés par leurs Nationaux en France. — Instruction ministérielle adressée de France en Angleterre.*

February 28 th. 1883.

My dear Mr. Whiteing,

I have just read your interesting letter of the 22<sup>nd</sup> ultimo, which refers particularly to Americans marrying in France, and I venture to address you these few lines in the hope that they will remove the misun-

derstanding which seems to prevail in this important matter.

In the first place, let me quiet your uneasiness about the « thousands of Americans married over here, at their Legation, and who may find that they have not been married at all. » Such an awful thing is not likely to happen, for the simple reason that no such marriages take place at the Legation.

We are instructed to allow a marriage to be solemnized at the Legation only when the parties have complied with all the requirements of the French law, that is to say; only when the marriage of the Legation is no more open to any objection.

The reason for this instruction, which is generally misunderstood, is not that the French Government does not admit the validity of such marriages, for it does; nor is it because they are forbidden by American Statutes, for they are not; but because, in certain cases, the validity of such marriages might be contested, and have been contested, both abroad and in the United States, on the ground that some legal requirement or other has not been strictly complied with.

Without mentioning the difficulty for our Legations of being allways well informed of the changes which might take place in the local laws of our thirty-eight States and ten Territories, and the impossibility in certain cases, of complying with all the requirements of these laws, there is an obvious impropriety in using the privileges of a legation for the performance of a ceremony which, as Mr. Hamilton Fish remarks in a printed dispatch to Mr. Washburne « may be held by

the tribunals of the country in which the legation is situated to be in contravention of the laws of that country. »

In view of such consideration, and for this additional and important reason, that a marriage is valid everywhere in the United States when made in accordance with the laws of the country where it has taken place, it has been found proper to inform every American who desires to be married abroad that he should do so in accordance with the legal requirements of the country in which he may find himself.

« In the instructions it has issued », says Mr. Fish in the dispatch above mentioned, « the aim of the Department has been one of precaution and admonition, prescribing only what was clearly within the statutory enactments, cautioning against what is uncertain or doubtful, and withholding the use of the Legation in cases where the possibilities of a decision adverse to the legality of a marriage celebrated within it seem to approach to a certainty, or at least are potential » (Foreign Relations, 1875, p. 447).

I may add that, owing to the great kindness of the French authorities, this Legation has been put in the way of furnishing to American citizens desiring to marry in France such papers as will remove or smoothen many of the formalities exacted from French people.

I am, etc.....

HENRY VIGNAUD,  
Assistant secretary.

FRANCE

N° 206

Mr. Hoffmann to Mr. Fish.

(N° 1027). Legation of the United States. — Paris, August, 31, 1874. — (Received september, 17).

Sir,

During his recent visit to Paris, on his way to Berlin, Mr. Davis exhibited to me the advanced sheets of the instructions you propose to issue to the diplomatic officers of the United States. Amongst them I observed one upon the subject of marriages celebrated at the Legations of the United States between Americans. During the seven years I have been secretary of this Legation, one hundred and fifty marriages have been celebrated here, probably more than in all the other Legations of the United States in Europe during the same period. The importance of the subject, and my natural desire to protect my countrywomen from the sad consequences of an illegal marriage, have induced me to give to this subject an exceptional attention. You will, therefore, excuse me if I venture to offer some observations upon the proposed instructions in this matter.

I may perhaps remark, in the first place, that the legality of these marriages has been the object of serious consideration by the able and conscientious men who have represented the United States in France. The volume of certificats which I have before me runs back to 1858. Mr. Mason, Mr. Faulkner, Mr. Dayton, Mr. Bigelow, Mr. Dix and Mr. Washburne, after full

examination of the subject, were of opinion that such marriages *were perfectly legal*, and acted accordingly. The subject seems naturally to divide itself into three points of view : the legality of these marriages under French law, under United States law, and under State law (1).

When I came here as Secretary of Legation with General Dix, 1866, being impressed with the importance of the subject, I applied, with his assent, to Mr. Moreau, the eminent counsel of the United States in the Armand suits, for his opinion upon the subject of the legality of such marriages under French law. His opinion lies before me. I translate a portion of it :

« The undersigned, counselor at law at the imperial court of Paris, having been consulted as to the validity of a marriage contracted between Americans before the Minister of the United States, and as the hotel of the Legation, is of opinion that such marriage is valid in the eyes of the French law. »

Mr. Moreau then proceeds to give his reasons for this opinion.

Under this head I will add that, in two instances in which marriages between an American man and a Frenchwoman celebrated at their respective embassies, have been annulled by the French Courts, it was upon the ground that the woman was French ; and it was implied that, had she been American or English, as the case might be, the marriage would have been held valid.

1. L'auteur de cette lettre désigne par *State law* les lois des États composant l'Union américaine (et non l'État français) par opposition aux lois fédérales, applicables dans tous les États-Unis.

The second point of view of this subject is the legality of the marriage under United States law.

This is a point of which I must speak with diffidence. You are necessarily better informed upon this matter at the Department than I can be, and you always have the opportunity of procuring the opinion of the Attorney-General upon the question, if you think it worth to do so. In the elaborate and learned opinion of Mr. Cushing then Attorney-General, upon this subject, however, and which if I am not mistaken, forms the base of its full discussion in the Consular Regulations of 1868, it is assumed that such a marriage, celebrated at a legation, is valid, and the weight of his argument is directed to show that if celebrated at a consulate it is not valid ; and it was in consequence of this opinion that Congress framed the Statute of June 22, 1860 (12 U. S. Stat., page 72), making such marriages valid when celebrated at a consulate under certain prescribed conditions. Had Congress doubted the validity of such marriages at legations, it is scarcely to be supposed that it would not have conferred similar powers upon them. Will it be held irrelevant to suggest that Congress may perhaps have exceeded its powers in passing this law ?

Upon the general principle that the powers which are not expressly confided to Congress are reserved to the States, it may be that, should a conflict hereafter arise between National and State law upon this subject, involving property, the Supreme Court of the United States would decide that the State law was supreme in matters of marriage.

But the third point is that of which I wish especially

to call your attention, the validity of a marriage between Americans celebrated at a United States Legation under the laws of these States.

Two residents of Massachusetts come to this legation desiring to be married. The minister quotes to them your instruction, and declines to permit the marriage except under the conditions therein prescribed. They reply that in this matter they have nothing to do with the United States law; that they are citizens of Massachusetts; that the statute of Massachusetts is supreme for them in this matter; that this statute prescribes that « marriages celebrated in a foreign country by a consul or diplomatic agent of the United States shall be valid in this State; and a copy of the record, or a certificate from such consul or agent, shall be presumptive evidence of such marriage » (*Mass. Gen. Stats*, ch. 106, § 23). They ask to be married under this statute. Is the United States Minister to refuse them the courtesy of the Legation for this purpose? And, if so, could he not with equal propriety refuse to take their acknowledgment to a deed, under the power conferred upon him by the statute of Massachusetts and not by any United States statute?

There is only one other point to which I would call your attention — a minor one in my estimation and in yours, I am sure, but unhappily not such in the opinion of many married people — the question of divorce. If Americans in France are compelled to comply with the laws of France in reference to the formalities to be observed for a marriage, they will be married at the *mairie* where alone these formalities can be complied with Should these Americans afterward be divorced by

a competent tribunal in their own country in Indiana, or elsewhere, the French courts will not respect such a decree. It would be otherwise were they married in the United States or at this Legation. And thus the American citizen is deprived of his inalienable right of divorce.

The question of the disturbance and anxiety which will be thrown into many families by any doubt cast upon the validity of these marriages by so high an authority as your own has no doubt already received your attention.

I am, etc.

WICKHAM HOFFMAN.

N° 208. Mr. Fish to Mr. Washburne.

(N° 660). Department of State,

Washington, November, 14, 1874.

Sir,

Referring to Mr. Hoffman's dispatch of the 31<sup>st</sup> of August last, n° 1027, on the subject of marriages abroad between American citizens, I deem it proper to call your attention to the recent instructions of the Department on that subject, to which the observations of Mr. Hoffman, in the dispatch referred to, are directed.

The question, no less from the intrinsic importance which attaches to a contract of so serious a nature, than in view of the grave consequences which may result, not only to the parties themselves, but to their offspring, from a misapprehension of the law governing such contracts, has been one of no little solicitude to

the Department. It may be stated as general rule, subject to few and rarely-occurring exceptions, that a marriage, solemnized according to the laws on the country in which it is celebrated, will be recognized as valid and binding under the laws of all other civilized or Christian nations ; hence, while it was deemed proper to gratify the natural wish of American citizens to have a contract of such interest to them solemnized under the flag of their own country, and that the hospitality of the Legation should be extended to them for that purpose, the Department at the same time considered is only safe and prudent to advise them, « that a ceremony of marriage performed within the precincts of a Legation may nevertheless be deemed to be performed in the country within which the Legation is situated, and therefore ought, in all respects, to comply with the requirements of the laws of that country, in order to insure its validity ». The wisdom of this precautionary measure with regard to the marriage of American citizens at the United States Legation in Paris is at once evident from the two cases which Mr. Hoffman instances, in which marriages, solemnized in each case at the respective embassy of one of the contracting parties, were both subsequently annulled by a French judicial tribunal. These two cases suggest a rather awkward commentary on the opinions of Mr. Moreau, adduced by Mr. Hoffman in support of his own criticism of the views of the Department. Mr. Moreau's opinion is to the effect that a marriage contracted between Americans before the Minister of the United States, and at the hotel of the Legation, « is valid in the eyes of French law ».

In both of the cases in which the marriages were held void by the French court, the women were French, and it was upon this ground, as Mr Hoffman states, that the contracts were held invalid, but the consequences were no less unfortunate on that account, rights of property acquired by the husbands or wives, either in consequence of or during coverture, were more or less affected by the decrees annulling the marriages. There may have been children of those marriages, and the consequences to them would be of a still more serious character. And if, in the case of a marriage solemnized at the Legation between Americans, who might from any cause be incompetent to enter into such contract under the laws of France, its validity should be brought in question before a French tribunal, it is to be feared that even the opinion of the learned counsel in question would be found insufficient to secure the sanction of the court to its validity.

It was in view of such considerations as these, and admonished by the frequent recurrence of questions growing out of the subject, that the Department deemed it advisable to instruct the diplomatic representatives of the United States, when application might be made for the use of the Legation for such a purpose, to satisfy themselves by inquiry whether the parties might lawfully marry according to the laws of the country in which the Legation is situated, and in case they were found incompetent thus to marry, to inform them that the ceremony could not be permitted to be performed in the Legation. There is, moreover, a manifested impropriety in thus using the privileges of the Legation to give even an implied sanction to the completion of a

contract which may be held by the tribunals of the country in which the Legation is situated to be in contravention of the laws of that country

It may also be supposed that these considerations were not overlooked by Congress in prescribing, as it did, by the thirty-first section of the Act of the 22<sup>nd</sup> of June 1860, a general and uniform rule for the consular officers of the United States in relation to such marriages of American citizens in foreign countries.

The Department finds itself unable to agree with Mr. Hoffman in his inference that Congress, in omitting to name the diplomatic officers, is to be taken as having assumed that a marriage solemnized in presence of the minister would be *per se* valid. It may with quite as much propriety be assumed that Congress looked upon the functions of the diplomatic representative as pertaining more to national affairs, and that, as there is a consul of the United States at every considerable port, while there is but one diplomatic representative, and he at the capital of the country, the conveniences of the parties to the marriage may also have had some weight in the legislative deliberation. With reference to the suggestion that Congress may have transcended its constitutional powers in the passage of the law referred to, it may be observed that the power of determining that question being reserved to the judicial branch of the Government, it is not part of the duty of the executive branch, or its administrative officials, to question the constitutionality of an act of Congress that has become a law according to the prescribed constitutional forms. The law in question, moreover, was evidently intended for the better protection of the rights of Ame-

rican citizens abroad. It imports the sanction of legal validity within the United States to a most solemn contract entered into by them in a foreign land during a temporary absence from their own country. It is difficult to perceive that Congress, in thus investing Federal officers with certain powers to be exercised beyond the territorial limits of the United States, can have transcended the just limits of their constitutional powers, or infringed upon any reserved sovereign rights of the States. Mr. Hoffman supposes a case of two citizens of Massachusetts presenting themselves at the Legation for the purpose of having a marriage ceremony performed, and, upon their being informed of the minister's instructions from this Department, insisting that in that matter they have nothing to do with the United States law, that for them the statute of Massachusetts is supreme.

It is scarcely supposable that citizens of Massachusetts would, at any period in the history of this Government, have advanced that doctrine, and it is scarcely to be expected that so extreme a practical assertion of State sovereignty will henceforth be put forward from any section of the country. Nor is it probable, especially with reference to the marriage contract, and the relations resulting therefrom, that any prudent persons would willingly put themselves in such attitude with reference to a law of the United States; but, should such a case arise, it is only necessary to say that a Federal officer is not bound to execute a State statute unless required so to do by act of Congress, and in the case supposed by Mr Hoffman, it would be an answer to the imaginary citizens of Massachusetts, who might

thus insist upon forcing themselves into the legation, to require from them the production of their right to the use of the legation for their private or family arrangements. The Department's instructions on this, as on other subjects, are intended as a guide for the diplomatic and consular officers of the United States, with the supervision of whose official duties it is charged; these instructions are promulgated from time to time with a view of enabling such officers the better to conform their action to laws of the United States, these laws being the guide of official conduct for the Department and its officers, whether abroad or at home.

Marriages of American citizens abroad, celebrated according to the requirements of the act of Congress of the 22nd of June 1860, are recognized as valid by the Department. But while thus confining its own action within the prescribed limits of the statute, the Department carefully avoids the expression of an opinion in regard to the validity or non-validity of the marriage of citizens celebrated abroad in any other manner than in conformity with the statute requirements. The forms and modes which may attend the performance of that interesting ceremony, as well as the particular place in which it shall be celebrated, are properly left to the determination of the parties themselves; while the legal consequences of the adoption or omission of the observances prescribed by the act of Congress rest with the judicial tribunals of the country, whose exclusive province it is to decide upon such questions, when, in the course of legal proceedings, such decision may become necessary. The aim of the

Department, in the instruction which it has issued, has been one of precaution and admonition, prescribing only what was clearly within the statutory enactments, cautioning against what is uncertain or doubtful, and withholding the use of the Legation in cases where the possibilities of a decision adverse to the legality of a marriage celebrated within it seem to approach to a certainty, or at least are potential.

I am, etc.

(Signed) HAMILTON FISH.

*Mariage entre Français et Anglais (Instruction adressée par M. le ministre des Affaires étrangères aux consuls de France en Angleterre, le 23 décembre 1884).*

Monsieur,

A l'occasion de difficultés concernant des mariages mixtes contractés dans la Grande-Bretagne entre Français et Anglais, le gouvernement de la République a recherché, de concert avec le gouvernement britannique, le moyen de prévenir certaines irrégularités dans l'accomplissement des formalités qui sont prescrites par la loi française et dont l'omission peut donner lieu à des instances en nullité.

Par notes diplomatiques échangées entre les deux cabinets, il a été établi que les consuls de France en Angleterre seraient désormais autorisés à délivrer un certificat qui, ayant pour objet de mieux assurer la validité des unions mixtes, constaterait l'exécution des formalités dont il s'agit. Vous trouverez, ci-joint, copie

de ce certificat et je vous invite, monsieur, à vous conformer, le cas échéant, aux dispositions qui viennent d'être adoptées.

Vous voudrez bien, en outre, lorsqu'il y aura lieu de délivrer un document de cette nature, en faire rentrer la perception sous l'article 174 du tarif des droits à appliquer dans les chancelleries consulaires, sauf dans le cas prévu par le numéro 1 des observations générales touchant l'article 1 du tarif précité. Vous aurez, d'ailleurs, soin d'ouvrir un registre spécial dans lequel seront transcrits, au fur et à mesure, les certificats qui vous seront demandés par les intéressés.

Recevez, Monsieur, etc....

JULES FERRY.

#### *Échelles du Levant.*

Les Français jouissent, en vertu d'anciennes capitulations avec la Porte, de certaines prérogatives, lorsqu'ils résident dans les Échelles du Levant (1), et notamment du privilège de n'être soumis qu'à la seule juridiction française, soit en matière criminelle, soit en matière civile, pourvu que les deux parties en cause soient toutes deux françaises. On se demande si ce privilège doit aller jusqu'à faire céder la règle *locus regit actum*, notamment en matière de mariage.

1. Les principales Échelles pour la France sont Alep, Seyde, Smyrne, Salonique, Alexandrette, Alexandrie, Le Caire, Naxis et Paros, Miconi, Tripoli de Barbarie, Tripoli de Syrie, Napoli de Romanie, la Morée, l'île Négrepont, l'île de Candie, Rea, Scio et les autres de l'Archipel, enfin Constantinople. (DALLOZ, *alphan.* V<sup>o</sup> Échelles du Levant et de Barbarie).

Voir ordonnance du 16 août 1681, édit du 29 juin 1778, ordonnance du 3 mars 1781, loi du 28 mai 1836.

Des opinions divergentes sont soutenues. D'après M. Weiss (1) ; les Européens placés sous la protection des capitulations sont réputés n'avoir pas quitté le sol de leur patrie ; l'application de leur législation nationale ne souffre aucune limitation, même résultant de la loi d'ordre public musulmane. « Cette fiction d'exterritorialité est même poussée si loin que la règle *locus regit actum* ne peut être invoquée par eux. »

Rien de plus absolu, on le voit, que cette doctrine.

Fiore combat cette théorie : la prétendue exterritorialité accordée aux sujets chrétiens résidant sur le territoire ottoman n'est, en effet, qu'une formule doctrinale adoptée pour désigner d'une façon générale l'ensemble des franchises ou des exemptions dont les Européens jouissent en Turquie, en vertu des capitulations. Mais cette situation privilégiée ne va pas jusqu'à faire considérer les Européens comme continuant à résider dans leur patrie, et à limiter à leur égard l'application de la règle *locus regit actum*.

Il faut donc leur reconnaître, lorsqu'ils résident en Turquie, le droit de faire célébrer leur mariage à leur choix, soit devant les agents consulaires ou diplomatiques italiens dans les formes prescrites par la loi italienne, soit devant les autorités turques, en observant les formalités requises par la loi ottomane (*Journal du droit int. privé*, 86, 308).

La jurisprudence française, contrairement à sa tendance générale, extensive en matière d'immunités et spécialement en matière d'exterritorialité diplomatiques, en pays de chrétienté, se montre, au contraire, restrictive dans les Échelles.

1. *Op. cit.*, p. 568.

Un contrat de mariage stipulant le régime dotal avait été fait à Constantinople entre les futurs époux Alléon, Français, et demoiselle Stiepowitch, Prussienne; mais les parties avaient suivi la loi locale et le contrat de mariage avait été rédigé par acte sous seing privé (1). Décès de Mme Alléon; ses héritiers demandent le partage des biens de la défunte qui seraient tombés dans la communauté, s'il y avait eu communauté. Ils soutenaient que tel était le cas, parce que les capitulations écartaient la règle *locus regit actum* dans les Échelles, que, par conséquent, l'art. 1394 du Code civil français aurait dû être appliqué, sa violation entraînait la nullité du contrat de mariage et, aux termes de l'art. 1393, le droit commun reprenait son empire et les conjoints étaient réputés s'être mariés sous le régime de la communauté légale.

Alléon repoussait cette demande en se fondant sur la règle *locus regit actum* et sur l'inapplicabilité de l'art. 1393 (qui régit l'union conjugale, à défaut de conventions contraires expresses).

Le tribunal consulaire de Constantinople, devant qui le procès fut porté, débouta le demandeur de son action en partage en se basant sur les motifs suivants: « Con-  
« sidérant que si, pour ces raisons (2), il est impos-  
« sible de dire qu'un Français à Constantinople est à  
« l'étranger au même titre que s'il habitait un pays  
« chrétien; *il serait également faux d'admettre que le*  
« *principe d'exterritorialité lui est applicable dans toute son*  
« *étendue et dans toutes ses conséquences*; qu'en effet,

1. Comp. art. 1394, 1<sup>o</sup> Code civil.

2. L'arrêt rappelle les capitulations et les attributions spéciales des consuls en pays du Levant. Voir DALLOZ, 65, 1, 342.

« d'une part, des précédents constants et immémo-  
« riaux, et d'autre part, la sanction donnée à certains  
« actes par le gouvernement français et par les tribu-  
« naux de la métropole donnent, au besoin, de nom-  
« breux démentis à cette doctrine ; que, pour n'en  
« citer que quelques exemples pris parmi les plus  
« éclatants, les mariages soit entre Français, soit  
« entre Français et Étrangers, sont reconnus va-  
« lables lorsqu'ils ont été célébrés dans la forme usitée  
« chez les chrétiens du Levant, c'est-à-dire par le curé  
« de la paroisse, et ce, par application de l'art. 170  
« Cod. Nap., qui ne régit les Français qu'à l'étranger ;  
« qu'il est même interdit aux consuls de célébrer le  
« mariage d'un Français et d'une Étrangère... ; d'où il  
« résulte invinciblement que l'observation des coutu-  
« mes des chrétiens d'Orient suffit pour la validité des  
« actes faits par les Français dans le Levant.

« Considérant que, dans l'hypothèse où la fiction lé-  
« gale de l'exterritorialité devrait peser de toute sa  
« rigueur sur les Français dans le Levant, le contrat  
« de mariage n'avait pu être revêtu de la forme authen-  
« tique par le consul de France, qui n'est pas plus  
« compétent pour recevoir un acte entre un Français et  
« un Étranger qu'il ne l'est pour célébrer un mariage  
« entre un Français et une Étrangère, le principe  
« même d'exterritorialité s'y opposant impérieuse-  
« ment ; que, dès lors, la forme privée était la seule  
« que M. Alléon pût adopter pour se conformer aux  
« coutumes du pays.

« Considérant enfin, qu'à quelques points de vue  
« que le juge veuille envisager la question, il doit re-  
« connaître que la situation des Français dans le Le-

« vant, en ce qui touche soit l'application de la règle  
 « *locus regit actum*, soit la vérité absolue de la fiction  
 « *d'exterritorialité* n'a jamais été clairement définie ;  
 « qu'aucun texte de loi formel, aucune ordonnance,  
 « aucun avis ne l'a jamais mis en garde contre les er-  
 « reurs qu'il pourrait commettre à cet égard, ni averti  
 « du danger qu'il pouvait courir en se conformant aux  
 « us et coutumes du pays ; que si nul n'est censé igno-  
 « rer la loi, c'est à la condition que cette loi existe et  
 « ne résulte pas de l'interprétation plus ou moins in-  
 « génieuse, mais toujours controversable, d'ordon-  
 « nances muettes à cet égard ; que, quand bien même  
 « M. Alléon aurait failli on ne faisant pas revêtir son  
 « contrat des formes authentiques, on ne saurait, à  
 « défaut d'une définition plus formelle de la situation  
 « des Français dans le Levant, briser un pacte conclu  
 « de bonne foi ; que ces raisons ont d'autant plus de  
 « poids qu'en l'absence de tout notaire, de tout avocat,  
 « le seul fonctionnaire auquel il pût s'adresser pour  
 « s'éclairer sur ses devoirs... ratifiait par son silence  
 « et par ses actes la forme de procéder qu'il avait  
 « adoptée... »

« Considérant que les consuls de France dans le Le-  
 « vant, en exerçant une juridiction qui leur est dévo-  
 « lue par les lois et ordonnances, ont toujours concilié  
 « cet exercice avec le respect dû aux coutumes immé-  
 « moriales des chrétiens, fondées soit sur la nécessité,  
 « soit sur l'équité et l'intérêt général.... »

Appel des héritiers Spietowitch. La Cour d'Aix con-  
 firme en adoptant les motifs des premiers juges.

Pourvoi en cassation et rejet définitif de la préten-

tion des demandeurs. Nous extrayons quelques passages de ce dernier arrêt :

« Attendu, en fait, qu'il est souverainement constaté  
« par l'arrêt attaqué, que l'usage existe de temps im-  
« mémorial, parmi les chrétiens d'Orient, de régler,  
« par des actes sous seing privé, leurs conventions ma-  
« trimoniales; — attendu, en droit, qu'en ce qui touche  
« la forme des actes passés en pays étranger, la maxime  
« *locus regit actum*, de tout temps admise par l'an-  
« cienne législation française, a été formellement con-  
« sacrée par le Code Napoléon, qui l'applique notam-  
« ment aux actes de l'état civil et aux testaments...  
« que le pourvoi excipe de la situation toute spéciale  
« faite aux Français dans les Échelles du Levant par  
« les anciennes capitulations, etc...; qu'il en résulte  
« que le Français à Constantinople... est réputé n'avoir  
« point quitté la France et ne relève que de la souve-  
« raineté française, dont les lois le régissent à l'exclu-  
« sion de la loi musulmane, dans toutes les situations  
« de la vie civile; — mais attendu que s'il est incontes-  
« table que le Français, dans ce pays, jouit de fran-  
« chises et d'immunités plus larges que celles qui lui  
« sont assurées dans les États de la chrétienté, et qu'il  
« s'y trouve plus spécialement placé sous la protection  
« des lois et de la souveraineté françaises, *ce serait dé-*  
« *naturer le caractère de cette protection et en exagérer*  
« *les conséquences que d'en induire qu'elle s'impose à lui*  
« *dans toutes les situations, et ne laisse placé en aucun cas*  
« *à l'application du droit commun*; que la fiction d'exter-  
« ritorialité que suppose le pourvoi n'est érigée nulle  
« part en règle absolue; qu'on ne peut l'admettre que  
« dans la limite des concessions de la Porte dont on

« l'induit et que, créée seulement pour certains cas  
« spécialement prévus et parfaitement définis elle  
« laisse intacts, pour tous les autres, les principes du  
« droit public en matière de souveraineté. — Attendu  
« que les capitulations ont eu principalement pour but  
« de soustraire le Français à la juridiction musulmane,  
« tant en matière civile qu'en matière criminelle, et  
« de lui assurer les garanties de la justice et des lois  
« de son pays lorsque des Français sont seuls intéres-  
« sés dans le procès qu'il soutient... mais qu'on n'y  
« trouve nulle part l'obligation pour lui de recourir  
« aux agents diplomatiques ou aux chanceliers des  
« Consulats... que partout ailleurs que dans les États  
« de la Porte, on ne conteste pas aux Français le droit  
« de passer leurs actes et de constater leurs conven-  
« tions dans la forme et suivant le mode autorisé par  
« les usages ou les lois du pays qu'ils habitent, malgré  
« la facilité qu'ils ont, comme en Turquie, de se con-  
« former aux prescriptions de la loi française en re-  
« courant aux fonctionnaires chargés de l'appliquer...  
« qu'on ne saurait refuser aux Français, dans les États  
« de la Porte, le bénéfice de la maxime *locus regit actum*,  
« sans être logiquement et invinciblement conduit à  
« le lui refuser également dans tous les autres États,  
« les mêmes lois devant recevoir partout la même in-  
« terprétation... que le principe (l'application de la  
« loi française par les tribunaux consulaires) ne le  
« régirait que dans ses rapports avec des Français et  
« ne saurait s'étendre aux Étrangers contractant avec  
« lui... »

« Attendu, en fait, que... la demoiselle Stiepowitch  
« n'était pas plus obligée de suivre le sieur Alléon de-

« vant le chancelier français, que le sieur Alléon ne  
 « pouvait l'être de la suivre devant le chancelier prus-  
 « sien... Rejette, » etc. (1)

La doctrine qui ressort de ces jugements et arrêts prend absolument le contrepied de celle qui est soutenue par M. Weiss : nous la résumons ainsi :

La règle *locus regit actum* existe concurremment avec la faculté de se conformer à la loi nationale, pour la forme des actes passés, en pays de capitulations, entre Français.

Elle est *seule* applicable dans les rapports entre Français et Étrangers « car l'on ne comprendrait pas la  
 « souveraineté française exerçant son action, à l'étran-  
 « ger, sur d'autres que sur des Français. » (Arrêt de cassation mentionné, *in fine.*)

Par conséquent les agents, diplomatiques et consulaires, sont, dans le Levant, comme en pays de chrétienté, incompétents pour procéder à la célébration du mariage d'un Français avec une Étrangère (motif du jugement du tribunal consulaire de Constantinople).

*Quid* quant aux protégés français (2) ? On décide

1. Le jugement du tribunal consulaire de Constantinople, l'arrêt d'appel et l'arrêt de cassation sont réunis dans DALLOZ, *loc. cit.* « Comparer tribunal de Boulogne-sur-Mer du 8 avril 1886. Journal *La loi* du 2 mai 1886. Voir aussi, tribunal civil d'Épinal, 14 août 1889. Cassation, 10 mars 1889. (*Gazette du Palais*, 1889, 507). AUBRY et RAU, t. V, p. 14. LAURENT, t. II, n° 273. DALLOZ, *alph.*, V° mariage nos 526 et 563.

2. On entend par protégés : 1° les sujets ottomans employés au service des consuls ou des légations ; 2° Les étrangers appartenant à une nation qui n'a pas de capitulation avec la Porte et n'entretient auprès d'elle aucun représentant. La Suisse est dans ce cas : Les Suisses voyageant en Orient se mettent à leur choix sous la protection des consuls français ou des consuls allemands ; 3° les membres des anciennes

*qu'ils ne pourraient s'unir valablement devant un agent diplomatique français. Ils restent en effet Étrangers.*

familles arméniennes, grecques, israélites, etc. établis *ab antiquo* en Orient et qui ont obtenu le protectorat d'un des États européens représentés à Constantinople. Voir FIORE. *Journ. du Droit intern. privé*, 1886, t. XIII, p. 308, note 1.

## CHAPITRE III

### DES PERSONNES QUI PEUVENT SE PRÉVALOIR DES IMMUNITÉS.

La plupart des questions qui vont être résolues dans cette section ont été déjà abordées incidemment dans le cours de ce travail. Il est toutefois nécessaire de grouper ces notions éparses pour avoir une idée d'ensemble des limites que doivent recevoir les immunités quant aux personnes.

**§ I. — Si la nationalité des agents diplomatiques peut exercer quelque influence sur leurs immunités. Toute personne dépendant d'une mission diplomatique à l'étranger peut-elle invoquer les prérogatives, même si elle appartient à la nationalité de l'État où cette mission est accréditée ?**

On est appelé à se demander d'abord si un National peut représenter une puissance étrangère dans son pays. N'y a-t-il pas incompatibilité absolue entre les deux situations ? Théoriquement, il existe de très graves inconvénients : l'agent peut se trouver placé entre les intérêts de son pays d'origine et ceux de la mission dont il dépend. Le fait qu'une pareille alternative est

possible doit suffire pour décider qu'un tel choix est mauvais et peut nuire aux deux États (1).

Les gouvernements ont compris de bonne heure les dangers que pouvaient présenter cette double qualité.

Les rois de France refusèrent à maintes reprises de recevoir leurs sujets comme agents diplomatiques étrangers. Cette règle fut rappelée expressément par Louis XVI dans les dernières années de son règne (2). Avant cette disposition, quantité de princes allemands entretenaient des ministres français à sa cour.

En 1673, le bailli d'Hautefeuille, Français, était ambassadeur de l'Ordre de Malte en France.

Les anciens publicistes, et principalement Wicquefort, considéraient qu'un ministre public pouvait, sans inconvénient, être sujet du souverain auprès duquel il était envoyé. Mais l'opinion de Wicquefort est suspecte car il était lui-même résident du duc de

1. En ce sens, BLUNTSCHLI, n° 166. PHILLIMORE (t. II, n° 188) nous apprend que des difficultés se sont produites à plusieurs reprises en Angleterre, par rapport aux immunités de personnes n'appartenant pas à la nationalité de leur chef de mission. Consulter LAURENT, *Droit civil international*, t. III, p. 161 et s. — Dans une lettre adressée par le secrétaire d'État des États-Unis à son ministre en Turquie, l'usage d'employer des sujets turcs au service de la légation américaine à Constantinople est vivement critiqué et est représenté comme une irrégularité en matière de droit international :

« The system of employing Turkish subjects (in our legation to Turkey) in subordinate capacities, although sometimes necessary, is an accroachment upon international law, as maintained between civilized states, and is unknown in our statutory legislation » and the Government of the United States will not, except in strong cases, interfere for the protection of the persons so employed. M. Servand, secrétaire of state, to M. Morin, 23 décembre 1867, Mss. Inst. Turkey.

(WHARTON, *international law Digest*, p. 641, § 92).

2. MERLIN, *Répertoire*, V. Ministre public, section III.

Limbourg à La Haye, quoique né à Amsterdam et sujet des États Généraux de Hollande : il plaide donc *pro domo sua* (1).

Quels que fussent les usages et la manière de voir de l'ancien Régime, la Convention et le premier Empire se montrèrent défavorables à la nomination de Français, comme représentants, en France, d'un État étranger. Les mesures législatives, rendues sous ces deux constitutions, par lesquelles on notifiât aux gouvernements étrangers le refus de recevoir comme ambassadeurs certaine catégorie de Français, s'expliquent par l'état troublé de l'Europe et les guerres perpétuelles de la Révolution et de l'Empire : l'expatriation alors était une désertion ; l'acceptation de fonctions conférées par un gouvernement étranger, une trahison.

La première en date de ces dispositions est un décret de la Convention du 27 novembre 1792, ainsi conçu : « La Convention nationale décrète que le pouvoir exécutif sera chargé de notifier aux puissances étrangères que la République ne reconnaîtra aucun émigré, fût-il naturalisé chez la puissance qui l'enverrait, et que celle ne souffrira aucun émigré, sous quelque titre que ce puisse être, à la suite d'un ministre public (2) ».

1. Aber er (Wicquefort) erscheint dabei als *Richter in eigener Sache*, da seine Eigenschaft als Gesandter des Herzogs von Lüneburg ihn nicht vor der Strafverfolgung in der Eigenschaft als niederländischer Unterthan schützte. DE BAR, *Théorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, n° 521 *en note*. Voir aussi MERLIN sur *Bynkerskæk*, *loc. cit. in fine* et BYNKERSHÆK, c. XI. KLUBER, § 210 ; HEFFTER, § 214 (éditions antérieures à la huitième).

Bluntschli rapporte qu'il existe en Suède des dispositions législatives analogues (*loc. cit.*).

2. DUVERGIER. *Collection des lois et décrets*, t. V, p. 75.

La seconde est insérée dans un décret impérial du 26 août 1811 (art. 24). « Les Français au service d'une  
« puissance étrangère ne pourront jamais être accrédités comme ambassadeurs, ministres ou envoyés,  
« près de notre personne, ou reçus comme chargés de  
« missions d'apparat qui les mettraient dans le cas  
« de paraître devant nous avec leur costume étranger (1) ».

Ces deux décrets ne présentent plus qu'un intérêt historique. Le décret de 1811 a été, en effet, abrogé par la disposition finale de la loi du 25 juin 1889 sur la nationalité (2).

Ceci admis, le Français représentant d'un État étranger, en France, pourra-t-il se prévaloir des immunités diplomatiques comme s'il était Étranger? Nous avons déjà indiqué l'argument très puissant que l'on invoque contre cette solution, notamment en ce qui concerne l'exemption de juridiction : l'agent diplomatique ne sera pas justiciable des tribunaux locaux et il ne le sera pas non plus des tribunaux du pays représenté par la mission dont il fait partie. C'est donc l'impunité absolue (3).

1. Rapporté dans le *Dictionnaire de droit international* par VINCENT et PENAUD, V<sup>o</sup> agent diplomatique, n<sup>o</sup> 2.

2. Avant la promulgation de cette loi, la question de savoir si le décret était encore en vigueur était fort controversée. (Consulter COGORDAN, *De la nationalité*. Voir aussi : ordonnance du 19 avril 1823, avis du conseil d'État du 21 janvier 1812, 3 mars même année ; arrêts : Toulouse, 18 juin 1841 ; Paris, 19 mars 1834 ; Poitiers, 21 juillet 1843).

3. In der That würde das Privileg, sofern es umfasst wird als völlige Exemption von der Gerichtsbarkeit (abgesehen von der dinglichen auf Immobilien sich beziehenden Gerichtsbarkeit) zu einer Art Justizverweigerung führen, in denjenigen Fällen für welche dann eben nur ein Gerichtstand innerhalb des Empfangsstaates begründet sein würde. DE BAR, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 521.

Aussi plusieurs se refusent actuellement, à laisser accréditer chez eux, comme représentant d'un État étranger, leurs propres sujets. Même dans ces États, la question n'est pas résolue pour cela ; car, d'abord la prescription édictée par l'un d'eux qui interdirait de laisser accréditer ses Nationaux chez lui pourrait être violée ; puis la détermination de la nationalité d'un individu est parfois délicate et des erreurs de ce chef sont fréquentes (1) : il suffit de rappeler les nombreuses questions qui ont surgi en cette matière après le traité de Francfort pour les ressortissants des provinces annexées à l'Empire allemand.

Le représentant du pape du premier rang, légat *a latere* (2), peut être, aux termes des décrétales, un sujet du prince dans les États duquel il est envoyé. Les cardinaux français d'Amboise et de Pradt furent nommés légats auprès du roi de France, en 1501 et 1530. (3) Le cardinal légat sujet a droit aux mêmes honneurs que le cardinal légat étranger.

Il n'en est pas ainsi lorsque l'envoyé est Étranger ; on peut le poursuivre dans son pays, « c'est une gêne mais ce n'est qu'une gêne ». Au contraire, si on applique la même immunité aux Français représentant un gouvernement étranger, « il y aura non pas exemption de telle ou telle juridiction, mais exemption de toute juridiction » (4).

Malgré ce grave inconvénient, nous pensons que la

1. DE BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Hannover 1889.

2. Voir l'appendice.

3. BOMPARD, *La Papauté et le Droit des gens*, p. 13.

4. SIREY, 77, 1, 17 en note.

Cour de Paris a eu raison de reconnaître l'exemption de juridiction, même à un Français (1).

Les motifs sur lesquels est fondée l'exemption de la juridiction existent toujours, quelle que soit la nationalité de ses représentants; *elle garantit la fonction indépendamment de la personne*. Ce sont des considérations d'un ordre supérieur qui doivent l'emporter sur les inconvénients, si graves soient-ils, que peut amener l'exemption de juridiction.

Ceci suppose résolue dans le sens de l'affirmative la question préjudicielle de savoir si la législation d'un pays permet d'accréditer ses Nationaux comme représentants d'un État étranger. Elle ne se poserait donc pas pour les représentants du royaume de Suède.

Ajoutons qu'il est dans l'usage des gouvernements de faire pressentir si le choix de telle ou telle personne comme leur représentant sera favorablement accueillie. Le fait qu'un envoyé appartient à la nationalité de l'État où il est accrédité serait un motif pour ne pas le recevoir en cette qualité (2).

Voilà pour l'exemption de la juridiction civile (3).

1. « La Cour... en ce qui touche Herran » (ministre du Honduras)...  
« Attendu que, *s'il est vrai qu'il a conservé sa qualité de Français*, il n'en  
« conserve pas moins des immunités diplomatiques inhérentes à la  
« fonction dont il a été investi, et qu'il serait contraire au droit des  
« gens et à l'indépendance réciproque des nations, que le représentant  
« de l'une d'elles fût justiciable des tribunaux du pays où il représente  
« son État souverain; qu'on ne s'explique même pas qu'un exploit ait  
« pu être porté à son hôtel. — Par ces motifs: déclare nulle l'assigna-  
« tion remise à Herran, etc.... » Cette décision est l'objet des critiques les plus acerbes de Laurent. (*Le droit civil international*, t. III, p. 176 et suiv). Voir aussi tribunal de la Seine 21 janvier 1875.

2. BLUNTSCHLI, *op. cit.*, en ce sens.

3. Nous estimons qu'il faut en France, d'une manière générale, faire une catégorie à part de l'immunité de la juridiction civile: la jurispru-

Il en serait de même *a fortiori* de la juridiction répressive.

Il serait désirable de déterminer d'une manière générale quelles sont les immunités dont un agent diplomatique, représentant un État étranger, de nationalité française, en France, peut se prévaloir. Nous admettons qu'il n'est pas tout à fait sur le même pied qu'un Étranger : outre la qualité de représentant d'un État étranger, il reste Français et doit être soumis, *dans une certaine mesure*, aux lois françaises. Nous proposerions de se baser sur une distinction formulée au début de cette étude (1) entre les immunités nécessaires et fondamentales et celles qui ne sont qu'accessoi-res, qui sont un effet de la politesse internationale (*comitas gentium*), et que nous avons qualifiées : immunités *de pure courtoisie*. Les agents français en France, ou, pour généraliser, les agents diplomatiques appartenant à la nationalité du pays où ils sont accrédités, pourraient invoquer les premières, mais ne pourraient opposer les secondes.

On se rappelle que nous avons placé l'exemption d'impôts parmi ces dernières, du moins en tant qu'on n'en poursuit pas le recouvrement par voie d'exécution forcée (2).

Quoique cette distinction n'ait pas été formulée par dence y voyant une véritable règle *d'ordre public* : c'est ainsi que le tribunal de la Seine décide, en date du 31 juillet 1878 « que cette immunité s'impose aux tribunaux comme une règle *d'ordre politique* « *supérieur* qu'ils sont tenus de respecter et qui *domine toutes les prescriptions du droit privé*. » (CLUNET, 1878, 500). Voir *suprà* chap. II, sect. III.

1. Chapitre I, § 1.

2. En Italie, la loi du 14 juillet 1874 art. 7 exempte les agents diplomatiques *non régnicoles* de l'impôt sur les revenus de la richesse mobilière. (Voir chap. II, section I<sup>re</sup>, n° 3. Immunités relatives aux impôts).

les décisions que nous avons eues sous les yeux, comme une règle théorique générale, elle semble avoir été vaguement entrevue et a été appliquée dans quelques circonstances. Le Conseil de préfecture de la Seine, saisi d'une demande relative à la contribution des portes et fenêtres, décide que le consul général d'une nation étrangère, *sujet de cette nation*, ne peut être imposé à la contribution des portes et fenêtres. Le Conseil de préfecture rappelle qu'aux termes d'une circulaire du Directeur des contributions directes du 9 janvier 1875 (1), « il convient d'affranchir des contributions personnelle, mobilière, et des portes et fenêtres les consuls de nations étrangères chez lesquelles les consuls français jouissent d'un privilège égal, soit en vertu de conventions de cette nature, soit par application du principe de réciprocité ». D'après les indications fournies par le Ministre des Affaires étrangères, l'immunité dont il s'agit est applicable aux consuls de tous pays, excepté ceux d'Angleterre ; mais cette immunité ne doit toutefois leur être accordée *qu'autant qu'ils sont sujets de l'État qui les nomme* et à raison seulement de leur habitation officielle... ; *quant aux Français qui ont été autorisés par le gouvernement à remplir des fonctions consulaires au nom de gouvernements étrangers, ils n'ont droit à aucune exemption, de quelque nature qu'elle puisse être* ; l'exequatur qui leur est délivré par le Département des Affaires étrangères contient sur ce point une réserve formelle. D'après l'art. 2 de la convention consulaire du 23 février 1854 avec les États-Unis, les agents consulaires des

1. CLUNET, 78, 601.

États-Unis ont droit à l'exemption de toute contribution personnelle, quelle que soit leur nationalité, à moins cependant qu'il ne soient citoyens français (1).

Donc, non seulement dans une circulaire du Ministre des Affaires étrangères, mais encore dans le texte formel d'un traité, la distinction entre les agents étrangers et les nationaux est formellement établie relativement à la soumission aux impôts. Est-ce une présomption de notre part d'y voir l'indication d'une tendance législative générale ?

En France, outre l'autorité des écrivains, qui a une grande importance dans ces matières, on peut invoquer dans notre sens une circulaire du directeur des contributions directes, en date du 9 janvier 1875, où nous relevons le passage suivant.

« Bien que les lois relatives aux contributions  
 « directes déclarent imposables les Français et les  
 « Étrangers, on doit, en ce qui concerne les agents  
 « diplomatiques, tenir compte des conventions interna-  
 « tionales qui à leur égard ont force de loi. Il convient  
 « donc d'affranchir des contributions personnelle,  
 « mobilière et des portes et fenêtres, les consuls des  
 « nations étrangères chez lesquelles les consuls fran-  
 « çais jouissent d'un privilège égal, soit en vertu de

2. Les consuls généraux, consuls, vice-consuls ou agents consulaires français et des États-Unis jouissent, dans les deux pays, des privilèges généralement attribués à leurs fonctions, tels que l'immunité personnelle... l'exemption de toutes les contributions directes et personnelles, fédérales, d'État ou municipales ; si toutefois lesdits consuls généraux, consuls, vice-consuls ou agents consulaires, étaient citoyens du pays de leur résidence... ils seraient soumis... à la même juridiction que les autres citoyens du pays, et aux mêmes taxes et impositions que ceux-ci. (Art. 2 de la convention. DE CLERCQ, t. VI, p. 291.)

« conventions de cette nature, soit par application du  
 « principe de réciprocité. D'après les indications four-  
 « nies par le Ministre des Affaires étrangères, l'immu-  
 « nité dont il s'agit est applicable aux consuls de tous  
 « pays, excepté à ceux d'Angleterre; mais cette  
 « immunité ne doit toutefois leur être accordée *qu'au-*  
 « *tant qu'ils sont sujets de l'État qui les nomme* et à  
 « raison seulement de leur habitation officielle. »

De plus, s'ils possèdent des immeubles ou s'ils exercent un commerce ou une industrie, ils sont soumis, à raison de ces immeubles, de ce commerce ou de cette industrie, aux mêmes charges que les Nationaux.

Notre théorie n'est-elle pas confirmée par ces textes? En matière fiscale, beaucoup de décisions administratives assimilent les consuls aux agents diplomatiques; spécialement, en cette matière, on peut raisonner des uns aux autres. D'ailleurs, la circulaire du ministre des Affaires étrangères débute par les mots :... « en ce qui concerne *les agents diplomatiques* », généralisant ainsi le débat. Resterait, en supposant admise notre distinction entre les immunités nécessaires et celles de pure courtoisie et en accordant, comme nous le proposons, les premières aux agents français, en leur refusant les secondes, resterait, disons-nous, à déterminer dans quelle catégorie est rangée chacune de ces immunités.

Nous avons déjà essayé de donner un critérium (chapitre I<sup>er</sup>) qui, s'il n'est infaillible, pourra du moins, servir à résoudre la plupart des cas qui se présenteront : quelles sont les prérogatives dont la privation, le cas échéant, enlèverait à l'envoyé sa liberté d'action, son indépendance, et pourrait éventuellement porter atteinte à la souveraineté de l'État qu'il représente —

celles-là, accordons-les lui, quelle que soit sa nationalité. Quant à celles qui n'ont qu'un rapport indirect avec ses attributions, refusons-les lui, s'il est ressortissant au pays où il exerce ses fonctions.

D'après un grand nombre d'auteurs, la question de la nationalité devrait encore être prise en considération lorsqu'il s'agit des poursuites pénales intentées contre un domestique ou un individu dépendant de la légation, mais sans caractère officiel (voir *infra*, même section § 2, 2°).

M. de Bar, consacre un paragraphe spécial à la situation de l'agent diplomatique ressortissant à la nationalité du pays où il est accrédité, et spécialement à l'exemption de juridiction (1). Il critique vivement l'exemption de juridiction dans ce cas, qui, on l'a vu, aboutit à un véritable déni de justice (zu einer Art Justizverweigerung). Et, quoi qu'il ne le dise pas formellement, il semble être dans cette hypothèse, partisan de la suppression de ce privilège. Mais il ne peut admettre que la qualité de sujet puisse autoriser contre l'envoyé des voies de poursuites, soit sur sa personne, soit sur ses biens (en tant qu'ils lui sont nécessaires pour l'accomplissement de sa mission), soit sur son traitement.

*Restreinte dans ces limites* (2), l'immunité est indispensable à l'exercice de ses fonctions, et, par conséquent ne doit pas être atteinte par le rapport de sujétion. Elle peut être considérée comme lui étant implicite-

1. *Op. cit.* No 521. *Exterritorialität, wenn der Gesandte angehöriger des Staats ist, bei welchem er beglaubigt wird.*

2. Diese beschränkte Immunität.

ment accordée, par le fait qu'il a été agréé comme représentant d'un État étranger (ohne Weiteres).

L'agent devrait indiquer d'avance et déterminer au moment où il est accrédité ceux de ses biens sur lesquels l'exécution de ses obligations pourra être poursuivie, le cas échéant.

L'auteur rappelle en terminant les dispositions du code d'organisation judiciaire allemand (1) dont nous avons donné la traduction *in extenso* (voir chap. I<sup>er</sup> *in fine*). L'exemption de juridiction existe en principe relativement aux chefs et aux membres des ministres diplomatiques accrédités auprès de l'Empire. Mais si les membres du corps diplomatique appartiennent à la nationalité d'un des États confédérés, ils ne bénéficient de cette exemption qu'autant que l'État auquel ils appartiennent a renoncé à sa juridiction (2).

#### § II. — Des personnes appartenant à la mission.

Le ministre public est accompagné de sa famille et d'un personnel plus ou moins nombreux. Ces personnes jouissent dans une certaine mesure des immunités reconnues au chef de la mission. Il est admis, en général, que toutes ont droit à l'exception de juridiction, sauf des restrictions et des controverses que nous examinerons. Aussi les gouvernements peuvent-ils s'op-

1. § 18.

2. Sind diese Personen Staatsangehörige eines der Bundesstaaten, so sind sie nur insofern von der inländischen Gerichtsbarkeit befreit, als der Staat, dem si angehören, sich der inländischen Gerichtsbarkeit begeben hat.

poser à ce qu'un ambassadeur accrédité chez eux augmente dans une proportion exagérée le nombre des gens de sa suite. L'ordre public est, en effet, intéressé à ce qu'un trop grand nombre d'individus ne soit pas soustrait à la juridiction locale. Dans le même ordre d'idées, il est d'usage dans beaucoup d'États d'inviter les Ministres publics étrangers à envoyer la liste de leur personnel au Ministère des Affaires étrangères, en lui faisant connaître les modifications qu'il peut subir dans le cours de sa mission (1).

Pour déterminer la mesure dans laquelle ces différentes personnes jouissent de ces prérogatives, — la question de nationalité sur laquelle nous nous sommes expliqués au paragraphe précédent mise de côté, — il est nécessaire d'user de distinctions.

1<sup>o</sup> *Personnel faisant partie officiellement de la légation ou de l'ambassade.*

Ce personnel comprend les conseillers de légation ou d'ambassade, les secrétaires, les attachés, les attachés militaires (voir pour ces derniers le jugement qui suit). Ils bénéficient en principe des immunités que peut invoquer le chef dont ils dépendent (2).

Spécialement, en ce qui concerne l'immunité de juridiction, elle leur a été formellement reconnue par un acte du parlement de 1789 en Angleterre, par un décret du 11 décembre 1789 en France (voir chap. 1<sup>er</sup>), par l'art. 18 de la loi d'organisation judiciaire du 27 janvier 1877 de l'Empire allemand, par un acte du con-

1. HEFFTER, § 221.

2. En ce sens, LEHR, n<sup>o</sup> 1214, s. WHEATON, § 16. FÉLIX, *Droit international*, t. I, nos 209 et 211.

grès de 1790 pour les États-Unis, par une ordonnance royale, du 8 octobre 1708, pour le Danemark, etc.

La jurisprudence française est explicite dans le même sens.

« La prérogative de ces agents (des chefs de mission), dit le tribunal de la Seine dans un jugement du 31 juillet 1878 (1), s'étend à tous les fonctionnaires qui les accompagnent et qui leur sont adjoints pour les assister et les suppléer, soit dans la mission générale qu'ils ont à remplir, soit dans les branches spéciales ressortissant à cette mission ; elle appartient à leurs secrétaires, à leurs attachés, au personnel de leur suite, à leur famille, à tous les gens, en un mot, dont la présence est nécessaire pour leur permettre de représenter dignement leur pays et d'accomplir complètement et fidèlement leur mission. »

« Les agents spéciaux, dont un usage autorise les légations diplomatiques sous la désignation d'*attachés militaires*, font également partie de ces légations ; s'ils ne représentent point directement leur gouvernement, ils sont les auxiliaires de son représentant pour tout ce qui concerne l'étude et la solution des questions militaires ; leur fonction n'est qu'un démembrement des fonctions plus générales du chef de la mission ; commissionnés et accrédités par le gouvernement même, revêtus d'un caractère public et officiel, il y a pour eux les mêmes raisons que pour les agents diplomatiques proprement dits de ne point être troubles dans leurs fonctions ou atteints dans leur

1. CLUNET, 78, 500.

« dignité par des poursuites judiciaires et par des actes d'exécution » (1).

« Le privilège de la loi protège aussi bien les secrétaires de légation que le chef de mission ; le privilège diplomatique les suit naturellement là où ils résident, parce que leurs demeures ne sont en réalité que des annexes de l'ambassade. » Extrait d'une décision déjà citée du Ministre des Finances du 17 février 1858. (Voir *Droits de mutation, supra*, chapitre II, section IV, § 2, 2°).

Mais nous avons vu que le tribunal de commerce de la Seine s'était déclaré compétent quant aux obligations contractées par un conseiller d'ambassade se livrant au commerce (affaire Tchitchérine, voir *supra* *juridiction commerciale*) (2). Mais le grade diplomatique n'a aucune influence dans cette solution ; les tribunaux se seraient probablement déclarés compétents dans cette situation même s'il s'était agi d'un chef de mission (3).

Il faudrait décider que l'immunité de juridiction est d'ordre public à l'égard des conseillers, secrétaires,

1. Voir pour les secrétaires d'ambassades et de légations : Paris, 14 janvier 1836 ; (*J. le Droit*, 15 janvier 1836) ; Paris, 14 août 1837 ; (*Gazette des tribunaux*, 15 août 1837) ; 9 avril 1866, de Lima (SIREY, 66, 2, 232) ; Tribunal de la Seine, 10 août 1855 ; (*Gazette des tribunaux*, 1<sup>er</sup> septembre 1855) ; les conseillers d'ambassades, l'arrêt de la Cour de Paris, dans l'affaire Tchitchérine, déjà mentionnée (12 juillet 1867, SIREY, 68, 2, 201) ; les attachés militaires, le jugement du tribunal de la Seine du 31 juillet 1878, *supra* les secrétaires-interprètes, Cour de Paris, 29 juin 1811 ; SIREY, 1812, 2, 12.

2. Jugement du 15 janvier 1867. La Cour se prononce pour l'incompétence. Voir *supra*, chap. II, n° 3, § 7, 2°.

3. Voir MERLIN. V° ministre public, section V. VATTEL, *Droit des gens*, édition Pradier-Fodéré, t. 3, liv. 4. PRADIER-FODÉRÉ, sur GROTIUS de la guerre et de la paix, t. II, p. 349. Note, G.-F. DE MARTENS, *Précis*, par Vergé, § 217, note.

etc., tout aussi bien qu'à l'égard du ministre ou de l'ambassadeur.

Dans le cas où le caractère diplomatique de l'un d'eux serait contesté, ce serait à lui à le prouver. Le ministre des Affaires étrangères est spécialement compétent pour l'attester (1).

Une des différences les plus caractéristiques entre les prérogatives du chef de mission et celles de ses subordonnés est relative au culte semi-public et aux droits de douanes. Le droit d'avoir une chapelle particulière attenante à son habitation n'est reconnue qu'au premier. Seul, il est exempté des visites à la frontière (2).

Les courriers sont, par rapport à leurs personnes et à leurs dépêches, placés sous le couvert de l'inviolabilité. Mais cette inviolabilité n'est attachée qu'à la fonction qu'ils remplissent. Ils doivent donc être en mesure de justifier de leur caractère; c'est en général par la production d'un passeport remis par leur chef.

#### 2° Famille des agents diplomatiques.

La femme d'un agent diplomatique bénéficie des mêmes prérogatives que son mari (3).

Les Cours et Tribunaux ont eu notamment à se prononcer à son égard sur l'exemption de juridiction. La Cour de Paris a décidé, le 21 avril 1841, que la femme du ministre de Hesse jouissait de cette exemption; bien plus, qu'elle était d'ordre public et ne pouvait faire

1. Voir en ce sens, Tribunal de la Seine, 25 juin 1836, (*Gazette des trib.*, 26 juin 1836), et SIREY, 1841, 2, 148.

2. Voir *suprà*, chap. II, section IV et V.

3. BYNKERSHÖCK, chap. 13, § 4. Cet auteur décide spécialement que les biens de cette dernière ne peuvent faire l'objet d'une saisie.

l'objet d'aucune renonciation ni expresse ni tacite (1).

« La Cour — attendu que le baron de Pappenheim  
 « est ministre du grand duc de Hesse, résidant en France ;  
 « qu'à ce titre il jouit des immunités accordées par le droit  
 « international aux ministres des Puissances étran-  
 « gères ; que la baronne de Papenheim, sa femme, jouit  
 « des mêmes immunités ; que ces immunités sont d'ordre  
 « public ; que ceux qui en jouissent comme représen-  
 « tant leur gouvernement ne peuvent y renoncer, et  
 « qu'on ne peut exciper contre eux d'aucun acte par  
 « lequel ils auraient consenti à s'en dépouiller ; — qu'ainsi  
 « le tribunal de commerce était incompétent pour connaître  
 « d'une action personnelle dirigée contre la Baronne de Pap-  
 « penheim ; que cette incompétence étant d'ordre public,  
 « peut être proposée en tout état de cause, et ne saurait  
 « être couverte par le consentement que l'appelante aurait  
 « donné à plaider devant le tribunal » (2).

Cependant la Cour de cassation, dans l'affaire Nikitschenkoff (3), paraît s'être prononcée dans un sens restrictif : à prendre l'arrêt au pied de la lettre, il faudrait décider que, en tant que la personne citée devant les tribunaux locaux n'exerce pas *personnellement* des fonctions diplomatiques, elle est soumise à la juridiction locale. C'est refuser implicitement à la famille de l'ambassadeur, et notamment à sa femme, l'immunité de juridiction. C'est en ce sens que M. Lehr interprète le texte de l'arrêt (4).

... « Attendu que cette fiction légale ne peut être

1. Papenheim. SIREY, 41, II, 592.

2. Dans le même sens, tribunal de Boulogne-sur-mer, 8 avril 1886; J. La Loi, 2 mai 1886 : « Attendu que les prérogatives de l'extraterritorialité ont été étendues à la famille... des agents diplomatiques... »

3. Cass. crim., 13 octobre 1865. SIREY, 66, I, 33.

4. Op. cit., n° 222, in fine.

« étendue ; qu'elle est exorbitante du droit commun ;  
 « qu'elle se restreint strictement à l'ambassadeur ou mi-  
 « nistre dont elle a voulu protéger l'indépendance et à ceux  
 « qui, lui étant subordonnés, sont cependant revêtus du  
 « même caractère public. »

Cette interprétation nous semble toutefois critiquable. Nous pensons que la Cour de cassation n'a pas entendu se prononcer sur la famille de l'ambassadeur en rendant cet arrêt. Elle a simplement voulu établir que Nikitschenkoff, quoique sujet russe et ayant commis un crime à l'ambassade de Russie à Paris, ne pouvait à aucun titre se prévaloir des immunités diplomatiques. C'est spécialement ce cas que visait la Cour suprême en décidant que la fiction de l'exterritorialité protégeait seulement ceux qui étaient *revêtus du même caractère public que l'ambassadeur*. Elle voulait bien établir que, quoique sujet russe, ce malfaiteur était soumis au droit commun. Mais c'est faire dire à la Cour ce qui probablement n'a jamais été dans sa pensée, que d'en induire qu'elle refuserait, le cas échéant, les immunités aux membres de la famille d'un agent diplomatique.

Comment le soutenir, au moins en France, lorsque le dernier palefrenier d'un ambassadeur échappe dans la majorité des cas à la juridiction locale ? Peut-on admettre que le fils ou l'épouse de ce dernier soient traités moins favorablement ? (voir même § 2°).

Dans le jugement du tribunal de la Seine du 31 juillet 1878, rapporté plus haut en partie, il est décidé spécialement que la femme d'un attaché militaire peut se prévaloir des prérogatives diplomatiques : « Attendu

« que Mme de la J..., est protégée par les mêmes immunités... ».

Heffter refuse à la femme d'un ministre public l'exercice de son culte dans une chapelle particulière de son hôtel. Cette question est du reste controversée parmi les publicistes (1).

Les questions d'étiquette règlent dans chaque cour tout ce qui concerne le rang de préséance des femmes des ambassadeurs les unes à l'égard des autres et vis-à-vis d'autres femmes. C'est ainsi qu'à la cour d'Angleterre, les comtesses ont le pas sur les ambassadrices (2). Toute cette matière rentre dans la courtoisie internationale plutôt que dans le droit des gens (3).

Les enfants et autres personnes de la famille du ministre qui résident auprès de lui jouissent des mêmes immunités que sa femme (4).

### 3<sup>o</sup> Serviteurs et suite non officielle.

Les immunités accordées à cette classe de personnes soulèvent de nombreuses controverses.

« L'inviolabilité de l'ambassadeur », dit Vattel, « se

1. HEFFTER, § 221. GESSNER, *De jure uxoris legati*, 1851.

2. LEYSER, sp. 671, m. sqq.

3. Un ambassadeur ne serait pas fondé à se plaindre de ce que l'ordre de préséance établi par le règlement du 19 mars 1815 au congrès de Vienne n'aurait pas été observé relativement à son épouse. Elle ne jouit pas de droits honorifiques personnels (HEFFTER, *eod.*).

4. HEFFTER, *eod.* Nous avons tiré une conséquence de ce principe quant à l'application de la loi de 1851 et de 1874 aux enfants d'une personne dépendant d'une mission étrangère nés dans l'hôtel d'une légation en France. Voir *suprà*, de l'exterritorialité, chap. II, section VII.

communiqué aux gens de sa suite, et son indépendance s'étend à tout ce qui forme sa maison. » Telle est la seule justification qu'on puisse donner de cette extension des immunités au personnel non officiel d'une ambassade, tels que domestiques, cochers, livrée, etc. Elle est l'objet des critiques les plus violentes de la part des publicistes belges et italiens, hostiles aux privilèges diplomatiques. Il faut reconnaître que, sur ce terrain, et spécialement en ce qui concerne l'exemption de la juridiction criminelle accordée à cette catégorie de personnes, leurs arguments sont parfois difficiles à réfuter, quelque partisan que l'on puisse être du maintien des prérogatives diplomatiques.

Les inconvénients que peut présenter cette exemption sont si évidents lorsqu'un grand nombre de plénipotentiaires sont réunis dans un même lieu, accompagnés chacun d'une suite nombreuse, qu'elle a été suspendue à maintes reprises. C'est ainsi, on l'a vu qu'au Congrès de Munster, en Westphalie, les représentants des États décidèrent de rendre les personnes faisant partie de leur suite justiciables de la police et de la justice locales. Des rixes s'élevaient perpétuellement entre elles, et c'était le seul moyen d'y mettre un terme (1). Il en fut de même au Congrès de Nimègue et de La Haye (2).

Quelques auteurs font une distinction quant à la juridiction répressive. Pour tous crimes et délits commis par les gens de l'envoyé, soit dans son hôtel, soit en dehors, la juridiction locale est compétente s'ils

1. PRADIER-FODÉRE, *Cours*, t. II, p. 190.

2. HEFFTER, page 513, et WICQUEFORT, t. 1, ch. 28. *Règlement des États Généraux* du 29 mai 1697.

n'appartiennent pas à la nationalité de ce dernier ; dans le cas contraire, elle est incompétente. Cette distinction a inspiré les rédacteurs du Code pénal autrichien de 1804 (première partie, art. 221 § 4). « Les ambassadeurs étrangers et les personnes qui appartiennent spécialement au corps diplomatique sont traités selon le droit des gens, et ne se trouvent pas soumis aux autorités du pays. *Les personnes mêmes de la maison et les domestiques d'un ambassadeur, qui sont sujets immédiats de la puissance à laquelle il appartient ne sont pas soumis à la juridiction ordinaire* : en conséquence, s'ils commettent quelque délit, le magistrat peut s'assurer de la personne de l'inculpé, mais en même temps il doit en donner connaissance au ministre, afin que celui-ci reçoive la personne arrêtée. »

Cette distinction est admise par M. Villefort (1) : « Si le coupable appartient à la nationalité du pays où son maître réside, il devra toujours être abandonné à la juridiction locale. On échappe ainsi à un conflit inévitable entre la juridiction locale et les privilèges, fort contestables en pareil cas, que pourrait invoquer l'ambassadeur. » On peut ajouter que la juridiction locale est compétente à un double point de vue : *ratione loci* et *ratione personæ*.

Mais M. Villefort hésite lorsqu'il s'agit d'un domestique de l'ambassade appartenant à un pays tiers.

Enfin si le crime ou le délit a été commis par un individu de la nationalité de l'ambassadeur, ce dernier est couvert par l'exemption. En fait, ajoute-t-il, l'am-

1. *Revue critique*, 1858, n° 150.

bassadeur, à moins de considération grave, livrerait le plus souvent le coupable aux tribunaux du pays.

Toutefois, quelque logique que puisse paraître cette distinction, elle n'est pas admise en général par les publicistes qui font autorité (1) et les décisions de la pratique ne la reconnaissent pas toujours.

Cependant les gouvernements tiennent quelquefois compte de la nationalité du coupable : c'est ainsi qu'en 1812, le chasseur du ministre de Bavière, à Berlin, ayant assassiné un laquais du même ministre, mais hors de l'hôtel de la légation, et ce dernier ayant fait arrêter cet individu, le gouvernement prussien abandonna l'information de l'affaire et se déclara incompétent quant au jugement à rendre contre lui, *at-*

1. BLUNTSCHLI. Les personnes faisant partie de la suite de celui qui jouit de l'exterritorialité sont, dans la règle, affranchies de la juridiction de l'État où ce dernier réside.

CH. DE MARTENS fait une autre distinction pour déterminer la compétence de la juridiction locale : si l'infraction est commise dans l'hôtel de l'ambassadeur, c'est aux autorités du pays dont il dépend à le punir. « Dans le cas contraire, la répression revient aux autorités locales, et il est indifférent que l'inculpé appartienne ou non à l'État dans lequel le ministre réside. » Il est à remarquer que l'exemple rapporté au texte va contre l'assertion de Martens à un double point de vue : 1<sup>o</sup> en ce que le gouvernement prussien n'a pas examiné si le crime avait ou non été commis dans l'hôtel de la légation ; 2<sup>o</sup> en ce qu'il abandonne la punition du coupable à l'autorité bavaroise, se basant sur ce que cet individu n'était pas sujet prussien. Voir Guide, § 32.

HEFFTER (§ 221) assimile le personnel officiel et la famille au personnel non officiel, et reconnaît à tous, d'une manière générale, les immunités. « Toutes les personnes qui viennent d'être indiquées jouissent de la protection spéciale du droit international et ne sont point soumises aux lois et à la juridiction du territoire où elles résident, lors même qu'elles seraient sujets du territoire. » « Les principaux publicistes, dit-il, s'accordent sur ce point. » Note *eod.*

PRADIER-FODÉRÉ paraît cependant admettre la distinction indiquée par Villefort (*Cours*, t. II, p. 188).

tendu que le criminel n'était pas sujet prussien. Il fut simplement conduit à Munich sous escorte. Les autorités berlinoises se contentèrent de faire procéder à la visite du corps de la victime et à l'audition des témoins.

En France, la Cour de cassation s'est prononcée formellement pour la compétence territoriale à l'occasion d'un délit commis par l'intendant de l'ambassade d'Angleterre, *dans l'hôtel même* (1). Toutefois, la Cour ne s'est prononcée dans ce sens que parce que l'ambassadeur avait porté plainte lui-même et donné son assentiment aux poursuites :

« La Cour, sur les premier et deuxième moyens tirés de l'incompétence *ratione loci* et *ratione personæ*, en ce que le fait incriminé aurait été commis sur le territoire étranger, l'hôtel de l'ambassade d'Angleterre étant considéré comme tel, suivant le principe du droit des gens, et, en ce que, comme attaché à l'ambassade d'Angleterre, le demandeur participait aux immunités personnelles qui couvrent les agents diplomatiques ; — attendu qu'aux termes de l'art. 3 du Code Nap., les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; — attendu que les immunités et franchises qui protègent le libre exercice des fonctions des ministres publics dans les pays où ils sont envoyés et qui assurent leur indépendance personnelle de la juridiction locale, ne peuvent s'étendre à des individus n'ayant aucune mission des gouvernements que les ministres publics représentent, et attachés à leur service par leur propre volonté, lorsque ces ministres manifestent ex-

1. Cass. rejet. 11 juin 1852. SIREY, 52, 1, 467.

« *pressément l'intention de les livrer à la justice ordinaire ;*  
 « attendu que le demandeur est accusé d'un crime  
 « commis en France ; qu'il est constaté par l'arrêt at-  
 « taqué et par les documents de la cause, qu'il n'est  
 « pas attaché au service du gouvernement anglais,  
 « mais qu'il avait été admis dans l'hôtel de l'ambas-  
 « sateur d'Angleterre, lord Normanby, en qualité  
 « d'intendant de sa maison , — attendu qu'il n'a été  
 « arrêté et poursuivi que *sur la plainte et avec l'assenti-*  
 « *ment des autorités qui représentent en France le gouver-*  
 « *nement anglais ; qu'il ne peut donc, sous aucun rap-*  
 « *port, se soustraire à la juridiction des tribunaux*  
 « *français ; Rejette, etc... »*

Cet arrêt demande à être rapproché de l'arrêt Nikitschenkoff déjà plusieurs fois mentionné (1), où nous lisons : « elle » (la fiction de l'exterritorialité) se restreint strictement à l'ambassadeur ou ministre dont elle a voulu protéger l'indépendance, et à ceux qui, lui étant subordonnés, *sont cependant revêtus du même caractère que lui* ». Quoique, dans cette dernière espèce soumise à la Cour suprême, il s'agit d'un individu ne remplissant aucune fonction à l'ambassade de Russie, les termes généraux de l'arrêt pourraient certainement être invoqués en faveur de la compétence des tribunaux français sur un domestique attaché à une ambassade.

De ces deux arrêts combinés, on peut conclure que, jusqu'ici, la jurisprudence française admet la compétence des tribunaux locaux en matière répressive, sur les gens de la suite d'un ministre public, *quelle que*

1. Cass. rejet., 13 octobre 1865. SIREY, 66, 1, 34.

soit leur nationalité (arrêt Nikitschenkoff), quel que soit le lieu où l'infraction ait été commise, *pourvu que le chef de mission ne formule pas d'objections à l'exercice de la justice territoriale*. C'est ce qu'il n'aura garde de faire dans la majorité des cas. Il y aurait alors renonciation tacite de sa part à l'immunité de juridiction qui couvre sa suite, renonciation qu'il lui serait loisible de faire dans cette hypothèse. Il n'en est pas ainsi, on l'a vu, lorsque c'est lui-même qui est en cause.

Un incident survenu en 1887 à Bucarest prouve que l'inviolabilité et les autres prérogatives sont encore revendiquées avec un soin jaloux par les diplomates modernes, même à l'égard du plus infime des gens de leur suite.

Le 31 décembre 1887, un palefrenier de la légation de Russie avait été arrêté à l'occasion d'un assassinat commis à Bucarest. La préfecture de police de cette ville, ignorant que cet individu était au service d'un agent diplomatique étranger, le fit écrouer pendant quelques heures. Grande irritation du ministre de Russie qui vit dans cette arrestation un mauvais procédé personnel vis-à-vis de lui. Il se plaignit en termes fort vifs au Ministre des Affaires étrangères de Roumanie de la violation du droit des gens qui avait été commise contre une personne faisant partie de sa suite. Mais, dans l'intervalle, des instructions conciliantes arrivèrent de la Chancellerie impériale russe. Aux termes d'une note de la légation de Roumanie, en date du 28 janvier 1888, l'incident n'eut pas de suite (1).

Commentant cet incident, le rédacteur du *Journal du*

1. CLUNET, 88, 239.

*Droit international privé* établit que l'immunité de la juridiction criminelle s'étend aux personnes de la suite des ambassadeurs et des ministres, et même, reconnaît-on généralement, à leurs domestiques. Ces derniers restent soumis aux tribunaux locaux si l'agent diplomatique a porté plainte ou a donné son assentiment aux poursuites.

C'est en somme le système de la Cour de cassation, dans l'arrêt de 1852, précité.

Le respect dû aux ambassades et à tous ceux qui y exercent des fonctions quelconques se conciliera ainsi, d'après lui, avec la nécessité de la répression prompte et exemplaire des crimes et délits commis sur un point quelconque du territoire.

Mais les autorités chargées du maintien de l'ordre et de l'administration de la justice dans un pays doivent user de la plus grande circonspection et doivent avoir toujours présent à l'esprit que le respect exagéré de tout ce qui touche de près ou de loin à une représentation diplomatique, tel qu'il nous a été légué par des usages immémoriaux, est encore profondément ancré dans l'opinion générale : l'arrestation et le jugement d'un individu exerçant les fonctions les plus subalternes dans une légation, peut amener des récriminations d'État à État et des conflits internationaux fort graves : les diplomates et les gouvernements qu'ils représentent défendent toujours la moins importante de leurs prérogatives avec insistance. Dans l'état troublé de l'Europe, en présence des armements formidables de l'heure présente, les susceptibilités nationales sont plus éveillées que jamais.

Quelles sont cependant les mesures que peuvent

prendre les autorités locales contre les gens de la suite d'un ministre public prévenus de crimes ou de délits ?

Elles peuvent procéder à une arrestation provisoire, sauf à faire remettre le coupable au ministre étranger ou à l'Etat dont il dépend et qui demande qu'il lui soit livré (1). Elles peuvent aussi instruire contre lui la procédure, le soumettre à un interrogatoire et constater sur les lieux les circonstances du fait, saisir le corps du délit (2). « Aucun privilège, dit Martens, ne saurait dépouiller la partie plaignante et lésée du droit de faire procéder aux informations sur place par les autorités locales, dont c'est la mission en droit commun. »

Quant à la juridiction civile, la règle est l'exemption pour cette catégorie de personnes (3). Toutefois, ici encore, on admet un tempérament : le chef de mission peut permettre qu'elles soient actionnées devant les tribunaux locaux qui peuvent alors juger la contestation sans violer les règles du Droit international (4).

La jurisprudence française s'est prononcée formellement pour l'incompétence de la juridiction civile quant aux obligations contractées par tout individu appartenant à un titre quelconque à une ambassade. Il n'y a là qu'une nouvelle application de son inter-

1. PRADIER-FODÉRE, *Cours*, t. II, p. 189. BLUNTSCHLI : l'arrestation, dit-il, n'a pas lieu dans ce cas pour nuire à l'Etat étranger en lui substituant les autorités locales ; elle a pour but de venir en aide à celui-ci dans l'exercice de sa justice :

2. *Eod.* LEHR, n. 1227. CH. DE MARTENS, *Guide*, § 32.

3. BLUNTSCHLI, n. 149. PRADIER FODÉRE, *Cours*, t. II, p. 163.

4. GUICHARD, *Traité des droits civils*, n. 228. PAILL'ET, *Dictionnaire de droit*, V. agent diplomatique, n. 9. LÉSELLYER, *De l'action publique et privée*, t. III, n. 772 et suiv.

prétation rigoureuse de la fiction de l'exterritorialité, tendance que nous avons déjà eu l'occasion de relever à maintes reprises : « Attendu que ce privilège (l'exemption de juridiction civile) *s'étend aux personnes attachées aux ambassades* » (1).

En résumé, l'exemption de la juridiction répressive locale soulève des controverses : faut-il ou non tenir compte de la nationalité du délinquant, faut-il distinguer si le crime ou le délit a été commis dans l'hôtel de l'ambassade ou hors de cet hôtel ? A raison des peines sévères qui peuvent être prononcées, du retentissement qu'ont les procès criminels, l'usage moderne cependant est encore contraire à la compétence de la juridiction territoriale : témoin l'incident récent de Bucarest. L'exemption de la juridiction civile est reconnue d'une manière générale.

En matière civile ou en matière répressive, le chef de mission peut renoncer à se prévaloir des privilèges dits d'exterritorialité quant aux gens de sa suite n'ayant aucun caractère officiel. Il est à souhaiter qu'il use, dans l'avenir, de cette faculté dans une large mesure. Autant la dignité de l'État qu'il représente, sa dignité personnelle et son indépendance auraient à souffrir, s'il venait s'asseoir sur les bancs de la Cour d'assises, de la police correctionnelle ou même d'un tribunal civil, autant elles resteraient hors d'atteinte si son cocher ou son valet de chambre avaient à répondre personnellement des infractions commises ou des obligations contractées dans le pays même où les faits se sont passés.

1. Paris, 29 juin 1811. SIREY, 1812, 2, 12.

4° Des personnes ne rentrant exactement dans aucune de ces catégories.

Les aumôniers des ambassades et légations sont exempts de la juridiction locale (1).

Les gouvernements sont dans l'usage de s'envoyer réciproquement des agents chargés de missions spéciales, mais sans caractère officiel, soit lorsque des relations diplomatiques régulières n'existent pas encore entre eux, soit pour l'exécution des clauses d'une convention ou pour établir une délimitation de frontières à la suite d'un traité. Ils doivent, en principe, bénéficier des immunités reconnues aux agents diplomatiques proprement dits (2).

Merlin rapporte cependant que la France les refusait aux agents des villes hanséatiques, chargés de leurs intérêts internationaux de commerce (3).

Les personnes chargées, à l'étranger, des intérêts privés d'un État, par exemple de la négociation d'un emprunt ou de l'administration des biens lui appartenant, ne sauraient à aucun titre se prévaloir de ces prérogatives.

Pour tâcher de formuler une théorie générale, nous reconnâtrions les immunités diplomatiques — ou du moins les plus importantes — à tous ceux qui sont chargés des intérêts *publics et politiques* d'un État à l'étranger. L'indépendance leur est aussi nécessaire

1. PRADIER-FODÉRÉ.

2. VATTEL, IV, 75. HEFFTER, § 222. MOSER. Beitrage. Voir aussi une ordonnance des États généraux du 29 mars 1651, qui admet formellement la doctrine exposée au texte.

3. MERLIN, sect. I, n. 5.

qu'à un agent diplomatique proprement dit. Mais, dès que l'État peut être considéré comme agissant en qualité de personne *privée*, ceux qui le représentent doivent être traités comme de simples particuliers.

Nous n'avons pas la prétention d'étudier la situation particulière de chacun d'eux ; notre but a été de déterminer celle des agents diplomatiques proprement dits, en pays étrangers ; nous ne faisons donc qu'indiquer la question : à elle seule elle fournirait la matière d'une étude de droit public aussi étendue que celle-ci. On peut consulter spécialement sur ce point KLUBER, *Droit des gens*, § 172, et les auteurs auxquels il renvoie.

En résumé, que faut-il penser de l'application au personnel officiel et non officiel des immunités diplomatiques ? En cette matière, il y a un véritable abus. On ne peut que souhaiter que le droit public de l'avenir subisse d'importantes modifications sur ce point. Toute espèce d'immunités devrait être restreinte au personnel *officiel* et à la *famille* du ministre public. Les critiques de Laurent (1), quant à l'immunité de juridiction accordée aux valets et aux servantes d'un ambassadeur, nous paraissent absolument fondées et nous

1. P. 161 et suivantes.

« Quel rapport y a-t-il entre l'inviolabilité de l'ambassadeur et l'inviolabilité de sa cuisinière ? L'indépendance du Ministre sera-t-elle en danger, et sa parole sera-t-elle enchaînée parce qu'un coquin de valet sera livré aux tribunaux du pays dont il a violé les lois ? »

*Eod.* p. 164 et 165. Laurent répond ainsi au motif sur lequel les publicistes, partisans des immunités, depuis Grotius, s'appuient pour les étendre à la suite d'un ambassadeur et à la formule de Vattel précitée.

Voir dans le même sens PASQUALE FIORE. *Traité de Droit international*, etc. 1<sup>re</sup> partie, chap. I, n. 29, t. I, p. 22.

applaudissons sans réserve à l'arrêt de cassation du 11 juin 1852. La restriction pourrait même être supprimée sans inconvénient dans cette hypothèse spéciale.

Cette tendance à restreindre le nombre des personnes exemptes de la juridiction locale est celle des juristes modernes en Europe. Elle compte des partisans convaincus et autorisés aux États-Unis.

L'opinion que vous m'exprimez, lit-on dans une lettre de M. Fish, secrétaire d'État, d'après laquelle il serait désirable de limiter à l'absolue nécessité le nombre des personnes attachées aux légations et consulats en Turquie, qui doivent être soustraites à la juridiction locale, est entièrement approuvée par mon Département.... *car il est hors de doute que les plus graves abus se sont produits sur ce point.* (M. Fish, sec. of State, to M. Veagh, Apr. 18, 1871. WHARTON, *op. cit.*, § 92).

Mais le vœu que nous formons ne semble pas encore être près de se réaliser : les vanités nationales sont plus excitées que jamais ; aussi les ambassadeurs veillent-ils au respect de la moins importante de leurs prérogatives.

Ce qui rendra toujours fort délicate toute réforme des abus qu'engendre nécessairement l'application de ces immunités, c'est qu'il ne s'agit pas des rapports d'État à particuliers, mais des rapports d'État à État. Toutefois les réunions de juristes arriveront, à établir des règles uniformes, relatives aux poursuites contre les subalternes dépendant d'une légation. C'est dans ce domaine que les mesures de protection excessives sont impossibles à justifier à notre époque.

L'Institut de Droit international, à la suite de la violation récente des archives d'un consulat, a mis à l'ordre du jour de sa prochaine session, sur la proposition de M. Engelhardt, la question des *immunités diplomatiques et consulaires*. Elle a été renvoyée à une commission qui est devenue la treizième. M. Lehr, qui est spécialement compétent en cette matière, est rapporteur pour les immunités diplomatiques, M. Engelhardt pour les immunités consulaires (1). Les questions que soulève l'immunité appliquée aux gens de la suite d'un ministre feront probablement l'objet de discussions sérieuses.

Il faut souhaiter que la juridiction locale soit aussi rendue compétente pour juger les individus qui sont accrédités comme représentants d'un État étranger, et qui appartiennent à la nationalité du pays où ils remplissent leurs fonctions. Il est inadmissible qu'une catégorie entière d'habitants du territoire soit soustraite à toute espèce de juridiction (2).

#### APPENDICE AUX DEUX CHAPITRES PRÉCÉDENTS

##### *Aperçu de la législation des États-Unis en matières d'immunités diplomatiques.*

Les immunités diplomatiques sont formellement reconnues aux États-Unis par des actes législatifs. Les deux plus importants sont : l'article III, section 2, de la

1. Voir *annuaire de l'Institut de Droit international*, Xe volume 1888-1889 (Session de Lausanne, sept. 1889) pages 274 et 294.

2. V. chap. III § 1.

Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787 et un acte du Congrès du 30 avril 1790.

En outre, le Congrès est investi par une disposition spéciale de la même constitution du droit de définir et punir les *offenses au droit des gens* (art. I. section 8) (1). Cette grande république est donc armée de toutes pièces pour faire respecter le caractère sacré des négociateurs étrangers qu'elle reçoit chez elle.

Il nous faut donner quelques indications sur la partie de la Constitution consacrée aux privilèges des agents diplomatiques et sur l'acte du Congrès de 1790, avec l'interprétation qui en est donnée par les auteurs américains.

L'article III section 2 de la Constitution est ainsi conçu: « Le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les  
« causes concernant des ambassadeurs, d'autres  
« agents publics et des consuls ; .... Dans toutes les  
« causes concernant des ambassadeurs, d'autres agents  
« publics ou des consuls, et celles dans lesquelles un  
« État sera partie, la Cour aura la juridiction du pre-  
« mier degré. Dans toutes les autres causes... la Cour  
« suprême aura la juridiction d'appel tant sur le droit  
« que sur le fait » ...

Ce privilège est d'ordre public et non édicté dans l'intérêt personnel des ambassadeurs, agents publics et consuls. Par conséquent le fait de ne pas l'invoquer devant les tribunaux de première instance pour décliner leur compétence n'y peut porter aucune atteinte (*is not waived by an omission to plead it (this privilege) in*

1. « Le Congrès aura le droit... de définir et punir les actes de piraterie et crimes commis en haute mer, et les *offenses au droit des gens.* »

*a State court of the first instance*) (1). Cette doctrine offre une grande analogie avec celle de la jurisprudence française : « les immunités diplomatiques, lit-on dans un jugement du tribunal de la Seine, sont d'ordre public, et les exceptions basées sur l'application du principe d'exterritorialité peuvent être invoquées *en tout état de cause* » (2).

A l'inverse, l'acte accusant un individu de s'être rendu coupable de violence à l'égard d'un ministre public, contrairement au droit des gens et à l'acte du Congrès, ne doit pas être considéré comme rentrant dans les termes de l'art. 3 seconde section de la Constitution, comme une cause concernant des ambassadeurs, agents et consuls. Les tribunaux de première instance seront donc compétents (3).

Donnons quelques indications sommaires sur le domaine reconnu aux immunités, soit par l'acte du Congrès du 30 avril 1790, soit par le droit coutumier et l'opinion des auteurs américains (4).

L'exemption de juridiction s'étend aux secrétaires et attachés. Les chargés d'affaires ne peuvent être poursuivis pour dettes, même lorsque, après la cessation de leurs fonctions, ils traversent le territoire des États-Unis pour rentrer dans leur propre pays.

Les lois des États-Unis, en ce qui concerne la répression des violations des privilèges diplomatiques, sont obligatoires pour les tribunaux de chacun des

1. *Davis c. Packard*. WHARTON, *Digest.*, § 94.

2. Trib. Seine, 10 mars 1886. *J. le Temps*, 12 mars 1886. V. de *l'immunité de la jurid. civ.*, *suprà*, chap. II. sect. III.

3. WHARTON, *loc. cit.*, U. S. V. Ortega, 11 Wheat, 467.

4. Nous empruntons les renseignements qui suivent à l'ouvrage de M. Wharton précité, § 92-98.

États qui composent l'Union comme pour l'Union elle-même. Tout individu qui actionne un ministre public doit interrompre le procès dès qu'il connaît la qualité de son adversaire. Ce dernier est admis à se plaindre soit devant une Cour (tribunal) quelconque, soit devant les Cours fédérales, en invoquant les statuts fédéraux, (1 Stat. 117 ; R. S. § 4064).

Le caractère diplomatique d'un agent étranger accrédité aux États-Unis est établi par une attestation (*certificate*) du secrétaire d'État. On sait qu'en France elle émane du ministère des Affaires Étrangères.

L'acte du Congrès du 30 avril 1790 considère comme un délit (*a penal offense*) le fait d'intenter un procès contre un ministre public étranger ou son domestique, devant quelque Cour que ce soit des États-Unis. Toute instance commencée est déclarée nulle et doit être arrêtée. D'après le même acte, l'arrestation des domestiques d'un ministre public est illégale et ceux qui y ont sciemment procédé peuvent être poursuivis.

L'exemption de la juridiction civile existe également à leur profit. Cependant, si le domestique est un ressortissant aux États-Unis et que les dettes contractées par lui l'aient été antérieurement à son entrée au service du ministre, il ne peut se prévaloir de l'immunité. Mais on ne pourra agir contre lui pour le saisir tant que son nom n'aura pas été inscrit sur les registres du secrétaire d'État (*unless the name of the domestic be registered in the secretary of the State office*), et transmis au fonctionnaire appelé, *marshal*, du district dans lequel le Congrès doit résider.

Quoique les courriers et porteurs de dépêches ne soient pas mentionnés expressément dans l'Acte du

Congrès, il est hors de doute qu'ils ont droit à la même protection que les ministres et leur suite. Toute violence ou atteinte exercée contre un courrier dépendant d'une légation accréditée aux États-Unis constitue une violation des statuts du Congrès. Ceux qui s'en seraient rendus coupables encourraient en conséquence les dispositions pénales édictées par cet acte (*the violators would be punishable under that statute*) (1).

Si un membre d'une légation étrangère est accusé d'un crime ou d'un délit, commis dans le pays de sa résidence, il ne peut, à la vérité, y avoir de poursuites pénales, mais le président peut provoquer des explications et prendre les mesures nécessaires de son autorité privée. (*the president will demand an explanation so that he can take proper action*).

L'ignorance des immunités diplomatiques dans laquelle se trouverait celui qui a fait saisir ou illégalement arrêter un agent étranger ne l'excuse pas.

Les voies d'exécution sont rigoureusement prohibées. La section 4064 des statuts révisés des États-Unis interdit la signification d'un exploit à un ministre étranger. Le fait peut donner lieu à des poursuites devant les Cours fédérales.

Les mêmes statuts (art. 4063 et 4064) n'édictent de pénalités que contre les parties qui actionnent un ministre public ou qui ont recours à des voies d'exécution contre lui, mais non point contre les juges devant lesquels les parties ont porté leurs poursuites et qui se sont bornés à entendre les faits de la cause.

L'exemption de la juridiction criminelle est admise

1. M. Fish, sec. of State to M. Freyre. Déc. 17, 1870.

aux États-Unis. Même pour les crimes les plus graves et pour ceux qui sont de nature à troubler la paix publique, les tribunaux répressifs locaux sont reconnus incompétents. On ne peut que renvoyer le coupable à son souverain qui seul a juridiction sur lui (1). Le privilège de l'exterritorialité ne donne pas davantage à l'ambassadeur un droit de discipline pénale sur ses subordonnés hiérarchiques coupables d'un crime ou d'un délit. Cependant quelques auteurs, notamment M. Monroe (2), estiment que, dans le cas d'un crime très-grave (*in case of great enormity*), commis par un ministre public, il serait soumis aux pénalités légales.

Cette thèse du secrétaire d'Etat Monroe fut appliquée lors d'un abominable attentat commis par un consul de Russie à Philadelphie, nommé Kosloff : il avait enlevé et violé une petite fille de douze ans qui était à son service. Il fut arrêté, puis sur une réclamation d'*habeas corpus*, mis en liberté sous caution. Une longue discussion sur la compétence s'éleva entre les autorités américaines. Le gouvernement russe commença par se formaliser des poursuites qui étaient dirigées contre son consul et il refusa même de recevoir les chargés d'affaires des États-Unis à Saint-Petersbourg jusqu'à ce qu'une explication lui fût parvenue sur l'incident. Dès qu'il connut la gravité des faits dont était convaincu son agent, il déclara « qu'il admettait « qu'un consul ne méritait pas la protection du droit « des gens dans un pareil cas ».

De même, un sujet britannique, chargé d'une mis-

1. WHARTON, *Com. on law*, § 167.

2. MONROE, *Sec. of State*, to Mrs Harris, Déc. 10, 1815.

sion particulière par le roi d'Angleterre, en Amérique, fut poursuivi devant le jury dans ce pays et le gouvernement britannique n'éleva aucune réclamation de ce chef.

Mais il est à remarquer que, dans ces deux cas, il ne s'agissait pas d'agents diplomatiques proprement dits. Aussi ne pourrait-on en tirer des conclusions générales quant à ces derniers.

En cas de crimes, ayant un caractère privé, commis par un ministre public (par opposition aux crimes ayant un caractère politique), le gouvernement est en droit de demander son rappel; et si le gouvernement du ministre refuse cette satisfaction, le ministre peut être expulsé de force ou déféré aux tribunaux, car il n'a plus droit aux immunités. Lorsqu'un crime est commis contre la sûreté de l'État, le gouvernement peut, soit arrêter le ministre coupable, et le retenir jusqu'à ce que le danger soit passé, soit avoir recours à la force pour l'expulser. Car la sûreté de l'État l'emporte sur toute autre considération et ne doit pas être mise en péril par un respect exagéré des privilèges des ambassadeurs (1).

Si l'offense, quoique grave, n'est pas de nature à compromettre la sûreté publique, l'usage est de demander simplement le rappel du ministre. Un ministre de la Grande-Bretagne avait été impliqué dans une tentative de faire débarquer des troupes ennemies aux États-Unis. Le gouvernement de cet État se contenta de lui envoyer ses passeports

1. 7 *op.* 367. *Cushing*, 1855. C'est, un peu atténuée, la doctrine de Grotius. *Comp.* chap. I. § 2.

et de le prier de quitter le territoire américain sans délai.

L'acte du 30 avril 1790 punit toute infraction au droit des gens consistant en violences contre la personne d'un ambassadeur ou autre ministre public. C'est donc le principe de l'inviolabilité qui est formulé par cet acte.

Ne rentrerait pas dans les termes de cette disposition une réunion tumultueuse devant un consulat ou une ambassade pour réclamer la remise de certaines personnes qui s'y seraient réfugiées.

L'agent diplomatique est protégé, non seulement contre les violences matérielles, mais aussi contre les insultes, les imputations calomnieuses, par exemple, il serait fondé à se plaindre de la publication d'un libelle contre lui. Un affront commis à l'encontre d'un ambassadeur est une juste cause de susceptibilité de la part de la nation qu'il représente.

En général, une nation ne prend pas ombrage des attaques de la presse étrangère contre son gouvernement ou sa politique. Mais il en est différemment lorsqu'elles sont dirigées contre son ambassadeur.

L'immunité dont jouit le domicile de l'agent ne s'étend pas au jardin y attenant. Avant la guerre de sécession, le fait par un propriétaire d'esclaves d'entrer dans le jardin attenant à une ambassade pour y saisir un esclave fugitif et le ramener, n'était pas considéré comme une violation de domicile du ministre public dans le sens du *crimes act* de 1790 (1 *stat.*, 118 ; R. S., § 4064). Le fait d'accuser, conformément aux dispositions du *crimes act*, une puissance d'avoir offensé un ambassadeur ou autre ministre public ou consul n'est

pas *une cause concernant des ambassadeurs, d'autres agents publics et consuls* dans le sens de la section II, art. 3, de la Constitution.

De grandes exemptions sont accordées aux ministres étrangers quant aux impôts, taxes et droits de douanes (1).

Les biens des ministres sont également protégés, ainsi que ceux de leur famille et attachés, contre toute voie d'exécution, saisie, etc. Ce principe est établi par le droit des gens et par l'acte du Congrès. Le propriétaire d'un hôtel ne pourrait donc pas empêcher, pour non-paiement, un attaché d'ambassade d'enlever ses effets des lieux qu'il a loués. Toute tentative dans ce sens serait punie par les Cours (tribunaux).

Les Américains admettent qu'un agent diplomatique, traversant un pays tiers, a droit aux mêmes privilèges que ceux qu'il peut invoquer dans le pays où il est accrédité, pourvu qu'il se rende à son poste par la route normale (*pursuing for this purpose a natural and proper route*). Si ce pays tiers est en état de belligérance, il peut être contraint, par l'armée occupante, de prendre une autre route. Mais le droit au transit n'est pas détruit pour cela. La ligne par laquelle le ministre doit se rendre à son poste doit être indiquée par la nation sur le territoire de laquelle il passe.

La liberté de la correspondance est assurée de la manière la plus complète aux agents étrangers. Mais, en cas de révolution ou de guerre, les restrictions nécessitées par la sûreté de l'État peuvent être apportées à ce droit, sans porter atteinte pour cela à la

1. Voir *suprà*, chap. II, n° IV, § 2, 2°.

dignité d'une nation neutre ou au principe lui-même (1).

Les courriers et porteurs de dépêches sont inviolables, non seulement sur le territoire où l'ambassade réside, mais encore sur celui des pays tiers avec qui leur gouvernement est en paix.

La question de savoir si un attaché à une mission peut être contraint de déposer comme témoin devant une Cour doit être résolue d'avance par la Cour qui est saisie du procès (2).

1. Voir les correspondances échangées entre les corps diplomatiques resté à Paris et le comte de Bismark *suprà*, *inviolabilité*, chap. II, sect. I, et les lettres de M. Fish, secrétaire d'État à M. Brent (19 octobre 1870) et au baron Gerolt (21 nov. 1870) etc. WHARTON, *Digest.*, t. II, p. 660-663.

2. Voir *suprà*, ch. II, sect. II. *Déposition comme témoin* et les incidents survenus entre la France et les États-Unis, la Hollande et les États-Unis.



## CHAPITRE IV

### CONCLUSION

Sans vouloir revenir sur chacune de ces immunités, il est nécessaire de donner, en quelques mots, une appréciation générale de leur légitimité respective, d'examiner si, et en quelle mesure, elles se justifient encore.

Ne doit-on voir en elles qu'un souvenir d'une utilité contestable des époques de barbarie, où le manque de sécurité générale obligeait à garantir d'une manière exceptionnelle la personne et les biens des négociateurs ? Ce dernier point de vue est, nous l'avons dit, celui des jurisconsultes modernes, principalement de l'école belge et italienne (1).

Avant eux, Napoléon Bonaparte soit comme premier consul, soit comme empereur, s'en montra toujours peu partisan et, sans une circonstance fortuite, il y aurait porté une grave atteinte en 1810. Les sentiments exprimés par lui provenaient plutôt de son antipathie naturelle pour toute gêne apportée à son pouvoir ab-

1. Ces privilèges, dit Laurent, datent d'une époque où tout était privilège ; ils n'ont plus de raison d'être dans un état social qui ne connaît plus de privilèges. Le privilège est-il l'expression d'un droit, il doit appartenir à tous ; est-ce une préférence accordée à certaines personnes, il doit disparaître... Il en sera de même de tous les débris qui restent du vieux droit des gens concernant les ambassadeurs : ce prétendu droit est une violation du droit, il doit disparaître. (*Op. cit.*, t. III, p, 135).

solu que d'une notion bien nette de leur valeur juridique (1).

Nous ne nous rangeons pas à ces solutions extrêmes. Nous sommes d'avis, cependant, que les privilèges des agents diplomatiques sont appelés à subir dans l'avenir quelques modifications. Mais, avec ces réserves, le principe nous paraît théoriquement devoir être maintenu. Tout cet édifice repose, en effet, sur des bases solides, sur des traditions plusieurs fois séculaires, et il résistera longtemps encore à toutes les attaques dirigées contre lui. Enfin, les inconvénients pratiques qu'offrent ces privilèges ont été exagérés ; beaucoup d'entre ces derniers n'offrent guère qu'un intérêt doctrinal. Souvent ils ne sont que l'application du droit commun, avec quelques rares dérogations : il en est ainsi de beaucoup des règles concernant l'inviolabilité (2). D'autres n'offrent plus guère qu'une importance historique : tels sont les privilèges relatifs à la liberté du culte semi-public, le droit de juridiction active exercé sur ses subordonnés par le chef de mission. Enfin nous avons démontré qu'on ne pouvait procéder à des réformes qu'avec une extrême circonspection, à raison des susceptibilités nationales qui sont en jeu.

L'exemption de la juridiction est certainement la plus importante des immunités et la plus battue en brèche par la science moderne. Faut-il conclure qu'elle ait fait son temps et doive être supprimée dans le droit de l'avenir ? — Nous ne le pensons pas, en principe, car une juridiction qui est incompétente à l'égard du mandant

1. *Voir chapitre I, § 2.*

2. *Voir chapitre II, section 1.*

ne peut être déclarée compétente à l'égard du mandataire agissant dans les limites de son mandat. Or, nous l'avons dit à maintes reprises, là est la raison philosophique de l'exemption. Rendre un jugement contre un État souverain et indépendant étranger, c'est lui dénier sa souveraineté et son indépendance. C'est le soumettre à un pouvoir qu'il ne reconnaît pas et ne peut reconnaître sans abdiquer. Le rendre contre son représentant, c'est l'atteindre lui-même. Ce principe se justifie donc par de véritables raisons juridiques et par une argumentation irréfutable.

Cette argumentation n'est absolument vraie que pour les actes accomplis par un ministre public dans les limites de sa mission. Est-ce à dire qu'il faille admettre la distinction que nous avons indiquée, au début de la section de l'exemption de la juridiction civile, entre les obligations contractées et actes généralement quelconques qui ont lieu en sa qualité d'envoyé et ceux qui ont été accomplis en celle d'homme privé ? Nous ne sommes pas partisan de cette distinction *pendant le cours de sa mission*. Mais, *une fois terminée*, elle pourrait servir utilement, et une loi qui permettrait de rechercher un diplomate étranger, sorti de charge, à raison d'actes faits ou d'obligations contractées pendant ses fonctions et dans son intérêt privé, à l'exclusion de ceux accomplis dans le même temps, en exécution de ses instructions, aurait notre approbation ; car, pour les premiers, il n'est plus à aucun titre le représentant d'une entité juridique, exempte par son essence même de la juridiction locale. Quant aux autres, ce caractère persiste, même après la cessation de sa mission.

Il y a cependant de graves reproches à adresser à l'exemption de juridiction : le principal, c'est qu'elle aboutit souvent, soit à l'impunité (s'il s'agit de matières pénales), soit à un déni absolu de justice (s'il s'agit de matières civiles ou commerciales). Ce résultat déplorable et *antijuridique* se produit dans plusieurs hypothèses :

1° En matière civile et en matière pénale, lorsque l'agent diplomatique d'une puissance étrangère ressortit à la nationalité de l'État où il exerce ses fonctions. Cette première hypothèse est assez pratique et nous avons eu à relever des décisions de jurisprudence qui s'y rapportaient (1). Nous n'admettons pas, avons-nous dit (2), que la juridiction locale puisse être rendue compétente à leur égard : quelle que soit la nationalité du représentant d'un État souverain et indépendant, les hautes raisons que nous venons d'indiquer et qui dominent la matière s'opposent à l'action dirigée contre lui, car les immunités garantissent le représentant, indépendamment de la personne.

Les tribunaux du pays dont dépend la légation sont également incompétents. Il nous semble qu'une disposition législative pourrait néanmoins, dans un État, décider, sans violer aucun axiome de droit, que les tribunaux nationaux sont compétents à l'égard de tous faits commis à l'étranger par un agent diplomatique attaché à un titre quelconque à une de ses légations, *quelle que fût sa nationalité*. Peut-être qu'un vœu dans ce sens pourrait être formulé à la prochaine session de l'Institut de Droit international. Sans

1. Voir *suprà*, chap. III, § 1.

2. *Eod.*

doute, l'incompétence est ici absolue, et *ratione personæ* et *ratione loci*. Mais, y a-t-il une telle énormité à supposer qu'un État se réserve un droit de juridiction sur ses fonctionnaires, dans quelque lieu qu'ils résident et quels qu'ils soient — l'agent diplomatique est ici un fonctionnaire. D'ailleurs, celui qui accepte de faire partie de la représentation diplomatique d'un pays, ne se rattache-t-il pas par un lien plus ou moins étroit à ce pays et à ses institutions? Il n'est plus entièrement un Étranger pour lui. Ne pourrait-on pas en conclure qu'il a entendu, par une clause tacite, se soumettre à la compétence éventuelle de ses tribunaux (1).

2° On a vu que, en matière pénale, l'immunité de la juridiction aboutit, dans un autre cas, à l'impunité. Les législations des pays qui admettent le système français de l'art. 5 du Code d'instruction criminelle n'autorisent des poursuites contre un National, pour crime commis par lui à l'étranger, que dans les cas où il est de retour dans son pays et si ce retour est volontaire. Si donc le coupable, occupant des fonctions subalternes dans une légation, est livré par les soins de son chef de mission aux autorités et à la justice de son pays, il n'y a pas retour *volontaire*. Les deux juridictions sont par conséquent incompétentes et il y a impunité. Nous ne reviendrons pas sur ce point, déjà exposé (2).

L'établissement d'une règle uniforme, quant aux cas où les tribunaux locaux sont exceptionnellement

1. On a vu que les agents diplomatiques et consulaires, appartenant à la nationalité du pays où ils exercent leurs fonctions, ne jouissent pas toujours des immunités dans la même mesure que les autres. (Voir *suprà* : *loc. cit.*)

2. Voir *suprà* : *de l'exemption de la juridiction crim.*, chap. II, sect. III, § 2.

compétents, s'impose. Un très grand progrès à réaliser serait de permettre, dans toutes les législations, aux agents diplomatiques de se soumettre volontairement à la juridiction locale. La doctrine de la jurisprudence française, d'après laquelle l'exemption de la juridiction est une règle d'ordre public qui ne peut faire l'objet d'aucune renonciation, ni expresse ni tacite (1), ne résiste pas à l'examen. On a vu que l'esprit pratique et positif des auteurs américains et de bon nombre d'autres publicistes a fait justice de cette interprétation judaïque et surannée de la fiction de l'exterritorialité. Les principes sur lesquels nous avons démontré que repose l'exemption de la juridiction civile ne mettent aucun obstacle dans cette hypothèse à la compétence.

Nous n'admettons pas non plus l'extension donnée à l'exterritorialité, d'après laquelle des mesures conservatoires ne pourraient pas être prises, dès qu'un agent diplomatique est en cause. Ces mesures ne peuvent presque jamais nuire. Elles occasionnent des frais minimes et ne peuvent avoir comme effet que d'assurer la pleine exécution des volontés d'un défunt en empêchant les recels et les détournements. Pourquoi donc les interdire ?

Quant à l'inventaire qui suit généralement l'apposition des scellés, il ne pourrait jamais être soumis aux autorités locales. Il est, en effet, inadmissible qu'un officier public soit autorisé à pénétrer dans un hôtel d'ambassade pour y faire des recherches de toute nature.

1. Voir chapitre II, sect. III, § 2.

Toutefois une mesure conservatoire consistant en une saisie-arrêt, telle que Mme de Bruc la réclamait contre son mari, peut prêter à discussion. Il s'agit plutôt ici d'une voie d'exécution que d'une mesure conservatoire. Le tribunal de la Seine ne pouvait maintenir une ordonnance qui violait manifestement le principe de l'immunité de la juridiction civile (1).

Que dire des voies d'exécution ? On ne peut que déplorer les difficultés apportées à la mise en œuvre des jugements dans les cas où les tribunaux civils sont certainement compétents.

On se rappelle le jugement du tribunal de la Seine (2) décidant que l'huissier qui remettait la copie d'une citation à l'hôtel d'un ambassadeur était passible d'une peine disciplinaire.

Aussi, dans le petit nombre de cas où l'exemption de la juridiction est suspendue, ne sait-on trop comment faire tenir un acte de procédure quelconque à un agent diplomatique porté au procès (3).

Nous avouons ne pas partager l'opinion de nombre de publicistes qui voient dans une citation une grave atteinte à l'indépendance du représentant d'un État étranger. Dès que le droit des gens général reconnaît dans certaines circonstances déterminées la compétence exceptionnelle de la juridiction locale, que l'on ne ralentisse pas, comme à plaisir, la marche de l'instance par des formalités inutiles. Du moment que l'on peut valablement saisir le tribunal, pourquoi entraver à chaque pas la procédure ?

1. Voir *suprà* ch. II, sect. III, § 5,

2. 2 juillet 1834.

3. Voir *suprà*, chap. II, sect. III § 9. 1°

Il faudrait aussi, avons-nous dit, arriver à supprimer la différence que l'on fait en France entre la saisie des meubles et celle des immeubles (1), et établir des règles uniformes pour l'exécution des jugements dans les cas où les tribunaux sont exceptionnellement compétents.

Une des conséquences plus ou moins logiques et directes qu'on tire de l'exemption de la juridiction criminelle, c'est le droit pour l'agent de refuser de témoigner en justice. Cette prérogative ne se justifie pas, avons-nous dit.

Que l'on entoure sa déposition de tous les égards possibles, soit (2). Mais qu'on efface des ouvrages de droit public et des Codes les règles qui lui reconnaissent le droit de se soustraire à cette obligation. Ce ne pourrait, il est vrai, jamais être qu'un devoir moral, car l'exemption de la juridiction mettrait obstacle à la condamnation qui frappe les témoins défailants.

L'exemption d'impôts est une prérogative accordée par courtoisie : il n'y a ni susceptibilité nationale en jeu, ni atteinte à l'inviolabilité et à l'indépendance du représentant d'un État étranger. Il ne nous paraît guère possible d'établir une théorie générale en cette matière. Chaque État suit les usages qui lui sont propres. Cependant nous nous prononçons formellement pour l'exemption des visites de douanes qui constituent une véritable atteinte à l'inviolabilité (3).

1. Voir *suprà*, chap. II, sect. 3, § 9, 2°.

2. On pourrait recourir à un cérémonial spécial, tel que celui qui est indiqué dans l'art. 513 du Code d'instruction crim. pour la déposition de certains hauts fonctionnaires français.

3. Voir *suprà*, chap. II, sect. IV, § 2, 2°.

Enfin, il y a un véritable abus dans le nombre des personnes qui peuvent se prévaloir des immunités. Il faudrait les restreindre au personnel officiel de la légation (1). Nous avons déjà insisté sur ce point.

Telles sont, en résumé, les modifications qui nous sembleraient pouvoir être apportées aux immunités diplomatiques. Nous sommes donc loin de nous ranger aux théories modernes, et notamment à la doctrine subversive de Laurent. Mais il faut reconnaître que, spécialement dans toute la matière de l'immunité de la juridiction civile, on se heurte à chaque pas à des contradictions et à des bizarreries.

Le prochain Congrès de l'Institut de Droit international qui, on le sait, a mis à son ordre du jour cette question des immunités diplomatiques, sera appelé à se prononcer sur quelques-unes des questions que nous avons abordées au cours de ce travail. Il est, en effet, grand temps de prendre l'initiative de quelques réformes, au moins sur les points les plus importants et les plus pratiques. Il sera d'un haut intérêt de connaître les solutions qui prévaudront dans cette réunion de jurisconsultes distingués.

*Appendice. — Des immunités accordées aux envoyés du Saint-Siège et aux envoyés accrédités auprès du Saint-Siège. (Art. 11 de la loi des garanties).*

Dans une note remise, en 1810, à M. de Metternich, médiateur entre le pape et lui, Napoléon demandait au souverain pontife de venir établir sa résidence à Avi-

1. Voir *suprà*, chap. III, § 2, 3<sup>o</sup>.

gnon, lui promettant de le traiter d'une manière conforme à sa dignité : « Il pourrait », lisait-on dans cette note, « avoir des agents au dehors, recevoir des ambassadeurs de Cours étrangères, chargés uniquement des affaires spirituelles de leur pays. *Les agents, les ambassadeurs jouiraient de tous les privilèges de leurs titres, enverraient et recevraient des courriers* » (1).

Le Concordat de Fontainebleau de 1813, arraché au pape Pie VII, acte par lequel il abdiquait sa souveraineté temporelle, contenait cependant la reconnaissance du droit de légation actif et passif au Souverain Pontife et des immunités découlant de ce droit.

Art. 2. — Les Ambassadeurs, Ministres, Chargés d'affaires des puissances près le Saint-Père, et les Ambassadeurs, Ministres ou Chargés d'affaires que le Pape pourrait avoir près des Puissances étrangères, jouiront des immunités et privilèges dont jouissent les membres du corps diplomatique (2).

Le texte de cette note et de ce concordat — qui ne fut, du reste, jamais mis en vigueur, — sont précieux à enregistrer comme précédents. En 1813, le pape abdiquait tout pouvoir temporel. Cependant l'Empereur lui conservait un droit de représentation diplomatique.

Cette situation a une analogie frappante avec celle qui est faite au Saint-Siège depuis 1870, et que nous nous proposons d'étudier.

Au Congrès de Vienne, la situation des représentants du Pape fut l'objet du règlement du 19 mars 1815, art. 4, ainsi conçu : « ...Le présent règlement n'ap-

1. Voir le décret du 17 mai 1809 qui réunit les États du Pape à l'Empire français.

2. DE CLERCQ, t. II, p. 378.

« portera aucune innovation relativement aux représentants du Pape » (1).

Le nonce restait donc en fait le doyen du corps diplomatique. En vertu du même règlement, art. 1<sup>er</sup>, les légats et les nonces sont de la première classe des agents diplomatiques, les internonces sont de la seconde.

L'art. 4 se référait à un usage fort ancien qui donnait au nonce *le droit* de présider le corps diplomatique, c'est-à-dire de porter la parole en son nom. La question de savoir si ce droit existe encore a été discutée, il y a peu d'années, par le corps diplomatique de Lima. Malgré l'opposition de la France, de la République Argentine et de San Salvador, *le droit* de présidence a été refusé au nonce, mais cet honneur lui fut ensuite concédé à *titre gracieux* (2).

D'ailleurs, depuis les traités de Vienne jusqu'à l'occupation de Rome par les troupes italiennes, en 1870, le droit de légation actif et passif du Saint-Siège ne pouvait prêter à aucune discussion, car ces traités avaient rétabli l'autorité temporelle du pape « et fait briller d'un éclat nouveau son autorité spirituelle ». Il était comme par le passé un souverain véritable, avec un territoire et des sujets. Ses représentants à l'étranger étaient donc de véritables ambassadeurs (3). Il est à remarquer que Consalvo, représentant du pape au

1. Voir l'introduction.

2. PRADIER-FODÉRÉ, *Cours*, I, p. 197, note. Voir aussi même auteur, *Traité du Droit international public*, t. I, p. 71 et 96 et s.

3. *Le nonce est en tout point assimilé à un ambassadeur*. (Note préalablement communiquée au représentant du pape, insérée au *Journal officiel* du 21 juin 1870). Cette note est antérieure à la chute du pouvoir temporel.

Congrès de Vienne, éleva des prétentions encore plus considérables pour le pouvoir temporel de l'Eglise. Il réclamait notamment le rétablissement du Saint-Empire romain, comme centre de l'unité chrétienne, la restauration des principautés ecclésiastiques, la restitution de tous les biens et revenus de l'Eglise et le rétablissement de l'Eglise dans tous les droits « qu'elle tient de Dieu et des apôtres. » Il présenta même une protestation, le 14 juin 1815, *adversus ea quæ in congressu principum Vindobonensis in prejudicium seu Ecclesiæ Germanicarum sive ipsius. S. Sedis apostolica Constituta haberentur*. On est cependant d'accord pour reconnaître que la restauration du pouvoir temporel n'aurait pas eu lieu sur des bases aussi larges sans l'évasion de l'île d'Elbe. L'Autriche entendait garder les légations comme compensation du royaume de Naples qui lui était enlevé (1).

La nécessité d'une loi réglementant à nouveau les rapports entre le souverain pontife et le gouvernement italien était pressentie depuis plusieurs années, depuis le jour où la question de l'annexion s'était posée. Ce dernier avait à maintes reprises déclaré qu'elle obligerait, si elle se produisait, à la promulgation d'une loi « assurant au pape des garanties de liberté et d'indépendance ».

Le 10 septembre 1861, le cabinet Cavour avait soumis à Napoléon III et au Vatican un projet qui, tout en supprimant le pouvoir temporel, assurait au pape

1. La protestation du cardinal-légat se trouve dans les *Monumenta catholica pro independentia potestatis ecclesiasticæ ab imperio civili de ROSKOVANY*. — Voir ERNEST NYS, *Le Droit international et la papauté. Revue de Droit international*, t. X, 529.

certaines prérogatives de la souveraineté et de grands avantages aux cardinaux. Il lui reconnaissait, entre autres, le droit d'envoyer des ambassadeurs et lui garantissait sa protection tant qu'il serait sur territoire italien. La France répondit par deux contre-projets concédant tous deux le domaine temporel au pape, dans une mesure plus ou moins large (1).

Aucun de ces projets n'aboutit.

Un autre, soumis le 24 janvier 1870 au Saint-Père, n'eut pas un sort plus heureux que les précédents. Aux termes de ce projet, il conservait en toute souveraineté la cité Léonine et ses 15,000 habitants. On lui reconnaissait en outre des privilèges qui seraient sanctionnés ultérieurement par une convention avec les divers États.

Enfin, le 2 septembre 1870, l'annexion était décidée et le général Cadorna marchait sur Rome. Après un semblant de bombardement, la ville capitulait le 20 septembre. Le 2 octobre, le Parlement, par 192 voix contre 18, y transférait la capitale.

Le pape se trouvait de nouveau, comme après le concordat de Fontainebleau, souverain purement spirituel. Aurait-il toujours des ambassadeurs, et en recevrait-il ? Les uns et les autres continueraient-ils à jouir, comme par le passé, des immunités diplomatiques ?

La question était grave et pouvait recevoir une solution différente de celle qu'elle avait reçue en 1813. Les notions de droit public s'étaient précisées depuis le com-

1. Consulter sur ce point une dépêche en date du 29 août 1870, de M. Visconti Venosta, ministre des affaires étrangères. *Staats archiv.*, 187.

mencement du siècle : le droit de légation était plus que jamais un des attributs réservés aux seuls États indépendants et souverains. Allait-on le reconnaître à un haut dignitaire ecclésiastique, haut, il est vrai, mais désormais sans sujets et sans royaume, sans un pouce de territoire à lui ? (1)

C'est à cette double question que l'art. 11 de la loi dite des *garanties* du 13 mai 1871 (2) a répondu en termes explicites. Avant de l'aborder spécialement, il est nécessaire de jeter un coup d'œil sur l'ensemble de la loi.

Le projet qui devait aboutir à cette loi des *garanties* fut déposé par le Gouvernement, le 9 décembre 1870, en même temps que la loi d'acceptation du plébiscite et la loi portant transfert de la capitale à Rome.

Dans la discussion, le ministre exposa l'idée qui présidait à la confection de ce projet : Rome capitale et indépendance du pape. L'idée générale de la loi est donc de rassurer les puissances catholiques, en garantissant au pape la liberté de son ministère spirituel. C'est contre elle-même, contre les excès de zèle de ses agents que l'Italie accorde cette garantie (3).

Il est à remarquer que cet acte n'est qu'une loi ayant

1. Il n'était laissé au souverain pontife que la jouissance des immeubles qu'il habitait. Encore cette jouissance est-elle subordonnée à sa présence à Rome. S'il quitte le Vatican, l'État italien nomme aussitôt un curateur aux biens. Il est également stipulé que le pape ne peut ni emporter, ni aliéner aucun des objets mobiliers qui garnissent le palais apostolique.

2. « Loi pour les garanties des prérogatives du souverain pontife et du Saint-Siège, et pour les rapports entre l'Église et l'État. »

3. BOMPARD. *La Papauté en Droit international*, 189.

un caractère strictement interne, c'est une loi *italienne*.

Il n'a à aucun degré le caractère d'une convention internationale, n'ayant jamais été soumis aux Puissances (1). Il n'est pas non plus un contrat synallagmatique entre le royaume d'Italie et le pape. Ce dernier, en effet, a toujours refusé de reconnaître cette loi : il n'a même jamais touché aux revenus qu'elle lui affecte (2). Enfin elle n'a pas le caractère constitutionnel.

Elle est divisée en deux titres ; le premier traite des garanties des prérogatives du Saint-Siège, le second des rapports de l'Église italienne avec l'État italien.

La loi s'occupe spécialement du droit de représentation diplomatique active et passive et des immunités qui en dérivent, et elle maintient formellement l'un et l'autre. C'est l'objet des dispositions des art. 11 et 12 combinés (3).

1. Il en était autrement, on l'a vu, des sujets.

2. « *Nunquam nos accepturos aut admissuros esse nec ullo modo posse excogitatas illas a gubernio subalpino cautiones seu GUARENTIGIE.* » *Encyclique* du 15 mai 1871.

3. C'est là une disposition extrêmement importante, fait remarquer M. Bompard, parce qu'elle touche directement aux rapports diplomatiques entre le pape et les différents États.

Si la chute du pouvoir temporel ne pouvait, en principe, avoir aucune influence juridique sur la souveraineté spirituelle du pape, absolument distincte de sa souveraineté temporelle, s'il ne dépendait pas de l'Italie d'empêcher que la France ou l'Espagne ne voulût traiter le pape comme un souverain, signer avec lui des concordats, et assimiler ses envoyés à des ambassadeurs, cependant la perte de toute souveraineté territoriale pour le Saint-Siège, devait nécessairement entraîner des conséquences importantes pour la situation juridique des envoyés pontificaux près les Puissances étrangères, et particulièrement sur celle des représentants accrédités auprès du Vatican.

Art. 11. — « Les représentants des gouvernements  
« étrangers près de Sa Sainteté jouissent dans le  
« Royaume de toutes les prérogatives et immunités  
« qui appartiennent aux agents diplomatiques *en*  
« *vertu du droit international*. Seront étendues aux  
« offenses dirigées contre eux les sanctions pénales  
« pour les offenses envers les représentants des Puis-  
« sances étrangères près le gouvernement italien. Les  
« prérogatives et les immunités d'usage, d'après le  
« droit international, seront assurées, dans le terri-  
« toire du Royaume, aux représentants de Sa Sainteté,  
« près les gouvernements étrangers, lorsqu'ils se ren-  
« dront au lieu de leur mission et qu'ils en revien-  
« dront. »

Art. 12. — « Le pape correspond librement avec  
« l'épiscopat et avec tout le monde catholique, sans la  
« moindre ingérence de la part du gouvernement ita-  
« lien... Les courriers expédiés au nom du pape sont  
« assimilés dans le Royaume, aux courriers de cabi-  
« nets des gouvernements étrangers. »

La chute du pouvoir temporel soulevait deux ques-  
tions :

Quelle serait la situation des envoyés auprès du  
Saint-Siège.

Quelle serait la situation des envoyés du Saint-  
Siège, sur le territoire italien ? La loi *des garanties* les  
a résolues l'une et l'autre dans le sens le plus favo-  
rable à la papauté.

Occupons-nous d'abord des envoyés auprès du Saint-  
Siège (1).

1. Il existe présentement un corps diplomatique accrédité au Va-  
tican, absolument distinct de celui qui est accrédité au Quirinal. Il

Leur position dépendait dès lors absolument du bon plaisir du gouvernement italien. C'était désormais lui seul qui avait la souveraineté territoriale dans la ville de Rome : seul il pouvait exempter toute une catégories d'habitants de sa juridiction, leur assurer une inviolabilité exceptionnelle. Théoriquement, rien n'est plus anormal que la situation d'un gouvernement qui reçoit sur son territoire, dans la même ville, deux représentations d'un même État étranger, l'une chargée d'une mission régulière auprès de lui, l'autre accréditée auprès d'un souverain purement nominal, n'ayant ni sujets, ni royaume, qui cependant étend, sur deux cents millions d'êtres humains, une domination spirituelle occulte, plus ou moins reconnue, plus ou moins entravée par les lois des pays auxquels ils appartiennent, mais cependant effective.

Quoi qu'il en soit (ces discussions sur le caractère de la souveraineté de la Papauté ne nous regardant qu'incidemment), la loi *des garanties* a reconnu formellement au Saint-Siège le droit de légation passif, et partant, les immunités aux envoyés des Puissances étrangères auprès de lui.

Toutefois cette première disposition de l'article 11 a soulevé des difficultés dans son interprétation :

On s'est demandé si cette reconnaissance des immunités aux envoyés des gouvernements étrangers auprès du Vatican était une obligation pour le gouverne-

est composé des ambassadeurs d'Autriche, d'Espagne, de France, et des ministres plénipotentiaires de Bavière, Belgique, Bolivie, Brésil, Équateur, Costa-Rica, Chili, Guatemala, Monaco, Nicaragua, Pérou, Portugal, République Argentine, San Salvador. La Prusse a un chargé d'affaires.

ment italien ; en d'autres termes : la loi des *garanties* en les laissant sous l'empire du droit comun, aurait-elle méconnu leur caractère ? Les auteurs italiens, Esperson en tête, soit que leur conviction fût arrêtée, soit qu'elle fût influencée par le fait de leur nationalité, s'accordent à voir en elle une concession gracieuse. « Il legislatore italiano adunque pareggio la condizione « giuridica d'individui non aventi carattere diplomatico « a quella de veri agenti diplomatici » (1).

La question revient donc à se demander si ces envoyés sont de véritables agents diplomatiques. Or, ils ne le sont pas, disent ces auteurs.

Sans doute, ils représentent un État souverain et indépendant ; mais pour qu'un négociateur soit revêtu du caractère diplomatique, il faut, en outre, qu'il représente un État *auprès d'un autre État*. Or, le Saint-Siège n'a plus à aucun titre le caractère d'un État.

Par conséquent, le gouvernement a voulu rendre un témoignage de déférence au Saint-Père en rédigeant la première partie de cet article 11 de la loi des *garanties*, mais il n'a point rempli une obligation. Il a voulu, dit Esperson (2), lui assurer une pleine liberté d'agir et de correspondre avec toute la chrétienté, et le mettre en situation d'exercer librement son autorité spirituelle comme par le passé, en lui reconnaissant le droit de légation pour les affaires relatives à cette autorité, bien que sans caractère diplomatique (*benche non aventi indole diplomatica*). Cette théorie de la *concession gracieuse* a été encore appuyée par le raisonnement sui-

1. ESPERSON. *Diritto diplomatico*, vol. I, 38, CARNAZZA AMARI, II, p. 154. BOMPARD, *op. cit.*, p. 204.

2. *Loc. cit.*

vant : « les immunités ne sont accordées aux envoyés  
« d'un État par un autre d'État qu'à charge de récipro-  
« cité, et l'Italie, reconnaissant ces immunités à des  
« agents accrédités auprès d'une autre souveraineté,  
« ne pouvait attendre aucune réciprocité » (1).

Pradier-Fodéré combat cette doctrine : les envoyés accrédités auprès du Saint-Siège sont, d'après lui, de véritables agents diplomatiques devant participer à toutes les prérogatives qui sont reconnues à ceux-ci : il y a là un véritable droit pour eux (2).

L'intérêt pratique que présente la solution de cette question est le suivant : s'il n'y a qu'une concession gracieuse en droit, le gouvernement et les Chambres italiennes peuvent modifier ou abroger cet article 2 et assimiler les envoyés auprès du pape à de simples particuliers, sans que les États qu'ils représentent puissent prétendre être lésés dans un droit acquis. Le droit des gens ne serait pas atteint par cette mesure. Si, au contraire, il n'y a dans cette disposition législative que la reconnaissance et la consécration formelle d'une situation de droit déjà existante, une telle modification ne pourrait avoir lieu sans que les États dont dépendent lesdits envoyés fussent fondés à se plaindre de n'avoir pas été consultés, du moins lorsque l'abrogation de cette loi amènerait en fait, à l'égard d'un de leurs agents auprès du Vatican, la violation d'une des immunités généralement reconnues (3).

1. BOMPARD, *loc. cit.*

2. *Traité de Droit international public*, t. III, nos 1258 et s., et *Cours*, t. I, p. 197 et s.

3. Ils ne le pourraient pas avant ce moment là, la loi des *garanties* ayant un caractère strictement interne.

Voici l'argumentation de Pradier-Fodéré : le pape a toujours été reconnu comme une puissance ayant un caractère exceptionnel, *indépendamment de tout pouvoir temporel, même lorsque ce pouvoir existait.*

Ce n'est pas au petit prince italien que les États les plus puissants envoyaient des ambassadeurs du premier rang ; c'était au chef spirituel des sujets catholiques du monde entier, au dignitaire suprême de l'Église romaine que s'adressaient ces honneurs. « Vouloir exclure son autorité serait faire violence à la conscience des sujets catholiques. »

La situation internationale de la papauté n'a été pour ainsi dire pas changée par la chute du pouvoir temporel. S'il n'y a plus deux États en présence, il y a du moins deux *puissances* en regard l'une de l'autre. « Il n'y a donc pas à hésiter, conclut-il..., ces mandataires n'ont pas cessé d'avoir le caractère d'envoyés diplomatiques ; leur situation *doit* être celle de ministres publics envoyés par des souverains temporels à des souverains temporels ».

Nous sommes loin d'être convaincus par ce raisonnement. Sans doute, le pape est une puissance indéniable, même dans les pays les plus affranchis de son autorité spirituelle. Quel est celui qui, après avoir pris l'engagement de ne jamais aller à Canossa, serait sûr de le tenir ? Mais, cette puissance ne peut à aucun titre être assimilée à un État. Et Pradier-Fodéré ne nous semble pas trancher davantage la question en substituant au mot État le terme plus générique de Puissance.

Nous pensons que le droit de légation passif maintenu au Pape, après comme avant l'annexion, est une

concession gracieuse. Mais, une fois ce droit accordé, les immunités diplomatiques étaient un droit des envoyés auprès du Saint-Siège, droit né dans leur personne, indépendamment de toute disposition législative (1).

Le caractère qui domine chez eux, c'est celui de représentants d'un État souverain et indépendant. La situation internationale de celui auprès duquel on les envoie nous paraît être d'une importance secondaire.

Il existait une raison pratique pour que le gouvernement italien traitât avec toute la courtoisie possible les agents accrédités auprès du Saint-Siège. La présence du Pape dans sa capitale lui occasionne de nombreux embarras. Aussi ne tient-il pas à s'attirer inutilement des difficultés avec les puissances qui sont en rapport diplomatiques avec la Papauté.

Cette première disposition de l'art. 11 a soulevé une autre discussion: il reconnaît, en effet, aux représentants des gouvernements étrangers près le Saint-Siège « les « immunités accordées aux agents diplomatiques *selon* « *le droit international* ». M. Esperson soutient que cette dernière expression doit être interprétée dans ce sens: les immunités sont reconnues d'après les règles du droit international *stricto sensu*. Par conséquent, si un privilège spécial est accordé *par une loi italienne* aux agents diplomatiques près le Quirinal, il ne doit pas être étendu aux envoyés accrédités au Vatican. C'est ainsi que ces derniers ne jouiraient d'après le profes-

1. On peut cependant invoquer contre cette solution l'art. 2 du Concordat de Fontainebleau. La plupart des auteurs voient dans l'ensemble de ses dispositions une *concession gracieuse* du gouvernement français.

seur de Pavie, de l'exemption de la taxe sur la richesse mobilière accordée par la loi italienne du 14 juillet 1864, art. 6, aux agents diplomatiques; car le Droit international n'affranchit ces derniers que des taxes réelles (1). L'exemple nous semble mal choisi, car l'affranchissement des impôts grevant les immeubles n'est rien moins que certain (2), tandis que l'exemption des impôts directs sur la richesse mobilière est presque une règle internationale. Elle est formellement reconnue en France (3).

Pour répondre à la théorie en elle-même, nous ne pensons pas que la loi des *garanties* ait voulu faire aux agents près le Saint-Siège une situation inférieure à celle des autres diplomates. En employant l'expression : *selon le droit international*, elle a prévu la situation normale : ainsi que nous l'avons vu dans le 1<sup>er</sup> chapitre, la plupart des immunités sont établies par des règles de Droit coutumier ou consacrées par l'accord des auteurs de Droit public et parfois par la jurisprudence, mais les lois positives sont rares en la matière (en France il n'y en a que deux : le Décret de ventôse et la loi sur la Presse).

On objectera que la loi assimile formellement les offenses commises contre les envoyés auprès du Pape à celles commises contre ceux accrédités auprès du gouvernement italien et punit les unes et les autres des mêmes peines. Le législateur n'a pas, sans raison, passé sous silence la loi italienne dans la première phrase, tandis qu'il la mentionnait expressément dans la seconde.

1. *Op. cit.*, n° 311.

2 et 3. Voir Chap. II, Sect. IV, § 1<sup>er</sup>, 1°. Circulaire du directeur des contributions directes du 9 janvier 1875, et LEHR, *op. cit.*, n° 1272.

Nous répondons que le droit international à lui seul ne suffit pas pour prononcer une peine. Il fallait, pour réprimer les offenses, une loi *italienne*, tandis que pour accorder les immunités d'usage aux envoyés près le Saint-Siège, il suffisait de s'en référer au droit international, du moins dans la grande majorité des cas. Là est, selon nous, la raison de cette différence de rédaction entre les deux premières phrases de l'art. 11. La loi doit donc être interprétée dans ce sens : les envoyés auprès du Vatican jouissent des mêmes immunités et sont protégés par les mêmes lois que les envoyés auprès du Quirinal.

*Envoyés du Saint-Siège.*

« Pour remplir la mission qu'elle s'est attribuée, « l'Église universelle a besoin.... d'une hiérarchie d'agents dans chaque État ; au profit de ces agents, « d'exemptions, de privilèges et d'immunités » (1). Aussi, de tout temps, le pouvoir ecclésiastique central a-t-il entretenu plus ou moins régulièrement des agents à l'étranger, soit pour le représenter dans ses intérêts temporels, quand il en avait, soit pour remplir une mission d'un ordre purement spirituel.

Les envoyés du Saint-Siège dans les différents États portent les titres de *légats*, de *nonces*, d'*internonces* et d'*ablégats*.

On fait remonter cette institution aux rapports des papes avec l'Empire d'orient. Ils entretenaient auprès

1. BOMPARD, *op. cit.*

des empereurs romains, à Constantinople, des représentants appelés *apocrisarii* ou *responsales* (1).

La raison d'être de ces agents est établie par l'extravagante *Super gentes*, de Jean XXII (2) en ces termes : Le pape est constitué par Dieu sur toutes les nations et sur tous les royaumes ; mais comme il ne peut être en tout lieu, il délègue ses pouvoirs à des légats « *qui, vices ipsius supplendo, errata corrigant, aspera in plana convertant, et commissis sibi populis salutis incrementa ministrent.*

..... *Verum attendens, écrit Innocent III, quod messi multæ operarius unus non sufficit, MULTOS SIBI OPERARIOS ET COADJUTORES ADJUNGIT.... sic vices suas aliis committendo ut intelligatur ipsemet facere, quod per alios fieri decernit.*

On distingue parmi les légats : les *legati a latere* (ou *de latere*), les *legati missi*, les *nuntii apostolici*, les *internuntii*.

Le légat *a latere* est un cardinal. Il siège aux côtés (*latus*) du pape. Il est envoyé au loin pour remplir une mission et a droit à des honneurs extraordinaires, car il occupe le degré le plus élevé dans la hiérarchie des représentants pontificaux à l'étranger (3). Il est à remarquer qu'il peut être ressortissant par sa nationalité au pays dans lequel il est accrédité. C'est ainsi que les cardinaux d'Amboise et de Pradt, quoique Français, fu-

1. Voir la Nouvelle VI, chap. III, au Code, et la Nouvelle CXXIII, ch. XXV. Voir aussi CARNAZZA AMARI, *Droit international public*, II, 136. CARPINAL SOGLIA, *Institutiones juris publici ecclesiastici*.

2. *Extravag. Commun.*, l. I, t. I, ch. uniq.

3. Il a un costume particulier et fait porter une croix devant lui dès qu'il a quitté Rome.

rent nommés légats du roi de France dans les premières années du XVI<sup>e</sup> siècle.

Les légats *missi* diffèrent des précédents en ce qu'ils ne sont jamais cardinaux.

Quand leur mission revêt un caractère de permanence, ils s'appellent *Nuntii* ou *nonces* (1).

Le titre de *legatus natus* est un titre purement honorifique.

L'*ablégat* est chargé par le Saint-Siège d'apporter au souverain le chapeau qu'il doit remettre à un cardinal nouvellement créé. Il n'a aucune mission politique.

Au-dessous des légats et des nonces se trouvent les *internuntii* ou *internonces*.

Le légat exerce ses fonctions dans l'étendue de la province qui lui est assignée. Comme pour l'ordre des jésuites, ces provinces sont fixées arbitrairement par le pape, sans tenir compte des frontières politiques des États. Même lorsque les premières nonciatures permanentes furent instituées (à Vienne en 1573 et à Lucerne en 1579), elles comprirent les États les plus divers. C'est ainsi que la Suède et la Norwège étaient du ressort de Varsovie (2).

Dans sa province, l'étendue des pouvoirs du légat est fixée d'abord par la bulle qui l'institue, ensuite par les prescriptions du droit canonique. L'autorité conférée au légat a une telle étendue que les textes qui réglementent ses pouvoirs s'occupent uniquement des actes qui lui sont interdits.

Sa mission survit à la mort du pape qui la lui a con-

1. Les nonces peuvent même être des laïques. CRAISSON, *Manuale totius juris canonici*, I, n.º 803.

2. Voir Nys, *Revue de Droit international*, 1878.

fiée. Il peut faire des édits perpétuels conservant leur force obligatoire, même après qu'il a quitté son poste (1).

Le nonce a, en principe, des pouvoirs moins étendus que ceux du légat *a latere* ; notamment sa mission s'éteint par la mort du pape dont il la tient et il ne peut faire d'édits perpétuels. Toutefois il prend le titre de *nuntius cum potestate legati a latere*, quand il a reçu les instructions du pape avant son départ de Rome (quand il a touché la robe du pape).

Nous n'avons pas à énumérer les attributions des légats et des nonces. Cependant il est une limitation à leur pouvoir qui leur est imposée en France et qu'il importe de connaître : *ils n'ont aucun pouvoir de juridiction*, ils ne sont que des agents diplomatiques.

Les limitations à leur pouvoir et à leurs attributions ont été rappelées aux nonces dans trois occasions connues.

En 1823, le nonce notifia aux évêques la nomination du pape. Trois circulaires ministérielles, en date du 9 octobre 1823, du 19 octobre 1823 et du 26 février 1824, lui rappelèrent que toute communication directe entre le nonce et le clergé national est interdite, sauf pour l'information sur les candidats aux évêchés.

En 1865, le nonce adressa des félicitations à Mgr Dupanloup pour sa brochure sur la Convention de septembre. Le gouvernement de l'empereur fit des représentations à Rome et déclara « qu'il ne tolérerait plus « de pareils écarts. Un nonce n'est d'après le droit « public français, qu'un ambassadeur », écrivait M.

1. Ceux qui s'opposent à l'exercice de l'autorité du légat *a latere* sont punis de l'excommunication. La même peine est prononcée contre ceux qui s'opposent à la mission du nonce.

Drouyn de Lhuys. « Un ambassadeur manque à son « devoir le plus essentiel lorsqu'il encourage la résis- « tance aux lois du pays où il réside et critique les « actes du gouvernement près duquel il est accrédité. »

Enfin, en 1870, le nonce, au nom du pape, par un avis publié dans l'*Univers*, remercia les signataires des adresses en faveur du dogme de l'infailibilité. Le 21 juin, le *Journal officiel* publia une note préalablement communiquée au représentant du Saint-Siège, rappelant que le nonce est en tout point assimilé à un ambassadeur étranger.

En outre, comme il est de principe qu'aucun État n'est tenu de recevoir les représentants d'une autre puissance, il a été inscrit dans les *Articles organiques* (art. 2) qu'il ne vient pas en France de légat ou de nonce sans le consentement du gouvernement.

Ces indications sommaires étant données sur les agents pontificaux à l'étranger, arrivons aux questions qui nous intéressent spécialement : 1° quelle sera leur situation lorsqu'ils traverseront l'Italie pour se rendre au lieu de leur mission ? 2° quelle sera-t-elle dans les États où ils se rendent pour remplir leurs fonctions ?

1° Quelle sera leur situation lorsqu'ils viendront à traverser l'Italie pour se rendre à leur poste ?

Remarquons que cette première question était infiniment plus délicate à résoudre que la seconde et renfermait en réalité les deux suivantes : l'envoyé du pape pouvait-il être considéré comme un véritable agent diplomatique, son mandant n'étant plus un souverain temporel ? Ce premier point admis, devrait-on le traiter comme tel sur un territoire où il ne faisait que

passer? La seconde regardait les différents gouvernements qui recevraient des nonces et des cardinaux-légats. Libre à eux de les traiter comme bon leur semblerait.

Les Chambres italiennes n'hésitèrent pas à répondre affirmativement sur ces deux points, dans l'art. 11 de la loi *des garanties*... « Les prérogatives et les immunités d'usage, d'après le droit international, seront assurées, dans le territoire du royaume, aux représentants de Sa Sainteté près les gouvernements étrangers, lorsqu'ils se rendront au lieu de leur mission ou en reviendront. »

Il est probable que le désir de ne pas augmenter encore les embarras que la présence du Pape en Italie devait amener au gouvernement fut pour beaucoup dans cette détermination.

Cette disposition nous paraît faire une situation *plus favorable* aux nonces et aux cardinaux-légats qu'aux agents diplomatiques des puissances temporelles. En effet, l'Italie est un véritable pays tiers pour le nonce qui la traverse pour se rendre à son poste, car il n'est pas le représentant du souverain : *il est le représentant d'un Étranger sur un territoire autre que celui de l'État où il se rend pour remplir sa mission*. Sans doute son mandant réside sur le territoire de ce souverain, et son mandataire est, de ce chef, dans une position exceptionnelle, on comprend dès lors qu'elle ait été prise en considération pour lui accorder ces facilités.

Mais nous n'en voyons pas moins dans cette disposition une dérogation importante aux règles admises en matière de transit : il suffit, pour s'en convaincre, de passer en revue quelques-unes des principales doc-

trines enseignées sur ce point par des écrivains faisant autorité. « Les tierces puissances », dit Heffter, « ne sont tenues d'observer envers l'agent diplomatique d'autres égards que ceux qu'elles accordent en général à des sujets étrangers, et particulièrement aux sujets de la puissance à laquelle ils appartiennent. » — « Tout dépend ici de la bonne volonté de la tierce puissance », disait Charles-Quint. Suivant Merlin, « quand on dit qu'un ambassadeur doit jouir, dans le pays par lequel il ne fait que passer, de l'indépendance attachée à son caractère, cela s'entend pourvu qu'il les traverse en ambassadeur, c'est-à-dire après s'être fait annoncer, et avoir obtenu la permission de passer comme tel ». Enfin Grotius : « cette loi (qui défend de faire violence aux ambassadeurs) doit être considérée comme obligeant celui à qui l'ambassade a été envoyée, et seulement s'il l'a reçue... ; elle ne regarde donc pas ceux sur les terres desquels les ambassadeurs passent, sans en avoir reçu la permission » (1).

Il importe de remarquer que cette disposition ne s'applique qu'aux nonces et cardinaux-légats qui *traversent* le territoire italien, pour se rendre de Rome au siège de leur mission, soit pour en revenir. Quant à ceux *résidant* en Italie, le législateur n'avait aucune prérogative à leur accorder. « Des raisons de droit et des raisons de prudence politique le lui interdisaient : — des raisons de droit, parce que l'ambassadeur d'un État auprès d'un autre État n'a droit à aucune immunité particulière quand il réside sur

1. Voir *suprà*, chap. II, sect. 1, § 4 ; sect. 3, § 6, et sect. 4.

« le territoire d'une tierce puissance ; — des raisons  
 « de prudence politique, parce qu'il eût été fort im-  
 « prudent pour le gouvernement italien de donner au  
 « pape la faculté de conférer à tous les sujets du roi  
 « qu'il lui plairait d'investir d'une mission plus ou  
 « moins sérieuse, l'immunité de juridiction, l'inviola-  
 « bilité de la personne et du domicile » (1).

Quand les représentants du pape se trouvent en Italie, en dehors du temps nécessaire pour la traverser dans un sens ou dans l'autre, ils sont soumis à la juridiction ordinaire. Ce point fut expressément reconnu dans la discussion, les 16 janvier et 15 février 1871. Mais la commission ne crut pas nécessaire d'en faire une disposition spéciale, car le souverain pontife étant privé, par la chute du pouvoir temporel, de toute juridiction pénale et civile, il n'était pas possible d'admettre que ses envoyés jouiraient de l'immunité de la juridiction des tribunaux italiens ; autrement on aurait créé en Italie toute une classe d'individus qui ne seraient justiciables d'aucun tribunal (*al di fuori di ogni e qualsiasi giurisdizione*) (2).

Toutefois, pour pouvoir se prévaloir des dispositions de l'art. 11, les envoyés pontificaux doivent faire connaître leur qualité au gouvernement.

Nous avons peu de choses à dire de la situation des envoyés du Saint-Siège dans les États où ils vont exercer leurs fonctions. Chaque gouvernement les traitera comme il l'entend, leur accordant ou leur refusant les immunités diplomatiques dans la mesure où il le juge convenable.

1. BOMPARD, *op. cit.*, 206.

2. *Atti del Parlamento*, pagine 346, 615.

Le changement survenu dans le caractère de la papauté, par suite des événements de 1870, n'a d'ailleurs pas sensiblement modifié ses rapports avec les principaux États. En France, les nonces sont certainement assimilés à des agents diplomatiques. C'est en somme un point à régler par le droit constitutionnel de chaque nation, relatif aux rapports entre l'Église et l'État.

En supposant que, dans un État, une loi spéciale protège les agents diplomatiques étrangers, faudra-t-il décider qu'elle est applicable aux nonces du pape? Les tribunaux de ce pays étendront-ils cette disposition à ceux-ci? Nous n'avons pu trouver de précédents sur ce point depuis la chute du pouvoir temporel. Au moins dans les pays qui, comme la France, ont conservé, depuis 1870, l'usage de donner, dans l'ordre des préséances, la première place au nonce, il faut, pensons-nous, répondre par l'affirmative. Comment soutenir que les tribunaux traiteraient plus mal, le cas échéant, le doyen du corps diplomatique que l'attaché à la légation d'une principauté minuscule? Le nonce serait donc vraisemblablement recevable à invoquer encore le décret de ventôse.

Mais, dans les États où la préséance a été déniée *comme un droit* au représentant du pape (le Pérou), même si elle lui a été néanmoins concédée à titre gracieux, la solution de la question pourrait prêter à discussion, notamment quant à l'exemption de la juridiction, ce privilège si complexe et si critiquable à maint point de vue; car l'argument puissant qu'on peut invoquer devant un tribunal français en faveur des immunités fait défaut ici. Nous pensons cependant que les

règles spéciales sur l'inviolabilité des ministres publics seraient reconnues au nonce. Mais la prétention élevée par l'une des parties de rendre compétente la juridiction locale d'un de ces derniers États, dans un procès où serait impliqué un envoyé pontifical, nous paraîtrait pouvoir être repoussée par les considérations qui vont être développées dans un instant. Elles établissent, en effet, que le souverain pontife, quoique sans territoire et, par conséquent, sans puissance temporelle proprement dite, a conservé néanmoins une si grande influence dans le domaine temporel lui-même qu'il serait inexact de ne voir en lui qu'un souverain purement spirituel ; par conséquent, son mandataire est envoyé par un véritable pouvoir terrestre. Mais l'exemption de la juridiction est une prérogative si exorbitante qu'elle ne peut être accordée qu'après des débats sérieux lorsque le moindre doute peut s'élever sur son application dans un cas déterminé. La question, si elle se présentait, nous paraîtrait donc devoir être plaidée.

Nous venons d'examiner les rapports des envoyés du Saint-Siège avec les puissances chez qui ils sont accrédités. Quant à leur situation, spécialement en ce qui concerne la juridiction à laquelle ils sont soumis, les publicistes italiens se prononcent pour la soumission à la juridiction italienne. Comment admettre la fiction de l'exterritorialité à l'égard de ces envoyés lorsque la cour romaine a perdu le territoire sur lequel elle exerçait un droit de souveraineté politique et, par conséquent, de juridiction territoriale ? Si donc des actions sont dirigées contre eux, les tribunaux italiens seront compétents pour en connaître dans tous les cas où ils

seraient compétents pour connaître des actions dirigées contre les Nationaux à l'étranger. *Ce sont, en effet, de simples particuliers.* Ils n'ont à aucun titre le caractère de représentants de la nation italienne (1).

Un dernier point reste à examiner : l'art. 4 du règlement du 19 mars 1815, dont nous avons déjà eu occasion de parler, doit-il être considéré comme encore en vigueur, malgré la chute du pouvoir temporel ? (2) Le nonce a-t-il encore le *droit* de présider le corps diplomatique ? Nous nous prononçons pour l'affirmation (3) pour les raisons suivantes :

Le pouvoir temporel existait, à la vérité, en 1815. Mais, ce n'était pas au représentant d'une petite principauté italienne que ces honneurs extraordinaires étaient accordés par les plénipotentiaires du Congrès de Vienne, c'était au représentant du chef de l'Église catholique, qualité qui lui est reconnue aussi bien sous l'empire de la loi *des garanties* qu'auparavant (4).

D'ailleurs, il est impossible de ne pas voir encore dans la curie romaine, dans sa puissante hiérarchie, un véritable pouvoir susceptible d'exercer une influence décisive dans la politique contemporaine.

Les instructions données par le premier consul :  
« Traitez le pape comme s'il avait deux cent mille

1. ESPERSON, *op. cit.*, nos 203-205, t. I.

2. . . . . « Le présent règlement n'apportera aucune innovation relativement au représentant du pape », etc.

3. *Sic.* BOMPARD, *contra.* ESPERSON, §§ 75, 76.

Cependant, nous l'avons dit, le *droit* de préséance a été refusé au nonce à Lima par le corps diplomatique, mais elle lui a été ensuite concédée à titre gracieux.

4. PRADIER-FODÉRÉ, *op. cit.*

hommes, » renferment encore une grande part de vérité aujourd'hui.

C'est ainsi, que, quoique dépouillé de toute souveraineté effective, le Saint-Siège peut, par son action occulte sur les sujets catholiques d'un État, modifier profondément par des déplacements de voix, les élections parlementaires, et par voie de conséquence, changer la direction imprimée au gouvernement.

N'a-t-on pas vu récemment un des hommes d'États les plus puissants d'Europe, s'efforcer, par des concessions faites au pape, d'obtenir avec son aide une majorité gouvernementale qui lui échappait ? (1)

Léon XIII fut chargé d'interposer sa médiation, il y a quelques années, dans l'affaire des îles Carolines, réalisant ainsi le vœu formulé par Heffter : « La plus belle et la plus digne mission temporelle pour le chef commun de l'Église catholique était, au moyen de son âge, l'exercice d'un pouvoir conciliateur entre les puissances, dont, dans l'intérêt d'une paix générale, il pourrait être investi encore aujourd'hui, dès que les parties en litige viendraient invoquer son arbitrage. » (2)

On connaît l'influence immense qu'exercent dans l'Extrême-Orient les missions de la Propagande, les services qu'elles rendent au pays dont elles dépendent (3).

1. Dans l'affaire du septennat militaire, au Reichstag. Un journal français disait de l'intervention de Léon XIII : Le pape a donné au gouvernement prussien le vote du septennat militaire, dirigé contre nous, et qui permet à l'Allemagne de nous déclarer la guerre *ad libitum*.

2. HEFFTER, *op. cit.*, § 41 *in fine*.

3. C'est le sentiment de cette influence qui faisait dire à Gambetta : « l'anticléricalisme n'est pas un article d'exportation. »

N'y a-t-il pas dans ces diverses manifestations de la vitalité de la Papauté le signe d'une puissance temporelle persistante, quoiqu'à la vérité sans territoire et sans armée ?



# POSITIONS

## Droit romain.

### POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

I. — Les empêchements au mariage résultant de la différence de religion n'existaient pas à Rome sous les empereurs païens. Ils sont une innovation du christianisme.

II. — La vieillesse, si avancée fût-elle, n'a jamais constitué un empêchement au mariage.

III. — Les mariages entre patriciens et plébéiens étaient prohibés déjà avant la loi des XII Tables.

IV. — Il n'existait pas de règle uniforme déterminant l'influence d'un empêchement survenant postérieurement à la conclusion d'un mariage valable. Des solutions différentes étaient données suivant les espèces soumises aux jurisconsultes.

V. — Le patron ne pouvait contraindre son affranchie à l'épouser lorsque l'affranchissement avait eu lieu sous la clause *ut sibi nuberet*. Mais celle-ci perdait le *connubium* avec tout autre si elle ne remplissait pas la condition.

VI. — Il existait des empêchements prohibitifs à Rome.

### POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

I. — La demeure ne résultait pas de la seule arrivée du terme. (*Dies non interpellat pro homine*).

II. — La *stipulatio poenæ* ayant pour objet de déterminer au mariage était nulle.

III. — Dans le droit de Justinien, le père de famille qui recueillait le pécule *castrense* de son fils le recueillait *jure hereditario*.

IV. — Sous Justinien, les servitudes prédiales ne pouvaient pas se constituer par pactes et stipulations.

### Droit français.

#### POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

I. — La règle de l'article 5 du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel, lorsqu'un crime ou un délit a été commis par un Français à l'étranger, aucune poursuite ne peut avoir lieu avant le retour *volontaire* de l'inculpé en France, devrait subir une exception en ce qui concerne les agents diplomatiques français. A l'égard de ceux-ci, l'action publique devrait pouvoir suivre son cours, que le retour fût volontaire ou non. La stricte application du principe de l'art. 5 fait de l'exemption de la juridiction une véritable impunité.

II. — Le décret du 13 ventôse an II s'applique en matière civile comme en matière criminelle.

III. — Il serait désirable d'établir une règle internationale permettant aux agents diplomatiques étrangers de renoncer à l'exemption de la juridiction en matière civile.

IV. — Il existe des cas de compétence nécessaire en matière civile à l'égard des agents diplomatiques.

V. — En droit international, l'expression *exterritorialité* n'exprime pas une notion parfaitement juridique. Elle est souvent inexacte, et souvent insuffisante à expliquer les immunités.

VI. — L'exemption d'impôts n'est pas une immunité né-

cessaire à l'indépendance des ministres publics (sauf en matière de douanes).

VII. — L'article 11 de la loi dite *des garanties* assimile absolument les envoyés auprès du Saint-Siège aux autres agents diplomatiques.

#### POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

##### **Droit civil.**

I. — Le Français ne peut, aux yeux de la loi française, avoir un véritable domicile à l'étranger.

II. — Le défaut de publications en France, dans l'hypothèse de l'article 170 du Code civil, constitue un empêchement dirimant.

III. — La possession d'état ne peut faire preuve de la filiation naturelle.

IV. — L'art. 901 déroge à l'art. 504.

#### AUTRES MATIÈRES.

##### **Droit des gens.**

I. — L'extradition des Nationaux n'est pas contraire aux principes du droit international public.

II. — L'occupation d'un territoire sans maître est subordonnée à deux conditions : 1<sup>o</sup> elle doit être accompagnée d'une notification ; 2<sup>o</sup> elle doit être effective.

##### **Droit commercial.**

Lorsque la lettre de change, le billet à ordre ou le chèque ne sont pas écrits en entier de la main du signataire, il n'y

a pas lieu de se conformer à la disposition de l'article 1326  
C. civ.

### **Droit international privé.**

Lorsque la femme française, qui épouse un étranger, suit la condition de son mari, les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur la validité de son mariage.

### **Droit constitutionnel.**

L'Assemblée nationale ne peut reviser les lois constitutionnelles qu'en ce qui touche les points spécialement visés dans les délibérations respectives du Sénat et de la Chambre des députés, qui ont déclaré qu'il y avait lieu à la réunion du Congrès (Loi du 25 février 1875, art. 8).

*Le Président de la thèse,*  
LYON-CAEN.

VU :  
*Le Doyen de la Faculté,*  
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER ;  
*Le vice-recteur de l'Académie de Paris,*  
GRÉARD.

# TABLE DES MATIÈRES

## DROIT ROMAIN

### DES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE

	Pages.
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE I. — De l'impuberté et du défaut de consentement...	9
Section I. De l'impuberté, et d'une manière générale de l'inaptitude à concevoir et à engendrer.....	9
Section II. Du défaut de consentement.....	21
§ 1 <sup>er</sup> . Du consentement des personnes qui exercent la puissance paternelle sur les époux.....	21
Formes du consentement. A quel moment il doit intervenir.....	28
Du refus par le <i>paterfamilias</i> de donner son consentement.....	31
Sanctions du défaut de consentement.....	36
§ 2. Du consentement des époux, <i>alieni juris</i> .....	44
Si les affranchis des deux sexes peuvent se marier sans le consentement de leur patron.....	50
Des conditions de fond et de forme du consentement..	54
CHAPITRE II. — Du <i>connubium</i> .....	63
Section I. Du <i>connubium</i> absolu.....	63
§ 1 <sup>er</sup> . Existence d'un premier mariage non dissous.....	64
§ 2. Du délai de viduité.....	76
§ 3. Du divorce.....	81
§ 4. Du vœu de chasteté et de l'engagement dans les ordres sacrés.....	86
§ 5. De l'adultère (empêchement absolu).....	91
§ 6. Empêchement résultant pour l'affranchie des dispositions de la loi <i>Julia</i> .....	95
Section II. Du <i>connubium</i> relatif.....	104
§ 1 <sup>er</sup> . Empêchements fondés sur des considérations de morale et de convenance.....	104

1 <sup>o</sup> De l'agnation et de la cognation.....	104
2 <sup>o</sup> De l'alliance et des empêchements qui y sont assimilés.....	116
Sanction des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance, etc .....	123
§ 2. Empêchements résultant de certains délits.....	128
1 <sup>o</sup> de l'adultère (empêchement relatif).....	128
2 <sup>o</sup> Du rapt.....	132
§ 3. Empêchements fondés sur des considérations politiques et sociales.....	135
1 <sup>o</sup> Patriciens et plébéiens.....	135
2 <sup>o</sup> Ingénus et affranchis.....	140
3 <sup>o</sup> Prohibitions des lois caducaires.....	141
A. Dispositions applicables à tous les ingénus.....	141
B. Dispositions spéciales aux sénateurs.....	144
Sanction des empêchements des lois caducaires....	152
4 <sup>o</sup> Empêchements fondés sur la différence de religion.	160
5 <sup>o</sup> Du commandement dans les provinces.....	168
§ 4. Prohibitions basées sur les idées de protection.....	171
De la tutelle et de la curatelle.....	171
Sanction des empêchements fondés sur la tutelle et la curatelle.....	178
CHAPITRE III. — Généralités sur les sanctions et les peines du mariage prohibé. Des dispenses impériales et sénatoriales...	181

---

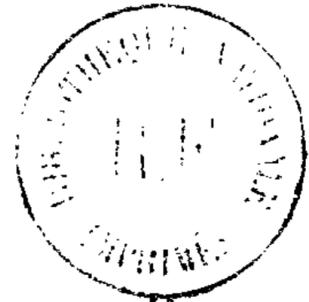
## DROIT FRANÇAIS

### DES PRIVILÈGES DES AGENTS DIPLOMATIQUES

	Pages.
INTRODUCTION. Du droit de légation. Des préséances. De la permanence des missions. Règlement du 19 mars 1815, au Congrès de Vienne et Protocole des conférences d'Aix-la-Chapelle du 21 novembre 1818.....	1
CHAPITRE I. — Fondement rationnel et juridique des immunités diplomatiques. Notions historiques. Documents législatifs. Législation comparée.....	23
§ 1 <sup>er</sup> . Fondement rationnel et juridique des immunités diplomatiques .....	23
§ 2. Notions historiques. Droit romain. Droit canon. Grotius .....	31
§ 3. Documents législatifs.....	53

1 <sup>o</sup> France. Constituante. Convention nationale. Consulat. (Projet du Code civil). Simple indication des dispositions des lois sur la Presse se rattachant aux immunités.....	53
2 <sup>o</sup> Pays étrangers. Législation comparée.....	64
CHAPITRE II. — Étude détaillée des privilèges des agents diplomatiques.....	79
Section I. Inviolabilité.....	80
§ 1. Inviolabilité de la personne.....	81
§ 2. Inviolabilité de la demeure.....	121
§ 3. Immunités disparues : franchise des quartiers et billets de protection.....	124
§ 4. Du transit.....	129
Section II. De l'exemption de la juridiction pénale.....	134
§ 1. Juridiction administrative pénale.....	142
§ 2. Critique de l'exemption de la juridiction pénale....	143
Question se rattachant à l'immunité de la juridiction pénale. Droit pour le ministre public de se refuser à témoigner en justice.....	157
Section III. Exemption de la juridiction civile et commerciale.....	163
Généralités.....	163
§ 1. Applications de l'exemption de la juridiction civile.	168
§ 2. Des cas où les tribunaux civils sont exceptionnellement compétents.....	174
§ 3. Hypothèses spéciales.....	188
§ 4. Critique de l'exemption de la juridiction civile.....	194
§ 5. Des mesures conservatoires.....	207
§ 6. Du transit.....	210
§ 7. Des obligations commerciales.....	211
Première hypothèse.....	212
Deuxième hypothèse.....	218
§ 8. Lois de procédure.....	224
§ 9. Questions se rattachant à l'immunité de la juridiction civile.....	225
1 <sup>o</sup> Des sentences arbitrales.....	225
2 <sup>o</sup> Des voies d'exécution.....	227
De la signification des exploits, des saisies pratiquées sur les biens d'un ministre public.....	231
Section IV. Privilèges relatifs aux impôts.....	252
§ 1 <sup>er</sup> . Impôts dont sont <i>exempts</i> les agents diplomatiques..	253
1 <sup>o</sup> Impôts directs. Impôts sur le capital, le revenu, Impôts directs français.....	253
2 <sup>o</sup> Impôts indirects.....	267
§ 2. Impôts auxquels sont <i>soumis</i> les agents diplomatiques.....	277

1 <sup>o</sup> Impôts directs. Impôt foncier, des patentes.....	277
2 <sup>o</sup> Impôts indirects. Droits divers, droits de mutation et d'enregistrement.....	280
Critique de l'exemption d'impôts.....	290
Section V. Culte.....	297
Section VI. Autres immunités.....	307
Section VII. De l'exterritorialité comme théorie juridique. Des conséquences de la fiction.....	307
Appendice au chapitre II. — Des mariages diplomatiques et consulaires.....	328
CHAPITRE III. — Des personnes qui peuvent se prévaloir des immunités.....	387
§ 1 <sup>er</sup> . Si la nationalité des agents diplomatiques peut exercer quelque influence sur leurs immunités.....	387
§ 2. Des personnes appartenant à la mission.....	398
1 <sup>o</sup> Personnel faisant partie officiellement de la légation.....	399
2 <sup>o</sup> Famille des agents diplomatiques.....	402
3 <sup>o</sup> Serviteurs et suite non officielle.....	405
4 <sup>o</sup> Des personnes ne rentrant exactement dans aucune de ces catégories.....	415
Appendice aux deux chapitres précédents. — Aperçu som- maire de la législation et des usages des États Unis en cette matière.....	418
CHAPITRE IV. — Conclusion.....	429
APPENDICE. — Des immunités accordées aux envoyés du Saint Siège et aux envoyés accrédités auprès du Saint-Siège. Article 11 de la loi italienne dite <i>des garanties</i> .....	437





















## DROIT ROMAIN DES EMPECHEMENTS AU MARIAGE

### INTRODUCTION

#### CHAPITRE I. - De l'impuberté et du défaut de consentement

##### Section I. De l'impuberté, et d'une manière générale de l'inaptitude à concevoir et à engendrer

##### Section II. Du défaut de consentement

##### § 1<sup>er</sup>. Du consentement des personnes qui exercent la puissance paternelle sur les époux

##### Formes du consentement. A quel moment il doit intervenir

##### Du refus par le *paterfamilias* de donner son consentement

##### Sanctions du défaut de consentement

##### § 2. Du consentement des époux, *aliéni juris*

##### Si les affranchis des deux sexes peuvent se marier sans le consentement de leur patron

##### Des conditions de fond et de forme du consentement

#### CHAPITRE II. - Du *connubium*

##### Section I. Du *connubium* absolu

##### § 1<sup>er</sup>. Existence d'un premier mariage non dissous

##### § 2. Du délai de viduité

##### § 3. Du divorce

##### § 4. Du vœu de chasteté et de l'engagement dans les ordres sacrés

##### § 5. De l'adultère (empêchement absolu)

##### § 6. Empêchement résultant pour l'affranchie des dispositions de la loi Julia

##### Section II. Du *connubium* relatif

##### § 1<sup>er</sup>. Empêchements fondés sur des considérations de morale et de convenance

##### 1° De l'agnation et de la cognation

##### 2° De l'alliance et des empêchements qui y sont assimilés

##### Sanction des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance, etc

##### § 2. Empêchements résultant de certains délits

##### 1° de l'adultère (empêchement relatif)

##### 2° Du rapt

##### § 3. Empêchements fondés sur des considérations politiques et sociales

##### 1° Patriciens et plébéiens

##### 2° Ingénus et affranchis

##### 3° Prohibitions des lois caducaires

##### A. Dispositions applicables à tous les ingénus

##### B. Dispositions spéciales aux sénateurs

##### Sanction des empêchements des lois caducaires

##### 4° Empêchements fondés sur la différence de religion

##### 5° Du commandement dans les provinces

##### § 4. Prohibitions basées sur les idées de protection

##### De la tutelle et de la curatelle

##### Sanction des empêchements fondés sur la tutelle et la curatelle

#### CHAPITRE III. - Généralités sur les sanctions et les peines du mariage prohibé. Des dispenses impériales et sénatoriales

## DROIT FRANCAIS DES PRIVILEGES DES AGENTS DIPLOMATIQUES

### INTRODUCTION. Du droit de légation. Des préséances. De la permanence des missions. Règlement du 19 mars 1815, au Congrès de Vienne et Protocole des conférences d'Aix-la-Chapelle du 21 novembre 1818

#### CHAPITRE I. - Fondement rationnel et juridique des immunités diplomatiques. Notions historiques. Documents législatifs. Législation comparée

##### § 1<sup>er</sup>. Fondement rationnel et juridique des immunités diplomatiques

##### § 2. Notions historiques. Droit romain. Droit canon. Grotius

##### § 3. Documents législatifs

##### 1° France. Constituante. Convention nationale. Consulat. (Projet du Code civil). Simple indication des dispositions des lois sur la Presse se rattachant aux immunités

##### 2° Pays étrangers. Législation comparée

#### CHAPITRE II. - Etude détaillée des privilèges des agents diplomatiques

##### Section I. Inviolabilité

##### § 1. Inviolabilité de la personne

##### § 2. Inviolabilité de la demeure

##### § 3. Immunités disparues: franchise des quartiers et billets de protection

##### § 4. Du transit

##### Section II. De l'exemption de la juridiction pénale

##### § 1. Juridiction administrative pénale

##### § 2. Critique de l'exemption de la juridiction pénale

##### Question se rattachant à l'immunité de la juridiction pénale. Droit pour le ministre public de se refuser à témoigner en justice

##### Section III. Exemption de la juridiction civile et commerciale

##### Généralités

##### § 1. Applications de l'exemption de la juridiction civile

##### § 2. Des cas où les tribunaux civils sont exceptionnellement compétents

##### § 3. Hypothèses spéciales

##### § 4. Critique de l'exemption de la juridiction civile

##### § 5. Des mesures conservatoires

##### § 6. Du transit

##### § 7. Des obligations commerciales

##### Première hypothèse

##### Deuxième hypothèse

##### § 8. Lois de procédure

##### § 9. Questions se rattachant à l'immunité de la juridiction civile

##### 1° Des sentences arbitrales

##### 2° Des voies d'exécution

##### De la signification des exploits, des saisies pratiquées sur les biens d'un ministre public

##### Section IV. Privilèges relatifs aux impôts

##### § 1<sup>er</sup>. Impôts dont sont *exempts* les agents diplomatiques

##### 1° Impôts directs. Impôts sur le capital, le revenu, Impôts directs français

##### 2° Impôts indirects

##### § 2. Impôts auxquels sont *soumis* les agents diplomatiques

##### 1° Impôts directs. Impôt foncier, des patentes

##### 2° Impôts indirects. Droits divers, droits de mutation et d'enregistrement

##### Critique de l'exemption d'impôts

##### Section V. Culte

##### Section VI. Autres immunités

##### Section VII. De l'exterritorialité comme théorie juridique

##### Des conséquences de la fiction

##### Appendice au chapitre II. - Des mariages diplomatiques et consulaires

#### CHAPITRE III. - Des personnes qui peuvent se prévaloir des immunités

§ 1<sup>er</sup>. Si la nationalité des agents diplomatiques peut exercer quelque influence sur leurs immunités

§ 2. Des personnes appartenant à la mission

1° Personnel faisant partie officiellement de la légation

2° Famille des agents diplomatiques

3° Serviteurs et suite non officielle

4° Des personnes ne rentrant exactement dans aucune de ces catégories

Appendice aux deux chapitres précédents. - Aperçu sommaire de la législation et des usages des Etats Unis en cette matière

CHAPITRE IV. - Conclusion

APPENDICE. - Des immunités accordées aux envoyés du Saint Siège et aux envoyés accrédités auprès du Saint-Siège. Article 11 de la loi italienne dite *des garanties*