Précis de droit international privé, par Frantz Despagnet,... 5e édition, revue... par Ch. de Boeck,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Despagnet, Frantz (1857-1906). Précis de droit international privé, par Frantz Despagnet,... 5e édition, revue... par Ch. de Boeck,.... 1909.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

DÉPOT LÉGAL
C 1871
1909

PRÉCIS

DE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

1871

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

PAR

Frantz DESPAGNET

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ASSOCIÉ DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

CINQUIÈME ÉDITION

REVUE, AUGMENTÉE ET MISE AU COURANT DE LA LOI, DE LA JURISPRUDENCE ET DES TRAITÉS

PAR

Ch. de BOECK

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1909



PRÉCIS

DE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

R E
915

Bordeaux, Y. CADORET, impr., 17, rue Poquelin-Molière.

PRÉCIS

DE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

PAR

Frantz DESPAGNET

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ASSOCIÉ DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

CINQUIÈME ÉDITION

REVUE, AUGMENTÉE ET MISE AU COURANT DE LA LOI, DE LA JURISPRUDENCE ET DES TRAITÉS

PAR

Ch. de BOECK

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1909

PRÉFACE

DE LA QUATRIÈME ÉDITION

La quatrième édition de ce livre m'a permis d'introduire encore dans mon œuvre des changements importants et, je l'espère, quelques améliorations. Le caractère de l'ouvrage n'a pas été modifié : c'est toujours un *Précis* destiné à exposer méthodiquement les principes essentiels du Droit international privé, avec leurs applications les plus considérables d'après les diverses législations, les traités, la doctrine et la jurisprudence. J'ai aussi maintenu la division générale, en présentant tout d'abord, sous le titre de *Théories préliminaires,* des questions qui peuvent sans doute donner lieu à des conflits de lois, mais qui surtout dominent ces conflits et doivent être préalablement connues avant d'aborder les autres problèmes du Droit international privé. Parmi ces questions, des développements étendus ont été donnés à celles de la condition des étrangers et de la nationalité, pour répondre au programme établi par l'arrêté du 24 juillet 1895 qui détache ces deux matières de l'enseignement du Droit civil et les fait entrer dans le cours de Droit international privé.

Mais les différences qui caractérisent cette nouvelle édition apparaissent à d'autres points de vue. D'abord, j'ai consacré tous mes soins à mettre mon travail au courant du dernier état des lois, des traités, de la doctrine et de la jurispru-

dence. En second lieu, certains développements ont été complètement remaniés, nombre de solutions révisées et modifiées, un plus grand nombre encore examinées qui n'avaient pas été prévues. Enfin, j'ai cru devoir renoncer à citer, à propos de chaque difficulté, les traités généraux consacrés à notre science. Ceux de ces ouvrages qui sont déjà classiques, soit en France, soit à l'étranger, sont en nombre tel qu'il est impossible de les citer tous, et que c'est injustement faire tort aux autres que d'invoquer seulement l'autorité de quelques-uns d'entre eux : en cas de doute, il est nécessaire de les consulter presque tous, et c'est un travail auquel je me suis consciencieusement livré sans pouvoir en donner la justification matérielle (1). Aussi ai-je dû me borner à indiquer,

(1) Les ouvrages modernes les plus essentiels à connaître sur l'ensemble du Droit international privé sont les suivants :

A. — France : Mailher de Chassat, *Traité des Statuts,* 1844 ; — le traité de Fœlix, éditions annotées par M. Demangeat, 1856 et 1866 ; — Massé, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil* (1844-1874) ; — Berlauld, *Conflit des lois françaises et des lois étrangères* dans les *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon,* 1867-1869 ; — les traités, précis ou manuels de MM. Bard, Durand, Weiss, Surville et Arthuys, Audinet, Pillet ; — Vincent et Penaud, *Dictionnaire de Droit international privé,* 1887 ; — de Vareilles-Sommières, *La Synthèse du Droit international privé,* 2 vol., 1897. Il faut y joindre les traités de droit les plus récents et les plus importants qui consacrent de plus en plus des développements étendus aux conflits de lois relatifs à la matière à laquelle ils sont consacrés ; tels sont les traités de MM. Ch. Lyon-Caen et Renault, celui de M. Arth. Desjardins, pour le droit commercial et maritime, et le grand traité de droit commercial publié sous la direction de M. Thaller ; pour le droit civil, le grand traité publié sous la direction de M. Baudry-Lacantinerie, dont plusieurs volumes ont été traduits en italien ; pour la procédure, le traité de M. Garsonnet, continué par M. Cézar-Bru.

B. — Etats-Unis : Story, *Commentaries on the conflict of Laws,* 8e éd., 1883 ; — W. Beach Lawrence, *Commentaires sur les Éléments du Droit int. et sur l'Histoire des progrès du Droit des gens,* de H. Wheaton, 4 vol., 1868-1880, spécialement le t. III ; — Wharton, *A treatise on the conflict of Laws, or Private international Law,* 1872-1881-1905 ; — D. D. Field, *Draft outlines of an intern. code,* 1872, trad. A. Rolin, *Projet d'un code international,* 1881 ; — Merill, *Studies in comparative jurisprudence and the conflict of Laws,* 1886 ; [— Lorenzen, *Cases on the conflict of laws, American case-book series,* Saint-Paul, 1909, 1 vol. in-8°, XXI et 784 pp.]

C. — Angleterre : Burge, *Commentaries on colonial and foreign Laws....* 4 vol., 1838 ; — Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law,* t. IV : *Private intern. Law, or Comity,* 3e éd., 1880 ; — Westlake, *A Treatise on Pri-*

à propos de chaque question,. les monographies spéciales, moins connues ou plus difficiles à trouver que les traités généraux, en ne citant du reste que les plus importantes et les plus accessibles au lecteur français.

J'ai dû faire une large place à la jurisprudence française et étrangère car, dans le silence ordinaire de la loi sur les problèmes de Droit international privé, elle seule peut donner, avec la doctrine, l'état actuel de notre science.

vate intern. Law, or the conflict of Laws, 4e éd., en concours avec Alf.-Fr. Topham, 1905; — Dicey : *The Law of domicile;* trad. Stocquart : *Le Statut personnel anglais*, 1888; *A Digest on the law of England with reference to the conflict of laws*, avec des notes sur la jurisprudence américaine de J. Bassett Moore, 1896; — Lorimer, *English and foreign jurists and international jurisprudence*, Edimbourg, 1875-1876; — Ralligan, *Private international Law*, Londres, 1895; [— Beale, *A Selection of cases on conflict of laws*, 3 vol. in-8°, Cambridge, 1900-1902; *Id., A shorter selection of cases on the conflict of laws*, 1 vol. in-8°, Cambridge, 1908; — Foote, *Foreign and domestic law. A concise Treatise on private international law*, 1 vol. in-8°, Londres, 1904.]

D.-E. — Allemagne et Autriche : Wæchter, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* (monographie qui a l'importance d'un véritable traité, dans *Archiv für civilitische Praxis*, t. XXIV et XXV, 1841-1842; — Schœffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, 1841; — de Savigny, *Système du Droit romain*, trad. Guenoux, 1851-1855 : t. VIII consacré aux conflits de lois; — von Bar, *Das internationale Privat-und Strafrecht*, 1862; — refondu dans la 2e édition de 1889 sous le titre : *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2 vol.; — *Lehrbuch des internationalen Privat-und Strafrechts*, 1892; [— *Internationales Privatrecht*, 2 vol. in-8°, Leipsig et Berlin, 1904, dans l'Encyclopédie de Holtzendorff et de Kohler;] — Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, 1897; — Bluntschli, *Le Droit international codifié*, trad. Lardy; — Niemeyer, *Positives internationales Privatrecht*, Leipzig, 1894; [— Id. *Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1901;] — Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899; [Habicht, *Internationales Privatrecht nach Gesetzbuche*, Berlin, 1907;] — Neumann, *Intern. Privatrecht nebst Motiven und Materialien*, Berlin, 1896; [— Vesque von Püttlingen, *Handbuch des in Œsterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts*, 2e éd., Vienne, 1878. — Jettel, *Handbuch des intern. Privatund Strafrechts mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen Œsterreichs, Ungarns, Croatiens und Bosniens*, Vienne et Leipzig, 1892.]

F. — Belgique : Laurent, *Droit civil international*, 8 vol., 1880-1881; — A. Rolin, *Principes du Droit international privé*, 3 vol., 1897; — E. Haus, *Du Droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, 1874.

G. — Pays-Bas : Asser, *Elements de Droit intern. privé*, trad. A. Rivier, 1884; [Jitta, *La substance des obligations dans le droit international privé*, La Haye et Paris, 2 vol. in-8°, 1906 et 1907.]

H. — Espagne : M. Torres-Campos, *Principios de derecho internacional pri-*

Quant aux renseignements concernant les législations étrangères, ils n'ont jamais été donnés qu'au point de vue spécial des règles consacrées pour la solution des conflits de lois, sans aller jusqu'au détail des institutions juridiques des autres

vado, 1883; *Elementos de derecho intern. privado,* 2e éd., 1893, 3e éd., 1906; — de Olivart, *Manual de derecho intern. publico y privado;* — de Bustamante y Sirven, *Tratado de derecho intern. privado,* t. I, 1896; — Prida, *Derecho intern. privado,* Valladolid, 1896; [Bravo, *Derecho internacional privado,* Madrid, 1886.]

I. — Italie : Rocco, *Dell' uso ed autorità delle leggi del Regno delle due Sicile considerate nelle relazioni colle persone e col territorio degli stranieri, ossia trattato di diritto civile internazionale,* 1842-1843; — Pasquale Fiore, *Diritto internazionale privato,* trad. Pradier-Fodéré, 1875; 2e éd., 1891, trad. Antoine; 3e éd., Turin, 1889, t. III, en 1903; [4e éd., trad. Antoine, 4 vol. in-8°, Paris, 1907;] — Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale,* 1874; — Anzilotti, *Il diritto internazionale nei judicii interni,* 1905; — Brusa, *Lezioni di diritto internazionale* de Casanova, 3e éd. annotée, 1876; — Catellani, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi,* 1883-1888, 3 vol.; 1895, 2e éd., t. I, *Storia del diritto internazionale privato,* t. II, 2e éd., 1902; — Contuzzi, *Diritto internazionale privato,* Milan, 1890: [— *Id., Commentaire théorique et pratique des Conventions de La Haye concernant la codification du droit international privé,* t. I, 1 vol. in-8°, Paris, 1905; — Diena, *Trattato di diritto commerciale internazionale,* 3 vol. in-8°, Florence, 1900-1905; — Fedozzi, *Il diritto processuale civile internazionale,* 1 vol. in-8°, 1905; — Diena, *Principii di dir. int. priv.,* Naples, 1908; — Pierantoni, *Il diritto civile e la procedura internazionale nelle convenzioni dell' Aja,* Naples, 1906; — Buzzati, *Trattato di diritto internazionale privato secondo le Convenzioni dell' Aja,* t. Ier, Introduzione, Il matrimonio secondo la Convenzione dell' Aja del 12 giugno 1902, Milan, Vallardi, 1907.]

J. — Suisse : Ch. Brocher, *Cours de Droit international privé, suivant les principes consacrés dans le droit positif français,* 3 vol., 1882-1883; — E. Roguin, *Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale,* 1891; — [Meili, *Das intern. Civil und Handelsrecht,* 2 vol., 1902, traduit en anglais sous ce titre : *International, civil and commercial law,* 1 vol., New-York, 1905; — Id., *Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Geseztgebung und Praxis,* Zurich, 1-3 teil, 1904-1906.]

K. — [Grèce : Streit, *Système de droit international privé,* t. I (en grec), 1 vol. in-8°, Athènes, 1907.

L. — [Portugal : Falcao, *Do direito internacional privado,* Coïmbre, 1868.]

M. — [Brésil : Pimenta Bueno, *Direito internacional privado,* Rio-de-Janeiro, 1868; — Bevilacqua, *Principios elementares de Direito internacional privado,* Bahia, 1906.]

N. — Mexique : Ortega, *Derecho internacional mexicano,* 1877; — Javala, *Elementos de derecho internacional privado,* Guadalajara, 1886-1903; — L. Perez Verdia, *Tratado elemental de derecho internacional privado,* Guadalajara, 1 vol. in-8°, 360 p., 1908.]

pays : la connaissance de ces dernières est l'objet d'une science spéciale qui sert elle-même de base à la science de la *Législation comparée ;* elle n'intéresse pas directement le Droit international privé.

Puisse cette nouvelle édition mériter, grâce à la révision approfondie dont elle a été l'objet, les encouragements qu'on a bien voulu donner aux précédentes.

FRANTZ DESPAGNET.

PRÉFACE

DE LA CINQUIÈME ÉDITION

Frantz Despagnet a été emporté le 14 juillet 1906, à l'âge de quarante-neuf ans, par une longue et cruelle maladie, au cours de laquelle son activité scientifique, par un prodige de vaillance et d'énergie, n'a pas cessé un seul instant de s'affirmer (1).

Madame Frantz Despagnet et les éditeurs du *Précis de droit international privé* ont bien voulu me confier l'honneur et le soin de préparer la cinquième édition de cet ouvrage, vivement apprécié en France et à l'étranger. Cet honneur, je l'ai accepté avec humilité; de ce soin, je me suis acquitté consciencieusement.

D'aucuns estimeront que l'ouvrage dont j'ai respecté scrupuleusement le texte a été démesurément grossi par des additions (2) qui atteignent plus de quatre cents pages. Les magistrats et les avocats qui, je l'espère, voudront bien consulter cette cinquième édition, comme ils ont consulté les quatre premières (1886-1904), m'en excuseront sans nul doute. Les étudiants sérieux me le pardonneront, s'ils considèrent que les petits Manuels, malgré les services qu'ils rendent, exigent, à cause de leur brièveté même, de leurs lecteurs un effort intellectuel incomparablement plus intense que les Manuels développés.

(1) V. Frantz Despagnet, *Notice sur ses travaux*, par Ch. de Boeck, 1907.

(2) Les additions qui sont mon œuvre personnelle ont été mises entre crochets.

Les livres ont leurs destinées, dit l'adage latin. Aussi longtemps que son auteur a vécu, le *Précis* de Frantz Despagnet a eu de brillantes destinées. Aujourd'hui qu'il n'est plus, puissé-je avoir servi une mémoire qui m'est chère et contribué à la faire revivre dans les esprits comme elle vivra éternellement dans mon cœur.

CH. DE BOECK.

Monbazillac, 8 septembre 1909.

ABRÉVIATIONS

S.....	Recueil périodique de Sirey.
D. P.....	» » Dalloz.
J. C.....	Journal Clunet, Journal du Droit intern. privé.
A. D.....	Archives diplomatiques.
R. D. I......	Revue de Droit intern. et de législation comparée.
R. G. D. I...	Revue générale de Droit intern. public.
R. D. I. P....	Revue de Droit international privé et de Droit pénal international, fondée par M. Darras en 1905 et dirigée par M. de Lapradelle depuis le 1er janvier 1909.

INTRODUCTION

1. Le Droit des Gens ou **Droit international.** — Entre les Etats considérés comme personnes morales, susceptibles d'invoquer des droits ou d'être soumises à des obligations, il se forme des rapports d'un caractère juridique.

L'ensemble des principes destinés à régler ces rapports est appelé *Droit des Gens* ou *Droit international*. La première expression correspond au *Jus Gentium* des Romains et, pour cela même, donne lieu à une équivoque à cause de laquelle on l'a généralement remplacée par la seconde. A Rome, en effet, le *Jus Gentium* désignait les institutions juridiques dont pouvaient user les étrangers ou mieux les pérégrins, par opposition au *Jus civile* qui comprenait celles que pouvaient invoquer seuls les citoyens romains, en même temps d'ailleurs que les règles applicables dans les rapports internationaux proprement dits, par exemple dans les traités avec les autres pays, dans la guerre et la diplomatie (Gaius, II, 65; III, 93; Instit. de Justinien, I, 2, § 1; L. 17, tit. VII, liv. L, Dig.) (1). Mais, de nos jours, on n'entend plus par *Droit des Gens* que les règles ayant pour objet les rapports entre les Etats; quant à l'autre élément du *Jus Gentium* des Romains, c'est-à-dire les dispositions législatives applicables aux pérégrins, il fait désormais partie du droit interne de chaque pays, qui fixe comme il l'entend

(1) [L'expression *Jus Gentium* comme synonyme de Droit international public est employée fréquemment chez les historiens de la République romaine, Salluste, Tite-Live, Tacite; chez les jurisconsultes de l'Empire, elle devient très rare : on ne la rencontre qu'une fois au Digeste, sous la plume de Pomponius. Pourquoi? C'est que, pendant les premiers siècles de son histoire et jusqu'à la bataille de Zama (202 av. J.-C.), Rome s'est trouvée en présence de nationalités qui défendaient avec vigueur leur indépendance; plus tard, devenue maîtresse de l'univers alors connu, elle n'a vu, au fond, dans les pays conquis, que des dépendances administratives, quoiqu'elle ait souvent voilé sous le mot d'*alliance* et d'*autonomie* l'amertume de la chose. Il n'y a plus eu dès lors de droit international public : il n'y a eu qu'un droit public administratif. Cpr. Egger, *Nouvelles études sur les traités internationaux chez les Grecs et chez les Romains*, 1866, p. 173-179; p. 189-203; Baviera, *Il diritto internazionale dei Romani*, *Archivio Giuridico*, 1898, p. 266-281, *præsert.* p. 266, note 1 et p. 276.]

les institutions accessibles aux étrangers et celles qui sont réservées aux nationaux.

Aussi, afin d'éviter tout malentendu, le jurisconsulte anglais Zouch se servit, pour désigner le Droit des relations internationales, de l'expression *jus inter gentes*, dans le titre même de l'ouvrage qu'il publia en 1650 : *Juris et judicii fecialis, sive de jure inter gentes, et quæstionum de eodem explicatio.* Cette expression, que d'Aguesseau traduisit *Droit entre les Gens*, devint *International Law* sous la plume de J. Bentham, et fut littéralement reproduite en français, *Droit international*, grâce, paraît-il, au Genevois Etienne Dumont, ami de Bentham. Les Anglo-Américains disent encore *Law of nations*, et les Allemands *Völkerrecht*, deux traductions de *Jus Gentium;* mais il est bien entendu que ces manières de s'exprimer ne correspondent qu'au *Droit international* proprement dit. En fait, et sous le bénéfice de cette dernière observation, on emploie presque indifféremment les désignations indiquées ci-dessus : ainsi Wheaton a écrit les *Éléments du Droit international* et l'*Histoire des progrès du Droit des Gens;* l'ouvrage de Heffter, *Europäisches Völkerrecht*, a été traduit *Droit international de l'Europe*, par M. Bergson, et le *Das moderne Völkerrecht*, de Bluntschli, *Droit international codifié*, par M. Lardy. Cependant, dans l'usage, *Droit des Gens* est plus particulièrement employé pour indiquer le *Droit international public*, par opposition au *Droit international privé* que nous préciserons plus loin. Suivant M. Renault, le *Droit international* correspondrait plutôt aux règles admises dans la pratique des rapports entre les Etats, et le *Droit des gens* aux principes théoriques dont la réalisation est désirable. Mais il ne semble pas que la terminologie courante ait encore consacré cette distinction (1).

2. Les Etats sujets du Droit international. — Les personnes juridiques dont les relations constituent la matière même du Droit international sont les Etats. Ceux-ci agissent par l'intermédiaire de leurs souverains, de leurs gouvernements et des représentants ou agents diplomatiques qu'ils accréditent réciproquement les uns auprès des autres. Mais ces diverses personnalités, quels que soient leurs titres ou leurs grades, ne figurent dans les

(1) [Il paraît même que, parfois, ce soit uniquement pour une raison d'euphonie que l'on emploie l'une ou l'autre expression. Ainsi notre regretté collègue Despagnet a sans doute intitulé son magistral ouvrage, *La Diplomatie de la Troisième République et le Droit des Gens*, Paris, 1904, uniquement pour éviter de fâcheuses assonnances].

rapports internationaux qu'en qualité de mandataires des Etats dont elles sont chargées de soutenir les droits et de défendre les intérêts, non comme sujets directs du Droit qui régit les relations juridiques entre les différents pays. De même, des rapports de droit naissent souvent entre les Etats à l'occasion de simples particuliers, notamment quand il s'agit des nombreuses questions rentrant dans le domaine du Droit international privé, ainsi que nous le verrons plus loin. Mais il n'en est pas moins question de relations immédiates entre les Etats, qui sont les seuls sujets possibles et les seules personnalités juridiques à considérer dans le Droit international, sans que l'on ait à se préoccuper directement des individus, ni des agents diplomatiques, ni des souverains ou chefs de gouvernement.

3. Notion de l'Etat. — Si on le considère comme personne morale sujet du Droit international, l'Etat peut être défini : « Un ensemble de familles, obéissant à une autorité commune, établi sur un territoire fixe, tendant à se faire respecter dans son indépendance collective et la conservation de chacun de ses membres » (1). De cette définition il résulte que quatre éléments sont

(1) Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat,* notam. p. 11 s., trad. de Riedmatten, 1877. [Cpr. Duguit, *Manuel de droit public français, Droit constitutionnel,* Paris, 1907, p. 75 et suiv. Se plaçant au point de vue de la doctrine qui, à peu près unanimement adoptée par les théoriciens du droit public français et étrangers, MM. Esmein, Hauriou, Berthélemy en France, MM. Gerber, Laband, Mayer, Jellinek en Allemagne, Orlando en Italie, repose sur cette idée que l'Etat est un *sujet de droit,* M. Duguit expose qu'il est constitué par quatre éléments : 1° une collectivité d'individus humains ; 2° un territoire déterminé ; 3° une souveraineté ; 4° un gouvernement. Mais, pour son compte personnel, le savant auteur repousse la théorie de la personnalité et de la souveraineté de l'Etat. Il l'a combattue dans ses deux volumes : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* 1901, et *l'Etat, les gouvernants et les agents,* 1903, *præsert.,* ch. VI. Dans son *Manuel,* p. VIII et p. 44-48, il déclare qu'il « persiste à penser que cette conception de l'Etat-personne est artificielle, contraire aux faits et par suite tout à fait antiscientifique », ajoutant que le meilleur moyen de montrer le néant de cette doctrine est de l'exposer dans ses principes et ses conséquences. Enfin, dans le *Droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat, Conférences faites à l'Ecole des Hautes études sociales,* Paris, 1908, p. 103-146, *præsert.* p. 147, il montre « en quel sens s'élabore et quelle forme revêt peu à peu le régime politique qui tend à succéder au régime fondé sur l'idée fausse, dangereuse, de souveraineté et de personnalité de l'Etat. Au sommet, des gouvernants représentant la majorité effective des individus composent le groupement social ; à eux, point de droit de puissance publique, mais le devoir d'employer la plus grande force à la réalisation du droit au sens le plus large, action se réduisant pour l'accomplissement des activités techniques à un rôle de surveillance et de contrôle. Dans la société, des groupements syndicalistes, fortement intégrés, fédérés par profession, et ayant une représentation politique assurant une forte limitation au pouvoir des gouver-

indispensables pour la formation de l'Etat en tant qu'il peut figurer dans les rapports internationaux.

1° Un ensemble d'hommes dont le nombre varie infiniment, suivant les circonstances, et qui doit seulement être suffisant pour que, dans les conditions où il est placé, il puisse conserver son indépendance comme collectivité.

2° Une autorité commune, c'est-à-dire un gouvernement, d'une forme et d'une stabilité d'ailleurs quelconques, pourvu que, à tout moment, le groupe d'hommes formant l'Etat ait un représentant qui puisse agir et parler en son nom dans les relations avec les autres pays.

3° Un territoire fixe, sans lequel l'Etat manquerait d'autorité stable, de cohésion et aussi de son attribut essentiel, comme nous l'indiquerons bientôt, la souveraineté. Cette dernière qualité s'affirme par l'autorité suprême et exclusive dans une région déterminée ; elle n'existerait plus pour un groupe d'hommes se trouvant sur un territoire assujetti lui-même à une autre domination. C'est ainsi que les peuples vivant à l'état nomade dans une région relevant de leur gouvernement forment une puissance souveraine, tandis qu'on ne peut voir un Etat dans ceux qui parcourent des territoires appartenant à d'autres peuples.

4° Enfin l'Etat doit avoir un but social : tendre au respect de son indépendance à l'extérieur et à sa conservation, pour assurer l'exercice et le développement légitimes des facultés de chacun de ses membres. Par suite, un groupe, même très puissant et politiquement organisé, ne peut être considéré comme un Etat s'il ne poursuit qu'un but spécial, tel que le commerce, comme le faisait la *Ligue Hanséatique*, qui, cependant, fut jadis traitée, en fait, comme un Etat véritable. Tel serait le cas pour une compagnie de colonisation, quelle qu'en soit l'importance, et, à plus forte raison, pour une association poursuivant un but immoral, le brigandage, la piraterie, comme les anciens flibustiers de Saint-Domingue, les pirates des mers de Chine et les Pavillons-Noirs du Tonkin.

Ces quatre éléments réunis, un groupement d'hommes forme un Etat, quelles que soient les particularités de ses institutions

nants. » *Adde :* Le Fur, *L'Etat, la souveraineté et le droit*, 1905, 1 broch. extraite de la *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, de Kohler, I, p. 11-21 ; Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, p. 102, 206, 340. *Contrà*, Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907, p. 107-132 ; Otto Mayer, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, Tübingen, 1908, p. 11 ; 16-19 ; 46-63].

et de ses mœurs, quelle que soit aussi son infériorité au point de vue de la civilisation. Réserve faite de l'attitude à prendre envers eux pour se prémunir contre les violations du Droit international qu'ils méconnaissent ou ignorent, les peuples barbares constituent des Etats ayant le bénéfice des règles générales de ce Droit dont ils sont les sujets tout comme les pays civilisés, quand ils satisfont aux quatre conditions indiquées plus haut. Cependant, à cause des divergences profondes de religion, de race, d'idées morales et de droit qui les séparent des nations civilisées et chrétiennes, il arrive souvent que l'on déroge, dans les rapports avec eux, aux principes habituels du Droit international, sous la forme d'un régime exceptionnel atteignant plus ou moins gravement leur souveraineté territoriale par rapport aux sujets des puissances civilisées établis chez eux : c'est ce qui a lieu, par exemple, dans l'Empire ottoman, en vertu des *Capitulations*, et dans les pays d'Extrême-Orient (1).

L'existence et la personnalité juridique d'un Etat s'imposent d'ailleurs comme un fait dont la négation n'est plus possible, dès l'instant où les quatre éléments constitutifs précités sont réunis dans une collectivité. Dans la pratique, les États préexistants procèdent à la *reconnaissance* de l'État nouveau, ou même du nouveau gouvernement que se donne un État, soit spontanément, soit sur les démarches de cet État. Cette reconnaissance se fait *expressément* quand elle est consignée dans un document diplomatique, par exemple dans l'Acte d'un Congrès où plusieurs puissances acceptent ou même créent et organisent un nouvel État ; tel a été le cas pour la Bulgarie, la Serbie et la Roumanie au traité de Berlin du 13 juillet 1878 et pour le Congo dans l'Acte du 26 fév. 1885. Elle est le plus souvent *tacite* et résulte du fait, de la part des diverses puissances, de nouer des rapports effectifs avec le nouvel État ou le nouveau gouvernement.

Dans tous les cas, quoi qu'en aient dit certains publicistes, la reconnaissance n'est nullement nécessaire pour que l'État puisse se prévaloir de sa personnalité juridique et des attributs qui y sont attachés, dans ses rapports avec les autres souverainetés. Seulement, en fait, son existence de droit sera paralysée à l'égard des puissances qui refuseront de le reconnaître, vu l'impossibilité de nouer avec elles des relations.

(1) V. *R. D. I.*, 1875, p. 657 et 959; *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1878, p. 130 et 131.

Ainsi, on doit admettre la qualité du sujet du Droit inernational et la faculté de participer aux principes de ce Droit pour tous les États régulièrement organisés, à raison même du fait de leur existence constatée. C'est ce que reconnaissent avec raison la doctrine et la pratique actuelles, contrairement aux restrictions établies jadis sous l'influence de préjugés religieux. Au moyen-âge, le Droit international n'était réputé applicable qu'aux seuls peuples catholiques, à cause de l'action exercée par l'Église sur les rapports entre les États. Ce n'est qu'aux traités de Westphalie, en 1648, que la communauté de Droit est étendue à tous les pays chrétiens, sans distinguer les confessions. Enfin, la Turquie n'a été admise à participer au concert des puissances européennes que par le traité de Paris du 30 mars 1856. De nos jours, toute réserve est écartée en principe, et des rapports diplomatiques plus ou moins suivis, selon les besoins et les circonstances, mais toujours dominés par les principes du droit international, sont établis entre les États de l'Europe et les pays hors chrétienté de tout l'univers (1).

Cependant nombre de publicistes, et des plus considérables, tels que Phillimore, Heffter, Neumann, ne parlent, jusque dans le titre de leurs ouvrages, que du *Droit international européen*. Cette expression doit être entendue en ce sens que le Droit international a été formé par les peuples civilisés d'Europe sur la base des idées de justice et d'humanité qui sont les principes de la morale chrétienne, et que ce Droit est ensuite progressivement étendu aux peuples non chrétiens, dans la mesure où ils peuvent le comprendre et veulent le respecter. Ainsi s'explique-t-on que la Turquie, quoique puissance européene, n'y ait été admise qu'en 1856, tandis que les peuples chrétiens hors d'Europe, tels que ceux de l'Amérique, ont toujours été réputés soumis à ses règles.

Mais, si tout État constitue un sujet du droit international, il ne faudrait pas attribuer ce caractère à ce que l'on appelle une *nation*: Dans le sens spécial où il est pris ici, ce mot désigne un ensemble de populations unies entre elles par des liens étroits

(1) [Quarante-sept États avaient été convoqués à la deuxième conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye en juin 1907. La Corée, l'Ethiopie, les Républiques de Costa-Rica et de Honduras n'ont pas été représentées à la Conférence. Le nombre des États participants, parmi lesquels la Chine, le Japon, la Perse et le Siam, a été ainsi ramené à quarante-cinq, en y comprenant la Russie. *Livre jaune*, Deuxième conférence internationale de la Paix, 1908, p. 15.]

venant surtout de la communauté de race, de religion, de mœurs, de langue, de traditions, de culture semblable, et qui, ayant la conscience de leur nationalité commune, cherchent à se grouper sous une autorité unique et à former des collectivités politiques homogènes (1). L'influence de l'idée des *Nationalités*, qui a joué un si grand rôle depuis la Révolution, qui a déterminé la formation de puissantes unités politiques, comme le royaume d'Italie et l'empire d'Allemagne, se manifeste encore énergiquement de nos jours par des tendances bien connues sous le nom de *pangermanisme*, de *panslavisme*, et même d'*irrédentisme* italien. Mais l'histoire et l'appréciation de cette idée se rattachent surtout à l'étude des relations politiques des Etats. Au point de vue du Droit international privé, il suffit de dire que la *Nation* n'est que l'expression d'une tendance politique et non une entité organisée, formée d'éléments précis, la seule à qui on puisse reconnaître la personnalité juridique. L'Etat, tel que nous l'avons défini, qu'il soit ou non composé de populations homogènes, peut donc être seul le sujet du Droit international.

4. Caractères essentiels de l'Etat au point de vue des rapports internationaux. — Ces caractères sont ceux de personne morale et de souveraineté.

L'Etat est, tout d'abord, une *personne morale*, c'est-à-dire une entité juridique susceptible, comme les individus, d'invoquer des droits et d'être soumise à des obligations. Faute de cette qualité, le Droit international, qui suppose entre les Etats des relations juridiques, c'est-à-dire s'établissant entre des êtres de droit, ne pourrait même pas se concevoir. Aussi est-elle reconnue à l'Etat, par la force même des choses, non seulement au point de vue interne et à l'égard de ses propres sujets, mais encore à l'égard des autres pays et au point de vue international. On a pu discuter sur le point de savoir si les personnes morales reconnues dans un Etat ont de plein droit l'existence juridique dans un autre (V. n. 47 et 48) et même sur la reconnaissance, en pays étranger, de la *personnalité civile* de l'Etat, c'est-à-dire de son aptitude à accom-

(1) [Cpr. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation? Discours et conférences*, p. 307. « Communauté d'autorité politique, dit excellemment M. Duguit, *Manuel* cité, p. 77, de droit, de langue, de religion, limites naturelles, ce ne sont là que des éléments secondaires; l'élément essentiel de l'unité nationale, il faut le chercher dans la communauté de traditions, de besoins et d'aspirations. L'humanité, a-t-on dit, est faite de plus de morts que de vivants; la nation est faite elle aussi de plus de morts que de vivants ».]

plir des actes juridiques, comme un simple particulier, sur le territoire d'un autre Etat (V. n. 49); mais on est unanime pour lui attribuer, au moins dans les relations internationales et à l'égard des autres Etats, la qualité de personne morale sans laquelle ces relations ne pourraient même pas se former (1).

(1) [L'Etat, c'est la nation juridiquement organisée, et ce n'est que cela. Le Für, *op. cit.*, p. 21-22. Comme toute autre association, l'Etat est un fait positif, une réalité sociale, qui doit être aussi une réalité juridique, si la loi a bien pour rôle essentiel de s'adapter aux faits sociaux. Ce groupement constitue une force comme toute association. Cette force n'est nullement une fiction ou une abstraction; c'est un fait positif, une réalité concrète. Mais cette force, ce fait social, duquel naît une variété presque indéfinie de rapports de droit, ne peut-il pas être considéré comme une personne? Non, sauf par fiction. Cette fiction est-elle légitime? Oui, s'il est bien entendu que c'est une fiction, que c'est par comparaison que l'Etat est assimilé à une personne vivante. Mais, derrière la fiction, il y a un fond de réalité, le territoire national et les individus, gouvernants et gouvernés — car l'Etat, c'est l'ensemble de la nation, gouvernants et gouvernés —, qui sont précisément la raison d'être et le support de cette personnalité fictive. La fiction n'est légitime qu'autant qu'elle permet à l'esprit de mieux comprendre cette réalité. Le Für, *op. cit.*, p. 29. Maintenue dans de justes limites et admise à titre de comparaison, la théorie de l'Etat-personne facilite avant tout — et cela présente à nos yeux un intérêt capital — la conception de l'Etat dans ses rapports avec les autres Etats, qui apparaissent comme autant de groupements d'intérêts distincts, donc, si l'on veut, comme autant de personnes investies de droits qui lui sont opposables. C'est au point de vue international surtout que l'Etat « se pose en s'opposant » à d'autres Etats. Cpr. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, traduct. Fardin, p. 173 et p. 207; Id., *Allgemeine Staatsrecht*, 2e éd., 1905, p. 157 et suiv.; Esmein, *Droit constitutionnel*, 4e éd., 1906, p. 2 et suiv.; de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902, p. 238 et suiv.; Michoud, *Théorie de la personne morale*, 1906, p. 262 et suiv.; Otto Mayer, *op. cit.*, p. 46-63. Quelques auteurs considérables, comme M. Berthélemy, *Précis de droit administratif*, 3e éd., 1905, p. 28 et suiv., 5e éd., 1908, p. 42, nient la personnalité de l'Etat puissance publique et affirment que les agents *d'autorité* n'agissent jamais comme mandataires ou organes d'une personne collective publique, mais expriment vraiment leur volonté individuelle. M. Berthélemy oppose l'Etat-puissance à l'Etat-personne, qui serait seul titulaire de droits, c'est-à-dire de droits patrimoniaux. V. pour la critique de cette conception, Duguit, *Manuel*, p. 46 et *Le Droit social*, 1908, p. 75.

D'autres auteurs, comme MM. Hauriou et Michoud, estiment que l'Etat ne forme qu'une seule et même personne, apparaissant toutefois dans le monde juridique sous deux aspects : l'aspect de la puissance publique, l'aspect de la patrimonialité, et, suivant les cas, le caractère de puissance publique ou le caractère patrimonial est plus ou moins dominant. V. Hauriou, *Droit administratif*, 5e éd., 1903, p. 372 et Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, p. 271-272 et p. 276. Cpr. Duguit, *Manuel*, p. 46 et 121; Walter Jellinek, *Der fehlershafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908, p. 5-28.

Enfin, des auteurs considèrent qu'il n'est pas juridique de ranger en deux catégories profondément différentes les actes de puissance publique et les actes de gestion : ceux-ci, comme ceux-là, et malgré leur nature différente, sont des actes

L'Etat est, en second lieu, une personne morale *souveraine*, c'est-à-dire qu'elle ne peut relever en aucune façon d'une autorité étrangère à elle-même. Ce caractère différencie essentiellement l'Etat de toute autre individualité juridique, particulier ou personne morale, qui est nécessairement assujettie, dans son organisation et dans son activité, à l'autorité établie dans le pays auquel elle appartient (1). Il se manifeste pour l'Etat à deux points de vue distincts.

de la vie politique des Etats. Chrétien, *Principes de droit international public*, t. I, p. 247; H. Moulin, *La doctrine de Drago*, 1 vol. in-8, Paris, 1908, p. 72, 83, 84. On prétend distinguer, il est vrai, dit M. Moulin, *op. cit.*, p. 74-75, entre l'Etat « personne publique » et l'Etat « personne privée »; mais cette distinction ne correspond nullement à la distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion. On doit poser en principe, au contraire, que les actes de gestion de l'Etat sont des actes de l'Etat « personne publique » tout comme les actes *d'imperium*, toutes les fois que ces actes intéressent le fonctionnement des services publics ou les intérêts vitaux de la nation. Et, inversement, il ne suffit pas de considérer le caractère contractuel d'un acte d'Etat pour en conclure qu'un tel acte n'engage en rien la souveraineté de l'Etat. Tout acte d'Etat qui engage l'intérêt public de l'Etat engage sa souveraineté, quelle que soit la nature juridique de l'acte lui-même. Moulin, *op. cit.*, p. 73-74. *Contrà*, Cass. belge, 11 juin 1903, S., 1904. 4. 16; D. P., 1903. 2. 401; *J. C.*, 1904, p. 417. Appliquant cette thèse aux emprunts publics, M. Moulin y voit des *contrats d'Etat*, auxquels l'Etat participe en qualité de personne souveraine, dans l'exercice de son *imperium*. Et cette idée que le contrat d'emprunt public ne saurait être assimilé à un contrat entre simples particuliers paraît à notre savant et regretté collègue tout à fait indépendante des controverses sur l'origine de la souveraineté et sur la notion de souveraineté absolue : « Quelles que soient, dit-il, les critiques dirigées contre la notion même d'Etat, de personnalité de l'Etat, de souveraineté ou de puissance publique, il reste toujours vrai d'une réalité brutale... que les actes par lesquels les pouvoirs publics d'un pays décrètent l'émission d'un emprunt intérieur ou extérieur, ou la suspension du service de la dette interne ou externe, sont au premier chef des actes politiques que le droit public international comme le droit public national doivent nécessairement envisager et traiter comme tels. La faculté même qu'un Etat souverain s'arroge de manquer à ses engagements pécuniaires même internationaux n'est pas, dans les faits, une conséquence de l'idée fausse de souveraineté absolue, mais une nécessité politique imposée parfois par des conditions vitales. Dire que l'emprunt ou la banqueroute sont des actes de souveraineté, cela revient seulement à constater le fait que ces actes peuvent être nécessaires ou utiles au fonctionnement de l'organisation politique d'un pays, et, par là même, à l'existence ou à la prospérité nationale ». Moulin, *op. cit.*, p. 75, note 3. Cpr. G. Piot, *Des règles de compétence applicables aux Etats et aux souverains étrangers*, 1887, p. 52; Politis, *Les emprunts d'Etat en droit international*, 1894, p. 213; de Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. I, p. 66; *Contrà*, Lewandowski, *De la protection des capitaux empruntés en France par des Etats étrangers*, 1896, p. 24 et s.; Van Daehne van Varick, *Le Droit financier international devant la conférence de La Haye*, 1907, p. 14].

(1) [On entend par *souveraineté* la puissance politique qu'un Etat peut exercer

Par la *souveraineté interne*, l'Etat établit, comme il l'entend, au moyen de ses lois ou règlements, son gouvernement, son organisation, les rapports entre les divers éléments qui le composent; il impose à tous, chez lui, nationaux ou étrangers, ses décisions

sur un territoire déterminé, à l'effet d'imposer sa volonté comme telle sur ce territoire. Esmein, *Droit constitutionnel,* 4e éd., 1906, p. 1; Jellinek, *Allgemeine Staatsrecht,* 2e éd., 1905, p. 446; Otto Mayer, *op. cit.,* 1908, p. 46-48; Walter Jellinek, *op. cit.,* 1908, p. 26-28; Duguit, *Manuel,* 1907, p. 112-113; Id., *Le Droit social,* 1908, p. 22-23. Or, pour ce dernier auteur, la souveraineté, dont parle M. Esmein, la puissance publique (*Staatsgewalt*), dont parle M. Jellinek, n'existent pas (Duguit, *Le Droit social,* p. 23-42) : la puissance publique n'est qu'un fait; l'Etat cesse d'être une personne publique investie du droit de commander. « Il y a le fait Etat lorsque, dans une société déterminée, un individu, un groupe ou une majorité monopolisent la plus grande force ». Et M. Duguit (*Le Droit social,* p. 23, note 4) constate « avec un plaisir très vif que M. Hauriou a fait, dans la sixième et dernière édition de son *Droit administratif,* 1907, un pas notable vers la négation complète de la souveraineté ». Toutefois, M. Hauriou nous semble encore bien éloigné de cette négation complète, puisqu'il écrit (p. IX de sa Préface) : « Nous n'irons pas dire : « Il n'y a plus de souveraineté », ou bien « il n'y a plus de loi », ou encore « la souveraineté ou la loi ne sont plus des éléments essentiels de l'Etat ». Nous tenons toujours la souveraineté et la loi pour des éléments essentiels de l'Etat, mais ils ne sont plus au premier rang et ne jouent plus le premier rôle dans la combinaison pratique des forces ». Cpr. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränetät, Groningen,* 1906.

Le mot *souveraineté* est employé très fréquemment dans la terminologie du Droit international, soit public, soit privé. La souveraineté en Droit international implique, d'une part, la personnalité d'un Etat s'imposant au respect des autres Etats, et d'autre part la capacité de cet Etat d'entrer en relations juridiques avec les autres Etats, sans qu'il ait besoin d'être représenté ou autorisé par un autre Etat. On s'est demandé si la notion de souveraineté en Droit international était distincte de la souveraineté en droit interne. Duguit, *Manuel,* 1907, p. 114 et p. 134. « Sans vouloir donner une solution ferme à la question, dit M. Duguit, nous faisons remarquer qu'en Droit international comme en Droit interne, la souveraineté a pour support la personnalité d'une nation fixée sur un territoire et organisée, en un mot, la personnalité de l'Etat, et que cette personnalité s'impose au respect des autres personnalités. Seulement, dans les rapports internationaux, elle se trouve en présence de personnalités souveraines comme elle, et les rapports de Droit qui naissent sont des rapports entre personnalités égales. Au contraire, en Droit interne, l'Etat-personne se trouve en rapport avec des personnalités qui lui sont inférieures par nature et les rapports qui naissent alors sont des rapports de commandant à commandé, de gouvernant à gouverné. Bref, il semble bien que la souveraineté interne et la souveraineté externe reposent l'une et l'autre sur une même conception; mais par la force des choses leurs manifestations apparaissent sous un aspect différent ». V. Pillet, *Les Droits fondamentaux des Etats, R. G. D. I.,* t. V, 1898, *præsert.* p. 239 et suiv.; Id., *Principes de Droit international privé,* 1903, n. 25-26, p. 70-78; Mérignhac, *Droit public international,* 1906, t. I, p. 162 et suiv. — Cpr. Le Für, *op. cit.,* p. 35; Id., *La souveraineté et le droit,* 1908, p. 1-7; Moulin, *La doctrine de Drago,* 1908, p. 75-98.]

dans la mesure qu'il juge convenable pour chacun. A ce premier point de vue, il n'y a pas de limite à son autonomie et il peut agir avec une liberté absolue. Par la *souveraineté externe*, l'Etat s'affirme comme personne morale indépendante à l'égard des autres Etats; il se fait représenter auprès d'eux par des agents diplomatiques et il en reçoit d'eux; il passe avec eux des traités sur un pied d'égalité parfaite; il fait librement la guerre pour attaquer ou se défendre; il exige le respect de son territoire, de ses droits et de ses intérêts; il réclame le respect des droits et des intérêts de ses nationaux quand ils sont compromis par les agissements des autres Etats; il porte un titre qui lui est propre; il arbore un pavillon particulier symbolisant son indépendance, etc.... Dans l'exercice de sa souveraineté à l'extérieur, l'Etat doit cependant tenir compte des droits des autres pays absolument égaux à ceux qu'il revendique pour lui-même : aussi sa liberté d'action est-elle limitée par l'observation des règles du Droit international qui lui imposent le respect des droits d'autrui. En ce sens, la souveraineté externe n'est pas absolue comme celle qui se manifeste à l'intérieur; elle n'est plus, à proprement parler, une souveraineté, laquelle, par définition, ne comporte ni réserves, ni limites. Aussi, pour préciser cette nuance, on qualifie souvent de simple *indépendance* la souveraineté externe.

C'est par cette indépendance que l'Etat figure comme un être libre dans sa participation au Droit international régissant les rapports des Etats entre eux. A défaut d'une autorité supérieure qui n'existe pas et ne peut exister au-dessus des souverainetés, celles-ci arrivent à établir les règles de leurs relations grâce à une entente volontaire, soit tacitement sous la forme de coutumes, soit expressément sous la forme de traités : dans un cas comme dans l'autre, le Droit qui les régit a un caractère conventionnel ou contractuel. Aussi est-il nécessaire que la participation de chaque Etat à l'entente internationale soit la conséquence de sa volonté indépendante ou souveraine, au même titre que la liberté chez les individus est la condition rationnelle des contrats qu'ils concluent.

Or, il peut arriver qu'un Etat, par les conditions dans lesquelles il est placé, ait son indépendance extérieure, par conséquent sa faculté de participer à la consécration des coutumes ou à la conclusion des conventions internationales, plus ou moins restreinte, même en tant qu'il s'agit de questions rentrant dans le domaine du Droit international privé tel que nous le préciserons plus loin (V. n. 6). Les combinaisons politiques qui peuvent amener un

pareil résultat varient à l'infini suivant les circonstances et la volonté de ceux qui les établissent; aussi les publicistes sont-ils fort divisés pour les classer, les définir, et surtout pour déterminer dans quelle catégorie doivent être placés certains Etats dont la constitution mixte les rapproche de plusieurs à la fois. Sans entrer dans le détail de ces questions qui sont plus particulièrement du domaine du Droit international public, nous ne signalerons que les types caractérisés de combinaisons d'Etats, dont l'influence peut se manifester sur l'indépendance nécessaire à un pays pour participer librement à l'établissement des règles conventionnelles du Droit international, même privé.

5. Classification des Etats au point de vue de l'exercice de leur indépendance internationale. — Quand les Etats se présentent avec la plénitude de leur qualité normale qui est la souveraineté absolue à l'intérieur et l'indépendance dans les relations extérieures, on dit qu'ils sont des Etats *simples* ou complètement souverains, quelle que soit d'ailleurs la complexité de leur organisation : telles sont la France, la Russie, l'Angleterre. Mais les Etats sont quelquefois unis par un lien, de manière à former une association politique, appelée par les anciens publicistes un *Systema civitatum.* De cette association peut résulter une restriction de leur souveraineté particulière, soit au point de vue interne, soit surtout au point de vue extérieur. C'est ce que l'on constate dans les deux types principaux de ces associations d'États, suivant que l'un d'eux est plus ou moins subordonné à la suprématie d'un autre, ou que tous s'unissent sur un pied d'égalité parfaite.

A. Soumission plus ou moins étendue d'un Etat à l'autorité d'un autre.

a. *Etats tributaires :* L'obligation pour un Etat d'acquitter un tribut envers une autre puissance n'implique par elle-même aucune restriction de la souveraineté; il en était notamment ainsi des Etats chrétiens de l'Europe qui versaient une redevance aux souverains Barbaresques, jusqu'en 1830, pour protéger leurs navires contre les pirates d'Afrique dans la Méditerranée (1). Très souvent le tribut accompagne et complète une subordination vis-à-vis d'un autre Etat; mais alors la restriction de souveraineté provient d'une autre cause, telle que le lien de vassalité, et non du tribut

(1) [Rouard de Card, Traités de la France avec les pays de l'Afrique du Nord, Algérie, Tunisie, Tripolitaine, Maroc, 1906, 1 vol. gr. in-8.]

lui-même : par exemple la Bulgarie, depuis 1878, est tributaire de la Porte, mais n'a son autonomie assujettie à l'autorité supérieure du Sultan qu'en vertu de sa condition de vassale. Pas plus que le tribut considéré en lui-même, les servitudes internationales dont un pays est grevé au profit d'un autre ne restreignent sa souveraineté à l'intérieur ou à l'extérieur : tel est le cas où un pays est tenu vis-à-vis d'une puissance de ne pas élever de fortifications sur un point de sa frontière, de laisser passer des troupes étrangères sur son territoire, de ne pas soumettre les nationaux étrangers à sa propre juridiction, etc.

b. *Etats vassaux :* Ce sont ceux qui reconnaissent tenir leur existence comme États, et par conséquent leur souveraineté, d'une concession émanant d'une autre puissance. Celle-ci joue alors envers eux le rôle de suzerain, à l'instar des monarques concédant des fiefs à leurs seigneurs, au temps de la féodalité. D'ailleurs, par elle-même, la vassalité ne donne au pays suzerain qu'une prééminence honorifique, le droit d'exiger certains égards, et même parfois seulement la reconnaissance de la part du vassal qu'il tient sa souveraineté de l'État suzerain. Telle fut la situation du royaume des Deux-Siciles depuis sa fondation par les Normands jusqu'en 1818 : vassal du Saint-Siège dont il était réputé avoir reçu l'investiture de souveraineté, il était devenu, en fait, complètement indépendant du Pape auquel il payait seulement un mince tribut. Mais il arrive souvent que, par conventions spéciales, le pays suzerain se réserve de contrôler, même de diriger l'exercice de la souveraineté interne ou externe de l'État vassal ; la subordination résulte alors pour celui-ci de ces clauses particulières plutôt que de la vassalité elle-même ; telle est la situation de la Bulgarie à l'égard de la Turquie, en vertu du traité de Berlin du 13 juillet 1878 (1).

(1) [En fait, la Bulgarie tend de plus en plus à s'affranchir du lien de vassalité qui, en droit, la lie à la Turquie. V. Despagnet, *Droit intern. publ.*, 3e éd., 1905, p. 141 ; Mérignhac, *Droit publ. intern.*, t. II, 1907, p. 108-113. Notamment, la Bulgarie a envoyé des délégués aux deux Conférences internationales de la Paix, en 1899 et en 1907 ; elle a conclu des traités avec les puissances étrangères, par exemple un arrangement avec la Perse pour régler la question de la nationalité des sujets d'origine persane et habitant la Bulgarie, signé à Sofia les 3-15 juin 1897, Martens, *Nouveau recueil*, 2e série, t. XXXII, 1905, p. 261, et une convention des 23 décembre-5 janvier 1907 avec la France pour la protection réciproque des marques de fabrique et de commerce. *J. C.*, 1908, p. 626. Elle se conduit comme souveraine non seulement à l'égard des puissances en général, mais encore envers l'Empire ottoman : ainsi, par un traité de 1904 (Mérignhac, *Droit publ.*

c. *Etats protégés :* Le protectorat résulte d'une convention entre deux pays d'après laquelle l'un s'engage à défendre l'autre, soit contre les attaques du dehors, soit contre les troubles intérieurs. suivant la portée des clauses insérées dans le traité. Si, par lui-même, le protectorat n'implique qu'une obligation pour l'État plus puissant de soutenir l'autre plus faible, sans atteinte à l'indépendance primitive de ce dernier, en fait il entraîne toujours la subordination plus ou moins grande du pays protégé. Le pays protecteur, en effet, ne promet son intervention tutélaire que moyennant une compensation; on la lui fournit en lui abandonnant d'une façon plus ou moins complète. suivant les cas, soit l'exercice direct, soit le contrôle de l'exercice de la souveraineté du pays protégé, ou à l'intérieur, ou surtout dans les rapports internationaux. Telle est la situation, à l'heure actuelle, de la Tunisie (traité du 12 mai 1881), de l'Annam (6 juin 1884), du Cambodge (17 juin 1884), à l'égard de la France; [telle est la situation de la Corée (17 novembre 1905) à l'égard du Japon]. Le plus souvent, quand le pays protégé manque de vitalité comme organisme politique, l'accaparement de sa souveraineté par l'Etat protecteur s'accentue, et il est absorbé par l'annexion, comme cela a eu lieu pour les îles Taïti et pour Madagascar, d'abord protégées, puis incorporées par notre pays. [C'est l'avenir qui semble prochainement réservé à la Corée].

Toutes les fois que la souveraineté d'un Etat, dans l'une des combinaisons qui ont été indiquées, est restreinte par le fait de la subordination de cet Etat à un autre, on dit qu'il y a *mi-souveraineté.* Un pays *mi-souverain* est donc, d'une manière générale, celui qui a délégué à un autre l'exercice ou le contrôle de l'exercice par lui-même de sa souveraineté interne ou externe, dans une mesure plus ou moins considérable. Au point de vue du Droit international et de la participation d'un Etat à sa formation, il y

intern., t. I, 1905, p. 388, et t. II, p. 111-112), elle a promis son appui à la Porte pour la surveillance et la poursuite des bandes et comités insurrectionnels organisés sur le territoire bulgare à l'effet de fomenter des troubles en Macédoine, le sultan s'engageant de son côté à accomplir les réformes promises à l'Autriche-Hongrie et à la Russie en leur qualité de mandataires de l'Europe. V. G. Scelle, *La situation diplomatique de la Bulgarie avant la proclamation de son indépendance le 5 octobre 1908, R. G. D. I.*, t. XV, 1908, p. 524-537. Enfin, le 5 octobre 1908, la Bulgarie s'est déclarée indépendante : c'est l'un des épisodes de la crise actuelle de la question d'Orient. V. Proclamation de Tirnovo des 22 septembre-5 octobre 1908, aussitôt suivie d'une protestation de la Turquie, adressée aux puissances le 6 octobre 1908. *R. G. D. I.*, t. XV, 1908, *Documents*, p. 30-31.]

a particulièrement mi-souveraineté quand un Etat ne peut passer seul des traités et doit, à cet égard, ou laisser agir un autre Etat pour lui, ou obtenir son approbation pour les actes qu'il aura conclus lui-même (1).

B. *Union d'Etats sur un pied d'égalité.*

Cette union peut se présenter sous des formes et avec des conséquences variées.

a. L'union personnelle a lieu quand deux Etats, tout en conservant leur autonomie complète et respectivement indépendante au point de vue interne et externe, ont un même souverain, soit pendant le règne d'un chef d'Etat, soit pendant la durée d'une dynastie, soit enfin tant que la souveraineté peut se transmettre dans certaines conditions, par exemple de mâle en mâle. Cette union a existé entre l'Angleterre et le Hanovre de 1714 à 1837, entre la Hollande et le Grand-Duché de Luxembourg de 1815 à 1890; elle a été établie entre la Belgique et l'Etat indépendant du Congo (loi belge du 30 avril 1885) (2). Ce genre d'union ne modifie en rien la souveraineté des Etats qui y participent.

(1) Sur la notion de mi-souveraineté, ses applications et les critiques dont elle est l'objet, V. notre *Essai sur les protectorats*, 1896, ch. I, p. 7 à 54, et notre *Cours de droit international public*, 3e éd., 1905, p. 134-145. — [Cpr. Duguit, *Manuel*, 1907, p. 114, 118-119, 129, 131-132, 134, 140. — *Adde :* Mérignhac, *Droit public international*, t. I, 1905, p. 173 et suiv., 201 et suiv.; t. II, 1907, p. 109-110, 183-184; Michoud et de Lapradelle, *La question finlandaise, Revue de droit public*, 1901, t. I, p. 41 et suiv., 55; Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, p. 239; Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, éd. franç., 1900, t. I, p. 56 et suiv.; Rehm, *Allgemeine Staatslehre* (*Handbuch de Marquardsen*), p. 61 et p. 107 et suiv.; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e éd., 1905, p. 470 et suiv., 475; Rosenberg, *Archiv für öffentliches Recht*, t. XXV, 1899, p. 328; Burckhardt, *Schweizerische Bundverfassung*, 1905, p. 13 et suiv.]

(2) [Les jours de l'union personnelle de la Belgique et de l'Etat indépendant du Congo semblent comptés : la question de l'annexion à la Belgique de cet Etat, posée depuis 1890 et portée de nouveau devant le Parlement belge, le 14 décembre 1906, semble sur le point d'aboutir. D'une part, la Chambre des députés belge a terminé, le 16 juillet 1908, la discussion générale d'un projet de charte coloniale en 31 articles, dont le vote doit précéder celui du traité d'annexion du Congo à la Belgique et adopté l'art. 1er de cette charte concernant la situation juridique du Congo belge et l'art. 2 qui règle les droits des indigènes, des Belges et des étrangers au Congo. D'autre part, la publication simultanée, le 3 août 1908, d'un Livre Blanc anglais relatif aux affaires du Congo et d'un nouveau Livre Gris belge accuse une détente notable dans les relations anglo-belges; ces relations avaient été assez tendues à la suite d'abus commis à l'égard des indigènes en violation manifeste des stipulations formelles de l'Acte de Berlin du 23 février 1885 qui a reconnu l'Etat indépendant du Congo. La voie parlementaire, comme

b. Il y a *union réelle* quand deux Etats, conservant leur souveraineté interne, n'en forment qu'un seul au point de vue des relations extérieures, confondant ainsi complètement leur souveraineté externe. Telle était la situation de la Suède et de la Norvège en vertu du pacte d'union des 31 juillet-6 août 1815 (1). Telle est aussi, suivant certains publicistes, la situation des deux Etats de la monarchie austro-hongroise, depuis le compromis de 1867 (2).

c. La *confédération* est un lien politique permanent par lequel plusieurs Etats exercent en commun une partie de leur souveraineté, pour mieux obtenir ensemble le respect de leur personnalité collective comme confédération, et individuelle comme Etats particuliers. Elle se manifeste sous deux formes : la *confédération d'Etats* et l'*Etat fédéral.*

Dans la *confédération d'Etats,* chacun garde, en principe, l'ensemble de sa souveraineté à l'intérieur et à l'extérieur ; seuls certains points, limitativement prévus par le pacte d'union et se référant surtout aux relations internationales, sont réglés par l'autorité commune qui est acceptée par les pays confédérés, et qui est le plus souvent une assemblée composée des délégués de ces pays, appelée *Diète* ou *Congrès.* Le type de ce genre d'association d'Etats se trouve dans la confédération des Etats allemands organisée au Congrès de Vienne en 1816, jusqu'à sa transformation par la Prusse en 1866 et à la création de l'Empire allemand en 1871.

la voie diplomatique, semble donc aplanie pour l'annexion du Congo à la Belgique. Cette annexion est un fait accompli depuis le 9 septembre 1908 : à cette date le Sénat belge a adopté les deux projets de loi déjà votés par la Chambre portant cession du Congo à la Belgique et l'établissement d'une charte coloniale].

(1) [Le pacte d'union a été dénoncé par le *Storthing* norvégien, le 7 juin 1905. A la fin d'octobre, le roi Oscar de Suède a renoncé officiellement au trône de Norvège et, en novembre, le prince Charles de Danemark est devenu roi de Norvège, sous le nom d'Haakon VII. La Norvège a pris part à la seconde Conférence internationale de la Paix en 1907. Le 2 novembre 1907, un traité garantissant l'intégrité de la Norvège a été signé par l'Allemagne, la France, la Grande-Bretagne et la Russie (*J. C.*, 1906, p. 432). C'est sans doute à cause de cette sorte de neutralisation que la Norvège n'a pas pris part à la convention signée à Berlin, le 23 avril 1908, entre la France, l'Allemagne, le Danemark, la Grande-Bretagne, les Pays-Bas et la Suède pour le maintien du *statu quo* territorial actuel dans les régions limitrophes de la mer du Nord. V. le Décret du 17 juillet 1908 portant promulgation de cette déclaration. *J. off.* du 19 juillet 1908.]

(2) [Ce compromis, qui soulève un nombre considérable de difficultés politiques et économiques, a été renouvelé le 30 décembre 1907. V. J. Blocizewski, *La condition internationale de l'Autriche-Hongrie et le nouveau compromis douanier et commercial, R. G. D. I.,* t. XV, 1908, p. 509-521.]

Dans l'*Etat fédéral*, chacun des pays unis garde, en principe, l'intégralité de sa souveraineté interne; quant aux relations extérieures, ce n'est pas pour partie, comme dans la confédération, mais en totalité qu'elles sont déléguées à l'autorité centrale et commune, le pouvoir fédéral. Ainsi chaque Etat n'a d'existence qu'à l'égard des autres faisant partie de la fédération; aux yeux des autres puissances, il n'y a qu'un seul Etat, une seule individualité juridique à considérer dans les rapports internationaux : c'est la fédération elle-même ou Etat fédéral. Les Etats-Unis d'Amérique depuis 1787, la Suisse, surtout depuis 1848, constituent des Etats fédéraux caractérisés (').

6. Dictinction du Droit international public et privé. — Cette distinction est fondée sur la différence de nature des objets des rapports qui s'établissent entre les Etats. Deux ou plusieurs pays peuvent être en relations à propos de questions qui soulèvent un intérêt public ou collectif pour chacun d'eux; par exemple, pour une alliance politique, une occupation ou une cession de territoires, pour un traité de paix, de commerce, pour le règlement du service des postes, des transports par voie ferrée ou de mer, etc... Ce genre de relations constitue l'objet du *Droit international public*.

Les Etats peuvent aussi entrer en rapport à propos de questions relatives à l'intérêt privé de simples particuliers considérés individuellement. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand il faut déterminer la loi applicable pour fixer la condition juridique d'un individu sur le territoire d'un autre pays que le sien, ou la loi à suivre dans un contrat intervenu entre personnes de nationalité différente, ou celle qui doit régir la succession quand le défunt laisse des biens hors de sa patrie, ou enfin celle qui prescrit les formalités d'un acte accompli dans un Etat et produisant ses effets dans un autre. Dans tous ces cas et autres semblables, les rapports

(') [Sur la question de la souveraineté dans l'Etat fédéral, V. Borel, *Etude sur la souveraineté et l'Etat fédératif*, Genève, 1886, p. 103; Le Fur, *L'Etat fédéral*, 1897, p. 680-682; Mérignhac, *Droit public international*, t. I, 1905, p. 190; Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, ch. VI; Gierke, *Jahrbücher* de Schmoller, t. VII, 1883, p. 1097; Hænel, *Studien*, 1887, p. 63 et suiv.; Seydel, *Kommentar zur Verfassungskunde für das deutsche Reich*, 2e éd., 1897, p. 6 et 23; Rosenberg, *Archiv für öffentl. Recht*, 1899, t. XIV, p. 328; Pohl, *Ibid.*, t. XX, 1905, p. 749 et suiv.; Laband, *Droit public*, éd. fr., p. 1900, t. I, p. 75 et 80; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e éd., 1905, p. 749 et suiv.]

qui s'établissent entre les Etats sont du domaine du *Droit international privé.*

7. Objet propre du droit international privé : la solution des conflits de lois. — De ce qui vient d'être dit au sujet des rapports qui appartiennent au Droit international privé, il résulte que toujours, dans les rapports de ce genre, la question qui se pose est celle de savoir quel est, de deux ou plusieurs Etats en présence, celui dont la loi s'appliquera de préférence à la difficulté qui intéresse des particuliers. Cela revient à trancher un conflit de lois de différents pays, et la solution de ce conflit est ainsi l'objet propre du droit international privé (1).

Normalement, en effet, les lois sont limitées dans chaque Etat à un double point de vue : *territorialement,* ou, comme on dit aussi, *réellement,* en ce sens qu'elles sont établies, en principe, pour être applicables seulement dans le pays où elles sont promulguées; *personnellement,* en ce sens qu'elles sont destinées, en principe aussi, à être appliquées aux seuls nationaux de ce pays. Mais ces restrictions, conséquences naturelles de la double limitation de la souveraineté de chaque Etat au territoire et aux nationaux, ne sauraient être absolues, et partout on a dû prévoir et régler l'application possible de la loi hors des frontières et à des étrangers. (V. art. 3 de notre C. civ.). L'homme, en effet, est en rapport avec la loi à divers points de vue qui peuvent se résumer, en ce qui concerne le droit privé, dans les trois suivants : 1° détermination de sa personnalité juridique, c'est-à-dire de sa capacité et de sa condition aux yeux de la loi; 2° des droits qu'il peut avoir sur les biens ou à l'égard de certaines personnes; 3° des conditions de validité des actes juridiques qu'il accomplit. Or, soit qu'elle se trouve en dehors de son pays, soit qu'elle ait accompli des actes hors du territoire de sa patrie, soit que ces actes doivent entraîner des effets dans un Etat autre que celui où ils se sont réalisés, il y a lieu de se demander quelle est la loi qu'il faudra appliquer

(1) [Que tel soit l'objet *principal* du droit international privé, c'est un fait avéré; mais il est plus douteux que la solution des conflits de lois soit l'objet *propre* et *exclusif* de notre science. Avec M. Pillet, *Principes de droit international privé,* 1903, n. 9-16, p. 24-44, nous serions porté à croire que le droit international privé a un triple objet : 1° régler dans chaque pays la condition des étrangers; 2° résoudre les conflits entre les législations différentes, et nous conviendrons sans difficulté que c'est l'objet le plus important et le plus difficile; 3° déterminer pour un pays quelconque l'effet des actes juridiques passés à l'étranger (effet international des droits acquis).]

à une personne, par exemple pour régler sa condition juridique et sa capacité, les éléments de validité de ses opérations, enfin les conséquences de ces dernières. Le droit international privé a pour objet de répondre à cette question générale et toujours la même dans sa formule, mais infiniment variable quant aux solutions qu'elle comporte et aux considérations sur lesquelles ces solutions reposent.

8. Des conflits de lois qui constituent l'objet du droit international privé. — En s'en tenant aux idées que nous venons d'exposer, on serait amené à conclure que tous les conflits de lois, qu'il s'agisse de lois civiles et commerciales, ou de lois pénales et de procédure, entrent dans le domaine du Droit international privé. Mais cette manière de voir, soutenue par un certain nombre d'auteurs, ne saurait se concilier avec le *criterium* que nous avons adopté pour distinguer l'un de l'autre le Droit international public et privé, en nous attachant à l'objet même des rapports entre Etats, suivant que cet objet, par sa nature, touche à un intérêt public ou collectif des pays en présence, ou à l'intérêt direct de simples particuliers (V. n. 6).

En se plaçant à ce point de vue, il est certain que les conflits des lois de procédure font partie du Droit international public, attendu que la procédure elle-même est, dans chaque pays, une partie du Droit public, comme se référant à l'organisation et au fonctionnement d'un service d'Etat intéressant d'une façon immédiate la collectivité tout entière. Ainsi les règles concernant la compétence des tribunaux dans les rapports internationaux, l'exécution des jugements étrangers, les commissions rogatoires entre autorités judiciaires de pays différents, les formes ou délais de procédure, les moyens d'exécution, devraient faire partie, en bonne logique, du Droit international public. Mais les règles de procédure, en matière civile ou commerciale, sont si nécessairement le complément de celles du Droit civil et du Droit commercial dont elles constituent la mise en œuvre pratique que, même dans l'étude du Droit interne de chaque pays, on n'en sépare pas l'exposé de celui du Droit privé dont elles assurent l'application. Ainsi fait-on dans l'étude des conflits de lois et, pour la même considération d'utilité pratique, les conflits de lois de procédure sont rangés dans la sphère du Droit international privé.

En doit-il être de même des conflits de lois pénales ?

Si l'on tient compte de la tradition, on voit que les jurisconsultes qui se sont particulièrement occupés des conflits de lois ont

toujours traité de ceux provoqués par les lois pénales en même temps que de ceux qui proviennent des lois civiles ; ce sont même les premiers qui ont tout d'abord attiré leur attention, et notre code civil, art. 3, al. 1, pose le principe essentiel en ce qui les concerne, c'est-à-dire le caractère obligatoire de la loi territoriale, en prévoyant les conflits de lois civiles dans les alinéas 2 et 3. Mais cette autorité de la tradition nous touche peu, parce qu'elle se réfère à une époque où les conflits de législation étaient étudiés sans grande méthode, et sans qu'on les eût même rattachés aux principes généraux du Droit international ; il est impossible de tirer argument de manières de voir qui datent d'un temps où la distinction toute moderne de Droit international public et privé n'était pas nettement établie, si même elle était conçue, pour faire entrer dans l'une ou l'autre des deux branches du Droit international tel genre de conflits de lois.

On dit que, pour tous les conflits de lois sans distinction, le principe essentiel est le même ; il repose sur une limitation rationnelle de la souveraineté de chaque pays dans ses rapports avec la souveraineté égale des autres États : il est donc sans fondement de séparer les conflits des lois pénales de ceux des lois civiles.

Cela est vrai en ce sens que les solutions de tous les conflits de lois se rattachent aux principes généraux du Droit international, qui règlent les relations entre les Etats, et forcent ceux-ci à restreindre leur souveraineté propre pour respecter l'exercice légitime des souverainetés étrangères. Mais, si l'on veut établir une classification des rapports entre les Etats, il faut la justifier par la différence de nature des objets de ces rapports, et, puisqu'il s'agit de la distinction en Droit international public et privé, il faut qu'elle corresponde aux rapports ayant un objet d'intérêt public et à ceux qui ne soulèvent qu'un intérêt privé. Sinon, étant donnée l'objection générale que l'on présente, il faudrait aussi bien voir une question de Droit international privé dans un conflit de lois administratives ou constitutionnelles, puisque le principe de solution pour ce conflit est le même que pour celui de lois civiles, alors que ces lois ont cependant une portée d'intérêt public ou collectif. Aussi, sous réserve de la démonstration que les lois pénales sont d'intérêt public, démonstration que nous ferons un peu plus loin, il faut décider que les conflits auxquels elles donnent lieu entre les Etats sont du domaine du Droit international public.

On s'est encore placé à un autre point de vue, et l'on a proposé

de classer les relations internationales en deux catégories : la première comprendrait les relations qui interviennent directement entre deux Etats; la seconde, celles qui se produisent entre un Etat et un particulier appartenant à un autre pays, ou entre deux individus de nationalité différente. La première de ces deux espèces de rapports internationaux formerait l'objet du Droit international public; la seconde, celui du Droit international privé qui comprendrait ainsi tous les conflits de lois pouvant intéresser des particuliers, sans distinguer entre les lois civiles et les lois pénales. Mais cette classification, basée sur ce que des individus interviennent dans le second cas et non dans le premier, semble bien artificielle. Le caractère d'un rapport juridique se détermine plutôt par la nature de son objet, les termes, qui sont ici les Etats, restant toujours les mêmes : si donc il est démontré que, dans les conflits des lois criminelles, bien qu'il y ait des particuliers en cause, l'intérêt principal qui s'agite est un intérêt d'État ou collectif, on est véritablement autorisé à dire qu'il y a là une question de Droit international public.

Or, ce dernier point n'est pas sérieusement contestable. Le Droit criminel fait partie du Droit public de chaque pays, car la loi pénale a directement pour objet l'intérêt collectif de l'Etat se prémunissant contre les agressions de ceux qui troublent l'ordre social, en vertu de son droit acquis à la conservation de son existence. On objecte, il est vrai, l'intérêt privé, soit de la partie civile, soit de l'accusé ou prévenu ; mais cet intérêt privé, que l'on retrouve du reste, au fond, dans toute question de Droit public, est éminemment secondaire et subordonné à celui de la collectivité, à tel point qu'il ne peut plus être invoqué par la victime de l'infraction quand celui de la société a perdu ses droits par la prescription de l'action publique. C'est donc sans hésitation que nous ferons entrer les conflits de lois pénales dans la sphère du Droit international public.

Beaucoup de jurisconsultes, cependant, tout en tenant compte des considérations qui précèdent, estiment qu'il faut faire de ce genre de conflits une catégorie à part, distincte du Droit international privé parce qu'il s'agit d'une question d'intérêt public, et du Droit international public, parce qu'il y a aussi un intérêt particulier en cause. Cette manière de voir, d'après laquelle on distingue le Droit pénal international du public et du privé, tout en le rapprochant peut-être davantage du second, puisqu'on l'étudie en même temps que lui, s'accuse dans le titre de certains ouvrages

des plus importants et de certaines revues; nous citerons : *Das internationale Privat und Strafrecht* (Droit international privé et pénal), le *Lehrbuch des internationalen Privat und Strafrechts* (Traité de Droit int., etc.), de von Bar, la *Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht* (*Revue de Droit international privé et pénal*), et la *Revue de Droit international privé et de Droit pénal international* (¹). Il est vrai, et c'est là une considération qui détermine pour une bonne part la manière de voir que nous venons d'indiquer, que les questions de Droit criminel international sont souvent réglées par les lois positives des différents Etats; ce qui fait que l'interprétation et l'application de ces lois rapprochent beaucoup les questions de ce genre, au point de vue de la méthode exégétique qu'il faut employer, de celles des conflits de lois civiles ou commerciales où il n'y a aussi, bien souvent, qu'à appliquer la loi en vigueur dans chaque pays. Mais les questions de Droit international public proprement dit, par exemple celles relatives aux privilèges des agents diplomatiques, sont aussi fréquemment réglées par la loi positive des Etats, qui ne fait ainsi qu'exprimer plus ou moins bien les principes généraux de Droit international admis par les diverses souverainetés et en assurer l'application. Il n'y a donc pas, dans la consécration sous la forme législative dans les divers pays, une différence essentielle, ni même absolue en fait, entre les règles du Droit international public et celles du Droit international privé : les unes et les autres peuvent être et sont souvent formulées par les législateurs d'une façon unilatérale et en ce qui les concerne chacun individuellement.

Nous remarquerons, au contraire, que les conflits de lois civiles et commerciales, parce qu'ils touchent principalement à des intérêts privés, sont soumis aux tribunaux judiciaires et résolus par eux, qui ont la mission spéciale de s'occuper de ce genre d'intérêts, tandis que les conflits de lois pénales sont presque toujours tranchés par la voie diplomatique et par relations directes d'Etat à Etat, par exemple en cas d'extradition, d'assistance internationale pour la répression de crimes ou délits, de commissions rogatoires en matière criminelle : c'est qu'alors il s'agit, par-dessus tout, d'un intérêt collectif dont la défense est confiée au gouvernement

(¹) [Fondée en 1905 par le regretté M. Darras et dirigée depuis 1909 par M. A. de Lapradelle, cette *Revue*, dont le succès s'accuse d'année en année, se limite strictement aux deux branches du Droit international mentionnées dans son titre et écarte ce qui appartient exclusivement au Droit international public. V. Lainé, *Introduction*, *Revue* citée, t. I, 1905, p. 16-18.]

lui-même, agissant par l'intermédiaire de ses agents diplomatiques dans ses rapports avec les autres États.

Aussi conclurons-nous que les conflits de lois pénales, faisant partie du Droit international considéré dans son ensemble, aussi bien que ceux de lois privées, rentrent, à cause de leur objet qui est d'intérêt collectif, de l'esprit dans lequel ils doivent être examinés, de la méthode d'étude qu'ils comportent, des autorités qui interviennent pour les résoudre, dans le Droit international public et non dans le Droit international privé, bien qu'ils nécessitent souvent l'action des tribunaux et l'interprétation des textes législatifs.

9. Cause des conflits de lois. — Deux faits sont la cause constante des conflits de lois privées des divers pays, et, par suite, du Droit international privé qui a pour objet de les résoudre : ce sont la variété des lois, d'une part, et, de l'autre, leur souveraineté.

Tout d'abord, les lois varient d'une nation à l'autre d'une manière très sensible : si un examen, même superficiel, des législations ne suffisait déjà à convaincre de l'exactitude de cette assertion, on pourrait aisément et *à priori* l'établir sans témérité. Si, en effet, les peuples arrivés à un degré approximativement égal de civilisation possèdent tous un ensemble d'idées communes de droit, par suite du développement à peu près pareil de leur raison, il n'en est pas moins vrai que, dans l'application de ces idées, ils apportent une variété presque infinie. Il ne saurait en être différemment si l'on songe que les nations obéissent fatalement, en pareille matière, aux influences particulières sous lesquelles chacune d'elles se trouve placée et au premier rang desquelles il faut faire figurer la race, le climat, les traditions, la situation économique, le régime politique et la religion. Comme le dit F. Bacon, il existe bien une source commune de toute justice ; mais, de même que les fleuves partis d'un même point se font un lit différent suivant le terrain qu'ils traversent, de même les principes de justice se modifient suivant la nature et le caractère du peuple qui les applique.

On s'est demandé si cette variété était destinée à toujours subsister. Pour certains, l'uniformité des lois est une utopie ; d'autres entrevoient, dans l'avenir, une harmonie parfaite, l'organisation générale du monde sous une loi unique (1). Quoi qu'il en soit de

(1) Bluntschli, *Le Droit international codifié,* trad. Lardy, 2e éd., Introduction,

ce dernier idéal, la réalisation en demeure, dans tous les cas, suffisamment lointaine encore pour qu'il soit opportun de s'occuper pendant longtemps du conflit de législations.

On ne peut disconvenir cependant qu'une grande tendance, sinon à l'uniformité absolue, du moins à une assimilation très sensible, se révèle dans l'évolution générale des législations modernes. Ce n'est là, du reste, que la résultante de grands faits historiques qui ont eu eux-mêmes pour conséquence de faire accepter par les peuples soumis à leur influence des idées communes sur bien des points. Au point de vue moral, l'adoption du Christianisme par tous les peuples civilisés; au point de vue politique, la Révolution de 1789 dont le contre-coup, plus ou moins immédiat dans les divers pays, n'en a pas moins été presque universel; au point de vue du droit pur, l'extension du Droit romain à la suite de la constitution d'Antonin Caracalla qui donna le *jus civitatis* à tous les sujets de l'empire, et, de nos jours, l'importation de notre code civil dans nombre de pays à la suite des conquêtes de Napoléon : tous ces faits ont contribué à la généralisation des mêmes principes juridiques. Cette tendance s'accuse surtout chez les peuples qui, à l'exemple de la France, codifient leur législation et, abandonnant peu à peu leurs vieilles lois ou coutumes, cherchent à formuler leur droit dans une rédaction méthodique, y apportant les modifications provoquées par les idées modernes (1).

Actuellement, il est une partie du droit pour laquelle les divergences entre les différentes législations se réduisent de plus en plus à des points de détails : c'est le Droit commercial. Par suite de la prodigieuse facilité des communications obtenues par la science moderne, le commerce international va se développant chaque jour; et comme le commerçant a partout les mêmes besoins de rapidité, de sécurité et de crédit dans les opérations, ce qui a fait dire avec raison, à ce point de vue, que le commerce n'a pas

p. 3 et 4, et *Théorie générale de l'Etat*, t. I, p. 25. V. Asser, *Droit international privé et Droit uniforme*, *R. D. I.*, 1880, p. 5 et suiv.

(1) On trouvera un état des lois des différents peuples, au point de vue de la codification, dans l'étude de M. Amiaud : *Aperçu de l'état actuel des législations civiles d'Europe, de l'Amérique*, etc..., 1883 (v. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1884, p. 419 et suiv.; 2e édit., 1908). L'Allemagne possède un code civil uniforme pour tout l'Empire en vigueur depuis 1900; l'Espagne a le sien depuis 1889, et la Suisse a, depuis le 10 décembre 1907, un code civil qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912.

de patrie, partout le Droit commercial et, d'une façon générale, les règles des obligations tendent à l'uniformité (¹). Au contraire, les institutions qui tiennent davantage au caractère spécial de chaque peuple, aux circonstances particulières dans lesquelles il se trouve placé, telles que l'organisation de la famille et les règles des succsssions, présentent encore et présenteront sans doute toujours des différences beaucoup plus marquées.

La seconde cause du conflits des lois est la souveraineté de chaque législateur. « L'Etat, a dit Bluntschli, est l'incarnation et la personnification de la puissance de la nation »; or, comme cela résulte de la notion même de l'Etat donnée plus haut, cette puissance doit être complètement indépendante, sans quoi l'Etat ne pourrait pas figurer comme terme distinct dans les relations internationales. En conséquence, la loi, qui n'est que la manifestation de ce pouvoir souverain de l'Etat, doit être absolument sans rivale dans l'étendue du territoire où elle a été promulguée; à tel point que, en théorie, et sauf les restrictions qui seront indiquées plus tard, on comprend qu'elle exclue, sur ce même territoire, l'application de toute loi étrangère, à un point de vue quelconque.

Les lois des divers pays contenant, sur les mêmes points, des dispositions différentes, chacune d'elles étant d'ailleurs souveraine sur son territoire, on voit que le conflit est inévitable (²).

10. Terminologie. — L'expression *Droit international privé*, couramment employée pour désigner les règles qui doivent être suivies dans les conflits de lois privées de différents Etats, est sujette à discussion. Le mot *Droit* éveille l'idée d'un ensemble de dispositions promulguées par un pouvoir supérieur et reconnu : or, pour ce genre de conflits entre les Etats, pas plus que pour tout autre, on ne peut trouver d'autorité législative, les Etats étant souverains par définition et échappant à toute injonction qui leur serait imposée. Nous verrons cependant, un peu plus loin, que le Droit international privé est un Droit véritable, comme dépendance du Droit international envisagé dans son ensemble et qu'il est un Droit, au sens scientifique du mot, ainsi que nous l'établirons (V. n. 12).

(¹) V. le recueil allemand des lois commerciales du monde, de Oscar Borchardt. [Cpr. Renault, *Les Conventions de La Haye* (1896 et 1902) *sur le Droit international privé*, 1903, p. 6-9; Jitta, *La substance des obligations dans le Droit international privé*, t. I, 1906, p. 3-6.]

(²) [Sur cette conception de la souveraineté territoriale, cpr. Pillet, *Principes de Droit international privé*, 1903, p. 249-271, *præsert.* p. 249-261.]

D'ores et déjà, nous pouvons reconnaître que le Droit international privé comprend essentiellement l'exposé des principes rationels qui dominent les conflits de lois privées, combiné avec l'indication des solutions pratiques admises sur ce point par les usages, les traités, les lois et la jurisprudence des divers pays.

Nous assistons, à notre époque, à une évolution, lente il est vrai, mais de plus en plus accentuée, par laquelle les peuples tendent à adopter des solutions uniformes de ce genre de difficultés. Cet accord se révèle par les traités, véritables contrats internationaux, ce qui devrait faire qualifier le Droit international privé, comme d'ailleurs le Droit international pris dans son ensemble, de Droit *conventionnel* ou *contractuel*. Voilà pourquoi le jurisconsulte, dans notre science, doit dégager les vrais principes, en frayant ainsi la voie aux traités et aux améliorations législatives dans les différents pays, et, juriste en même temps que théoricien, connaître les décisions adoptées dans la pratique, sauf à les critiquer si elles sont contraires à celles que l'étude théorique lui a révélées.

Aussi beaucoup de publicistes préfèrent-ils l'expression *théorie des conflits de lois privées*, qui leur paraît mieux correspondre à la nature et à l'objet de notre science. C'est ce que montrent les titres de quelques ouvrages célèbres : *De conflictu legum*, de Huber; *De collisione legum*, de Hert; *De Statutis eorumque concursu*, de P. Voet; *Ueber die collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, de Waechter; *Commentaries on the conflict of Laws*, de Story, etc... Le mot conflit est ici exactement employé, car il indique qu'il y a rencontre de lois différentes dans un rapport de droit, et qu'il faut décider quelle est celle qui l'emporte comme devant être applicable. C'est même le seul mot juste quand le désaccord existe entre lois différentes d'un même pays, car alors on ne peut plus dire qu'il y a une question de *Droit international* privé ou public. C'est ce dernier cas de conflits que Boullenois, pour éviter toute équivoque, appelait : *questions mixtes*.

11. Conflits entre les lois d'un même pays. — L'observation qui précède nous conduit à constater que les conflits de lois peuvent fréquemment se produire dans un seul État lorsque celui-ci, comme c'est le cas de bon nombre encore à l'heure actuelle, n'a pas une législation uniforme pour tout l'ensemble de son territoire. C'est pour un cas semblable, c'est-à-dire au sujet des conflits des coutumes suivies dans les différentes parties de la France, que notre science a été élaborée par nos anciens jurisconsultes.

Si, dans cette circonstance, l'expression de Droit *international* privé est impropre, au fond cependant les principes essentiels ne sont pas modifiés. En effet, les territoires différents, groupés sous une même souveraineté au point de vue politique, ont conservé leur indépendance et leur autonomie au point de vue restreint de la législation; dans cette dernière limite, ils agissent à l'égard des territoires relevant de la même autorité politique comme des souverainetés complètement étrangères les unes aux autres. Seulement il va sans dire que, dans les conflits de ce genre, l'élément de la nationalité, qui sert souvent à déterminer la loi applicable, n'a pas d'importance, puisqu'il est le même pour toutes les parties en cause; on doit alors se rabattre sur l'élément distinctif et caractéristique de la situation de chacun, c'est-à-dire sur le domicile dans telle partie du territoire assujetti à telle loi particulière (1). Il arrive parfois, d'après la constitution des pays

(1) [V. Jettel, *Handbuch des internationalen Privat und Strafrechts mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen OEsterreichs, Ungarn, Croatiens und Bosniens,* § 3, et surtout Meili, *Das internationale Civil und Handelsrecht,* t. I, p. 54 et suiv. et p. 59; Pillet, *Principes,* p. 45-47 et p. 315-317. Mais, comme le fait justement remarquer M. Pillet, *op. cit.,* p. 317, même dans ce cas, la loi du domicile n'a rien de nécessaire : elle reçoit compétence directement de la volonté de l'Etat national. Il se peut, en effet, que cet Etat aime mieux se référer à un autre principe de distinction, comme l'origine (V. de Bar, *Theorie und Praxis,* t. I, p. 274; Lainé, Etude concernant la loi fédérale suisse du 25 juin 1874 sur les rapports des citoyens établis ou en séjour, *Bull. de la Soc. de législ. comp.,* 1893-1894, p. 128 et suiv.), ou encore la race, dont le signe extérieur sera communément la confession religieuse. Telle est la règle dans les Etats du Sultan et dans les provinces encore rattachées à son trône par un lien plus ou moins ténu, comme l'Egypte (Circulaire d'Ali Pacha du 13 mai 1855; — Prival, *Des patriarcats catholiques d'Orient,* J. C., 1895, p. 994 et suiv.; — Cour d'appel d'Alexandrie, 26 avril 1894, J. C., 1895, p. 657; — Trib. de la Seine, 19 juillet 1901, J. C., 1901, p. 993). Encore aujourd'hui en Autriche, la matière du mariage et celle du divorce sont régies par les lois des confessions religieuses : ainsi, il n'est pas permis au conjoint divorcé d'épouser une femme catholique; le mariage est absolument interdit, soit à un ecclésiastique engagé dans les ordres supérieurs, soit à une personne obligée au célibat par un vœu solennel, soit entre chrétiens et non chrétiens. — Vesque von Püttlingen, *Handbuch das in OEsterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechtes,* 2e édit., Vienne, 1878, § XLVIII, p. 162-165; — Renault, *Les conventions de La Haye,* p. 42-43. — En Hongrie, la matière des mariages était régie, comme l'expliquait à la conférence de La Haye, en 1893, le délégué hongrois, M. de Korizinics, « par les lois religieuses des confessions qui n'y sont pas peu nombreuses » (Vesque von Püttlingen, *op. cit.,* p. 165-166; — Renault, *op. cit.,* p. 49). Mais depuis cette époque, le mariage civil a été introduit en Hongrie par la législation de 1894-1895 et la matière du mariage, si compliquée en Autriche, ne présente plus en Hongrie aucune difficulté. — Dareste, *Annuaire de*

confédérés ou fédérés, que les conflits entre les Etats faisant partie de la même union politique sont tranchés par une autorité judiciaire commune; telle est la mission de la Cour suprême de Washington pour les Etats-Unis, et du Tribunal fédéral de Lausanne pour les cantons suisses.

12. Rapport du Droit international public et du Droit international privé (1). — Si le Droit international considéré dans son ensemble a pour objet le règlement de tous les rapports qui peuvent se produire entre les Etats, on a vu qu'il se divise en deux branches d'après la nature de ces rapports, suivant que ceux-ci portent sur un intérêt collectif ou particulier (V. n. 6). Le Droit international public et le Droit international privé nous apparaissent ainsi comme les parties d'une même science, ayant une base et des principes communs. C'est ce dont il est facile de se rendre compte.

Le Droit international repose sur cette idée essentielle que les Etats, à raison même de leur existence comme faits naturels et par conséquent légitimes, ainsi que de leurs relations nécessaires, se doivent réciproquement le respect de leur personnalité, de leur égalité juridique et de leur commerce mutuel. Or, ce serait concevoir d'une manière trop étroite ces différents attributs des Etats, que de n'en tenir compte que dans les circonstances où leur intérêt collectif est directement en jeu. Il faut les respecter également toutes les fois qu'ils se manifestent légitimement à propos d'un intérêt privé ; sinon on commet contre l'Etat étranger une atteinte qui ne diffère que par l'importance de celle que l'on commettrait en méconnaissant directement ses droits politiques. De plus, la généralisation d'actes semblables, finissant par compromettre la souveraineté des Etats au point de vue de l'exercice de tout leur pouvoir législatif, aboutirait à un mépris complet de leur autorité légitime, même en tant que personnalités politiques ayant des prérogatives égales à celles de toutes les autres personnalités semblables.

Pour assurer ce respect réciproque de leur égalité juridique, de

législ. étr., 1895, p. 363-364; — Eisenmann, Etude sur le régime des cultes en Hongrie, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1908, p. 398; — Cpr. Id., *Ibid.*, p. 374 et p. 375-380.]

(1) V. Despagnet, *Cours de Dr. int. publ.*, 3e édit., nos 45, 262 s.; A. Pillet, *Le Dr. int. priv. dans ses rapports avec le Dr. int. publ.*, 1892, et dans la *Rev. prat. de Dr. int. priv.*, 1892; Id., *Principes*, p. 48-89 ; Brocher, *Bases théoriques du Dr. int. priv.*, J. C., 1878, p. 225.

leur personnalité et de leur commerce mutuel, les Etats doivent admettre certaines règles destinées à trancher les conflits qui naissent entre leurs législations respectives. L'observation de ces règles les conduira souvent à faire fléchir l'autorité de leur propre loi devant celle d'une loi étrangère reconnue d'une application plus rationnelle et plus juste dans la circonstance, et leur soumission à ces règles, qui constituent le Droit international privé, s'imposera à eux comme une *obligation juridique* résultant des principes fondamentaux du Droit international.

Au point de vue du respect de l'égalité juridique des Etats, tout d'abord, il serait étrange que l'un d'eux revendiquât le droit de régler un rapport juridique, même en tant qu'il doit se réaliser à l'étranger ou y produire des effets, sans reconnaître un pareil droit à la loi étrangère pour un rapport de droit semblable qui doit se manifester chez lui. Le respect de la compétence législative chez autrui, quand on l'invoque pour soi-même, et l'obligation qui en résulte pour chaque Etat de limiter, sur son propre territoire, la souveraine application de sa loi, sont comparables à la limitation de l'exercice des facultés individuelles pour permettre l'exercice légitime des facultés d'autrui. Comme le dit Heffter : « L'Etat qui voudrait nier l'autorité d'un droit civil en dehors de celui qu'il a établi, nierait en même temps l'existence des autres Etats et l'égalité de leurs droits avec les siens ».

On voit également que la méconnaissance absolue de la compétence législative étrangère, dans les questions qui relèvent d'elle, aboutit à écarter la personnalité des Etats étrangers, en tant qu'elle se manifeste dans une de ses fonctions les plus importantes : l'exercice du pouvoir législatif.

Enfin il est clair que le commerce international devient impossible si l'on n'admet jamais pour les étrangers, ou même pour ses propres nationaux qui accomplissent des actes juridiques hors de leur patrie, l'application de la loi étrangère.

Geffcken dit avec raison : « Comment le commerce international serait-il possible, si le marchand n'était pas sûr de voir reconnaître dans un Etat les paiements qu'il a opérés dans un autre? » Holtzendorf écrit aussi : « Quelle atteinte à l'autorité de la loi civile, si le fait d'avoir franchi les limites d'un territoire devait faire dépendre les droits d'un citoyen de la volonté arbitraire d'un Etat ou d'un fonctionnaire étranger! Pour assurer ces droits, surtout dans les temps de communications faciles dans lesquels nous vivons, il fallait des garanties solides qui les sauve-

gardassent au-delà même du lieu de domination des lois territoriales. *C'est en cela que le Droit privé trouve son point de contact avec le Droit des gens.* »

13. Théorie de la Comitas gentium. — On s'est placé à un tout autre point de vue pour expliquer l'application de la loi étrangère acceptée par une souveraineté sur son propre territoire. Sans rattacher les règles des solutions de conflits de lois aux principes généraux du Droit international, comme nous l'avons fait, et sans vouloir faire, par conséquent, du respect de la loi étrangère, quand elle est légitimement compétente, une *obligation juridique* pour les Etats, on s'est borné à constater l'opposition inconciliable de ces deux faits qui, nous l'avons vu, sont la cause des conflits de législations : d'une part, les lois des divers Etats sont différentes sur les mêmes points ; d'autre part, chacune est exclusivement souveraine dans le territoire où elle exerce son autorité. De là il suit que, en principe, la loi territoriale doit toujours l'emporter, de sorte qu'il n'y a plus à proprement parler de conflit, au sens où le mot est entendu dans notre science, et l'examen du point de savoir quelle est la législation applicable devient parfaitement superflu. Cependant, les ménagements que se doivent les Etats et les nécessités du commerce international commandent des atténuations à cette solution rigoureuse et absolue. Comment les justifier et les déterminer?

On a cherché à résoudre cette difficulté en disant que chaque législateur est absolument maître chez lui; que rien, par conséquent, ne peut *à priori* imposer sur un territoire l'application d'une loi étrangère; mais que, cependant, par concession gracieuse et bénévole de sa part, il arrive souvent qu'un pays accepte sur son territoire l'application de la loi d'un autre Etat. Pour consentir à cet échec apporté à son droit de souveraineté, un législateur, dit-on, s'inspire de l'intérêt bien entendu de son peuple, du désir d'assurer à ses nationaux, par voie de réciprocité, l'application de leur propre loi en pays étranger, de faciliter et d'étendre les relations internationales, de se concilier l'amitié et l'appui des nations puissantes, etc... Le rôle du jurisconsulte, avec une pareille théorie, se borne à constater les cas où les concessions dont il s'agit ont été faites dans chaque pays; à conclure, par voie d'analogie, à des concessions semblables dans d'autres cas; enfin à indiquer, par avance, les circonstances où il serait avantageux de procéder de même.

On a donné à ce système le nom de *Comitas gentium* ou *Cour-*

loisie internationale, expression qui paraît avoir été employée pour la première fois par Paul Voet, professeur à Utrecht, dans son traité *De Statutis eorumque concursu,* publié en 1663. Quant à l'idée même de la *Comitas,* elle forme le fond de la doctrine de la plupart des anciens auteurs (1). Aujourd'hui, généralement rejetée par les jurisconsultes du continent, à de rares exceptions près (2), elle n'est guère acceptée que par les auteurs anglo-américains (3) qui l'appellent : « *Comity or Consideration and Courtesy as between nations* » et dont l'un d'eux, Robert Philimore, intitule son ouvrage : *Comity.*

Cette idée doit être également écartée, que l'on se place au point de vue théorique ou au point de vue pratique.

En théorie, tout d'abord, elle n'est qu'une manifestation d'un système plus général qui donne pour base au droit l'intérêt. Or, sans entrer dans l'examen philosophique d'une question qui sortirait trop du cadre de cette étude, il suffit de remarquer que la condition essentielle du droit, c'est-à-dire la garantie, fait absolument défaut avec une idée semblable. Il faudrait, à ce compte, en revenir à la fameuse définition que l'école utilitaire a donnée du droit par l'organe de Stuart Mill : « Un pouvoir que la société est intéressée à accorder aux individus ». Les facultés les plus essentielles et le plus naturellement inviolables de l'homme se trouveront ainsi sacrifiées à l'intérêt du moment. En vain cherche-t-on à idéaliser cet intérêt, à le moraliser, pour ainsi dire, en le confondant avec ce qui est juste; l'intérêt n'est apprécié que s'il est sensible et assuré, et, dès lors, un avantage tangible et certain l'emportera toujours sur le droit le plus sacré.

On a cru pouvoir, avec la théorie de la *Comitas,* fonder une science du Droit international privé; mais tout se borne alors à une compilation des arrêts ou des dispositions légales des différents pays sur les conflits de législations, chaque nation appréciant à son point de vue, essentiellement variable, l'intérêt qu'elle peut avoir à accepter ou non, dans tel cas déterminé, l'application de la loi étrangère. On le voit bien en consultant les ouvrages des jurisconsultes anglais

(1) Boubier, *Observations sur la coutume de Bourgogne,* ch. XXXIII, n. 62 et 63; Huber, *Jus publicum universale,* lib. III, cap. VIII, § 7; Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois,* I, p. 4, 6e principe.

(2) Fœlix, *loc. cit.,* I, n. 9 à 13.

(3) Story, *Commentaries on the conflict of Laws,* 7e édit., §§ 20 à 25; Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law,* t. IV : *Private international Law, or Comity,* 3e édit., 1880 — V. Lainé, *loc. cit.,* p. 30 et s.

ou américains qui se sont occupés de notre matière : malgré la richesse prodigieuse des renseignements qu'ils contiennent sur les solutions pratiques adoptées par les différents tribunaux à propos des conflits de lois, il est bien difficile d'en dégager un principe général pouvant servir à résoudre un ensemble d'hypothèses semblables.

Si, maintenant, nous nous plaçons sur le terrain pratique, nous voyons que la conséquence du système de la *Comitas* ne peut être que de paralyser les relations internationales. L'étranger, en effet, n'étant jamais assuré de conserver le bénéfice de sa loi nationale, dont l'application dépend de l'intérêt et par conséquent du caprice du pays où il se trouve, se gardera bien de se fixer d'une façon stable dans un territoire où une pareille théorie est consacrée ou d'y faire des opérations importantes. On en vient, en outre, avec des idées semblables, à justifier par l'intérêt les rigueurs les plus excessives et les plus contraires à la raison à l'égard des étrangers, telles que le droit d'aubaine. Au surplus, qui appréciera l'avantage qu'il peut y avoir à accepter l'application de la loi étrangère ? Le législateur est généralement muet sur la question, les traités internationaux sont rares ; il ne reste plus qu'à donner ce pouvoir au juge. Mais, chacun appréciant à son point de vue cette question très délicate de l'intérêt national, dans quelles contradictions ne va-t-on pas tomber ? D'ailleurs, il peut ne pas y avoir d'intérêt national engagé dans le débat ; ou encore il peut n'y avoir que des intérêts étrangers opposés, et, en pareil cas, lequel choisir ? Où est le criterium qui donnera quelque unité aux décisions des tribunaux en ces matières ? On verra peut-être se renouveler le fait de ce juge américain qui, très logiquement du reste avec la théorie de la *Comitas*, décida qu'un étranger aurait sa capacité régie par sa loi nationale ou par la loi américaine, suivant l'avantage que pouvait avoir au maintien ou à la nullité du contrat fait par lui son cocontractant américain (1).

Il est, sans doute, possible à chaque Etat d'exclure systématiquement et en toute circonstance l'application de la loi d'une autre nation ; mais si c'est là une conséquence de la souveraineté, ce n'en est qu'une conséquence de fait, matérielle et nous dirions presque brutale. Au point de vue du droit, un Etat, en procédant ainsi, méconnaît les principes rationnels qui dominent les relations internationales (V. n. 12) ; il se met en dehors de la loi générale des

(1) Story, *loc. cit.*, p. 26, n. 28 et p. 79, n. 77.

peuples formant ce que Wolff appelait la « *maxima respublica gentium* ». Nous ne parlerons pas du reste des résultats pratiques d'une pareille conduite : les représailles à l'étranger, la difficulté ou même la rupture des relations avec les autres Etats, l'isolement ruineux pour soi-même dont sont victimes les empires fermés, comme l'étaient jadis la Chine et le Japon.

Ce n'est donc pas en vertu d'une concession gracieuse, mais bien en obéissant à une règle de droit, c'est-à-dire de raison et de justice, tirée de la nature même des relations internationales, que chaque pays accepte, dans certain cas, sur son territoire, l'application de la loi étrangère (1).

Le principe de la souveraineté n'est d'ailleurs nullement compromis par cette soumission à un principe supérieur de droit qui commande souvent de s'en référer aux dispositions de la loi d'un autre pays. Ce n'est, en effet, que parce que la loi locale l'accepte, soit d'une manière expresse, soit d'une manière tacite en laissant

(1) [Ce principe a inspiré les travaux des quatre Conférences de droit international privé réunies à La Haye en 1893, en 1894, en 1900 et 1904. Dès l'ouverture de la première Conférence, le 12 septembre 1893, M. van Tienhoven, ministre des affaires étrangères des Pays-Pas, après avoir constaté la communauté des principes essentiels qui servent de base aux diverses législations des pays représentés, l'existence de nombreuses conventions réglant des intérêts communs, et exprimé l'espoir de la réussite de l'œuvre entreprise, faisait cette capitale déclaration : « Il y a, en outre, une raison d'un ordre plus élevé qui nous confirme dans cette confiance, c'est qu'au-dessus des souverainetés des peuples s'élève la souveraineté de la justice et du droit devant laquelle s'inclinent toutes les nations civilisées. Il ne s'agit pas en effet ici d'une conséquence découlant de la *Comitas gentium,* ni d'une nécessité créée exclusivement par des intérêts matériels, mais avant tout du principe primordial de justice qui veut qu'à chacun soit attribué ce qui lui revient, *jus suum cuique*. Le triomphe de ce principe, appliqué à toutes les situations, dans tous les pays, n'est qu'une question de temps ». Actes de la Conférence de La Haye chargée de réglementer diverses matières de droit international privé (12-27 septembre 1893), La Haye, Imprimerie nationale, 1893, p. 24-25. Et dans le rapport présenté à la Conférence de 1900 au nom de la commission du mariage, M. Renault, président et rapporteur de cette commission, a exprimé la même pensée : « Si un législateur, dans un cas donné, prescrit à ses juges de tenir compte d'une législation étrangère pour le règlement d'un rapport de droit, ce n'est pas, comme on l'a pensé et dit trop longtemps, par courtoisie ou tolérance, c'est parce qu'il estime que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, cette législation étrangère convient le mieux pour le règlement du rapport de droit dont il s'agit ». *Actes de la troisième Conférence de La Haye, pour le droit international privé* (29 mai-19 juin 1900, La Haye, Imprimerie nationale, 1900, p. 168. Cpr. Renault, *Les conventions de La Haye*, p. 21-22].

au juge l'initiative de s'inspirer des règles du Droit international privé, que la loi étrangère est appliquée en pareil cas. Au fond, par conséquent, même en adoptant les prescriptions de la législation étrangère, le juge ne fait, dans les questions qui nous occupent, que se conformer à sa propre loi. De là il résulte que, avant de consulter les principes théoriques de notre Droit, il doit appliquer les dispositions positives de son propre législateur, fussent-elles d'ailleurs contraires, ce qui arrive assez souvent, aux vraies notions scientifiques sur les conflits de lois privées. Le magistrat est, tout d'abord, lié par le texte : il ne recouvre l'indépendance que lorsque la loi est muette, et lorsqu'il en fait la critique comme jurisconsulte.

14. Négation du caractère international des conflits de lois; doctrine anglo-américaine. — En faisant des règles relatives aux conflits de lois privées une partie du Droit international, nous rencontrons les objections classiques que l'on a présentées contre ce dernier, et qui, étant donnée notre manière de voir, ont leur contre-coup sur ces règles mêmes et en compromettent la base. Si l'on nie l'existence du Droit international dans son ensemble, le Droit international privé dont nous faisons une partie intégrante va subir le même sort.

Or, dit-on, le Droit international peut être compris comme un ensemble de *règles morales* se perfectionnant chaque jour avec les progrès de la civilisation, et auxquelles les Etats soucieux de leur dignité et même de leurs intérêts bien compris doivent se conformer; mais il ne peut constituer une catégorie de préceptes *juridiquement obligatoires*, un Droit proprement dit. En effet, un Droit suppose essentiellement une autorité supérieure qui l'établit, des tribunaux chargés de l'appliquer, un pouvoir coercitif qui en assure l'exécution et la sanction. Au-dessus des Etats, souverains et indépendants par définition, il n'y a pas de puissance investie du pouvoir de leur imposer des règles; les tribunaux internationaux n'existent pas non plus, sauf dans les cas accidentels où un arbitrage est volontairement organisé et accepté par les pays intéressés; enfin il n'est pas d'autre sanction des conflits entre les Etats que l'appel de chacun à sa force propre, et les résultats de la force ainsi employée établissent seulement la puissance matérielle et militaire, sans aucun rapport avec le bien fondé des prétentions émises de part et d'autre.

S'en tenir encore à ces objections, quelque peu surannées dans leur matérialisme brutal, c'est confondre absolument la manifes-

tation du Droit et son existence (¹). Sans doute le Droit, dans ses différentes branches possibles, se révèle par un pouvoir législatif qui l'édicte, des magistrats qui l'interprètent et l'appliquent, une puissance exécutive qui en assure la sanction. Mais, auparavant, il existe comme ensemble de préceptes de raison et de justice que les autorités organisées ont précisément pour mission d'exprimer et de faire observer, mission dont elles s'acquittent plus ou moins bien, suivant leurs lumières et le développement de leur moralité. Or, à ce dernier point de vue, le Droit international ne peut pas être méconnu : le Droit s'impose, par la force même des choses, entre toutes les personnalités humaines qui ont entre elles des relations d'un caractère juridique, et qui ont absolument besoin que ces relations soient réglées. Telle est bien la situation de ces personnalités collectives qui sont les Etats : ceux-ci, faits nécessaires et, par suite, légitimes, ont entre eux des rapports inévitables qui doivent être dominés par des principes rationnels et équitables de Droit, en vertu de la maxime qui résume si bien la situation toutes les fois que des relations juridiques se produisent dans le monde, qu'il s'agisse d'individus ou de souverainetés : « *ubi societas, ibi jus* ».

Mais l'existence du Droit international ne doit pas être seulement reconnue au point de vue purement rationnel et abstrait : ce Droit a aussi un caractère positif. En la supposant bien établie, ce qui n'est pas tout à fait exact comme nous le verrons, l'absence de législateur, de tribunaux et de sanction ne serait pas un obstacle absolu à la reconnaissance de ce caractère de Droit positif. Pendant longtemps, dans les périodes de formation, et parfois même pour certaines de ses parties, après une organisation très avancée, le Droit interne existe comme Droit positif bien qu'il manque de ses éléments habituels et plus perfectionnés de révélation et d'application. Simplement coutumier, par exemple, il n'a pas de législateur proprement dit; les tribunaux permanents et réguliers n'ont remplacé qu'assez tard les appels directs à la force individuelle, comme le montrent le symbolisme des actions de la loi à Rome et le duel judiciaire au moyen âge; enfin la sanction a été longtemps nulle ou sans base juridique, fondée uniquement sur la force, comme on le voit dans les cas précités, et comme on le constate encore pour certaines violations du Droit constitution-

(¹) L. Renault, *Introduction à l'étude du Droit international*, p. 6 s.; de Martens, *Fondement du Droit international*, *R. D. I.*, 1882, p. 252.

nel. C'est qu'un ensemble de préceptes se présente avec le caractère de Droit positif dès l'instant qu'il est reconnu et accepté, dans un milieu social déterminé, comme devant être appliqué aux rapports juridiques qui s'y produisent, quelles que soient les défaillances et les insuffisances de ses sources, de ses moyens d'application et de sanction. Ainsi en est-il du Droit international, qui est, dans ses idées générales et dans son caractère juridiquement obligatoire, affirmé et accepté par les puissances civilisées et par toutes celles qui veulent participer au bénéfice du concert international avec ces dernières. On trouve des déclarations solennelles sur ce point, sans remonter plus haut, dans les Actes du Congrès de Vienne en 1814 et 1815; dans celui d'Aix-la-Chapelle du 15 novembre 1818; dans le traité de Paris du 30 mars 1856, art. 7; dans l'Acte du 16 avril 1856 pour le Droit international maritime et dans les deux Conférences internationales de la Paix réunies à La Haye en 1899 et en 1907 (1).

Par suite de la souveraineté des Etats, le Droit international ne peut pas trouver sa source, en tant que Droit positif, dans les décisions d'une autorité supérieure; mais il s'exprime par l'accord qui intervient entre les Etats, ce qui lui donne le caractère *conventionnel* ou *contractuel*. Tacite, cet accord donne lieu à la *coutume internationale;* exprès, il s'établit dans des contrats entre les Etats ou *traités*.

A cause aussi de l'absence d'autorité supérieure au-dessus des Etats, il n'y a pas de tribunal international permanent investi du pouvoir de trancher les difficultés qui s'élèvent entre eux. Bien que les tentatives faites pour réaliser une pareille institution n'aient pu encore aboutir (2), on ne saurait disconvenir cepen-

(1) [Les préambules des Conventions de 1899 et de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux affirment que les puissances signataires « veulent étendre l'empire du droit et fortifier le sentiment de la justice internationale ». Renault, *Les deux Conférences de la Paix,* 1908, p. 13 et 71. Le préambule de la Convention du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, contient cette déclaration significative: « En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». *Livre jaune,* Deuxième Conférence Internationale de la Paix, Paris, Imprimerie Nationale, 1908, p. 196; Renault, *op. cit.,* p. 159.]

(2) [Les puissances, dans la première conférence dite de la Paix, tenue à la Haye,

dant que la pratique des arbitrages internationaux, destinés à résoudre les conflits spéciaux, se confirme et se généralise de plus en plus, au moins pour les contestations qui ne mettent pas en jeu la sécurité et l'honneur des Etats, et pour lesquelles le recours à la guerre devient de plus en plus inutile et odieux. D'ailleurs, l'absence de juridiction régulière n'est pas, nous l'avons vu, une objection décisive contre la reconnaissance du Droit international, même en tant que Droit positif : ce n'est que la marque d'une insuffisance de son fonctionnement pratique. Au surplus, nous verrons bientôt que, soit à ce point de vue, soit à celui de la sanction effective, les relations internationales qui portent sur des intérêts privés sont autrement garanties, grâce à l'action des tribunaux compétents dans chaque pays, en ce qui concerne l'interprétation et l'application des règles du Droit international privé, que ne le sont, en ce qui concerne l'observation du Droit international public, celles qui portent sur les intérêts collectifs des Etats (V. n. 15).

Il nous suffit pour le moment, après avoir établi l'existence, au point de vue rationnel et même positif, du Droit international envisagé dans son ensemble, d'écarter l'objection d'après laquelle le rattachement à ce Droit de la théorie des conflits de lois privées enlève toute base à cette dernière, qui devrait être niée comme le Droit international dont nous voulons en faire une partie.

Nous maintenons, au contraire, que les règles à observer dans les conflits de lois privées ne sont qu'une application particu-

en 1899, ont adopté une convention pour la solution pacifique des conflits internationaux ; mais l'arbitrage n'y est organisé qu'à titre *facultatif* pour les Etats intéressés.

La seconde Conférence de la Paix, réunie daus la même ville en 1907, après de mémorables débats sur le principe de l'arbitrage obligatoire, a dû se borner à *proclamer* dans l'*Acte final* signé le 18 octobre, qu' « elle est unanime : 1° à reconnaître le principe de l'arbitrage obligatoire ; 2° à déclarer que certains différends, et notamment ceux relatifs à l'interprétation et à l'application des stipulations conventionnelles internationales, sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage obligatoire sans aucune restriction. Elle est unanime enfin à proclamer que, s'il n'a pas été donné de conclure dès maintenant une convention en ce sens, les divergences d'opinion qui se sont manifestées n'ont pas dépassé les limites d'une controverse juridique, et qu'en travaillant ici ensemble pendant quatre mois, toutes les puissances du monde, non seulement ont appris à se comprendre et à se rapprocher davantage, mais ont su dégager, au cours de cette longue collaboration, un sentiment très élevé de bien commun de l'humanité ». *Livre Jaune*, 1908, *Acte final*, p. 151-152 ; Renault, *op. cit.*, p. 63].

lière (V. n. 12) des principes généraux qui dominent les rapports internationaux, en un mot, du Droit international.

Certains publicistes, et parmi eux la plupart de ceux de l'Angleterre et des Etat-Unis, se refusent à voir dans les problèmes de conflits de lois des questions de Droit international, et ils nient même que l'on puisse arriver, à leur sujet, à une entente entre les Etats, comme on l'a réalisée sur les points les plus importants des relations internationales. A leur avis, il ne s'agit, dans les conflits de lois privées, que d'intérêts particuliers, que de procès entre individus, de rien qui y ait, par conséquent, un caractère international. Aussi les questions de ce genre doivent être traitées comme des difficultés de droit privé interne envisagé à un point de vue spécial ; on étudie seulement la loi de chaque Etat dans son application possible hors du territoire et à des nationaux étrangers, comme on l'étudie dans son application normale dans le pays et aux nationaux de ce pays. Chaque Etat évolue d'ailleurs à sa guise, suivant ses idées et ses intérêts, dans sa jurisprudence à cet égard ; il règle comme il l'entend, sans se préoccuper de principes communs à adopter dans les différents pays, les conflits de lois qui l'intéressent, comme il tranche librement et à son seul point de vue les difficultés auxquelles donne lieu chez lui son droit interne. Harrisson résume la manière de voir des jurisconsultes anglo-saxons en disant que le prétendu Droit international privé, qu'il qualifie de Droit *intermunicipal*, n'est qu'une partie substantielle du Droit *municipal* ou local de chaque pays (1).

Cette conception des conflits de lois entre les Etats ne peut s'expliquer, chez les Anglo-Saxons, par le désir de donner aux règles destinées à les résoudre une base plus solide, en les séparant du Droit international dont l'existence en tant que règlement juridique ou obligatoire a été contestée. Les jurisconsultes et publicistes de l'Angleterre et des Etats-Unis affirment au contraire, pour la très grande majorité, l'existence du Droit international, et lui ont consacré des études qui comptent parmi les plus nombreuses, les plus étendues et les plus autorisées. Leur manière de voir vient plutôt, croyons-nous, de ce que leur jurisprudence n'a eu à s'occuper que relativement tard des conflits de lois et que,

(1) F. Harrisson, *Le conflit des lois en Angleterre, au point de vue historique et analytique*, J. C., 1880, p. 537 ; Westlake, *A treatise on private intern. Law*, 4e édit., 1905, Introduction, p. 4-5 ; Wharton, *A treatise on the conflict of Laws or private international Law*, 3e édit., 1905, § 1 et § 1 *a*.

mal préparée à l'examen de ces délicates questions, faute de connaissance des théories qui s'étaient déjà développées depuis des siècles sur le continent, elle s'en est tenue à un point de vue étroit, purement local, ne voyant dans les difficultés nouvelles que son Droit national à appliquer. L'esprit de la race devait d'ailleurs favoriser cette tendance, parce qu'il y trouvait l'occasion de faire prédominer ses propres lois sur toutes les autres, suivant son goût traditionnel, et de n'accepter l'application d'une loi étrangère qu'en retour d'un avantage bien certain, sans se croire tenu de faire cette concession en vertu d'une règle quelconque de Droit international. Ainsi s'explique-t-on que, comme nous le verrons plus loin, les jurisconsultes et magistrats de l'Angleterre et des Etats-Unis, s'en tiennent encore à la souveraineté exclusive de la loi territoriale, plus ou moins mitigée par concessions purement gracieuses, suivant la théorie de la *Comitas gentium.*

En s'inspirant de considérations tout à fait différentes, et sans prendre pour guide dans leurs solutions pratiques la théorie de la *Comitas gentium* qu'ils répudient, d'autres publicistes nient également le caractère international des questions de conflits de lois (1). Pour eux, il est si peu question de conflits de lois, au sens propre du mot, et par conséquent de rapports internationaux entre les diverses souverainetés se rencontrant dans l'exercice de leur pouvoir législatif, qu'il faut uniquement considérer la mission de chaque législateur en tant qu'il règle un rapport juridique en lui-même, au point de vue de l'humanité considérée dans son ensemble, abstraction faite des particularités nationales propres à chaque pays. La prétendue théorie des conflits de lois ne serait ainsi que l'ensemble des règles auxquelles chaque législateur doit se conformer en visant le droit idéal applicable à tous les hommes sans distinction de lieu et de nationalité, de manière à correspon-

(1) V. Josephus Jitta, *La méthode du Droit int. privé,* La Haye, 1890. — V. aussi une conception différente du Droit international privé : Ed. Cimbali, *Di una nuova denominazione del cosidetto diritto internazionale privato e dei suoi effetti fondamentali,* 2e édit., Roma, 1893. V. notre article dans le J. C. 1898. — A. Pillet, *Le Droit int. privé, Essai d'un système général de solution des conflits de lois,* J. C., 1894, p. 417, 511 ; 1895, p. 241, 500, 929 ; 1896, p. 5 ; A. Pillet, *Le Droit int. privé ; sa définition, son origine rationnelle,* etc. J. C., 1893, p. 5 et 318 ; *Id., Principes,* p. 123-167. — Comp. de Vareilles-Sommières, *La synthèse du Droit int. privé,* 2 vol., 1897 ; Franz Kahn, *Ueber Inhalt, Natur und Method des internationalen Privatrechts,* 1899 ; von Bar, *Neue Principien und Methoden des internationalen Privatrechts, Archiv für öffentliches Recht,* IV, 1900, p. 227.

dre aux données rationnelles absolues que comporte chaque rapport juridique, à l'exclusion de toute influence venant du rattachement des intéressés à telle patrie ou de la réalisation du rapport dans tel pays plutôt que dans tel autre. Etant donnée cette dernière manière de voir, la détermination de la loi applicable, quand plusieurs paraissent se rencontrer, ne serait que l'application de solutions rationnelles fournies par l'étude scientifique de chaque rapport de droit, mais en vertu d'une initiative propre à chaque pays, sans préoccupation d'une entente entre les différents Etats quant à l'uniformité des solutions à adopter. Nous verrons plus loin que cette théorie, quelque effort que l'on fasse pour la dégager des principes généraux du Droit international, n'est au fond que l'application de ces mêmes principes, en tant que, pour déterminer la loi applicable conformément à sa compétence légitime, il faut que chaque pays tienne compte de la nature de chaque rapport juridique et, en le soumettant à la loi dont il relève d'après sa nature, respecte les droits des souverainetés étrangères, s'il y a lieu. Mais au point de vue de l'idée que nous soutenons, à savoir que les relations entre les Etats venant du conflit de leurs législations entrent dans l'ensemble du Droit international, la théorie dont il s'agit peut être rapprochée de celle des jurisconsultes anglo-saxons, en ce sens qu'elle tend à ne faire des questions de conflits de lois que des problèmes de droit interne laissés à la pure initiative de chaque législateur ! Aussi doit-elle être réfutée par les mêmes considérations.

En voulant faire de la solution des conflits de lois privées une question de Droit interne dépendant de l'initiative de chaque législateur et sans lien avec les devoirs réciproques que le Droit international impose aux Etats dans leurs relations, on met de côté deux questions préjudicielles qui dominent toute la difficulté et dont le caractère international ne saurait être discuté.

Il s'agit, tout d'abord, de savoir si un pays, malgré sa souveraineté territoriale incontestable qui se révèle particulièrement par l'application de sa propre loi dans son domaine, doit, dans certains cas, écarter sa propre législation pour laisser appliquer la loi étrangère : or cette question met directement en présence deux souverainetés se manifestant sous l'une des formes les plus accentuées, celle du pouvoir législatif. L'effacement de l'une devant l'autre ne peut se comprendre et se justifier que par la soumission volontaire à des principes de Droit qui dominent les rapports internationaux, en un mot par l'observation d'une règle

du Droit international reconnu supérieur à l'autorité, absolue en fait, des souverainetés sur leur territoire. Cet effacement de la loi territoriale devant la loi étrangère, quand celle-ci est réputée légitimement compétente dans la circonstance, doit lui-même s'arrêter quand l'application de cette loi étrangère est compromettante pour la sécurité politique, sociale ou économique de l'Etat sur le territoire duquel elle devrait se faire, en tant qu'elle est en opposition avec les principes essentiels admis par ce dernier pays et qui forment, suivant l'expression consacrée que nous expliquerons plus tard, son *ordre public* (V. n. 107 s.). Or, qu'il s'agisse d'expliquer l'application dans un pays de la loi d'un autre Etat, ou de fixer le point à partir duquel cette application devient impossible à raison de la nécessité pour chaque pays de se prémunir contre les faits qui compromettent sa sécurité, en vertu de son droit primordial de légitime défense et de conservation, on voit toujours des souverainetés directement en présence. Ce sont des rapports internationaux qui se forment et seul le Droit international peut les régler et les résoudre. Ainsi se trouve justifiée l'idée essentielle déjà émise : que les conflits de lois entre les Etats font partie des rapports internationaux et doivent être dominés par les règles fondamentales du Droit qui préside à ces rapports (V. n. 12).

Au surplus, la connexité ou même l'identité de nature entre les règles des conflits de lois et le Droit international se révèle encore par leur mode de formation en tant que droits positifs. Il n'y a pas plus d'autorité supérieure au-dessus des Etats pour formuler les premiéres que pour imposer le second; il faut toujours recourir à l'accord des différents pays pour obtenir, qu'il s'agisse de conflits de lois ou de rapports internationaux d'un intérêt public, des solutions uniformes, fondées sur des idées communes et susceptibles de donner satisfaction dans les divers pays où elles doivent être appliquées ou respectées : c'est dire que le problème des conflits de lois est bien une dépendance du Droit international puisque, comme ce dernier, il ne s'établit que par l'entente des Etats au moyen d'accords tacites, en d'autres termes de coutumes admises, ou exprès, c'est-à-dire de traités (1).

(1) [Les deux thèses radicales qui comptent des partisans convaincus en France et à l'étranger, l'une d'après laquelle le Droit international privé fait partie intégrante du Droit des gens (Pillet, *Principes,* p. 56), l'autre d'après laquelle il n'est qu'une branche du Droit interne (Lainé, *Introduction,* t. I, p. 20; Bernard, *Principes de Droit international privé,* J. C., 1904, p. 778 et suiv., *præs.* p. 784;

15. Différences entre le Droit international public et le Droit international privé. — Malgré l'identité de leur nature intrinsèque et leur simple différence suivant le caractère spécial des rapports juridiques qu'ils règlent entre les Etats, le Droit international public et le Droit international privé présentent, en fait, des différences très sensibles qui justifient l'étude séparée que l'on fait de l'un et de l'autre.

Nous ne retiendrons pas comme différence essentielle, contrairement à certains auteurs, cette particularité que les questions de conflits de lois sont plus spécialement et plus complètement visées dans les lois des différents pays, ce qui en ferait des questions de législation positive à résoudre suivant la teneur de chaque législation particulière. Outre que l'acceptation de cette manière de voir nous ramènerait à la doctrine anglo-saxonne d'après laquelle les conflits de loi ne sont qu'une dépendance du droit interne de chaque pays, doctrine que nous avons déjà réfutée (V. n. 14), nous remarquerons que la plupart des lois sont ou

cpr. Streit, *Système de Droit international privé*, t. I, Athènes, 1906 (en grec), p. 17-18 et p. 46 et suiv.), ne seraient-elles pas vraies à des points de vue différents et ne pourraient-elles pas se fondre dans une théorie plus satisfaisante? Telle est la question que pose M. Politis, Le Droit international privé en Grèce, J. C., 1908, p. 411. L'application des lois étrangères a sa raison d'être dans l'existence d'une société juridique entre nations, qui implique le devoir pour chaque Etat de respecter les lois de Droit privé émanées des souverainetés étrangères, car le refus d'appliquer toute loi étrangère aboutirait bien souvent à la méconnaissance des droits concédés par d'autres Etats dans les limites de leur souveraineté. Streit, *Système,* p. 17-18. S'il en est ainsi, le Droit international privé a la *même base* que le Droit des gens. Voilà ce qu'il y aurait de vrai dans la thèse internationaliste. Et voici maintenant ce qu'il y aurait d'exact dans la thèse séparatiste. De ce que le Droit international privé a la même base que le Droit des gens, il n'en résulte pas nécessairement que toutes ses règles doivent y être rangées. Le Droit international privé suppose l'existence préalable d'une obligation internationale : celle d'appliquer dans certains cas les lois étrangères. Mais ses règles n'ont été établies que pour une partie assez restreinte par la volonté commune des nations : le Droit des gens laisse à chaque pays la faculté de déterminer seul le contenu du Droit international privé, sauf sur certains points particuliers où des règles obligatoires ont été établies par la coutume ou par les traités. Le Droit international privé présente ainsi un double aspect que l'on rencontre aussi dans le Droit international public. Politis, J. C. 1908, p. 412-414. Cpr. Zitelmann, *Internationales Privatrecht,* t. I, Leipzig, 1897, p. 73 et suiv.; Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudicii interni,* Bologne, 1905, p. 122 et suiv. — M. Streit estime que le Droit international privé, tout en prenant sa source et quelques-unes de ses règles dans le Droit des gens (*Système,* p. 17-18), doit être rangé dans le Droit interne (*Id., ibid.,* p. 46 et suiv.).]

muettes ou très insuffisantes sur les difficultés de ce genre (1), et que l'on trouve dans la plupart d'entre elles autant de dispositions, sinon plus, relatives aux rapports de Droit international public, notamment sur les privilèges des agents diplomatiques, les prises maritimes, les règles de la neutralité, etc... La différence signalée n'a donc rien d'essentiel; tout au plus peut-on noter que les questions de conflits de lois devraient être plus fréquemment prévues dans les lois internes des différents pays, afin d'éclairer les particuliers qu'elles intéressent et les tribunaux chargés de connaître de leurs contestations, tandis que celles de Droit international public, généralement résolues par les gouvernements représentant les intérêts collectifs auxquels elles se réfèrent, sont fixées habituellement par les coutumes et les traités internationaux.

Ce qui est vrai, c'est que le Droit international public ne reçoit d'application par voie d'autorité judiciaire que si un accord préalable des pays intéressés a organisé un arbitrage, tandis que les questions de droit international privé sont portées devant les tribunaux de l'un des Etats en cause, suivant les règles de compétence qui les régissent. La sentence prononcée par ces tribunaux est assurée de son exécution, d'abord dans le pays où elle a été rendue, et, la plupart du temps, grâce à l'entente des Etats (V. n. 199 s.), dans les autres également.

Ainsi le Droit international privé, qui n'a pas plus que le Droit international public la législation commune et universelle qui lui convient, sauf le cas où il est consacré par la coutume internationale et par les traités, a du moins, grâce à sa consécration plus ou moins exacte et complète dans la loi ou la jurisprudence des différents pays, des tribunaux pour l'appliquer et une sanction pour assurer l'exécution des sentences rendues à son sujet.

De ce que les questions de Droit international privé sont ainsi soulevées dans les mêmes conditions que les difficultés de Droit civil ou commercial interne, il résulte qu'elles doivent être appréciées et traitées suivant un esprit et une méthode tout à fait différents de ceux que comportent les questions de Droit international public. Ces dernières, visant surtout l'harmonie entre les gouvernements par la voie diplomatique, doivent être examinées dans un esprit plus large, avec le secours de l'histoire et de ses enseignements pour l'avenir, avec une méthode de prudente

(1) V. par exemple art. 3 de notre C. c.

observation, sans les déductions rigoureuses que comporte souvent le raisonnement dans les interprétations purement juridiques. C'est une méthode toute différente qui est indiquée dans les questions de conflits de lois. Si les principes qui les dominent sont communs à toutes les parties du Droit international, et si, pour résoudre les conflits de ce genre, il faut s'inspirer des devoirs généraux des Etats qui sont obligés de tenir compte de la compétence des lois étrangères par égard pour l'égalité juridique, la personnalité et le droit de commerce mutuel des différents pays, on le voit bien vite, cet emprunt général une fois fait aux règles fondamentales du Droit international, le problème doit être résolu avec d'autres éléments.

Il s'agit, tout d'abord, de savoir quelle est la loi compétente pour régir un rapport juridique donné. Or, la réponse à cette question dépend de la nature même de ce rapport (V. n. 6), sur laquelle on n'est fixé que par une analyse de ses éléments constitutifs. Cette analyse elle-même comporte la mise en œuvre des notions juridiques relatives aux rapports de droit entre particuliers. Elle constitue donc un de ces procédés d'étude que l'on emploie fréquemment dans l'examen des lois positives internes de chaque pays.

D'autre part, la loi compétente étant déterminée par le moyen sus-indiqué, il n'est plus question que d'en connaître les dispositions, de les combiner et d'en indiquer la véritable portée; ce qui est une opération rentrant dans le domaine de l'interprétation et de l'exégèse des textes.

Ainsi donc, et c'est ce qui justifie l'étude distincte qui en est faite, le Droit international privé, sous bénéfice de la connaissance des principes généraux du Droit international sur lesquels il repose, exige avant tout la préoccupation des intérêts particuliers qui y sont directement en jeu, l'esprit d'analyse appliqué aux rapports de droit, la méthode de déduction quand il s'agit de textes à interpréter, en un mot les procédés habituels aux juristes.

16. Modes de formation du Droit international privé. — Si on la compare aux progrès déjà réalisés par l'étude des problèmes juridiques du Droit interne dans les différents pays, la théorie du conflit des lois paraît considérablement en retard; les solutions sont souvent mal assises un peu partout, et surtout elles sont fréquemment contradictoires dans les différents pays. Les raisons de cet état de choses ont été exactement mises en relief par

M. Lainé (1). Tout d'abord, chaque pays a dû exprimer séparément des règles en cette matière, suivant les besoins du moment, et c'est depuis peu seulement que l'on a senti la nécessité d'une entente internationale pour résoudre les questions de ce genre, en se rendant compte des inconvénients qui résultent du défaut d'unité de vues, tant pour les relations juridiques entre les nationaux des différents Etats, que pour les relations politiques et économiques entre les Etats eux-mêmes. Il y a relativement si peu de temps que les conflits de lois privées sont étudiés comme théorie générale et universelle avec le concours des jurisconsultes des différents pays, qu'il n'y a rien de surprenant à ce qu'ils ne soient pas encore définitivement résolus sur la base d'idées uniformes acceptées partout. Il faut tenir compte aussi des divergences profondes qui séparent les législations, même sur les principes juridiques fondamentaux : il suffit, à ce point de vue, de signaler l'opposition qui existe entre les conceptions du Droit chez les Anglo-Saxons, restés à peu près complètement étrangers à l'influence du Droit romain, et les peuples continentaux pour lesquels les principes juridiques de l'ancienne Rome sont la base même de la plupart des dispositions législatives. Enfin, tandis que certains pays, comme l'Italie, la France, les Pays-Bas, l'Allemagne, sont préparés à l'étude des conflits de lois par une doctrine plusieurs fois séculaire qui a fait de ces questions un examen approfondi, il en est d'autres, surtout l'Angleterre et les Etats-Unis, pour lesquels ils se présentent comme des problèmes presque nouveaux, que l'on résout par des procédés empiriques et un peu sous l'influence des considérations de circonstances.

Si l'on tient compte de la connexité ou, pour mieux dire, de l'identité de nature entre le Droit international et la théorie du conflit des lois privées, autrement appelée Droit international privé, conformément à la manière de voir que nous avons déjà exposée, il semble que, pour l'un comme pour l'autre, les solutions ne pourront être acquises que grâce à l'accord des Etats et, plus spécialement, par le procédé des traités conclus entre eux. Pas plus, en effet, pour les conflits de lois que pour le règlement de tous les autres rapports internationaux, il n'y a de législateur suprême dominant les Souverainetés. Si d'ailleurs ces dernières, se plaçant à leur point de vue exclusif, tranchent les

(1) *Introduction au droit int. privé*, t. I, 1re partie, *Définition et caractère du Droit int. privé*, 1888, p. 5-44.

conflits de ce genre dans leur législation ou leur jurisprudence, sans se préoccuper des solutions consacrées dans les autres pays, leur manière de voir se heurtera à d'autres absolument différentes, et, les décisions admises par elles n'auront d'autorité et d'efficacité que dans leur propre territoire. C'est à ce résultat que l'on aboutit fatalement avec la doctrine anglo-américaine, d'après laquelle les questions de conflit de lois sont de pur droit interne et librement résolues par chaque pays, sans aucun souci d'une entente internationale.

Mais sans parler de l'absence de principes généraux, qui enlève ainsi tout caractère scientifique à notre étude et qui réduit le rôle du jurisconsulte à la connaissance des solutions purement empiriques, intéressées et variables à l'infini, adoptées dans les divers Etats, il est facile de voir que, en procédant de cette façon, on n'obtient nullement les résultats pratiques que l'on se propose de réaliser. Il s'agit, dans la plupart des cas, d'assurer l'application d'une loi à un bien ou à des personnes qui ne relèvent pas normalement de son autorité : comment veut-on que la souveraineté dont ce bien ou ces personnes dépendent tolère l'effet d'une pareille décision, si celle-ci n'est pas rendue conformément à des principes généraux de Droit dont cette souveraineté s'inspire elle-même et sur l'application desquels elle compte à son tour de la part des autres pays, quand elle les invoquera pour l'observation de ses propres dispositions dans un territoire et à des individus qui ne sont pas placés sous sa puissance ?

L'entente entre les Etats est donc ici nécessaire comme pour l'élaboration de tout le Droit international. Cette entente peut, d'ailleurs, se manifester de deux manières.

Les Etats peuvent d'abord établir les règles relatives aux conflits de lois dans leur propre législation ou dans leur jurisprudence, en s'inspirant tous des principes rationnels que la doctrine universelle précise de plus en plus. C'est la méthode qualifiée d'*individuelle* par certains publicistes qui en sont très partisans pour les raisons que nous discuterons un peu plus loin, et qui estiment que les mêmes problèmes juridiques, étudiés et compris partout de la même manière, seront partout résolus avec uniformité. Au surplus, il importe de noter que, contrairement à la manière de voir de certains auteurs, ce procédé d'initiative individuelle ds la part de chaque Etat, dit aussi procédé *législatif*, n'implique en rien l'uniformité des législations. Chaque pays peut garder les particularités de sa législation que commandent

souvent d'une façon nécessaire les conditions dans lesquelles il est placé : il suffira que l'unité des solutions se manifeste quant aux conflits de lois, c'est-à-dire quant à la détermination de la loi applicable dans telle circonstance donnée. Ainsi, malgré les divergences complètes de leurs lois relativement à la transmission des hérédités, deux pays peuvent également décider que cette transmission sera réglée par la loi du dernier domicile du défunt ou par sa loi nationale.

Le second procédé, dit *international* ou encore *collectif*, consiste à conclure des traités dans lesquels les Etats fixent d'un commun accord les règles qu'ils suivront dans les conflits qui se produiront entre leurs lois respectives. Tandis que, avec le premier procédé, l'entente est le résultat d'une étude pareillement conduite dans les divers pays, ce qui fait que ceux-ci *se trouvent être d'accord;* avec le second, elle provient d'un échange de vues aboutissant à un contrat formel, de sorte que les Etats contractants *se mettent d'accord.* On sent tout de suite que, dans ce dernier cas, l'harmonie des vues et des solutions a bien plus de chances d'être réalisée, grâce aux échanges préliminaires d'idées, aux discussions communes et aux concessions réciproques que l'on est amené à se faire. Tandis que trop souvent, comme cela est arrivé jusqu'à présent, l'initiative propre de chaque législateur est influencée par les préoccupations nationales d'intérêts, de préjugés, de traditions, ce qui conduit à des divergences inconciliables entre les solutions adoptées dans les différentes législations, les traités peuvent mieux conduire à l'adoption de règles identiques.

On a objecté cependant que les traités, en notre matière, n'offrent pas les mêmes garanties que la loi, qui est strictement obligatoire dans chaque pays, tandis que les conventions internationales sont à la merci du caprice ou de l'intérêt des contractants qui peuvent les violer ou les dénoncer. De plus, dit-on, un Etat ne peut se lier indéfiniment pour l'avenir, il doit prévoir les modifications futures de sa propre loi, peut-être incompatibles avec les règles qu'il aura acceptées dans un traité, et le sort de ce dernier sera bien précaire si des changements de ce genre se produisent.

Nous dirons plutôt, en sens inverse, qu'il n'y a guère lieu de redouter les violations ou les dénonciations capricieuses pour les traités relatifs à des questions d'intérêt privé, comme on a raison de les craindre pour les questions d'intérêt collectif où les passions politiques et les oppositions nationales détournent si souvent du

respect des engagements contractés. Si le traité relatif à des questions de conflits de lois ne satisfait plus, on en demandera la modification et un accord nouveau s'établira tout simplement. Nous pensons même que c'est surtout dans des questions de ce genre que l'usage des traités se comprend et se justifie le mieux. Si les relations de Droit international public reposent, la plupart du temps, sur quelques grands principes généraux dont l'application dans chaque cas dépend surtout d'une appréciation raisonnée et équitable des circonstances, si donc la coutume suivie peut ordinairemént suffire à les régler, il importe, au contraire, que les tribunaux et les particuliers aient des règles précises, nettes et nombreuses pour répondre à la fréquence, à la complexité et aux détails des rapports entre individus, qui soulèvent des questions de Droit international privé. De plus, tandis que, dans les questions de Droit international public, les traités sont souvent dominés par les circonstances de fait et spécialement par la pression abusive de l'un des contractants sur l'autre, il arrive presque toujours que les questions de conflits de lois sont appréciées en elles-mêmes, daus leur nature juridique et au point de vue des intérêts privés qui sont les mêmes de part et d'autre : aussi sont-elles beaucoup mieux résolues dans les traités suivant les inspirations, d'ailleurs plus ou moins bien comprises, du droit et de l'équité. Enfin, si la consécration dans la loi de chaque Etat donne aux règles admises la sanction de cet Etat, elle ne leur donne pas la garantie d'une autorité internationale comme le font les traités qui, tout en ayant la valeur d'une loi pour chaque pays contractant et pour ses tribunaux, assurent la réciprocité à l'étranger (1).

17. Tentatives d'unification des règles relatives aux conflits de lois; les Conférences de la Haye. — Etant donnée la manière dont se sont formées et développées les lois et la jurisprudence dans les différents pays, on ne doit pas s'attendre à ce qu'il y ait grande harmonie entre elles relativement aux solutions des conflits de législations. Partout, à peu près, c'est d'une façon indépendante et sans rattachement à des principes communs, pas même à des traditions semblables, que l'on a résolu des questions de ce genre : tout au plus l'influence de la vieille théorie des Statuts que nous exposerons plus loin s'est-elle

(1) Mancini, *De l'utilité de rendre obligatoires pour les Etats les règles générales du Droit int. privé,* J. C., 1874, p. 221 et 285; Résolutions de l'Institut de Droit int., *Annuaire,* I, p. 123.

fait sentir dans quelques Etats à la fois, spécialement en Italie, en France et dans les Pays-Bas ; mais cette théorie y était si différemment comprise et appliquée, qu'elle n'a conduit que fort rarement à des solutions uniformes dans ces trois pays (V. n. 90 s.). Cependant, depuis que la doctrine universelle a étudié les conflits de lois suivant une méthode plus scientifique et en se dégageant davantage des préjugés nationaux, une tendance de plus en plus marquée à adopter les règles rationnelles établies par cette doctrine se manifeste dans les Etats où la jurisprudence est libre de ses décisions, vu le silence de la loi positive, et aussi dans ceux qui transforment leur législation en la mettant d'accord avec les idées nouvelles. Cette influence de la doctrine universelle apparaît surtout depuis le premier tiers du XIX^e^ siècle, et elle va en augmentant depuis qu'elle a trouvé, dans l'Institut de Droit international (V. n. 21), un organe autorisé qui exprime la manière de voir des jurisconsultes des différents pays, et qui montre la direction à suivre aux tribunaux et aux législateurs du monde civilisé. Dans nombre d'Etats, il y a fort à faire encore pour réagir contre une législation surannée ou contre les traditions de la jurisprudence ; cependant, dans la mesure où la loi positive les permet, nous constaterons des progrès de plus en plus marqués dans le sens de l'adoption des règles uniformes proposées par la doctrine : il en est ainsi en France, malgré la routine de la théorie des Statuts ; pareil mouvement se dessine dans la jurisprudence anglaise jusqu'ici invariablement attachée aux traditions de son droit coutumier (*common law*), en grande partie créé par elle-même et réfractaire à toute influence de la doctrine étrangère (1).

Ce sont évidemment les législations récemment remaniées qui subissent le mieux l'influence de la doctrine et qui consacrent les dispositions les plus complètes, les mieux établies et les plus uniformes en matière de conflits de lois. Nous signalerons particulièrement les suivantes : code civil italien de 1866, art. 6 à 12 des dispositions générales ; code de la République Argentine de 1869, titre I, art. 6 à 14 ; code civil espagnol de 1889, titre préliminaire ;

(1) Westlake, *La doctrine anglaise en matière de droit int. privé*, J. C., 1882, p. 5 ; *Id.*, *A treatise on private intern. Law*, 4^e^ édit., 1904, *Introduction*, p. 8-24 ; Dicey, *A Digest on the Law of England with reference to the conflict of Laws*, *Introduction*, p. 14 et suiv. ; Dicey, trad. Stocquart, *Le statut personnel anglais ou la loi du domicile*, 2 vol., *Préface*, p. VI-VIII et *passim*.

les Codes du Chili, du Mexique et de l'Etat du Congo (1). Une large part est faite aussi au Droit international privé dans des codes récemment élaborés; nous citerons : le code civil belge dont le projet de révision est précisément dû à un jurisconsulte qui a consacré de très importantes études aux conflits de lois privées, M. Laurent, le code civil allemand (2), la loi japonaise du 15 juin 1898 concernant l'application des lois en général (3), et le code civil suisse du 10 décembre 1907, qui sera applicable le 1er janvier 1912 (4).

Mais c'est d'une manière plus directe et aussi plus sûre, comme nous l'avons établi, que l'on se propose aujourd'hui d'assurer l'unité de vues pour la solution des conflits de lois, c'est-à-dire au moyen de traités. Malheureusement, soit par incurie, soit par méfiance à l'égard des idées nouvelles ou répugnance à faire des concessions dans le sens de l'application des lois étrangères, ces tentatives ont longtemps échoué, et les deux dernières seules, d'une portée vraiment générales, ont été couronnées de succès. Il existe sans doute un grand nombre de traités particuliers entre certains Etats

(1) V. pour le code du Chili, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1878, p. 508; du Mexique, *R. D. I.*, 1872; du Congo, J. C., 1891, p. 671. Le décret congolais sur le conflit des lois du 20 janvier 1891 est vraiment remarquable. Renault, *Les Conventions de La Haye*, p. 11. — V. *Le Droit int. privé dans le nouveau code civil espagnol*, par M. Audinet, J. C., 1891, p. 1106.

(2) Projet belge, V. *R. D. I.*, XXIII, p. 442; A. Lainé, *Etude sur le titre préliminaire du projet de révision du code civil belge*, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1890. — *Le Droit int. privé dans le projet du code civil allemand*, E. Lehr, *R. D. I.*, 1895, p. 327. — Le code civil allemand est entré en vigueur à partir du 1er janvier 1900. Les questions de conflits de lois sont prévues dans les art. 7 à 31 de la loi d'introduction. V. code civil allemand, trad. de Meulenaere, 1897, p. 647 s. — *Le Droit intern. privé dans le nouveau code civil allemand*, par Kleidef, J. C., 1898, p. 687; 1899, p. 17, 239.

(3) [C'est cette loi qui règle actuellement les principales matières du Droit international privé au Japon. Comme le fait remarquer le *Mémoire* de la Délégation japonaise remis à la qualrième Conférence de la Haye (séance du 3 juin 1904), la loi du 15 juin 1898 s'est conformée « aux opinions des plus savantes autorités juridiques de l'Europe et par dessus tout aux œuvres de la Conférence de La Haye pour le Droit international privé, lesquelles sont considérées comme édictant des doctrines universellement reconnues. » *Actes de la qualrième Conférence pour le Droit international privé* (16 mai-7 juin 1904), La Haye, van Langenhuysen frères, 1904, p. 140; cpr. Lainé, *La Conférence de La Haye relative au Droit international, qualrième session*, J. C., 1905, p. 801-802.]

(4) [Le titre final du code civil suisse abroge la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 sur l'état civil et le mariage (art. 62) et modifie sur plus d'un point important la loi du 25 juin 1891 concernant les rapports de Droit civil des citoyens établis ou en séjour (art. 61).]

pour régler des questions de Droit international privé : mais ils sont manifestement insuffisants à deux points de vue. D'abord, ils ne règlent qu'un ou quelques points et l'indécision subsiste pour tous les autres ; d'autre part, lorsqu'ils sont suffisamment complets, comme celui du 15 juin 1869 entre la France et la Suisse (dont, du reste, la mauvaise rédaction provoque tant de difficultés), ils n'interviennent qu'entre deux Etats et sont loin de former la règle commune des rapports internationaux. Aussi se propose-t-on de réunir tous les Etats, au moins ceux qui ont entre eux des rapports fréquents, de manière à constituer une entente générale quant à la solution des conflits de lois, une union internationale à ce sujet, telle que celle qui a été établie, comme nous le verrons, pour la protection de la propriété commerciale et industrielle, littéraire et artistique.

La nécessité de cette union internationale avait déjà été indiquée, à la fin du XVII[e] siècle, par J. Voët, dans son étude sur les conflits des lois ou statuts, insérée dans son *Commentaire des Pandectes* (1). En 1867, le grand jurisconsulte et homme d'Etat italien Mancini reprenait la même idée ; il faisait voter une motion dans ce sens par la Chambre des députés d'Italie, le 24 novembre 1873, après avoir développé son projet à Genève devant l'Institut de Droit international, le 31 août de la même année ; et plus tard, comme ministre dans le gouvernement de son pays, il faisait des démarches suivies auprès des puissances pour réaliser son projet, de 1881 à 1885. Ces efforts échouèrent comme ceux qu'avait faits, spécialement pour obtenir un accord international quant à l'exécution des jugements, le gouvernement hollandais en 1874 (2).

Le Congrès tenu à Montevideo du 25 août 1888 au 18 février 1889 a été plus heureux. La République Argentine, l'Uruguay, le Paraguay, le Brésil, le Chili, le Pérou et la Bolivie, grâce à leur similitude de race, de mœurs, d'organisation politique et sociale, de religion et de lois, ont pu se mettre d'accord pour conclure sept traités relatifs aux conflits de lois en droit civil, commercial, pénal, en procédure civile, en matière de propriété littéraire et artistique, de marques de commerce ou de fabrique et de brevets d'invention, d'exercice des professions libérales ; de plus, un protocole additionnel règle l'application des lois des Etats contrac-

(1) *Comm. ad Pandectas*, lil. I, lil. IV, *De Statutis*.

(2) V. sur ces faits, J. C., p. 159 et 221 ; 1886, p. 35 ; Pillet, *Principes*, 112 ; Renault, *Les Conventions de La Haye*, p. 13-16.

tants. Ces différents traités sont ouverts à l'adhésion des autres puissances ; ils sont conclus pour une période indéfinie, avec faculté de dénonciation deux ans avant le moment où les contractants veulent se dégager (1).

Enfin, sur l'initiative nouvelle des Pays-Bas et grâce aux efforts d'un éminent jurisconsulte de ce pays, M. Asser, une vaste entreprise de codification du Droit international privé a été commencée. Une conférence internationale fut d'abord réunie à la Haye du 12 au 27 septembre 1893, et elle prépara un premier projet soumis à révision sur le mariage, la communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires, les commissions rogatoires et les successions (2). Une seconde conférence, réunie encore à la Haye du 25 juin au 13 juillet 1894, a adopté un protocole final qui porte sur les points suivants : 1° le mariage : conditions de validité,

(1) V. analyse de ces traités, Pradier-Fodéré, *R. D. I.*, 1889, p. 217 s., 561 s. — Rappr. Amédée Prince, *Le Congrès des trois Amériques*, 1889-90; Segovia, *El derecho internacional privado e el Congreso sud-americano de Montevideo.* Buenos-Ayres, 1889, p. 11 et suiv. ; le texte de ces traités a été publié par le gouvernement argentin sous ce titre : *Tratados sanctionados por el Congreso sud-americano.* Buenos-Ayres, 1889. — V. aussi les résolutions *purement doctrinales* du Congrès des jurisconsultes hispano-américains, espagnols et portugais, à Madrid, en 1892.

(2) Texte du premier projet, J. C., 1893, p. 1275; V. A. Lainé, *La conf. de la Haye relative au Droit int. privé,* id., 1894, p. 5 et 236. — *Actes de la conférence de la Haye* (12-27 sept. 1893), la Haye, imprimerie nationale, 2 fasc. in-4°, 1893. — Les Etats représentés à la première conférence étaient les suivants : Allemagne, Autriche-Hongrie, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Russie, Suisse. [La Serbie n'avait pas répondu à l'invitation du gouvernement néerlandais ; la Grèce s'était excusée ; la Suède et la Norvège devaient se faire représenter en 1894.] — L'Angleterre, se retranchant derrière les particularités de sa jurisprudence, est restée en dehors de toutes les Conférences : [son abstention était motivée officiellement par *la nature spéciale* du *droit anglais*. « C'est un peu sommaire et dédaigneux », fait remarquer M. Renault, *op. cit.*, p. 19. A qui profite cet isolement insulaire affirmé et pratiqué? Des plaintes très vives ont été portées devant le Parlement britannique au sujet de mariages qui avaient été célébrés en Grande-Bretagne, et qui y étaient tenus pour réguliers, alors que les tribunaux du pays auquel appartenaient les époux les déclaraient nuls. Cette situation fâcheuse aurait pu donner lieu à un échange d'observations utiles et les délégués britanniques en auraient tenu le compte qu'ils auraient jugé bon, puisqu'il n'était pas question de prendre un engagement quelconque. Le *Foreign Office* avait été moins intransigeant en 1881, lorsque le gouvernement italien, par l'organe de Mancini, fit des ouvertures en vue d'un accord sur certains conflits de lois. J. C., 1886, p. 45-47. Aussi M. Asser espère-t-il un revirement de la part du gouvernement anglais, et M. Renault n'est pas éloigné de partager cet espoir.]

effets sur la femme et les enfants, divorce et séparation de corps ; 2° la tutelle ; 3° la procédure civile : communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires, commissions rogatoires, caution *judicatum solvi*, assistance judiciaire, contrainte par corps ; 4° la faillite ; 5° les successions, donations à cause de mort et testaments. Des cinq parties du projet, une seule, la troisième, relative à la procédure civile, a été ratifiée à la Haye, le 14 novembre 1896, par les Pays-Bas, la Belgique, la France, la Suisse, le Luxembourg, l'Espagne, le Portugal et l'Italie. Le protocole d'adhésion resta ouvert jusqu'au 1er janvier 1898 et les puissances suivantes le signèrent : Suède et Norvège, Allemagne, Autriche-Hongrie, Danemark, Roumanie, Russie (1).

Préparée par le travail de la doctrine et par les résolutions de l'Institut de Droit international, offrant toutes les garanties de conciliation des principes théoriques et des nécessités pratiques, grâce au concours des jurisconsultes et des diplomates, l'œuvre des conférences de la Haye avait servi surtout à montrer dans quelle mesure l'accord international est acquis pour chaque solution particulière, d'après l'importance des majorités qui ont approuvé chaque partie du projet. On avait vu déjà que l'entente pouvait se faire pour certaines solutions importantes, notamment pour celles relatives à la procédure qui ont été ratifiées par plusieurs États. C'était là un heureux début qui montrait la valeur de la méthode employée, et qui pouvait faire espérer une entente progressive sur bien d'autres difficultés (2).

Effectivement, une troisième conférence ou plus exactement une troisième session de la même conférence internationale a eu lieu à la Haye du 29 mai au 18 juin 1900. Elle a abouti à la rédaction de quatre projets de convention : 1° sur les conflits de lois en matière de mariage ; 2° sur les conflits de lois et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps ; 3° sur les conflits de lois et de juridiction relativement à la tutelle des mineurs ; 4° sur les conflits de lois relativement aux successions,

(1) La convention de 1896 a été remplacée par celle du 17 novembre 1905. V. *infra*, p. 78, note 1 *in fine*, et n. 189.

(2) Texte de l'Acte final du 13 juillet 1894, J. C., 1895, p. 197 ; *R. D. I.*, 1894, p. 367 ; sur l'œuvre de la conférence : V. A. Lainé, J. C., 1895, p. 465 et 734 ; L. Renault, *Annales de l'Ecole des Sciences politiques*, 1894, n. 3 ; F. Meili, *Das internationale Privatrecht und die Saalenkonferenzen im Haag*, Zurich, 1900. — Les Etats représentés à la 2e conférence étaient les mêmes qu'à la première, plus la Suède et Norvège. — *Actes de la 2e conférence de la Haye*, la Haye, imprimerie nationale, in-4°, 1894.

aux testaments et aux donations à cause de mort. Les trois premiers projets ont été convertis en traités formels, à la Haye, le 12 juin 1902, par les pays suivants : Allemagne, Autriche-Hongrie, Belgique, Espagne, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Suède et Suisse. Ces trois conventions, *qui ne sont applicables qu'aux territoires européens des Etats contractants*, devaient être ratifiées et les ratifications en être déposées à la Haye dès que la majorité des Etats contractants serait en mesure de le faire. Les puissances représentées à la troisième conférence de la Haye, mais non signataires des actes du 12 juin 1902, ont pu adhérer jusqu'au 31 décembre 1904. Les conventions auront une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications, avec tacite reconduction de cinq ans si elles ne sont pas dénoncées six mois avant l'expiration de chaque période de cinq ans. La dénonciation par l'un des Etats laissera les conventions subsister entre les autres (1).

[L'œuvre de la conférence de la Haye s'est poursuivie dans une quatrième session.]

[Cette session a eu lieu du 16 mai au 7 juin 1904. Y ont été représentés les Etats suivants : l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Norvège, la Suisse. Il est à noter que le Danemark paraît s'être retiré de la Conférence. Bien que son chargé d'affaires à la Haye l'y ait représenté, l'absence de M. Matzen, professeur à l'Université de Copenhague et président du Landsthing, qui jusqu'ici avait pris part à l'œuvre de la Conférence, est significative. La raison de cette demi-retraite du Danemark est que, dans la législation danoise actuelle, le domicile constitue la base du statut personnel, en ce sens du moins que les étrangers domiciliés en Danemark y sont régis pour leurs actes juridiques en matière d'état et de capacité par la loi locale. Or, aux conférences précédentes, y comprise celle de 1900, la prépondérance de la loi nationale sur la loi du domicile s'était affirmée. La Norvège, tout en hésitant beaucoup encore, incline vers l'abandon du principe domiciliaire, et son délégué, M. Beichmann, a pris une part active

(1) *Actes de la troisième conférence de la Haye* (29 mai-18 juin 1900), 2 vol. in-4°, La Haye, imprimerie nationale, 1900; Lainé, *La conférence de la Haye relative au Droit international privé*, troisième session, J. C., 1901, p. 45, 231 et 918; Asser, *La codification du Droit intern. privé, les conventions du 12 juin 1902*, R. D. I., 1902, p. 485.

à l'élaboration de projets dont la base était la prédominance de la loi nationale. Plus résolue, la Suède s'est entièrement ralliée au nouveau principe : il faut souhaiter qu'elle entraîne les deux autres Etats scandinaves. En même temps qu'elle perdait le Danemark, la Conférence gagnait le Japon. Le Ministre des affaires étrangères des Pays-Bas, M. le Baron Melvil de Lynden, dans le discours d'inauguration de la Conférence (16 mai 1904) a salué courtoisement le délégué japonais, M. Kawamara. Puis M. le Président Asser a expliqué la présence du délégué japonais en ces termes : « Le gouvernement impérial du Japon ayant exprimé le désir de participer aux travaux de la Conférence, le gouvernement des Pays-Bas s'est empressé de transmettre ce désir, en l'appuyant, aux autres Puissances représentées ici, et celles-ci ont été unanimes à y accéder. Jusqu'à présent, aucune Puissance non européenne n'avait pris part aux Conférences, ni signé les conventions qui en sont résultées. Ces conventions contiennent même une clause qui, au premier abord, semblerait exclure les Etats non européens (1). Mais on a compris que ceci ne devait pas avoir pour conséquence de ne pas accepter la proposition du gouvernement japonais. En effet, le Droit privé du Japon, qui trouve son expression dans les excellents Codes de cet Empire, ne diffère pas tellement de celui de la plupart des Etats d'Europe qu'une entente par rapport à la solution des conflits de Droit entre ces Etats et le Japon doive paraître impossible en principe » (2). Le *Mémoire* de la Délégation japonaise a confirmé et précisé ces vues. L'article 2 du Code civil japonais accorde aux étrangers la jouissance de tous les droits privés, à l'exception de ceux qui leur sont refusés par les lois et ordonnances ou par les traités. Or, il est une ordonnance qui refuse aux étrangers la propriété du sol ; mais ce n'est qu'un vestige du régime de l'exterritorialité qui cessera bientôt. A la vérité, pour le droit de la famille, il existe des différences entre la loi japonaise et les lois européennes ; mais ces différences ne sont pas de nature à rendre les législations incompatibles. Le gouvernement du Japon serait, d'ailleurs, disposé à étudier les changements que pourrait comporter sa législation en cette matière, afin de la mettre en harmo-

(1) [Il s'agit de la clause contenue dans l'art. 9 de la Convention de 1902 sur le mariage et dans l'art. 10 des Conventions de la même date sur le divorce et la tutelle des mineurs, aux termes de laquelle « la présente Convention ne s'applique qu'aux territoires européens des Etats contractants ».]

(2) [*Actes de la quatrième Conférence de la Haye pour le Droit international privé*, 1904, p. 4 ; cpr. Lainé, J. C., 1905, p. 801.]

nie avec les doctrines de la Conférence. Il en résulterait simplement un retard dans l'adhésion du Japon aux conventions concernant la famille. Quant à la procédure civile, c'est immédiatement que le Japon pourrait entrer en communion d'idées et de règles avec les Puissances qui ont signé la Convention de 1896 (1).]

[Les travaux de la quatrième Conférence avaient été annoncés et préparés dans le *Projet de programme* dressé par le gouvernement néerlandais, suivant le système déjà pratiqué lors de la troisième. Ils devaient porter sur cinq projets de conventions concernant : 1° la procédure civile; 2° les successions, testaments et donations à cause de mort; 3° les effets du mariage sur l'état et la capacité de la femme; les effets du mariage sur les biens des époux; les effets du divorce et de la séparation de corps; 4° la tutelle des majeurs; 5° la faillite (2).]

[Les délibérations de la Conférence, préparées par les soins de cinq commissions distinctes, ont abouti à cinq projets de conventions que les représentants des gouvernements de l'Allemagne, de l'Autriche-Hongrie, de la Belgique, du Danemark, de l'Espagne, de la France, de l'Italie, du Japon, du Luxembourg, de la Norvège, des Pays-Bas, du Portugal, de la Roumanie, de la Russie, de la Suède et de la Suisse sont convenus, le 7 juin 1904, de soumettre à l'appréciation de leurs gouvernements : 1° projet d'une convention relative à la procédure civile, destiné à remplacer la convention du 14 novembre 1896 et le protocole additionnel du 22 mai 1897; 2° projet d'une convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments; 3° projet d'une convention concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux; 4° projet d'une convention concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues; 5° projet relatif à la faillite (3).]

[Il est à remarquer qu'il n'entre pas dans les vues du gouvernement français de conclure en matière de faillite une convention générale. Aussi le *Protocole* final de la quatrième Conférence porte-t-il la mention suivante : « Ce texte ne doit pas être considéré comme projet d'une convention générale; il pourra seule-

(1) [*Actes de la quatrième Conférence, Annexe 2 au procès-verbal n° 7*, p. 139-143; cpr. Lainé, J. C , 1905, p. 801-802.]

(2) [*Documents relatifs à la quatrième Conférence*, 1904, p. 1-176.]

(3) [*Protocole final, Actes de la quatrième Conférence*, p. 205-222.]

ment servir de base à des conventions à conclure éventuellement d'Etat à Etat » (1). Le projet de convention sur les successions et testaments semble devoir rencontrer un obstacle temporaire dans les faits que voici : l'Allemagne a émis la prétention très légitime de ne donner son adhésion à ce projet qu'après entente sur les pouvoirs conférés aux consuls en matière de successions. Il en résulte un retard qui menace de se prolonger, car le gouvernement français trouve excessifs les pouvoirs que les conventions consulaires attribuent en France aux consuls étrangers et se propose, semble-t-il, de poursuivre la revision de ces conventions consulaires.]

[Après avoir voté les cinq projets ci-dessus, la quatrième Conférence a émis les trois vœux que voici : 1° La Conférence émet le vœu que « le gouvernement des Pays-Bas veuille bien, aussi tôt que possible après la signature de la Convention sur les successions et testaments, convoquer une nouvelle Conférence, qui aurait pour mandat de préparer le protocole additionnel visé à l'art. 6, § 2, de ladite Convention, ainsi que la Convention relative à la compétence et à la procédure en matière de successions et de testaments visée à l'art. 8 » ; 2° « La Conférence, désirant manifester l'esprit dans lequel elle a voté les dispositions concernant la communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires formant la première partie du projet d'une Convention relative à la procédure civile, a également adopté le vœu suivant : Il est à désirer que, par suite d'une réforme de la législation intérieure ou en vertu d'une stipulation conventionnelle, les significations à des personnes se trouvant dans un autre Etat contractant ne puissent se faire que par les modes indiqués dans les art. 1, 2, 3, 5 et 6 du Projet de Convention. Il serait entendu toutefois que les modes prévus par la législation d'un Etat pour les significations à faire aux personnes se trouvant sur le territoire de cet Etat pourront aussi être suivis à l'égard des personnes qui, dans les mêmes conditions, se trouveraient sur le territoire d'un autre Etat contractant. Enfin, la règle générale cesserait de s'appliquer si, dans un délai raisonnable, la signification, conformément aux art. 1, 2 et 3 du Projet de Convention, n'était pas faite par l'autorité requise » ; 3° « En dernier lieu, la Conférence a résolu de recommander à l'attention du Gouvernement Royal des Pays-Bas les vœux exprimés par la troisième Commission en ce qui concerne

(1) [*Protocole final, Actes de la qualrième Conférence,* p. 222, note 1.]

le projet sur les effets du divorce et de la séparation de corps, ainsi que la proposition du Gouvernement Impérial d'Allemagne relative aux effets du mariage sur la légitimité des enfants » (1).]

[Le projet d'une Convention relative à la procédure, destiné à remplacer la Convention du 14 novembre 1896 et le protocole additionnel du 22 mai 1897, est devenu la Convention du 17 novembre 1905, réglant, dans plusieurs matières de droit international privé relatives à la procédure civile, les rapports entre la France, l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Suisse. Cette Convention entrera en vigueur au plus tard le 27 avril 1909 (art. 28). La ratification de ce nouvel acte diplomatique est actuellement soumise au Parlement français, dont l'assentiment n'est pas douteux. V. Sénat, *Doc.*, 1908, *session extraordinaire*, n° 343, Annexe au procès-verbal de la séance du 10 décembre 1908.]

[Pareillement, le projet d'une Convention concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux est devenu la Convention du 17 juillet 1905 entre la France, l'Allemagne, la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie et la Suède. Le projet de loi portant approbation de cette Convention, adopté par la Chambre des députés, a été déposé au Sénat le 28 janvier 1909. *J. off.* du 19 janvier 1909, Sénat, *Débats*, session ordinaire de 1909, p. 5.]

[Enfin, le projet d'une Convention concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues est devenu la Convention du 17 juillet 1905 entre les mêmes puissances. Le projet de loi portant approbation de cette Convention, adopté par la Chambre des députés, a été déposé au Sénat le 28 janvier 1909. *J. off.*, 29 janvier 1909.]

[L'œuvre de la Conférence de La Haye pour le droit international privé se poursuivra dans des sessions ultérieures. Il était question de tenir une cinquième session en 1907. La deuxième Conférence internationale de la Paix a suffi pour absorber l'activité diplomatique de cette année. Sans être actuellement connue, la date de la cinquième Conférence de droit international privé ne saurait être

(1) [*Actes de la qualrième Conférence, Protocole final*, p. 223-224. La portée théorique el pratique de ces Projels de Conventions el de ces Vœux sera ullérieur rement exposée.]

bien éloignée. Dans chacun des Etats participants, des Commissions nationales sont à l'œuvre. La Commission française a été réorganisée par le décret du 13 mars 1908, *portant composition de la Commission préparatoire à la Conférence internationale de La Haye (droit privé)*. Cette Commission, instituée au Ministère des affaires étrangères pour étudier les propositions que les délégués français sont appelés à soumettre à la Conférence internationale de La Haye en vue de la conclusion de conventions de droit international privé, sera dorénavant composée comme suit : MM. Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris, jurisconsulte du ministère des affaires étrangères, président; le Directeur des affaires civiles au ministère de la justice, membre; Du Boys, ministre plénipotentiaire, membre; La Borde, conseiller à la Cour de cassation, membre; Mercier (Victor), conseiller à la Cour de cassation, membre; Lainé, professeur à la Faculté de droit de Paris, membre; Weiss, professeur à la même Faculté, membre; Fabre, procureur général, membre; Ditte, président du Tribunal de la Seine, membre; Poncet, conseiller à la Cour d'appel, membre; Jordan, chef de bureau à la sous-direction des chancelleries, membre et secrétaire (1).

18. Rôle du juge en Droit international privé. — Quand la loi positive qui le régit impose une solution pour un conflit de législations de différents pays, le magistrat n'a évidemment qu'à la suivre sans rechercher les principes rationnels à appliquer dans la circonstance : l'opinion contraire, soutenue par un seul jurisconsulte, Struve, au dire de Wæchter, placerait le juge au-dessus du législateur. On peut souhaiter seulement que les lois positives laissent aux tribunaux plus d'initiative pour s'inspirer, en pareille matière, des enseignements de la doctrine, ou mieux, que les Etats se mettent d'accord pour consacrer tous des solutions rationnelles et uniformes. Sinon, on voit trop souvent le juge national chargé de trancher des questions d'un intérêt internatio-

(1) *J. off.*, 15 mars 1908. Le décret du 13 mars 1908 constate le ministre des affaires étrangères, M. Pichon, dans son Rapport au Président de la République en date du 11 mars 1908 (*J. off.*, 15 mars 1908, p. 1882-1883), donne satisfaction à la pensée exprimée dans le Rapport de la Commission des réformes administratives du ministère des affaires étrangères, présenté au ministère le 15 décembre 1906 et dont la publication, décidée en Conseil des ministres le 29 avril 1907, a été faite dans le *J. off.* du 3 mai. Cpr. Deschanel, Rapport sur le budget de 1908, t. II, 1907, Annexe I, p. 444. — Cette Commission est malheureusement privée du précieux concours de M. Lainé, ravi le 19 octobre 1908 à l'estime respectueuse et reconnaissante de tous.

nal d'après une loi qui n'est nullement faite au point de vue de ce genre d'intérêts : c'est la cause principale des erreurs traditionnelles de la jurisprudence.

Le plus ordinairement, le problème du Droit international privé n'est prévu ni par la loi locale ni par les traités : quelle est alors la mission du juge ?

Si, dans les questions de droit interne, la tâche du juge est relativement simple, en ce sens qu'il n'a qu'une législation à considérer et à appliquer, elle est au contraire beaucoup plus compliquée dans celles du Droit international privé. En réalité, toute question de ce genre en comporte plusieurs qu'il est important de préciser, en fixant le rôle que le magistrat doit remplir à l'égard de chacune d'elles. Un rapport de droit présentant des points de contact avec plusieurs législations étant soumis à un juge, et des étrangers étant intéressés dans le débat, ce qui arrive ordinairement en pareille circonstance, la première question qui se pose est celle de savoir si les étrangers peuvent invoquer le droit dont il s'agit. La réponse dépend évidemment de la loi du tribunal saisi du litige et des dispositions qu'elle contient sur la condition des étrangers. Si, par exemple, la succession d'un Anglais s'ouvre en France, il y aura lieu, tout d'abord, de se demander si les héritiers, Anglais eux-mêmes, peuvent succéder dans notre pays. Ce n'est pas là, on le voit, une question de conflit de lois, mais une sorte de question préjudicielle qu'il est indispensable de trancher avant d'aller plus loin.

La question véritable du Droit international privé se posera lorsque, le droit de l'étranger étant reconnu, on se demandera quelle est la loi applicable au rapport juridique qui fait l'objet du procès: quand, par exemple, pour reprendre l'hypothèse citée plus haut, on recherchera si la transmission héréditaire des biens laissés en France par un Anglais doit être réglée par la loi française ou par la loi anglaise.

Bien souvent, du reste, cette dernière question se présente seule. Si nous supposons, notamment, deux Français faisant un contrat à l'étranger, il y aura lieu seulement d'examiner quelle est la loi qui a dû être observée au point de vue des conditions requises des contractants, sans que la faculté pour des Français de réaliser une convention en pays étranger puisse être l'objet d'un doute pour un tribunal français.

Mais si, par l'analyse du rapport de droit qui lui est soumis, le juge est conduit à appliquer la loi étrangère, faut-il en conclure

qu'il devra connaître cette dernière pour l'appliquer en connaissance de cause ? La conclusion serait évidemment déraisonnable : trop rares sont les hommes qui possèdent suffisamment la loi de leur pays, pour qu'il soit possible d'imposer à un nombre considérable de magistrats la connaissance de toutes les législations. Il suffira à ces derniers de pouvoir dire quelle est, dans tel cas déterminé, la loi applicable, en s'inspirant des règles du Droit international privé. Quant à la connaissance des lois étrangères, bien que d'un grand secours pour le praticien qui veut éclairer les parties, et pour le théoricien qui veut apprécier les progrès réalisés en d'autres pays et y suivre l'évolution du mouvement législatif, elle n'est pas indispensable au juge.

Cela conduit à se demander comment on établira, devant un tribunal qui s'est prononcé pour leur application, les dispositions de la loi étrangère, et, en second lieu, quelle sera la sanction, si les juges ne veulent pas les appliquer ou en font une interprétation erronée.

19. Preuve des dispositions de la loi étrangère. — Suivant une opinion très répandue et consacrée notamment par la jurisprudence française, belge, allemande, anglaise, italienne, espagnole, portugaise, etc... (1), la question de savoir quelles sont les dispositions de la loi étrangère est considérée comme une pure question de fait qui, au point de vue de la preuve, doit être assimilée à une question de fait ordinaire. De cette idée générale découlent deux conséquences particulièrement importantes au point de vue pratique.

1° C'est à la partie qui a demandé et obtenu l'application de la loi étrangère à en établir les dispositions (2). Quels moyens pourra-

(1) Story, *loc. cit.*, § 637, p. 787 ; Westlake, *R. D. I.*, XIV, p. 304 ; *id.*, *Private int. Law,* 4e édit., 1905, p. 393-397 ; Trib. supr. de l'Allemagne, 14 fév. 1871, J. C., 1874, p. 80 ; Cass. Florence, 20 fév. 1890, J. C., 1893, p. 630 ; Cass. Turin, 9 nov. 1891, *id.*, 1894, p. 601 ; [Cour de Venise, 13 janv. 1905, *Rivista di diritto internazionale,* 1906, p. 77 ; cour de Milan, 21 mars 1905, *Rivista,* 1906, p. 87 ; Gênes, 27 nov. 1906, J. C., 1907, p. 1199 et 1204 ; *Contra,* Cour de cassation de Florence, 15 janv. 1905, *Rivista,* 1906, p. 73 ; Cour de cassation pénale, 27 janv. 1905, J. C., 1906, p. 1236] ; cour d'Athènes, J. C., 1894, p. 692 ; pour la Louisiane, *id.*, 1875, p. 317 ; pour le Canada, *id.*, 1895, p. 64 ; pour l'Autriche, *id.*, 1886, p. 467 ; pour la Grèce, J. C., 1908, p. 23. — Cpr. A. Darras, *De la connaissance, de l'application et de la preuve de la loi étrangère*, J. C., 1901, p. 209, 442 et 672 ; Pillet, *Principes,* p. 83-89 ; J. C., *Tables générales,* IV, v° *Loi étrangère,* p. 56.

(2) Trib. Seine, 17 avril et 18 juil. 1885, J. C., 1886, p. 202 et 593 ; Chambéry, 23 fév. 1885, J. C., 1885, p. 665.

t-elle employer pour cela? On sait que, dans l'ancien Droit, on recourait, pour établir une coutume douteuse, à des *enquêtes par turbes* faites par des praticiens dont l'ignorance et la vénalité firent supprimer le concours en 1667. Les *actes de notoriété*, ou déclarations faites par des avocats et des officiers de justice, qui remplacèrent les anciennes enquêtes, n'offrirent pas d'ailleurs plus de garanties. Mais, aujourd'hui, il serait impossible d'employer l'un ou l'autre de ces deux moyens pour faire la preuve, soit d'une ancienne coutume, soit d'une loi étrangère : nulle autorité n'a en effet compétence pour intervenir en pareil cas; les enquêtes par turbes et les actes de notoriété ont été définitivement supprimés avec toutes les règles de notre ancienne procédure (art. 1041 Pr. civ.). On devra donc utiliser les preuves habituelles : les écrits et les témoignages. Les premiers consisteront dans les textes officiels des lois étrangères, quand il sera possible de se les procurer; les seconds seront surtout les attestations ou consultations des juristes étrangers dont le concours est très utile et très fréquemment employé dans la pratique, ainsi que les certificats de lois ou de coutumes délivrés par les consuls ou agents diplomatiques étrangers. On a pu même invoquer la notoriété et le témoignage unanime des auteurs (1). Enfin les décisions de la jurisprudence étrangère seront aussi d'un grand secours, surtout pour les questions que la loi dont on veut faire l'application ne tranche pas formellement. D'ailleurs, il va sans dire que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les preuves qui sont produites devant eux, et pour exiger toutes celles qu'ils jugent nécessaires (2). Certains pays ont passé des traités pour faciliter la communication internationale des textes de lois (Conv. du 15 mars 1886, entre Belgique, Brésil, Espagne, États-Unis, Italie, Portugal, Serbie, Suisse, avec adhésion de l'Uruguay et de la République Argentine; conv. des 9-10 août 1880 entre le Pérou et l'Equateur; conv. franco-belge du 3 août 1891, *J. Offic.*, 25 mai 1892).

Malgré l'assimilation acceptée entre la preuve de la loi étrangère et celle d'une simple question de fait, nous croyons cependant qu'il y aurait exagération à admettre, en notre matière, l'aveu ou le serment des parties, comme on pourrait le faire pour

(1) Aix, 29 avril 1844, S., 45. 2. 113.

(2) Cass., 4 avril 1881, S., 83. 1. 65; Chambéry, 23 fév. 1885, J. C., 1885, p. 665. — V. aussi J. C , 1889, p. 541 et 839; *ibid.*, 1882, p. 23, 539 et 541.

s'assurer de l'exactitude d'un fait ordinaire. Si, en effet, le juge s'est prononcé pour l'application de la loi étrangère, c'est qu'à ses yeux telle est la véritable solution du litige, qu'en un mot tel est le *droit* pour lui, dans l'espèce. Or, il est inadmissible qu'il abandonne à la partie intéressée la décision même qu'il doit rendre et qui ne peut être que le résultat de sa propre conviction. Sans doute, on comprend, à la rigueur, qu'il réclame le concours des intéressés pour lui fournir des renseignements sur les dispositions de la loi étrangère, car, en pareil cas, il est toujours à même d'apprécier la valeur des preuves (écrits ou témoignages) qui sont produites devant lui. Mais l'aveu et le serment échappent à tout contrôle de la part du juge : ce sont de véritables transactions par lesquelles il s'en rapporte à la bonne foi des parties, et sa sentence ne peut certainement être abandonnée à ces dernières.

On ne voit pas davantage comment on pourrait user des présomptions pour établir quelles sont les règles contenues dans la loi étrangère : quel est le fait connu dont on pourrait induire cet autre fait inconnu ? Tout au plus peut-on admettre que les décisions de la jurisprudence étrangère, sur une hypothèrse très voisine de celle qui est soumise au tribunal, amèneront celui-ci à statuer de même dans le cas qu'il doit examiner, l'analogie le conduisant à penser que telle est sans doute la manière de voir du législateur étranger (1).

[La question de la preuve de la loi étrangère a attiré et retenu l'attention de la Conférence de la Haye pour le Droit international privé. Dès la seconde séance plénière de la Conférence de 1894, le délégué d'Italie, M. Pierantoni, avait demandé qu'il fût élaboré un système destiné à assurer la preuve des lois étrangères. « A l'époque où le droit étranger était reçu par courtoisie *(comitas gentium,*

(1) Trib. Anvers, 13 janvier 1886, *Journal des Tribunaux,* 11 mars 1886. [L'arrêt précité de la Cour d'appel de Milan, du 21 mars 1905 (J. C., 1906, p. 1236), décide que la preuve d'une règle de droit étranger coutumier peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes. Mais il semble bien qu'en s'exprimant ainsi la Cour italienne ait dépassé sa propre pensée : elle a, en effet, plutôt apprécié la valeur des preuves habituelles (écrits et témoignages) qui lui étaient soumises qu'elle n'a recouru à de véritables présomptions ; elle a admis que la règle du droit coutumier hongrois d'après laquelle l'héritier n'est jamais tenu qu'*intra vires* était établie : 1° par l'attestation du notaire de Presbourg commis par le Tribunal hongrois à la liquidation de la succession ; 2° par un certificat du consul italien de Buda-Pesth ; 3° par une note du ministre de la justice de Hongrie.]

ob mutuam utilitatem), on pouvait, dit-il, comprendre la règle que la preuve des lois étrangères était considérée comme un *quid facti*, dont la preuve était déférée aux parties en cause et à leurs avoués. Mais du moment que, sur l'exemple du droit italien, la loi devient obligatoire pour les magistrats, on doit éviter les inconvénients qui résultent de l'ancienne règle. En Italie, il y a cette contradiction que, bien que la preuve de la loi étrangère soit considérée comme un *quid facti* en première et deuxième instance, la Cour de cassation est obligée, le cas échéant, à en déclarer la violation ». Séance du 27 juin 1894, *Actes de la deuxième Conférence*, 1894, p. 35. La même opinion a été de nouveau exprimée dans le *Mémoire* que les gouvernements de Danemark et de Norvège ont présenté sur le projet de programme de la troisième Conférence. *Documents relatifs à la troisième Conférence*, 1900, p. 96, 137, 178.]

[Cependant, comme l'a fait remarquer M. Schumacher, délégué d'Autriche, président et rapporteur de la troisième commission à la Conférence de 1900, « la question de la délivrance de certificats sur la législation en vigueur dans un Etat était envisagée dans le Mémoire des gouvernements danois et norvégien sous un jour un peu différent. Selon l'avis de ces gouvernements, il ne s'agirait que de faciliter, autant que possible, *en ce qui touche les matières* qu'entraîne le projet de programme, l'obtention des certificats officiels de loi ». L'idée suggérée par M. Pierantoni, en 1894, était beaucoup plus compréhensive et visait la preuve de la loi étrangère *en toute matière*. Le délégué d'Autriche, M. Schumacher, soumit à la Conférence de 1900 un projet qui cherchait à tenir compte des deux points de vue. Et ce projet fut adopté avec des changements de pure forme par la troisième Commission et présenté par elle à la Conférence dans la séance du 16 juin 1900. Les articles 1-5 portent qu'*en toute matière civile* ou commerciale les Etats contractants seront tenus de délivrer des certificats officiels de lois; l'article 6 dispose que les Etats signataires des conventions de droit international privé proposées par la Conférence de La Haye « s'obligent réciproquement à se communiquer le texte officiel des lois qu'ils établiront à l'avenir concernant les mêmes matières ». *Actes de la troisième Conférence*, 1900, p. 60, 205-206.]

[Le projet de la Commission fut discuté en première lecture par la Conférence, le 16 juin 1900. Après un échange de vues très intéressant entre les délégués, la Conférence a reconnu qu'il était hautement désirable de faciliter aux tribunaux la connaissance

des législations étrangères; mais, en présence des objections d'ordre pratique qui ont été soulevées, elle a cru devoir se borner à émettre un vœu. *Actes*, p. 190-192, 223. Et ce vœu a été consigné dans le protocole final du 18 juin 1900, sous cette forme : « La Conférence émet le vœu que le gouvernement des Pays-Bas transmette, quand il le jugera opportun, les rapports et les avant-projets concernant les effets du mariage sur l'état de la femme et des enfants, les effets du mariage sur les biens des époux, les effets du divorce et de la séparation de corps, la tutelle des majeurs, la faillite et *la délivrance des certificats de lois* (certificats de coutumes) aux Etats représentés à la troisième Conférence de Droit international privé. *Actes*, p. 246. La Conférence de 1904 n'a pas repris l'étude de la question. Il est permis de le regretter et de souhaiter que la cinquième Conférence s'en occupe.]

2° Il résulte encore de ce que la question de savoir que les sont les dispositions de la loi étrangère est considérée comme une question de fait, que le juge n'a pas à intervenir d'office ni à faire des recherches personnelles pour arriver, à cet égard, à la connaissance de la vérité. Sans doute on admet bien, en général, que cette initiative ne lui est pas interdite, mais encore n'y voit-on qu'une simple faculté pour lui et non une obligation. Tout le fardeau de la preuve incombant ainsi à la partie, on la déboutera purement et simplement de sa demande si elle n'arrive pas à éclairer suffisamment le tribunal (1).

Cette conclusion doit être rejetée pour un double motif. D'une part, il faut remarquer que si le juge se prononce pour l'application de la loi étrangère, c'est que telle est pour lui la véritable solution commandée par les principes, soit de sa loi positive, soit, dans le silence de cette dernière, du Droit international privé. Or, si l'on comprend, à raison de l'impossibilité où il se trouve de connaître dans leurs détails les lois des différents pays, qu'il accepte le concours des parties qui lui fournissent des renseignements dont il apprécie la valeur, on ne conçoit pas qu'il se désintéresse absolument de la question et qu'il ne provoque pas lui-même, quand les preuves qu'on produit devant lui sont insuffisantes, des

(1) Westlake, *R. D. I.*, XIV, p. 304; *Id.*, *Private Int. Law*, 4e édit., p. 395-396; décision du tribunal supérieur de commerce de Leipzig, 14 février 1871, J. C., 1874, p. 80. Conf. Décision de la Haute-Cour de justice d'Angleterre du 16 novembre 1875, J. C., 1877, p. 167 et 3 février 1891, J. C., 1891, p. 257. — Cpr. Lessona, *La preuve des lois étrangères*, *R. D. I.*, 1895, p. 545; Aucoc, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1892, p. 141. — *Contrà* Pillet, *Principes*, p. 86.

recherches propres à le mieux éclairer. D'autre part, l'inaction du juge en pareil cas conduit à ce résultat que, si les dispositions de la loi étrangère ne lui sont pas suffisamment démontrées, la décision qu'il aura adoptée relativement à leur application deviendra lettre morte : le Droit international privé risque donc de n'être, dans nombre de cas, qu'un ensemble de principes théoriques sans la moindre portée réelle.

Aussi est-il plus juste de conclure à l'obligation pour le juge de rechercher, par tous les moyens possibles, la teneur de la loi étrangère quand les parties ne le font pas elles-mêmes.

A plus forte raison faut-il répudier l'opinion de ceux qui pensent que, en l'absence de preuves ou dans le cas d'incertitude sur la véritable disposition de la loi étrangère, le juge peut appliquer sa propre loi. Si l'on adopte cette disposition comme le font les juristes anglo-américains, quelle est donc la valeur du Droit international privé? Cela revient à dire que, tout en reconnaissant la loi étrangère seule applicable en droit, le juge s'en tient à la sienne, trouvant l'autre trop difficile à connaître (1).

20. Caractère obligatoire pour le juge de la loi étrangère. — Si, en vertu des règles de Droit international privé le juge se trouve conduit à appliquer la loi étrangère, il y a lieu de se demander à quelle sanction on devra recourir pour le contraindre, d'une part, à faire cette application et, en second lieu, à interpréter cette loi conformément à son sens véritable. En langage pratique, cela revient à se demander si le pourvoi en cassation est possible pour défaut d'application ou application erronée de la loi étrangère (2).

En France où, dit-on, la Cour de cassation n'a été organisée que pour maintenir l'unité de la jurisprudence dans l'interpréta-

(1) Westlake, J. C., 1882, p. 23; Cour de New-York, 6 mars 1883, J. C., 1884, p. 428; Haute-Cour, Banc de la Reine, 3 fév. 1891, J. C., 1891, p. 257; Cour suprême de commerce de l'Empire allemand, 14 fév. 1871; Cour de circuit des appels aux Etats-Unis, 23 mars 1900, J. C., 1900, p. 1019; v. P. Fiore, *Des dispositions concernant la publication, l'interprétation et l'application des lois*, § 10, 1887. — Dans notre sens : Résolutions de l'Institut de Droit international pour organiser des commissions rogatoires entre les Etats, à l'effet d'établir la teneur des lois à appliquer, session de Hambourg, *Annuaire*, XI, p. 328 s.

(2) V. Colin, *Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère*, J. C., 1890, p. 406 et 794; Féraud-Giraud, *id.*, *R. D. I.*, 1892, p. 233; de Bar, *Théorie und Praxis des int. Privatrechts*, I, p. 5; Chenon, *Origine, conditions et effets de la cassation*, p. 156; Renault, *Rev. crit.*, 1882, p. 715; Brocher, *Cours de Droit int. privé*, t. I, p. 153; Asser et Rivier, *Eléments*, p. 33 et s.; Pillet, *Principes*, p. 86-89.

tion *de la loi française,* on décide en général que le pourvoi n'est pas possible quand on n'applique pas la loi étrangère; il en est évidemment de même dans le cas où le juge interprète mal cette législation. C'est là, du reste, une manière de voir qui est admise dans tous les pays où le tribunal de cassation présente les mêmes caractères qu'en France (1).

A cette règle générale, la pratique a apporté deux exceptions parfaitement logiques, étant donnée la raison sur laquelle la règle elle-même repose.

1° Le pourvoi en cassation est possible pour défaut d'application de la loi étrangère quand on arrive, en n'appliquant pas cette dernière, à violer une disposition des lois françaises. Cette première exception comporte elle-même deux cas distincts.

a. Tout d'abord, il peut se faire que la loi française commande positivement l'application de la loi étrangère; c'est ce qui a lieu dans les art. 47, 170 et 999 du Code civil en ce qui concerne les formes des actes juridiques accomplis en pays étranger (2). — Mais il est essentiel de remarquer que, en pareil cas, un tribunal aura satisfait à la loi en acceptant l'application de la loi étrangère;

(1) Cass. req., 17 juill. 1833, S., 33. 1. 663; Cass., 28 juin 1881, S., 81. 1. 409; 29 avril 1885, J. C., 1885, p. 292; Cass., 1er fév. 1895, J. C., 1897, p. 205; Cass., 29 déc. 1896, J. C., 1897, p. 555; Cass., 2 août 1897, J. C., 1898, p. 127; Cass., 22 juin 1901, J. C., 1901, p. 979; Cass. Belgique, 9 mars 1882, S., 82. 4. 17; Cass. Belgique, 22 sept. 1896, J. C., 1897, p. 845; Gênes, 11 déc. 1893, J. C., 1899, p. 194; Cass. Turin, 28 avril 1893, J. C., 1894, p. 1075; Reichsgericht, 26 sept. 1883, J. C., 1886, p. 606; Cass. Pays-Bas, 29 janv. 1886, J. C., 1888, p. 565; Trib. sup. de commerce de l'Allemagne, 14 fév. 1871, J. C., 1874, p. 80; *id.*, 1890, p. 640; Aréopage, 1897, n. 36, J. C., 1898, p. 966. En Allemagne, l'impossibilité du pourvoi en pareil cas a été confirmée par la loi nouvelle sur l'organisation judiciaire (art. 293) qui est entrée en vigueur avec le Code civil, le 1er janvier 1900. [En Grèce, l'article 245-3° du Code de procédure civile décide qu'à la différence des lois nationales, les lois étrangères peuvent faire l'objet d'une preuve en justice. Et la jurisprudence hellénique en a pris occasion pour considérer l'allégation d'une loi étrangère comme celle d'un simple fait. Or cette conséquence n'est nullement contenue dans le texte de l'art. 245-3° du Code de procédure civile hellénique; cet article, en effet, autorise la preuve d'une loi étrangère; mais il ne s'ensuit pas qu'il considère cette loi comme un simple fait; il autorise cette preuve, il ne l'impose pas. Politis, *Le Droit international privé en Grèce,* J. C., 1908, p. 23-24.]

(2) Cass., 12 fév. 1879, S., 79. 1. 121; Cass. Naples, 26 janv. 1897, J. C., 1899, p. 414. [Les motifs de cet arrêt de la Cour de cassation de Naples semblent aller au delà de sa décision et militer en faveur d'une admission beaucoup plus large du recours en cassation pour violation de la loi étrangère. Pillet, *Principes,* p. 84, note 1.]

il importera peu qu'il fasse ensuite une interprétation fausse de celle-ci. Ainsi on devra bien reconnaître comme valable, d'après l'art. 170 C. civ., un mariage célébré entre Français en Angleterre dans les formes anglaises ; mais le tribunal pourra souverainement apprécier les dispositions de la loi anglaise quant aux formalités exigées pour la validité du mariage. Sur ce dernier point, seul l'appel sera possible et non le pourvoi en cassation, car il ne s'agit plus que d'une question de fait (1).

b. En second lieu, la loi française peut se trouver indirectement violée par le défaut d'application de la loi étrangère, sans que son texte prescrive expressément cette application. Deux exemples, tirés de la jurisprudence, feront voir comment est entendu ce nouveau cas assez difficile à préciser et dont on a fait parfois des extensions abusives. Un Français traite à Hong-Kong, possession anglaise, avec une compagnie anglaise de navigation pour le transport de sa personne et de ses bagages à Marseille : le bulletin qu'on lui délivre porte que la compagnie décline toute responsabilité pour la perte des bagages. Ces derniers ayant été effectivement perdus, successivement le tribunal de Marseille et la Cour d'Aix accordèrent une indemnité à leur propriétaire, en appliquant la loi du lieu d'exécution du contrat, qui était Marseille, c'est-à-dire la loi française. La Cour suprême s'est prononcée pour l'application de la loi anglaise, parce que l'art. 1134 C. civ. dispose que les conventions légalement formées sont la loi des parties, et que ces dernières avaient implicitement adopté la législation anglaise (2). De même a été cassée la décision en vertu de laquelle une concession territoriale faite par un gouvernement étranger pouvait être l'objet d'un apport dans une société, contrairement au texte du décret de concession et aux déclarations du gouvernement étranger : la loi française ne permet pas, a-t-on dit, un apport en propriété portant sur une chose dont le déten-

(1) Cass., 28 juin 1881, S., 81. 1. 409 ; Cass. Belgique, 9 mars 1882, S., 82. 4. 17; Cass., 15 avril 1861, S., 61. 1. 721 ; 25 mai 1868, S., 68. 1. 365 ; 29 avril 1885, S., 86. 1. 119 ; 11 nov. 1885, S., 86. 1. 70 ; 26 fév. 1890, J. C., 1890, p. 117 ; Cass., Turin, 23 avril 1884, J. C., 1886, p. 746. — Cpr. Cass., 17 déc. 1887, *Pand. franç.*, 1890. 1. 69 ; Cass., 24 juin 1878, S., 78. 1. 429 ; Cass. Florence, 25 avril 1881, J. C., 1883, p. 81 ; Cass., 21 nov. 1893 et 20 janv. 1896, J. C., 1894, p. 1019 et 1896 p. 856 ; Cass. Hollande, 1er fév. 1895, J. C., 1897, p. 205 et la note pour la jurisprudence comparée ; Cass., 26 mai 1897, *Gaz. des Trib.*, 30 mai 1897.

(2) Cass., 23 février 1864, S., 64. 1. 385 ; V. critique de cet arrêt, Demangeat, J. C., 1874, p. 13 à 17. — [Cpr. Cass., 18 déc. 1872, J. C., 1874, p. 240 ; 4 juin 1880, S., 80. 1. 428 ; Pillet, *Principes*, p. 84, note 1.]

teur ne peut librement disposer parce qu'elle est hors du commerce (1).

On peut encore citer comme exemple le cas où les tribunaux français sont appelés à apprécier si le brevet obtenu en pays étranger pour une invention brevetée aussi en France n'est pas frappé de déchéance d'après la loi étrangère : la fausse application qu'ils feraient de cette loi aurait pour résultat de violer indirectement la loi française qui fait dépendre l'existence du brevet français du maintien du brevet étranger (Loi du 5 juillet 1844, art. 29) (2). La question se pose de même quant au point de savoir si la naturalisation est acquise d'après la loi étrangère pour faire perdre la nationalité française (art. 17 C. civ.) (3), et de savoir si un délit est prévu par la loi étrangère afin de le punir en France (art. 5, I. C.).

2° Il y aurait encore lieu à nn pourvoi en cassation si un tribunal se refusait à faire l'application d'une loi étrangère stipulée dans un traité. La convention diplomatique régulièrement faite est comparable à la loi en ce qui concerne son caractère obligatoire pour le juge. — Certains traités contiennent une clause de réciprocité en vertu de laquelle les nationaux respectifs des deux pays contractants bénéficient de l'application de leur propre loi, pour certains points déterminés, comme s'ils étaient sur le territoire de leur patrie : en pareil cas, il ne suffira pas pour les tribunaux français d'appliquer leur loi nationale aux étrangers dont le gouvernement a passé une semblable convention avec la France, il faudra qu'ils en fassent une juste et exacte application. Toute la loi étrangère est en quelque sorte sous-entendue dans le traité, en vertu de la clause de réciprocité, et devient obligatoire dans toutes ses dispositions comme le traité lui-même. L'application de cette idée a été faite à propos de la faculté réciproque de succéder, accordée dans des traités avant la loi du 14 juillet 1819 qui a abrogé l'art. 726 C. civ. (4). [Le tribunal fédéral suisse (deuxième section) a décidé, le 18 avril 1907, que les dispositions contenues dans un traité entre la Suisse et un Etat étranger font

(1) Cass., 18 juillet 1876, D. P., 76. 1. 497, et J. C., 1877, p. 425 ; Cass., 12 février 1879, J. C., 1881, p. 152.

(2) Lyon-Caen, note de S., 1881. 1. 409, sous Cass., 18 juin 1881.

(3) Cpr. Cass., 26 février 1890, *Rev. prat. de dr. int. privé,* 1891, p. 129 ; Cpr. Cass., 9 nov. 1846, S., 47. 1. 55.

(4) Cass., 15 juillet 1811, S., 11. 1. 301 et 1er février 1813, S., 13. 1. 113 ; Chenon, *loc. cit.*, p. 156.

partie intégrante de la législation fédérale et, tout en écartant, pour des raisons de droit interne, le recours de droit public devant le tribunal fédéral, a affirmé la compétence de la Cour de cassation pénale pour connaître d'un recours formé contre un jugement de la dernière instance cantonale prononçant une peine pour infraction à une convention internationale (1).]

La violation d'un principe de Droit international privé qui n'est pas consacré par un texte formel peut-elle donner ouverture à cassation ? — On a soutenu que, en l'absence d'un texte positif, tout pourvoi en cassation est impossible. Mais nous croyons qu'une distinction est nécessaire pour résoudre cette question. Il est des cas, en effet, où la pensée du législateur est tellement évidente, où son intention d'imposer un principe de Droit international privé est si nette, que méconnaître ce principe, même en l'absence d'un texte précis qui le consacre, c'est violer la loi, sinon dans sa lettre, du moins dans son esprit. Ainsi nous n'hésiterions pas à reconnaître la possibilité du pourvoi en cassation contre une décision de justice qui refuserait d'appliquer à des étrangers leur loi nationale pour fixer leur état et leur capacité, étant donné le sens indiscutable de l'art. 3 alinéa 3 du C. civ. (2). De même, il est hors de doute que notre législateur a voulu consacrer la règle *locus regit actum* pour tous les actes, et non pas seulement pour ceux qu'indiquent les art. 47, 170 et 999 du C. civ. (3).

S'agit-il au contraire d'un principe de Droit international privé, vrai ou prétendu, dont la consécration par notre loi est fort douteuse et fait même l'objet de controverses très vives; il semble alors bien téméraire, dans le silence des textes, de préjuger l'esprit de la loi et d'autoriser un pourvoi en cassation. C'est ainsi que le pourvoi a été admis contre une décision qui n'avait pas appliqué à des meubles, considérés *ut singuli*, la *lex rei sitæ*, et contre une autre qui avait appliqué à la succession mobilière d'un étranger la loi française, alors que le défunt n'avait en France qu'un domicile de fait et non un domicile autorisé, conformément à l'art. 13 C. civ. (4). Les prétendus principes de Droit

(1) [J. C., 1908, p. 264. Cpr. Clunet, *Tables générales*, v° *Traité diplomatique*, p. 912.]

(2) Cass., 28 fév. 1860, S., 60. 1. 210; 20 fév. 1882, D. P., 82. 1. 119; Cass., 25 mai 1868, S., 68. 1. 365.

(3) Cass., 7 fév. 1860, D. P., 60. 1. 126; 20 fév. 1882, J. C., 1880, p. 90; Cass., 15 juill. 1889, S., 89. 1. 413.

(4) Cass., 19 mars 1872, S., 72. 1. 238; 5 mai 1875, S., 75. 1. 409; Cass., 25 juin 1878, S., 78. 1. 429.

international privé invoqués dans ces deux cas sont, comme nous le verrons plus tard, fort contestables, non seulement au point de vue de notre Droit positif, mais encore au point de vue théorique : aussi ne pouvait-on invoquer leur violation pour justifier un pourvoi devant la Cour suprême.

De ce qui vient d'être dit découle cette conclusion que les traités doivent se multiplier le plus possible en assurant l'application obligatoire pour le juge de la loi étrangère, quand les principes du droit international privé la commandent, afin de garantir la sanction du recours devant la Cour suprême et l'unité de jurisprudence dans une matière où l'accord est encore bien loin d'exister.

Nous pensons même qu'il faut aller plus loin et affirmer la possibilité du pourvoi en cassation, soit pour non application, soit pour application erronée de la loi étrangère, toutes les fois que l'application de cette loi est, même implicitement, indiquée par la loi du tribunal saisi.

Certains jurisconsultes, notamment M. Féraud-Giraud, n'admettent cette solution que d'une manière limitée. Pour eux, le pourvoi en cassation est admissible pour fausse application de la loi étrangère, quand celle-ci est la loi spéciale des parties eu égard aux circonstances de la cause (art. 1134 C. civ.). La cour de cassation est, en effet, compétente pour apprécier les interprétations qui ont été données des actes invoqués par les parties ; or la loi étrangère invoquée et versée par elles au débat est comparable à ces actes (1).

D'une manière plus générale, nous rappellerons que le devoir pour chaque Etat d'appliquer la loi étrangère et de l'appliquer exactement résulte de son obligation de respecter les principes fondamentaux du Droit international, chaque fois que cette loi est compétente d'après la nature du rapport juridique qu'il s'agit de régler (V. n. 12). Or, dans le doute, toute loi doit être présumée en harmonie avec les principes du Droit des gens ; aussi, à moins de disposition formelle devant laquelle on ne peut que s'incliner, doit-on l'interpréter en ce sens qu'elle renvoie, pour la solution des conflits de législations, aux règles rationnelles du Droit international privé, de telle sorte que la non application ou l'application erronée de la loi étrangère, contrairement aux règles de ce Droit, constitue une véritable violation de la loi locale et autorise le

(1) Cass., 4 juin 1849, S., 49. 1. 467.

pourvoi en cassation. Toute la question est donc de savoir si la loi locale a nettement restreint la possibilité du pourvoi au seul cas où ses propres dispositions ont été méconnues. C'est ce que ne nous semble pas décider la loi française.

L'art. 3 du règlement organique de la Cour suprême, des 27 novembre-1er décembre 1790, autorise le pourvoi contre tout jugement qui contient une violation expresse du texte *de la loi*. Or cela peut s'entendre de la loi applicable dans l'espèce, sans distinguer entre celle de la France ou celle d'un pays étranger. D'ailleurs, ne pas appliquer la dernière quand la loi française y renvoie formellement par un texte, ou implicitement en laissant au juge le soin de se prononcer d'après les principes du Droit international privé, n'est-ce pas du même coup violer la loi française elle-même? Peut-on dire, en outre, que l'on est en règle avec celle-ci en appliquant nominalement la loi étrangère, sauf à en faire une application absolument fausse? Ce n'est évidemment pas cette satisfaction apparente et illusoire qu'a voulue le législateur, et quand il demande que la loi étrangère soit suivie, cela signifie bien qu'il entend qu'on la suive d'après sa lettre exacte et son esprit bien compris. A ce point de vue, il est vrai de dire que le législateur fait sienne la loi étrangère dont il prescrit expressément ou implicitement l'application, et que toute violation de cette loi est assimilée par lui à celle de ses propres dispositions (1). C'est ce que la Cour suprême a dû reconnaître pour de fausses interprétations de lois nationales des indigènes des colonies, lois dont le maintien est assuré par la France, par exemple pour les Hindous en vertu de l'arrêté du 16 janvier 1819, et qui sont ainsi comme adoptées par le législateur (2). La même solution s'imposerait, croyons-nous,

(1) [MM. Asser et Rivier, *Elements,* p. 37; tout en admettant la thèse générale de l'admissibilité du recours en cassation pour violation ou application erronée de la loi étrangère, estiment qu'en France, en Belgique et dans les Pays-Bas, la juridiction de cassation est incompétente quant aux violations de droit étranger. V. sur ce point la discussion de M. Colin, *Du recours en cassation pour violation d'une loi étrangère,* J. C., 1890, p. 797 et suiv.]

(2) Cass., 26 déc. 1881, S., 82. 1. 265. [De même, notre Cour suprême a admis (14 déc. 1881, S., 1885. 1. 205), un pourvoi fondé sur la fausse application du droit musulman aux indigènes de nos colonies. Cpr. Colin, *loc. cit.*, p. 801 et suiv.; Pillet, *Principes*, p. 88, note 2. Elle a pareillement décidé, par un arrêt de sa chambre civile du 30 juillet 1906 (J. C., 1907, p. 403), qu'encourt la cassation pour violation de la loi indigène, l'arrêt qui statue contrairement à une disposition expresse du précis de législation annamite, rédigé en conformité du décret du 3 octobre 1883 et promulgué en Cochinchine par arrêté du gouverneur du 26 mars

pour les lois locales en vigueur avant une annexion et dont l'application doit être faite sur le territoire annexé à la France; alors aussi la loi applicable avant l'annexion est implicitement adoptée par le pays annexant, jusqu'à ce qu'il lui en ait substitué une autre (1). Dans un cas moins favorable à notre thèse, il a été jugé que ce n'était plus observer l'art. 999 de notre code civil qui consacre la règle *Locus regit actum* pour les testaments, que de faire une application de la loi belge en ce qui concerne les formalités d'un testament rédigé en Belgique (2).

On peut, à titre d'argument par analogie, rapprocher de la loi

1884. Mais il semble bien que la doctrine de l'arrêt du 30 juillet 1906 soit limitée au cas où la loi annamite a été codifiée par le législateur français dans le précis indiqué par cet arrêt. En effet, l'arrêt de la chambre des requêtes du 19 mars 1907 a décidé que, statuant en droit indigène, la cour d'appel constate souverainemcnt le droit annamite (J. C., 1907, p. 1099-1100). Or, dans l'espèce de l'arrêt du 19 mars 1907, le précis de droit annamite était inapplicable, car, aux termes mêmes du décret du 3 octobre 1883, ce précis ne statue que sur les matières contenues au premier livre du code civil. Il fallait donc appliquer le droit annamite non codifié et, sur ce point, le juge du fait est souverain. Telle est la conciliation proposée (J. C., 1907, p. 1100) de l'arrêt de la chambre civile et de l'arrêt de la chambre des requêtes de notre Cour de cassation. Il est possible que telle soit bien la pensée de la Cour suprême. Mais cette distinction entre un droit indigène codifié et un droit indigène coutumier nous paraît très critiquable; car l'appréciation d'un usage n'est pas toujours souveraine, il est des usages constants et obligatoires dont la violation donne ouverture à cassation. V. par exemple Cass., 15 fév. 1884, S., 85. 1. 205 et les arrêts cités par Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 561, note 1. — Cpr. Aéropage, 1900, n. 136, *Journal de la jurisprudence grecque et française*, t. XIX, 1899-1900, p. 534; Theodorides, *Usage obligatoire en Thessalie*, dans le même journal (en grec), t. XXI, 1900-1902, p. 165 et suiv.; Pillet, *Principes*, p. 88; Politis, J. C., 1908, p. 24.]

(1) V. *Contra* Cass. req., 20 janv. 1896, J. C., 1896, p. 856.

(2) Cass., 14 déc. 1881, S., 81. 1. 265; Rapp. Cass., 22 janv. 1883, S., 84. 1. 25; Cass., 12 fév. 1879, S., 79. 1. 123 et Cass. crim., 16 déc. 1887, *Gaz. Trib.*, 19 déc. Dans notre sens, Sénat dirigeant de Russie, 10 avril 1896, J. C., 1897, p. 206. Cet arrêt a corrigé une fausse interprétation de la loi française. — Pourvoi admis pour fausse interprétation par la Cour d'Aix du règlement d'organisation judiciaire de la Cour d'Alexandrie en Egypte. Cass., 27 nov. 1899, J. C., 1900, p. 328; cpr. Cass., 17 janv. 1899, S., 99. 1. 177. [Cette décision casse un arrêt qui avait appliqué à une reconnaissance d'enfant naturel la loi française alors que la loi italienne était incompétente : la Cour a cassé pour inobservation de l'article 334 du code civil. Suivant la remarque pénétrante de M. Pillet (note sous cet arrêt dans S., 99. 1. 177 et *Principes*, p. 87, note 1), cette argumentation autorise à casser tous les arrêts qui appliquent à tort la loi française, car on peut toujours dire qu'en appliquant un texte de nos lois à une hypothèse pour laquelle il n'est pas fait, la juridiction de jugement a violé ce texte : il semble qu'il y ait là une nouvelle orientation qui pourrait amener un revirement de jurisprudence.]

française le code de procédure civile allemand dont l'art. 11 n'admet le recours en cassation que pour violation *d'une loi de l'Empire*, tandis que le code de procédure pénale, art. 376, l'autorise pour violation *de la loi*, en général; ce qui a été interprété en ce sens que le pourvoi est autorisé, d'après ce dernier texte, pour violation de la loi étrangère quand celle-ci est applicable dans l'espèce (1).

21. Sources du droit international privé (2). — Simple branche du Droit international général, le Droit international privé ne peut se former que comme celui-ci en tant que Droit positif. C'est dire que, faute de législateur possible au-dessus des Etats pour régler les conflits qui s'élèvent entre leurs législations respectives aussi bien que pour régler tous les autres rapports qui peuvent se former entre eux, il se constitue par l'accord des Etats eux-mêmes, soit d'une manière tacite sous la forme de coutumes, soit d'une façon expresse et par le moyen des traités.

D'autre part, indépendamment de ses manifestations positives, le Droit international existe comme doctrine, comme ensemble de principes rationnels, dégagés ou justifiés par les publicistes pour qu'ils soient ensuite consacrés par la pratique. De là la nécessité d'envisager successivement les sources de ce Droit considéré comme positif et comme théorique.

A. *Droit international privé positif.* — Il est établi par l'accord des Etats révélé par la coutume internationale ou par les traités.

a) Les usages suivis dans les rapports internationaux sont l'expression la plus ordinaire de l'entente entre les Etats pour le règlement de leurs relations touchant à des intérêts politiques et collectifs; ils constituent ainsi la principale source du Droit international public positif. On les connaît par l'étude de l'histoire des relations diplomatiques qui permet d'établir les précédents, leur généralité et leur constance. De nos jours, dans les pays

(1) Reichsgericht, 21 fév. 1884, J. C., 1885, p. 331, et 6 oct. 1897, *id.*, 1898, p. 378. — Ces décisions, avant la mise en vigueur du Code civil général de 1900, amenaient ce résultat curieux que la violation du code Napoléon autorisait le pourvoi en cassation en tant que ce code s'appliquait aux provinces rhénanes et à l'Alsace-Lorraine, et non en tant qu'il s'appliquait en France. — Cpr. J. C., 1886, p. 606, et 1891, p. 250.

(2) Renault, *Introduction à l'étude du Droit int.*, 1879, p. 32 s.; A. Pillet, *Etude sur les sources du Droit int. privé*, J. C., 1891, p. 5; *Id.*, *Principes*, p. 92, 107-118; Politis, J. C., 1908, p. 414-415.

vivant sous le régime parlementaire, cette étude porte surtout sur les documents diplomatiques échangés entre les gouvernements et que ceux-ci communiquent aux Chambres dans la mesure où les circonstances le permettent, conformément à la loi constitutionnelle de chaque pays (V. la loi française du 16 juillet 1875, art. 8 et 9). Les recueils de documents relatifs à chaque affaire et communiqués au Parlement sont désignés dans l'usage : *Livre jaune* en France ; *bleu* en Angleterre ; *vert* en Italie ; *rouge* en Autriche, etc. Mais il est assez rare que la coutume internationale suffise à régler les rapports internationaux portant sur des intérêts particuliers, par conséquent les conflits de lois privées. L'entente tacite des Etats sur ces questions pourrait se révéler sans doute par l'uniformité des solutions admises par eux, soit dans leur législation, soit dans leur jurisprudence particulière ; mais, comme nous l'avons vu plus haut, les influences nationales sont encore trop fortes dans chaque pays pour que le législateur et les magistrats échappent complètement aux traditions, aux préjugés locaux, au souci de l'intérêt des nationaux compris d'une manière fausse ou exagérée, et pour que, par conséquent, ils adoptent une manière de voir commune aux législateurs et aux tribunaux étrangers. C'est à l'action persévérante de la doctrine s'inspirant en tous lieux des mêmes principes rationnels que l'on doit déjà, et que l'on devra plus encore dans l'avenir, la transformation progressive des lois et des jurisprudences, encore si divergentes, dans un sens scientifique et uniforme. En attendant, c'est surtout par la voie des traités que les Etats arrivent à régler, d'un commun accord, les conflits de lois, en précisant les difficultés de détail que comportent si souvent les questions de ce genre.

b) Les traités internationaux sont, d'une manière générale, tous les contrats passés entre les Etats. Cependant, bien que la terminologie en cette matière soit encore assez vague et souvent mal respectée, les traités internationaux, appelés aussi *traités publics* ou *Actes*, sont ainsi divisés : 1° Les *traités proprement dits*, c'est-à-dire les accords les plus importants par leur objet, le nombre des Etats entre lesquels ils interviennent ou la variété des points sur lesquels ils portent ; 2° Les *conventions*, qui ont pour objet des questions spéciales, d'un caractère plutôt juridique ou économique que politique ; 3° Les *déclarations communes* ou *unilatérales* qui sont l'expression de la volonté d'un Etat à laquelle correspond, soit une expression semblable de la part d'un autre, soit une acceptation, même tacite, de la volonté ainsi exprimée ; 4° Les *cartels*,

accords qui portent sur des points tout particuliers et qui sont consentis par des fonctionnaires ayant, à cet effet, une délégation de leur gouvernement; par exemple par des chefs militaires pour une suspension d'armes ou un échange de prisonniers. L'étude des traités doit être complétée par celle des *protocoles* ou procès-verbaux des négociations. Le *protocole de clôture* a une importance exceptionnelle, parce qu'il est d'usage d'y préciser ou expliquer les clauses insuffisantes ou obscures du traité lui-même.

Les traités internationaux peuvent être considérés au point de vue de la capacité requise chez les Etats pour les conclure, au point de vue des conditions exigées pour qu'ils soient obligatoires dans chaque pays contractant, enfin en tant que sources du Droit international positif, soit public, soit privé. Nous devons être très bref en ce qui concerne les deux premiers points de vue qui se rattachent, l'un au Droit international public, l'autre au Droit constitutionnel de chaque Etat, pour insister davantage sur le troisième, qui appartient directement au cadre de notre étude.

D'abord l'aptitude d'un Etat à conclure seul des traités, même portant sur des questions de conflits de lois, et de participer ainsi à la formation du Droit international privé en ce qui le concerne, dépend de la mesure dans laquelle il a conservé son indépendance dans ses relations diplomatiques avec les autres Etats. Il n'y a donc qu'à tenir compte, à cet égard, de la situation dans laquelle un pays se trouve par suite de sa subordination à un autre ou de sa participation à une association d'Etats (V. n. 5).

C'est le Droit constitutionnel de chaque Etat qui fixe les conditions de validité des traités, soit quant aux autorités qui peuvent les négocier et les conclure, soit quant à la nécessité de la ratification ou approbation définitive et aux autorités qui peuvent la fournir. Ces conditions varient naturellement beaucoup, spécialement d'après le régime politique sous lequel vit chaque pays. A peu près partout, le chef de l'Etat a l'initiative des négociations qui sont suivies par les agents diplomatiques accrédités à cet effet (plénipotentiaires) sous la direction du ministre des affaires étrangères. Le traité, rédigé et signé par les agents diplomatiques munis des pouvoirs nécessaires, doit être *ratifié* ou approuvé. En général, cette ratification est donnée par le chef de l'Etat; on n'exige l'intervention du Parlement et le vote d'une loi que pour les traités d'une importance particulièrement grave, soit pour les intérêts de l'Etat, soit pour ceux des particuliers. Telle est la

règle en France, aujourd'hui, d'après les art. 8 et 9 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. Le Président de la République donne la ratification pour les traités; ne sont soumis aux Chambres que : 1° les traités de paix; 2° de commerce; 3° ceux qui engagent les finances de l'Etat; 4° ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger; 5° ceux qui ont pour objet la cession, l'adjonction ou l'échange d'un territoire. Sans insister sur les difficultés que soulèvent ces dispositions, notamment quant aux traités qui entrent dans la quatrième des catégories précitées, pour savoir dans quels cas l'approbation du Parlement est nécessaire pour la ratification, on voit que la plupart des conventions internationales relatives à des intérêts privés et destinées à trancher des conflits de lois peuvent être, en France, ratifiées par le chef de l'Etat seul (1).

Mais, en tant que les traités doivent être observés par les tribunaux, il importe de remarquer qu'ils ne sont obligatoires que tout autant que la ratification a été donnée. La ratification n'est plus considérée comme une condition suspensive dont la réalisation produit un effet rétroactif qui donne au traité son efficacité du jour où il a été conclu ; c'est un élément essentiel de la convention internationale jusqu'à la réalisation duquel cette convention n'a pas d'existence juridique ni de caractère obligatoire (2). Au surplus, les difficultés sont généralement écartées à cet égard par une clause ordinaire des traités, d'après laquelle on fixe le moment à partir duquel ils seront considérés comme en vigueur. Le point de départ de cette mise en vigueur est habituellement celui de l'échange des ratifications entre les plénipotentiaires des Etats contractants, ou le jour fixé après cet échange (3).

(1) V. sur ces difficultés : *Défaut de validité de plusieurs traités diplomatiques conclus par la France avec les puissances étrangères*, par M. E. Clunet, J. C., 1880, p. 5 à 55; L. Renault, *Le Droit*, 26 mai 1885; [Pierre, *Droit politique et parlementaire*, 2e édit., 1902, p. 634 et suiv.; *Supplément*, p. 265; Duguit, *Droit constitutionnel*, 1907, p. 1040-1043.]

(2) V. *Contrà :* Cass., 27 oct. 1893, D. P., 94. 1. 424. — Cpr. *R. G. D. I.*, 1894, p. 64; *Rev. crit.*, 1894, p. 279, 284.

(3) [La Convention de La Haye du 14 novembre 1896, pour établir des règles communes concernant plusieurs matières de droit international privé se rapportant à la procédure civile, décide, dans la seconde de ses *Dispositions finales*, que la présente convention aura une durée de cinq ans à partir du dépôt des ratifications, et le *Protocole additionnel*, signé à La Haye le 22 mai 1897, spécifie que ce terme de cinq ans commencera à courir quatre semaines après le procès-verbal du dépôt des ratifications, même pour les puissances qui auront fait le dépôt après la date dudit procès-verbal. Renault, *Les Conventions de La Haye*, 1903,

En outre, les traités ne lient les particuliers et les tribunaux que pendant le temps pour lequel ils sont conclus. En dehors de toute limitation indiquée dans la convention elle-même, celle-ci peut prendre fin par la déclaration de l'un des Etats contractants qu'il entend s'en dégager à partir d'un certain délai : c'est ce que l'on appelle la *dénonciation* des traités internationaux. Cette faculté de se délier des engagements contractés, inadmissible pour des particuliers, se justifie pour les Etats par leur durée indéfinie et par l'impossibilité, pour eux, de se lier à perpétuité au moyen d'obligations qui pourraient, peut-être, dans l'avenir, être absolument incompatibles avec leurs légitimes intérêts et même avec la sauvegarde de leur sécurité politique ou économique (1).

p. 75-76. Dans le Projet de Convention destiné à remplacer la Convention du 14 novembre 1896 et le Protocole additionnel du 22 mai 1897, il est stipulé que la présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour où tous les Etats signataires ou adhérents de la Convention du 14 novembre 1896 auront déposé leurs ratifications de la présente Convention et au plus tard le 27 avril 1909. *Actes de la quatrième Conférence, Protocole final,* art. 28 du Projet, p. 211. On trouve le même délai de soixante jours à partir du dépôt des ratifications dans les conventions signées en 1902, dans les projets de conventions élaborés en 1904 et dans les trois conventions du 17 juillet 1905.]

(1) [Les conventions de La Haye, en matière de droit international privé ont été conclues pour une durée de cinq années et sont renouvelables tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation dans un délai minimum de six mois avant l'expiration. Art. 3 des dispositions finales de la Convention de 1896 sur la procédure civile et protocole additionnel du 22 mai 1897; art. 12 de la Convention du 12 juin 1902 sur le mariage; art. 13 des Conventions de la même date sur le divorce et la tutelle des mineurs. *Actes de la troisième Conférence,* La Haye, 1900, p. 230, 241-242, 243-244. La même faculté de dénonciation moyennant notification au moins six mois avant l'expiration du terme fixé est inscrite dans les projets de Conventions de 1904 : art. 29 du projet d'une Convention relative à la procédure civile; art. 15 du projet d'une convention concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux; art. 14 du projet d'une convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments; art. 13 du projet d'une convention concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues. *Actes de la quatrième Conférence,* La Haye, 1904, p. 211, 215, 218, 221. — Le projet de Convention relative à la procédure est devenu la Convention de La Haye du 17 novembre 1905; il a été signé, à cette date, à La Haye, pour la France, l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie et la Suède, le 30 septembre 1908 pour la Belgique, le 13 juillet 1908 pour le Danemark, le 5 juillet 1907 pour la Norvège et le 14 novembre 1908 pour la Suisse. Usant de la faculté de dénonciation prévue à l'art. 3 des dispositions finales de la Convention du 14 novembre 1896, la France, l'Allemagne, l'Espagne et les Pays-Bas ont dénoncé ce traité dont les effets, en ce qui concerne ces pays, cesseront le 27 avril 1909.]

Les tribunaux peuvent avoir à se demander si les traités sont maintenus malgré la guerre éclatant entre les deux pays contractants. Que les hostilités mettent fin aux traités incompatibles de leur nature avec l'état qu'elles créent, tels que les traités d'alliance, rien de plus évident. Mais, pour ceux qui peuvent subsister malgré la guerre, les opinions sont divisées. Pour les uns, la guerre ne fait que *suspendre* l'effet de ces traités, par exemple de tous ceux qui concernent des intérêts particuliers et qui ont pour objet la solution des conflits de lois ; pour d'autres elle les *annule,* de sorte qu'il est nécessaire de les rétablir après la paix (1).

Conformément au principe sur lequel repose aujourd'hui tout le droit de la guerre, nous dirons que celle-ci est un rapport d'Etat à Etat qui ne peut pas avoir d'effet direct sur les individus. Aussi en conclurons-nous que les traités qui intéressent les particuliers d'une façon immédiate et qui d'ailleurs, par leur nature, ne sont pas incompatibles avec l'état d'hostilité, tels que tous les traités relatifs à la solution des conflits de lois privées, doivent être maintenus et appliqués, malgré la déclaration de guerre entre les contractants (2).

L'annexion peut avoir aussi son influence sur l'efficacité des traités.

En principe, le territoire annexé, devenu partie intégrante de l'Etat annexant, prend sa condition au point de vue des rapports diplomatiques et se trouve régi par les traités que ce dernier a conclus. Il n'en serait différemment que pour le cas, fort rare, où les traités auraient été conclus eu égard à la superficie territoriale des deux pays contractants. C'est la solution fréquemment appliquée aux différents Etats de l'Italie successivement incorporés à la Sardaigne et auxquels on a appliqué les traités conclus par

(1) Cass., 23 déc. 1854, S., 54. 1. 811 ; traité de Francfort, 10 mai 1871, art. 11, et Conv. addit., 11 déc. 1871, art. 18 ; traité de San-Stefano, 3 mars 1878, art. 23, et de Shimonoseki, 17 avril 1895, art. 6 ; Décret espagnol du 24 avril 1898, à propos de la guerre avec les Etats-Unis ; traité de Portsmouth entre le Japon et la Russie du 5 septembre 1905, art. 12, Martens, *Nouveau Recueil,* 2e série, t. XXXIII, p. 8.

(2) Aix, 8 déc. 1858, S., 59. 2. 605 ; Trib. Saint-Quentin, 30 octobre 1885, J. C., 1888, p. 99 ; J.-J. Rousseau, *Contrat social,* liv. I, chap. IV. [On a fait trop souvent honneur à Portalis de la formule célèbre : la guerre est une relation d'Etat à Etat. Portalis a eu le mérite de la proclamer à la séance d'inauguration du Conseil des Prises, le 14 floréal an XIII. Mais Rousseau a la gloire d'avoir le premier exprimé cette idée qui domine tout le droit moderne de la guerre. De Boeck, *De la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi,* 1882, n. 404, p. 412-413.]

celle-ci (1). Quant aux traités passés pour le compte du territoire annexé et avant l'annexion, il est certain qu'ils sont opposables au pays annexant ou peuvent être invoqués par lui en tant qu'ils fixent la condition matérielle du sol annexé. Le pays annexant prend en effet ce sol tel qu'il est au point de vue des limites qui lui ont été assignées par des traités antérieurs ou des charges dont il est grevé. C'est ainsi que la France a pris la Savoie au traité de Turin du 24 mars 1860 (art. 3), avec le caractère de neutralité pour les districts de Chablais et du Faucigny conformément à l'acte final du Congrès de Vienne, art. 90 et 92, à l'art. 8 du traité du 20 mai 1814 et à l'art. 3 du traité du 20 novembre 1815. S'il s'agit, d'autre part, de traités passés eu égard à la situation de chacun des pays contractants, soit au point de vue politique, soit au point de vue économique, il est encore hors de doute qu'ils ne subsistent plus après l'annexion, puisqu'ils sont faits *intuitu personæ* et que la personnalité qui remplace celle avec laquelle on a contracté, c'est-à-dire le pays annexant, n'est plus celle sur les sentiments politiques ou les concessions économiques de laquelle on avait compté. Tel sera le cas pour les traités d'alliance et, la plupart du temps, pour les traités de commerce. S'agit-il, au contraire, de traités qui sont conclus en vue de l'intérêt des nationaux des deux Etats contractants, sans préoccupation spéciale de la condition politique ou économique du pays avec lequel on contracte, ce qui est le cas des conventions relatives à la solution des conflits de lois, on ne voit pas pourquoi les engagements qui en résultent, transmissibles de leur nature malgré la substitution d'un Etat à celui avec lequel on s'est lié, ne passeraient pas au pays annexant, qui doit, en principe, prendre le pays annexé avec la condition internationale que lui ont faite les traités passés par la souveraineté dont il relevait avant l'annexion. C'est la solution qui nous paraît conforme à la nature même de l'annexion ; celle-ci, au point de vue juridique, doit être assimilée à une succession avec transmission à l'héritier (ici le pays annexant) de tous les droits et de toutes les charges, d'ailleurs transmissibles de leur nature, résultant des conventions passées par la personnalité

(1) Cass., 30 janv. 1867, S., 67. 1. 117; 5 nov. 1878, S., 79. 1. 126, J. C., 1879, p. 55; 1879, p. 300; 1888, p. 99; Aix, 8 nov. 1875, S., 76. 2. 134; Montpellier, 10 juill. 1872, S., 72. 2. 139; Le Bourdellès, *Application du traité franco-sarde de 1760 dans les relations actuelles de la France et de l'Italie*, J. C., 1882, p. 338.

juridique dont le patrimoine est recueilli en tout ou en partie, c'est-à-dire par l'Etat annexé en totalité ou démembré (1).

Quand un pays se forme par la séparation de provinces ou de colonies d'un Etat, les traités conclus par ce dernier ne tient pas le pays ainsi constitué, parce qu'il est une personnalité juridique absolument nouvelle qui n'est en rien rattachée aux conventions antérieurement conclues (2).

Caractère des traités. — Les traités sont à la fois des lois et des contrats.

Les traités sont des lois, car ils émanent du pouvoir qui, d'après la constitution de chaque pays, est investi de l'autorité législative, soit directement et d'une façon absolue, soit par délégation et au point de vue des relations internationales (V. loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 8). (3). Ils sont donc obligatoires pour les particuliers et les tribunaux, et leur violation peut justifier un pourvoi de cassation.

Comme lois particulières, les traités peuvent déroger au droit commun et le tenir en échec, le droit commun fût-il plus avantageux pour les nationaux et les étrangers que les dispositions contenues dans le traité (4).

(1) V. Despagnet, *Cours de Droit int. public,* 3e édit., 1905, n. 91, p. 103-106; *Contra :* Trib. supérieur de Colmar au sujet de l'application à l'Alsace-Lorraine annexée du traité franco-suisse du 15 juin 1869, 2 avril 1886, Vincent et Penaud, *Dictionnaire de Droit int. privé,* v° *Annexion,* n. 475. — Cpr. Montpellier, 10 juillet 1872, S., 72. 2. 139; Cour de circuit de New-York, octobre 1874, J. C., 1875, p. 38; Paris, 27 août 1864, S., 67. 1. 118; Trib. Saint-Quentin, 30 octobre 1885, J. C., 1888, p. 99.

(2) V. Despagnet, *Cours de Droit int. public,* 3e éd., n. 101, p. 117-118.

(3) Cpr. Brémond, *Des actes de gouvernement, Revue du Droit public et de la Science politique,* 1896, p. 50; Duguit, *Droit constitutionnel,* 1907, p. 1038-1045.

(4) Cass., 25 juillet 1887, S., 88. 1. 17; Renault, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international,* p. 29 et 30; Demangeat, J. C., 1874, p. 107. *Contrà :* Pouillet, *Traité de la propriété littéraire,* 3e édit., par G. Maillard et Ch. Caro, 1908, n. 850 *bis* et 850 *ter,* p. 836-844. [La loi du 1er juillet 1906, relative à l'application en France des conventions internationales concernant la propriété industrielle, a étendu aux relations de droit interne des dispositions intéressant, à l'origine, des rapports internationaux. L'article unique de cette loi est ainsi conçu : « Les Français peuvent revendiquer l'application à leur profit, en France, en Algérie et dans les colonies françaises, des dispositions de la convention internationale pour la protection de la propriété industrielle signée à Paris, le 20 mars 1883, ainsi que des arrangements, actes additionnels et protocoles de clôture qui ont modifié ladite convention, dans tous les cas où ces dispositions sont plus favorables que la loi française pour protéger les droits dérivant de la propriété industrielle, et notamment en ce qui concerne les délais de priorité et

D'autre part, les traités sont des contrats entre deux ou plusieurs Etats, d'où cette conséquence que leurs effets ne peuvent se produire qu'à l'égard des Etats qui les ont conclus : *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest* (1). Cependant, cette dernière règle comporte certaines exceptions :

1° Parfois les traités étendent formellement le bénéfice de leurs dispositions aux nationaux d'autres pays que ceux qui participent à la convention : telle est la convention générale du 20 mars 1883 sur la propriété industrielle;

2° Les traités relatifs à l'exécution des jugements s'appliquent à tous les jugements rendus dans les Etats contractants, entre nationaux de ces Etats ou entre étrangers appartenant à d'autres pays;

3° Enfin, la clause de la nation la plus favorisée peut indirectement étendre à d'autres Etats que ceux qui participent à la convention le bénéfice résultant d'un traité, puisque cette clause permet d'invoquer tous les avantages concédés plus tard par l'Etat contractant à un autre Etat.

De ce que les traités sont de véritables contrats, il faut déduire encore cette autre conséquence qu'ils lient les Etats qui y participent, sans qu'il soit possible aux nationaux de ces Etats de les écarter sous prétexte que le droit commun de l'Etat cocontractant leur est plus avantageux. Il n'est pas dit que les traités ont nécessairement pour but de créer pour les intéressés une situation meilleure : ils créent simplement une situation, habituellement basée sur le principe de la réciprocité, obligatoire pour les Etats comme celle qui résulte d'un contrat entre particuliers (2).

d'exploitation en matière de brevet d'invention ». Sur ce procédé législatif original. V. Lacour, J. C., 1906, p. 47 et 67 ; 1907, p. 69, 619, *præsert.* p. 625, note 2; Darras, *Ann. de législ. franç.*, 1907, p. 174-177 ; Allart, *Revue de Droit int. privé,* 1906, p. 121 ; Lallier, *ibid.*, 1907, p. 115 ; *contrà,* Lyon-Caen, *ibid.*, 1906, p. 482.]

(1) Trib. fédéral suisse, 26 mars 1881, S., 81. 4. 28 ; Douai, 3 juin 1885, J. C., 1887, p. 166.

(2) Nimes, 19 nov. 1886, S., 87. 2. 220. — V. cass., 5 mars 1888, *Le Droit,* 14 mars 1888, pour le cas où le traité offre une *faveur* à laquelle les particuliers peuvent toujours renoncer pour revenir au droit commun. [Les remarques qui précèdent et aux termes desquelles un traité international est à la fois une loi et un contrat, ne méconnaissent nullement une distinction importante et qu'il n'est pas le lieu de développer ici entre les *traités-contrats* et les *traités-lois ou sources du droit objectif,* telles les conventions de La Haye de 1896, de 1902 et de 1905. Cpr. L. Renault, *Introduction à l'étude du droit international,* Paris, 1879, p. 34 et suiv.; Jellinek, *System des öffentlichen Rechts,* Fribourg, 1892, p. 193 et suiv.; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* 1901, p. 394 et suiv.; Bonfils-

Application et interprétation des traités. — Les traités sont, en même temps, des actes de politique ou de souveraineté et des lois.

Au premier point de vue, les traités échappent à l'appréciation des tribunaux administratifs ou judiciaires; seul le pouvoir législatif ou exécutif qui les ratifie (art. 8, loi du 16 juillet 1875) peut les interpréter à l'égard des nationaux et des Etats cocontractants. Aussi les tribunaux, de quelque ordre qu'ils soient, ne peuvent pas donner une interprétation diplomatique des traités, limiter les droits des Etats contractants, ni connaître des clauses des traités concernant les questions d'ordre public ou établissant des mesures de protection pour les nationaux respectifs des Etats qui ont participé à la convention (1).

Comme lois ou règlements se référant à des intérêts privés, au contraire, les traités doivent être interprétés et appréciés par les tribunaux judiciaires ou administratifs, suivant la nature du litige. Par conséquent, les tribunaux, sans pouvoir modifier ou annuler les traités, peuvent se refuser à les appliquer comme inconstitutionnels et illégaux (2), par exemple parce qu'ils ne sont pas ratifiés dans les conditions prévues par la loi constitutionnelle.

En ce qui concerne l'interprétation des traités, on peut accepter les règles suivantes :

1° Les traités, dérogation au droit commun, sont de droit étroit;

2° Il faut interpréter les uns par les autres les traités conclus avec un même pays ou par ce dernier avec d'autres Etats;

3° Les arguments *à pari*, *à contrario* ou *à simili* du droit commun aux traités, ou réciproquement, doivent être rejetés, étant

Fauchille, *Droit international public*, 5e éd., 1908, p. 512-514, nos 862-869; Basdevant, *La Conférence de Rio-de-Janeiro et l'Union internationale des Républiques américaines*, *R. G.-D. I. P.*, XV, 1908, p. 231 et suiv.]

(1) Cass., 27 juillet 1877, D. P., 78. 1. 137. — Cass., Rome, 12 juin 1885, J. C., 1886, p. 746; Cons. d'Etat, 14 novembre 1884, S., 86. 3. 36, et 26 février 1886, S., 87. 3. 55; Trib. fédéral suisse, J. C., 1883, p. 531; Trib. des conflits, 30 juin 1877, S., 79. 2. 159, et 15 novembre 1879, S., 81. 3. 17; Cons. d'Etat, 28 février 1896, J. C., 1897, p. 133. — V. diverses décisions du tribunal de la Seine et de la Cour de Paris dans l'affaire de la comtesse de Castiglione, J. C., 1900, p. 616 et suiv., et Cass., 27 mars 1900, *Rec. Gaz. des trib.*, 1900, 2e semestre, I, p. 101. — G. Appert, *De l'interprétation des traités diplomatiques au cours d'un procès*, J. C., 1899, p. 433 et suiv.

(2) V. J. C., 1886, p. 747; Béquet, note de Dalloz, 78. 1. 137; Cons. d'Etat, 28 avril 1876, S., 78. 2. 189; Labbé, note dans Sirey, 76. 2. 297. — Cpr. Cass., 24 juillet 1861, D. P., 61. 1. 342. — Cass., 5 nov. 1878, D. P., 78. 1. 476; Paris, 5 mars 1901, *Gaz. des trib.*, 23 mars.

donné le caractère absolument différent des deux législations en présence;

4° Autant que possible, on doit mettre les traités en harmonie avec le droit public ou privé des Etats contractants, sauf dérogation formelle (1).

Législation et jurisprudence de chaque Etat. — Dans chaque pays, les tribunaux et les particuliers sont liés par les dispositions législatives formelles relatives à la solution des conflits de lois. D'autre part, les précédents de la jurisprudence exercent sur eux une autorité qui, pour n'être que simplement morale dans les Etats où le juge ne peut faire la loi, n'en est pas moins très puissante en fait. On pourrait donc être tenté de voir une nouvelle source du Droit international privé dans les décisions légales ou judiciaires des divers Etats. Mais si, comme nous l'avons établi, le Droit international privé n'est qu'une partie du Droit international général, il ne peut trouver sa source que dans l'accord même des Etats qu'il doit régir. La loi et la jurisprudence peuvent donc exprimer plus ou moins bien les règles du Droit international public ou privé; mais, en cas d'harmonie avec ces règles, elles n'apparaissent que comme une adhésion au Droit international et comme une confirmation de ce Droit; elles n'en sont pas la source même. Tout ce qu'on peut dire, c'est que, quelque désaccord qu'il y ait entre la loi d'un pays et le Droit international privé rationnel, cette loi l'emportera dans le territoire où elle domine, en vertu de la souveraineté dont elle est l'expression.

L'idéal à atteindre c'est que, d'une façon directe par des traités, ou d'une façon indirecte en consacrant dans leurs lois tous les principes rationnels que la doctrine universelle travaille à établir,

(1) Cass., 11 août 1841, S., 41. 1. 848; L. Durand, *Essai de Droit international privé,* p. 510 et suiv. Les textes des traités sont publiés dans les périodiques officiels de chaque pays. On les trouve aussi dans des recueils généraux et dans d'autres spéciaux à chaque Etat. Parmi les premiers, le plus important, pour l'époque moderne, est celui de G.-F. de Martens comprenant les traités depuis 1761, continué depuis 1875 sous le titre de *Nouveau recueil général des traités.* Il faut y joindre les *Archives diplomatiques,* dont la publication est reprise depuis 1880 sous la direction de M. L. Renault. Pour la France, le *Recueil des traités de la France,* dirigé par M. de Clercq, sous les auspices du ministère des affaires étrangères. V. bibliographie générale des recueils des traités dans le *Dictionnaire de Droit int. privé,* de MM. Vincent et Penaud, p. 21 et suiv. Le répertoire de M. Télot, de 1648 à 1866, et celui de M. de Ribier (1895), depuis 1866, facilitent les recherches dans les différents recueils.

les divers Etats forment entre eux l'accord général qui est la base même du Droit international, aussi bien privé que public. Il est même à remarquer, à ce propos, qu'un pays qui ne peut librement conclure des traités, par suite des restrictions imposées à son indépendance internationale, a toujours le pouvoir de contribuer à l'accord entre les Etats relativement à la solution des conflits de lois et aux progrès du Droit international privé, par son initiative législative propre qu'il conserve en gardant sa souveraineté interne.

B. *Droit international privé théorique.* — Il a sa source dans la doctrine générale qui tend de plus en plus à s'uniformiser et dont les solutions, quand elles sont appuyées par l'adhésion des jurisconsultes avec une notable majorité dans les différents pays, finissent par s'imposer aux gouvernements eux-mêmes, soit dans les lois qu'ils édictent, soit dans les traités qu'ils concluent.

Les solutions indiquées par les jurisconsultes dans leurs écrits ou leurs consultations n'ont pas évidemment de valeur légale : les tribunaux peuvent seulement s'en inspirer. En Angleterre, en particulier, les décisions des conseillers de la Couronne jouissent d'une très grande autorité; en Italie et en France, on a organisé un Comité consultatif du contentieux près le ministre des affaires étrangères, dont les consultations sont aussi généralement écoutées : ainsi le Livre jaune de 1869 contient une déclaration de ce Comité établissant que la loi ottomane de 1867 sur la Naturalisation n'est pas contraire, comme on l'avait cru, au régime des Capitulations (1).

(1) Ce Comité a été réorganisé par décret du 18 juillet 1882. [Un arrêté ministériel du 6 novembre 1906 instituait une Commission des réformes administratives du ministère des affaires étrangères, qui a déposé son rapport le 16 décembre 1906. Dans ce rapport, dont la publication au *Journal officiel* a été ordonnée par le Conseil des ministres, il était question du Comité consultatif du contentieux. Le rapport constate que ce Comité, institué sous la présidence de M. Ribot, comprenant des membres du Parlement, de hauts fonctionnaires et des magistrats, et chargé de donner au ministre son avis autorisé sur les questions les plus délicates du droit international public et privé, ne parvient pas à se réunir aussi souvent qu'il serait désirable, à cause de la multiplicité des obligations professionnelles et de la haute situation de ses membres. Pour remédier à cet inconvénient, poursuit le rapport, il conviendrait de constituer un sous-comité chargé, d'une part, de trancher les affaires de moindre importance et, d'autre part, de préparer l'étude des dossiers exigeant la décision du Comité officiel, dont la mission se trouverait ainsi allégée; ce sous-comité pourrait comprendre, outre les deux jurisconsultes et les conseillers techniques, les chefs des services des chancelleries et du contentieux et un ou deux agents ou anciens agents du dépar-

C'est surtout dans notre science que le rôle du jurisconsulte est considérable. Sans avoir à se cantonner dans l'exégèse d'un texte qui, la plupart du temps, n'existe pas, il doit déterminer, par l'analyse des relations internationales et de la vraie nature des rapports juridiques, la législation applicable parmi plusieurs qui se trouvent en conflit. Il est ainsi véritablement législateur et peut voir ses solutions théoriques, adoptées par les tribunaux, devenir le droit positif. Aussi le Droit international privé a-t-il attiré les esprits les plus éminents qui ont donné à cette étude, vieille de soixante ans à peine sous sa forme nouvelle et vraiment scientifique, un essor qui va toujours grandissant (1). Certains ont même été tentés par le grandiose projet de faire une codifi-

tement désignés par le ministre. V. ce document dans le *Rapport* de M. Deschanel sur le projet de loi portant fixation du budget général de l'exercice 1908 (Ministère des affaires étrangères), t. II, Annexe I, p. 444-462). Cette création a été accomplie, sous un autre nom, par le décret du 13 mars 1908 qui a institué une section permanente du Comité consultatif du contentieux et nommé les membres de cette section. La section permanente est chargée de trancher les affaires de moindre importance et de préparer l'étude des dossiers exigeant la décision du Comité. Elle est composée de MM. Lecomte, Renault, Weiss, Piccioni, Chatain, du Boys, Collin de Plancy et Alphand. V. le Rapport du ministre des affaires étrangères du 11 mars et le décret du 13 mars 1908, *J. off.* du 15 mars 1908. Le même rapport de la Commission des réformes administratives constate que la Commission préparatoire de La Haye, instituée par le ministère des affaires étrangères pour étudier les propositions que les délégués français sont appelés à soumettre à la Conférence internationale de La Haye et destinée à faire l'objet de conventions de droit international privé, était jusqu'alors composée presque entièrement de jurisles et ne comprenait aucun délégué direct des services du ministère des affaires étrangères, qui précisément se trouvent chargés d'assurer l'exécution des Conventions de La Haye à des titres divers. « Les inconvénients de cette omission se sont fait sentir, ajoute le rapport, et un certain nombre de décisions de la Commission qui avaient passé dans des conventions internationales signées à La Haye (mariage, divorce, tutelle), n'ont pu être appliquées pratiquement. La composition de la Commission doit donc être complétée par l'adjonction de conseillers techniques, chefs de service des chancelleries et du contentieux, et d'un ou deux agents désignés par le ministre. Ainsi constituée, la Commission aura toute la compétence désirable, tant au point de vue des principes juridiques qu'en ce qui touche la préparation pratique des dispositions à soumettre à la Conférence de La Haye et l'application ultérieure des engagements à intervenir ». Rapport de M. Deschanel, 1907, t. II, Annexe I, p. 459. Le rapport du ministre des affaires étrangères au Président de la République en date du 29 avril 1907 (*J. off.* du 3 mai), proclamait à son tour la nécessité de ce remaniement, que le décret du 13 mars 1908 a réalisé, *J. off.* du 15 mars 1908. V. *supra*, p. 59, note 1.]

(1) On trouvera un tableau sommaire de l'état actuel de notre science en Europe et en Amérique dans Asser, *loc. cit.*, p. 12 à 27, et dans la préface de l'ouvrage de M. Laîné : *Introduction au Droit international privé*, 1888, préface, p. I-XXI.

cation générale de ce droit, en formulant, dans un ensemble de règles méthodiquement distribuées, ses principes généraux et leurs plus importantes applications. De ces essais, les deux plus remarquables sont : 1° l'ouvrage de M. Dudley-Field, paru à New-York en 1872 et intitulé : *Draft outlines of an international code,* traduit en français par M. Albéric Rolin, professeur à Gand, sous ce titre : *Projet d'un code international;* 2° et, surtout, le *Droit international codifié* de Bluntschli, traduit en français par M. Lardy et qui a déjà paru en quatorze langues, même en chinois. C'est la plus belle tentative de synthèse dont le Droit international, soit public, soit privé, ait été l'objet jusqu'à présent (1).

Des sociétés spéciales travaillent aussi au développement du Droit international. En première ligne, il faut signaler l'*Institut du Droit international,* fondé en 1873. Cette association tient des sessions dans les principales villes d'Europe et, depuis 1877, publie l'*Annuaire de l'Institut de Droit international* contenant ses résolutions et ses travaux. En donnant un corps aux solutions adoptées par les jurisconsultes des différents pays qui en font partie, l'Institut affirme la doctrine générale. Aussi ses résolutions ont-elles une haute autorité; elles préparent souvent d'heureuses réformes législatives et surtout la conclusion de traités en harmonie avec les derniers progrès du Droit théorique (2). En second lieu, dans la même année 1873, a été fondée à Bruxelles l'*Association pour la réforme et la codification du Droit des gens,* qui publie chaque année le *Report of the annual conference* (3).

Pour suivre les progrès de notre Droit, connaître ses modifications et l'état de la jurisprudence internationale, il est indispensable de consulter les périodiques qui lui sont particulièrement consacrés. Signalons, tout d'abord, la *Revue de Droit international et de législation comparée,* fondée en 1869, paraissant à Bruxelles tous les mois. — En second lieu, paraît à Paris, depuis 1874, le *Journal de Droit international privé,* fondé et dirigé par M. Clunet :

(1) V. aussi : Domin-Petrushevecz, *Précis d'un Code de Droit international,* Leipzig, 1861, et le *Droit int. codifié* de Pasquale Fiore, trad. Chrétien, 2e édit. italienne, 1898; V. encore ouvrages cités dans le *Bull. de la Soc. de législ. comp.,* 1885, p. 353.

(2) V. Tableau général de l'Institut de Droit intern., par M. E. Lehr, 1893. — [Les Conventions de droit international privé signées à La Haye en 1896, en 1902 et en 1905 ont consacré plus d'une des résolutions adoptées par l'Institut de droit international : elles n'ont été possibles que grâce aux travaux de cet Institut qui les ont préparées de longue date.]

(3) Depuis 1894, cette Association a pour titre : *International Law Association.*

c'est l'auxiliaire le plus précieux du praticien en notre matière. Citons encore la *Revue générale de Droit international public*, qui traite aussi, incidemment, de questions se rattachant au Droit international privé; la *Zeitschrift für internationales Privat-und Strafrecht*, fondée par M. Böhm en 1890, et continuée à Leipzig par le professeur Th. Niemeyer, de Kiel; la *Revue pratique de Droit international privé* (1890 à 1892); la *Revue de Droit international privé et de Droit pénal international*, fondée à Paris par M. Darras en 1905 et dirigée depuis le 1er janvier 1909, après la mort prématurée et très regrettée de son fondateur, par M. A. de Lapradelle; la *Rivista di diritto internazionale*, fondée à Rome en 1906 et dirigée par MM. Anzilotti et Ricci-Busatti, qui accorde une large place au droit international privé; le *Bulletin argentin de Droit international privé*, fondé à Buenos-Ayres par M. Zeballos en 1905.

De plus, pour l'étude et la vulgarisation des législations étrangères, si utiles dans la pratique, on trouve, à Paris, la *Société de législation comparée*, reconnue d'utilité publique depuis 1873. Elle publie, en sept fascicules par an, un Bulletin contenant des études analytiques et critiques des institutions juridiques étrangères, et, tous les ans, deux Annuaires, l'un de *législation étrangère*, donnant la traduction des principales lois promulguées à l'étranger dans le courant de l'année, l'autre de *législation française*. La Société s'occupe encore de faire traduire et publier les principaux codes étrangers dont bon nombre ont déjà paru.

Enfin, par arrêté ministériel du 27 mars 1876, il a été formé au ministère de la justice une collection des lois étrangères dont la conservation et le classement sont confiés à un comité spécial (1).

(1) V. le nouveau catalogue de 1889, Imprimerie nationale (*J. off.*, 11 mars 1889, p. 1246); Aucoc, *Les études de législation comparée en France, Revue Bleue*, 3 novembre 1888, p. 554.

LIVRE I

Théories préliminaires.

CHAPITRE PREMIER

CONDITION DES ÉTRANGERS

22. On a vu, plus haut, qu'avant de déterminer la loi applicable à un rapport juridique, le juge doit se demander si les étrangers, quand il y en a d'intéressés dans la question, peuvent invoquer le droit dont il s'agit dans le débat soumis à l'appréciation de la justice. Il y a là une sorte de question préjudicielle dont la solution doit nécessairement précéder celle de la question de Droit international proprement dit. Pour la résoudre, chaque juge doit consulter les dispositions de sa propre loi en ce qui concerne la condition des étrangers. C'est, du reste, un devoir pour chaque Etat, au point de vue du Droit des gens, de régler la condition des étrangers d'une manière rationnelle et équitable, pour respecter en eux les droits des pays auxquels ils appartiennent (1).

(1) [Cette idée d'après laquelle il existe une véritable obligation internationale, qui incombe aux Etats, de ne pas traiter arbitrairement les étrangers, a été indiquée par M. Alb. Rolin, *Principes de Droit international privé,* t. I, p. 9 et suiv., et développée par M. Pillet, *Principes de Droit international privé,* p. 166-210. Cet aspect *international de la condition des étrangers* n'a pas toujours été aperçu, même aux époques où l'on était le plus favorable aux étrangers. L'idée d'un devoir international ne se fait pas jour, par exemple, dans les décrets de l'Assemblée nationale abolitifs du droit d'aubaine (6 août 1790 et 8 avril 1791), qui ne sont motivés que par des considérations d'humanitarisme. On ne peut nier pourtant que l'Etat ne soit tenu, dans ce domaine, de certaines obligations : sa liberté a des limites, et s'il s'avisait de maltraiter les étrangers ou même d'autoriser par son inaction de semblables excès, il s'exposerait à des réclamations diplo-

Avant de donner l'exposé de la condition des étrangers en France d'après notre législation actuelle, et l'indication sommaire des règles contenues à cet égard dans les principales législations étrangères, il est indispensable de fournir un aperçu général sur la marche suivie par les idées en cette matière, spécialement dans notre pays. On pourra mieux se rendre compte ainsi de l'évolution progressive de notre législation sur ce sujet, et de la carrière qu'elle a encore à parcourir pour arriver à un état parfaitement satisfaisant.

SECTION PREMIÈRE

L'ANTIQUITÉ

23. Un caractère commun de toutes les législations anciennes est leur extrême rigueur à l'égard de l'étranger. A l'origine, par suite de leur faiblesse qui leur fait redouter l'immixtion des autres tribus; plus tard, à cause de leurs profondes dissemblances de religion, de traditions, de mœurs, les nations antiques mettent systématiquement hors la loi quiconque n'appartient pas à la même communauté humaine. Peut-être les besoins du commerce amenèrent-ils quelques adoucissements chez les peuples marchands, comme les Phéniciens et les Carthaginois; mais les documents nous font complètement défaut à ce sujet. En revanche, toutes les lois anciennes sur lesquelles nous possédons des renseignements nous apparaissent comme très dures vis-à-vis des étrangers. Telles étaient, par exemple, celles des Egyptiens, d'après Hérodote, et les lois de Manou, dans l'Inde.

maliques, ce qui est l'indice certain d'un Droit international constant, limitant la liberté de l'Etat. Cette liberté se meut entre deux limites, l'une inférieure, l'autre supérieure : il est, en vertu des principes du droit international, des droits dont la jouissance doit appartenir aux étrangers, il est des droits dont la jouissance doit leur être refusée. D'une manière générale, l'étranger peut prétendre à la jouissance de tous les droits indispensables à la pratique du commerce international : droit d'être respecté dans sa personnalité juridique, droit de circulation et de résidence, etc. Telle est la limite *minima*, la mesure au-dessous de laquelle l'Etat ne peut pas descendre. Pillet, *op. cit.*, p. 174-195. Il est une limite *maxima* que l'Etat ne doit pas dépasser : l'Etat ne peut pas toucher au lien de nationalité dans lequel l'étranger est engagé ; il ne doit imposer aux étrangers ni même leur proposer la collation des droits politiques ; dans la sphère du pur droit privé, un Etat excèderait ses droits à l'égard des étrangers s'il leur refusait le bénéfice de leur statut personnel et prétendait leur appliquer en toute matière les règles de sa propre législation (Pillet, *op. cit.*; p. 196-209).]

Les Juifs, par suite de leur constitution théocratique en vertu de laquelle ils se considéraient comme un peuple prédestiné que Dieu voulait garder pur de tout mélange, repoussaient tous ceux qui n'étaient pas de leur race. On connaît les malédictions terribles que l'Ecriture contient contre les étrangers, considérés surtout en tant qu'idolâtres et polythéistes; elles furent la règle de conduite des Hébreux envers les autres nations, jusqu'au moment où leur puissance ayant été un peu plus affermie, ils contractèrent quelques alliances à l'époque des Rois. Cependant quelques passages des Livres Saints condamnent l'injustice envers l'étranger; le prophétisme hébreu proclame en termes magnifiques l'universalité du salut et l'unité de la race humaine. Mais ce ne sont que des prescriptions de morale, sanctionnées par la religion, qui tempèrent la réprobation frappant le gentil sans la détruire au point de vue légal.

En Grèce, tous ceux qui n'étaient pas de race hellénique, les Barbares, étaient mis hors la loi. *Cum alienigenis, cum barbaris, æternum omnibus Græcis bellum est*, nous dit Tite-Live. A Athènes, on les séquestrait dans un quartier spécial et ils devaient payer un impôt particulier; à Sparte, on leur interdisait l'entrée de la ville. Quant aux diverses républiques grecques, bien qu'individuellement très exclusives dans leurs rapports respectifs, elles en vinrent peu à peu à se faire des concessions réciproques que commandaient leurs relations très fréquentes, l'identité de race et de mœurs, ce que Thucydide appelle : la loi commune des Hellènes.

Parfois des traités, ou même des décrets particuliers d'une cité, accordent aux habitants d'une autre ville grecque des droits civils; par exemple la faculté de se marier, d'être propriétaire; ou encore créent des juridictions spéciales pour les étrangers. A Athènes, les étrangers qui avaient aussi obtenu certains droits étaient appelés *Isotèles*. Par *Métèque*, on entendait l'étranger autorisé à s'établir à Athènes après enquête.

D'autres traités concèdent la jouissance de tous les droits civils, assimilant ainsi certains étrangers aux nationaux : c'est l'*isopolitie*, dont les exemples sont assez rares. Pour trancher les conflits internationaux, on organisait aussi quelquefois des tribunaux composés d'arbitres qui, d'après certains traités, étaient pris par moitié dans chacun des deux pays divisés par le litige : en cas de partage, on appelait des juges d'une troisième cité. Dans cet ordre d'idées, les Amphictyonies ou conseils des Amphictyons, dont l'origine est mal connue et qui se composaient de délégués des

cités grecques, paraissent avoir joué un rôle important. Chargées d'abord de régler les différends relatifs à l'exercice du culte commun, dans quelques temples renommés, comme celui de Delphes, elles s'arrogèrent plus tard un droit d'arbitrage pour les conflits politiques entre les Etats de la Grèce. Enfin, des citoyens d'une ville assumaient souvent la charge de défendre certains étrangers devant les tribunaux et de les prendre, d'une façon générale, sous leur protection au point de vue du droit. Ces protecteurs étaient les *proxènes*. D'ailleurs la *Proxénie* était souvent héréditaire : c'est ainsi que, d'après ce que nous apprend Xénophon, les Alcibiades étaient, de père en fils, les proxènes des Lacédémoniens à Athènes. Enfin, la naturalisation, d'abord assez difficile à obtenir à Athènes, y devint plus tard très aisée et finit même par être acquise à prix d'argent (1).

24. A l'origine, la loi romaine ne distingue que les citoyens romains et ceux qui ne le sont pas; ces derniers étaient exclus de toute participation au droit propre de Rome, *jus civile*, ce qu'exprimait si énergiquement la loi des XII Tables : *Adversùs hostem æterna auctoritas esto*. De plus, la haine contre l'étranger, à cette époque, se révèle encore par l'expression *hostis*, qui désigne également l'étranger et l'ennemi. Ce n'est que plus tard que l'on discerna l'étranger ami, *peregrinus*, de celui avec qui on était en guerre, *hostis*. Plus tard encore, par suite de modifications successives dans la législation romaine qui sont bien connues, on en vint à distinguer, parmi les étrangers, des catégories plus nombreuses.

En bas de l'échelle on trouve les *Barbares*, c'est-à-dire les peuples qui n'ont avec Rome aucune relation suivie, et à l'égard desquels elle se considère comme étant en guerre perpétuelle, sans déclaration préalable : tels furent les Germains (Pomponius, XLIX; 15, Dig., *De captivis*, l. 5, § 2).

Les *Latini veteres* étaient les membres de la confédération des villes latines dans laquelle Rome entra, en 260, après la bataille du lac Régille, en leur accordant deux éléments du *jus civitatis* : le *connubium* et le *commercium*. Rome détruisit cette confédération en 416 et, plus tard, à la suite de la guerre sociale, le *jus civitatis* complet fut concédé à tout le Latium par la *lex Julia* rendue en 664.

Les *Latini coloniarii* n'avaient que le *commercium*; c'étaient les

(1) V. Catellani sur le *Droit intern. privé dans la Grèce antique, Studi e documenti di storia e di diritto*, XIII, 1892, p. 274 et s.

membres des colonies latines ou les habitants d'un pays auxquels la concession de ce titre était directement faite, comme les Espagnols à qui Vespasien donna cette faveur.

Les *Latini juniani*, créés en vertu des dispositions des lois *Junia Norbana* et *Ælia Sentia* dans certains cas d'affranchissement, avaient, comme les précédents, le *commercium*, mais avec des restrictions considérables au point de vue de la *factio testamenti*.

Les *peregrini* proprement dits comprenaient les peuples étrangers à Rome, mais entretenant avec elle des relations, et aussi les nations soumises mais qui n'avaient pas reçu le *jus civitatis*. Les pérégrins ne bénéficiaient que des institutions du *jus gentium*, puisqu'ils n'avaient pas le *jus civitatis*, et des dispositions spéciales des lois, des sénatus-consultes, des constitutions qui les visaient, ainsi que des édits des gouverneurs de province. Ils avaient du reste la faculté d'user du droit propre de leur cité. Au point de vue de la juridiction, on convenait souvent, dans des traités conclus avec d'autres nations, que les conflits entre citoyens romains et pérégrins ou entre pérégrins seulement seraient jugés par des *recuperatores*, au nombre de trois ordinairement, et parmi lesquels figurait probablement un pérégrin. Du Droit international, cette institution passa dans le Droit privé ; on en usa même dans les conflits entre citoyens romains, de même que l'*unus judex* intervint parfois dans les litiges entre citoyens romains et pérégrins. De plus, en 246 avant Jésus-Christ (507 de la fondation de Rome), fut créé le *prætor peregrinus*, qui avait la *jurisdictio* dans le procès où des pérégrins se trouvaient intéressés (1).

Enfin, parmi les pérégrins, les *deditices*, c'est-à-dire les peuples qui s'étaient rendus à discrétion, vaincus par les armes romaines, avaient la pire des conditions, réserve faite des esclaves, *pessima libertas* : incapables de jamais devenir citoyens romains, ils ne pouvaient résider à Rome ni dans un rayon de cent milles autour de la ville.

Avec l'empire, le titre de *civis romanus* fut de plus en plus commun : après la concession de Claude qui l'accorda à une grande partie de la Gaule, après les nombreuses faveurs de Marc-Aurèle

(1) Sur tous les points relatifs à la condition des étrangers à Rome et sur la distinction du *jus civile* et du *jus gentium*, V. les traités de Droit romain, l'*Essai sur le préteur pérégrin* de M. de Boeck, Paris, 1882, *præs.* p. 70-193 et les textes dont les principaux sont : Ulpien, *Reg.*, XIX, 4 ; XX, 14 ; Cicéron, *pro Balbo*, 8 ; Gaius, I, 14, III, §§ 56, 58, 96, 120 ; Festus, v° *Reciperatio ;* Dig., L. 17. *De stat. hom.*, I, 5. — [Cpr. Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 20-46].

qui le prodigua, il faut citer la fameuse constitution de Caracalla qui le donna à tous les habitants de l'empire. Suivant l'opinion générale, cette constitution, ne statuant que pour le présent, laissa subsister la situation de pérégrins pour tous les peuples soumis plus tard à la domination romaine. Sous Justinien, toute distinction est effacée : tous ceux qui obéissent à l'empereur sont *cives romani*; en dehors d'eux, il n'y a plus que des Barbares.

Du reste, à cette époque, l'intérêt de la distinction des citoyens romains et des pérégrins a beaucoup perdu de son importance, par suite de l'extension toujours croissante du *jus gentium* qui absorbe nombre d'institutions spéciales au *jus civile*. C'est ainsi que la *cognatio* remplace l'*agnatio* et que la tradition s'applique à toute espèce de biens.

Déjà, à l'époque ancienne, la rigueur de la loi romaine pour les étrangers se trouvait atténuée par deux institutions : l'*hospitium* et le *patronatus*.

Par l'*hospitium*, un étranger se plaçait sous la protection d'un citoyen romain qui le défendait comme lui-même, à charge de réciprocité si celui-ci avait des droits à faire valoir dans le pays de son protégé. Ce contrat n'entraînait pas d'obligation légale, mais la religion le plaçait sous une garantie sévère. Il était d'ailleurs transmissible aux héritiers, sauf *renuntiatio* de leur part, et subsistait même en cas de guerre entre les pays auxquels les parties appartenaient. Plus tard, l'*hospitium* devint *publicum*, c'est-à-dire établi par traité entre Rome et d'autres peuples, auquel cas il conférait probablement le *commercium* au peuple *hospes*. (Dig., l. 5, § 2, *De captiv. et postlim.*, XLIX, 15). V. le *fœdus patrocinii* de 416 par lequel le *commercium* (peut-être avec le *connubium*), fut accordé aux *Latini veteres*. Par le *patronat*, tous ceux qui étaient établis sur le territoire de Rome et qui n'étaient pas rattachés à une *gens* particulière, par conséquent les pérégrins, se mettaient sous la puissance ou patronat d'un citoyen, en qualité de clients, au moyen d'un contrat spécial : *applicatio*. Le patron défendait son protégé comme l'*hospes*, mais sans la perspective de la réciprocité : le patronat était donc unilatéral, à la différence de l'*hospitium*, qui était synallagmatique. Souvent aussi le patronat appartenait à des citoyens pour tout un peuple, par exemple à Cicéron pour la Sicile, à Caton pour Chypre, aux Fabii pour les Allobroges, aux Claudii pour les Lacédémoniens. C'est, comme on le voit, le pendant de la Proxénie grecque. Du reste, devenu inutile par suite de la facilité pour les pérégrins d'ester en justice sous le

système formulaire, le patronat tomba en désuétude et disparut à la fin de la République (1).

SECTION II

LE MOYEN-AGE ET L'ÉPOQUE MONARCHIQUE

25. Si, pour exposer la condition des étrangers d'après les diverses législations qui ont régi la Gaule depuis les temps les plus anciens jusqu'à la Révolution, on veut remonter jusqu'à la période celtique, il est difficile de fournir, pour cette dernière, autre chose que de vagues renseignements. Il est permis de conjecturer seulement que l'étranger n'était pas autrement traité, chez les Celtes, que l'homme du peuple ordinaire. Comme ce dernier, il se plaçait sous la protection d'un noble auquel il devait en retour un dévouement absolu en qualité de client; ou il se résignait, s'il voulait vivre indépendant mais isolé, aux entreprises les plus violentes de tout le monde, à être traité en un mot comme un individu hors la loi (2).

26. Les barbares qui envahirent l'empire romain considéraient l'étranger comme exclu de toute participation à leurs institutions juridiques; pour se rendre compte de ce fait, il suffit de constater quelle était l'organisation politique des peuplades germaniques. Les tribus barbares formaient des associations d'hommes libres qui étaient réunis par la plus étroite solidarité. Ces associés constituaient ce que les historiens latins appellent le *pagus* ou la *civitas*, et prenaient différents noms suivant les tribus : *arimanni* ou *hermani* chez les Lombards, *friborgi* chez les Anglo-Saxons, *rachimburgii* chez les Francs. Entre eux tout était commun, la réparation du préjudice causé, comme la vengeance de l'offense subie : la somme due en pareil cas, le *wehrgeld*, était réclamée à tous, comme tous pouvaient l'exiger. Tous ceux qui ne faisaient pas partie d'une de ces associations étaient qualifiés de *warganei* ou *garganei*, et tels étaient les étrangers. Aussi l'extranéité ne con-

(1) Pour la période de l'antiquité, consult. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. III, ch. XII; Egger, *Etudes historiques sur les traités publics chez les Grecs et les Romains*, 1866; Ch. Tissot, *Les Proxénies grecques et leurs analogies avec les institutions consulaires modernes*, 1863; Caillemer, *La naturalisation à Athènes*, 1880; L. Beauchet, *Histoire du Droit privé de la République athénienne*, 3 vol., 1896; von Ihering, *Esprit du Droit romain*, trad. de Meulenaere, I, p. 233 s.; P. Monceaux, *Les Proxénies grecques*, 1886.

(2) César, *De bello gallico*, VI, 13, 15, 19.

siste-t-elle pas à cette époque dans une origine différente de celle des hommes de la nation, suivant la conception moderne, mais bien dans le défaut d'affiliation à la société des hommes libres. Ne pouvant prendre part à l'assemblée de ces derniers, le *mallum*, l'homme étranger, au sens qu'avait le mot à cette époque, ne pouvait non plus porter les armes : il était hors la loi et, chez quelques peuples, était même réduit en esclavage, par exemple chez les Saxons. Sa condition était améliorée quand il avait dans la tribu un protecteur qui était en même temps son garant et qui répondait pour lui du *wehrgeld* qu'il pouvait avoir à payer. Certaines lois décident encore que l'étranger qui a passé trois nuits sous le toit d'un Germain doit être protégé par lui. On admit même qu'au bout d'un an de séjour toléré par la tribu, l'étranger serait considéré comme faisant partie de celle-ci.

Au point de vue des droits civils, l'étranger ne pouvait avoir, ni la propriété qui était probablement inconnue des Germains ni même la jouissance individuelle de la terre dont l'usufruit était partagé entre les seuls membres de l'association. A plus forte raison ne pouvait-il pas disposer de la terre par acte entre-vifs ou succession *ab intestat*, sans parler du testament dont les barbares eux-mêmes n'usaient pas à cette époque. Enfin, suivant une opinion qui paraît accréditée, l'étranger ne pouvait exiger de *wehrgeld;* en cas d'offense faite à un étranger, le coupable devait seulement une amende, *fredum*, au roi (1).

27. Quand les barbares se furent fixés en Gaule, une profonde modification commença à s'opérer dans la notion même de l'étranger. Sans doute les anciennes associations d'hommes libres qui existaient en Germanie subsistèrent pendant assez longtemps; mais la propriété immobilière individuelle, l'*alleu*, fut constituée, le territoire apparut comme un des éléments essentiels de l'Etat ; la tribu se fixa et l'étranger devait bientôt être celui qui, par son origine, ne se rattachait pas à elle, parce qu'il était né hors de son territoire. D'ailleurs la condition générale de l'étranger ne semble pas s'être améliorée à cette époque : on le présumait esclave fugitif et on le torturait pour lui faire avouer quel était son maître. Très généralement aussi il était assimilé à un serf et frappé du cens. Il faut reconnaître du reste que, tandis que certains auteurs

(1) Pour cette période, consultez : Tacite, *Germania*, not. § 13 ; *Les lois barbares*, de Canciani ; Wachter, *Glossarium Teutonicum*, vis *Wehrgeld* et *Warg* ou *Wrak;* Lehuérou, *Institutions Mérovingiennes et Carlovingiennes*, II, p. 19 et s. *Formules* de Marculphe; not. liv. I, form. 8; [Weiss, *op. cit.*, t. II, p. 46-52].

voient dans la défense répétée qu'on trouve dans les lois de l'époque de ne pas maltraiter ni tuer les étrangers une preuve de leur triste situation, d'autres en concluent que leur sort était bien meilleur : pour ces derniers, on pouvait bien s'opposer à l'établissement de l'étranger et l'expulser en confisquant ses biens, mais sa personne aurait été à l'abri de toute entreprise.

Pour améliorer sa condition, l'étranger devait réclamer l'aide d'un seigneur à qui il abandonnait son indépendance et qui, en retour, lui accordait sa protection : c'était la *recommandation* que Charlemagne, désireux de trouver des personnes qui répondissent des actes des étrangers, rendit obligatoire pour ces derniers sous peine, pour eux, de ne pouvoir passer de contrats. Au point de vue des droits privés, l'étranger ne put pas plus qu'auparavant avoir la propriété de la terre salique ni de l'alleu, épouser une femme franke libre et en avoir des enfants légitimes. L'impossibilité d'être propriétaire entraînait celle de transmettre les biens par acte entre-vifs ou par succession ; par exception, la *Charta divisionis regni Francorum* accorda cette faculté aux sujets respectifs de chacun des trois petits-fils de Charlemagne sur le territoire de l'un des deux autres, quand Louis le Débonnaire dut consentir au partage de son empire (Traité de Verdun, 843).

28. Lorsque le droit coutumier remplaça les lois barbares, les étrangers furent qualifiés d'*aubains*. Quelques-uns ont vu l'étymologie de ce mot dans l'expression *Albani*, les habitants d'Albion et spécialement les Ecossais, parce que, de tous les étrangers qui venaient en France, ceux-ci étaient les plus nombreux ; mais il semble plus naturel de ne voir dans ce mot qu'une contraction de *alibi natus*, celui qui est né ailleurs (1). Plus particulièrement et sans que du reste aucun intérêt pratique s'attachât à cette précision, on désignait sous le nom d'*Epaves* les étrangers dont l'origine était inconnue.

Il importe beaucoup au contraire de distinguer les aubains de baronnie à baronnie ou *forains*, c'est-à-dire les individus soumis à l'autorité d'un seigneur qui se trouvaient sur le territoire d'un autre seigneur, et les étrangers proprement dits, c'est-à-dire ceux qui étaient nés hors du territoire de la France (2).

(1) V. autres étymologies, Weiss, *loc. cit.*, II, p. 53, note 2.

(2) Sur la condition des aubains : Loysel, *Institut. coutumières ; Etablissements de saint Louis ;* de Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis ;* Ferrière, *Nouvelles inst. coutumières ;* Denizart, v° *Aubain ;* du Cange, *Glossaire,* v° *Albani ;* Cauwès,

29. Les seigneurs féodaux, devenus propriétaires héréditaires de leurs fiefs, transformèrent à leur profit l'ancienne recommandation germanique. Tout habitant de leur territoire relevait d'eux, et ils pouvaient le revendiquer s'il se rendait ailleurs. S'il n'était pas réclamé, l'émigrant devait *faire aveu,* c'est-à-dire se soumettre en qualité de serf et payer le cens au seigneur sur le territoire duquel il s'était rendu, dans l'an et jour de son arrivée. S'il décédait avant l'expiration de ce dernier délai, le seigneur percevait sur sa succession le droit d'*aubainage;* l'aubain devait du reste léguer au seigneur la valeur représentant le droit d'aubainage après lui avoir fait aveu, sous peine de la confiscation de tout son mobilier ou d'une amende qui était le plus souvent de 60 sols.

En outre, quiconque plaidait devant une autre cour que celle de son seigneur devait fournir, quand il était demandeur, la caution *judicatum solvi* dont il sera parlé plus tard d'une manière plus détaillée. Le Parlement de Paris supprima cette formalité pour les aubains de baronnie à baronnie, le 14 février 1569.

La première catégorie d'aubains dont il vient d'être question disparut peu à peu sous l'influence de deux causes. Tout d'abord, les communes affranchies qui tiraient toute leur puissance de leur richesse, désirant faciliter le développement du commerce et de l'industrie, voulurent se montrer aussi accessibles que possible à leurs voisins. Presque toutes leurs chartes suppriment le droit d'aubainage, et déclarent que, après un an de séjour sur leur territoire, tout individu d'une autre baronnie aura droit de bourgeoisie. D'autre part, la royauté, qui cherchait à abaisser par tous les moyens possibles la puissance féodale, s'arrogea peu à peu les droits que les seigneurs s'étaient attribués sur les aubains : elle y réussit grâce à un long travail qui commence au XIV^e^ siècle sous Philippe VI et qui s'achève au XVI^e^ siècle. Mais, pour les rois de France, il n'y avait véritablement d'aubains que ceux qui ne relevaient pas de leur autorité parce qu'ils étaient nés hors du royaume : de seigneurie à seigneurie, la royauté ne pouvait établir

Grande Encyclopédie, v° *Aubains;* Bacquet, *Traité du droit d'aubaine,* Lyon, 1744. — Pour la condition générale des étrangers dans l'ancien droit : Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers en France,* 1844; Durand, *Essai de Droit international privé, précédé d'une étude historique sur la condition des étrangers en France,* 1884; A. Weiss, *Traité de Droit int. privé,* t. II, *Le droit de l'étranger,* 2^e^ éd., 1901, p. 46-79. — [M. Alb. Rolin, *Principes de Droit int. privé,* t. I, p. 43 et suiv., donne des renseignements intéressants sur le droit d'aubaine dans les Flandres.]

de différence, car partout elle ne trouvait que des sujets directs.

Les aubains proprement dits, c'est-à-dire les étrangers tels que nous les entendons aujourd'hui, furent aussi réduits par les seigneurs à la condition de serfs d'après certaines coutumes; d'après d'autres, ils furent seulement soumis à certaines charges, indépendamment de la prestation qu'ils devaient au seigneur à raison de la tenure qu'ils possédaient. Ils étaient ainsi, en leur qualité d'aubains, assujettis à certains impôts particuliers. Le droit de *chevage*, ainsi nommé parce qu'il était dû par chaque chef de famille, était exigé d'eux ainsi que des bâtards : il consistait en une taxe dont le montant variait suivant les pays. De plus, l'aubain ne pouvait épouser qu'une femme de sa condition et relevant du même seigneur, afin de ne point enlever à ce dernier ses droits sur la lignée des aubains. Pour obtenir l'autorisation de s'unir à une femme d'une autre seigneurie, c'est-à-dire *forligner*, suivant le langage féodal, il devait payer une redevance, variable aussi suivant les coutumes, et que l'on appelait le droit de *formariage*. Faute d'acquitter cet impôt, l'aubain était frappé d'une très grosse amende, et même, jusqu'au XII^e^ siècle, son mariage était nul. Les aubains pouvaient faire le commerce, mais ils étaient tenus de fournir une caution de 150.000 livres, renouvelable tous les cinq ans, s'ils voulaient se livrer à la banque (Edit de 1563, art. 78 et ordon. de Blois, art. 537).

Mais, plus tard, une modification qui a été déjà signalée ci-dessus s'opéra dans la condition des étrangers. Les rois, devenus plus puissants, firent admettre que tout aubain se plaçant sous leur *avouerie* échapperait à l'autorité des seigneurs; il fut même défendu dans la suite de faire aveu à tout autre qu'au roi (Lettres patentes de Charles VI pour la Champagne, 5 septembre 1386).

D'ailleurs, pour relever directement du roi, les aubains ne virent pas leur condition bien améliorée ; ils étaient la proie désignée des monarques besoigneux et les victimes des représailles exercées à raison des violences commises par leur pays contre les Français. Ainsi, en 1242, saint Louis fit saisir les biens de tous les marchands anglais parce que Henri III d'Angleterre avait fait mettre à mort tous les marchands français pris sur mer; Philippe VI confisqua les biens des Italiens, le 12 février 1347; Louis XIII et Louis XIV frappèrent tous les étrangers d'amendes arbitraires en 1639, 1646, 1656, 1697.

30. Au point de vue du droit privé, la condition des étrangers fut déterminée par la jurisprudence des Parlements sous l'influence

des légistes. Ces derniers, dans leur admiration, aveugle à bien des égards, pour le Droit romain, transportèrent en France la distinction classique du *jus gentium* et du *jus civile*, et ils amenèrent les tribunaux à accorder la jouissance du premier aux aubains en leur refusant celle du second, comme faisait la loi romaine pour les pérégrins. C'était introduire une distinction que ne justifiaient nullement les traditions de la loi coutumière et qui, de plus, ainsi que nous l'établirons plus tard, est fausse en elle-même : ne s'expliquant jadis que par le caractère exclusif du peuple romain qui répudiait toute communauté de droit avec les autres nations, cette distinction était en désaccord avec les idées déjà admises au moyen âge où le Christianisme et le développement naissant du commerce créaient au contraire un fonds commun de principes de droit entre les Etats. Cela est si vrai, que les légistes avaient été forcés de restreindre considérablement le *jus civile* tel que les Romains l'entendaient, et d'accorder aux aubains notamment la faculté d'être propriétaire et de se marier : deux droits que les pérégrins n'auraient pu exercer à Rome faute d'avoir le *commercium* et le *connubium*.

Par application de cette idée générale, on permettait aux étrangers d'accomplir les actes juridiques rentrant dans ce qu'on appelait alors le *jus gentium ;* par exemple, acheter, vendre, louer, hypothéquer, faire des donations, même des dons mutuels entre époux dans les coutumes qui les admettaient, des institutions contractuelles. On reconnaissait aussi, en général, aux aubains la faculté d'avoir un domicile : on en déduisait que, mariés sans contrat, ils étaient placés sous le régime dotal ou de communauté, suivant la coutume du lieu où ils avaient leur domicile; cependant ce dernier point était controversé (1). Enfin, l'étranger usait de la prescription libératoire : quant à la prescription acquisitive, on la lui accordait ordinairement en la faisant venir de la *præscriptio longi temporis*, qui était *juris gentium*, et non l'*usucapio*, qui rentrait dans le *jus civile*. Pothier la lui refusa d'abord; plus tard il lui accorda celle de trente ans et non celle de dix à vingt ans (2).

Au contraire, les institutions suivantes ne pouvaient être invoquées par l'aubain comme appartenant au *jus civile :* l'adoption tant qu'elle subsista et, plus tard, l'*affiliation* dans les coutumes qui l'admirent; la puissance paternelle, qui, cependant, était loin

(1) Pothier, *Communauté*, n. 21.
(2) Pothier, *Prescription*, n. 20 et *Des personnes*, tit. II, sect. II, n. 8.

d'avoir conservé le caractère qu'elle avait dans la législation romaine; enfin, la tutelle.

31. Mais, de toutes les mesures rigoureuses qui frappaient les étrangers à cette époque, la plus saillante est celle que l'on désignait sous le nom de *Droit d'aubaine*. Dans un sens très large, cette expression indique toutes les règles défavorables pour les aubains, au point de vue fiscal, la faculté pour le roi de recueillir leur succession ; mais, dans sa signification spéciale, le droit d'aubaine exprime la double incapacité, pour les aubains, d'acquérir ou de transmettre par succession *ab intestat* ou testamentaire. C'est en remarquant que cette double faculté était du *jus civile* chez les Romains, que les légistes en refusèrent la jouissance aux étrangers. De plus, ils firent considérer (il serait difficile de dire pour quelle raison plausible), les aubains comme des affranchis *deditices* qui avaient pour patron, et, par conséquent, pour héritier, le roi. On disait des aubains : *Vivunt ut liberi, moriuntur ut servi* (1).

En ce qui concerne le droit de recueillir une succession, l'incapacité était absolue : « Aubains ne peuvent succéder », disait Loysel. Mais on admit deux exceptions pour la faculté de léguer et de transmettre. L'aubain put en effet tester pour cinq sols, afin d'obtenir la sépulture en terre sainte que l'Eglise refusait à ceux qui ne lui laissaient rien. Il put aussi transmettre son hérédité à ses enfants français, nés et résidant en France ou naturalisés. C'est ce qu'exprimait l'ancien adage : « Aubain mort ne peut avoir d'héritier que de son corps ». De même, si un étranger laissait un enfant aubain et un autre français, le premier venait à la succession, car l'Etat, écarté par l'enfant français, n'avait plus d'intérêt à invoquer le droit d'aubaine.

De nombreuses exceptions furent d'ailleurs apportées à cette incapacité générale. Sans parler de l'étranger qui avait reçu du roi des *Lettres de naturalité* et qui, devenu Français, pouvait même aspirer aux fonctions publiques, il faut dire que nombre de pays n'admettaient pas le droit d'aubaine : on peut citer Châlons-sur-Marne, en vertu d'une charte de Charles V accordée en 1364; Calais, l'Artois, en vertu de l'art. 40 de sa coutume; beaucoup de pays de droit écrit qui en obtinrent dispense des rois,

(1) En réalité, la succession de l'aubain était réputée en déshérence et, comme telle, attribuée au seigneur haut justicier; la faculté de la recueillir n'était donc pas un droit régalien, elle n'appartenait au roi qu'autant qu'il avait le droit de haute justice dans le territoire où les biens de l'aubain étaient situés.

malgré les légistes qui voulaient le leur imposer (1). Les habitants de certains pays en étaient dispensés aussi, parce que les rois de France invoquaient des droits de souveraineté sur eux et qu'il eût été contradictoire avec ces prétentions de les regarder comme des étrangers soumis au droit d'aubaine : c'est ce qui avait lieu pour la Bourgogne, Avignon, la Flandre, la Bretagne, la Franche-Comté.

Jusqu'à Charles VIII, les princes étrangers qui ne résidaient pas en France étaient exempts du droit d'aubaine, et c'est ainsi que s'expliquent les nombreuses transmissions entre les rois d'Angleterre des provinces qu'ils possédaient sur notre territoire : la Normandie, la Guyenne, etc., etc. Depuis Charles VIII, cette exemption paraît avoir été subordonnée à une concession par lettres patentes du roi, telles que Charles IX en donna à son frère, plus tard Henri III, quand ce dernier devint roi de Pologne.

Pour favoriser le développement des relations commerciales, de nombreuses dispenses furent accordées aux commerçants étrangers, par exemple aux marchands de Castille par Charles V en 1364; pour les étrangers qui se rendaient aux foires *franches* de Lyon en 1453 et en 1462; pour les marchands du Brabant et de la Hollande en 1461 ; pour la Hanse Teutonique en 1464; pour les Ecossais en 1554. Enfin un édit de Henri III du 15 juin 1579 généralisa cette faveur au bénéfice de tous les marchands étrangers. Des lettres de naturalité furent concédées en 1607 aux ouvriers des tapisseries de Flandre; en 1552 et en 1607 aux étrangers qui travaillaient au dessèchement des marais ; en 1667 à ceux qui étaient employés aux Gobelins. En 1687 les aubains catholiques qui servaient cinq ans dans l'armée de mer et, en 1715, ceux qui servaient dix ans dans l'armée de terre obtinrent la même faveur. Le droit d'aubaine ne frappait pas les sommes de 20.000 livres et au-dessus versées dans les compugnies de colonisation par les étrangers qui étaient réputés français tant qu'ils conservaient leurs titres dans ces compagnies. De plus, les étrangers fixés aux colonies étaient naturalisés de droit au bout de vingt ans. Ces mesures étaient dues à Colbert.

Malgré quelque controverse, on reconnaissait généralement la

(1) Lettres-patentes de Louis XI en 1475 pour le Languedoc, confirmées par Charles VIII en 1483. — L'exemplion comprenait notamment les provinces de Guyenne, Provence, Dauphiné et les villes de Toulouse (1414), Bordeaux (1474) et Marseille (1669).

dispense du droit d'aubaine aux étudiants qui venaient dans les universités françaises (1).

Le Droit international avait aussi fait introduire de nombreuses exceptions. Les ambassadeurs, en vertu du principe d'*exterritorialité*, déjà admis à cette époque et qui sera expliqué plus tard, étaient fictivement considérés comme se trouvant dans leur pays; leur personne et leur mobilier échappaient donc à toute action de la loi territoriale; mais les immeubles qu'ils possédaient en France étaient au contraire frappés du droit d'aubaine (2). En outre, des traités conclus avec presque toutes les puissances étrangères avaient fait disparaître ce droit inique pour la plupart des étrangers (3). Cependant, dans toutes ces conventions, une clause spéciale assujettit la succession de l'étranger à payer au fisc un droit de 5 à 20 0/0 : c'était le droit de *détraction*.

D'ailleurs ces traités, en dispensant du droit d'aubaine, ne donnaient pas, sauf clause contraire, la faculté de recueillir. C'est en ce sens que la cour de cassation a interprété l'art. 23 du Pacte de famille du 15 août 1761 relativement aux Espagnols (4).

32. Au point de vue des règles de la procédure, la condition des étrangers était encore particulière à bien des égards.

Pour les ajournements qui devaient leur être adressés, on procéda d'abord par l'affichage dans la ville la plus proche de la frontière du pays où ils se trouvaient. Cet *ajournement à la frontière*, un peu primitif dans sa forme, fut remplacé dans l'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 7) par une signification aux procureurs généraux des Parlements, ce qui peut être regardé comme l'origine de l'art. 69, nº 9, de notre code de procédure civile.

En ce qui concerne la compétence, elle était toujours déterminée, en matière réelle immobilière, par la situation du bien objet du litige; mais, en matière personnelle, le demandeur français était autorisé à assigner devant son propre tribunal le défendeur étranger, contrairement à la règle : *actor sequitur forum rei* (5).

(1) Ordonn. de Louis X en 1315; Choppin, *Du domaine,* liv. I, tit. II. — Edit de Louis XII, 31 août 1498.

(2) Arrêt du Parlement de Paris du 14 janv. 1747.

(3) V. Demangeat, *loc. cit.*, p. 215. — Il y avait 66 de ces traités en 1789, v. Locré, *Législ. civile,* II, p. 117 s. — Parfois l'exemption du droit d'aubaine était accordée à certains pays par ordonnance royale, sans condition de réciprocité. V. Lettres-patentes du 18 janv. 1787 pour l'Angleterre.

(4) Cass., 28 déc. 1825, S., 26. 1. 281.

(5) Bourjon, *Droit commun de la France,* tit. VII, ch. 1er; Ordonn. d'Orléans de 1560, art. 3; cpr. art. 14 C. civ.

En outre, tout demandeur étranger était astreint à fournir une caution pour répondre des frais du procès et des dommages-intérêts (1). Les légistes, qui voulaient tout ramener au droit romain, qualifièrent cette garantie de *cautio judicatum solvi*, expression que l'on trouve bien dans les lois romaines, mais qui, on le sait, y désigne une institution complètement différente. Cette caution n'était plus exigée en matière de commerce et quand l'étranger avait des biens suffisants en France. Mais il importe de remarquer, pour trancher une controverse assez vive dans notre droit actuel, qu'elle était due par le demandeur étranger, même quand le défendeur était étranger lui-même (2).

La question si délicate de l'exécution des jugements étrangers fut tranchée par l'ordonnance de 1629, qui, du reste, ne fit que formuler d'anciens usages. Cette exécution était subordonnée à la concession de la formule exécutoire ou *exequatur* de la part d'un tribunal français. Quant à l'autorité de la chose jugée, elle était ou non reconnue à la sentence étrangère suivant la distinction suivante : le jugement était-il rendu contre un étranger, il n'y avait pas lieu de revoir l'affaire quant au fond; était-il rendu contre un Français, un nouveau procès s'engageait devant le tribunal français, comme si rien n'était intervenu à l'étranger.

On peut enfin signaler, dans le même ordre d'idées, car sur bien des points cette matière se rattache à la procédure, l'impossibilité pour l'étranger de bénéficier de la cession de biens; il était toujours contraignable par corps. Il en fut ainsi même quand l'ordonnance de 1667 (titre 34, art. 1er) eut restreint, pour les Français, la contrainte par corps à des dettes spéciales.

33. Pour compléter cet exposé sommaire de la condition des aubains dans l'ancien droit, nous devons signaler la naissance et le développement, dès le moyen âge, d'une institution qui eut pour but et pour effet d'adoucir la condition des étrangers, et qui, actuellement, est peut-être la meilleure sauvegarde de leurs droits : nous voulons dire les *consulats*.

Dès que le commerce international prit quelque importance, à la suite du grand déplacement d'hommes que provoquèrent les croisades, à partir du XIe siècle, et du développement de la navigation dans les petites républiques italiennes, les étrangers éta-

(1) La caution fut introduite, non par des ordonnances, mais par la jurisprudence, probablement par un arrêt du Parlement de Paris, en 1562.

(2) Arrêt du Parlement de Paris du 23 août 1571.

blis dans un pays pour les besoins de leur négoce, surtout dans les pays du sud de l'Europe, prirent l'habitude d'élire parmi eux un magistrat chargé de vider leurs différends. Ces juges, d'abord simples arbitres désignés par les parties, pouvaient être changés au gré de ces dernières; mais bientôt ils se pourvurent auprès du gouvernement de leur pays qui en vint à les nommer directement (1).

La France se montra d'abord assez hostile à l'admission des consuls étrangers sur son territoire, parce qu'ils s'opposaient à l'exercice du droit d'aubaine contre leurs nationaux. Mais dans les traités de commerce, de plus en plus nombreux, on stipula la création de ces consulats avec la plupart des Etats. Du reste, il a toujours été établi comme principe qu'un consul ne peut exercer sa mission dans un pays sans la permission, dite *exequatur*, du gouvernement de ce pays. Cette mission était à peu près la même qu'aujourd'hui : cependant, les consuls ne pouvaient, autrefois, rédiger pour le compte de leurs nationaux les actes de l'état civil qui ne devaient être reçus que par les autorités ecclésiastiques (2); ils pouvaient faire l'inventaire de leur succession et prendre pour elle des mesures conservatoires quand il n'y avait pas de droit d'aubaine ; enfin exercer, pour le compte des nationaux, la juridiction civile et criminelle, mais sans exécution directe, sauf dans les pays orientaux où s'appliquaient les *capitulations* dont il sera parlé plus loin (3).

SECTION III

DROIT INTERMÉDIAIRE

34. Les législateurs de la Révolution, profondément imbus des principes libéraux et humains de la philosophie du XVIII^e^ siècle,

(1) Lawrence, *Commentaires sur Wheaton,* IV, p. 2; de Clercq et de Vallat, *Guide pratique des consulats,* I, p. 1, 5^e^ éd.; Lawrence, *R. D. I.,* 1878, p. 285, 1887, p. 45. — Suivant d'autres, les consuls auraient eu, dès l'origine, une investiture et une autorité officielles. V. G. Salles, *Les origines des premiers consulats de la Nation française à l'étranger*, Paris, 1896, et l'*Institution des consulats, son origine, son développement au moyen âge,* 1896 (Extraits de la *Revue d'Histoire diplomatique*).

(2) Louiche-Desfontaines, *De l'émigration,* p. 144, 145; Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil,* § 2; Avis du conseil d'Etat du 4 brumaire an XI (26 oct. 1802); de Clercq et de Vallat, *Guide pratique des consulats,* I, p. 359, 5^e^ éd.

(3) Les consulats furent organisés par Colbert : Mémoire au roi de 1669, ordonnance de 1681. — V. aussi ordonnance de 1781.

ne pouvaient manquer de supprimer les dispositions odieuses qui existaient contre les étrangers, dispositions que Montesquieu avait déjà qualifiées d'insensées et que J.-J. Rousseau avait flétries. Ce n'est pas à dire cependant que la Constituante n'ait obéi en pareille circonstance, comme on l'a cru quelquefois, qu'à l'entraînement d'une philanthropie un peu creuse dans le fond et déclamatoire dans la forme : c'est avec un sentiment très juste des véritables intérêts du pays que le droit d'aubaine fut supprimé ; car, ainsi que le disait Necker en 1787, dans son compte-rendu sur l'administration des finances, ce droit ne rapportait que quelques milliers d'écus et fermait la France au commerce et aux capitaux étrangers (1).

La loi du 6 août 1790, précédée de considérants qui expriment les sentiments les plus élevés, se contenta d'abroger les droits d'aubaine et de détraction. Mais une précision était nécessaire, car l'aubaine, au sens strict et fiscal du mot, ne désignait que l'incapacité de transmettre une succession et la faculté pour le roi de se l'approprier : aussi la loi du 8 avril 1791 accorda-t-elle formellement aux étrangers la capacité de recueillir, à n'importe quel titre, les successions ouvertes à leur profit. Ces principes nouveaux furent étendus aux colonies par la loi du 13 avril 1791 ; on les reproduisit encore dans la constitution du 3 sept. 1791, tit. VI, et dans celle de 1795 (an III), art. 335.

Malgré la loi du 18 nivôse an II, sur les successions, qui supprimait les dispositions favorables aux étrangers dont le pays était en guerre avec la France, on considéra le droit d'aubaine comme ne s'appliquant pas aux nationaux ennemis (Cass., 3 vendémiaire an X).

La Révolution continua d'ailleurs à assujettir les étrangers aux lois de police et de sûreté, à les exclure de toutes les fonctions publiques ; la loi du 28 vendémiaire an VI, art. 8, permit même au gouvernement d'expulser tout étranger du territoire, sans jugement et par simple mesure administrative. On se montra aussi plus rigoureux pour les étrangers que pour les nationaux au point de vue de la contrainte par corps : la loi du 4 floréal an VI les y soumettait en effet toujours en matière commerciale, s'ils n'avaient en France ni terre ni établissement de commerce.

(1) V. aussi : *De l'administration des finances de la France*, Lausanne, 1785, III, p. 226. [Cpr. Weiss, *Traité*, t. II, *Le droit de l'étranger*, 2e édit., 1908, p. 79-85.]

SECTION IV

DROIT ACTUEL

35. La condition de l'étranger doit être appréciée au point de vue des trois sortes de droits que l'on distingue habituellement : les droits politiques, les droits publics et les droits privés, appelés quelquefois droits civils.

§ I. *Droits politiques.*

36. Les droits politiques doivent toujours être refusés à l'étranger, car si la jouissance et l'exercice des autres droits se rattachent à la personnalité humaine, abstraction faite de la nationalité, l'investiture des droits politiques suppose au contraire la qualité de citoyen, c'est-à-dire de membre d'un Etat, participant dans une mesure plus ou moins étendue à l'exercice de la souveraineté de cet Etat, et exclusive par conséquent de toute qualité semblable dans un pays régi par une souveraineté différente (1).

De ce principe fondamental, universellement admis, découlent plusieurs conséquences :

1° L'étranger ne peut être ni électeur ni éligible dans aucune élection ;

2° Il ne peut remplir aucune fonction publique permanente ou temporaire, à quelque degré que ce soit ;

3° Il ne peut être incorporé dans l'armée de terre ni dans l'armée de mer, sauf dans la légion étrangère (loi du 21 mars 1905, art. 1, art. 3, art. 50). Bien qu'en effet le service militaire soit un impôt, il ne peut rationnellement être exigé des étrangers qui relèvent d'une autre souveraineté, sans compter qu'il serait dangereux de les y assujettir. Tout au plus peut-on songer à remplacer cet impôt pour eux par une taxe en argent, comme cela a lieu en Suisse en vertu de la loi du 28 juin 1878, art. 1 (2). Beaucoup de conventions, du reste, rappellent cette dispense du service militaire pour les étrangers (3). Cependant la convention

(1) [Pillet, *Principes de droit international privé,* p. 199-201.]

(2) La convention du 23 fév. 1882, art. 4, dispense les Français de cette taxe.

(3) Avec l'Angleterre, 28 fév. 1882, art. 4 ; Italie, 21 fév. 1868 ; Suisse, 23 fév. 1882, art. 4 ; Espagne, 7 janv. 1862, art. 4 ; [Bulgarie, 13 janv. 1906, art. 2, *J. off.* du 19 janv. 1907 et J. C., 1907, p. 554 ; Roumanie, 6 mars 1907, art. 3, *J. off.* du 1er août 1907 et J. C., 1907, p. 1237.]

franco-espagnole du 7 janvier 1862, art. 5, déclare que les nationaux de l'un des Etats contractants nés sur le territoire de l'autre sont soumis au recrutement, s'ils n'établissent pas qu'ils y ont satisfait dans leur pays (1); mais cette incorporation forcée des Espagnols dans l'armée française ne préjuge rien en ce qui concerne leur nationalité (2). La déclaration du 2 mai 1892 (*J. Off.*, 14 juillet 1892) a porté d'un à deux ans le délai imposé aux Français en Espagne pour justifier qu'ils ont satisfait au service militaire dans leur pays.

4° Les étrangers ne peuvent pas être témoins dans les actes pour lesquels le législateur exige que les témoins soient Français (art. 980 C. civ. et 585 Pr. civ.); ils peuvent l'être quand ils n'ont pas à satisfaire à cette condition, par exemple en justice et pour les actes de l'état civil (art. 37 C. civ.). Cependant l'erreur générale sur la nationalité des témoins, quand ceux-ci devraient être Français, n'empêche pas la validité de l'acte : *Error communis facit jus* (3). La loi du 7 décembre 1897 donnant aux femmes la capacité d'être témoins, non seulement dans les actes de l'état civil, mais encore dans les testaments authentiques et dans les actes notariés exige qu'elles soient Françaises : ainsi la faculté d'être témoin dans les actes passés par devant notaire devient un privilège de nationalité et ne peut plus être rattachée à la jouissance des droits politiques dont les femmes françaises ne sont pas encore investies (Cpr. loi du 25 ventôse an XI, art. 9 modifié par la loi du 12 août 1902).

Les étrangers peuvent être désignés comme experts, comme syndics de faillite, liquidateurs judiciaires; mais des médecins français peuvent seuls être experts en justice (loi du 30 nov. 1892, art. 14), et les fonctions d'arbitre dans les contestations entre patrons et ouvriers ne doivent pas être confiées à des étrangers (loi du 27 déc. 1892, art. 15) (4).

Les étrangers peuvent encore être arbitres volontaires, car ils

(1) Circ. minist. 16 fév. 1875; Trib. de Bayonne, 8 fév. 1887, J. C., 1887, p. 326; *id.*, 1885, p. 92, note.

(2) Trib. de la Seine, 19 juillet 1884, J. C., 1885, p. 92.

(3) Cass. req., 6 mai 1874, J. C., 1875, p. 193; Paris, 24 avril 1882, *id.*, 1883, p. 65; Req., 1er juil. 1874, S., 75. 1. 254. — J. C., *Questions et solutions pratiques*, 1901, p. 762.

(4) Nancy, 9 fév. 1886, J. C., 1886, p. 444; cons. d'Etat, 30 juil. 1880, D. P., 81. 3. 92; Cass., 7 janv. 1862, *Gaz. des Tribunaux*, 8 janv.; Nancy, 8 mars 1875, J. C., 1877, p. 144; Cass., 12 juin 1891, *Pand. franc.*, 92. 1. 175.

ne tiennent leur délégation que des parties et non de la justice et leur sentence n'aura la force exécutoire que par l'intervention de l'autorité française (art. 2123 C. civ.). C'est en vain que l'on objecte contre cette solution généralement admise cette double considération que la décision de l'arbitre est crue jusqu'à inscription de faux et qu'il peut faire des actes d'instruction (1).

[L'étranger ne peut être élu membre d'un tribunal de commerce ou prendre part à l'élection d'un juge de ce tribunal (loi du 8 décembre 1883 sur *l'élection des juges consulaires*, art. 1 et 2), être membre d'un jury criminel (C. I. crim., art. 381, loi du 20 novembre 1872, art. 1), d'un jury d'expropriation (loi du 3 mai 1841, art. 29), d'une chambre de commerce française (décret du 22 janvier 1872, art. 1), ni d'un conseil de prud'hommes (loi du 27 mars 1907, art. 6.]

5° Enfin les étrangers ne peuvent être avocats, car ils seraient peut-être, comme tels, appelés à remplacer un juge et à fournir des consultations ayant un caractère officiel (art. 118 et 495 Pr. civ.) (2).

§ II. *Droits publics.*

37. Les droits publics sont ceux qui mettent l'individu, abstraction faite de sa nationalité, en rapport avec la société tout entière. Ils doivent être reconnus à l'étranger, car ils ne sont que l'usage de facultés naturelles dans les limites imposées par les lois de

(1) L'arbitrage forcé a été aboli par la loi du 17 juillet 1856; v. Demangeat, *loc. cit.*, p. 299; Aubry et Rau, 5e édit., t. I, p. 485, note 7; Chambéry, 15 mars 1875, J. C., 1876, p. 101; Vincent et Penaud, *loc. cit.*, v° *Arbitrage*, n. 7. — *Contrà :* Rodière, *Procédure civile*, p. 12; de Folleville, *Revue pratique*, XLII, p. 426.

(2) Cons. de l'ordre de Grenoble, 6 fév. 1830, S., 32. 2. 96; Cass., 15 fév. 1864, S. 64. 1. 113; Liouville, *Prof. d'avocat*, p. 334; Pillet, *op. cit.*, p. 211-212; Millet, *Prof. d'avocat*, t. I, p. 458 et t. II, p. 105; Cresson, *Usages de la prof. d'avocat*, t. I, p. 41; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° *Avocat*, n. 89 et *Suppl.*, n. 26 et suiv.; *Pandectes françaises*, v° *Avocat*, n. 338 et suiv.; [J. C., *Tables générales*, t. III, v° *Avocat*, p. 206, v° *Barreau*, p. 419 et t. IV, v° *Organisation judiciaire*, p. 336; Décision du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, 22 janvier 1907, *Gaz. des Trib.* du 2 juin 1907, et J. C., 1907, p. 1064; Cpr. Paris, ch. correct., 27 fév. 1907, *Revue de Droit int. privé et de Droit pénal international*, 1907, p. 160 et J. C., 1907, p. 1059. Décision du même Conseil, 29 oct. 1907, confirmée par arrêt de la Cour de Paris du 27 nov. 1967, même *Revue*, 1908, p. 159, et la note de M. Binoche.] —*Contrà :* Demangeat, *loc. cit.*, p. 298, n. 66; Legal, *Code des étrangers*, p. 269; Aix, 11 juin 1890, J. C., 1890, p. 845. — [Cpr. le décret du 25 mars 1908, concernant l'exercice de la profession d'avocat près les tribunaux français en Tunisie. *J. off.* du 5 avril 1908.]

chaque pays pour la sauvegarde de l'ordre public. Ces droits consistent surtout dans l'exercice des principales libertés.

1° La liberté individuelle appartient à l'étranger comme au national; même l'esclave étranger devient libre dès qu'il touche le sol français (loi des 28 sept.-16 oct. 1791, art. 1; décret du 27 avril 1848, art. 7). Cependant il faut signaler deux particularités spéciales aux étrangers.

a. L'extradition s'applique aux étrangers, tandis qu'il est de principe que la France ne livre jamais ses nationaux.

b. Les étrangers peuvent être expulsés du territoire par simple mesure administrative et sans qu'aucune condamnation ait été prononcée contre eux (art. 7 et 8 de la loi du 3 décembre 1849). Ce droit d'expulsion, très diversement apprécié, existe dans tous les pays, sauf en Angleterre, où l'étranger bénéficie du principe de l'inviolabilité individuelle, connu sous le nom de *Habeas corpus*, absolument comme le national.

[Toutefois l'*Aliens Act* du 11 août 1905 (loi sur les étrangers), qui est entré en vigueur le 1er janvier 1906, a pris certaines mesures pour mettre obstacle au débarquement des étrangers *non désirables* dans le Royaume-Uni ou pour empêcher qu'ils y fassent un séjour permanent. Pendant longtemps, aucune mesure d'expulsion n'était possible contre un étranger, à moins que le Parlement n'eût suspendu l'*habeas corpus* pour un temps déterminé, suivant les circonstances : il en avait été ainsi notamment en 1793, à l'égard des émissaires jacobins (1). L'*Aliens Act* de 1905 permet au secrétaire d'Etat à l'intérieur d'écarter, au vu d'un certificat de l'autorité judiciaire, l'étranger *non désirable*, même réfugié politique du territoire du Royaume-Uni, dans un certain nombre de cas qu'il énumère, et de plus l'autorise à mettre obstacle au débarquement des étrangers *non désirables* (2).]

[Le droit d'empêcher le débarquement des étrangers *non désirables* se restreint au cas où ils sont des *immigrants*, au sens de la loi de 1905, et où ils ont été transportés dans le Royaume-Uni

(1) [V. Craies, *Le droit d'expulsion en Angleterre*, J. C., 1889, p. 246; p. 358 et s.]

(2) [V. l'*Aliens Act* du 11 août 1905 (Edward VII, ch. 13), *Annuaire de législ. étrangère*, 1906, p. 8 et s., notice et traduction de M. J. Bertheau; *Rev. de Droit int. privé*, 1905, p. 907 et s. — V. sur cette loi, N. W. Sibley et Alf. Elias, *Le droit d'asile en Angleterre depuis la loi sur les étrangers* (*Aliens Act* de 1905), J. C., 1907, p. 29 et s.; H. S. Q. Henriques, *L'Aliens Act anglais* de 1905, *R. D. I. P.*, 1907, p. 340 et s.; 1908, p. 47 et s.]

par un navire *immigrant*, suivant la définition de la même loi. Un *immigrant*, c'est-à-dire, aux termes de l'art. 8 de la loi, « un passager *d'entrepont* étranger qui doit être débarqué dans le Royaume-Uni », est réputé *non désirable* pour l'exécution de l'*Aliens Act* de 1905 (section 1, sous-section 2), dans les cas suivants : 1° s'il ne peut pas établir qu'il a ou qu'il est en mesure de se procurer les moyens de subvenir d'une façon convenable à son entretien et à l'entretien des siens, exception étant admise pour les réfugiés politiques; 2° s'il est atteint d'aliénation mentale ou d'imbécillité et si son état de maladie ou d'infirmité le destine à tomber à la charge des contribuables ou est de nature à devenir une cause de préjudice pour le public; 3° si, dans un pays étranger avec lequel il y a un traité d'extradition, il a été condamné pour un crime politique, mais qui, à l'égard de ce pays, est passible d'extradition, en vertu de l'*Extradition Act* de 1870; 4° si un arrêté d'expulsion a été pris contre l'immigrant, dans les termes de la loi de 1905 (1).]

[Or, aux termes de cette loi, l'étranger, même réfugié politique, peut être *éloigné*, c'est-à-dire expulsé, au vu d'un certificat de l'autorité judiciaire, dans un certain nombre de cas énumérés, et qui sont au nombre de six : il s'agit, par exemple, de l'étranger qui a encouru certaines condamnations, qui est tombé à la charge de l'autorité publique, qui vit en état de vagabondage ou dans certaines conditions d'insalubrité, ou encore d'un criminel de droit commun qui a été condamné dans un pays étranger avec lequel la Grande-Bretagne a conclu un traité d'extradition (2).]

[Les Etats-Unis ont devancé la Grande-Bretagne dans la voie de cette réaction hostile aux étrangers et destinée à écarter de leur

(1) [Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 549 et 550, note 1 ; cpr. Aug. Monnier, *Les indésirables*, Paris, 1907.]

[L'*immigrant*, qui n'est pas à bord d'un *navire immigrant*, peut débarquer sans aucune autorisation dans tous les ports du Royaume-Uni ; mais celui qui voyage sur un *navire immigrant* ne peut débarquer que dans l'un des treize ports actuellement désignés comme postes d'immigration ; et encore faut-il qu'il obtienne une permission de débarquer, délivrée par les autorités du port, après examen. La permission est refusée aux émigrants non désirables. Par *navire immigrant*, l'article 8 de la loi de 1905 entend : « Tout navire transportant dans le Royaume-Uni plus de vingt étrangers, passagers d'entrepont qui doivent être débarqués au même port ou dans des ports différents, ou le nombre de passagers qui sera ultérieurement fixé par une ordonnance de secrétaire d'Etat, soit d'une manière générale, soit relativement à tel navire ou à tel port.]

(2) [Sibley et Elias, *loc. cit.*, p. 36 et suiv.; Henriques, *R. D. I. P.*, 1908, p. 51 et suiv.]

territoire tous ceux dont la présence constituerait une gêne ou un danger. D'une part, l'immigration des travailleurs chinois est interdite aux Etats-Unis (1). D'autre part, une série de lois qui s'échelonnent de 1885 à 1907, à l'effet de protéger le travail national même à l'encontre des européens, prohibent l'immigration des ouvriers qui se seraient liés par un contrat avant d'avoir quitté leur pays d'origine, à moins que la main d'œuvre ne manque aux Etats-Unis pour leur spécialité (loi du 26 février 1885 *sur le contrat de travail*, amendée par celles du 23 février 1887 et du 19 octobre 1889, et lois sur l'immigration du 3 mars 1903 et du 20 février 1907). La loi du 20 février 1907, qui a remplacé celle du 3 mars 1903, interdit l'entrée du territoire, dans son article 2, aux idiots, aux épileptiques, aux tuberculeux, aux individus qui risquent de tomber à la charge de l'assistance publique, aux mendiants professionnels, aux gens atteints de maladie répugnante ou contagieuse offrant du danger, aux mineurs de seize ans non accompagnés de l'un de leurs parents, aux individus condamnés pour crime infamant, aux polygames et aux adeptes des religions admettant la polygamie, aux anarchistes, aux prostituées et proxénètes, aux gens arrivant aux Etats-Unis en vertu d'un contrat préalable de travail, ou grâce à des billets payés par autrui, ou au moyen de tout autre procédé impliquant qu'ils ont émigré aux frais et à la requête d'autrui et non par suite d'un désir spontané de leur part. Et les autorités des ports des Etats-Unis, chargées de déterminer quels immigrants appartiennent aux catégories susceptibles d'expulsion ou de refoulement, sont investies d'un pouvoir souverain d'appréciation (2)].

(1) [Lois du 6 mai 1882, du 3 juillet 1884, du 1er octobre 1888, du 5 mai 1892, du 3 novembre 1893 et du 29 avril 1902. Cpr. J.-B. Moore, J. C., 1892, p. 333 et Weiss, *Traité,* t. II, 2e éd., 1908, p. 512, note 1. — La question de l'immigration japonaise aux Etats-Unis n'est pas encore réglée. Bonfils-Fauchille, *Droit int. public,* 5e éd., 1908, p. 239. Il y avait aux Etats-Unis, le 31 décembre 1903, d'après M. Ito Sukeyoski, 38.908 Japonais; en 1905 et 1906 plus de 15.000 Japonais sont venus accroître le nombre de leurs compatrioles déjà établis à San Francisco. V. Ellery Cory Stowell, *Le droit constitutionnel aux Etats-Unis et la question des écoliers japonais à San Francisco, R. D. I. P.,* 1906, p. 850 et suiv.]

(2) [Cour suprême des Etats-Unis, 3 mai 1905, J. C., 1907, p. 1184. — Le débarquement aux Etats-Unis a été interdit au célèbre écrivain russe Gorki, parce qu'il était accompagné d'une femme avec laquelle il n'était pas marié. V. J. C., 1908, p. 1092 et suiv. — Sur les obstacles apportés par la législation des Etats-Unis à l'immigration étrangère, cpr. Goulé, *L'immigration aux Etats-Unis et la loi du 20 février 1907, R. D. I. P.,* 1908, p. 372 et suiv.; Weiss, *op. cit.,* t. II, p. 542, note 1.]

Dans beaucoup d'Etats, le droit d'expulsion appartenant à l'autorité administrative est entouré de garanties et de réserves (1). Souvent, d'ailleurs, ce pouvoir d'expulsion est limité par des conventions internationales, notamment en ce que l'on exige qu'il ne soit exercé que pour des faits graves, que le gouvernement étranger en soit prévenu et que l'expulsé ait le temps de se justifier. (Conventions avec l'Equateur, 6 juin 1843, art. 4, § 4; le Pérou, 9 mars 1861, art. 3, § 3; le San-Salvador, 2 janvier 1858, art. 5, § 2; le Honduras, 22 février 1856, art. 4, § 4; le Guatemala et Costa-Rica, 8 mars 1848, art. 4, § 4; l'Espagne, 7 janvier 1862, art. 17; Bolivie, 9 décembre 1834, art. 3, § 3; Bavière, 30 mai 1868). Ces traités peuvent être invoqués par les Etats qui ont stipulé la clause de la nation la plus favorisée pour la condition générale de leurs nationaux en France, par exemple par l'Allemagne en vertu du traité de Francfort du 10 mai 1871, par l'Angleterre, traité du 28 février 1882, art. 1; [par la Colombie, convention du 30 mai 1892, art. 1; par le Montenegro, convention de commerce des 18-30 juin 1892, art. 1; par le Paraguay, convention du 21 juillet 1892 (art. 1), remise en vigueur par le protocole du 24 juin 1898 (*J. off.* du 18 octobre 1899); par la Bolivie, convention du 15 septembre 1892 (art. 1), et par la Serbie, convention du 5 juillet 1893 (art. 1).]

Il faut remarquer, en outre, que l'assimilation des étrangers aux nationaux par un traité ne s'applique pas en ce qui concerne l'expulsion dont ils sont toujours passibles, ainsi que dans le cas où ils sont autorisés à s'établir dans le pays comme les nationaux (2). (V. traité avec la Russie, 1er avril 1874, art. 1, § 2; l'Espagne, 7 janvier 1862, art. 1; la Suisse, 23 février 1882, art. 1, 3 et 5; la

(1) Renault, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, XIII, p. 715; loi belge du 6 février 1885, J. C., 1885, p. 342; loi du Luxembourg, 26 nov. 1880, *Ann. de législ. étrang.*, 1881, p. 439; R. Millet, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1882, p. 588 s.; Vincent et Penaud, *loc. cit.*, v° *Expulsion*, n. 73 s. Projet de loi du 29 juin 1882, *J. off.*, 10, 12 mai, 30 juin 1882; Féraud-Giraud, *Réglementation de l'expulsion des étrangers en France*, J. C., 1890, p. 414; Arthur Desjardins, *Rev. des Deux-Mondes*, 1882, p. 657; Von Bar, J. C., 1887, p. 5; Bès de Berc, *De l'expulsion des étrangers*, 1888; pour la Belgique, J. C., 1885, p. 342 et loi belge du 12 février 1897; Angleterre, Craies, *id.*, 1889, p. 357; Italie, Canonico, *id.*, 1890, p. 19; Résolutions de l'Institut, Genève, 1892, *Annuaire*, XII, p. 184. — [Cpr. Weiss, *Traité*, t. II, *Le droit de l'étranger*, 2e éd., 1908, p. 89-103.]

(2) Trib. féd. Suisse, J. C., 1883, p. 537; Cons. féd. Suisse, 24 juillet, *id.*, 1883, p. 535 et *id.*, 1893, p. 661 et aff. Wolhgemuth, J. C., 1889, p. 418.

Bulgarie, 13 janvier 1906, art. 1 et 3; la Roumanie, 6 mars 1907, art. 2).

L'effet de l'arrêté d'expulsion tombe quand celui qu'il vise devient Français; quand, par exemple, il s'agit d'une étrangère épousant un Français (art. 12 C. civ.). Mais peut-il être maintenu à l'égard de celui qui a la faculté de devenir Français en fixant son domicile en France (1)? On a dit que la loi confère à celui qui est dans les conditions prévues par elle un droit acquis à obtenir la nationalité, et que ce droit ne peut être arbitrairement enlevé par une simple mesure administrative. A cela on pourrait objecter qu'il y a si peu droit acquis dans la circonstance, qu'une loi nouvelle peut, ainsi que l'a fait celle du 26 juin 1889, modifier absolument les conditions d'obtention de la nationalité pour tous ceux qui ne l'ont pas déjà définitivement acquise sous l'empire de la loi précédente. De même, c'est en vertu de la loi de 1849 qui lui en donne le droit pour la sécurité publique, que le gouvernement expulse les étrangers, privant ainsi du séjour en France ceux qui voudraient le conserver pour devenir Français. Il n'y a pas alors mesure arbitraire de police, pour empêcher de profiter d'un droit acquis; il y a, ce qui est bien différent, exercice d'une faculté légale, non pas arbitraire, mais pouvant être prise sans en donner les motifs, aboutissant à empêcher un particulier de remplir la condition légale requise pour arriver à user d'un droit. En pareil cas, c'est le gouvernement qui use d'un droit immédiat; le particulier est seulement, en vertu de ce droit de haute police, mis par sa faute, légalement supposée, dans l'impossibilité d'user plus tard d'un droit éventuel. D'autre part, l'établissement du domicile en France est une condition qui doit précéder la déclaration en faveur de la nationalité française; or, comment considérer cet établissement comme l'accomplissement d'une condition légale et s'en prévaloir pour l'attribution d'une faveur, quand il constitue un délit, par suite de la violation de l'arrêté d'expulsion, d'après la loi même de 1849? Il faut reconnaître, toutefois, que l'argument tiré de ce que le gouvernement serait désarmé à l'égard de ceux qui peuvent devenir Français en fixant leur domicile en France, peut être combattu par de sérieuses considérations. D'abord, il n'est pas douteux que l'expulsion devient inefficace

(1) V. Lainé, *De l'expulsion des étrangers appelés à devenir Français par le bienfait de la loi*, J. C., 1897, p. 449 s., p. 701, p. 963; 1898, p. 57 et 675; Weiss, *Traité*, t. I, *La nationalité*, 2e éd., 1907, p. 153 et p. 190, note 1.

dans le cas où la nationalité est obtenue sans cette condition du domicile : étrangère épousant un Français, enfants mineurs expulsés, mais suivant la nationalité de leur père qui se fait naturaliser en France (art. 12, al. 1 et 3) (1). En outre, le pouvoir d'expulsion maintenu au gouvernement permettrait à celui-ci de transformer en une naturalisation, laissée à son appréciation souveraine, ce que la loi a considéré comme un bienfait que l'intéressé peut réclamer en se conformant aux seules prescriptions qu'elle a édictées. Il est vrai que la déclaration en faveur de la nationalité française peut être inopérante par refus d'enregistrement de la déclaration pour cause d'indignité, toutes les conditions légales fussent-elles remplies. Mais la loi du 22 juillet 1893 subordonne ce refus à l'avis *conforme* du Conseil d'Etat, tandis que l'arrêté d'expulsion produirait le même résultat sur la seule initiative du ministre de l'intérieur. C'est même, sans doute, pour ne pas mettre à la discrétion du gouvernement seul la faculté de devenir Français moyennant l'observation de certaines conditions, tout en permettant d'écarter les indignes, candidats à la nationalité de notre pays, que la loi du 22 juillet 1893 a pris un moyen terme en exigeant, pour le refus d'enregistrement de la déclaration de nationalité, l'approbation du conseil d'Etat. Cela paraît, pour quelques-uns, supprimer le pouvoir du ministre de l'intérieur d'expulser les étrangers qui fixent leur domicile en France pour acquérir notre nationalité dans les conditions prévues par la loi. (V. cep. n. 135, II). Après s'être divisée, la chambre criminelle et la chambre civile adoptant des solutions opposées, la cour de cassation, toutes chambres réunies, a confirmé la manière de voir de sa chambre civile et écarté la possibilité de l'expulsion en pareil cas (2).

(1) Il est vrai que, dans ce dernier cas, le gouvernement pourra refuser la naturalisation du père pour écarter celle des enfants ; mais la mesure peut être inique, si le père est digne quand ses enfants ne le sont pas.

(2) Lyon, 10 nov. 1890 et Douai, 6 déc. 1890, D. P., 91. 2. 161. — Cass. civ., 27 oct. 1891, J. C., 1891, p. 1223 et D. P., 92. 1. 41. — Cass. crim., 19 déc. 1891, J. C., p. 690; 22 déc. 1894, J. C., 1895, p. 380; 31 janv. 1896, *id.*, 1896, p. 386. — Chambres réunies, 9 déc. 1896, J. C., 1897, p. 562 et D. P., 97. 1. 161, avec les conclusions de M. le Procureur général Manau. — V. aussi Amiens, 19 mars 1896, D. P., 96. 2. 326; Aix, 25 avril 1895, D. P., 96. 2. 335; 19 fév. 1897, *Gaz. des Trib.*, 13 mars 1897; Aix, 3 nov. 1897, D. P., 97. 2. 322. — Cass., 26 mars 1897, *id.*, 28 mars 1897. — Douai, 6 mars 1897, *id.*, 29-30 mars 1897, et D. P., 97. 2. 152. — V. les notes de MM. Cohendy, D. P., 91. 2. 169, de Boeck, D. P., 92. 1. 43 et Cabouat, D. P., 96. 1. 337.

Il a, d'autre part, été jugé que l'individu né en France de parents qui n'y sont pas nés peut être expulsé, comme étant provisoirement étranger, tant qu'il n'a pas atteint sa majorité et qu'il n'a pas, à ce moment, son domicile en France (art. 8, n. 4 C. civ.). On pourrait, en faveur de l'opinion contraire, alléguer par argument *à fortiori* que l'expulsion est d'autant moins admissible dans ce cas, qu'elle ne peut être appliquée, d'après la loi de 1849, art. 7, aux étrangers autorisés à fixer leur domicile en France (art. 13 C. civ.), qu'à la condition de retirer l'autorisation de domicile dans les deux mois depuis l'expulsion : or, les personnes dans le cas prévu dans l'art. 8 n. 4 C. civ. sont mieux traitées que celles qui invoquent l'art. 13, puisqu'elles deviennent Françaises de plein droit en remplissant les conditions légales, tandis que les autres n'ont que la ressource de la naturalisation ordinaire. Mais à cela on répond que la faveur accordée par la loi de 1849 aux personnes dont le domicile a été autorisé s'explique par les garanties qu'offre l'enquête à laquelle est subordonnée l'autorisation qu'elles ont obtenue ; tandis qu'il n'y a ni enquête ni garanties pour les enfants nés en France de parents étrangers (1). Il est admis encore que l'emprisonnement en France n'empêche pas de conserver le domicile en vue d'acquérir la nationalité. De là ce résultat bizarre que, plus la condamnation sera de longue durée, plus l'incarcéré sera à l'abri d'un arrêté d'expulsion et aura la chance de se trouver en France à l'époque de la majorité, ce qui lui assurera le bénéfice de l'art. 8, n. 4 C. civ. (2). C'est une raison de plus pour justifier le refus d'enregistrement de la déclaration de nationalité pour cause d'indignité.

La Cour de cassation admet que celui qui est dans le cas de l'art. 8, n. 4 C. civ. ne peut, étant expulsé, venir établir son domicile en France à sa majorité, parce qu'il violerait ainsi l'arrêté d'expulsion. Cette solution paraît contradictoire avec celle qui est admise pour les cas des art. 9 et 10 C. civ. On donne pour raison que l'on peut écarter comme indignes ceux qui sont dans les cas prévus par les art. 9 et 10 C. civ. tandis que, dans le cas de l'art. 8 n. 4, l'étranger s'imposerait comme Français en fixant son domicile en France à sa majorité. Mais si, comme le prétend la Cour

(1) Cass. crim., 19 déc. 1891, J. C., 1892, p. 690. La Chambre criminelle de la Cour de cassalion persiste à appliquer le droit d'expulsion à l'étranger né en France de parents qui n'y sont pas nés, parce qu'il est encore étranger. Cass. crim., 21 janv. 1898, J. C., 1898, p. 367 ; Paris, 4 fév. 1898, *id.*, p. 370.

(2) Aix, 19 déc. 1894, J. C., 1895, p. 386.

suprême, il y a droit acquis à remplir les conditions pour devenir Français dans les cas des art. 9 et 10 C. civ., pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas de l'art. 8, n. 4 ? La vérité est qu'il n'y a jamais droit acquis à devenir Français et que la loi de 1849 sur l'expulsion des étrangers peut s'appliquer à toutes ces hypothèses (1).

2° La liberté de circulation et d'émigration appartient aux étrangers dans les limites fixées par les lois de police. Cependant cette liberté peut être soumise à certaines restrictions.

a. L'immatriculation au consulat, toujours utile pour le cas où l'on voudrait invoquer la protection du consul, est parfois imposée par les traités (V. Conv. avec l'Espagne, 7 janvier 1862, art. 3, et avec la Suisse, 23 février 1882, art. 2, qui ne l'exige que pour les Français en Suisse).

b. L'obligation d'être muni d'un passeport ne se justifie, dans les relations internationales, que par une cause particulière de suspicion à l'égard des étrangers. En France, cette formalité est tombée en désuétude; cependant, comme on l'exige dans certains pays, l'administration continue à délivrer le passeport pour les personnes qui en ont besoin. [Le gouvernement français a expressément renoncé à la formalité du passeport dans nos rapports avec l'Angleterre, la Belgique et les Pays-Bas (circ. min. int. 13 août 1872), avec l'Allemagne (circ. 31 décembre 1872), avec l'Italie et la Suisse (circ. 31 janvier 1874), avec les Etats-Unis (circ. 3 juillet 1874 et 15 janvier 1879). Le passeport est encore exigé de nos nationaux en Turquie (circ. 20 juin 1892), en Serbie (circ. 22 avril 1891), en Roumanie (circ. 31 juillet 1891), en Grèce, en Belgique, en Bosnie et Herzégovine, et en Russie (2).]

(1) V. Cass. crim., 22 juil. 1899, J. C., 1899, p. 1020; *id.*, 26 mai 1900, *id.*, 1900, p. 796; [Aix, 3 juin 1901, J. C., 1902, p. 827; Cass., 2 avril 1903, *ibid.*, 1903, p. 836, 17 juill. 1903, *ibid.*, 1904, p. 700; Aix, 27 janv. 1906, *R. D. I. P.*, 1906, p. 525 et la note de M. Chervet. — Trib. corr. Marseille, 1er déc. 1906, J. C., 1907, p. 750; Cass. crim., 20 fév. 1908, J. C., 1908, p. 1157; Trib. civ. Nice, 30 mars 1908, J. C., 1908, p. 819; Aix, 18 juin 1908, J. C., 1908, p. 1153. — *Sic*, Lettre du Garde des Sceaux rapportée dans la *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1899. 2. 536, en note; Lenoble, dans S., 1895. 1. 155; 1897. 1. 297; Surville et Arthuys, *Droit int. privé*, 4e éd., n. 38, p. 65. — *Contrà*, Paris, ch. corr., 17 nov. 1907, J. C., 1908, p. 502; Aubry et Rau, 5e éd., t. I, § 70, p. 363, note 11; Weiss, *Traité*, t. Ier, *La nationalité*, 2e éd., 1907, p. 199, note 1.] — V. Lainé, *Revue Algérienne*, 1899, II, p. 533, et 1900, II, p. 49; Barbet, *Effets d'un arrêt d'expulsion à l'égard d'un étranger apte à réclamer la qualité de Français*, *France judiciaire*, 1900, I, p. 168.

(2) Loi du 6 février 1793; loi du 28 vendémiaire an VI; circ. de l'Intérieur du

c. Un décret du 2 octobre 1888, inspiré par le désir de prémunir notre pays contre les abus de l'immigration étrangère, oblige les étrangers, sauf ceux qui ont un domicile autorisé conformément à l'art. 13 C. civ., à faire devant le maire de la commune où ils habitent, pour eux, leur femme et leurs enfants mineurs, une déclaration établissant leur identité, leur nationalité et leurs moyens d'existence (1). En outre, la loi du 8 août 1893 impose à tout étranger non admis à domicile qui veut exercer en France une profession, un commerce ou une industrie, une déclaration de résidence, en justifiant de son identité, dans les huit jours de son arrivée. Un certificat d'immatriculation lui est délivré et il doit être visé chaque fois que l'étranger change de résidence d'une commune dans une autre. Les personnes qui emploient des étrangers sont responsables du défaut d'immatriculation (2). Cette loi et le décret de 1888 ont été étendus à l'Algérie (décrets du 21 juin 1890 et du 7 février 1894); à la Guyane (décret du 28 nov. 1896). Mais la loi du 8 août 1893 ne s'applique qu'aux étrangers venant s'établir en France, et non, par conséquent, à la femme française

13 avril 1871 ; *Revue générale d'administration*, 1883, I, p. 493 ; J. C., 1885, p. 475; [1888, p. 494; Weiss, *Traité,* t. II, 2e éd., 1908, p. 104 et 105, note 2.]

(1) V. Copineau et Henriet, *De la condition des étrangers en France au point de vue de la résidence et de la profession*, J. C., 1896, p. 261.

(2) [Parmi les étrangers qui viennent en France, les uns tombent sous le coup du décret du 2 octobre 1888, *relatif aux étrangers résidant en France :* tels ceux qui voyagent pour leur instruction, leur agrément ou leur santé, les autres doivent se conformer à la loi du 2 août 1893, *relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national :* ce sont les étrangers voyageant, résidant ou arrivant en France pour y exercer une profession, un commerce ou une industrie. Il y a là une dualité de régime, féconde en complications et absolument arbitraire. Les prescriptions du décret de 1888 s'appliquent exclusivement aux étrangers qui arrivent en France sans nulle intention d'y exercer une profession, un commerce ou une industrie : ces étrangers devront, dans les quinze jours de leur arrivée, faire à la mairie une déclaration de résidence, collective pour une famille (femme, enfants) et gratuite. L'étranger assujetti à la loi de 1893 devra faire, dans les huit jours de son arrivée, une déclaration de résidence individuelle, exigée de la femme et de chacun des enfants mineurs ou majeurs, si cette femme et ces enfants exercent, soit ensemble, soit séparément, une profession, un commerce ou une industrie, y compris les cultivateurs, déclaration qui coûtera à l'étranger 2 fr. 10 ou 2 fr. 30, selon qu'elle sera effectuée dans une commune ayant moins ou plus de 50.000 habitants. V. Andréani, *La condition des étrangers en France,* 1907, 2e éd., p. 30-110. Malgré ce caractère individuel de la déclaration prescrite par la loi du 8 août 1893, il a été jugé que la femme mariée n'avait pas à faire de déclaration de résidence, cette obligation incombant à son mari. Trib. correct. Seine, 11e chambre, 21 nov. 1908, *Gaz. des Trib.* du 22 nov. 1908.

devenue étrangère par son mariage avec un étranger et continuant à résider en France (1). [Ces formalités n'ont pas gêné notablement l'immigration étrangère en France et le recensement de 1906 accuse la progression de l'élément étranger dans notre pays : les étrangers qui y résidaient à cette date étaient au nombre de 1.033.871, pour 37.195.153 Français; et il y avait parmi eux 330.465 Italiens, 323.390 Belges, 89.772 Allemands, 80.425 Espagnols, 36.948 Anglais.]

3° Les étrangers ont encore la liberté de conscience (2), de la presse (3), d'association et de réunion dans les limites fixées par les lois (4), la liberté d'enseignement (5).

4° Le droit de pétition aux Chambres est aussi reconnu à l'étranger, comme l'exercice d'un droit public, dans les questions qui peuvent l'intéresser. On le lui reconnaît même pour les questions politiques, afin de ne point écarter, *à priori*, des indications peut-être utiles (Sénat, 28 avril 1863, *Moniteur*, 29 avril) (6).

5° Les étrangers ont la liberté de commerce et de travail dans les mêmes conditions que les nationaux. On ne pourrait donc éta-

(1) Trib. correct. Seine, 15 avril 1901, *Gaz. des Trib.*, 18 avril 1901. — *Contrà*, Andréani, *op. cit.*, p. 35 et 54.

(2) [L'art. 1er de la loi du 9 déc. 1905 déclare que la République assure la liberté de conscience; elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public. Les étrangers comme les Français peuvent fonder une association cultuelle et faire partie de celles que les Français ont constituées. Weiss, *Traité*, t. II, p. 110.]

(3) Le gérant d'un journal doit être Français et résider en France ; mais cette règle ne s'applique pas aux rédacteurs (loi du 29 juillet 1881, art. 7; Lyon, 23 janv. 1884, J. C., 1884, p. 400).

(4) Les directeurs et administrateurs des sociétés syndicales doivent être Français, loi du 21 mars 1884, art. 4 ; et aux colonies, les travailleurs étrangers ne peuvent faire partie des syndicats (art. 10). — Pour les sociétés de secours mutuels, v. loi du 1er avril 1898, art. 3, et 26 *in fine*. — Pour l'inscription maritime, v. loi du 24 déc. 1896, J. C., 1898, p. 972. — [Les associations autorisées au titre étranger ne sont pas admises aux adjudications des travaux communaux, départementaux et nationaux dans les conditions prévues par le décret du 4 juin 1888 et la loi du 29 juillet 1893. V. Andréani, *La condition des étrangers en France*, 2e édit., 1907, p. 9, note 1. — Les décrets du 10 août 1891 (art. 1 et 2) prévoient l'insertion, dans les cahiers des charges des marchés de travaux publics ou de fournitures, d'une clause limitant le nombre des ouvriers étrangers dans une mesure fixée par l'administration. Weiss, *Traité*, t. II, p. 136-137; P. Pic, J. C., 1905, p. 860.]

(5) Loi du 15 mars 1850, art. 78 ; loi du 12 juillet 1875, art. 9; V. J. C., 1878, p. 15. — Cir. Inst. publ. 29 juin 1891, J. C., 1893, p. 1056; loi 30 oct. 1886, art. 4 et décret 18 janv. 1887. [— Cpr. Weiss, *Traité*, t. II, p. 118-127.]

(6) [Duguit, *Droit constitutionnel*, 1907, p. 584-585].

blir sur eux des taxes spéciales à raison des professions qu'ils exercent (annulation d'une décision du conseil général de la Guyane, *Journ. off.*, 15 février 1888) (1) ni des tarifs particuliers de chemins de fer (2). Exception est faite pour la profession médicale et les professions connexes, pour lesquelles des diplômes français sont exigés (lois 30 nov. 1892, art. 5). Les étrangers, même munis des diplômes français, ne peuvent être pharmaciens en France que sous la condition de réciprocité pour les Français dans le pays de ces étrangers (Loi du 9 avril 1898, art. 2). Il faut y joindre les exceptions pour la profession d'officier mécanicien à bord d'un navire français (décret 21 avril 1882, art. 1 et 2); pour l'intercourse entre les deux rives françaises de la Méditerranée (loi du 2 avril 1889); le cabotage entre ports français (décret du 21 septembre 1793, art. 4), la pêche dans les eaux territoriales de France et d'Algérie (loi du 1er mars 1888), enfin le remorquage dans les ports français (loi du 11 avril 1906, art. 1er). [En ce qui concerne l'industrie du remorquage, née dans le cours du XIXe siècle, dont l'importance récente tient à la transformation des flottes commerciales, il faut remarquer avec M. Armez, dans son rapport à la Chambre des députés (*J. off.*, *Doc. parlement.*, avril 1906, Chambre, p. 428), « qu'elle n'est qu'un mode particulier du cabotage, et qu'ainsi il est rationnel de la soumettre au même régime et de la réserver au pavillon national »; toutefois l'article 1er de la loi du 11 avril 1906 dispose que « le pavillon étranger sera admis à pratiquer les opérations de remorquage dans le cas où il n'existerait pas de remorqueur français sur place ou qu'il ne s'en trouverait aucun disponible ou suffisant ». Un complément de même nature ne devrait-il pas être ajouté aux lois de 1793 et de 1889? A la suite des grèves dont le port de Marseille a souffert en avril-mai 1904, le gouvernement a déposé à la Chambre des députés un projet de loi autorisant le gouvernement à suspendre par décret, en cas de circonstances exceptionnelles, l'application de la loi du 2 avril

(1) [Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, 3e édit., t. I, p. 216, note 3, *in fine*. M. Weillcowitch, *Les traités de commerce*, 1892, p. 282, cite un arrêté du maire de Marseille qui avait établi sur les cochers des voitures publiques de nationalité étrangère une taxe spéciale, dont les cochers nationaux auraient été exempts : cet arrêté dut être rapporté, comme contraire au libre exercice des professions. Weiss, *Traité*, t. II, p. 130, note 2.]

(2) Cass., 20 juillet 1869, S., 69. 1. 382; D. P., 1869. 1. 525. — Cpr. Cass., 1er août 1893, *Gaz. des Trib.*, 2 août; S., 1895. 1. 41; J. C., 1895, p. 581; [Weiss, *Traité*, t. II, p. 131.]

1889 (*J. off.*, Chambre, *Doc. parlement.*, juin 1904, p. 685). Ce juste tempérament devrait être voté par les deux Chambres et étendu au cabotage (1).]

6° Tenus d'observer les lois de police et de sûreté comme les nationaux (art. 3, al. 1 C. civ.), les étrangers n'encourent que les mêmes peines qui atteignent les nationaux pour violation de ces lois, sauf le cas où le législateur juge nécessaire de leur appliquer une peine différente, vu l'inefficacité à leur égard de la sanction ordinaire (V. C. pén., art. 35 et 272). Leur situation est également celle des nationaux quant à la relégation et quant à la remise de peine (2).

7° La faculté, pour les indigents, de bénéficier de l'assistance publique peut être considérée comme un droit public, puisqu'elle est principalement fondée sur un sentiment de solidarité humaine, sans distinction de nationalité. La question est parfois réglée par des traités spéciaux; par exemple : 1° pour les secours aux marins délaissés : convention avec l'Allemagne, 16 mai 1880; avec l'Angleterre, 5 novembre 1879; l'Italie, 1er janvier 1882; 2° pour les aliénés indigents et les enfants abandonnés : convention avec Brême, du 20 octobre 1866, maintenue après la paix de 1871; avec la Suisse, 27 septembre 1882; [3° pour la protection des femmes majeures abusées ou contraintes et des femmes ou filles mineures contre la traite des blanches : convention conclue à Paris le 18 mai 1904 entre la France, l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Grande-Bretagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Russie, la Suède et la Norvège et la Suisse à laquelle le Brésil a adhéré par acte du 12 mai 1905, art. 3 et 4 (3)]. On suit généralement en France la règle de la réciprocité établie par convention internationale ou de fait. Spécialement, l'assistance médicale gratuite n'est accordée aux étrangers que s'il y a traité assurant la réciprocité entre leur pays et le nôtre (loi du 15 juillet 1893, art. 1) (4). La loi sur l'assistance obligatoire aux vieillards, aux

(1) [Fraissingea, *Les communications maritimes françaises et la grève des gens de mer,* Extrait des *Annales de droit commercial,* 1907, p. 7-8.]

(2) Cass., 2 juin 1893, *Gaz. des Trib.*, 3 juin; J. C., 1893, p. 109.

(3) [*J. off.* du 19 fév. 1905; Weiss, *Traité,* t. II, p. 159-161].

(4) J. C., 1876, p. 77; Derouin et Worms, *Les étrangers en France au point de vue de l'assistance et des secours charitables,* J. C., 1890, p. 545. [Sur la loi du 15 juillet 1893 et sa portée véritable, qui n'a pas été de laisser les étrangers malades privés de tout secours, mais seulement de ne pas étendre l'*obligation de l'assistance médicale,* V. Weiss, *Traité,* t. II, p. 153-156.]

infirmes et aux incurables privés de ressources, en date du 14 juillet 1905, réserve le bénéfice de l'assistance aux Français. L'article 1er de cette loi, tel qu'il a été modifié par l'article 35 de la loi des finances du 31 décembre 1907, est ainsi conçu : « Tout Français privé de ressources, soit âgé de soixante-dix ans, soit atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable, qui le rend incapable de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence reçoit, aux conditions ci-après, l'assistance instituée par la présente loi » (1)].

[La loi du 31 mars 1905 modifiant divers articles de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail dispose, dans son art. 3, al. 15, conforme, d'ailleurs, sur ce point, au texte primitif de la

(1) [La modification apportée à l'art. 1er de la loi du 14 juillet 1905 par l'art. 35 de la loi de finances du 31 décembre 1907 a pour objet de conférer le droit à l'assistance à tout Français âgé de soixante-dix ans, sans lui imposer la preuve qu'il est dans l'impossibilité de travailler. Mais, soit dans sa teneur originaire, soit dans son texte modifié, l'art. 1er de la loi du 14 juillet 1905 réserve aux Français le bénéfice de l'assistance. La Chambre des députés, suivant en cela le précédent de la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite, avait admis les vieillards étrangers à participer à l'assistance obligatoire « toutes les fois que le Gouvernement aura passé un traité d'assistance réciproque avec leur nation d'origine ou que la loi étrangère leur assurera des droits au moins égaux ». Mais le Sénat repoussa cette disposition additionnelle, craignant qu'elle n'augmentât les charges déjà si considérables que la nouvelle loi allait imposer aux contribuables. Sénat, *Débats parlementaires*, 1905, session ordinaire, p. 996, col. 2, séance du 9 juin 1905. Il n'en résulte pas que le gouvernement n'ait pas le droit de conclure des traités accordant le bénéfice de l'assistance obligatoire aux vieillards étrangers à charge de réciprocité, ou mieux à charge de remboursement des frais. V. la discussion au Sénat, *loc. cit.*, p. 996-997. — Cpr. le vœu émis le 24 avril 1908 par le IVe Congrès national d'assistance publique et privée réuni à Reims sur le rapport de M. Campagnole, sous-chef de bureau au Ministère de l'Intérieur : « Afin que les étrangers privés de ressources qui, malades, infirmes, incurables ou vieillards, remplissent, abstraction faite de la nationalité, les conditions requises pour être assistés, ne demeurent pas sur le territoire français en dehors des secours publics et ne soient pas ainsi à la charge de la bienfaisance privée ou de l'assistance locale, il convient que des secours internationaux soient négociés avec les pays étrangers en vue du rapatriment ou, à défaut, de l'assistance donnée sur place moyennant remboursement ». *Journal des Débats* du 27 avril 1908. — En attendant la réalisation de ce vœu, il est curieux et suggestif de constater qu'en 1907 un nombre élevé de Belges, de femmes et de veuves de Belges ont acquis la qualité de Français en souscrivant la déclaration de l'art. 10 du Code civil ou en se faisant réintégrer, afin de pouvoir, semble-t-il, bénéficier des dispositions bienveillantes de la loi du 14 juillet 1905. Rapport adressé au garde des sceaux par M. Lecherbonnier, directeur des affaires civiles et du sceau, sur les résultats de l'application, pendant l'année 1907, des lois et décrets sur la naturalisation. *J. off.* du 16 mars 1908, p. 1918, col. 3.]

loi du 9 avril 1898 : « Les ouvriers étrangers victimes d'accidents qui cesseront de résider sur le territoire français recevront pour toute indemnité un capital égal à trois fois la rente qui leur avait été allouée » (1). L'article 3, al. 16, remanié par la loi du 31 mars 1905, dispose ainsi quant aux ayants droit d'un ouvrier étranger (conjoint, ascendants, enfants) : « Il en sera de même pour leurs ayants droit étrangers cessant de résider sur le territoire français, sans que toutefois le capital puisse alors dépasser la valeur actuelle de la rente d'après le tarif visé à l'article 28 ». Sur ce dernier point, le texte ancien de la loi de 1898 était ainsi rédigé : « Les représentants d'un ouvrier étranger ne recevront aucune indemnité, si au moment de l'accident, ils ne résidaient pas sur le territoire français. » Le texte étant muet sur l'hypothèse d'un ayant droit étranger, c'est-à-dire du représentant d'un ouvrier étranger, résidant en France lors du décès, mais venant à quitter le territoire, des interprétations divergentes s'étaient fait jour : l'une, les assimilant à l'ouvrier lui-même, leur accordait une indemnité en capital égale à trois annuités; l'autre leur maintenait le principe de la pension légale à laquelle ils avaient droit. La loi du 31 mars 1905, art. 3, al. 16, a tranché la question, en assimilant les représentants de l'ouvrier étranger cessant de résider sur le territoire français à l'ouvrier étranger qui cesse de résider dans notre pays. En outre, le législateur de 1905 a déjoué un calcul auquel pourraient se livrer les ayants droit étrangers d'un ouvrier étranger bénéficiant d'une rente *temporaire* : ceux-ci, quittant la France à la veille du paiement du dernier arrérage, pourraient prétendre encore aujourd'hui, sans la partie finale de l'art. 3, al. 16, à une indemnité en capital égale au triple de leur rente et bénéficier ainsi d'un avantage supérieur à celui des ayants droit français similaires. Désormais, ce calcul sera déjoué : en toute hypothèse, le capital versé aux ayants droit étrangers quittant le territoire français, sera au plus égal à la valeur actuelle de leur rente (2).]

(1) [Cabouat, *Traité des accidents du travail,* t. II, 1907, p. 239-240].

(2) Mais l'art. 3, al. 15 de la loi du 31 mars 1905, conforme à l'art. 3 de la loi du 9 avril 1898, ne s'applique pas à l'ouvrier étranger qui réside en France malgré un arrêté d'expulsion : Narbonne, 8 nov. 1901, J. C., 1901, p. 108; Montpellier, 5 janv. 1901 et Trib. civ. Nice, 14 déc. 1903, J. C., 1904, p. 663; cpr. Paris, 3 janv. 1903, J. C., 1904, p. 119 et *Pand. franç.*, p. 62; 1904. 2. 113. — [Le capital que le chef d'entreprise doit à l'ouvrier étranger victime d'un accident du travail, qui cesse de résider sur le territoire français, est insaisissable comme la rente qu'il rem-

[Sous l'empire de la loi de 1898 une jurisprudence constante (1), confirmée par un arrêt de la Cour de cassation (2), avait écarté toute autre voie de recours et notamment l'art. 1382 du Code civil pour les ayants droit, même français, d'un ouvrier étranger mort victime d'un accident du travail, lorsque ces ayants droit ne résidaient pas en France au moment de l'accident : très rigoureuse à l'égard des représentants étrangers, cette jurisprudence était particulièrement inique à l'égard des représentants français d'un ouvrier étranger (3).]

[Aujourd'hui, depuis la loi du 31 mars 1905, l'indemnité n'est refusée qu'aux représentants *étrangers* de l'ouvrier *étranger* : les représentants *français* des ouvriers étrangers sont désormais assimilés aux représentants *français* des ouvriers *français*. L'art. 3, al. 17, de la loi du 9 avril 1898, texte du 31 mars 1905, porte : « Les représentants étrangers d'un ouvrier étranger ne recevront aucune indemnité, si, au moment de l'accident, ils ne résidaient pas sur le territoire français ».]

[Une difficulté s'était encore élevée, relativement à la compétence du juge de paix, dans le cas où l'accident survenait en territoire étranger. L'art. 15, al. 6, remanié par la loi du 31 mars 1905, dispose : « Lorsque l'accident s'est produit en territoire étranger, le juge de paix compétent dans les termes de l'art. 12 et du présent article est celui du canton où est situé l'établissement ou le dépôt auquel est attachée la victime ».]

[Enfin, et c'est la plus grande importante de toutes les dispositions nouvelles de la loi de 1905, l'art. 3 nouveau, al. 18, décide que : « Les dispositions des trois alinéas précédents pourront être modifiées par traités dans les limites des indemnités prévues au présent article, pour les étrangers dont les pays d'origine garantiraient à nos nationaux des avantages équivalents ».]

[C'est le principe de la réciprocité diplomatique, que consacre ici la loi du 31 mars 1905. Cette loi ne confère pas un droit nouveau à notre gouvernement : la preuve en est dans la con-

place, et par suite, le chef d'entreprise ne peut être autorisé à compenser le capital à due concurrence avec les dépens auxquels l'ouvrier a été condamné envers lui. Cass. civ., 18 nov. 1908, *Gaz. des trib.*, 23 et 24 nov. 1908].

(1) V. J. C., 1899, p. 880 et 1900, p. 216. — Trib. Seine, 7 nov. 1900 et Cour de Paris, 16 mars 1901, J. C., 1901, p. 111 et 520.

(2) Cass. req., 16 nov. 1903, D. P., 1904. 1. 132.

(3) [Cabouat, *op. cit.*, II, p. 240-241 ; Raynaud, J. C., 1905, p. 900-901.]

clusion antérieure du traité franco-italien du 15 avril 1904 (1).]

[Ce traité de travail franco-italien sera sans doute suivi de beaucoup d'autres dans les différents pays : il l'a été déjà de quelques-uns. Le traité de commerce conclu le 13 juillet 1904 entre la Suisse et l'Italie prévoyait dans son article 17 la conclusion d'arrangements spéciaux au sujet du traitement des ouvriers italiens en Suisse et des ouvriers suisses en Italie en ce qui concerne l'assurance ouvrière (2). Certaines clauses additionnelles aux traités de commerce prévoient des règlements ultérieurs organisant la réciprocité d'ores et déjà admise par les Etats contractants comme règle de la condition de leurs nationaux respectifs. Tel est l'art. 2 *a* du traité additionnel au traité de commerce du 6 décembre 1898 conclu entre l'Empire allemand et l'Italie le 3 décembre 1904. Tel est l'art. 6 du traité additionnel au traité de commerce du 6 décembre 1891, conclu le 19 janvier 1905 entre l'Empire allemand et l'Autriche-Hongrie (3).]

[Il y a plus et mieux. Quelques conventions particulières existent dont l'objet propre est de régler dans tous ses détails la condition internationale des travailleurs au point de vue du risque professsionnel. Telle est la convention du 25 octobre 1905 entre la Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg, qui admet les ouvriers belges victimes d'accidents du travail dans le Grand-Duché de Luxembourg et, réciproquement, les ouvriers luxembourgeois victimes d'accidents du travail en Belgique au bénéfice des indemnités et garanties organisées par les lois respectives des Etats contractants. La convention du 2 septembre 1905 entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'Allemagne détermine, dans les rapports des Etats contractants, les conditions d'application extra-territoriale des lois d'accidents du travail en ce qui concerne les entreprises et les travailleurs qui exercent transitoirement leur activité à l'étranger, c'est-à-dire en Allemagne pour les entreprises et travailleurs de nationalité luxembourgeoise ou inversement (4).

(1) Raynaud, J. C., 1905, p. 306-316, p. 571-579; Raynaud, *Droit international ouvrier,* 1906; Dugarçon (thèse de Bordeaux), *La convention franco-italienne du 15 avril 1904 relative à la protection des travailleurs dans les deux pays*, 1904.

(2) [J. C., 1905, p. 579, note 1; Cpr. Cabouat, *op. cit.*, II, p. 249, note 1].

(3) [*Bulletin de l'office du travail,* 1905, p. 129; Cabouat, *op. cit.*, II, p. 249, note 1].

(4) [*Revue de Droit int. privé et de Droit pénal int.*, 1905, p. 917-918; Cabouat, *op. cit.*, t. II, p. 250.]

Enfin, dans ses rapports avec l'Allemagne, la Belgique a obtenu du Conseil fédéral de l'Empire allemand une ordonnance du 22 février 1906 portant abrogation en faveur des sujets belges : 1° des dispositions du § 94, n. 2 de la loi d'assurances contre les accidents dans les entreprises de construction, relatives à la suspension de la rente à l'égard des étrangers qui n'ont pas leur résidence habituelle en Allemagne ou dans les territoires assimilés par l'ordonnance du Conseil fédéral du 13 octobre 1900 ; 2° du § 21 de la loi d'assurances contre les accidents dans les entreprises de construction portant exclusion du droit à la rente pour les survivants non domiciliés en Allemagne ou dans les territoires assimilés par l'ordonnance du Conseil fédéral du 13 octobre 1900 (1).]

[En ce qui touche spécialement la France, on peut espérer que, grâce à un système de concessions réciproques, les conventions internationales relatives au travail se développeront et qu'un nombre toujours croissant d'ouvriers étrangers bénéficieront de l'égalité de traitement avec les ouvriers français, à charge de réciprocité.]

[Cet espoir a déjà reçu un commencement de réalisation. La convention franco-belge du 12 juin 1906 et la convention franco-luxembourgeoise du 10 novembre 1906 effacent toutes les différences entre les nationaux des Etats contractants et les étrangers. Très explicites et très complètes, ces conventions stipulent entre sujets belges ou luxembourgeois et citoyens français une assimilation intégrale et réciproque. Voici l'art. 1er de la convention franco-belge du 12 juin 1906 : « Les sujets belges, victimes d'accidents du travail en France, ainsi que leurs ayants droit, seront admis au bénéfice des indemnités et des garanties attribuées aux citoyens français par la législation en vigueur sur les accidents du travail. Par réciprocité, les citoyens français victimes d'accidents du travail en Belgique, ainsi que leurs ayants droit, seront admis au bénéfice des indemnités et des garanties attribuées aux sujets belges par la législation en vigueur sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail » (2). En ce qui concerne la Belgique, l'assimilation des travailleurs français aux

(1) [Même *Revue*, 1905, p. 591 ; Cabouat, *loc. cit.*, p. 250-251.]

(2) [*J. off.*, 14 juin 1906, p. 4013 ; J. C., 1905, p. 235 ; Cabouat, *op. cit.*, t. II, p. 248 ; Fron, *Quelques observations sur la convention franco-belge* du 21 fév. 1906, *Revue de droit intern. privé*, 1906, p. 295. Cette convention franco-belge, signée le 21 fév. 1906, ratifiée le 7 juin, a été promulguée en France par un décret du 12 juin publié au *Journal officiel* du 14 juin 1906].

nationaux résultait déjà de la loi du 14 décembre 1903, dans laquelle ne se rencontre aucune restriction relative aux ouvriers étrangers.]

[L'art. 1er de la Convention franco-luxembourgeoise du 27 juin 1906 est conçu en termes identiques à ceux de l'art. 1er de la Convention franco-belge (1).]

[Entre ces deux conventions a été conclu un traité franco-italien sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail, le 9 juin 1906. Ratifié le 4 juin 1907, ce traité a été promulgué par décret inséré au *Journal officiel* du 21 juin 1907. Ce traité a heureusement complété et amélioré la situation qui résultait de la convention signée à Rome le 15 avril 1904. Aux termes de l'art. 1er de cette convention, les indemnitaires italiens cessant de résider sur le territoire français ne conservaient pas le bénéfice intégral de leurs rentes; ils « auront droit à des indemnités à déterminer », disposait l'art. 1er. Désormais, l'assimilation est complètement établie entre les Italiens et les Français. L'art. 1er du traité franco-italien porte : « Les ouvriers ou employés de nationalité italienne, victimes d'accidents par le fait ou à l'occasion du travail sur le territoire français, ou leurs représentants, auront droit aux mêmes indemnités quē celles qui sont accordées aux ouvriers ou employés de nationalité française ou leurs représentants, et réciproquement ». Et l'art. 2 ajoute : « Ces dispositions sont également applicables, dans les conditions prévues aux articles ci-après, aux ayants droit qui ne résidaient pas sur le territoire du pays où s'est produit l'accident lorsqu'il est survenu ou qui ont postérieurement cessé d'y résider (2).]

[En attendant la conclusion de nouveaux traités et sans méconnaître les progrès réalisés par ces conventions diplomatiques, les

(1) [*J. off.*, 15 nov. 1906, p. 7065; J. C., 1907, p. 564-566.]

(2) [J. C., 1907, p. 1230. — Cette convention est entrée en vigueur le 1er novembre 1907 dans les deux pays. Malheureusement, s'il est excellent dans son principe, l'arrangement franco-italien eût pu être plus heureux dans sa forme. Et il était à peine entré en vigueur qu'une difficulté se présentait et que surgissait entre patrons et ouvriers une divergence d'opinion. Bon nombre d'ouvriers italiens, blessés avant le 1er novembre 1907, titulaires d'une rente, ont quitté, aussitôt après la mise en vigueur de l'arrangement, le territoire français pour aller résider dans leur pays et ont prétendu conserver leur rente, tout comme pourrait le faire l'ouvrier français auquel il se trouve désormais assimilé. Les patrons ont prétendu, de leur côté, que ces ouvriers avaient encouru la déchéance de l'art. 3 de la loi de 1898 et ont offert trois annuités de la rente à titre de rachat. Dans le sens de la prétention des ouvriers, v. Sicoré, J. C., 1909, p. 68-74.]

avantages accordés aux ouvriers étrangers sont limités par l'art. 3 al. 18 de la loi du 9 avril 1898, texte remanié par la loi du 31 mars 1907, aux indemnités dont jouissent les ouvriers français dans le pays de ces ouvriers étrangers (1).]

[Le principe même d'une différence entre le Français et l'étranger au point de vue des accidents du travail est très vivement critiqué et la loi française est loin d'être sur ce point la plus libérale des législations contemporaines. Parmi les lois étrangères les plus récentes, il en est un grand nombre qui déterminent, sans acception de nationalité, les conditions d'admission des victimes d'accidents du travail au bénéfice du risque professionnel : on peut citer en ce sens la loi anglaise du 6 août 1897 (art. 7) (2), la loi italienne du 17 mars 1898 (art. 1er) et celle du 29 juin 1903, la loi espagnole du 30 janvier 1900 (art. 1er), la loi néerlandaise du 2 janvier 1901 (art. 9), la loi russe des 2-17 juin 1903 (art. 1er), et la loi belge du 24 décembre 1903 (art. 1er).]

[L'Association internationale pour la protection légale des travailleurs a adopté dans son Assemblée générale de Bâle tenue en septembre 1904, une résolution tendant à l'assimilation des nationaux et des étrangers au point de vue de l'assurance et du risque

(1) [La loi du 26 mars 1908, qui a modifié l'art. 5 de la loi du 12 avril 1906, relatif à la contribution imposée aux exploitants non patentés pour l'alimentation du fonds de garantie institué par la loi du 9 avril 1898, ne touche en rien à la situation des ouvriers étrangers. *J. off.*, 29 mars 1908.]

(2) [La loi de 1897 ne s'applique qu'aux commerces et aux industries les plus dangereuses. Mais une nouvelle loi sur les accidents du travail, un nouveau *Workmen's Compensation Act,* a été voté en 1906, et cette dernière loi s'applique à quiconque travaille en vertu d'un contrat de service ou d'apprentissage conclu avec un employeur, que le travail soit manuel, intellectuel (*clerical*) ou autre, exceptions faites toutefois pour les personnes dont la rémunération annuelle dépasse 250 livres sterling, pour celles qui ne sont employées qu'occasionnellement, pour celles qui travaillent chez elles, qui sont agents de police ou qui appartiennent à la famille de l'employeur. Les étrangers ne sont ni expressément compris dans le *Workmen's Compensation Act,* ni exclus de ses dispositions. Il existe certainement des motifs pour penser que l'intention de la loi a été de les y comprendre. V. Knowles, *R. D. I. P.*, 1908, p. 369-371. — Il est à remarquer que la loi des Etats-Unis approuvée le 11 juin 1906 par le Président Roosevelt (National Employers' Liability Law), qui organise la protection des employés et ouvriers victimes d'accidents dans leur travail et ne vise d'ailleurs que les *common carriers,* c'est-à-dire les entrepreneurs de travaux publics et, parmi eux, que ceux qui se livrent à l'*interstate commerce,* c'est-à-dire dont l'exploitation s'étend sur plusieurs Etats ou territoires, ou met en rapport un Etat de l'Union avec un Etat étranger, a été déclarée inconstitutionnelle par deux Cours fédérales saisies de la question (31 décembre 1906 et 3 janvier 1907). J. C., 1907, p. 873.]

professionnel et demandant l'application de la loi du lieu où travaille l'ouvrier, sans distinction de nationalité, de domicile ou de résidence (1).]

[Dans la doctrine, des jurisconsultes autorisés, comme M. Cabouat, en France, et M. Feigenvinter, avocat à Bâle, auteur d'un rapport remarquable sur le traitement légal des étrangers en matière de responsabilité et d'assurance, ont soutenu avec conviction et vigueur la thèse de l'assimilation absolue des étrangers aux nationaux en ce qui touche la réparation des accidents du travail. Le maintien d'un système de déchéances atteignant les travailleurs étrangers est contraire au principe même de la responsabilité patronale. « Si l'on écarte, dit très bien M. Cabouat, toute idée de bienfaisance ou d'assistance dont les avantages pourraient à la rigueur être réservés aux nationaux, reste ceci que la base commune des systèmes d'indemnisation organisés suivant les principes les plus divers, est dans le contrat de travail dont il est manifeste que les effets conventionnels ou légaux sont insusceptibles de varier avec la nationalité des parties contractantes. Conforme à la conception moderne du contrat du travail, cette unité de condition des travailleurs s'impose comme une nécessité tout à fait indépendante, d'ailleurs, de l'organisation contingente de la responsabilité elle-même (2) ».]

[On a allégué, à l'appui des restrictions de l'art. 3, al. 15, 16 et 17 de la loi du 9 avril 1898 (texte remanié par la loi du 31 mars 1905), des raisons d'ordre pratique ou économiques, qui se réduisent à ces deux allégations : d'une part, les arrérages des rentes servies par les chefs d'entreprise français ne peuvent être dépensées à l'étranger ; et, d'autre part, la résidence de l'indemnitaire hors de France crée une situation nouvelle exigeant pour le service de la rente des justifications parfois si difficiles à fournir que mieux vaut, pour plus de clarté et de sécurité, procéder à une capitalisation immédiate de l'indemnité elle-même.]

(1) [*Revue de droit intern. privé,* 1906, p. 94 ; 1908, p. 34-35 ; Cabouat, *op. cit.,* II, p. 253, note 3. — Quelques lois plus récentes encore sont moins libérales : telle, la loi norvégienne du 12 juin 1906. Même Revue, 1908, p. 35. — [Sur le sens de l'art. 9 § 2 de la loi néerlandaise qui semble bien soumettre à une condition de réciprocité législative la condition des ouvriers étrangers non domiciliés en Hollande lorsqu'ils sont employés au service d'une entreprise ayant son siège à l'étranger, les observations de M. Serre, J. C., 1902, p. 977 ; Cabouat, *op. cit.*, II, p. 253, note 2.]

(2) Cabouat, *op. cit.*, II, p. 251 ; cpr. Feigenvinter, *R. D. I. P.*, 1906, p. 94 et 1908, p. 24 et s.

[Mais cette dernière allégation de difficultés réputées insurmontables, tombe devant le traité franco-italien du 9 juin 1906, qui a surmonté ces mêmes difficultés (1). Et qui n'aperçoit clairement que la première allégation est on ne peut plus mesquine? Peut-on prendre en sérieuse considération le préjudice que ressentira la richesse publique française de l'exportation de numéraire correspondant aux faibles rentes allouées aux ouvriers étrangers? A-t-on jamais songé à soumettre à des restrictions quelconques, les réparations accordées à des étrangers conformément au droit commun de l'art. 1382? Si la disposition de l'art. 3, al. 15 de la loi du 3 avril 1898 (texte du 31 mars 1905) était réellement fondée, la logique exigerait qu'elle fût généralisée. Mais si cette généralisation ne peut pas même être discutée et proposée, n'est-ce pas la preuve que la situation faite aux travailleurs étrangers est une anomalie inacceptable? (2)]

[Malheureusement, les gouvernements, peu épris de justice idéale, croient plus habile de conserver ces dispositions exceptionnelles et rigoureuses comme une menace ou un gage leur permettant de s'imposer mutuellement des concessions réciproques. La conclusion de conventions internationales du travail paraît donc, à l'heure actuelle, le meilleur et peut-être le seul moyen de faire prévaloir le principe de l'assimilation des étrangers aux nationaux (3).]

[Malgré les rivalités économiques des Etats, il est un autre souci plus noble, sur lequel tous peuvent s'accorder : celui de respecter dans l'ouvrier la dignité humaine; un idéal de justice sociale et de paix industrielle, après avoir attiré les esprits et les cœurs, est déjà en pleine voie de réalisation (4).]

(1) [J. C., 1907, p. 1231-1233, art. 5-13 du traité. Cpr. Sicoré, J. C., 1909, p. 68-74.]

(2) [Cabouat, *op. cit.*, t. II, p. 240, 244, 252. Cpr. Feigenwinter, *Revue du droit intern. privé*, 1906, p. 94 et s.; 1908, p. 24 et s.]

(3) [Barrault, *L'assistance ouvrière et les étrangers*, p. 10.]

(4) [Raynaud, *Une première application de la législation internationale du travail*, J. C., 1907, p. 965, p. 948 et s. : il s'agit de deux conventions relatives, l'une à l'interdiction du travail de nuit des femmes employées dans l'industrie, l'autre à l'interdiction du phosphore blanc dans l'industrie des allumettes, qui ont été signées à Berne le 26 septembre 1906, l'une par onze, l'autre par treize Etats; le délai pour la ratification de la première convention est expiré le 31 décembre 1908; un délai de trois ans est accordé pour la mise en vigueur de la seconde convention et prendra fin le 1er janvier 1911. Cpr. Dochow, *Internationaler Arbeiterschutz, Zeistchrift für int. privat und öffentl. Recht*, 1906, p. 574; Torlonia, *Protezione*

8° Les étrangers paient les mêmes impôts que les nationaux; et cette assimilation est confirmée par nombre de traités. Dans quelques pays, cependant, les étrangers sont frappés d'une taxe spéciale, et l'on a proposé d'établir cette règle en France, malgré l'obstacle qu'opposeraient les conventions internationales auxquelles nous venons de faire allusion (1). D'ailleurs, l'impôt est exigible d'un étranger par le fait seul qu'il se trouve dans un cas où l'on pourrait le réclamer d'un Français; ainsi il doit la contribution personnelle et mobilière quand il habite en France, alors même qu'il n'y aurait pas fixé son domicile (2). Une règle semblable, adoptée à peu près partout, conduit à ce résultat inique que l'impôt est dû dans plusieurs Etats à la fois pour les mêmes biens et à propos des mêmes faits. On n'a même pas toujours su éviter cette fâcheuse conséquence dans les traités : ainsi la loi française du 23 août 1871, art. 3 et 4, assujettit au droit de mutation toutes les valeurs mobilières dépendant de la succession d'un étranger domicilié en France, même sans autorisation; or, d'après l'art. 5 du traité franco-suisse du 15 juin 1869, la succession d'un Suisse décédé en France est censée s'ouvrir au domicile d'origine dans sa patrie, ce qui entraîne le paiement d'un nouveau droit de mutation en Suisse (3).

Le principe est celui de la *territorialité* de l'impôt, qui ne peut frapper que les biens situés dans le pays, les personnes qui s'y trouvent et les actes qui y sont accomplis. L'impôt doit en effet

internazionale dei lavatori italiani, Archivio Giuridico, t. LXXVI, p. 1 et s.; Rossi, *Les accidents du travail en Italie,* Paris, 1907; Samie, *Les ouvriers étrangers en France et le risque professionnel,* Poitiers, 1907. Pour la jurisprudence : Allemagne, J. C., 1907, p. 445; Etats-Unis, *Ibid.,* p. 1056 et 1908, p. 127 et p. 1104. *Adde :* Conférence de Berne pour la protection ouvrière (17-26 septembre 1907), *Archives diplomatiques,* t. CIV, 1907, p. 17.]

(1) Traités avec l'Espagne, 6 fév. 1882, art. 4; la Suisse, 23 fév. 1882; [la Bulgarie, 13 janv. 1906, art. 4 et 7; la Roumanie, 6 mars 1907, art. 4]; Critique du projet de taxe sur les étrangers, P. Leroy-Beaulieu, J. C., 1888, p. 169; Chambre de commerce de Paris, *id.,* 1890, p. 837; [déclaration de M. Rouvier à la chambre des députés le 6 mai 1893, *J. off.* du 7 mai 1893. — Cpr. Weiss, *Traité,* t. II, 2e éd., p. 137-140; Mas, *La main-d'œuvre étrangère en France, Revue politique et parlementaire,* mars 1894; P. Pic, *De la condition juridique des travailleurs étrangers en France,* J. C., 1906, p. 312.]

(2) Cons. d'Etat, 13 mai 1852, S., 52. 2. 479.

(3) V. J. C., 1879, p. 256. — Lehr, *Des doubles impositions en Droit international, de leurs causes et de leurs remèdes,* J. C., 1901, p. 722 et suiv,; de Bar, *Theorie und Praxis,* t. I, p. 77 et suiv; [Weiss, *Traité de droit int. privé théorique et pratique,* t. II, 2e éd., 1908, p. 187 et suiv.]

correspondre à un service rendu, lequel ne peut être fourni par l'Etat que dans son propre territoire (1). Des difficultés peuvent cependant se produire, pour l'application de l'impôt des patentes, quant au point de savoir si une profession est exercée en France ou à l'étranger (2). Pour les commis-voyageurs étrangers, la loi du 15 juillet 1880, art. 24, applique le régime de la réciprocité (circ. minist. 26 déc. 1890, J. C., 1891, p. 353).

Plus délicate encore est la question pour les droits d'enregistrement qui sont si complexes (3).

Pour les mutations entre-vifs d'immeubles, le droit proportionnel ne s'applique que si les biens sont situés en France, les actes fussent-ils passés en France ou passés à l'étranger et produits en France; dans ces derniers cas, il n'est perçu qu'un droit gradué

(1) [Une théorie rationnelle du droit fiscal international est encore à faire. Le principe de la territorialité de l'impôt, souvent mal compris, signifie purement et simplement qu'un Etat ne peut avoir deux systèmes d'organisation fiscale, l'un pour ses nationaux, l'autre pour les étrangers; il ne se comprend plus, si on l'entend en ce sens que l'étranger est soumis en France, par exemple, par sa personne, ses biens et ses actes, aux mêmes taxes que les Français. Si l'on part de cette idée que l'impôt est la rémunération des services rendus par la communauté aux particuliers, il faudra faire payer aux étrangers l'impôt correspondant aux services dont ils bénéficient et les dispenser de tous les autres. Or, il n'arrive presque jamais que dans l'impôt apparaisse le service public qu'il s'agit de rémunérer. En fait, dans tous les pays, l'exagération progressive des dépenses publiques est telle que les impôts se mesurent, non sur les services rendus par l'Etat, mais sur les facultés des contribuables. Mais ce point de vue ne saurait être celui de la doctrine : « Il ne suffit pas de pouvoir prendre, a-t-on très bien dit, pour que la perception soit légitime ». Aussi, pratiquement et à défaut d'une théorie absolument rationnelle, adopte-t-on cette solution empirique qui consiste à déclarer un étranger assujetti à un impôt, lorsque cet étranger remplit les conditions de fait qui rendent cet impôt exigible d'un Français : domicilié en France, il y paiera les impôts que l'on acquitte à son domicile; propriétaire de biens, ceux que l'on exige au lieu où ce domicile est situé; exerçant une industrie, ceux qui ont pour cause cette industrie et sont perçus à l'endroit où elle a son siège. Pillet, *Principes de Droit int. privé,* p. 240-247; Cpr. J. C., *Tables générales,* t. III, v° *Impôt,* p. 1007; Wahl, J. C., 1891, p. 1065 et suiv.; 1902, p. 442 et suiv.; 1903, p. 70 et suiv.; 1904, p. 80 et suiv.; 1908, p. 961 et suiv.; 1909, p. 37 et suiv.; *Traité de droit fiscal,* t. II, n. 930 et suiv., et t. III, n. 491 et suiv., n. 755 et suiv.]

(2) Cons. d'Etat, 9 nov. 1889, J. C., 1891, p. 958; *Jurisprudence,* Vincent et Penaud, *loc. cit.,* v° *Patente,* n. 2 et 3.

(3) V. A. Wahl, *Des droits d'enregistrement dans les rapports intern.,* J. C., 1891, p. 1065; 1892, p. 834; 1894, p. 677; 1896, p. 991; Weiss, *op. cit.,* II, p. 192-208; *Des valeurs mobilières étrangères dans la nouvelle législation fiscale,* J. C., 1896, p. 256.

de 0,20 0/0 (loi du 16 juin 1824, art. 4; loi de finances, 28 avril 1893, art. 19).

Dans les mutations entr-evifs de meubles, le droit proportionnel est dû, les biens fussent-ils à l'étranger, si une cause quelconque motive l'enregistrement de l'acte en France (loi 23 août 1871, art. 4; 28 février 1872, art. 1er, § 2; Cass. ch. réun., 17 déc. 1890, J. C., 1891, p. 512).

Le droit est dû pour toute mutation par décès d'une valeur mobilière ou immobilière ayant son assiette en France (loi 22 frimaire an VII), quelle que soit la nationalité du défunt (cons. d'Etat, 11 février 1829). Mais, de plus, toutes les valeurs mobilières *étrangères* dépendant d'une succession régie par la loi française sont frappées du droit de mutation (lois 18 mai 1850; 13 mai 1863, art. 11; 23 août 1871, art. 3). Si le défunt n'était pas domicilié en France, le droit ne porterait donc que sur les valeurs françaises; mais la règle de la *territorialité* de l'impôt l'emporterait toujours, quel que fût le domicile du *de cujus*, s'il s'agissait de meubles corporels situés sur le territoire français (1).

D'après la loi du 25 février 1901, art. 3, les dettes sont déduites pour le calcul des droits de mutation; mais l'art. 7, n° 5, dispose ce qui suit : « ne sont pas déduites les dettes résultant de titres passés ou de jugements rendus à l'étranger, à moins qu'ils n'aient été rendus exécutoires en France; celles qui sont hypothéquées *exclusivement* sur les immeubles situés à l'étranger; celles enfin qui grèvent les successions d'étrangers, à moins qu'elles n'aient été contractées en France, et envers des Français ou envers des sociétés et des compagnies étrangères ayant une succursale en France ». [Cette restriction a été justement critiquée (2).]

On pourrait utilement s'inspirer, en cette matière, de la loi saxonne du 13 nov. 1876, art. 8, d'après laquelle les biens, sauf les immeubles, laissés par un étranger et recueillis par un étranger en Saxe, ne doivent pas être grevés de droits de mutation, pourvu que le pays auquel les héritiers appartiennent accorde la réciprocité. — La question des doubles impositions dans les rapports internationaux est mise à l'étude par l'Institut de Droit international, et la solution équitable s'impose d'autant plus que le

(1) Cass., 28 janv. 1880, S., 81. 1. 479. [Cpr. Pillet, *op. cit.*, p. 245-246; Weiss, *Traité*, t. II, p. 203-207; Walh, J. C., 1904, p. 80 et s.; *id.*, *R. D. I. P.*, 1905, p. 80 et s. et p. 615 et s.]

(2) [Walh, *R. D. I. P.*, 1905, p. 627].

nombre des patrimoines exposés à payer plusieurs fois la même contribution augmente chaque jour à cause du développement des relations entre les peuples (1).

[La question des droits de mutation par décès a donné lieu récemment à l'arrangement franco-anglais du 15 novembre 1907. L'extrême facilité avec laquelle les valeurs mobilières passent la frontière ne pouvait manquer d'attirer l'attention des gouvernements et de provoquer des mesures destinées à assurer le respect de leurs lois fiscales. Déjà une convention avait été conclue, à cet effet, le 12 août 1843, à Lille, entre la Belgique et la France (2).] Tel est aussi le but de l'arrangement franco-anglais du 15 novembre 1907, conclu en vue de faciliter dans les deux pays le contrôle des déclarations souscrites pour le paiement des droits exigibles sur les valeurs mobilières qui font l'objet d'une transmission par décès (3). Cet arrangement serait le premier d'une série d'accords particuliers destinés à préparer une entente internationale, tendant à unir les divers Etats du monde pour assurer la répression de la fraude en matière fiscale. Il ne s'agit nullement de proscrire l'exode des capitaux ou d'en provoquer l'extradition. Comme l'indique le préambule, l'arrangement du 15 novembre 1907 a pour but « d'empêcher, autant que possible, la fraude dans les cas de droits de succession ».]

[L'art. 1er de l'arrangement porte que le gouvernement britannique s'engage à fournir, pour toutes les personnes décédées dont le domicile est en France, un extrait de l'*affidavit* contenant les nom, prénoms, domicile et lieu de décès du *de cujus*, les renseignements touchant ses successeurs et la consistance de l'hérédité en valeurs mobilières. Toutefois, l'extrait ne sera fourni que dans les cas où

(1) V. Lehr, *Les bases de l'impôt en Droit intern.*, *R. D. I.*, 1897, p. 428; *id.*, *Quelques mots sur le Droit fiscal intern. et les immunités des souverains*, J. C., 1899, p. 311 et s.; *id.*, *R. D. I.*, 1899, p. 554 (contre les doubles impositions); Westlake, *The Economic Journal*, septembre 1899 (pour les doubles impositions); Von Bar, *Observations sur les principes de Droit intern. concernant les impôts, notamment les doubles impositions*, *R. D. I.*, 1900, p. 435; *Annuaire de l'Institut de Droit intern.*, XVI, 1897, p. 118, rapport de M. Barclay; J. Bartoshewicz, *Die Erbschaftssteuer in internationalen Rechte*, Lemberg, 1899; A. Garelli, *Il diritto internazionale tributario* : Parte generale : *La scienza della finanza internazionale tributaria*, Turin, 1899; [J. C., *Exode des capitaux à l'étranger*, 1906, p. 1425; *Ibid.*, *Nationalité des fortunes*, 1907, p. 1022.]

(2) [V. le texte dans Clunet, *Tables générales*, t. II, p. 1016.]

(3) [Cet arrangement a été sanctionné par un décret du 13 décembre 1907, publié au *J. off.* du 14 décembre; V. le texte dans J. C., 1908, p. 265, et la note.]

le total de ces valeurs mobilières atteindra un minimum de cent livres sterling (2.520 fr.). Aux termes de l'art. 2, le gouvernement français s'engage à fournir, pour toutes personnes décédées dont domicile est dans le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, un extrait de la déclaration de mutation par décès contenant les indications énumérées dans l'art. 1er. Toutefois l'extrait ne sera fourni que dans le cas où le total des valeurs mobilières déclarées atteindra le minimum de 2.520 francs. Les art. 3, 4 et 5 fixent quelques détails. Et l'art. 6 détermine la date à partir de laquelle l'arrangement entrera en vigueur. Le premier envoi effectué par les deux gouvernements concernera le trimestre du 1er janvier au 31 mars 1909.]

[La Convention franco-anglaise n'apporte aucun changement à la perception des droits de mutation par décès. Les conditions d'exigibilité de l'impôt restent les mêmes, pour les Anglais en France et pour les Français en Angleterre. Mais les renseignements qu'échangeront deux pays auront pour effet d'atténuer notablement les dissimulations de la matière imposable. L'accord des deux gouvernements n'a aucune conséquence juridique; son influence ne s'exerce que sur le fait : il est appelé à procurer des avantages indéniables au Trésor des deux nations (1).]

§ III. *Droits privés.*

38. Sous l'influence des idées admises par la Révolution, on consacra tout d'abord, dans le premier projet du Code civil, une égalité parfaite entre les Français et les étrangers. Trouvant cette concession dangereuse, la section de législation du Conseil d'Etat proposa de traiter les étrangers en France comme les Français seraient traités en pays étranger : c'était la réciprocité pure et simple, dite encore *réciprocité législative*. Mais le Tribunat fit observer que l'on se trouverait ainsi à la merci des Etats étran-

(1) [Jobit, *Du droit de mutation par décès dans les rapports internationaux*, J. C., 1908, p. 343-351; Cpr. *Id., ibid.*, 1902, p. 295 et s.; E. Stocquart, *ibid.*, 1908, p. 109; Pellegrin, *Notions de droit anglais concernant les successions de Français laissant des biens en Angleterre*, J. C., 1909, p. 47-56. — V. pour les dépôts effectués en Suisse et les droits de succession à payer, J. C., 1908, p. 315-318. — *Adde* Clunet, *Tables générales*, t. III, v° *Capitaux*, p. 279; v° *Impôts*, p. 1007; et t. IV, v° *Succession* (régime fiscal), p. 841; Wabl, *Les conventions internationales relatives aux échanges de renseignements entre les administrations fiscales* (Conventions franco-belge du 12 août 1853 et franco-anglaise du 15 novembre 1907), *R. D. I. P.*, 1908, p. 59-87.]

gers qui, sans avantage peut-être pour la France, mais avec grand profit pour eux, donneraient à leurs nationaux une condition très favorable dans notre pays, par le seul fait qu'ils feraient une concession semblable aux Français sur leur territoire. On voulut permettre au gouvernement de juger de l'opportunité qu'il y aurait à accorder telle ou telle faveur aux habitants d'un pays et lui laisser la faculté de s'entendre à cet égard avec les autres Etats dans des traités : on en vint ainsi au système de la *réciprocité diplomatique* qui est consacré dans l'art. 11 C. civ. En même temps, on donnait une situation privilégiée aux étrangers autorisés par le gouvernement à fixer leur domicile en France. De là, deux catégories d'étrangers dont la condition est très différente au point de vue des droits privés.

Il a été, du reste, toujours admis que l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques qui s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales (art. 7 C. civ. modifié dans sa rédaction par la loi du 26 juin 1889 sur la Nationalité).

I. Etrangers non autorisés à fixer leur domicile en France.

39. Aux termes de l'art. 11 du C. civ., ces étrangers n'auraient que les droits civils qui sont accordés aux Français dans des traités conclus avec la nation à laquelle ils appartiennent : il s'agit donc d'une réciprocité *diplomatique* ou *convenue* et non d'une réciprocité *de fait* ou *législative*. On essaya, lors de la discussion de l'art. 11, de justifier ce principe en disant qu'il fournissait le moyen le plus sûr d'obtenir des autres gouvernements l'abrogation de toutes les dispositions rigoureuses contre les étrangers. En effet, dit-on, le libéralisme de la Constituante ayant été accepté par les autres pays sans la moindre compensation de leur part, il fallait déterminer ces derniers à renoncer, dans des conventions diplomatiques, à toute mesure défavorable pour les étrangers, en leur accordant, en retour, une concession semblable (1). Il y aurait beaucoup à dire, au point de vue moral, contre ce procédé qui consiste à maintenir une législation reconnue inique, pour amener indirectement les autres Etats à l'abolir : la justice s'observe pour elle-même et abstraction faite de semblables considérations (2).

(1) *Exposé des motifs de Treilhard,* n. 9; Locré, *Législ.*, I, p. 468.

(2) V. critique de Boissy d'Anglas, séance du 29 fructidor an X, *Archives parlementaires,* III, p. 195.

Mais, au fond, le vrai motif qui fit adopter la règle contenue dans l'art. 11, c'est qu'on ne voulut pas, par un sentiment d'amour-propre et d'intérêt, se montrer généreux en pure perte, ni renouveler ce que l'on avait appelé *la sublime niaiserie* de la Constituante.

Le système de la réciprocité diplomatique est du reste très critiquable : outre que, tel qu'il est formulé dans l'art. 11, il suppose admise une distinction entre les droits civils et les droits des gens que nous aurons à réfuter plus tard, il présente, en lui-même, des défauts considérables. En l'adoptant, on fait dépendre de l'accord des peuples, c'est-à-dire de leur amitié ou de leur haine, la condition des étrangers qui devrait être déterminée par des principes fixes de justice. De plus, rendus variables et changeants comme l'entente des Etats, les droits des étrangers ne présentent plus de stabilité : aussi les habitants des autres pays, craignant sans cesse une modification dans leur condition juridique, hésitent-ils à venir sur le territoire d'une nation qui leur offre si peu de sécurité, au grand détriment du commerce international. Enfin, la conséquence logique du système est de dénier les droits civils aux habitants d'un pays qui se refuse à toute concession, et de conduire ainsi fatalement dans la voie des représailles, si iniques qu'elles puissent être.

40. Les rédacteurs du code civil ont aggravé les défauts inhérents au système qu'ils ont consacré, en formulant ce dernier dans un article peu précis dont le véritable sens fait l'objet d'une grande controverse. Mais, pour comprendre cette question, il est indispensable de donner une idée d'ensemble de la condition qui a été faite aux étrangers par le code civil, dans d'autres dispositions qui complètent celle de l'art. 11.

L'art. 726 frappait les étrangers de l'incapacité de recueillir une succession, et l'art. 912 établissait contre eux l'incapacité de recevoir une donation entre vifs ou testamentaire. Les nouvelles dispositions étaient d'un côté moins dures et de l'autre plus rigoureuses que l'ancien droit d'aubaine : moins dures, en ce qu'elles ne frappaient l'étranger que de l'incapacité d'hériter *ab intestat* et non de transmettre sa succession et que, de plus, la succession dévolue à un étranger passait aux autres héritiers français, au lieu d'être directement prise par le fisc comme dans l'ancien droit; plus rigoureuse, en ce qu'elles étendaient l'incapacité de recueillir aux donations que les légistes faisaient entrer dans le *jus gentium*.

En second lieu, l'art. 14 du code civil permet au demandeur français d'assigner son défendeur étranger, en matière personnelle et mobilière, devant les tribunaux de France, contrairement à la maxime : *Actor sequitur forum rei.*

Troisièmement, le demandeur étranger est astreint à fournir la *caution judicatum solvi,* aux termes de l'art. 16 C. civ. et 166 P. civ. (1).

Enfin l'art. 905 P. civ. refuse aux étrangers le bénéfice de la cession des biens, et la loi du 17 avril 1832 (art. 14 et 15) était beaucoup plus sévère pour eux que pour les Français en ce qui concerne l'application de la contrainte par corps.

De ces mesures de défaveur contre les étrangers, désignées quelquefois sous le nom de *privilegia odiosa,* la plupart ont aujourd'hui disparu. Les art. 726 et 912 C. civ. ont été abrogés par la loi du 14 juillet 1819, sauf une restriction qui sera étudiée plus tard à propos des successions considérées en Droit international privé; la loi du 22 juillet 1867 a aboli celle de 1832 relative à la contrainte par corps (2); il ne reste donc plus aujourd'hui que les

(1) [Cette caution, improprement appelée *judicatum solvi,* a eu, dans notre législation, une fortune assez curieuse : après avoir été limitée aux matières civiles pendant presque tout le XIXe siècle, elle a été étendue aux matières commerciales par la loi du 5 mars 1895, qui a modifié en ce sens l'art. 16 du Code civil. Cette réforme était à peine faite que la Convention de La Haye du 14 novembre 1896 supprimait la *caution judicatum solvi,* accordant en retour l'*exequatur* sans revision aux condamnations prononcées contre le demandeur étranger dans les rapports des pays signataires énumérés note 1 ci-dessous. V. art. 11-13 de cette Convention de La Haye, de Clercq, t. XX, p. 642. V. aussi art. 17-19 de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905 entre la France, l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Suisse, destinée à remplacer la Convention de 1896. La ratification de cette Convention de 1905 est actuellement soumise aux Chambres, en même temps que celles de la même date sur les effets du mariage quant aux droits personnels et sur les biens des époux et sur l'interdiction et les mesures de protection analogues. V. *J. off.* du 29 janv. 1909, Sénat, session ordinaire de 1909, *Déb. parl.,* p. 5.]

(2) [Depuis la loi de 1867, la contrainte par corps n'a plus d'application que lorsqu'il s'agit de l'exécution des condamnations prononcées par les tribunaux répressifs; mais les étrangers et les français sont à cet égard traités de la même manière. V. Cass., 3 avril 1897, J. C., 1897, p. 1017, et *Revue critique,* 1898, p. 280. De plus, le traité du 14 novembre 1896, conclu à la suite des conférences de La Haye de 1893-1894, entre la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la Suisse et auquel ont adhéré l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, le Danemark, la Roumanie, la Russie, la Suède et Norvège, porte dans son article 17 : « La contrainte par corps, soit comme moyen d'exécution, soit comme mesure simplement conservatoire, ne pourra pas, en matière

art. 14 et 16 C. civ. comme contenant des dérogations au droit commun au préjudice des étrangers.

41. En dehors de ces dispositions claires et précises, mais spéciales, il faut, pour fixer la condition des étrangers en France, en revenir au texte général de l'art. 11. Mais quel est le sens exact de ce texte? Trois opinions ont été émises à ce sujet.

A. — Les uns, prenant au pied de la lettre la disposition de l'art. 11 C. civ., en ont conclu que l'étranger ne jouit en France d'aucun droit civil, c'est-à-dire d'aucune capacité juridique reconnue par la loi et relative au droit privé : la jouissance d'un droit de cette nature pour les étrangers serait toujours subordonnée à une concession formelle faite dans un traité conclu avec le pays auquel ils appartiennent (1).

Cette interprétation est généralement rejetée, bien qu'elle semble correspondre assez bien au texte de l'art. 11, à cause des conséquences inacceptables auxquelles elle conduit. A ce compte, en effet, à moins d'une disposition formelle de la loi ou d'un traité, les étrangers n'auraient pas de droits privés en France, pas même ceux dont l'exercice est indispensable à l'homme pour vivre dans la société, tels que la faculté de se marier, d'être propriétaire, d'ester en justice. Or, ni la tradition de l'ancien droit, si dur cependant pour les aubains, ni les explications fournies dans les travaux préparatoires ne donnent à croire que l'on ait voulu se montrer aussi rigoureux envers les étrangers et en faire de vrais parias. En vain objecte-t-on que la loi elle-même accorde implicitement aux étrangers les droits les plus essentiels : par exemple, l'art. 3, § 2, leur reconnaît la faculté d'être propriétaire, en

civile ou commerciale, être appliquée aux étrangers appartenant à l'un des Etats contractants dans les cas où elle ne serait pas applicable aux ressortissants du pays ». L'art. 24 de la Convention du 17 juillet 1905, destinée à remplacer celle du 14 novembre 1896 et actuellement soumise à la ratification du Parlement français, qui ne saurait être douteuse, consacre la même disposition et y ajoute cette précision : « Un fait qui peut être invoqué par un ressortissant domicilié dans le pays pour obtenir la levée de la contrainte par corps, doit produire le même effet au profit du ressortissant d'un Etat contractant, même si ce fait s'est produit à l'étranger ». Projet de loi, Sénat, session extraordinaire de 1908, n. 343, Annexe à la séance du 10 décembre 1908, p. 24. — Cette précision vise le cas tout spécial d'un étranger astreint à la contrainte par corps dans un pays où cette mesure est légale en matière civile ou commerciale : un fait se produisant en dehors de ce pays, de nature à faire lever la contrainte par corps, une déclaration de faillite, par exemple, aura, en ce qui concerne la contrainte, le même effet que s'il s'était produit dans l'Etat où se trouve l'intéressé. Projet de loi cité p. 11-12.]

(1) Demolombe, *Cours de Code civil,* t. I, n. 240 et suiv., p. 366 et suiv.

supposant que des immeubles peuvent leur appartenir en France; l'art. 12, la faculté de se marier, en prévoyant le cas où une étrangère épouse un Français; les articles 14 et 15 indiquent encore qu'ils peuvent ester en justice. On a fait voir, avec raison, que cette réponse n'est, au fond, qu'une pétition de principe : les articles cités n'ont pour but, en effet, que d'établir des règles spéciales au cas où des étrangers usent de certains droits, mais non de nous dire à quelle condition ces droits eux-mêmes peuvent être invoqués par les étrangers; la question demeure donc entière. Si, pour la résoudre, on interprète l'art. 11 ainsi que le font les partisans du système que nous critiquons en ce moment, il faudra en conclure qu'à défaut de traités, les étrangers ne pourront invoquer les droits dont il s'agit.

B. — Très généralement en doctrine, et constamment en jurisprudence, on distingue entre les droits des gens et les droits civils : les premiers reconnus à tous les hommes sans distinction de nationalité, à cause de leur caractère général qui les fait consacrer par toutes les législations, car ils correspondent à l'exercice d'une faculté naturelle de l'homme, comme le droit de se marier; d'être propriétaire, de contracter; les autres spéciaux à la loi d'un pays et accordés seulement aux nationaux. C'est pour donner la jouissance de ces derniers aux étrangers qu'un traité serait nécessaire (1).

Cette manière de voir trouve une base très forte dans la tradition; nos anciens Parlements avaient en effet consacré la distinction romaine du *jus civile* et du *jus gentium*. Or, à maintes reprises, dans le cours des travaux préparatoires, on a affirmé, dit-on, l'intention de maintenir le même principe (2). On fait remarquer, en

(1) Cass., 7 juin 1826, S., 26. 1. 330; Bordeaux, 28 juillet 1863, S., 64. 2. 17; Cass., 16 fév. 1875, S., 75. 1. 193; Cass., ch. réun., 11 juillet 1848, D., 48. 1. 140; Cass., 20 mai 1862, D. P., 62. 1. 200; [Trib. civ., Auxerre, 13 janv. 1909 (motifs); *Gaz. Trib.*, 17 fév. 1909; Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. fr.*, 5e éd., t. I, § 78, p. 497 et suiv., *præsert.* p. 500, notes 14 et 15; Brocher, *Cours de Droit int. privé*, t. I, p. 164; Rolin, *Principes de Droit int. privé*, t. I, n. 54; Cpr. Demante, *Cours de Code civil*, n. 27, p. 76, et Fiore, *Droit int. privé*, note de M. Pradier-Fodéré, p. 65.]

(2) Exposé général de Portalis au Corps législatif, le 3 frimaire an X; Locré, *Législ.*, I, p. 330, n. 13; Rapport de Siméon au Tribunat; Locré, *Législ.*, II, p. 246 et 247, n. 8. — Du reste, la tradition n'avait pas, en cette matière, l'autorité qu'on lui attribue généralement. La distinction du *jus civile* et du *jus gentium* ne fut consacrée qu'après coup par les légistes, pour expliquer, d'après le Droit romain, les décisions de la jurisprudence à l'égard des étrangers. De plus, Pothier, le guide habituel des rédacteurs du code civil, n'admit jamais cette distinction.

outre, que le chapitre I du titre I du code civil est intitulé : *De la jouissance des droits civils;* et, dans le corps de ce chapitre, l'art. 8 n'accorde cette jouissance qu'aux Français, tandis que l'art. 11 la subordonne, pour les étrangers, à la réciprocité diplomatique, et l'art. 13 à l'autorisation de fixer leur domicile en France : il semble bien que l'opposition est manifeste entre la condition des Français et celle des étrangers, à ce point de vue. On dit enfin que, dans le chapitre II qui traite *de la privation des droits civils*, il n'est question que des Français, par l'excellente raison que les étrangers ne peuvent être dépouillés de droits dont ils ne jouissent pas.

Au point de vue théorique, l'interprétation de l'art. 11 qui vient d'être exposée a le grave défaut de reposer sur une distinction du *jus civile* et du *jus gentium* que rien ne justifie plus. Explicable chez les Romains, par suite du caractère exclusif de leur législation et du défaut de communauté de droit entre les nations de l'antiquité, cette distinction, nous avons déja eu l'occasion de le dire, n'avait plus sa raison d'être quand les légistes l'introduisirent en France. Aujourd'hui elle est en contradiction avec la conception moderne et parfaitement juste des droits civils ou privés : les droits de ce genre ne sont, en effet, que les facultés naturelles de *l'homme*, sanctionnées et réglementées par la loi dans leur exercice pour la bonne organisation sociale. De là, découle la conséquence que ces droits doivent être reconnus à tout homme, abstraction faite de sa nationalité, à la différence des droits politiques qui supposent une agrégation à un corps politique spécial, c'est-à-dire à un Etat particulier. On peut dire, en un mot, qu'il n'y a plus de droits civils ; il ne doit plus subsister que des droits des gens (1). On essaie bien de justifier cette distinction et de dire qu'elle n'est pas en opposition avec la conception moderne du droit privé, puisqu'elle s'efface peu à peu et suit même le progrès des idées nouvelles; le *jus civile* perd tous les jours du terrain, au bénéfice du Droit des gens qui s'accroît sans cesse. Mais cette évolution du Droit des gens, que l'on avoue et qui a pour résultat d'amener la disparition progressive du droit civil tel qu'on l'entend, est la condamnation même de la distinction proposée; si, en effet, cette distinction est destinée à disparaître avec le développement du droit, c'est qu'elle n'est pas rationnelle et se

(1) *Ann. de l'Instit. de Droit intern.*, V, p. 41-43 et 56-57 (Résolutions d'Oxford).

trouve, par le fait, condamnée au point de vue scientifique.

Si, maintenant, on se place au point de vue exégétique, il n'est pas aussi certain qu'on l'affirme que la distinction du Droit civil et du Droit des gens ait été conservée par les rédacteurs du Code civil. Les déclarations de Portalis et de Siméon, qui n'ont après tout que la valeur d'une opinion personnelle à ceux qui les ont émises, peuvent être combattues par les paroles de Chazal et de Ganilh qui affirmaient le peu de fondement de la distinction admise entre le Droit des gens et le Droit civil (1). D'autre part, l'ancienne tradition semble avoir été au contraire répudiée dans le Code civil; et ce qui le prouve, ce sont les articles 726 et 912. Le premier prive les étrangers de la capacité de recueillir une succession; il ne dit rien de celle de transmettre qui était cependant considérée jadis comme appartenant au *jus civile*. On ne peut d'ailleurs expliquer cette disposition en disant que l'on a restreint à cet égard le Droit civil, car on ne verrait pas de bonne raison juridique pour faire entrer dans le Droit des gens la faculté de transmettre et non celle de recueillir; on ne pourrait expliquer cette mesure que par le désir d'enrichir les nationaux en dépouillant les étrangers, et ce ne serait pas une justification. De plus, l'article 912 enlève aux étrangers la capacité de recevoir des donations entre vifs, ce qui cependant, pour tous les anciens légistes, était une faculté du Droit des gens. Sur ce point, contrairement à la tendance générale, le Droit civil aurait gagné du terrain ! La vérité, croyons-nous, c'est que ces deux textes accusent, chez le législateur, l'intention d'établir un droit tout nouveau pour les étrangers, et non d'adopter purement et simplement les règles anciennes.

C. — Dans une troisième opinion, préférable à notre avis, les étrangers jouissent en France de tous les droits privés, sauf de ceux qui leur sont enlevés par un texte formel : pour ces derniers, ils ne peuvent en profiter qu'en vertu de la réciprocité convenue dans un traité, conformément à l'art. 11 C. civ. Dans le projet de loi sur la nationalité, devenu la loi du 26 juin 1889, ce système avait été consacré; mais il fut repoussé sur la demande du ministre de la justice, qui fit ressortir que l'interprétation adoptée par la jurisprudence, plus rigoureuse, était de nature à encourager davantage les naturalisations (Sénat, 4 fév. 1887, *J. off.*, 5 fév.). Notre interprétation, en apparence contraire au texte de l'art. 11,

(1) *Archives parlementaires*, III, n. 210 et 247.

s'explique par les travaux préparatoires. Quand cet article fut présenté au Tribunat, celui-ci se récria en disant que les étrangers dont la nation n'aurait pas conclu de traités avec la France pour la jouissance des droits civils de la part de ses nationaux seraient pour ainsi dire mis hors la loi. Mais le rapporteur Grenier répondit que l'art. 11 n'avait pas la portée générale que son texte semblait indiquer, et que les droits privés enlevés aux étrangers seraient énumérés dans la suite; à l'égard de ces derniers seulement, la réciprocité diplomatique est exigée (1).

Ces droits, formellement enlevés aux étrangers en dehors d'un traité, sont indiqués, en ce qui concerne le code civil, dans les art. 14, 16, 726, 912 dont les deux premiers subsistent seuls aujourd'hui, depuis la loi du 14 juillet 1819. Ce n'est qu'en interprétant de cette façon l'art. 11 que l'on comprend les précisions faites par la loi dans les articles qui viennent d'être cités : si, en effet, les étrangers étaient privés de tous les droits civils, à quoi bon faire une mention spéciale de quelques-uns de ces droits et en donner ainsi une énumération incomplète? D'autre part, l'art. 726 n'enlevant aux étrangers que la capacité de recueillir une succession, il faudrait conclure que celle de transmettre, regardée unanimement comme étant du *jus civile*, leur est aussi retirée par le principe général de l'art. 11 qui les dépouille de tous les droits civils : or, la loi de 1819, dont le but certain était d'abroger tous les restes du droit d'aubaine, ne fait cesser que l'incapacité de recueillir; ce qui prouve que, dans l'esprit du législateur lui-même, l'incapacité de transmettre n'existait pas d'après l'art. 11 (2).

(1) Fenet, VII, p. 166, 210 et 240.

(2) [Proposée par MM. Valette et Demangeat, cette opinion a été adoptée par un grand nombre d'auteurs de la seconde moitié du XIXe et du début du XXe siècle. — V. Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers*, p. 254 et suiv.; Valette, *Explication sommaire du C. civ.*, p. 408-410; Chavegrin, *Revue critique*, 1883, p. 521; Surville et Arthuys, *Cours élém. de droit int. privé*, 4e édit., 1904, n. 116-121, p. 150 et suiv.; de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit intern. privé*, t. I, n. 567-568; Pillet, *Principes*, p. 215-232; Audinet, *Manuel de droit int. privé*, 2e éd., 1906, n. 227-229, p. 165-167. — Cpr. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit int. privé*, t. II, 2e éd., 1908, p. 222-228, qui a tenté une conciliation entre la deuxième et la troisième opinions. M. Weiss n'admet pas que le Code civil ait entendu dépouiller l'étranger de tous les droits privés qui ne lui ont pas été directement accordés. L'étranger, d'après lui, a des droits à faire valoir sur le territoire français, même en dehors de toute concession législative ou diplomatique. Mais en droit, comment les déterminer? Tout étranger peut invoquer

42. En terminant cette controverse, il est bon de remarquer qu'elle est loin d'avoir l'importance pratique qu'on serait tenté de lui attribuer de prime abord. Même, en effet, pour les partisans de la distinction des droits des gens et des droits civils, ces derniers se réduisent aujourd'hui à fort peu de chose : on ne discute plus guère que pour l'adoption, l'hypothèque légale des incapables, l'usufruit légal des père et mère; quant à la tutelle, l'accord paraît se faire de plus en plus en ce sens qu'elle est accessible aux étrangers. De nombreux traités, du reste, qui seront indiqués au fur et à mesure que seront étudiés les droits auxquels ils se réfèrent, ont reconnu aux étrangers la jouissance des droits qui leur sont formellement enlevés par la loi ou que l'on qualifie de droits civils. Nous verrons, au surplus, dans la suite, que la jurisprudence tend à faire un droit civil de la faculté d'avoir un domicile en France sans autorisation et d'ester en justice dans les contestations entre étrangers.

Enfin, nombre de lois postérieures au code civil ont étendu expressément le bénéfice de leurs dispositions aux étrangers. On peut citer : le décret du 16 janvier 1808 pour le droit d'être actionnaire de la Banque de France; les décrets des 5 février 1810 et 28 mars 1852 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques; la loi du 21 avril 1810, art. 13, pour les concessions de mines; la loi du 5 juillet 1844, art. 27, pour les brevets d'invention; les lois du 23 juin 1857, art. 5 et 6, et du 26 novembre 1873, pour les marques de fabrique; la loi des 20-21 juillet 1886, art. 14, en France les droits privés qui ne lui ont pas été expressément retirés par la loi. Jusqu'ici, M. Weiss est d'accord avec MM. Valette et Demangeat (troisième système). Mais, ajoute-t-il, si sa conclusion est la même, les prémisses qui l'y conduisent sont celles du deuxième système, professé par MM. Aubry et Rau. Il estime que le Code civil a voulu reproduire dans ses traits généraux la doctrine du droit romain et de notre ancienne jurisprudence sur la distinction des facultés du *droit civil* et des facultés du *droit des gens;* mais ce n'est pas à dire que le Code civil lui ait conservé ce caractère d'incertitude et d'arbitraire qu'on a reproché si justement à cette doctrine : sont des *droits civils,* c'est-à-dire réservés aux seuls nationaux, aux *cives,* ceux dont la *loi* n'a attribué la jouissance qu'aux nationaux, ou en renversant la proposition, ceux qu'elle a refusés aux étrangers. Weiss, *Traité,* 2e éd., t. I, p. 376; t. II, 2e éd., p. 224. Ainsi (*id.,* t. II, p. 237) l'étranger peut adopter et être adopté en France, par cela seul que le législateur, en ne réservant pas l'adoption aux Français, *y a vu* un contrat de droit naturel. Ce que l'ingénieux et savant auteur appelle un quatrième système, nous paraît une variante du troisième, et les arguments allégués par M. Weiss peuvent servir à appuyer et à faire valoir sous un autre aspect le système de MM. Valette et Demangeat, qui a été consacré par l'art. 2 du Code civil japonais.]

admettant les étrangers à participer à la caisse de retraites pour la vieillesse.

43. On discute sur le point de savoir si les étrangers peuvent obtenir l'assistance judiciaire conformément à la loi du 22 janvier 1851. En général, on se prononce pour la négative, en faisant ressortir que cette loi n'accorde cette faveur qu'aux Français, qu'il est peu probable que le législateur ait voulu dépouiller le fisc de ses droits à l'égard des étrangers, que la constatation d'indigence deviendrait impossible en France pour la plupart des étrangers dont la situation de fortune ne peut guère être appréciée que dans leur pays, que cette faveur serait incompatible avec l'obligation où se trouvent les étrangers de fournir la caution *judicatum solvi* et qu'enfin les traités conclus pour accorder cet avantage aux nationaux de certains pays montrent bien que les étrangers, en principe, ne peuvent l'invoquer (1). Dans le sens de l'affirmative, on invoque l'art. 11 C. civ. interprété en ce sens que les étrangers ont tous les droits civils, sauf ceux qui leur sont formellement enlevés; que l'étranger peut justifier de son indigence en France où il peut avoir un domicile de fait, sinon un domicile autorisé, et que l'esprit général de la loi de 1851 est d'établir une règle d'équité pour que l'insuffisance de fortune ne soit pas un obstacle à ce qu'un individu, quelle que soit sa nationalité, obtienne la justice qui lui est due. C'est dans ce dernier sens que nous nous prononcerions; d'autant mieux que les traités relatifs à cette matière peuvent n'avoir pour but que d'assurer aux Français, dans d'autres pays, un avantage que la loi française accorde libéralement aux étrangers, comme les traités relatifs à la propriété littéraire et artistique, qui ont ainsi leur raison d'être, malgré le décret du 28 mars 1852 assimilant complètement, à ce point de vue, les étrangers aux nationaux. On peut encore remarquer que la faculté d'obtenir l'assistance judiciaire est comparable à celle de bénéficier de l'assistance publique qui est un droit public, accessible à tous sans distinction de nationalité.

[Toujours est-il que, dans les cas où ils peuvent invoquer la loi du 3 avril 1898, remaniée par la loi du 31 mars 1905 sur plusieurs points, les ouvriers étrangers jouissent du bénéfice de l'assistance judiciaire, comme les Français (art. 22, loi du 9 avril 1898).]

(1) Rousseau et Laisney, *Dictionn. de procédure civile,* v° *Assist. judic.*, n. 9; Lettre du Garde des sceaux, *Bulletin off. minis. de la justice,* 1877, p. 153; J. C., 1877, p. 417; Brière-Valigny, *Code de l'assistance judiciaire;* Rouard de Card, J. C., 1887, p. 278; Dorigny, *Assistance judiciaire.*

Du reste, il est unanimement admis que l'étranger a droit à l'assistance judiciaire quand sa nationalité est en question : on ne peut arguer contre lui d'une objection qui fait précisément l'objet d'un doute.

Cependant, quoique ayant obtenu l'assistance judiciaire, l'étranger n'est point, par ce fait, dispensé de la caution *judicatum solvi*, réserve faite de l'étranger ressortissant à l'un des Etats signataires des Conventions de La Haye du 16 novembre 1896 et du 17 juillet 1905 : la loi de 1851 n'accorde un bénéfice qu'à l'égard du fisc et n'a pas pour objet de restreindre les droits des nationaux plaidant contre des étrangers.

D'autre part, le bénéfice de l'assistance judiciaire appartient certainement aux étrangers dans deux cas :

1° Quand ils sont autorisés à fixer leur domicile en France (art. 13 C. civ.) (1).

2° Quand ils peuvent invoquer un traité. Les traités, à ce point de vue, se partagent en quatre catégories.

a. Quelques-uns accordent formellement l'assistance judiciaire : traités avec l'Allemagne, 20 février 1880; l'Autriche-Hongrie, 14 mars 1879; la Belgique, 22 mars 1870; l'Espagne, 14 mai 1884; l'Italie, 19 février 1870; le Luxembourg, 22 mars 1870; la Serbie, 18 janvier 1883, art. 6; la Suisse, 15 juin 1869, art. 14; l'Uruguay, 23 mars 1885; le Mexique, 27 novembre 1886, art. 4; la République Sud-Africaine, 10 juillet 1885 (2); avec la Bulgarie, 13 janvier 1906 (3). — [Les Conventions de La Haye du 14 novembre 1896 et du 17 juillet 1905 entre la France, l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Suisse, accordent expressément l'assistance judiciaire gratuite aux ressortissants des Etats contractants. V. art. 20 et 21 de la Convention du 17 juillet 1905. *Projet de loi cité*, p. 22-23.

b. D'autres traités assimilent les nationaux respectifs des deux

(1) Bureau de Nancy, 20 mai 1865, D. P., 66. 3. 80.

(2) La République Sud-Africaine a été incorporée à l'Empire britannique par l'acte de capitulation de Veerening en date du 31 mai 1902. V. Despagnet, *Droit intern. public*, 3e éd., 1905, p. 144; *Id.*, La guerre sud-africaine au point de vue du droit international, 1902, p. 391-400.

(3) L'art. 23 de ce traité franco-bulgare, sanctionné par le décret du 15 janvier 1907 (*J. off.* du 15 janvier 1907), porte : « Les ressortissants français en Bulgarie et les sujets bulgares en France auront libre et facile accès auprès des tribunaux et ils pourront invoquer respectivement le bénéfice de l'assistance judiciaire dans les mêmes conditions que les nationaux ». V. J. C., 1907, p. 557.

Etats contractants au point de vue de la jouissance des droits civils, ce qui implique, pour eux, la possibilité d'obtenir l'assistance judiciaire; tel était le traité du 6 février 1882 avec l'Espagne, d'ailleurs remplacé à cet égard par le traité précité concernant l'assistance judiciaire.

c. On considère les conventions nombreuses accordant le *libre accès en justice* comme concédant le droit d'obtenir l'assistance judiciaire (1). Il serait à souhaiter, toutefois, pour écarter toute incertitude, que les traités de commerce et de navigation, qui contiennent si fréquemment la clause du *libre* et *facile accès auprès des tribunaux*, prissent la peine de déclarer expressément, comme l'art. 23 précité du traité franco-bulgare, que les nationaux respectifs auront le bénéfice de l'assistance judiciaire].

[Ici encore, l'art. 4 du traité franco-bulgare limite catégoriquement la clause de la nation la plus favorisée au domaine industriel, commercial et douanier (V. J. C., 1907; p. 551-552. — Cpr. art. 20 de ce traité; *ibid.*, p. 556). Il en est de même de l'art. 6 du traité franco-roumain du 6 mars 1907 (V. J. C., 1907, p. 1239; *J. off.* du 1er août 1907). Mais, en revanche, l'art. 2, al. 2 de ce traité paraît peu concluant, surtout si on en rapproche le texte de l'art. 23 si précis du traité franco-bulgare, qui lui est antérieur de quelques mois à peine; cet art. 2, al. 2, est, en effet, ainsi conçu : « Les ressortissants de l'une des parties contractantes auront le droit, en se conformant aux lois du pays, d'ester en justice devant les tribunaux soit pour intenter une action, soit pour y défendre, et à cet égard ils jouiront de tous les droits et immunités des nationaux et, comme ceux-ci, ils auront la faculté de se servir, dans toute cause, d'avocats, d'avoués et de mandataires » (V. J. C., 1907, p. 1236). Il est difficile de déduire le bénéfice de l'assistance judiciaire de cette clause vague et indéterminée d'un traité de navigation et de commerce.]

d. Enfin le même bénéfice peut résulter, pour les étrangers, d'un traité conclu entre leur pays et le nôtre contenant la clause de la nation la plus favorisée : (V. traités avec la Birmanie, 24 janv. 1873; le Brésil, 7 juin 1826, traité aujourd'hui dénoncé; la Perse, 12 juillet 1855; Siam, 15 août 1856). Cependant, cette clause ne

(1) Vincent et Penaud, vo *Assist. jud.*, n. 22; R. Vincent, *Les étrangers devant les trib. français*, p. 12, 1888. — Cpr. Rouard de Card, J. C., 1887, p. 148. V. ces traités au n. 185. — *Contra :* Cpr. Bureau de la Cour de Paris, 30 mai 1891, *Rev. prat. de Droit int. privé*, 1891. 2. 156 et 8 déc. 1865, D. P., 66. 3. 80; V. aussi J. C., 1876, p. 117.

peut avoir d'effet au point de vue de l'assistance judiciaire si, au lieu de se trouver dans un traité relatif à la condition générale des étrangers, elle figure dans une convention spéciale, par exemple une convention de commerce ou de douane : sa portée est alors déterminée par l'objet spécial du traité. Cette observation avait été appliquée notamment au traité avec le Brésil cité plus haut, qui était une convention de navigation et de commerce (1). Cependant, l'art. 6 de cette convention semblait bien avoir une portée générale et accorder le bénéfice de la nation la plus favorisée pour la jouissance de tous les droits (2).

A l'étranger, on exige généralement des traités de réciprocité pour accorder l'assistance judiciaire aux étrangers (Allemagne, C. Pr. civ., 1877, art. 106 ; Belgique, loi du 30 juillet 1889 ; Pays-Bas, C. pr. civ., art. 855 s.).

[La grande controverse sur le sens de l'expression *droits civils* employée dans l'art. 11 du Code civil a absorbé l'attention des auteurs et les a empêchés de prêter une attention suffisante à la condition expresse que le législateur pose pour la jouissance de ces droits : il faut que le Français jouisse, en vertu d'un traité, dans un pays étranger, des *mêmes droits* que le ressortissant de ce pays vient réclamer en France. Qu'est-ce à dire? S'il s'agit d'une identité absolue, l'exigence de l'art. 11 ne sera jamais satisfaite ; on ne trouvera jamais deux pays dont les législations seront, sur un point donné, parfaitement concordantes. Il ne peut donc être question que de similitude. Dans quelle mesure cette similitude doit-elle exister, pour que l'on puisse dire qu'il s'agit des mêmes droits et que la condition requise par l'art. 11 est réalisée? Il faut nécessairement s'en rapporter à l'appréciation des tribunaux, ce qui ne laisse pas que de soulever d'assez graves difficultés. Dans le canton de Vaud, les femmes mariées ont une garantie appelée *assignat* ; cet assignat qui, par ses effets, ressemble à

(1) R. Vincent, *loc. cit.*, p. 27 s. — Trib. Seine, 13 mars 1889, J. C., 1889, p. 803. [Cette convention a été dénoncée. Au contraire, le traité du 15 août 1856 avec le Siam est encore en vigueur, même depuis le traité franco-siamois du 23 mars 1907, promulgué par décret du 27 juin 1907 (*J. off.* du 2 juill. 1907). L'art. 7 de ce traité porte, en effet, que « les dispositions des anciens traités, accords et conventions entre la France et le Siam, non modifiées par le présent traité, restent en pleine vigueur ». V. J. C., 1907, p. 1246. — Cpr. sur l'assistance judiciaire en général, Clunet, *Tables générales*, t. III, v° *Assistance judiciaire*, p. 151. Sur la question de savoir si l'assistance judiciaire peut être accordée devant un tribunal consulaire français en pays de capitulation, v. J. C., 1908, p. 151.]

(2) J. C., 889, p. 765 s. ; Trib. Seine, 13 mars 1889 : *ibid.*, p. 803.

notre hypothèque légale, suffit-il pour que la condition de similitude prescrite par l'art. 11 soit remplie? Une femme vaudoise le soutenait devant le Tribunal de Thonon, réclamant en France le bénéfice de l'hypothèque légale en vertu de l'art. 11 et de la Convention franco-suisse du 23 janvier 1882. Le tribunal de Thonon a tranché négativement la question par un jugement du 10 janvier 1900 (Cpr. dans la même affaire, Chambéry, J. C., 1901, p. 166 et Cass., 27 janvier 1903; dans la *Loi* 11 mars 1903 (1).]

II. Etrangers autorisés à fixer leur domicile en France.

44. La procédure pour obtenir cette autorisation est indiquée dans un décret du 13 août 1889, art. 1er (2). Cette autorisation est révocable jusqu'à la naturalisation (loi du 3 déc. 1849, art. 3); elle n'a pas d'effet rétroactif (3), et elle doit être formelle et expresse, en vertu du texte même de l'art. 13 C. civ. (4) Enfin, pour être efficace, l'autorisation doit être accompagnée ou suivie de l'établissement du domicile en France (5).

45. L'art. 13 C. civ. assimile complètement aux Français, pour la jouissance des droits civils, l'étranger autorisé à fixer son domicile en France. Malgré cette assimilation, l'étranger dont il s'agit a une situation profondément différente de celle du Français :

1° Il ne jouit pas des droits politiques. Cependant sa condition est améliorée en ce qui concerne les droits publics, notamment pour l'expulsion du territoire qui est sans effet si l'autorisation du domicile n'est pas retirée dans les deux mois (loi du 3 décembre 1849, art. 7); la liberté d'enseignement (décret du 25 janvier 1876, art. 8 et loi du 30 octobre 1886, art. 4), et le droit d'affouage, c'est-à-dire le droit de prendre part au partage des bois commu-

(1) [V. Pillet, *Principes,* p. 213 et 214, note 1.]

(2) Pour les droits de sceau à payer, V. loi de finances de 1850, D. P., 50. 4. 186.

(3) Trlb. Seine, 20 juill. 1888, *Le Droit,* 27 juillet 1888.

(4) Souvent, cependant, on assimile à l'autorisation des actes du gouvernement considérés comme équivalents, par exemple la concession de fonctions ou d'une entreprise de travaux publics, l'admission dans la Légion étrangère, etc... (V. J. C., 1876, p. 268-296; 1885, p. 544; Trib. Seine, 27 fév. 1888, *Le Droit,* 11 avril 1888). — Dans notre sens : Caen, 16 déc. 1884, J. C., 1885, p. 544; Cass., 5 fév. 1872, S., 72. 1. 190; Cpr. Alger, 4 mars 1874, J. C., 1875, p. 113.

(5) Bordeaux, 14 juillet 1845, S., 46. 2. 394; Cass., 10 mars 1897, J. C., 1897, p. 790.

naux, dont il peut bénéficier à la différence de l'étranger qui n'a pas de domicile autorisé (loi du 26 mars 1908, portant modification de l'art. 105 du code forestier) (1); l'autorisation du domicile permet à l'étranger de profiter de l'assistance médicale gratuite, sans que cette assistance constitue un droit pour lui (loi du 15 juillet 1893, art. 1);

2° Tandis que le Français ne peut perdre ses droits civils qu'en vertu de la loi ou d'un jugement, l'étranger peut être privé de sa condition privilégiée par décision arbitraire du gouvernement révoquant l'autorisation qui lui a été accordée (loi du 3 décembre 1849, art. 3);

3° Le Français garde la jouissance de ses droits même en dehors du territoire; l'étranger qui tire l'avantage à lui concédé, non pas de sa condition personnelle, mais de l'autorisation de fixer son domicile en France, le perd en s'établissant dans un autre pays : il va sans dire, du reste, qu'un changement momentané de résidence n'aurait aucun effet à cet égard;

4° L'étranger, malgré l'autorisation dont parle l'art. 13, est passible de la disposition de la loi du 14 juillet 1819, art. 2;

5° Ses enfants sont étrangers, sauf l'application de la naturalisation de faveur pour ceux qui naissent en France (art. 8, n. 4 et 9 C. civ.).

6° Son état et sa capacité demeurent fixés, ainsi que tout son statut personnel, par sa loi nationale, conformément au principe qui sera établi plus tard. On a bien soutenu qu'il y avait lieu de lui appliquer, à cet égard, la loi française, en faisant observer que l'autorisation de fixer son domicile en France est accordée à l'étranger, dans la pratique, pour lui faciliter son séjour dans

(1) [La loi du 25 juin 1874 avait tranché la question de savoir si l'article 105 du code forestier s'appliquait à l'étranger, et avait décidé que l'étranger n'a droit à l'affouage que quand il a été autorisé à établir son domicile en France. Cette disposition a été maintenue par la loi du 17 avril 1901 et par celle du 26 mars 1908. Cette loi modifie les règles du partage de l'affouage, qu'il s'agisse des bois de chauffage ou de construction, établit trois modes de distribution « s'il n'y a titre contraire » : ou bien par feu, c'est-à-dire par chef de famille ou de ménage ayant domicile réel et fixe dans la commune avant la publication du rôle, ou bien moitié par chef de famille ou de ménage et moitié par tête d'habitant remplissant les mêmes conditions de domicile, ou bien par habitant ayant domicile réel et fixe dans la commune avant la publication du rôle. Mais quel que soit le mode de partage, « les étrangers qui remplissent les conditions ci-dessus indiquées ne pourront être appelés au partage qu'après avoir été autorisés, conformément à l'art. 3 du Code civil, à établir leur domicile en France ». *J. off.* du 1er avril 1908, p. 2275]

notre pays pendant le stage obligé de la naturalisation, et qu'on serait loin d'atteindre ce but en le maintenant sous l'empire de sa loi nationale dont l'application entraînera souvent de grandes difficultés. Mais, étant donné qu'il n'y a pas lieu, en pareille matière, ainsi qu'il sera démontré plus loin, de tenir compte du domicile, les principes commandent, ici comme toujours, l'application de la loi nationale de l'étranger (1).

L'autorisation accordée à l'étranger de fixer son domicile en France lui est-elle personnelle, ou s'étend-elle aux personnes placées sous sa puissance, c'est-à-dire à sa femme et à ses enfants mineurs ? Malgré l'opinion contraire de quelques auteurs, cette question, jadis très controversée, se trouve résolue aujourd'hui par l'art. 13, al. 3, modifié par la loi du 26 juin 1889 sur la Nationalité : « En cas de décès (du père) avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation ». Il résulte de ce texte que le domicile autorisé du père peut être invoqué par la femme et les enfants pour obtenir la naturalisation, et que, par conséquent, il a un effet collectif (2).

Le même art. 13 modifié par la loi du 26 juin 1889 introduit encore dans notre matière l'importante innovation suivante : « L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de cinq années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation, ou si la demande est rejetée ». D'autre part, la loi de 1889 contient cette disposition transitoire : « Toute admission à domicile obtenue antérieurement à la présente loi sera périmée si, dans un délai de cinq années à compter de la promulgation, elle n'a pas été suivie d'une demande en naturalisation, ou si la demande en naturalisation a été rejetée ».

Par suite du nouvel art. 13 C. civ., l'admission à domicile n'a plus d'intérêt en soi et n'est plus considérée que comme un moyen d'arriver à la naturalisation. Aussi on la refuse à ceux qui, par ailleurs, ont acquis le droit de se faire naturaliser, par exemple à ceux qui ont dix ans de résidence, afin de ne pas les détourner de la naturalisation et de ne pas faire servir, comme jadis,

(1) [Trib. Vesoul, 15 déc. 1896, J. C., 1897, p. 335.]

(2) [Aubry et Rau, 5e édit., t. I, p. 527, texte et note 2; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire*, 4e édit., 1904, nº 128; Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité*, p. 42; Stemler, J. C., 1890, p. 394. — Paris, 2 août 1889, *Le Droit* du 20 octobre 1889. — Paris, 13 août 1889, J. C., 1890, p. 818. — *Contra* Weiss, *Traité théor. et prat. de droit intern. privé*, t. I, *La nationalité*, p. 321; 2e édit., 1907, p. 371.]

le domicile autorisé à l'amélioration de la condition des étrangers. Peut-être détermine-t-on ainsi des naturalisations indirectement forcées et peu sincères (1).

[Lorsque nos lois accordent un droit à l'étranger — qu'il s'agisse de l'étranger autorisé à domicile de l'art. 13, de celui qui peut invoquer les clauses d'un traité, ou simplement de l'étranger ordinaire dans la limite des droits qui lui sont reconnus —, on peut et on doit se demander si ce droit est accordé sans aucune condition, ou s'il ne faut pas que l'étranger qui l'invoque en soit investi dans sa patrie pour pouvoir le réclamer en France. Peu de questions sont aussi délicates. Comment, d'abord, la question se pose-t-elle pratiquement? Malgré la ressemblance générale que présentent entre elles les diverses législations, il n'est pas difficile de trouver des exemples d'institutions juridiques qui, proscrites dans certains pays, ont été admises dans d'autres. L'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, la légitimation, admises chez nous, sont rejetées en Angleterre. Le divorce est tantôt permis, tantôt défendu. La donation à cause de mort, l'institution contractuelle, les hypothèques légales existent dans certains pays, non dans d'autres. Cela rappelé, un étranger, appartenant par sa nationalité à un pays où l'un quelconque de ces droits n'est pas organisé, en jouit-il dans un autre pays, par cela seul qu'il y est assimilé aux nationaux?]

[Ainsi posée, comment cette question doit-elle être résolue? Envisagée au point de vue des rapports des États entre eux, elle revient à se demander jusqu'à quel point un Etat a qualité pour investir un étranger de droits que son législateur national n'a pas cru devoir d'organiser à son profit. Il semble également indiscutable, soit d'admettre que la loi locale n'a aucun compte à tenir de la loi nationale de l'étranger, car ce serait méconnaître le respect dû à cette loi nationale, soit de décider que l'Etat devra, dans la réglementation des droits des étrangers, tenir en perpétuelle considération la loi du pays auquel appartiennent ces étrangers, car ce serait risquer de gêner beaucoup cet Etat et de diminuer sensiblement les avantages que ses sujets retirent du commerce international. Il faut chercher un moyen terme entre ces deux alternatives également inacceptables. Peut-être pourrait-on adopter cette solution : parmi les droits accordés aux étrangers, il en est qui produisent tous leurs effets dans le territoire soumis au législa-

(1) Weiss, J. C., 1899, p. 5; *Traité,* t. I, 2e édit., 1907, p. 378-385.

teur local qui les concède; il en est d'autres qui projettent au dehors certains de leurs effets. Pourquoi les premiers ne seraient-ils pas reconnus aux étrangers sans égard à leur loi nationale, puisqu'ils produisent leur plein et entier effet sans affecter en rien l'autorité territoriale de la loi étrangère? Pour les seconds, l'effet ne peut s'en produire sans affecter la condition de personnes demeurées étrangères à l'acte générateur du droit et sans porter ainsi atteinte à l'autorité de la loi étrangère à laquelle ces personnes sont soumises : telle est l'adoption. Dès lors, ne serait-il pas possible de décider qu'un étranger ne peut jouir en France des droits que le législateur français lui concède, que s'il en jouit aussi dans sa patrie, à la seule exception des droits dont l'effet est, par la force même des choses, limité au territoire français, et de ceux dont notre ordre public exige que la jouissance en soit reconnue à tout étranger en France?] (1).

[On peut prévoir la question inverse. Un étranger peut-il réclamer dans un pays un droit que lui reconnaît sa loi nationale, mais que la loi locale n'a pas organisé au profit des ressortissants de cet Etat? Cette question est beaucoup moins pratique que la précédente. Le plus souvent il existe une raison péremptoire de décision négative : c'est pour des raisons majeures qu'un législateur a refusé à ses nationaux des droits consacrés dans d'autres pays; il ne souffrira pas que les prétentions soulevées par un étranger troublent un ordre juridique qu'il croit indispensable à la sûreté de l'Etat. Mais cette raison ne se présente pas toujours, et lorsqu'elle n'existe pas, on peut se demander si le refus d'un droit aux nationaux est une raison suffisante pour refuser ce droit aux étrangers. Pratiquement, la question se pose pour le divorce, que certains pays repoussent et que d'autres admettent : un étranger auquel le divorce est permis d'après sa loi nationale, peut-il divorcer dans un pays où le divorce est interdit? Aussi longtemps que la loi française, de 1816 à 1884, a repoussé le divorce, notre jurisprudence a refusé aux étrangers de divorcer chez nous, tout en admettant qu'un étranger pouvait se prévaloir en France des effets d'un divorce régulièrement obtenu à l'étranger, et notamment du plus grave de ses effets, la faculté de contracter en

(1) [Cpr. Weiss, *Traité de droit international privé,* II, 2e édit., 1908, p. 212; Pillet, *Principes,* p. 220-224. M. Weiss pose la question et la résout sans la discuter; M. Pillet la discute et la résout par la distinction indiquée, qui semble plutôt empirique.]

France même un nouveau mariage (1). La jurisprudence italienne a été plus hardie; à plusieurs reprises elle a prononcé le divorce d'étrangers, bien que ce mode de dissolution du mariage ne soit pas reçu en Italie (2). La conférence de La Haye de 1900 a décidé que des époux ne pourront demander le divorce qu'autant qu'il est admis à la fois par leur statut personnel et par la loi du lieu où la demande est intentée; et cette décision a été consacrée par l'art. 1er de la Convention du 12 juin 1902 (3). Il en sera de même pour la séparation de corps. De là, cette conséquence, inattendue et regrettable, que des époux auxquels leur loi nationale donne le choix entre le divorce et la séparation de corps, perdront cette option, s'ils se voient obligés d'intenter leur action dans un pays dont la législation consacre le seul divorce et exclut la séparation de corps. Un époux catholique se trouvera ainsi dans l'alternative de renoncer à faire valoir ses droits ou de solliciter un divorce que lui interdit sa loi religieuse.]

[Il semble donc bien que l'on ne soit pas en droit d'affirmer d'une manière absolue que jamais les étrangers ne peuvent jouir, dans un pays; d'un droit qui n'est pas ouvert aux nationaux : il faudrait réserver certains cas, et l'admission de cette réserve pourrait permettre quelques solutions libérales que la pratique et la doctrine ont peut-être parfois exclues d'une manière trop sommaire] (4).

SECTION V

CONDITION DES PERSONNES MORALES

46. La question fondamentale qui se pose à l'égard des personnes morales, êtres abstraits qui n'ont point de vie dans la réalité et qui ne doivent leur existence qu'à une fiction de la loi, est celle de savoir si l'on doit les accepter en dehors du pays où elles ont été reconnues et organisées. Il y a lieu, pour répondre à cette question, de distinguer entre les personnes morales en général,

(1) Cass., 28 fév. 1860, S., 60. 1. 210, rendu sur les conclusions conformes du procureur général Dupin. — Cpr. Vincent et Penaud, *Dictionnaire du droit international privé*, v° *Séparation*, n. 73 et suiv.

(2) Milan, 2 juin 1897, J. C., 1899, p. 409. — Gênes, 7 juin 1894, J. C., 1898, p. 412.

(3) Actes de la troisième conférence, 1900, p. 240; Lainé, J. C., 1901, p. 231 et suiv.; Pillet, *Principes*, p. 225, note 1.

(4) Pillet, *Principes*, p. 226.

d'une part, et d'autre part, les sociétés commerciales, industrielles ou financières qui sont assujetties à des règles particulières.

I. Des personnes morales en général.

47. Il faut remarquer, tout d'abord, que la nationalité des personnes morales est distincte de celle des personnes physiques qui les composent et dont elles sont, au point de vue juridique, complètement indépendantes. Puisant son existence légale dans l'autorisation expresse ou tacite d'un Etat, la personne morale a la nationalité du pays où elle a été constituée et où elle a reçu cette autorisation.

On a voulu contester que les personnes de ce genre aient une existence quelconque hors du territoire où elles ont été créées. En effet, a-t-on dit, elles sont le résultat d'une fiction admise par un législateur; or cette fiction elle-même ne saurait produire le moindre effet dans un pays où ce législateur n'a plus d'autorité. D'ailleurs, en attribuant l'existence à ces personnes morales, chaque législateur s'inspire de l'utilité qu'elles peuvent présenter pour son peuple, et, surtout, tient compte de ce qu'elles ne compromettront pas l'ordre public, soit par leur organisation, soit par le but qu'elles poursuivent; si donc on admet l'existence de ces personnes en tout pays, on risque fort d'aller à l'encontre des principes de bien des lois qui s'opposent peut-être à leur reconnaissance. Aussi conclut-on qu'une personne morale étrangère ne peut se prévaloir de son existence que moyennant une autorisation formelle du législateur local. On ne fait d'exception que pour l'Etat, qui, diplomatiquement, est reconnu comme une personne morale dans les relations internationales, et, par voie de conséquence, pour les démembrements de l'Etat ayant le même caractère, comme, par exemple, en France, le département et la commune (1).

Ce système exclusif est généralement rejeté, et c'est avec grande raison. La création des personnes morales n'est que la manifestation d'une des facultés de l'homme les plus essentielles et les plus utiles dans leur exercice, la liberté d'association : or, si l'on admet l'étranger, être particulier, à exercer ses facultés sur le territoire d'un autre pays, quelle raison donnera-t-on pour agir différemment à l'égard d'un groupe plus ou moins considérable d'étrangers? « La

(1) Cass., 1er août 1860, S., 60. 1. 866. — Paris, 26 mars 1891, J. C., 1893, p. 529.

liberté, chez les nations civilisées, doit appartenir aux personnes morales aussi bien qu'aux personnes physiques », dit M. Vavasseur (J. C., 1875, p. 6) ; et M. Lainé écrit non moins justement : « Les personnes morales ne sont pas autre chose que les modalités de la vie juridique des personnes naturelles ». Toutefois, on sait qu'il est une limite de concessions au-dessous de laquelle un Etat ne descend jamais : il ne peut laisser compromettre, sur son territoire, les principes qu'il regarde comme étant d'ordre public. Or, bien souvent, soit par leur but, soit par la façon dont elles sont constituées, soit même par leur puissance, les personnes morales peuvent être dangereuses pour la société, étant donné le point de vue spécial auquel chaque législateur se place à cet égard. De là il suit que les personnes morales qui ne sont pas admises par la loi d'un pays ne pourront, dans ce pays, se prévaloir de l'existence qui leur est accordée par la loi étrangère : telles sont en France les congrégations religieuses non reconnues. D'autre part, si ces personnes morales étrangères, bien qu'acceptées en France, y subissent cependant dans leur capacité certaines restrictions que la loi de leur pays ne leur impose pas, elles ne devront pas moins supporter dans notre pays ces restrictions qui sont motivées par des considérations tirées de l'ordre public (v. Résolutions de l'Institut de Droit intern., Copenhague, 1897, *Annuaire*, t. XVI, p. 307).

Ainsi se trouve complètement écartée, on le voit, l'objection de ceux qui soutiennent que l'admission des personnes morales étrangères peut contrarier les principes les plus essentiels de la loi locale : c'est en effet sous la réserve que cette contradiction n'a pas lieu, que l'existence de ces personnes est acceptée.

Par application de ce qui précède, on peut admettre à ester en justice une congrégation religieuse *étrangère* qui est autorisée par un gouvernement étranger et dont la capacité est déterminée par la loi de son pays (1). Mais une association ou corporation est réputée relever de la loi du pays où elle fonctionne, sans se préoccuper de son rattachement à une corporation étrangère et universelle. On peut, en vertu de l'ordre public local, la morceler en autant de corporations distinctes qu'il y a de pays où elle exerce son activité, à la différence d'une société de commerce qui a l'unité nécessaire de personnalité juridique et de gestion. Ainsi, un couvent est régi par la loi de l'Etat où il se trouve, sans que

(1) Rouen, 4 déc. 1901, J. C., 1901, p. 802.

l'on ait à s'occuper de la prétendue unité ou universalité de la congrégation dont il dépend (1).

48. C'est dans le sens qui vient d'être indiqué que la question est tranchée en France. Un avis du Conseil d'Etat du 12 janvier 1854 a formellement reconnu l'existence des personnes morales étrangères, en leur accordant la faculté de recevoir des donations, depuis la loi du 14 juillet 1819 qui a abrogé l'incapacité dont les étrangers étaient frappés à cet égard. Mais en même temps, et par application des principes énoncés plus haut, le conseil d'Etat a décidé que, bien que non assujetties à cette formalité par la loi de leur pays, les personnes de mainmorte étrangères n'en devaient pas moins se soumettre à l'art. 910 C. civ. qui exige l'autorisation du gouvernement pour la validité des donations faites à ces établissements (2). Cependant dans les pays régis par les Capitulations, dont le régime sera indiqué plus loin, on ne tient compte que de la capacité des personnes morales fixée par leur loi nationale, toute nécessité d'autorisation d'après la loi locale étant écartée (3).

Il va sans dire, du reste, que les personnes morales étrangères ne sont pas autrement traitées que les particuliers étrangers. En conséquence, au point de vue de la jouissance des droits civils, il y a lieu de leur appliquer l'art. 11 C. civ. et aussi de leur imposer les règles spéciales des art. 14 et 16 C. civ. ; d'autre part, suivant le principe qui sera établi plus loin, leur état et leur capacité sont déterminés par leur loi nationale, sauf les restrictions d'ordre public, telles que celle de l'art. 910 en ce qui concerne la capacité de recevoir des donations (4).

La loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association ne fait pas de différence entre les étrangers et les nationaux ; la liberté d'association, dans les limites fixées par cette loi, est donc reconnue aux uns comme aux autres. Pour l'attribution de la capacité juridique ou de la reconnaissance d'utilité publique, la loi ne vise

(1) Cass. Rome, J. C., 1890, p. 739.

(2) D. P., 56. 3. 16. L'autorisation doit toujours émaner du gouvernement, les décrets de déconcentration donnant parfois pouvoir aux préfets ne sont pas applicables aux personnes morales étrangères (V. J. C., 1892, p. 152 et 1895, p. 788).

(3) Trib. cons. Smyrne, 3 juin 1890, J. C., 1891, p. 279).

(4) Trib. Seine, 26 mai 1884, J. C., 1885, p. 192. — [Cpr. E. Gombeaux, *Des personnes morales en droit allemand,* J. C., 1907, p. 993-1001, Suprême tribunal fédéral du Brésil, 5 janvier 1907, J. C., p. 895 ; Clunet, *Tables générales,* IV, v° *Personnes juridiques,* p. 108.].

que les associations françaises. Quant aux associations *étrangères*, les règles énoncées plus haut subsistent. Cependant l'article 12 contient les restrictions suivantes : « Les associations composées en majeure partie d'étrangers, celles ayant des administrateurs étrangers ou leur siège à l'étranger, et dont les agissements seraient de nature, soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou des marchandises, soit à menacer la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, dans les conditions prévues par les art. 75 à 101 du code pénal, pourront être dissoutes par décret du Président de la République rendu en conseil des ministres ».

Mais toutes les dispositions du titre III de cette loi relatives aux congrégations religieuses sont d'ordre public : aussi s'imposent-elles à tout établissement religieux en France, alors même qu'il se rattacherait à une congrégation étrangère.

49. Si les Etats étrangers sont reconnus comme personnes morales au point de vue des rapports internationaux, sans quoi les relations juridiques réglées par le Droit international ne pourraient pas se former entre eux, on discute sur le point de savoir s'ils possèdent, aux yeux des autres Etats, la *personnalité civile*, c'est-à-dire la faculté d'accomplir les actes que peuvent réaliser de simples particuliers; par exemple : acquérir des biens à titre onéreux ou à titre gratuit sur le territoire d'un autre pays, y ester en justice, y invoquer des créances, y passer des contrats avec des fournisseurs ou des prêteurs, etc.... A propos d'un legs considérable fait au Saint-Siège, la question s'est posée devant les tribunaux français. Tenant compte de l'usage international d'après lequel le Pape, malgré la perte de son pouvoir temporel depuis 1870, est considéré comme un Souverain, un véritable chef d'Etat étranger, le tribunal de Montdidier a validé le legs, à raison de la personnalité civile qu'il lui reconnaissait ainsi qu'à tout Etat (1), sauf la nécessité pour lui, comme pour toutes les personnes morales, d'obtenir l'autorisation du gouvernement, conformément à la disposition de l'art. 910 C. civ. qui est d'ordre public en France.

(1) Montdidier, 4 fév. 1892, J. C., 1892, p. 447. Jugement infirmé par la Cour d'Amiens, pour des raisons étrangères au point de vue que nous considérons, le 21 février 1893, J. C., 1893, p. 384. — Cpr. aff. Morellet, Cass. Turin, 18 nov. 1882, S., 83. 4. 13. — Le pourvoi contre la décision de la cour d'Amiens, admis par la Cour de cass., le 16 mars 1894 (J. C., 1894, p. 835), a été arrêté par une transaction entre les parties. La transaction entre les héritiers de la marquise de Plessis-Bellière et le Saint-Siège a été homologuée à Limoges, le 23 janvier 1898; elle attribue au Pape des immeubles considérables en France.

On a critiqué cette solution en disant que la personnalité civile, à peu près partout comme en France, est subordonnée à une concession formelle de la loi, et qu'aucun texte ne l'établit au bénéfice des Etats étrangers. — C'est oublier que les personnes morales ordinaires tirent leur existence d'une faveur de la loi dans chaque pays, tandis que les Etats existent par eux-mêmes et s'imposent comme personnalités juridiques dans les rapports internationaux, leur *reconnaissance* même de la part des autres pays étant simplement la manifestation du désir de nouer des relations avec eux et non la condition de leur existence de droit (V. n. 3). Aussi, tandis que les personnes morales créées par la loi dans chaque pays ont également leur capacité réglée et limitée par elle, les Etats étrangers, vivant en dehors de cette loi avec une souveraineté complète, fixent dans leur indépendance leur propre personnalité civile et leur capacité. Par conséquent, vouloir déterminer la personnalité civile des Etats étrangers d'après les règles de sa propre législation, c'est, de la part d'un pays, attenter à leur souveraineté en vertu de laquelle, comme personnalité juridique du Droit international, ils ont réglé d'une manière indépendante leur capacité au point de vue civil.

On objecte encore que les personnes morales ne reçoivent que les droits qui leur sont nécessaires pour l'exercice de leur mission sociale, et que les Etats, n'ayant qu'à faire valoir des droits politiques dans les rapports internationaux, n'ont nullement besoin d'invoquer en pays étrangers les facultés juridiques qui n'ont leur raison d'être que pour les particuliers et les personnes morales reconnues par la loi locale. On fait enfin ressortir le danger qu'il y aurait à conférer des droits semblables aux Etats étrangers qui pourraient en abuser, par exemple en acquérant des biens trop considérables : danger contre lequel l'autorisation préalable du gouvernement serait impuissante, vu l'impossibilité de soumettre les souverainetés étrangères à une autorité envers laquelle elles sont absolument indépendantes.

Ces objections ne nous semblent pas de nature à prévaloir contre la reconnaissance générale des personnes morales étrangères, conformément aux considérations exposées plus haut, et suivant la décision du conseil d'Etat précitée (12 janvier 1854) qui n'établit aucune différence entre les diverses catégories de personnes morales étrangères. Il sera d'ailleurs facile de donner aux Etats étrangers l'autorisation prescrite par la loi locale pour recevoir des dons ou legs ou acquérir des biens à titre onéreux, ce qui

écartera tout danger quant à leurs empiètements possibles : il suffira de modifier la forme de l'autorisation de manière à ménager les susceptibilités, par exemple en envoyant une notification diplomatique, comme la dépêche du 27 août 1890 pour le legs fait au Saint-Siège dont nous parlions plus haut, ou en s'abstenant de toute opposition à la délivrance des biens acquis, ce qui équivaut à une autorisation tacite. On comprend toutefois qu'un Etat, seul juge de son intérêt national et de la réglementation de son ordre public, prohibe toute acquisition de biens sur son territoire par un pays étranger, soit à titre gratuit, soit même à titre onéreux. C'est en vertu d'une disposition semblable de la constitution roumaine, révisée en 1879, que le testament du Grec Zappa en faveur du gouvernement hellénique fut annulé par les tribunaux de la Roumanie, ce qui provoqua entre les deux pays une contestation des plus vives, et, le 18 octobre 1892, une rupture des rapports diplomatiques à laquelle a mis fin une transaction survenue en juillet 1896 (1).

Disons enfin que la négation de la personnalité civile des Etats étrangers aboutirait à des conséquences inadmissibles. Les traités conclus par les Etats comme sujets du Droit international et qui supposent la capacité de contracter, conséquence de la personnalité civile, n'auraient plus de valeur juridique. Il faudrait dénier aux Etats la capacité de faire des marchés de fournitures ou d'emprunts et d'ester en justice, à propos de ces marchés, en pays étranger. Alors que tous, comme la France, achètent des hôtels pour leurs légations dans les autres Etats, ou les louent et font figurer à leur budget des crédits affectés à ces achats et locations ou à l'entretien des immeubles acquis, il faudrait refuser aux autres puissances le droit de réaliser des actes semblables sur notre territoire! On arriverait, en définitive, en méconnaissant la personnalité civile de l'Etat étranger, à paralyser en fait la reconnaissance de sa personnalité politique, et à anéantir complètement les rapports internationaux (2).

(1) Sur l'affaire Zappa, V. A. Desjardins, J. C., 1893, p. 1000; Flaischen, *id.*, 1894, p. 282; Lainé, *A. D.*, XLVIII, p. 135; Weiss, *ibid.*, p. 127; Streit, *L'affaire Zappa;* P. Fiore, *L'affaire Zappa*, texte italien et français; Typaldo-Bassia, *Rev. politique et parlementaire,* mars 1895; Consultation de la Faculté de Droit de Berlin, J. C., 1893, p. 727.

(2) Cpr. F. Moreau, *De la capacité des Etats étrangers pour recevoir par testament en France,* J. C., 1892, p. 337; A. Lainé, *Des personnes morales en Dr. int. privé, id.*, 1893, p. 273; Ducrocq, *De la personnalité civile en France du*

50. L'existence juridique des personnes morales étrangères est aussi généralement reconnue dans les autres pays, comme en France. En Allemagne, la loi d'introduction du C. civ. de 1900, art. 10, dispose que : « L'association dépendant d'un Etat étranger et juridiquement capable d'après la loi de ce dernier, qui ne pourrait acquérir la capacité juridique en Allemagne que conformément aux art. 21 et 22 du C. civ. n'est censée posséder la capacité que lorsque celle-ci lui est reconnue par décision du Conseil fédéral (*Bundesrath*). Quant aux associations étrangères non reconnues de cette espèce, on leur applique les prescriptions sur la société civile, ainsi que l'art. 54, n. 2, du C. civ. » (1). — En Belgique, on admet en principe les personnes morales étrangères, mais sous la condition de réciprocité, sauf pour les Etats, qui sont reconnus de plein droit (2). — En Italie, par application de l'art. 3 du code civil de 1866 qui assimile les étrangers aux nationaux pour la jouissance des droits civils, la jurisprudence reconnaît l'existence des personnes morales étrangères (3). — Les auteurs anglais sont partagés sur la véritable portée de la jurisprudence de leur pays. Pour les uns, elle ne reconnaît pas les personnes morales étrangères; pour d'autres, elle les admet en faisant régir leur capacité par leurs statuts et par la loi du pays où elles ont contracté. Ce qui paraît certain, c'est que, en Angleterre, les personnes morales étrangères, si elles sont acceptées, ont leur capacité réglée par les dispositions restrictives de la loi britannique, par exemple par le *Mortmain Act* qui leur défend d'acquérir des biens fonds (4). — Aux Etats-Unis, on exige que les personnes morales étrangères satisfassent à toutes les conditions d'existence prescrites par la loi locale. L'existence des divers Etats de l'Union

Saint-Siège et des autres puissances étrangères; Rev. du Droit public et de la science politique, 1894, p. 47; Michoud, *De la capacité en France des personnes morales étrangères et, en particulier, du Saint-Siège, R. G. D. I.,* 1894, p. 193; P. Fedozzi, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato,* 1897.

(1) Pour l'explication de ce texte, v. Saleilles, *Bulletin de la Société de législation comparée,* 1898-99, p. 260 et s.

(2) Van Berghem, *R. D. I.,* 1889, p. 5; Wœste, J. C., 1893, p. 1123; Lejeune, *id.,* p. 1126.

(3) V. J. C., 1881, p. 557; 1890, p. 739 et 1030.

(4) Cpr. Dicey, trad. Stocquart, *Le statut personnel anglais,* I, p. 435 et 437; Alderson Foote, J. C., 1882, p. 469; Haute-Cour de justice, 13 mai 1892, J. C., 1893, p. 428. [*Adde :* Westlake, *A Treatise on private international law,* 4e éd., avec collaboration de A.-F. Topham, 1905, ch. XVI, § 300, p. 358-360, § 306, p. 363-364.]

n'est même pas reconnue sur le territoire d'un autre de ces Etats. Cependant, sans se soucier du défaut de logique, on admet les personnes morales étrangères à ester en justice devant les tribunaux américains, et la même solution est consacrée en Angleterre.

II. Des sociétés de commerce, de finance ou d'industrie étrangères.

51. Nationalité des sociétés. — La nationalité de ces sociétés ne peut se déterminer d'après celle de leurs membres. Les sociétés de capitaux, d'abord, comme les sociétés anonymes qui ne sont pas constituées *intuitu personæ*, mais uniquement en considération de l'apport versé par chaque membre, sont tout à fait indépendantes de la condition personnelle des individus qui les composent. Quant aux sociétés de personnes, par exemple en nom collectif ou en commandite, elles sont, tout comme les premières, des êtres juridiques distincts de la personnalité des associés, et elles tirent leur vie propre, au point de vue du droit, de la concession de la personnalité civile que leur a faite un législateur déterminé. D'ailleurs, quelle solution adopter, si l'on tenait compte de la nationalité des membres, au cas très fréquent où ceux-ci ont une nationalité différente ? Tiendrait-on compte de la majorité ? Mais de laquelle : en nombre ou en capital ? Au surplus, il pourrait y avoir partage en proportions égales, et les changements dans la nationalité de chaque membre pourraient, en outre, avoir leur contre-coup sur celle de la société elle-même. Aussi la doctrine et la jurisprudence sont-elles à peu près unanimes pour ne pas faire dépendre la nationalité des sociétés de celle des associés, quand il s'agit de sociétés de personnes aussi bien que lorsqu'il s'agit de sociétés de capitaux (').

Une difficulté particulière se présente cependant pour les sociétés propriétaires de navires, étant donné que, dans la plupart des pays, la loi exige, pour accorder la nationalité aux navires, qu'ils appartiennent à des nationaux, au moins dans une certaine proportion, qui, en France, est la moitié au minimum (loi du 9 juin 1845). Bien que, comme toutes les autres sociétés commerciales, celles qui ont pour objet l'exploitation d'un navire aient une existence juridique propre, indépendante de la condition personnelle des associés, il a été décidé que, pour répondre à l'es-

(') V. Paris, 4 nov. 1886; Trib. de Nancy, 16 avril 1883, et du Havre, 3 sept. 1874, S., 88. 2. 89-91; Trib. de la Seine, 26 mai 1884, J. C., 1885, p. 192; Périgueux, 6 août 1891, *ibid.*, 1891, p. 1183.

prit de la loi de 1845, sinon aux principes du Droit, l'administration de la douane pourrait refuser l'acte de francisation à un navire appartenant à une société française, si la moitié au moins des associés ne sont pas Français, qu'il s'agisse d'une société anonyme ou d'une société en nom collectif ou en commandite (1). Quelque critiquable que soit cette solution au point de vue de la législation actuelle, on pourrait très bien comprendre, et l'on devrait même souhaiter, que la loi prît des mesures spéciales pour écarter le danger provenant de l'attribution de la nationalité à des navires français en apparence, mais qui seraient à la discrétion de sociétés étrangéres par leur composition, malgré leur qualité de françaises en tant que personnes morales. La loi allemande du 25 octobre 1867 prenait cette précaution, sinon pour les sociétés anonymes, du moins pour celles en nom collectif et en commandite qui devaient être composées de nationaux, en tant qu'il s'agissait des associés personnellement responsables, pour que leurs navires eussent la nationalité allemande (2). [Mais cette loi, après avoir été successivement modifiée par la loi du 28 juin 1873, par celle du 15 avril 1885 et celle du 23 décembre 1888, a été remplacée par la loi du 22 juin 1899 *concernant le droit de pavillon pour les navires de commerce*. Comme la loi anglaise et comme la loi norvégienne, cette loi exige une condition unique pour la nationalité des navires et le droit de porter pavillon : une propriété exclusivement nationale. L'art. 2 de la loi du 22 juin 1899 est ainsi conçu : « Les navires de commerce n'ont le droit de porter le pavillon d'Empire qu'autant qu'ils appartiennent exclusivement à des personnes ayant la nationalité d'Empire. Doivent être assimilés aux nationaux d'Empire : les sociétés de commerce en nom collectif et les sociétés en commandite lorsque les associés personnellement responsables sont tous nationaux d'Empire; les autres sociétés commerciales (3), les associations coopératives enregistrées et les personnes morales, lorsqu'elles ont leur siège sur le territoire allemand, les sociétés en commandite par actions, seulement lorsque les associés personnellement

(1) Avis du Conseil d'Etat, 5 avril 1887, J. C., 1887, p. 250 et 1885, p. 192; *Rev. crit.*, 1885, p. 603; J. C., 1892, p. 580.

(2) V. Barboux, *Jurisprudence du Conseil des prises pendant la guerre de 1870-71*, p. 156.

(3) [Les sociétés à responsabilité limitée constituent des sociétés commerciales (art. 13, al. 3 de la loi du 20 avril 1892 sur ces sociétés. V. *Ann. de législ. étrang.*, 1893, t. XXII, p. 159.]

responsables sont tous nationaux d'Empire (1).] L'Institut de Droit international, à Venise, en 1896, a voté une résolution tendant à ce que la nationalité ne soit attribuée qu'aux navires appartenant pour plus de la moitié à une société en commandite ou en nom collectif dont plus de la moitié des associés personnellement responsables sont nationaux, ou à une société par actions, anonyme ou en commandite, dont deux tiers au moins des membres de la direction sont nationaux (Annuaire, XV, p. 201).

Sans tenir compte de la condition de leurs membres, les sociétés commerciales, comme toutes les personnes morales, ont donc la nationalité du pays où elles ont été constituées et autorisées (2).

Mais, aujourd'hui, à peu près partout, comme en France, sauf pour les tontines et sociétés d'assurances sur la vie (loi du 24 juillet 1867, art. 66), l'autorisation gouvernementale est supprimée pour la fondation de toutes les sociétés de commerce. De là un grand embarras pour fixer le critérium de la nationalité de ces personnes morales. Le Congrès international des sociétés tenu en 1889, à Paris, a proposé les deux règles suivantes : 1° la nationalité d'une société par actions sera déterminée par la loi du lieu où elle aura été constituée et où elle aura fixé son siège social; 2° le siège social d'une société *ne peut être* que dans le pays où elle aura été constituée (3). Le traité sur les sociétés, titre II, art. 4, conclu par les Etats de l'Amérique latine après le Congrès de Montevideo du 25 août 1888 au 18 février 1889, dispose : « Le contrat de société se règle... par la loi du pays où la société a son domicile commercial », ce qui est un peu vague. L'Institut de Droit international, à Oxford en 1880, et à Hambourg en 1891, a adopté la résolution suivante : « On doit considérer comme pays d'origine d'une société par actions, le pays où a été établi *sans fraude* son siège social légal » (4).

On peut ramener les opinions, d'ailleurs assez peu nettes, de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question à quatre principales :

1° La nationalité des sociétés se détermine d'après le lieu où a

(1) [*Ann. de législ. étrang.*, 1900, t. XXIX, p. 75-76, et la notice de M. H. Fromageot, *ibid.*, p. 72-76. — Cpr. loi belge du 20 septembre 1903, *A. D.*, 3e série, t. LXXXIX, 1904, p. 59; Bonfils-Fauchille, *Droit intern. public*, 5e éd., 1908, p. 369.]

(2) Cour d'Alexandrie, 4 nov. 1891, J. C., 1892, p. 510.

(3) Comple rendu du Congrès, p. 204 et J. C., 1892, p. 579.

(4) *Annuaire de l'Institut*, t. XI, p. 171, résolution V.

été fait leur acte constitutif. On suppose ainsi que les parties ont voulu adopter la *lex loci contractûs*, conformément à une présomption naturelle et dont nous retrouverons l'application à propos des conventions en général : ainsi la Compagnie de Suez, fondée en France et organisée d'après notre loi, est française, bien que le théâtre de son exploitation soit en Egypte (1). — Mais on objecte, avec raison, que l'on fournit ainsi le moyen de se soustraire aux exigences de la loi du pays où la société doit manifester son existence juridique et auquel elle appartient véritablement par ses éléments constitutifs, et qu'on lui permet de s'attribuer la nationalité d'un Etat dont la loi est moins rigoureuse, en faisant l'acte constitutif dans ce dernier Etat. Aussi la jurisprudence n'hésite-t-elle pas à annuler des sociétés que l'on devrait réputer nationales à raison des circonstances, et dont les fondateurs ont esquivé les dispositions de la loi du pays où elles ont leur établissement réel, grâce à une constitution faite à l'étranger (2). Cette manière de voir semble confirmée par la loi du 4 mars 1889, art. 3, § 3, qui admet la déclaration de liquidation judiciaire en France d'une société qui a son principal établissement dans notre territoire, bien qu'elle ait été constituée à l'étranger et qu'elle y ait son siège social.

2° D'autres fixent la nationalité des sociétés d'après le lieu du principal établissement d'exploitation. La solution paraît simple, si le siège social et le centre d'exploitation sont dans le même

(1) La Compagnie de Suez est égyptienne, d'après son acte de concession, en tant qu'il s'agit de ses rapports entre elle et les tiers ; mais elle est française au point de vue des relations des associés entre eux (v. le procès entre la Compagnie de Suez et celle des Messageries maritimes devant la Cour de Paris, 31 janvier-21 mars 1873, A. D., 1875, t. III, p. 83 et s.). — [Cpr. Thaller, *Sur la nationalité des sociétés par actions, Annales de droit commercial,* 1890, t. II, p. 258; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. commercial,* 3e édit., t. II, n. 1168, p. 999; Weiss, *Traité de dr. int. privé,* t. II, p. 415; t. II, 2e édit., 1908, p. 480-483; Pic, J. C., 1892, p. 579; Pennelli, *Fallimento delle società commerciali,* 1898, p. 78-79.]

(2) Paris, 12 mai 1881, J. C., 1882, p. 317; Cons. féd. Suisse, 21 janv. 1875, *ibid.,* 1875, p. 307; Bruxelles, 13 janv. 1877, *ibid.,* 1878, p. 524; Cass., 25 fév. 1879, D. P., 80. 1. 20; J. C., 1875, p. 45, 1876, p. 305; Trib. com. Seine, 27 août 1891, *ibid.,* 1891, p. 1241; Cass., 21 nov. 1889, *ibid.,* 1889, p. 850; Cass. req., 22 déc. 1896, J. C., 1897, p. 364; Comp. Cons. féd. de Berne, 20 janv. 1875, D. P., 75. 2. 169; Trib. com. Seine, 3 mai 1899, *Gaz. des Trib.,* 2 juin 1899; [Cass. crim., 4 août 1906, J. C., 1907, p. 151; Rennes, corr., 19 déc. 1906, J. C., 1907, p. 420; Paris, 9e ch., 9 mars 1906, J. C., 1907, p. 764; Paris, 9e ch., 27 mars 1907, J. C., 1907, p. 768; Cass. crim., 9 août 1906, J. C., 1907, p. 1129; Cpr. Clunet, *Tables générales,* t. IV, vo *Société, Société étrangère,* p. 722.]

pays. Dans le cas contraire, on donnerait la préférence au pays où se fait l'exploitation, afin d'éviter les fraudes pouvant résulter de la très grande facilité avec laquelle on peut fixer le siège social où l'on veut (¹). — Sans doute, la réalité des faits doit l'emporter sur les déclarations des intéressés et sur leur combinaison, qui n'a pour but que de tourner les exigences de la loi locale ; mais la règle indiquée ci-dessus ne saurait être absolue. A ce compte, une société formée en France avec des capitaux français et conformément à nos lois, mais exploitant des biens situés à l'étranger, telle que la Compagnie de Suez ou de Panama, serait étrangère ! [Une société qui aurait pour objet la construction de chemins de fer en Russie, serait réputée de nationalité russe, encore que l'acte de société ait été dressé en France, que presque tous les associés soient Français, que le siège social et la direction générale des travaux soient établis à Paris ! (²)]. D'ailleurs, il peut y avoir des centres d'exploitation dans différents pays : il faudrait alors choisir le principal pour fixer la nationalité, ce qui serait fort difficile et laisserait la question à l'arbitraire du juge. Le centre d'exploitation peut encore se déplacer d'un pays dans un autre : en résultera-t-il un changement de nationalité pour la société? Enfin, et le cas n'est pas chimérique, une société fondée dans un Etat civilisé peut exploiter des biens dans un pays barbare : il

(¹) Lyon-Caen, *Journ. des Sociétés,* 1880, p. 32 ; Renault, *Rev. crit.*, 1883, p. 705, et 1885, p. 602 ; Cass., 10 fév. 1863, S., 63. 1. 199 ; 13 mars 1865, D. P., 65. 1. 228 ; Trib. de Leipzig, 25 nov. 1871, J. C., 1874, p. 82 ; [*Adde* Diena, *Trattato di diritto commerciale internazionale,* t. I, 1900, p. 265-267. Cet auteur, qui se rallie au système énoncé au texte, donne un exposé très complet des autres systèmes (*op. cit.*, t. I, p. 258-279, et une étude approfondie de l'art. 230 du Code de commerce italien aux termes duquel « les sociétés constituées à l'étranger qui ont en Italie leur siège et l'objet principal de leur exploitation sont considérées comme sociétés nationales et sont soumises pour la forme et la validité de leur acte constitutif, quoique passé en pays étranger, à toutes les dispositions du présent Code ». Diena, *op. cit.*, t. I, p. 271-292.]

(²) [Paris, 2 mars 1906, *R. D. I. P.*, 1906, p. 764. Mieux inspirés nous paraissent avoir été le tribunal de commerce de Nice et la cour d'appel d'Aix, quand ils ont jugé que, pour apprécier si une société étrangère exploitant en France des immeubles a été régulièrement constituée à l'étranger, il convient, non pas de rechercher le lieu où se poursuit l'exploitation de cette société, mais d'envisager le siège social, c'est-à-dire le point d'où part l'impulsion à donner aux rouages de l'entreprise ; que, spécialement, doit être considérée comme belge, une société qui, bien qu'elle exploite des immeubles sis à Nice, a son siège social à Bruxelles, ce siège n'étant pas fictif et l'organisation de la société n'ayant pas été entachée d'un esprit de fraude envers la loi française. Nice, 24 mai 1907, et Cour d'Aix (1re ch.), 6 juill. 1908, J. C., 1909, p. 198.]

sera manifestement impossible de lui attribuer la nationalité de ce dernier pays et de lui en appliquer les lois, ce que l'on devrait faire cependant si on admettait, d'une façon absolue, que le centre d'exploitation l'emporte sur le siège social et le lieu de constitution de la société.

3° On a proposé encore de ne s'attacher qu'au siège administratif de la société, c'est-à-dire au lieu où fonctionnent réellement ses organes d'administration. Ce lieu a été particulièrement considéré comme attributif de compétence pour la faillite des sociétés (1).

Ce système a l'avantage de mieux éclairer les tiers qui traitent avec la société et qui peuvent compter sur l'application de la loi du pays où fonctionne son administration, tandis qu'ils peuvent ne pas être bien renseignés sur le lieu de constitution ou d'exploitation. Mais l'établissement de l'administration dans tel pays plutôt que dans tel autre est un acte laissé à la disposition de ceux qui dirigent la société, et de nature, comme la fixation arbitraire du siège social, à favoriser bien des fraudes.

4° Enfin, on a déterminé la nationalité des sociétés d'après le pays où les actions sont émises et où se constitue le capital, car c'est sous le couvert de la loi de ce pays que s'établit la garantie des souscripteurs et que se forme le contrat qui les unit. Il est naturel d'objecter aussitôt que la souscription peut avoir lieu dans plusieurs pays à la fois; aussi a-t-on proposé de s'en tenir alors au pays où se fait la formation du capital d'origine, ou bien à celui dans lequel se trouve la fraction la plus considérable de souscripteurs. Mais la première solution est d'un mince secours, car, surtout aujourd'hui, le capital d'origine des grandes sociétés se constitue dans plusieurs pays à la fois. Quant à la seconde, elle aboutit à l'examen d'une question de fait souvent insoluble, et elle livre la question à l'arbitraire du juge.

(1) Cpr. Cass., 20 juin 1870, D. P., 70. 1. 416; 21 juin 1880, S., 81. 1. 130; 1er juil. 1881, D. P., 81. 1. 314; 9 août 1881, D. P., 82. 1. 408; 30 janv. 1882, D. P., 83. 1. 223; Paris, 23 janv. 1889, D. P., 90. 2, p. 1-4. [Trib. Nevers, 15 déc. 1891, J. C., 1892, p. 1023. — Trib. Seine, 27 mars 1896, J. C., 1899, p. 855. — Cass., 29 mars 1898, J. C., 1898, p. 756. — Trib. corr. Seine, 2 mars 1905, J. C., 1905, p. 385; 1907, p. 420. — Trib. civ. Nancy, 18 février 1907, J. C., 1907, p. 765; Pic, *De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé,* J. C., 1892, p. 588-589; Cohendy, *Note* dans D. P., 90. 2. 1; Thaller, *Revue critique,* 1883, p. 340, et *Annales de droit commercial,* 1890, 2, p. 261 et suiv. — *Contra* Weiss, *Traité,* t. II, p. 419; t. II, 2e éd., 1908, p. 481; Diena, *Trattato,* t. I, p. 267-268].

[Il a été jugé qu'une société par actions qui se rend propriétaire de la totalité des actions d'une autre société n'absorbe pas cette dernière : les deux sociétés conservent leur individualité propre et leur nationalité distincte, si elles étaient de pays différents. Une société anglaise, par exemple, ayant acquis toutes les actions d'une société allemande ne doit pas, en Angleterre, l'*income tax* pour la part de bénéfices de cette société qui, d'après la loi allemande, doit demeurer en Allemagne pour constituer un fonds d'amortissement; cette part représente un profit pour la compagnie allemande, mais non pour la compagnie anglaise, laquelle ne bénéficie que des profits qui parviennent en Angleterre (1).]

Somme toute (2) nous pensons que, en l'absence de texte positif, la nationalité des sociétés doit être appréciée comme une question de fait, en tenant compte, suivant les circonstances, du lieu de constitution et du siège social, du centre d'administration ou d'exploitation, même du pays où le capital a été souscrit. C'est le concours de ces divers éléments ou la prédominance particulière de l'un d'eux eu égard à la nature de chaque société qui peuvent éclairer le juge, sauf pour celui-ci à se préoccuper de toute fraude qui aurait pour but de faire attribuer faussement à la société une nationalité étrangère, afin de la soustraire aux exigences de la loi locale (3).

Il faut aussi se préoccuper du changement possible de nationalité pour les sociétés commerciales. Les uns estiment qu'un simple déplacement du siège social, le principal établissement n'étant pas changé, ne modifie pas la nationalité; pour d'autres, la nationalité ne serait atteinte que par le déplacement à la fois du siège social et du centre d'exploitation (4).

Nous pensons que la nationalité d'une société ne peut dépendre de ce que ses établissements divers à l'étranger prennent une importance plus considérable que son établissement primitif : il

(1) [Cour d'appel de Londres, 27 mars 1908, J. C., 1909, p. 229.]

(2) V. sur les divers systèmes indiqués, Thaller, *Sur la nationalité des sociétés par actions, Annales de Droit commercial,* 1890. 2. p. 257; Lyon-Caen, *Journ. des Sociétés,* 1880, p 32. [Diena, *op. cit.,* t. I, p. 258-271; Weiss, *Traité,* t. II, 2e éd., 1908, p. 480-483.] — Cpr. loi belge 18 mai 1873, art. 129; Code de com. italien, art. 230; roumain, art. 239; portugais, art. 110.

(3) [*Sic* Surville et Arthuys, *Droit international privé,* 4e éd., 1904, n. 456-457, p. 560; *Contra,* Rolin, *Principes de Droit international privé,* t. III, n. 1272; Diena, *op. cit.,* t. I, p. 263-265.]

(4) V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit com.,* 2e édit., t. II, n. 1168, p. 999. — [Cpr. Vavasseur, J. C., 1875, p. 350-351; Diena, *op. cit.,* t. I, p. 269-270.]

est inadmissible que la condition juridique de la société se modifie par le développement même de son activité qui subit les influences variables de la situation économique dans les différents Etats où elle s'exerce. Il en sera ainsi du moins pour les entreprises dont l'exploitation n'est pas incorporée à un lieu déterminé, comme celles de banque et de commerce. S'il s'agit d'exploitations localisées, comme celles d'un chemin de fer, d'un canal, d'une mine, un déplacement dans le théâtre de l'activité industrielle peut provoquer un changement dans la nationalité de la société, si cet élément du lieu d'exploitation est considéré comme le facteur essentiel de la nationalité, suivant les circonstances et conformément au pouvoir d'appréciation qui appartient au juge en cette matière, comme nous l'avons dit ci-dessus. Il va sans dire, d'ailleurs, qu'il n'y a pas à tenir compte du déplacement des succursales, quelle que soit leur importance, puisqu'elles ne sont que des dérivés de l'établissement originaire et participent à sa condition juridique (1).

Nous estimons d'ailleurs que tout changement de nationalité d'une société entraîne, quand il se produit, l'extinction de la société primitive et son remplacement par une nouvelle. C'est sous l'empire de la première loi nationale qui devait régir leur association que les intéressés se sont engagés; il faut donc une nouvelle adhésion de tous les associés à un contrat également nouveau qui va être soumis à des règles différentes. La société ancienne subsistera seulement en tant qu'il s'agit des droits acquis concernant elle-même, les associés ou les tiers (2).

52. Loi du 30 mai 1857. — La législation française actuelle relative à la reconnaissance des sociétés étrangères a été provoquée par des difficultés qui s'étaient élevées entre la France et la Belgique. A raison des relations fréquentes qui existent entre ces deux pays, il y avait souvent lieu de se demander si une société anonyme belge pouvait agir en France et réciproquement. L'administration de notre pays exigeait, pour ces sociétés, l'autorisation gouvernementale que l'art. 37 du Code de commerce imposait alors aux sociétés anonymes françaises elles-mêmes; la jurisprudence admettait, au contraire, que ces sociétés pouvaient directe-

(1) Paris, 29 juil. 1887, *Le Droit,* 23 oct. 1887.

(2) Cass., 7 juin 1880, J. C., 1881, p. 262; Cass., 11 mars 1868, D. P., 68. 1. 207; Cass., 26 nov. 1894, J. C., 1895, p. 117. — [*Adde :* Amiens, 29 juin 1895, J. C., 1895, p. 117; Cass., 29 mars 1898, J. C., 1898, p. 756; Trib. suprême de l'Empire allemand, 5 juin 1882, J. C., 1883, p. 315.]

ment et sans formalité préalable ester en justice. Une convention, intervenue le 27 février 1854, contenait une clause en vertu de laquelle le gouvernement belge s'engageait à présenter un projet de loi destinée à trancher la question en ce qui le concernait. En exécution de ce traité, fut promulguée la loi belge du 14 mars 1855 qui reconnut l'existence des sociétés anonymes étrangères, sous la condition de la réciprocité de la part de la loi étrangère pour les sociétés belges. Mais cette loi resta lettre morte parce qu'on considéra, en Belgique, que la pratique libérale de la jurisprudence française ne suffisait pas pour assurer la réciprocité qu'exigeait la loi du 14 mars 1855 ; on demanda, pour admettre les sociétés françaises en Belgique, que les sociétés belges fussent *légalement* acceptées elles-mêmes en France. C'est ainsi que le gouvernement français fut amené à proposer et faire voter la loi du 30 mai 1857 qui est ainsi conçue :

ART. 1er. Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire.

ART. 2. Un décret impérial rendu en Conseil d'État peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'art. 1er.

Depuis lors, la loi belge du 18 mai 1873, art. 128, est allée plus loin : elle reconnaît l'existence en Belgique de toutes les sociétés étrangères régulièrement constituées dans leur pays, abrogeant ainsi la condition de réciprocité prescrite par la loi du 14 mars 1855 (1).

53. La loi française du 30 mai 1857 ne tranche la question qu'en ce qui concerne les sociétés anonymes et autres soumises à l'autorisation gouvernementale dans le pays où elles sont organisées ; il y a donc lieu de distinguer cette première catégorie de sociétés de toutes celles qui ne présentent pas les mêmes caractères (2).

A. *Sociétés anonymes ou soumises à l'autorisation du gouvernement étranger.*

54. De la loi de 1857, il résulte que ces sociétés étrangères n'ont d'existence en France qu'à la condition d'y être autorisées.

(1) V. aussi loi belge du 22 mai 1886 formant, avec celle de 1873, le titre IX, liv. I, du code de comm. de la Belgique.

(2) V. Lyon-Caen, *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, 1870.

C'est de trois façons d'ailleurs que l'autorisation peut leur être accordée.

1° Par la loi, ce qui est le cas des sociétés belges seulement, en vertu de l'art. 1er de la loi de 1857.

2° Par décret en Conseil d'Etat (art. 2, loi de 1857). L'autorisation ainsi donnée est, en principe, collective pour toutes les sociétés d'un Etat, et elle n'est pas subordonnée à la condition de réciprocité. Des décrets de ce genre sont déjà intervenus pour un grand nombre de pays (1). Rien ne semble s'opposer, d'ailleurs, bien que la question soit controversée, à ce que l'autorisation ne soit accordée qu'à certaines sociétés d'un pays.

3° Par traité : celui du 30 avril 1862 a reconnu l'existence des sociétés de France et d'Angleterre sur le territoire respectif des deux pays. Ce traité est beaucoup plus large que la loi de 1857, car il s'applique à toutes les sociétés, anonymes ou non, soumises ou non à l'autorisation gouvernementale, sous la seule condition qu'elles soient régulièrement constituées suivant les prescriptions de la loi de leur pays (2). — Les traités assimilant complètement les nationaux des deux pays contractants pour la jouissance de tous les droits auraient le même effet pour l'admission des sociétés. [Tels sont les traités de commerce et de navigation franco-bulgare du 13 janvier 1906 (J. C., 1907, p. 549), franco-roumain du 6 mars 1907 (J. C., 1907, p. 1235) (3) et franco-serbe du 23 décembre 1907-5 janvier 1907 (J. C., 1908, p. 1302).]

Au premier abord, il semble que la nécessité d'une autorisation,

(1) Turquie et Égypte, décret du 7 mai 1859; Portugal, 27 février 1861; Luxembourg, 27 février 1861; Sardaigne, 8 septembre 1860; Suisse, 11 mai 1861; Russie, 25 février 1865; Espagne, 5 août 1861; Grèce, 9 novembre 1861; Pays-Bas, 22 juillet 1863; Prusse, 19 décembre 1866; Saxe, 23 mai 1868; Autriche, 20 juin 1868; Suède et Norvège, 14 juin 1872; Etats-Unis, 6 août 1883; Etats-Pontificaux, 7 février 1862.

(2) Cass., 19 mai 1863, S., 63. 1. 323; Douai, 27 avril 1897, J. C., 1898, p. 146. — Les sociétés allemandes sont admises en vertu de l'art. 11 du traité de Francfort qui contient la clause de la nation la plus favorisée (Cass., 14 mai 1895, J. C., 1895, p. 386; Rouen, 22 juillet 1896, J. C., 1897, p. 366). — Suivant d'autres, l'art. 11 du traité ne viserait que les droits de douane; d'ailleurs, l'art. 18 du protocole annexé au traité rétablit les anciennes conventions avec les Etats allemands, ce qui exclurait l'idée d'un régime nouveau applicable à tout l'Empire allemand (v. Chausse, *Annales de Dr. comm.*, 1893, p. 103; Surville, *Rev. crit.*, 1896, p. 232; Lyon-Caen, S., 1896. 1. 161).

(3) Sur la portée économique de ce traité quant à l'admission des sociétés françaises en Roumanie, V. J. C., *Les sociétés françaises en Roumanie*, 1908, p. 426-429.

pour les sociétés dont il est question actuellement, est en contradiction avec le principe déjà admis que l'existence des personnes morales constituées dans un pays doit être universellement reconnue dans tous les territoires où elles voudront exercer leurs droits : mais ce n'est là qu'une fausse apparence. On sait, en effet, que l'existence des personnes morales étrangères n'est plus acceptée toutes les fois qu'elle est de nature à compromettre l'ordre public) tel que chaque législateur l'entend : or, par leur puissance même, par la facilité avec laquelle elles peuvent capter et ruiner le crédit public, les sociétés anonymes présentent de très grands dangers. C'est pour cela que les sociétés de ce genre, même françaises, ont été assujetties à la nécessité de l'autorisation gouvernementale, qui n'était accordée qu'après examen de leurs statuts et de leur organisation. Depuis 1867, l'autorisation n'est plus exigée, mais cette garantie est remplacée par l'observation des formalités nombreuses et rigoureuses de la loi du 24 juillet 1867 qui protègent (le législateur du moins l'a cru) contre tout inconvénient de la part de ces associations. Quant aux sociétés étrangères, faute des garanties de la loi de 1867 dont elles n'ont pas évidemment à observer les prescriptions, on maintient l'ancienne mesure, c'est-à-dire l'autorisation. Ce n'est là qu'une sage précaution, absolument justifiée par les principes théoriques exposés plus haut ainsi que par l'intérêt pratique.

55. L'autorisation exigée par la loi de 1857 ne fait d'ailleurs que reconnaître l'existence des sociétés étrangères dont il est traité actuellement, et leur donner la faculté d'exercer leurs droits. Mais ces sociétés n'en demeurent pas moins des personnes étrangères, soumises par conséquent aux règles défavorables particulières aux étrangers dans notre législation, notamment aux dispositions des art. 14 et 16 du C. civ. (1). Les sociétés étrangères sont

(1) Cass. rej., 17 juillet 1878, D. P., 78. 1. 366. [La renonciation au privilège de l'art. 14 peut être expresse ou tacite. Ainsi, le tribunal de commerce de la Seine a jugé, le 17 juin 1907, que le porteur de parts de fondateur doit être considéré comme ayant renoncé à se prévaloir de l'art. 14 du Code civil, lorsqu'il est stipulé, dans les statuts d'une société étrangère, que tous les étrangers ou leurs successeurs qui prendront part dans les affaires de la société avec quelque caractère que ce soit ne pourront jamais se prévaloir de leur qualité d'étrangers relativement aux titres et aux affaires précités et auront seulement les droits que la loi du pays auquel appartient la société concède aux nationaux de ce pays : en conséquence, un Français, porteur de parts de fondateur de la Banque nationale du Mexique, ayant renoncé tacitement au bénéfice de l'art. 14, fut débouté de sa demande contre cette Banque par le tribunal de commerce de la Seine qui se déclara incompé-

assignées au lieu où est leur succursale en France ; si elles n'en ont pas, au domicile du demandeur français dans le territoire de la France (1).

On peut convenir, dans l'acte de société, que les actions contre celle-ci seront portées à son siège social, à l'étranger ; cette clause est obligatoire pour les actionnaires qui y ont souscrit, s'il s'agit de contestations relatives à la société (2).

Il peut y avoir aussi clause compromissoire pour porter toute contestation devant des arbitres. En France, cette clause est annulée pour insuffisance de détermination du litige (art. 1006 P. civ.). [Cette disposition de l'article 1006 peut être justement critiquée, et une proposition de loi émanée de M. L. Dreyfus, député, en demande l'abrogation, du moins en matière commerciale (*Journal des Débats*, 14 avril 1908).] Mais la clause compromissoire vaut toujours comme renonciation tacite au bénéfice de l'art. 14 C. civ. pour un Français plaidant contre la société étrangère. Cependant elle ne peut produire cette conséquence que pour les actionnaires français, et non pour les obligataires ou autres créanciers, à moins qu'elle ne figure dans l'acte même qui donne naissance à leur créance ou que l'acte de la société n'ait été rendu public avant qu'ils aient traité avec elle (3).

En outre, la fin de l'art. 1er de la loi de 1857 impose aux sociétés étrangères l'obligation de se soumettre « *aux lois de l'Empire* ». Ces mots ne se réfèrent pas assurément aux règles de constitution, de publicité, bien que nombre de pays imposent leurs règles de publicité dans leur territoire aux sociétés étrangères, et d'administration prescrites actuellement par la loi de 1867 pour les sociétés : à ces divers points de vue, les sociétés étrangères n'ont qu'à observer les lois du pays où elles sont fondées, conformément

tent. J. C., 1908, p. 170, et la note de M. Perroud. Quant à l'art. 16, relatif à la caution *judicatum solvi,* cpr. la jurisprudence anglaise, J. C., 1908, p. 104.]

(1) Cass., 4 mars 1885, S., 85. 1. 169.

(2) Cass., 28 août 1869, S., 70. 1. 201.

(3) Paris, 11 janvier 1865, S., 66. 2. 147 ; Cass., 26 juill. 1893, S., 94. 1. 215. [*Adde :* Cass. req., 17 juillet 1899, D. P., 1904. 1. 225 et la note de M. Pic ; Cass. req., 21 juin 1904, D. P., 1904. 1. 395 ; Poitiers, 28 octobre 1907, *Loi* du 7 janvier 1908, et D. P., 1908. 5. 11. — En Italie, il a été jugé que la clause compromissoire, en vertu de laquelle des Italiens remettent à des arbitres étrangers le soin de trancher selon la loi étrangère les difficultés pouvant naître de l'interprétation et de l'exécution d'un contrat passé en Italie, est nulle. Gênes, 9 janv. 1905, 6 mars 1906 et 16 mars 1906. V. *Rivista di diritto internazionale,* 1906, p. 467 ; J. C., 1907, p. 193.]

à la règle *Locus regit actum* qui sera expliquée plus loin (1). Les seules lois françaises auxquelles les sociétés étrangères aient à se conformer sont celles qui rentrent dans l'ordre public tel qu'il est entendu dans notre pays; on peut citer spécialement, en ce qui les concerne : le paiement des impôts particuliers dont elles sont frappées (2); les dispositions relatives à la négociation de leurs titres à la Bourse (décrets du 8 février 1880, du 1er déc. 1893 et du 10 août 1896 sur l'émission et la négociation en France des valeurs étrangères); les art. 13 et 15 de la loi du 24 juillet 1867, interdisant dans l'émission des actions certaines fraudes ayant pour but de tromper les souscripteurs (3).

[Trois séries de dispositions importantes ont été établies par la loi de finances du 30 janvier 1907. Une première série (art. 3) concerne les formalités auxquelles sont assujetties les sociétés françaises ou étrangères qui émettent ou offrent des actions, obligations ou titres au public à partir du 1er mars 1907. Il s'agit, comme l'a exposé le ministre des finances, M. Caillaux, dans la première séance de la Chambre des députés du 14 décembre 1906, « de rendre obligatoire la publication au *Journal officiel* des divers documents relatifs à toutes les sociétés dont les valeurs seront mises en vente et de décider qu'aucune valeur ne pourra être offerte au public sans que cette publication ait lieu, de manière à établir des responsabilités pour certaines personnes et à les obliger à se découvrir ». A cet effet, l'art. 3 de la loi de finances du 30 janvier 1907, fragment détaché du projet de loi modifiant la loi du 24 juillet 1867 et d'un ensemble de dispositions de ce projet réformant le régime de publicité auquel sont soumises les sociétés par actions, dispose : « L'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché (4) en France (5), d'actions, d'obliga-

(1) Cass., 16 juin 1885, *Le Droit,* 18 juin 1885.

(2) V. sur ce sujet une dissertation dans le J. C., 1877, p. 26 et suiv.; Desmasure, *Traité du régime fiscal des sociétés,* p. 220 à 232; 322 à 328; Jobit, *Régime fiscal des valeurs mobilières étrangères en France,* 1893. — Le principe est que les sociétés étrangères sont soumises à toutes les charges fiscales des sociétés françaises. V. Cass., 17 janv. 1888, D. P., 88. 1. 409; 10 fév. 1902, *Gaz. des Trib.,* 15 juin 1902.

(3) Cass., 16 août 1873, *Le Droit,* 19 août 1873. V. J. C., 1883, p. 479, et 1884, p. 215; Thaller, *Réforme de la loi sur les sociétés par actions,* p. 105; V. J. C., 1880, p. 126 et décret du 1er déc. 1893, *ibid.*, 1893, p. 1274.

(4) Le sens technique de ces termes est indiqué avec une parfaite netteté dans la notice de M. Lyon-Caen, *Annuaire de Législation française,* 1908, t. XXVII. p. 72, notes 2-5.

(5) La loi serait applicable, si un banquier recevait en France des souscriptions pour des titres émis à l'étranger. Lyon-Caen, *loc. cit.,* p. 72, note 6.

tions, ou de titres de quelque nature qu'ils soient, de sociétés, françaises ou étrangères, seront en ce qui concerne ceux de ces titres offerts au public à partir du 1er mars 1907, assujetties aux formalités ci-après : Préalablement à toute mesure de publicité, les émetteurs, exposants, metteurs en vente et introducteurs devront faire insérer dans un bulletin annexe au *Journal officiel*, dont la forme sera déterminée par décret, une notice contenant les énonciations suivantes : 1° La dénomination de la société ou la raison sociale (1); 2° L'indication de la législation (française ou étrangère) sous le régime de laquelle fonctionne la société (2); 3° Le siège social; 4° L'objet de l'entreprise; 5° La durée de la société; 6° Le montant du capital social, le taux de chaque catégorie d'actions et le capital non libéré; 7° Le dernier bilan rectifié pour copie conforme ou la mention qu'il n'en a pas été dressé encore. » D'autres mentions sont encore requises, notamment quant aux montant des obligations déjà émises, et « les émetteurs, exposants, metteurs en vente et introducteurs devront être domiciliés en France; ils seront tenus de revêtir la notice ci-dessus de leur signature et de leur adresse ».]

[Spécialement et en outre, « toute société étrangère qui procède en France à une émission publique, à une exposition, à une mise en vente ou à une introduction d'actions, d'obligations ou de titres de quelque nature qu'ils soient, sera tenue de publier intégralement ses statuts, en langue française, au même bulletin annexe du *Journal officiel* et avant tout placement de titres ».]

[La sanction des dispositions qui précèdent sera une amende de dix mille à vingt mille francs, mais non la nullité des émissions. Il a été expliqué au Sénat : 1° que l'absence des formalités prescrites par la loi n'entraîne pas la nullité des émissions. Pour exprimer cette idée on a substitué le mot *assujetties* au mot *subordonnées* dans l'alinéa premier; 2° que les personnes lésées ont, conformément au droit commun, une action en dommages-intérêts. Elles ont la même action pour énonciations inexactes ou fausses (3).]

(1) [La loi n'est faite que pour les sociétés, non pour les associations; mais elle s'applique à toutes les sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales. Elle ne régit pas les fonds d'Etat. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 73, note 4.]

(2) [Le texte adopté par la Chambre des députés portait : *la nationalité de la société*. Le texte définitif écarte la controverse relative à la détermination de la nationalité des sociétés.]

(3) [Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 74, note 5. — V. le texte intégral de l'art. 3, *J. off.* du

[Le but poursuivi est excellent, et, par suite, les dispositions proposées et édictées n'ont été l'objet d'aucune critique générale, soit devant le Parlement au cours de la discussion, soit dans la presse après leur promulgation. On peut seulement regretter, d'une part, que ces dispositions n'aient pas été votées avec l'ensemble des mesures de publicité dont elles font partie, et, d'autre part, que cette réforme partielle, si sage soit-elle, ait été incorporée dans une loi de finances.]

[Mais si, en elle-même, la réforme du régime des sociétés n'a pas été l'objet de critiques graves, il en va tout autrement du décret du 27 février 1907 (1), qui, rendu pour en assurer l'exécution, a créé le *Bulletin annexe du Journal officiel.*]

[Une seconde série de dispositions concerne la taxe annuelle à laquelle est assujetti le capital assuré par les compagnies et sociétés d'assurances françaises et étrangères. Déjà la loi du 17 mars 1905, relative à la surveillance et au contrôle des sociétés d'assurances sur la vie et de toutes les entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine, s'était préoccupée de la situation des sociétés d'assurances sur la vie, au point de vue des garanties que ces sociétés doivent offrir au public : la chute retentissante de compagnies françaises, la *Caisse des familles* et la *Rente viagère,* le fait que l'on voyait en France des sociétés étrangères, auxquelles il avait suffi jusqu'alors d'être constituées sui-

31 janv. 1907; J. C., 1907, p. 538-540, et *Annuaire* cité, p. 72-74. — *Travaux préparatoires : Chambre,* proposition Chastenet, *Doc parl.,* 1902, p. 617; projet Vallé, *Doc. parl.,* 1903, p. 436; rapport, *Doc. parl.,* 1904, p. 423; rapport repris, *Doc. parl.,* 1906 (*extraordin.*), p. 163 (partie relative à la publicité introduite par la commission du budget dans son rapport supplémentaire); discussion, adoption, 14 déc. 1906. — *Sénat :* rapport (Gauthier), *Doc. parl.,* 1906 (*extraordin.*), p. 386; discussion, adoption avec modifications, 23 janvier 1907. — *Chambre :* adoption, 28 janv. 1907. — Principaux articles et études sur cet article 3 de la loi du 30 janv. 1907 : Walh, *De la publicité des placements de titres suivant la loi du 30 janvier 1907* (Extrait du *Journal des Sociétés*); Arthur Rousseau, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères,* Supplément *contenant le commentaire de la loi du 30 janvier 1907 ;* H. Pothier, *Des émissions et introductions financières;* J. Vavasseur, *De l'application de la loi de finances de 1907 sur les émissions d'actions et d'obligations* (*Revue des Sociétés,* 1908, p. 97-101).]

(1) [V. le texte de ce décret, *Annuaire de Législation française,* t. XXVII, 1908, p. 75. — Le tarif des insertions a donné lieu à de vives plaintes, à cause de son élévation (deux francs la ligne de corps sept, la ligne ordinaire du *Journal officiel* étant prise comme justification, art. 2 du décret) et l'on a critiqué le système qui fait bénéficier des taxes perçues en grande partie les fermiers des annonces. Lyon-Caen, *même Annuaire,* p. 72.]

vant les lois de leur pays pour fonctionner chez nous sans aucun contrôle, conquérir sur notre sol une situation qu'elles n'auraient jamais pu obtenir dans leurs propres pays, ont attiré l'attention du législateur. Le système de l'autorisation préalable, qui était celui de la loi de 1867 et qui a été consacré par la loi allemande du 12 mai 1901, non seulement pour les assurances sur la vie, mais pour tout contrat d'assurance (1), a été chaudement défendu devant la Chambre française; il n'en a pas moins succombé, et notre législateur lui a préféré le système de l'enregistrement. Mais les partisans et les adversaires de l'autorisation préalable peuvent se réconcilier, s'ils veulent bien considérer que l'économie générale de la nouvelle législation française tend simplement à consacrer les résultats acquis par l'expérience des assureurs et que l'enregistrement est subordonné aux conditions qui, en fait, auraient été celles de l'autorisation (2).]

[La loi de finances du 30 janvier 1907, statuant, cette fois, dans la sphère de sa compétence normale, a institué, en sus de la taxe annuelle de six francs par million établie par la loi du 13 avril 1898, une taxe de douze francs par million sur le capital assuré par les compagnies et sociétés d'assurances françaises et étrangères. Cette taxe est réduite à trois francs par million pour les compagnies et sociétés qui justifient que l'ensemble des capitaux assurés par elles ne dépasse pas un milliard; elle est réduite à six francs par million pour les compagnies et sociétés qui justifient que l'ensemble des capitaux assurés par elles est compris entre un et trois milliards. La taxe nouvelle n'atteint pas les capitaux assu-

(1) [*Annuaire de Législation étrangère,* 1902, p. 86; pour la Suède, loi de 1903, *même annuaire,* 1904, p. 486.]

(2) [V. le texte de cette loi, *Annuaire de Législation française,* 1906, t. XXV, p. 88-99, les décrets du 20 janvier 1906, p. 99-102, la *note* de M. Dumanoir, p. 87-88, et le décret du 22 juin 1906 sur les formes de l'enregistrement des entreprises d'assurances sur la vie (*J. off.* du 28 juin. — Cpr. Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 517-526. — Des mesures presque identiques à celles que prescrit la loi du 17 mars 1905 pour les sociétés d'assurances sur la vie ont été ordonnées par la loi du 19 décembre 1907, à l'effet d'organiser la surveillance et le contrôle des entreprises françaises *ou étrangères* de toute nature, « qui, sous le titre de sociétés de capitalisation, de reconstitution de capitaux ou sous toute autre dénomination, font appel à l'épargne en vue de la capitalisation et contractent, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects, des engagements déterminés » (art. 1er). Ces entreprises ne peuvent fonctionner qu'après avoir été enregistrées, sur leur demande, par le ministre du travail. Les pièces à fournir en vue de cet enregistrement ont été déterminées par le décret du 1er avril 1908 (*J. off.* du 5 avril). V. Weiss, *Traité;* t. II, 2e édit., 1908, p. 521-523.]

rés aux caisses départementales et aux sociétés d'assurances mutuelles agricoles constituées aux termes de la loi du 5 juillet 1900, ainsi que les capitaux réassurés par les dites caisses ou sociétés (art. 5). L'art. 6 spécifie que la taxe établie par l'art. 5 ne vise pas le contrat d'assurance : « Elle s'ajoute aux frais généraux de l'assureur, qui ne pourra, en aucun cas, la récupérer sur l'assuré, sauf en ce qui concerne les sociétés d'assurances mutuelles contre l'incendie constituées conformément aux termes du décret du 22 janvier 1868 » (1).]

[Enfin, dans une troisième série de dispositions relatives aux titres quelconques étrangers, la loi de finances du 30 janvier 1907 vise le droit de timbre au comptant des titres étrangers désignés dans l'article 6 de la loi du 13 mars 1863 et dispose (2) : « A partir du 1er avril 1907, le droit de timbre au comptant des titres désignés dans l'art. 6 de la loi du 13 mai 1863 est fixé à 2 p. 100, sauf en ce qui concerne les titres déjà timbrés, soit au tarif de 0,50 p. 100 avant le 1er janvier 1899, soit au tarif de 1 p. 100 avant le 1er avril 1907. Le droit n'est pas soumis aux décimes. Il sera perçu sur la valeur nominale de chaque titre ou coupure considéré isolément et, dans tous les cas, sur un minimum de 100 francs. Pour les titres déjà timbrés au 1er avril 1907, au tarif antérieur à la loi du 28 décembre 1895, le droit de 2 p. 100 ne sera appliqué qu'imputation faite du montant de l'impôt déjà payé. Resteront soumis au droit de 1 p. 100 les fonds étrangers cotés à la bourse officielle dont le cours, au moment où le droit devient exigible, sera tombé au-dessous de la moitié du pair par suite d'une diminution de l'intérêt imposée par l'Etat débiteur » (3).]

56. Quant aux sociétés étrangères, anonymes ou soumises à l'autorisation de leur gouvernement qui, en France, n'ont pas été autorisées conformément à la loi de 1867, elles n'ont chez nous

(1) *J. off.* du 31 janvier 1907 ; J. C., 1907, p. 540.

(2) [Art. 8, loi du 30 janvier 1907, *ll. cc.*]

(3) [Il faut noter que la Cour de cassation a décidé, le 10 février 1902, que les dispositions légales qui font aux dépositaires des registres de transferts et conversions des titres de sociétés, compagnies et entreprises, une obligation de les communiquer sans déplacement, ainsi que toutes les pièces et documents relatifs à ces transferts et conversions, aux préposés de l'enregistrement, à toute réquisition, n'établissent aucune distinction entre les sociétés à raison de leur nationalité et s'appliquent en conséquence aux succursales que les sociétés étrangères ont pu créer en France. Cass., 10 fév. 1902, S., 1903. 1. 361 ; J. C., 1902, p. 682 ; Trib. civ. Seine, 7 avril 1904, J. C., 1906, p. 416. V. Walh, J. C., 1904, p. 86 ; Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 545.]

aucune espèce d'existence légale, pour aucun acte de la vie civile ou commerciale. Elles ne peuvent notamment agir en justice et l'on devrait logiquement conclure qu'il est impossible de les assigner comme défenderesses. Cependant la jurisprudence décide, d'une manière constante, qu'elles constituent au moins des sociétés de fait, responsables des actes qu'elles accomplissent. Il serait peu équitable que la société puisât dans l'inaccomplissement des formalités légales un moyen de s'exonérer de ses obligations (1). Alors l'assignation peut être faite aux administrateurs seuls, vu l'impossibilité de l'adresser à tous les associés. Au surplus, les sociétés non autorisées ne sont pas considérées comme inexistantes, mais seulement comme privées du droit d'ester en justice en qualité de demanderesses ; or, celui qui les assigne invoque le contrat social qui est leur œuvre et en vertu duquel les administrateurs représentent la société. D'ailleurs, en fait, l'administration est tolérante et laisse ces sociétés avoir des succursales en France.

57. Mais, la loi française de 1867 ayant supprimé la nécessité de l'autorisation pour toutes les sociétés anonymes, on s'est demandé si les sociétés étrangères demeuraient toujours assujetties à cette condition de la loi de 1857 ; il a même été jugé que cette formalité ne s'imposerait plus qu'aux sociétés étrangères antérieures à 1867, ou de la nature de celles pour lesquelles l'autorisation a été maintenue en France, c'est-à-dire les tontines et les sociétés d'assurances sur la vie (art. 66, loi du 24 juillet 1867) (2). Cette solution doit être rejetée, car si l'on a supprimé en France la garantie de l'autorisation préalable, on l'a remplacée par les règles sévères et minutieuses de la loi de 1867 ; or rien ne dit que les lois étrangères, sous l'empire desquelles des sociétés se sont organisées, présentent les mêmes sauvegardes au point de vue du crédit public : c'est pourquoi la nécessité de l'obligation préalable, exigée par la loi de 1857, s'impose encore. Décider le contraire, c'est permettre aux sociétés étrangères d'exercer librement leurs droits en France, sans être entravées peut-être par une

(1) Cass., 19 mai 1863, D. P., 63. 1. 218 sur la réquisition de Dupin ; Cass., 14 nov. 1864, D. P., 64. 1. 466 ; [Paris, 9 mai 1865, S., 65. 2. 211 et 8 nov. 1865, S., 66. 2. 118. Cpr. Trib. civ. Seine, 11 mars 1880, J. C., 1880, p. 185 ; Trib. com. Marseille, 31 juillet 1893, J. C., 1894, p. 329 ; Rouen, 25 janvier 1907, *R. D. I. P.*, 1908, p. 203 et p. 215-219 ; Lyon-Caen et Renault, 3e édit., t. II, n. 1135, p. 975.]

(2) Paris, 15 fév. 1882, *La Loi,* 26 mars 1882 ; Paris, 8 juill. 1881, S., 81. 2. 170 ; Lyon, 13 déc. 1886, J. C., 1892, p. 479 ; V. Buchère, *ibid.*, 1882, p. 37.

législation bien rigoureuse, tandis que les sociétés françaises seraient paralysées par l'obligation d'observer les dispositions multiples de la loi de 1867 : on irait ainsi à l'encontre de la loi de 1857, dont le but certain a été d'établir une juste égalité entre les sociétés françaises et étrangères. Du reste, en fait, plusieurs décrets d'autorisation, comme on peut le voir en consultant les citations faites ci-dessus, ont été accordés depuis 1867 (1). Il faut remarquer, en outre, que l'autorisation prescrite par l'art. 37 C. com., et celle qu'exige la loi de 1857 n'ont ni le même caractère, ni le même but ; la première est spéciale pour chaque société et ne vise que les sociétés anonymes, la seconde est collective pour toutes les sociétés d'un pays et s'applique à toutes les espèces de sociétés visées par la loi de 1857 (2).

D'autre part, entrant dans la voie ouverte par l'*Act* anglais du 17 juillet 1856, nombre de pays ont supprimé la condition de l'autorisation pour toutes les sociétés anonymes. On en a conclu que les sociétés anonymes de ces différents pays, n'ayant plus l'autorisation de leur gouvernement prescrite par l'art. 1er de la loi de 1857, ne pourraient plus recevoir en France l'autorisation d'exercer leurs droits et devraient même perdre celle qui leur a été concédée. En effet, dit-on, la loi de 1857 ne permet d'autoriser que les sociétés étrangères autorisées déjà dans leur pays ; cette dernière condition faisant défaut, toute existence doit leur être déniée en France (3). Cette conclusion est bien dure et ne manquerait pas, si elle était admise, de provoquer en pays étranger des représailles ruineuses pour les sociétés françaises. Il est plus sage de décider que, si le législateur français a supprimé la garantie de l'autorisation pour les sociétées fondées en France et l'a remplacée par les formalités de la loi de 1867, on peut parfaitement procéder de même en ce qui concerne les sociétés étrangères, dispensées désormais de l'autorisation en vertu de la loi sous l'empire de laquelle elles se sont organisées. Si donc on estime que la loi étrangère les assujettit à des conditions suffisamment rigoureuses pour qu'elles ne présentent pas de danger, on pourra reconnaître leur existence : dans le cas contraire, la garantie de l'autorisation du gouvernement étranger leur faisant d'ailleurs défaut, il y aura lieu de leur refuser l'autorisation exigée en

(1) Paris, 22 déc. 1892, J. C., 1893, p. 588.
(2) *Hoc sensu :* Cass., 16 janv. 1885, D. P., 86. 1. 153.
(3) Thaller, *Journal des sociétés,* 1881, p. 50, 106 et 312.

France par la loi de 1857, ou même de leur retirer celle qui leur avait été antérieurement concédée (1).

58. Sans pouvoir entrer dans le détail des législations des autres pays en ce qui concerne l'admission des sociétés étrangères, nous nous bornons à indiquer les sources où l'on pourra recueillir les renseignements à cet égard.

A. Admission sans autorisation des sociétés étrangères régulièrement constituées dans leur pays : 1° Belgique (loi du 18 mai 1873, art. 128; J. C., 1883, p. 26 et 1884, p. 234; [J. C., 1907, p. 184-185; J. C., 1908, p. 884; loi du 29 mars 1906, art. 2, § 1 et art. 9, § 1, J. C., 1907, p. 636]; 2° Congo (décret du 27 février 1887); [décret du 30 février 1891, art. 1er, *Ann. Législ. étrang.*, 1891, p. 873 et J. C., 1891, p. 673]; 3° Espagne (art. 15 et 21 C. com. de 1885); [Lastres, J. C., 1906, p. 273 et suiv.]; 4° Italie (C. com. de 1882, art. 230 à 232; Danieli, J. C., 1888, p. 17 et 330; [Contuzzi, J. C., 1892, p. 1109; Cass. crim. Rome, 11 avril 1905, J. C., 1906, p. 516; J. C., 1907, p. 509, 851; J. C., 1908, p. 908-909, p. 1269]; pourvu que la société étrangère ait fixé en Italie son siège social et son centre d'exploitation); 5° Mexique (C. com., 1889, art. 15); 6° Portugal (C. com. de 1888, art. 109 et 111); 7° République Argentine (C. com. 1889, art. 285); 8° Danemark (loi du 29 décembre 1857, Hindenburg, J. C., 1884, p. 35; [J. C.,

(1) V. article de M. Buchère, J. C., 1882, p. 37 s.; Cass., 19 mai 1863, S., 63. 1. 353; Paris, 15 février 1882, J. C., 1882, p. 212; Paris, 8 juillet 1881, S., 81. 2. 169; Vavasseur, *loc. cit.*, II, p. 190; cpr. P. Pont, *Traité des sociétés*, n. 1866; Lainé, S., 87. 4. 1; Cass., 28 avril 1902, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi contre un arrêt de Rouen du 4 mai 1898, J. C., 1902, p. 844. — Cette question a été soulevée à propos des sociétés d'assurances françaises en Alsace-Lorraine. Les tribunaux allemands ont refusé de reconnaître ces sociétés comme n'ayant pas été autorisées par le gouvernement français conformément à la loi du 24 juillet 1867, en invoquant la loi du 30 mai 1857 applicable dans les pays annexés. Le tribunal supérieur de Leipzig a atténué cette rigueur, en décidant, le 14 avril 1882, qu'il fallait respecter les contrats d'assurances conclus avant l'arrêté du 11 mars 1881 qui exige l'autorisation gouvernementale, d'après la loi de 1857, pour les sociétés étrangères, par conséquent pour les sociétés françaises, en Alsace-Lorraine (v. J. C., 1883, p. 317; Kauffmann, *ibid.*, 1882, p. 129 et 260; 1883, p. 605). Mais, indépendamment des arguments énoncés au texte contre cette interprétation de la loi de 1857, on peut invoquer l'art. 11 du traité de Francfort du 10 mai 1871 qui accorde le traitement de la nation la plus favorisée pour l'admission et le traitement des sujets des deux pays. Or, le gouvernement allemand, avant et depuis 1871, a accordé la personnalité civile aux sociétés de plusieurs Etats (v. J. C., 1882, p. 145; 1883, p. 318; Lyon, 13 déc. 1889, J. C., 1892, p. 479. — *Contrà* Thaller, *Les comp. franç. d'assur. et le gouvern. d'Alsace-Lorraine*, p. 38; de Boeck, *Rev. prat. de Dr. int. privé*, 92. 1. 318; Paris, 1er juill. 1893, *La Loi*, 24 oct. 1893.

1908, p. 1237]); 9° Hollande (Molengraaf, J. C., 1888, p. 619); [loi néerlandaise du 30 décembre 1904 portant application du protocole conclu le 15 octobre 1903, à Athènes, entre les Pays-Bas et la Grèce pour régler les conditions des sociétés anonymes et autres de l'un des pays dans l'autre, *Ann. législ. étrang.*, 1905, p. 225 et J. C., 1907, p. 238); 10° Monaco (J. C., 1890, p. 244; [J. C.. 1907, p. 1216; J. C., 1908, p. 915]; 11° Angleterre (J. C., 1882, p. 466; [J. C., 1907, p. 103; loi sur les sociétés du 28 août 1907 (7 Edward VII, Cap. 50, dont l'art. 35 dispose, au sujet des sociétés étrangères, que « toute société constituée en dehors du Royaume-Uni et qui aura un établissemeent dans le Royaume-Uni à la date où la présente loi entrera en vigueur ainsi que, d'autre part, toute société qui créera un établissement dans le Royaume-Uni après l'époque où la présente loi entrera en vigueur devra, dans le premier cas, dans les trois mois de l'entrée en vigueur de la présente loi ou dans le second cas dans le mois suivant son établissement dans le Royaume-Uni, déposer au bureau du *registrar* les pièces suivantes : *a*) une copie notifiée de la charte, des statuts, du « memorandum d'association et statuts » de la société ou de tout autre document constatant l'organisation de la sociélé et en décrivant la constitution; si ce document n'est pas écrit en langue anglaise, une traduction certifiée devra également en être déposée; *b*) une liste des administrateurs de la sociélé; *c*) les noms et adresses d'une ou de plusieurs personnes domiciliées dans le Royaume-Uni ayant pouvoir de recevoir pour et au nom de la société des significations de procédure ainsi que toute notification quelconque devant être adressée à la société. J. C., 1908, p. 612-614; Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 559; de Leval, *Loi anglaise de 1907 sur les sociétés étrangères*, 1908 et surtout Viroulet, *Nouvelle législation anglaise sur les sociétés par actions*, 1908; on trouvera dans cet ouvrage les traductions de la loi du 28 août 1907 (p. 11-57), de la loi sur lés sociétés de 1900, modifiée par celle de 1907 (p. 48-142), des notions pratiques sur les sociétés anglaises *limited* d'après la législation actuelle (p. 143-171) et un aperçu des dispositions légales étrangères concernant les sociétés anglaises limitées (p. 173-186). Il est à remarquer que jusqu'au 27 août 1907, les lois anglaises ne contenaient pas de dispositions relatives aux sociétés anonymes établies ou fonctionnant en Angleterre. L'art. 35 de la loi de 1907 édicte à ce sujet un certain nombre de prescriptions dont nous n'avons indiqué ci-dessus que les principales et

qui sont obligatoires à partir du 1er juillet 1908 (Viroulet, *op. cit.*, p. 165-167). Il faut enfin noter que les promoteurs, actionnaires et administrateurs d'une société anglaise, peuvent être Anglais ou étrangers. La loi et la jurisprudence n'imposent aucune obligation à cet égard (Viroulet, *op. cit.*, p. 164)]; 12° Etats-Unis; en principe, autorisation nécessaire du gouvernement local dans chaque Etat, qui peut frapper les sociétés étrangères d'une taxe (C. suprême, 19 mars 1888, J. C., 1889, p. 730; *Ann. législ. étrang.*, 1872, p. 127; 1885, p. 786 et 791; 1887, p. 787; 1890, p. 915 et 918; J. C., 1907, p. 832 et 835, p. 1185; mais tendance nouvelle de la jurisprudence à admettre les sociétés étrangères régulièrement organisées dans leur pays (J. C., 1890, p. 372); pour les sociétés françaises, autorisation en vertu du traité du 6 août 1882 (J. C., 1889, p. 730); [C. suprême des Etats-Unis, 14 mai 1906 et 3 décembre 1906, J. C., 1907, p. 832 et 835]; [13° Japon; constituées dans un pays étranger, les sociétés étrangères qui veulent établir une succursale au Japon doivent faire la même inscription et la même notification publique que les sociétés japonaises de la même espèce ou de l'espèce qui leur ressemble le plus, et si elles établissent au Japon un siège principal ou ont pour but principal de faire des opérations commerciales au Japon, elles doivent se conformer aux mêmes dispositions que les sociétés se constituant au Japon (art. 255-269 C. comm., J. C., 1907, p. 314-315 et p. 882.]

B. Admission moyennant autorisation subordonnée à des conditions plus ou moins rigoureuses : 1° Allemagne, règles variables suivant les Etats, mais principe général d'après lequel les sociétés étrangères sont admises, sauf soumission plus ou moins complète au code de commerce et à la loi du 1er juin 1870 (E. Wolff, J. C., 1886, p. 134, 272, 641; 1888, p. 619; *Ann. législ. étrang.*, 1885, p. 98); loi sur les entreprises privées d'assurances du 12 mai 1901, *Ann. législ. étrang.*, 1902, p. 86; Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 605; en Alsace-Lorraine, maintien de notre loi du 30 mai 1857 (Véran, *Annales de l'École des sciences politiques*, 1893, p. 118 et 281); 2° Autriche, C. suprême de Vienne, 10 octobre 1888, *Zeitschrift für int. Privat und Strafrecht*, 1890-91, p. 385; Lyon-Caen, *Condition légale des sociétés étrangères par actions en France et en Autriche*, 1874; *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1882-83, p. 332; *Ann. législ. étrang.*, 1874, p. 187 et 1880, p. 265); 3° Grèce (Euclidès, J. C., 1889, p. 59-65; [Politis, J. C., 1907, p. 507; J. C., 1908, p. 11)]; 4° Russie (Barkowski, J. C., 1891, p. 712-725);

5° Suède (J. C., 1880, p. 434; [J. C., 1907, p. 198]); 6° Turquie (J. C., 1888, p. 619; *R. D. I.*, 1888, p. 86; *Ann. législ. étrang.*, 1890, p. 870; J. C., 1908, loi du 25 août 1906; Salem, *Les sociétés étrangères en Turquie*, p. 1002-1019. [Il est à noter qu'en Turquie, où une société anonyme ottomane ne peut exister qu'avec l'autorisation impériale (code de commerce ottoman, art. 28), on aurait pu soutenir que cette prescription de la loi commerciale constitue une disposition d'ordre public et s'applique aux sociétés étrangères. Mais dans la pratique le gouvernement ottoman a laissé librement fonctionner les sociétés étrangères en Turquie. Cette tolérance a entraîné des abus, principalement des compagnies d'assurances. De là, le règlement du 25 nov. 1887, qui prescrivait que les sociétés anonymes étrangères ne peuvent établir en Turquie des agences ou succursales sans l'autorisation du gouvernement turc. Ce règlement est tombé en désuétude, faute d'adhésion de la part des ambassades. Le gouvernement de la Sublime Porte, désireux de régulariser la situation surtout en ce qui concerne les compagnies d'assurances a promulgué, le 25 août 1906, une nouvelle loi sur les sociétés anonymes et d'assurances étrangères. Mais les ambassades ont remis à la Porte une note de protestation, disant que « la loi publiée sans l'approbation des ambassades ne peut être appliquée aux étrangers ». Pourtant la nouvelle loi a voulu éliminer la formalité de l'autorisation et s'est contentée d'exiger certaines formalités d'enregistrement et de publicité indiquées à l'article 1^er^; et, à ce point de vue, les sociétés étrangères sont plus favorisées que les sociétés nationales, car celles-ci ne peuvent se constituer qu'après avoir fait approuver leurs statuts par décret impérial. On peut donc penser que la loi nouvelle n'est pas contraire aux capitulations et aux usages qui les ont complétées, en ce qui concerne les sociétés anonymes étrangères. Quant aux sociétés d'assurances, les obligations complémentaires qui leur sont imposées par la loi de 1906 se ramènent à ceci : dépôt d'un cautionnement variant de 15.000 à 50.000 livres turques pour chaque branche d'assurance; affectation du vingtième des recettes à la formation d'un fonds de réserve; soumission au contrôle du ministère du commerce et obligation pour la compagnie de n'employer comme agents voyageurs en Turquie que des sujets ottomans. Or, si, en droit, on ne peut pas contester au gouvernement turc la faculté de prendre des précautions propres à sauvegarder les intérêts du public, comme le font les gouvernements anglais, américain, allemand, français, italien, espagnol,

autrichien, hongrois et roumain, cependant, dans l'état actuel des choses, il semble que le gouvernement ottoman ne peut pas imposer aux sociétés étrangères des conditions qui n'incombent pas aux sociétés ottomanes. La Turquie devrait limiter l'obligation du cautionnement aux seules compagnies d'assurances sur la vie, comme cela se pratique en Angleterre, aux Etats-Unis, en Italie et en France, et abroger l'article 29 de la loi qui impose aux compagnies l'obligation d'employer des voyageurs sujets ottomans, d'autant plus que l'art. 40 des capitulations françaises de 1740 permet aux Français d'employer à leur service les courtiers « censaux » qu'ils veulent et de quelque nation qu'ils soient. Il est à souhaiter, surtout si le mouvement parlementaire se maintient en Turquie, comme on peut l'espérer, que les ambassades arrivent à une entente avec le gouvernement turc pour éloigner celles des dispositions de la loi nouvelle qui seraient inutiles ou nuisibles et faciliter ainsi la mise en vigueur d'une loi qui régularise le fonctionnement des sociétés étrangères tout en sauvegardant l'intérêt public;] 7° Hongrie (Code de 1875, art. 210, 217, 230, 461 et 462; Beauchet, J. C., 1887, p. 171); 8° Luxembourg (loi 17 nov. 1860); 9° Suisse (J. C., 1890, p. 518 et 742; Roguin, *Conflit des lois suisses*, p. 474-477); [10° Roumanie, art. 237 C. comm., admettant les sociétés par actions et les autres sociétés, associations commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siège à l'étranger à établir un siège secondaire ou une représentation en Roumanie, si elles font preuve, par une déclaration de leur gouvernement, que dans les pays où elles existent on observe une réciprocité entière pour les sociétés roumaines de même nature. Or, jusqu'ici, ce régime de réciprocité ne pouvait être appliqué en Roumanie aux sociétés françaises, aucune entreprise roumaine n'ayant encore eu à bénéficier des lois de notre pays. Désormais, depuis le traité de commerce franco-roumain du 6 mars 1907 (J. C., 1907, p. 1235), les sociétés françaises constituées en France, selon les lois de leur pays, pourront créer des succursales en Roumanie et être reconnues par le gouvernement roumain, comme les sociétés roumaines en France, en vertu du principe de réciprocité. J. C., 1908, p. 426.]

B. *Sociétés en nom collectif ou en commandite non soumises à l'autorisation d'un gouvernement étranger.*

59. La loi du 30 mai 1857 ne parle, on l'a vu, que des sociétés étrangères anonymes ou revêtant une autre forme, mais soumises à l'autorisation de leur gouvernement : pour elles seules l'autorisation préalable du gouvernement français est exigée (V. rapport de la loi de 1857, D. P., 57. 4. 77). On n'a jamais douté, au contraire, que les sociétés étrangères en nom collectif ou en commandite qui n'ont pas besoin d'autorisation dans leur pays en soient aussi dispensées en France (1).

Il est, du reste, assez difficile d'expliquer la distinction établie par l'art. 1er de la loi de 1857 entre les sociétés étrangères en nom collectif ou en commandite non soumises à l'autorisation de leur gouvernement et celles qui y sont assujetties. La conséquence pratique du système adopté par notre législateur est, en effet, que les sociétés en commandite par actions étrangères, qui n'ont pas besoin d'autorisation pour se constituer, pourront librement exercer leurs droits en France, sans être astreintes d'ailleurs à une législation bien rigoureuse, ni peut-être même bien prudente, tandis que les sociétés françaises de même nature devront se conformer aux prescriptions multiples et sévères de la loi de 1867. On est unanime pour critiquer une pareille disposition, si préjudiciable aux légitimes intérêts économiques de notre pays. Il est d'ailleurs fort peu logique d'imposer l'autorisation quand elle est exigée à l'étranger et d'en dispenser quand elle ne l'est pas, c'est-à-dire lorsqu'elle serait le plus utile. Trouvant ce résultant par trop choquant, surtout au moment où la loi de 1867 venait d'assujettir les commandites par actions françaises à une réglementation sévère, certains auteurs ont prétendu que ces sociétés, établies sans autorisation à l'étranger, n'en sont dispensées en France que si elles se conforment à notre loi de 1867. Mais c'est aller contre le texte restrictif et formel de la loi du 30 mai 1857. On a essayé encore d'imposer à ces sociétés la loi de 1856 d'abord, puis celle de 1867 qui l'a remplacée, en faisant des dispositions de ces lois des règles d'ordre public. Mais les sociétés étrangères se forment sous l'empire de la loi de leur pays; c'est à elle seule qu'elles ont à se conformer dans leur constitution et dans leur administration, sauf pour les points particuliers d'ordre

(1) Note minist., D., 57. 4. 76, Aff. du Phénix anglais.

public local auxquels fait allusion la loi du 30 mai 1857, par ces mots : « Lois de l'Empire » (V. n. 55). D'ailleurs on en viendrait ainsi, par application de la loi de 1857, à se contenter de l'autorisation pour les sociétés anonymes, tandis que les sociétés en commandite par actions, bien moins dangereuses au point de vue du crédit public, devraient se conformer intégralement à la loi française. Le projet de loi sur les sociétés, voté par le Sénat en 1883, exige, dans son art. 90, l'autorisation pour toutes les sociétés étrangères sans distinction, mais en se contentant d'une autorisation collective pour chaque pays, sauf pour les sociétés d'assurances sur la vie, ce qui ne constitue pas une garantie suffisante (1). Mais cette réforme n'a pas été comprise dans la loi du 1er août 1893 qui a modifié la loi de 1867 sur les sociétés.

[Depuis cette date, un projet de loi modifiant la loi du 24 juillet 1867 a été déposé à la Chambre une première fois le 4 juillet 1903 et une seconde fois le 18 juin 1906. Le rapport de M. Chastenet sur ce projet de loi a été déposé le 29 février 1904 et le 27 novembre 1906.]

SECTION VI

LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, ARTISTIQUE, INDUSTRIELLE ET COMMERCIALE

60. La question de savoir quelle est la véritable nature du droit de l'écrivain, de l'artiste ou de l'inventeur sur son œuvre est une des plus discutées parmi celles qui font l'objet de la philosophie du Droit; elle a attiré d'une manière particulière l'attention, non seulement des jurisconsultes, mais encore des métaphysiciens, notamment de Kant.

Suivant les uns, ce droit constitue une véritable propriété; suivant d'autres, ce n'est qu'une protection particulière accordée à l'écrivain, à l'artiste ou à l'inventeur contre ceux qui voudraient usurper à leur profit les produits d'une œuvre, fruit du travail d'autrui (2).

(1) J. Buchère, J. C., 1883, p. 479; Arthuys, *Rev. crit.*, 1889, p. 582; de Courcy, *Les sociétés étrangères d'assurances sur la vie, Rev. crit.*, 1883, p. 134. — Cpr. Thaller, *Journal des sociétés*, 1881, p. 113, et 1882, p. 33; Weiss, *loc. cit.*, t. II, p. 443 s.

(2) Le Congrès international, réuni à Paris en 1878, a émis, comme premier vœu, le désir que le droit des artistes et des écrivains fût considéré comme une véritable propriété (J. C., 1878, p. 417). Tous les traités conclus par la France, sauf celui avec l'Allemagne en 1883, emploient l'expression propriété littéraire et artis-

Sans avoir à examiner cette question, recherchons quelle est la condition des étrangers en France au point de vue de la protection de leurs œuvres littéraires ou artistiques et de leurs inventions industrielles, ainsi que de leurs marques, modèles et dessins de fabrique et de leur nom commercial.

§ I. *Propriété littéraire et artistique.*

61. Au point de vue du Droit international privé, la propriété littéraire et artistique doit être appréciée d'après les dispositions de notre loi interne qui fixe le droit commun des étrangers en cette matière, et d'après les règles spéciales contenues dans les traités internationaux.

1. Droit commun des étrangers en France.

62. Le droit des écrivains et des artistes sur leurs œuvres, après avoir subi bien des transformations depuis les lois de l'époque révolutionnaire (1), a été enfin réglementé par la loi des 14-19 juil. 1866. Un droit exclusif de reproduction est reconnu à l'auteur pendant sa vie, et, pendant 50 ans après sa mort, à ses héritiers ou ayants cause. Pour les œuvres dramatiques ou musicales, la reproduction par impression et la représentation sont interdites sans le consentement de l'auteur, sous peine des sanctions contenues dans les art. 427, 428 et 429 C. pén. Pour toutes autres œuvres, la loi interdit la contrefaçon, la publication, la vente d'ouvrages contrefaits, ou l'introduction en France d'œuvres contrefaites. V. aussi J. C., 1880, p. 41, et Exposé des motifs du projet de loi, *J. off.* 24 déc. 1879. [La convention signée à Paris le 3 avril 1907 entre la France et l'Allemagne et qui remplace celle du 19 avril 1883, emploie aussi l'expression : œuvres littéraires et artistiques. *J. off.* du 5 septembre 1907 et J. C., 1907, p. 1220.] — En Allemagne, on emploie l'expression *Urheberrecht* (droit d'auteur), et c'est l'opposition des délégués allemands qui empêcha ceux de la France de faire figurer le mot propriété dans le traité d'union de 1886. On adopta, à titre de transaction, la formule suivante : Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. [L'art. 1er du texte de la convention de Berne, tel qu'il a été arrêté le 13 novembre 1908 dans les travaux de la Conférence littéraire de Berlin, porte : « Les pays contractants sont constitués à l'état d'Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques ». *Journal des Débats* du 19 novembre 1908.]

(1) Lois des 13-19 janvier 1791 ; 19-24 juillet 1793 ; décrets des 22 mars 1805 et 5 février 1810 ; loi du 8 avril 1854. — La loi du 11 mars 1902 étend le bénéfice de la loi de 1793 aux architectes, aux sculpteurs et dessinateurs d'ornement, « quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre ».

faites en pays étranger, sous peine d'amende, de confiscation des ouvrages contrefaits et des moyens de contrefaçon et de dommages et intérêts pour la partie lésée (art. 425 à 428 et 429 C. pén.). De plus, la loi du 9 février 1895 protège les artistes contre l'usurpation de leur nom, de leur signature ou du signe équivalent adopté par eux; mais cette loi ne s'applique pas aux écrivains, ce qui est inexplicable.

Telle est, en résumé, notre législation interne sur la matière qui nous occupe; il nous faut rechercher : 1° si le droit reconnu par notre législateur aux écrivains et artistes peut être invoqué par les étrangers; 2° par quelle loi leur droit, en supposant qu'il soit reconnu, devra être régi (1).

63. A. **Droit des écrivains et artistes étrangers.** — Au point de vue théorique, il ne semble pas douteux que les artistes et écrivains étrangers doivent être assimilés aux nationaux, en ce qui concerne la protection contre la contrefaçon de leurs œuvres, quel que soit d'ailleurs le parti que l'on prenne sur la nature du droit qu'il s'agit de défendre. Ce droit est-il une propriété ? Les étrangers peuvent s'en prévaloir, car le droit du propriétaire est un de ceux que l'on doit respecter chez tous les hommes, qui tiennent à l'essence même de l'individu considéré au point de vue

(1) V. sur cette matière : *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international*, par L. Renault, broch. 1878 et J. C., 1878; A. Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, 1887; Pataille et Huguet, *Code international de la propriété industrielle, artistique et littéraire;* Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 3e édit., par G. Maillard et Ch. Claro, 1908; Chavegrin, *Notes et renseignements relatifs à la propriété littéraire et artistique*, J. C., 1901, p. 50, 481 et 729; 1906, p. 93 et 1017; 1907, p. 294. — [La question de la durée du droit exclusif de l'auteur pendant la vie de l'auteur et 50 ans après sa mort, celle du droit moral de l'auteur et celle du *domaine public payant* ont été discutées à la *Société d'études législatives*, en janvier, février et mai 1908. V. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1908, t. VII, p. 51 (rapport de M. Vaunois), p. 141, 217, 223, 238 (discussion). Le rapporteur, M. Vaunois, a été d'avis de maintenir le *statu quo* quant à la durée du droit exclusif de reproduire son œuvre, qui appartient à l'auteur. Et à la conférence littéraire de Berlin, les délégués français ont déposé une motion tendant à l'unification de la durée de la protection des œuvres littéraires sur les bases de la législation française qui la fixe à 50 ans *post mortem*. Cette proposition réunit sept voix contre trois voix opposantes (celles de l'Allemagne, de la Suisse et du Japon) et trois abstentions de pays dont les délégués étaient absents ou attendaient des instructions de leurs gouvernements. Comme l'unanimité est indispensable pour modifier une loi internationale, la proposition française n'a pas été admise. *Journal des Débats* du 24 octobre 1908.]

social, et qu'il faut reconnaître chez tous ceux qui l'invoquent, sans distinction de nationalité.

Le droit de l'écrivain ou de l'artiste ne consiste-t-il que dans la faculté d'obtenir de la loi la protection contre les usurpateurs qui voudraient le dépouiller du fruit de son travail ? Il n'en demeure pas moins toujours vrai que les dispositions édictées par le législateur sur ce point ont le caractère de mesures de justice et de haute police, dont le bénéfice appartient à tous ceux qui se trouvent, d'après la loi, dans les conditions requises pour l'invoquer, et pour l'application duquel la qualité de national n'est nullement nécessaire.

Cette manière de voir était assurément celle des lois de la Révolution ; cela résulte, sinon de leur texte formel, du moins de leur esprit : conçues sous l'influence des idées libérales qui amenèrent l'abrogation du droit d'aubaine, elles avaient pour but de sauvegarder la justice, violée par la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques, sans se préoccuper de la nationalité de ceux que cette contrefaçon peut atteindre.

Après la promulgation du Code civil, un doute pouvait s'élever : on aurait pu croire, malgré les raisons qui viennent d'être données pour démontrer que la protection des écrivains et des artistes doit être accordée sans distinction de nationalité, que le droit dont il s'agit constitue un vrai droit civil dont le bénéfice serait subordonné à la condition de la réciprocité diplomatique, suivant l'interprétation généralement acceptée de l'art. 11 du Code civil. Mais le décret du 5 février 1810 (art. 40) écarta ce doute, en décidant que les écrivains et artistes étrangers pourraient céder leur droit : c'était reconnaître, à leur profit, l'existence de ce droit.

Toutefois, suivant l'opinion générale, la protection n'était accordée par la loi française qu'aux œuvres littéraires ou artistiques publiées en France, quelle que fût d'ailleurs la nationalité de leurs auteurs : toute œuvre publiée en dehors du territoire français, soit par un Français, soit par un étranger, pouvait être librement contrefaite dans notre pays. On arrivait à cette solution en invoquant l'esprit général des lois de 1791 et de 1793 qui, disait-on, ne protégeaient les productions de l'esprit contre la contrefaçon que pour donner aux auteurs une juste compensation de l'avantage moral et pécuniaire qu'ils procuraient au pays où ils publiaient leurs œuvres. On faisait valoir surtout cet argument : l'art. 426 du Code pénal ne punit que l'introduction des contrefaçons d'ouvrages *imprimés en France ;* les lois pénales étant de droit strict,

il fallait en conclure qu'aucune sanction ne garantissait contre la contrefaçon des ouvrages édités en pays étrangers.

L'adoption de ce système rendait presque illusoire la protection des droits des auteurs et artistes étrangers qui, la plupart du temps, publient leurs œuvres dans leur pays. D'autre part, ce système étant généralement consacré par les diverses législations, il en résultait, dans presque tout les pays, une liberté déplorable pour la contrefaçon des ouvrages édités dans les autres Etats. La France, à raison de la diffusion de sa langue et de sa littérature, eut plus particulièrement à souffrir de cet état de choses; la Belgique devint le siège principal de la contrefaçon des livres français, et, dans la seule année 1841, plus de 700 ouvrages français furent cyniquement reproduits par les éditeurs belges, sans que les auteurs pussent faire valoir la moindre réclamation.

64. Pour remédier à ces inconvénients, ou, pour mieux dire, à ces iniquités, il fallait assimiler complètement les œuvres des auteurs étrangers à celles des nationaux, en quelque lieu qu'elles fussent originairement publiées. C'est ce que fit, en France, le décret-loi du 28 mars 1852, après bien des tentatives demeurées infructueuses. D'après ce décret, la contrefaçon des ouvrages publiés en pays étrangers et le débit, l'exportation ou l'expédition des contrefaçons de ces ouvrages, quelle que soit la nationalité de leurs auteurs, constituent un délit tombant sous la sanction contenue dans les art. 427 et 429 du Code pénal. Les dispositions de ce décret ont été étendues aux colonies par un autre décret du 9 décembre 1857. En fait, le décret de 1857 n'a pas été promulgué dans certaines colonies (Cochinchine et établissements d'Océanie), ce qui y rend inapplicable le décret de 1852. On relève aussi ce défaut de promulgation dans les colonies pour la loi du 14 juillet 1866 et pour celle du 16 mai 1866, d'après laquelle la reproduction de compositions musicales par des procédés mécaniques n'est pas une contrefaçon. Mais les conventions passées par la France, notamment le grand traité d'union conclu à Berne en 1886, sont toutes déclarées applicables dans nos colonies (1). [L'art. 26 de la Convention de Berne révisée à Berlin le 13 novembre 1908 déclare que : « Les pays contractants ont le droit d'accéder en tout temps à la présente convention pour leurs colonies ou possessions étrangères. Ils peuvent, à cet effet, soit faire une déclaration générale

(1) V. *La propriété littéraire et artistique dans les colonies françaises*, 1882, par Sauvel.

par laquelle toutes leurs colonies ou possessions sont comprises dans l'accession, soit nommer expressément celles qui y sont comprises, soit se borner à indiquer celles qui en seront exclues. Cette déclaration sera notifiée par écrit au gouvernement de la Confédération suisse, et par celui-ci à tous les autres »].

La règle libérale et de haute justice consacrée par le décret de 1852 est assurément une des plus belles innovations de notre législation moderne. On lui a cependant reproché de sacrifier les intérêts de la France, en protégeant outre mesure les auteurs étrangers, sans qu'on fût assuré que les auteurs français trouveront dans les autres pays un traitement aussi avantageux. Mais on peut répondre, tout d'abord, que la justice doit être consacrée par le législateur pour elle-même, et sans tenir compte de cette condition de réciprocité qui n'est que la manifestation d'un sentiment égoïste : les droits d'auteurs étant reconnus justes et bien fondés doivent être protégés par le législateur, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper du point de savoir si, à l'étranger, l'équité est aussi bien observée. D'autre part, même au point de vue pratique, l'expérience a démontré que le décret de 1852 est loin d'avoir nui aux intérêts des écrivains et des artistes français; séduites par la généreuse initiative de la France, les autres nations ont consenti, par des conventions internationales, à traiter sur leur territoire les auteurs français absolument comme leurs nationaux, et les traités relatifs à la propriété littéraire et artistique, dont les négociations étaient autrefois difficiles, sont devenus, dans les rapports avec la France, très aisés à conclure et, par conséquent, très nombreux depuis 1852 (1).

65. L'étude de la protection des droits d'auteurs étrangers, telle qu'elle résulte du décret du 28 mars 1852, comporte l'examen des trois questions suivantes : 1° quelles sont les conditions auxquelles cette protection est subordonnée; 2° quelles sont les œuvres protégées; 3° quelles sont les atteintes au droit des auteurs étrangers qui sont prohibées.

1° *Conditions de la protection*. Ce sont les mêmes que celles que la loi exige pour les auteurs français; notamment le dépôt de deux exemplaires de l'ouvrage publié, dans le cas où ce dépôt est exigé, c'est-à-dire quand il s'agit d'œuvres autres que des leçons, discours, sculptures (loi du 19 juillet 1793, art. 6, et du 20 juillet 1881 sur la presse, art. 3 et 4). Du reste, pour les auteurs étran-

(1) [Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 262-265.]

gers comme pour les français, ce dépôt n'est qu'une condition de l'action en justice contre les contrefacteurs, et non une condition de l'existence même du droit des auteurs (décret du 28 mars 1852, art. 4) (1).

2° *Œuvres protégées*. Toutes les œuvres publiées à l'étranger qui seraient protégées en vertu de l'art. 425 du Code pénal, si elles étaient publiées en France, bénéficieront de la même protection (décret de 1852, art. 1). Il faudra donc, pour savoir si une œuvre publiée en pays étranger doit être protégée contre la contrefaçon, rechercher si elle appartient à la catégorie de celles que la loi ou la jurisprudence française considèrent comme défendues à l'égard des contrefacteurs. Les décisions de la jurisprudence sont particulièrement à consulter pour les œuvres qu'il est permis de regarder comme industrielles plutôt qu'artistiques, telles que les reproductions par la photographie : la distinction sur ce point est d'autant plus importante qne, comme on le verra plus loin, les étrangers sont moins bien protégés pour la propriété industrielle que pour la propriété artistique.

Le décret de 1852 s'applique-t-il aux œuvres publiées à l'étranger antérieurement à sa promulgation ?

La négative a été soutenue pour cette raison que, avant le décret de 1852, la contrefaçon des œuvres publiées à l'étranger était parfaitement autorisée, et que la faculté d'imiter ou de reproduire ces œuvres constituait un droit acquis que n'a pu atteindre le décret dont l'effet n'est pas rétroactif.

Cette solution est beaucoup trop générale et une distinction s'impose. Les éditions non autorisées d'œuvres publiées à l'étranger, faites avant la promulgation du décret de 1852, étant licites dès le principe, sont demeurées toujours telles : mais les nouvelles éditions des mêmes ouvrages, ultérieures au décret, sont certainement prohibées par ce dernier. Il n'y a jamais eu, en effet, droit acquis reconnu par la loi de contrefaire les œuvres publiées à l'étranger, mais seulement tolérance de la contrefaçon de ces œuvres : aussi une décision nouvelle de la loi a-t-elle pu arrêter cette tolérance pour l'avenir, sauf à ne pas atteindre les contrefaçons antérieurement faites (2).

(1) Trib. Seine, 14 déc. 1887, *Le Droit*, 15 déc. 1887.

(2) C. de Paris, 8 déc. 1853, D. P., 54. 2. 25, reproduction des *Nouvelles genevoises* de Töppfer ; C. de Paris, 29 déc. 1860 et Cass., 11 août 1862, D. P., 62. 1. 453. — [Cpr. Pouillet, *Propriété littéraire et artistique*, 3e édit. par G. Maillard

3° *Atteintes au droit des auteurs d'œuvres publiées à l'étranger qui sont prohibées.* Le décret de 1852, art. 1 et 2, défend la *contrefaçon* des œuvres publiées à l'étranger, le *débit* des œuvres contrefaites, leur *expédition* et leur *exportation*. Ces différents faits constituent un délit tombant sous l'application des art. 427 et 429 du Code pénal (1). Mais le décret est muet sur deux points très importants : la traduction des ouvrages publiés à l'étranger et la représentation des œuvres musicales ou dramatiques.

66. Traduction des ouvrages publiés à l'étranger. — On a soutenu que le décret de 1852 ne défend en aucune façon la traduction des ouvrages publiés à l'étranger, ni le débit, l'expédition ou l'exportation des traductions qui en seraient faites. La traduction, a-t-on dit, n'est pas une contrefaçon, car elle constitue une œuvre nouvelle provenant du travail personnel du traducteur. D'autre part, on ne saurait invoquer le préjudice causé à l'auteur de l'ouvrage original, puisque la traduction ne s'adresse pas aux mêmes lecteurs et ne le prive pas, par conséquent, du bénéfice de la vente de son livre à tous ceux auxquels il le destine.

Mais c'est avec raison que cette manière de voir a été rejetée dans la pratique et par la grande majorité de la doctrine (2). Quoi qu'on en ait dit, en effet, la traduction n'est pas absolument une œuvre nouvelle ; c'est l'ouvrage original présenté sous une nouvelle forme ; ce sont les mêmes idées exposées en un langage différent ; la traduction non autorisée rentre donc dans la notion stricte de la contrefaçon littéraire, qui n'est que la publication d'une œuvre sans le consentement de son auteur. Le caractère de contrefaçon ainsi attribué à la traduction non autorisée est d'autant mieux fondé que la traduction peut causer à l'auteur un grave préjudice au point de vue pécuniaire et au point de vue moral. Au point de vue pécuniaire, tout d'abord, car, la traduction étant le moyen habituel et presque toujours nécessaire de porter une œuvre à la connaissance des lecteurs d'un autre pays, on

et Ch. Claro, 1908, p. 832-836, n. 848-850 ; L. Renault, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international*, J. C., 1878, p. 131 ; A. Darras, *Du droit des auteurs*, p. 285 et suiv. ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., n. 393, p. 454 ; Audinet, *op. cit.*, 2e édit., n. 504, p. 655 ; Weiss, *Traité*, II, 2e édit., 1908, p. 272-273.]

(1) [Pouillet, *op. cit.*, 3e édit., p. 845-846, n. 851-852.]

(2) Paris, 26 janvier 1852, D. P., 52. 2. 184 ; Cass. req., 12 janvier 1853, D. P., 53. 1. 119 ; loi belge, 22 mars 1886, art. 12 ; espagnole, 10 janvier 1879, art. 2 et 3, etc. [Weiss, *Traité*, II, 2e édit., 1908, p. 270-271.]

privera, contrairement au but du décret de 1852, l'auteur d'un ouvrage publié en pays étranger du bénéfice qu'il en attend en France, en ne lui réservant pas le droit exclusif de traduction; au point de vue moral, en ce qu'une traduction mal faite et inexacte, non contrôlée par l'auteur, peut gravement compromettre le prestige littéraire ou scientifique de ce dernier.

67. Représentation des œuvres dramatiques et musicales. — Il est admis, en jurisprudence, que le décret de 1852 ne fait pas obstacle à la représentation publique, dans notre pays, des œuvres musicales ou dramatiques publiées à l'étranger (1). Il ne faut tenir aucun compte d'un argument qui a été produit souvent à l'appui de cette décision et qui consiste à dire que, si l'on devait obtenir l'autorisation des auteurs dont les prétentions pécuniaires sont parfois exorbitantes, on nuirait trop à l'intérêt du public français qui ne pourrait profiter, par le moyen de la représentation, des œuvres musicales et dramatiques publiées à l'étranger : poussé logiquement jusqu'au bout, cet argument conduirait à justifier tous les plagiats, toutes les contrefaçons, et à mettre à néant le décret de 1852 lui-même. On tire un argument plus sérieux du texte du décret : l'art. 1^er^ prohibe la contrefaçon des œuvres publiées à l'étranger et ne dit rien de leur représentation; d'autre part et surtout, l'art. 3 renvoie, pour la sanction des délits qu'il prévoit, aux art. 427 et 429 du C. pén., passant ainsi sous silence l'art. 428 du même code qui est justement celui dans lequel on trouve la peine de la représentation non autorisée des œuvres musicales et dramatiques. Comme il est impossible de songer à un oubli du législateur, étant donné qu'il vise deux articles entre lesquels est intercalé celui qu'il omet de citer, il faut en conclure, par argument *à contrario* très concluant en droit pénal, que la représentation des œuvres musicales et dramatiques étrangères n'est pas défendue.

Quelque bien fondée qu'elle paraisse au point de vue juridique,

(1) Cass. req., 14 déc. 1857, D. P., 58. 1. 161 (réclamation de Verdi contre le Théâtre italien de Paris). — [*Sic* L. Renault, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international,* J. C., 1878, p. 136; Pliniaux, *Revue générale du droit,* 1879, p. 32; A. Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux,* Paris, 1887, p. 271 et suiv.; Audinet, *Manuel élément. de droit int. privé,* 2^e^ édit., 1906, n. 803, p. 654. — *Contrà* Demangeat, *Revue pratique,* t. II, p. 259 et suiv.; Pataille et Huguet, *Code international de la propriété industrielle, artistique et littéraire,* p. 55; Surville et Arthuys, *op. cit.,* 4^e^ édit., n. 393, p. 453; Weiss, *Traité,* t. II, 1908, p. 266-270.]

cette solution n'en est pas moins regrettable et contraire à l'esprit si juste et si libéral du décret de 1852. On ne saurait d'ailleurs s'expliquer cette différence entre la représentation et la contrefaçon ordinaire, car, pour les œuvres dramatiques et musicales, le moyen le plus efficace et presque exclusif d'en tirer un bénéfice est de les faire représenter. Cependant, on a dit (et l'explication, si elle est fondée en fait, n'est guère satisfaisante au point de vue de l'équité), que, tout en se montrant très libéral pour les auteurs étrangers, le législateur de 1852 a voulu garder une réserve pour déterminer les autres nations à acheter la protection en France de toutes les œuvres publiées chez elles, en accordant, par traité, la même faveur aux auteurs français sur leur territoire.

Cependant les auteurs lésés par la représentation de leurs œuvres non autorisée par eux pourraient toujours invoquer l'art. 1382 C. civ., qui est d'ordre public ; mais ils n'obtiendraient ainsi que des dommages et intérêts et non l'application des sanctions prévues par la loi pénale (').

68. B. **Loi qui régit le droit des auteurs et artistes étrangers.** — La loi française protégeant les droits des auteurs et artistes étrangers, que leurs œuvres soient publiées en France ou dans un autre pays, il y a lieu de se demander quelle est la loi qui fixera l'étendue de ces droits.

Cette question sort du domaine du droit interne de chaque pays et ne se réfère plus seulement à la condition des étrangers ; elle appartient au droit international privé proprement dit, car elle suppose un conflit de lois. Cependant, pour ne pas scinder l'étude de notre matière, c'est ici que nous l'examinerons. D'ailleurs l'importance de cette question est très grande au point de vue pratique, car les différentes lois sont loin d'adopter les mêmes règles en ce qui concerne la détermination des œuvres littéraires ou artistiques qui ont droit à la protection, le temps pendant lequel cette protection leur est accordée et les formes diverses de contrefaçon contre lesquelles elles sont défendues.

Il faut remarquer, de plus, que le décret de 1852 ne se préoccupe pas de la nationalité de l'écrivain ou de l'artiste et ne considère que le pays où l'œuvre a été publiée : c'est donc la nationalité de l'œuvre qui est à considérer et non celle de son auteur (décret du 28 mars 1852, art. 1er).

(') [Pouillet, *op. cit.*, 3e édit., p. 849-853, n. 854-855. Cet anomalie est écartée par de nombreux traités diplomatiques qui garantissent la propriété réciproque du droit de représentation.]

Si la loi étrangère est plus large que la loi française, par exemple si elle prolonge la durée de la protection au delà de la limite de temps fixée par notre loi, on n'en tiendra pas compte en France ; l'auteur étranger ne pourra réclamer protection que pendant le laps de temps déterminé par notre législation. La limitation de la propriété intellectuelle est, en effet, une règle d'intérêt général, car elle a pour but d'assurer au public, au bout d'un certain temps, le bénéfice absolument libre des œuvres de l'esprit (Conv. avec l'Espagne, 16 avril 1880, art. 1 ; loi belge du 22 mars 1886, art. 38).

En sens inverse, il peut arriver que la loi étrangère soit moins large que la nôtre, par exemple en restreignant davantage la durée de la protection pour les auteurs, ou bien en autorisant la contrefaçon d'ouvrages qui seraient protégés en France. Le Congrès de la propriété littéraire et artistique, tenu à Paris en 1878, a émis le vœu que, quelles que fussent les dispositions de la loi du pays où leurs œuvres ont été éditées, les écrivains et artistes étrangers eussent exactement la protection accordée par la loi territoriale applicable aux nationaux. Mais, dans l'état actuel de notre législation, cette solution est inacceptable. Le but du décret de 1852 est de protéger les écrivains et artistes étrangers comme les nationaux, mais sans leur accorder des droits plus considérables que ceux qui leur sont attribués par la loi du pays où ils ont publié leurs œuvres. On ne saurait, d'après le décret de 1852, protéger un auteur étranger dont le droit n'existe pas suivant les dispositions de la loi de son pays (1).

Des explications qui précèdent, il résulte que l'on doit toujours choisir, entre la loi française et celle du lieu de publication de l'œuvre, la loi la plus restrictive au point de vue de la limitation des droits d'auteur.

[Le système opposé a été soutenu par les délégués allemands à la Conférence littéraire de Berlin dont les travaux se sont terminés le 13 novembre 1908 et ont abouti à une *Convention de Berne révisée* pour la protection des œuvres *littéraires et artistiques :* ce système consiste à faire bénéficier des généreuses lois de protection les écrivains des pays de protection restreinte (ainsi l'Allemagne) dans les pays de protection étendue, comme par exemple la France. Comme le fit observer M. G. Lecomte, président de la

(1) V. J. C., 1878, p. 418 ; Cass., 25 juill. 1887, S., 88. 1. 17 ; loi belge 22 mars 1886, art. 7.

Société des gens de lettres, le système allemand, préjudiciable aux pays généreux, où la protection est la plus large, favorise les pays de protection restreinte. En outre, l'adoption de ce système risquerait d'encourager ces derniers pays à ne plus poursuivre l'amélioration progressive de la Convention de Berne. En une telle matière, la réciprocité s'impose : il n'est ni logique ni juste que la Convention protège au dehors une œuvre juridiquement inexistante dans son pays d'origine ; qu'une œuvre qui pourrait être librement éditée par tous à partir d'une certaine date dans son pays d'origine, jouisse d'une protection plus étendue dans les autres pays. Inversement, il n'est ni juste ni logique que les écrivains et les artistes d'une nation où les auteurs étrangers jouiraient d'un tel privilège, courent le risque de ne pas trouver au dehors, pour eux-mêmes, une protection qui serait assurée chez eux aux écrivains des autres pays. La simplicité d'une réforme est payée trop cher, lorsqu'elle s'achète au détriment de la logique et de la justice. C'est dans un souci de logique, de justice et de simplicité que la délégation française déposa une motion tendant à l'unification de la propriété littéraire sur les bases de la loi du 14 juillet 1866 qui en fixe la durée à cinquante ans après la mort de l'auteur (*Journal des Débats* du 24 octobre 1908).]

[Finalement, la Conférence littéraire de Berlin a adopté un projet de convention qui devra être ratifié au plus tard le 1er juillet 1910 (art. 28) et dont voici les dispositions relatives à la question ci-dessus exposée. Art. 4 : « Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union jouissent, dans les pays autres que le pays d'origine de l'œuvre, pour leurs œuvres, soit non publiées, soit publiées pour la première fois dans un pays de l'Union, des droits que les lois respectives accordent ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention. La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée... ». Art. 6 : « Les auteurs ne ressortissant pas à l'un des pays de l'Union, qui publient pour la première fois leurs œuvres dans l'un de ces pays, jouissent, dans ce pays, des mêmes droits que les auteurs nationaux et, dans les autres pays de

l'Union, des droits accordés par la présente Convention ». Art. 7 : « La durée de la protection accordée par la présente Convention comprend la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort. Toutefois, dans le cas où cette durée ne serait pas uniformément adoptée par tous les pays de l'Union, la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée et elle ne pourra excéder la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre. Les pays contractants ne seront, en conséquence, tenus d'appliquer les dispositions de l'alinéa précédent que dans la mesure où elle se concilie avec le droit interne ».]

Il va sans dire que, pour régler la transmission des droits de l'auteur à ses héritiers, la capacité pour régler ces droits et l'interprétation des actes de cession, il faudra appliquer les principes qui seront indiqués à propos des successions, de la capacité et des conventions.

II. Droit des auteurs et artistes étrangers d'après les traités.

69. L'exemple de libéralité et de justice donné par la France par le décret de 1852 n'a été suivi que par bien peu d'Etats : notamment le Chili, le Vénézuela, le Mexique et la Belgique (loi du 22 mars 1886, art. 38) assimilent les œuvres publiées à l'étranger à celles qui sont éditées sur leur territoire, au point de vue de la protection des droits d'auteur. Mais la plupart des lois, même les plus récentes, subordonnent la protection des œuvres étrangères à la condition de la réciprocité. (V. loi italienne de 1882, art. 44; loi suisse du 23 avril 1883, art. 10.)

Le gouvernement français a dû, par conséquent, se préoccuper d'assurer, au moyen des traités internationaux, aux auteurs et artistes français un traitement égal, dans les autres pays, à celui que le décret de 1852 accorde aux auteurs et artistes étrangers en France.

Dans les Etats qui n'ont pas conclu de conventions littéraires et artistiques avec notre pays, les auteurs français subissent les dispositions plus ou moins libérales de la loi locale. Quelques législations consacrent dans notre matière le principe de la réciprocité législative : aussi, les auteurs étrangers étant tous protégés en France, les auteurs français pourront demander protection dans les Etats qui adoptent cette règle de la réciprocité, par exemple en Danemark, en Grèce, en Suède et en Norvège (1).

(1) V. *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique,*

D'autres pays, moins libéraux encore, ne protègent en aucune façon les droits des auteurs et artistes étrangers. Telle est la règle en Turquie, où elle n'a pas de conséquence bien fâcheuse, étant donnés le peu de développement de l'instruction et le médiocre débit des productions de l'esprit dans ce pays, ainsi qu'en Russie, depuis que la convention du 6 avril 1861 avec la France a été dénoncée pour prendre fin à compter du 14 juillet 1887 (1). Aux Etats-Unis, la loi du 8 juillet 1870, sur le droit de reproduction des ouvrages, ou droit de copie (*copyright*), déclare, dans son art. 103, que les auteurs protégés contre la contrefaçon sont seulement ceux qui sont sujets des Etats-Unis ou qui résident sur le territoire de l'Union. Aussi, la contrefaçon des ouvrages étrangers est-elle sans limite dans cet Etat : les auteurs anglais, dont les œuvres sont plus accessibles à la généralité du peuple américain à cause de l'identité de langue, en souffrent particulièrement. Du reste, les auteurs américains sont les premiers à subir les conséquences de cette législation inique, car les éditeurs préfèrent publier des ouvrages d'auteurs anglais pour lesquels ils n'ont rien à payer. Depuis, le bill du 3 mars 1891 accorde la protection aux œuvres étrangères sous la condition de la réciprocité législative ou diplomatique ; encore cette dernière doit-elle résulter d'une convention particulière dans laquelle les Etats-Unis s'accordent spécialement avec le pays où l'œuvre a paru, et non d'une union générale, comme celle qui a été conclue à Berne en 1886, et à laquelle, d'ailleurs, les Etats-Unis n'ont pas adhéré. De plus, les droits d'entrée établis sur les productions littéraires, artistiques ou

suivies des conventions intern. conclues par la France, Ch. Lyon-Caen et P. Delalain, 2 vol., 1889, spéc. note de M. L. Renault, II, p. 206 s. ; *La conv. littér. et artistique avec l'Allemagne,* Ch. Lyon-Caen, *R. D. I.*, 1884, p. 437. [La convention franco-allemande du 19 avril 1883 a été remplacée par celle du 8 avril 1907. V. lois suédoises du 28 mai 1897 sur la propriété littéraire (art. 19), le droit de reproduction des œuvres d'art (art. 3) et sur le droit de reproduction des photographies (art. 10), *Annuaire de législ. étr.*, 1892, p. 712, 717 et 719, notices et traductions de M. P. Dareste ; loi norvégienne sur le droit d'auteur du 4 juillet 1893 (art. 37), même *Annuaire,* 1894, p. 581 ; lois danoises du 19 décembre 1902 (art. 36), même *Annuaire,* 1903, p. 539 (cpr. lois pour l'Islande du 29 octobre 1905, art. 27, même *Annuaire,* 1906, p. 468) et du 29 mars 1904, *Le droit d'auteur,* 1904, p. 55, et ordonnance royale du 2 avril 1904.— Cpr. Trib. sup. Copenhague, 26 sept. 1904, J. C., 1907, p. 188, *R. D. I. P.*, 1905, p. 179.]

(1) V. Pilenko, *Sur la protection de la propriété littéraire et artistique en Russie, Bull. soc. législ. com.*, 1897, p. 187. Le traité de 1861 avec la Russie a donc été appliqué à tort depuis le 14 juillet 1887 par le tribunal de la Seine, 4 fév. 1891, J. C., 1891, p. 545.

scientifiques par la loi douanière du 1er octobre 1890, malgré les atténuations introduites pour les livres qui ne sont pas écrits en anglais et pour certaines œuvres d'art, rendent presqu'illusoire la protection des œuvres étrangères aux Etats-Unis (1).

70. Les conventions relatives à la propriété littéraire et artistique passées par la France sont les suivantes :

1° Allemagne, 8 avril 1907 (2); 2° Angleterre, 3 nov. 1851, modifiée le 11 août 1875, supprimée depuis l'union de Berne de 1886 qui la remplace (*J. off.* 17 juillet 1887); 3° Autriche-Hongrie, 11 décembre 1866, rendue indépendante du traité de commerce

(1) Note du gouv. américain au ministre de Suisse, 8 juin 1891, J. C., 1892, p. 556; Thorval de Solberg, *ibid.*,1891, p. 379; Vouverman, *La propriété littéraire et artistique aux Etats-Unis,* Bruxelles, 1891; Rapport sur la loi de 1891, J. C., 1892, p. 548. — V. aussi J. C., 1892, p. 326. [La section III de l'*Act* du 3 mars 1891 sur la propriété littéraire et artistique (*Annuaire de législ. étrang.,* 1892, p. 899 et suiv.; notes et traduction par M. A. Darras) subordonne à certaines exigences la garantie des œuvres littéraires et artistiques, et, parmi ces exigences, d'ailleurs communes aux nationaux et aux étrangers, la plus importante est la *manufacturing clause*, c'est-à-dire celle qui veut que les exemplaires des livres, photographies, chromolithographies ou lithographies déposés soient imprimés avec des caractères fabriqués sur le territoire des Etats-Unis ou à l'aide de clichés faits avec de tels caractères ou à l'aide de négatifs ou de dessins sur pierre fabriqués dans les limites des Etats-Unis, ou à l'aide de copies qui en sont tirées. La loi de 1891 faisait à l'auteur qui voulait assurer à son livre la protection légale aux Etats-Unis l'obligation d'en remettre ou adresser, *au plus tard le jour de la publication,* deux exemplaires *composés sur le territoire américain,* au bibliothécaire du Congrès. Il fallait donc que le jour où l'œuvre voyait le jour en pays étranger, elle eût été imprimée en double au lieu de sa publication et aux Etats-Unis. La loi du 3 mars 1906 a apporté à cette condition rigoureuse un tempérament appréciable en accordant *toute une année* après la publication à l'étranger des livres parus dans une langue étrangère pour faire l'édition américaine. Les œuvres publiées en anglais demeurent soumises au régime antérieur. Chavegrin, J. C., 1907, p. 298; Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 289, note 3, et p. 568-570.]

(2) [A partir du 1er janvier 1909, l'Empire allemand a adhéré, en ce qui concerne ses possessions, à la Convention de Berne, et ladite accession comprend *ipso jure* l'adhésion des possessions allemandes à la convention spéciale franco-allemande du 8 avril 1907, qui, selon son article 2, n'est qu'un complément de la convention de Berne. Après avoir accédé déjà, en 1886, pour les colonies françaises à la convention de Berne, le gouvernement français, par l'ambassadeur de la République à Berlin, a fait connaître à l'Office impérial des affaires étrangères qu'il partageait l'opinion du gouvernement allemand à ce sujet, et déclarait que ladite convention spéciale est applicable aux colonies françaises. Lettre du 13 novembre 1908 de l'Office impérial des affaires étrangères à l'ambassadeur de la République à Berlin; lettre de l'ambassadeur de la République à Berlin, en date du 14 novembre. Ces deux lettres tiennent lieu d'échange de notes entre les deux gouvernements pour constater l'accord en question. *J. off.* du 10 janvier 1909.]

conclu le même jour par la déclaration du 18 février 1884; 4° Belgique, 31 octobre 1881 et déclaration du 4 janvier 1882, dénoncées pour prendre fin en avril 1891; il n'y a qu'à tenir compte de la loi belge du 22 mars 1886 qui protège les auteurs étrangers sans condition de réciprocité; 5° Espagne, 16 juin 1880; 6° Hollande, 29 mars 1855, modifiée le 27 avril 1860, rendue indépendante du traité de commerce par la déclaration du 17 avril 1884; 7° Italie, 9 juillet 1884; 8° Luxembourg, 16 décembre 1865, abrogée par suite de l'accession du Luxembourg à l'union de Berne, conv. du 9 septembre 1899, J. C., 1900, p. 211; 9° Portugal, 11 juillet 1866; 10° San-Salvador, 9 juin 1880; 11° Suède et Norvège, 15 février 1884, liée au traité de commerce expiré au 1er février 1892, conv. nouvelle du 13 janvier 1892; 12° Suisse, 23 février 1882, dénoncée à partir du 1er février 1892; mais la loi suisse accorde la protection sous la condition de réciprocité, qui est acquise par notre décret de 1852; 13° Mexique, traité de commerce du 27 novembre 1886, art. 21, § 7, qui accorde aux auteurs des deux pays la condition de la nation la plus favorisée; 14° Bolivie, déclaration du 8 septembre 1887, promulguée le 1er juillet 1890, assimilant les nationaux des deux pays pour la propriété littéraire, artistique et industrielle; 15° Costa-Rica, 28 août 1896; 16° Guatemala, 21 août 1895; 17° Equateur, 9 mai 1898, protocole additionnel du 1er juillet 1905; 18° la France a déclaré adhérer à la convention entre la République Argentine, le Paraguay, le Pérou, l'Urugay, la Bolivie, le Brésil et le Chili (décret du 17 août 1907, *J. off.* 21 août); cette adhésion n'a été acceptée que par la République-Argentine et par le Paraguay (décret du 24 mai 1900) (1); 19° Monaco, 9 novembre 1865; 20° Danemark, 6 novembre 1858 et 5 mai 1866; 21° Roumanie, 28 février 1893, et arrangement du 6 mars 1907 (J. C., 1907, p. 1243); 22° Etats-Unis, 1er juillet 1891; 23° Monténégro, 11 janvier 1902; 24° Paraguay, 11 janvier 1899.

Il est à remarquer que les pays qui voudraient dénoncer leurs conventions avec la France, pour répondre à l'établissement des

(1) Ce n'est donc que dans ces deux pays (République Argentine et Paraguay), que les Français peuvent se prévaloir du traité de Montevideo du 11 janvier 1899, v. J. C., 1897, p. 632, et 1898, p. 619-620, pour la République Argentine. [L'Espagne a également adhéré à ce traité, au regard de la République Argentine et du Paraguay, par décret royal du 10 avril 1900 (J. C., 1901, p. 612; l'Italie en a fait autant, le 18 avril 1900 et la Belgique, le 17 septembre 1903. — V. Trib. civ. Buenos-Ayres, 26 mai 1905, *Le droit d'auteur*, 1905, p. 131. — Pour le texte du traité de Montevideo, v. notamment Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 296-299].

tarifs protecteurs à la suite de la dénonciation des traités de commerce, restent toujours liés par l'Union conclue en 1886, quand ils y ont adhéré. La Suisse, en particulier, devrait, en se retirant de l'Union, renoncer à être le siège du bureau international que le traité de 1886 a fixé à Berne. Il reste cependant la faculté, pour ces pays, d'user de représailles, en frappant de droits de douane les ouvrages français (1).

Certaines conventions littéraires et artistiques sont liées à des traités de commerce, de telle sorte que la dénonciation de ces derniers met fin aux premières. C'est là une situation fâcheuse qui peut amener ce résultat qu'un différend entre les deux pays contractants sur une question commerciale ou économique, par exemple sur un tarif douanier, en provoquant la dénonciation du traité de commerce, anéantira la protection des droits d'auteur qui n'ont pas le moindre rapport avec la question relativement à laquelle la difficulté est née. Les pays qui, comme la France, ont grand intérêt à assurer la protection des droits de leurs écrivains et de leurs artistes en pays étranger, à cause de la diffusion de leur littérature et de l'influence de leurs écoles artistiques, ont été souvent contraints d'acheter cette protection par des concessions faites au point de vue commercial ou économique, et c'est ce qui explique la solidarité de certaines conventions littéraires avec des traités de commerce.

Mais on s'efforce de plus en plus, aujourd'hui, de rendre les conventions littéraires et artistiques indépendantes, comme il convient au caractère particulier des intérêts qu'elles ont pour but de régler : on est arrivé à ce résultat dans les conventions précitées avec la Suisse, l'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas et la Roumanie.

Notons, en outre, que les traités constituent des dérogations au droit commun des auteurs et artistes étrangers en France, et que ces dérogations peuvent quelquefois leur donner une situation moins favorable que celle qui résulterait pour eux de l'application pure et simple du décret du 28 mars 1852. Ainsi le droit commun en France interdit absolument la reproduction non autorisée des articles de journaux, tandis que la plupart des traités subordonnent cette interdiction à une réserve formelle de la part de l'au-

(1) Darras, *De l'état actuel des droits d'auteurs étrangers en France et des auteurs français à l'étranger*, J. C., 1892, p. 801 ; pour les droits de douane établis en Italie, *Le droit d'auteur*, 1889, p. 13, et J. C., 1892, p. 103.

teur ; de même, le décret de 1852 et la loi de 1866 défendent la traduction non autorisée aussi longtemps que dure le droit de l'auteur pour l'œuvre originale, tandis que presque toutes les conventions restreignent à un délai beaucoup plus court, ordinairement de dix ans, la faculté pour l'auteur de faire seul ou de faire faire la traduction. Lorsque ce résultat se présente, il ne faut pas dire que les auteurs étrangers ont le droit d'écarter les clauses du traité conclu entre la France et leur pays, pour s'en tenir au droit commun qui les régit en France; cette manière de voir, soutenue par quelques jurisconsultes, est en contradiction avec ce principe élémentaire que les traités internationaux sont de véritables contrats obligatoires pour les deux Etats qui y participent, et que l'un des contractants ne peut scinder la convention de manière à en réclamer l'application quand elle lui est favorable, et à la rejeter pour le surplus quand elle lui est moins avantageuse.

Un auteur a proposé la distinction suivante : si le traité n'a été ratifié que par un décret, il n'a pu modifier le décret de 1852 qui est une véritable loi; s'il a été ratifié par une loi, il a pu modifier le décret, car une loi peut toujours en changer une autre : en conséquence, les étrangers peuvent invoquer le droit commun, quand il leur est plus favorable, dans le premier cas et non dans le second (1). Cette distinction, juste au point de vue du Droit constitutionnel, n'est pas acceptable en Droit international. A l'égard des Etats contractants, le mode de ratification des traités est indifférent; il ne s'agit alors ni de loi ni de décret, mais bien d'un contrat pour la validité duquel il suffit que chacune des parties soit capable, d'après le Droit constitutionnel qui la régit. Or, en tant que contrats, ratifiés d'une manière quelconque mais régulière, d'après le Droit constitutionnel de chaque pays, les traités obligent les Etats qui ne peuvent les accepter ou les rejeter au gré de leurs intérêts.

On a, du reste, contesté la validité de plusieurs traités relatifs à la propriété littéraire et artistique qui n'ont pas été ratifiés par le pouvoir législatif, sous le second Empire et depuis 1870 jusqu'en 1875. Mais c'est là une question de Droit constitutionnel qui sort de notre domaine (2). On peut cependant observer que

(1) [Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 283-284. — *Contrà* Demangeat, J. C., 1874, p. 108 et suiv.; Louis Renault, *ibid.*, 1880, p. 460; A. Darras, *op. cit.*, p. 543; Audinet, *op. cit.*, 2e édit., 1906, n. 816, p. 666.

(2) Cpr. Clunet, J. C., 1880, p. 380; Renault, J. C., 1878, p. 454; Cass., 25 juil. 1887, S., 88. 1. 17.

l'art. 8 de la loi du 16 juil. 1875, en exigeant la ratification du Parlement pour les traités qui modifient le *droit de propriété des Français à l'étranger*, paraît bien viser ceux qui concernent les droits d'auteur, généralement désignés en France sous le nom de *propriété* littéraire et artistique, puisque c'est là le seul genre de propriété (vraie ou prétendue) dont on s'occupe ordinairement dans les conventions internationales, la propriété des biens étant presque toujours reconnue aux étrangers dans les Etats civilisés.

Les conventions littéraires et artistiques s'appliquent-elles aux contrefaçons qui leur sont antérieures ?

D'après certaines conventions, la protection n'est assurée qu'aux œuvres publiées après que la convention est devenue exécutoire (Conv. avec l'Angleterre, art. 1er; la Hollande, art. 7; l'Autriche, art. 3; le Luxembourg, art. 4, pour les œuvres dramatiques et musicales). Mais la plupart contiennent une disposition en vertu de laquelle, conformément à ce qui a été déjà dit à ce sujet, les éditions contrefaites, déjà parues au moment de la conclusion de la convention, sont seules tolérées; tandis que les éditions postérieures au traité, même d'ouvrages antérieurement publiés, sont prohibées (Italie, protocole, art. 1er; Portugal, art. 12; Allemagne, protocole 1er) (1).

71. Bien qu'ayant le même objet et se répétant souvent les unes les autres sur un certain nombre de points, les conventions relatives aux droits d'auteur sont trop différentes entre elles pour qu'on puisse ramener leurs dispositions à quelques idées générales, et pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à leur texte et aux particularités qu'elles contiennent quand on veut examiner la situation dans les rapports entre deux pays déterminés. Aussi n'entrerons-nous pas dans le détail des règles qu'elles établissent, d'autant plus que les questions qu'elles prévoient sont, pour la plupart, tranchées dans la grande convention de Berne qui sera analysée bientôt.

D'autre part, nombre de celles conclues par les Etats qui ont participé à l'Union de 1886, comme la France, sont devenues en grande partie ou en totalité lettre morte, étant remplacées par la convention générale dont nous parlons un peu plus loin. Cependant, les conventions conclues par un pays faisant partie de l'Union de Berne sont à retenir pour trois raisons.

(1) Décrets des 8 nov. 1882 et 20 avril 1885, J. C., 1883, p. 657, et 1885, p. 703. [Cpr. art. 3, al. 2 et 3 de la convention franco-allemande du 8 avril 1907 qui a remplacé et abrogé formellement celle du 19 avril 1883, J. C., 1907, p. 1221.]

D'abord, cela va sans dire, elles conservent leurs effets à l'égard des Etats contractants quand l'un d'eux n'est pas participant à l'Union dont il s'agit. De plus, la convention de Berne (art. 15) laisse subsister les conventions particulières passées par les Etats compris dans l'Union en tant que ces conventions accordent des avantages plus grands que ceux qu'elle confère, ou statuent sur des points qu'elle n'a pas prévus et réglés. [Le texte revisé de la convention de Berne, arrêté le 13 novembre 1908 par la conférence littéraire de Berlin, déclare (art. 20) que les gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par l'Union, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente convention. Les dispositions des arrangements existants qui répondent aux conditions précitées restent applicables.] On voit ainsi que, pour fixer les droits des auteurs, il faut tenir compte à la fois et du traité d'Union et des conventions particulières des Etats.

Enfin, beaucoup de conventions contiennent la clause dite de la nation la plus favorisée en vertu de laquelle tous les avantages concédés par l'un des Etats contractants à un autre pourront être réclamés de plein droit par l'Etat cocontractant. Malgré ses avantages apparents, cette clause présente de graves inconvénients, spécialement les deux suivants. En accordant une faveur aux nationaux d'un Etat, on se trouve l'accorder en même temps à ceux de l'Etat qui peut invoquer la clause de la nation la plus favorisée, sans que cet Etat d'ailleurs donne une faveur semblable en retour. On peut arriver ainsi à détruire la réciprocité qui est la base ordinaire des conventions relatives aux droits d'auteurs : c'est ce qui s'est produit dans les conventions avec la Belgique et la Suisse, tandis que, dans celles avec l'Espagne, l'Allemagne et l'Italie, l'effet de la clause de la nation la plus favorisée n'opère que si la réciprocité complète est acquise. De plus, l'insertion de cette clause dans un traité oblige à consulter les traités conclus par l'Etat cocontractant avec les autres pays, pour savoir quels sont les droits que peuvent invoquer les nationaux de l'autre pays cocontractant : c'est là une difficulté pratique considérable (1).

(1) [V. sur les difficultés auxquelles donne lieu en notre matière la clause de la nation la plus favorisée, emprunt malheureux fait aux traités de commerce et à laquelle se réduit en somme l'arrangement conclu entre la France et la Roumanie

72. Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. — Cette union a été réalisée grâce à l'initiative de l'*Association internationale littéraire et artistique*, fondée à Paris pendant l'Exposition de 1878. Après des négociations entre les représentants des Etats à Berne, le 8 septembre 1884 et le 7 septembre 1885, un projet définitif fut accepté le 9 septembre 1886. Les puissances signataires sont les suivantes : Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Haïti, Italie, Suisse et Tunisie. Depuis, ont adhéré : le Luxembourg, 23 mai 1888; Monaco, 30 mai 1889; la Norvège, 13 avril 1896 (1). Conformément à l'art. 6 du protocole de clôture, une révision du traité a été faite par une conférence tenue à Paris du 15 avril au 1er mai 1896. La conférence a adopté un *acte additionnel* (4 mai 1896), à l'exception du délégué de la Norvège, et une *déclaration* à laquelle n'a pas adhéré le délégué de l'Angleterre; enfin, à l'unanimité, un certain nombre de vœux (2).

Voici, en résumé, les dispositions capitales du traité d'Union.

1° *Œuvres protégées.* Ce sont toutes les productions quelconques du domaine littéraire, scientifique ou artistique qui pourraient

le 4 mars 1907, A. Darras, *op. cit.*, p. 555 et suiv., et J. C., 1893, p. 599 et suiv.; Bruxelles, 17 mai 1880, S., 81. 4. 9 et les observations de M. L. Renault.]

(1) Sur ce traité d'union, v. Darras, *loc. cit.*; Droz, J. C., 1881, p. 441, 1885, p. 481; Ch. Soldan, *L'union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques;* R. Lavollée, *La propriété littéraire et la Convention de Berne;* Ed. Clunet, *Etude sur la convention d'union internationale pour la protection...;* d'Orelli, *Der internationale Schutz des Urheberrechts;* H.-G. Bergne, *The International Copyright Union,* dans *The Law Quarterly Review* (janvier 1887). Texte : J. C., 1887, p. 507 et *J. off.* 16 sept. 1887. [Une conférence littéraire s'est réunie à Berlin en octobre 1908 et a adopté un projet de convention révisant la convention de Berne le 13 novembre 1908. Cette *nouvelle convention* doit remplacer, dans les rapports entre les Etats contractants, la convention de Berne du 9 septembre 1886, y compris l'article additionnel et le protocole de clôture du même jour, ainsi que l'acte additionnel et la déclaration interprétative du 4 mai 1896 (art. 27). « Les actes conventionnels précités, ajoute l'art. 27, resteront en vigueur dans les rapports avec les Etats qui ne ratifieraient pas la présente convention. Les Etats signataires de la présente convention pourront, lors de l'échange des ratifications, déclarer qu'ils entendent, sur tel ou tel point, rester encore liés par les dispositions des conventions auxquelles ils ont souscrit antérieurement ». Les ratifications de la nouvelle convention seront échangées à Berlin au plus tard le 1er juillet 1910 (art. 28).]

(2) V. *La conférence de Paris du 15 avril au 1er mai 1896,* G. Huard, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.,* 1897, p. 94 et 129. Acte du 4 mai 1896 promulgué par décret du 29 sept. 1897, J. C., 1898, p. 604. — Cpr. Résolutions de l'Institut, Cambridge, 1895, *Annuaire,* XIV, p. 287; Dubois, *R. D. I.,* XXIX, p. 577.

être publiées par n'importe quel mode d'impression ou de reproduction (art. 4). Cela exclut les productions scientifiques non susceptibles d'être reproduites. Pour les photographies et les œuvres chorégraphiques, chaque Etat faisant partie de l'Union les protège dans les limites fixées par ses propres lois ou par les traités particuliers qu'il a conclus : sauf cette réserve, ces productions sont admises au bénéfice de la convention générale (Protocole, n. 1 et 2). Mais l'acte additionnel du 4 mai 1896 ajoute la disposition suivante : « Les œuvres photographiques sont admises au bénéfice de l'Union internationale, en tant que la législation intérieure permet de le faire et dans la mesure de la protection qu'elle accorde aux œuvres nationales similaires ». Par cette adjonction, on applique les clauses du traité de l'Union aux photographies dans les pays, qui, de même que l'Allemagne, ne les protègent pas comme œuvres d'art, mais comme productions spéciales. On a souvent demandé, et avec raison, que les œuvres d'architecture fussent protégées comme œuvres d'art distinctes, soit contre la reproduction non autorisée des plans, soit contre la réédification ; mais l'acte additionnel du 4 mai 1896 a cru devoir tenir compte des particularités des législations dont bon nombre résistent à cette assimilation. De là, la disposition suivante : « Dans les pays de l'union où la protection est accordée, non seulement aux plans d'architecture, mais encore aux œuvres d'architecture elles-mêmes, ces œuvres sont admises au bénéfice des dispositions de la convention de Berne et du présent acte additionnel ».

La reproduction des articles de journaux ou de recueils périodiques est permise, à moins que les auteurs ou éditeurs ne l'aient formellement interdite ; encore cette interdiction ne peut-elle s'appliquer aux articles de discussion politique, à la reproduction des nouvelles du jour et des faits divers (art. 7). L'acte additionnel de 1896 exige, de plus, que, quand la reproduction n'est pas défendue, on indique toujours la source de l'article. En outre, il assimile les romans-feuilletons paraissant dans des périodiques à des ouvrages ordinaires et n'en permet la reproduction ou traduction, sans que l'auteur ait à faire des réserves, que moyennant son autorisation ou celle de ses ayants-cause.

[La Convention de Berne révisée qui a été signée à Berlin le 13 novembre 1908 a notablement et heureusement élargi le cadre des œuvres protégées. D'abord, l'Acte additionnel de Paris, pas plus que la Convention de Berne proprement dite, ne protégeait les œuvres d'art appliquées à l'industrie. En 1896, le renouveau

d'art industriel, le souci de donner un caractère artistique aux objets usuels ne s'étaient pas encore manifestés d'une manière aussi saisissante. Mais, depuis quelques années, en France comme en Angleterre, en Allemagne, en Belgique, ce mouvement d'art industriel s'est fort accentué. Evoquant le souvenir de la Renaissance et celui du Japon, on a dit et répété qu'il n'est point de hiérarchie dans les arts et qu'un beau vase noblement ou poétiquement conçu, exécuté avec un délicat sentiment décoratif, peut offrir plus d'intérêt artistique qu'un tableau sans idée et médiocrement peint ou qu'une statue dénuée de vie et d'expression. Aussi, les artistes réclament-ils pour leurs travaux de cet ordre, modèles de bijoux, de meubles, de fontaines, de vases, etc., la même protection que pour leurs autres œuvres. Il n'y a aucune raison pour la leur refuser. L'Allemagne, où l'art industriel a pris un grand essor, proposa que *les œuvres d'art appliquées à l'industrie* fussent protégées et la France, qui aurait certainement pris cette initiative, si le soin de préparer les travaux de la conférence n'avait pas, cette fois, appartenu à l'Allemagne, appuya résolument cette proposition. Ce fut M. Breton, directeur de l'Office national de la propriété industrielle, qui prit la parole au nom de la délégation française pour démontrer la justice et la nécessité de cette réforme. Il demanda, au nom de la France, que la formule *œuvres d'art appliquées à l'industrie* fût complétée et précisée par l'adjonction des mots « quels que soient leur mérite et leur destination », de manière à empêcher désormais tout arbitraire et toute erreur des juges. En réponse aux délégués de certains pays qui objectaient, sans d'ailleurs beaucoup insister, que l'art industriel est actuellement protégé par le système du dépôt et du brevet, M. Breton prouva que cette protection, trop coûteuse pour des artistes, exige certaines formalités qu'ils ne remplissent jamais et que rien ne vaut pour eux la sauvegarde de la Convention de Berne, à laquelle ils ont tous les droits. En fin de compte, la convention du 13 novembre 1908 n'a accordé qu'une satisfaction partielle aux *desiderata* de la France et de l'Allemagne : l'art. 2 *in fine* porte, en effet : « Les œuvres d'art appliquées à l'industrie sont protégées autant que le permet de le faire la législation intérieure de chaque pays ». Tandis que, pour les *œuvres littéraires et artistiques* définies dans l'art. 2, al. 1er et pour les traductions et adaptations (art. 2, al. 2), « les pays contractants sont tenus d'en assurer la protection » (art. 2, al. 3); tandis

qu'aux termes de l'art. 3 : « La présente Convention s'applique aux œuvres photographiques et aux œuvres obtenues par un procédé analogue à la photographie. Les pays contractants sont tenus d'en assurer la protection », les œuvres d'art appliquées à l'industrie ne sont protégées qu' « autant que permet de le faire la législation intérieure de chaque pays ». Et les Etats contractants ne prennent en aucune manière l'engagement d'en assurer la protection. Ces œuvres sont donc moins énergiquement protégées que les œuvres photographiques et les œuvres obtenues par un procédé analogue à la photographie (art. 3), que « les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, dont la mise en scène est fixée par écrit ou autrement » ! Bien plus : « Sont protégées comme œuvres littéraires ou artistiques les productions cinématographiques lorsque, par les dispositifs de la mise en scène ou la combinaison des incidents représentés, l'auteur aura donné à l'œuvre un caractère personnel et original » (art. 14, al. 2).]

[Plus heureuse a été la délégation française, lorsqu'elle a demandé que les œuvres d'architecture fussent désormais protégées comme les dessins d'architecture. L'art. 2, 1er al., comprend, en effet, parmi les œuvres littéraires et artistiques dont les pays contractants sont tenus d'assurer la protection, « les œuvres de dessin, de peinture, *d'architecture,* de sculpture, de gravure et de lithographie ». Le directeur de notre Office national de la propriété industrielle a pu rassurer quelques craintes et réfuter quelques objections dont certains délégués, en particulier ceux de la Grande-Bretagne, s'étaient faits les interprètes.]

[La Convention de Berne révisée par la Conférence de Berlin le 13 novembre 1908 a augmenté notablement la protection accordée dans les pays de l'Union aux articles de journaux ou de recueils périodiques. S'agit-il des « romans-feuilletons, des nouvelles et de toutes autres œuvres, soit littéraires, soit scientifiques, soit artistiques, quel qu'en soit l'objet, publiés dans les journaux ou recueils périodiques d'un des pays de l'Union? » Ils ne peuvent être reproduits dans les autres pays sans le consentement des auteurs (art. 9, al. 1er). S'agit-il de « tout article de journal à l'exclusion des romans-feuilletons et des nouvelles? » Il peut être reproduit par un autre journal, si la reproduction n'en est pas expressément interdite. « Toutefois, la source doit être indiquée; la sanction de cette obligation est déterminée par la législation des pays où la protection est réclamée (art. 9, al. 2). « La protec-

tion ne s'applique pas « aux nouvelles du jour ou aux faits divers qui ont le caractère de simple information de presse » (art. 9, al. 3) (1).]

2° *Personnes protégées*. Ce point est réglé par l'art. 2, al. 1, du traité d'Union auquel l'acte de 1896 a ajouté les précisions soulignées par l'impression en italique : « Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union ou leurs ayants-cause jouissent, dans les autres pays, pour leurs œuvres, soit non publiées, soit publiées *pour la première fois* dans un de ces pays, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. *Les œuvres posthumes sont comprises parmi les œuvres protégées* ». D'après le traité de Berne, art. 3, la protection est encore reconnue aux éditeurs, nationaux ou non des Etats de l'Union, qui publient, dans un de ces Etats où ils ont un établissement, des œuvres d'un auteur, national ou non de l'un de ces Etats. On a trouvé exagérée cette assimilation des éditeurs aux auteurs, et l'acte de 1896 a remplacé la disposition qui précède par la suivante : « Les auteurs ne ressortissant pas à l'un des Etats de l'Union, mais qui auront publié ou fait publier pour la première fois leurs œuvres artistiques ou littéraires dans l'un de ces pays, jouiront, pour ces œuvres, de la protection accordée par la convention de Berne et par le présent acte additionnel ».

La convention de Berne autorise les auteurs à se prévaloir du droit *d'édition partagée* qui avait été réglé tout d'abord dans la convention franco-allemande du 19 avril 1883 (art. 11), [aujourd'hui abrogée et remplacée par celle du 8 avril 1907.]

Les auteurs, surtout les auteurs d'œuvres musicales ou dramatico-musicales, cèdent parfois à un éditeur le droit de publication dans un pays déterminé seulement. En pareil cas, on dit qu'il y a droit d'édition partagée (*Getheilles Verlagsrecht*). En vertu d'une pareille convention, l'éditeur ne peut publier l'œuvre qui lui est

(1) [Voici le texte de l'art. 2, al. 1er de la Convention de Berne révisée : « L'expression *œuvres littéraires et artistiques* comprend toute production du domaine littéraire, scientifique ou artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme de reproduction, telle que : les livres, brochures et autres écrits; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, dont la mise en scène est fixée par écrit ou autrement; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure ou de lithographie, les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques, relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences ». En ce qui concerne les pantomimes, v. Cour d'appel de Londres, 13-14 février 1908, J. C., 1909, p. 224.]

cédée ailleurs que dans le pays qui lui est assigné; mais il peut, à la rigueur, vendre dans tout autre pays des exemplaires publiés dans l'Etat désigné dans la convention, car on ne prohibe que l'importation d'ouvrages contrefaits, et les exemplaires importés sont licitement édités par celui qui les importe. Mais comme l'auteur veut se réserver le droit de publication exclusive partout ailleurs que dans l'Etat où il a cédé son droit, la convention franco-allemande de 1883 interdisait l'importation des exemplaires qui sont édités dans cet Etat. Seulement, cette prohibition n'existait que pour les œuvres musicales et dramatico-musicales; de plus, les ouvrages auxquels cette prohibition s'appliquait devaient porter sur leur titre et couverture ces mots : *Edition interdite en Allemagne ou en France.* Au contraire, les conventions franco-belge (art. 13) et franco-suisse (art. 7) admettent ce droit d'édition partagée pour toute espèce d'ouvrages. [Aujourd'hui la convention franco-allemande du 8 avril 1907 (art. 2, 3 et 4) a écarté toutes les restrictions établies dans la convention de 1883.] Notons que, en pareil cas, les changements de frontières par suite d'annexion sont sans influence sur les conventions des parties (1).

[La question des personnes protégées a été réglée d'une manière plus précise et en vue d'une protection plus énergique par la Convention de Berne revisée le 13 novembre 1908 (art. 4, 5, 6, 8, 15). Voici le texte de ces nouvelles dispositions. Art. 4 : « Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union jouissent, dans les pays autres que *le pays d'origine de l'œuvre*, pour leurs œuvres, soit non publiées, soit publiées pour la première fois dans un pays de l'Union, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention. *La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans les pays d'origine de l'œuvre.* Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée. Est considéré comme pays d'origine de l'œuvre, pour les œuvres non publiées, celui auquel appartient l'auteur; pour les

(1) Trib. sup. de Leipzig, 5 nov. 1887, *Rev. prat. de dr. int. privé,* 1888, v° *Annexion,* n. 9; et J. C., 1889, p. 310, 1891, p. 278.

œuvres publiées, celui de la première publication, et pour les œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la plus courte. Pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, c'est ce dernier pays qui est exclusivement considéré comme pays d'origine. Par œuvres publiées, il faut, dans le sens de la présente Convention, entendre les œuvres éditées. La représentation d'une œuvre dramatique ou dramatico-musicale, l'exécution d'une œuvre musicale, l'exposition d'une œuvre d'art et *la construction d'une œuvre d'architecture* ne constituent pas une publication ». Art. 5 : « Les ressortissants de l'un des pays de l'Union qui publient pour la première fois leurs œuvres dans un autre pays de l'Union, ont, dans ce dernier pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux ». Art. 6 : « Les auteurs ne ressortissant pas à l'un des pays de l'Union, qui publient pour la première fois leurs œuvres dans un autre pays de l'Union jouissent, dans ce pays, des mêmes droits que les auteurs nationaux et dans les autres pays de l'Union, des droits accordés par la présente Convention ». Art. 8 : « Les auteurs d'œuvres non publiées, ressortissant à l'un des pays de l'Union et les auteurs d'œuvres publiées pour la première fois dans un de ces pays, jouissent, dans les autres pays de l'Union, pendant toute la durée du droit sur l'œuvre originale, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres ». Art. 15 : « Pour que les auteurs des ouvrages protégés par la présente Convention soient, jusqu'à preuve contraire, considérés comme tels et admis, en conséquence, devant les tribunaux des divers pays de l'Union, à exercer des poursuites contre les contrefacteurs, il suffit que leur nom soit indiqué sur l'ouvrage en la manière usitée. Pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, l'éditeur dont le nom est indiqué sur l'ouvrage est fondé à sauvegarder les droits appartenant à l'auteur. Il est, sans autres preuves, réputé ayant cause de l'auteur anonyme ou pseudonyme ».]

3° *Conditions de la protection.* Pour obtenir protection, les auteurs n'ont qu'à se conformer aux prescriptions indiquées par la loi d'origine de l'œuvre, c'est-à-dire par la loi du pays où l'œuvre a paru pour la première fois (V. art. 2, al. 2, 3 et 4). Pour prouver le droit de propriété, le nom de l'auteur sur l'ouvrage suffit, ou le nom de l'éditeur pour les ouvrages anonymes ou pseudonymes, sauf la production d'un certificat spécial si la loi de l'Etat où l'on

demande protection l'exige (art. 11). La déclaration du 4 mai 1896 a substitué à cette disposition la suivante : « Aux termes de l'art. 2, al. 2 de la convention, la protection assurée par les actes précités (Convention du 9 sept. 1886, et acte additionnel du 4 mai 1896) dépend uniquement de l'accomplissement, dans le pays d'origine de l'œuvre, des conditions et formalités qui peuvent être exigées par la loi de ce pays. Il en sera de même pour la protection des œuvres photographiques mentionnées dans le n. 1, lettre B, du protocole de clôture modifié ».

Cette disposition nouvelle a pour objet de montrer que les formalités prescrites par la loi du lieu d'*importation* de l'œuvre ne sont pas exigées, contrairement à ce que décidait la jurisprudence anglaise. La déclaration de 1896 précise encore la portée des mots *œuvre publiée* en édictant ce qui suit : « Par œuvres publiées, il faut entendre les œuvres éditées dans l'un des États de l'Union. En conséquence, la représentation d'une œuvre dramatique ou dramatico-musicale, l'exécution d'une œuvre musicale, l'exposition d'une œuvre d'art, ne constituent pas une publication dans le sens des actes précités » (1).

4° *Etendue de la protection*. Sa durée est fixée par la loi du pays d'origine de l'œuvre, sans pouvoir dépasser celle qui est fixée par la loi locale, conformément au principe établi ci-dessus (art. 2, al. 2, v. n. 68).

[La Convention de Berne révisée déclare, dans son article 7, que « la durée de la protection accordée par la présente Convention comprend la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort. Toutefois, dans le cas où cette durée ne serait pas uniformément adoptée dans tous les pays de l'Union, elle sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée et elle ne pourra excéder la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre. Les pays contractants ne seront, en conséquence, tenus d'appliquer la disposition de l'alinéa précédent que dans la mesure où elle se concilie avec leur droit interne. Pour les œuvres photographiques et les œuvres obtenues par un procédé analogue à la photographie, pour les œuvres posthumes, pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, la durée de la protection est réglée par la loi du pays où

(1) [Cpr. Paris (7e ch.), 5 août 1908, J. C., 1909, p. 167. — La Convention de 1908 a précisé et simplifié les conditions de la protection (art. 4, al. 2, 3, 4; art. 15 précités), tout en étendant cette protection aux œuvres d'architecture (art. 2, al. 1; art. 4, al. 3 *in fine*).]

la protection est réclamée, sans que cette durée puisse excéder la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre ».]

Chaque pays reste maître de régler à sa guise les cas de contrefaçon, d'en fixer la sanction et de déterminer la procédure et la compétence en pareille matière. Chaque Etat est maître aussi d'interdire toutes sortes de publications en s'inspirant souverainement des raisons d'ordre public. Certains points sont cependant spécialement prévus.

Pour la traduction, chaque auteur n'est protégé que pendant dix ans qui courent de la fin de l'année où l'ouvrage a été publié, d'après les art. 5 et 6 de la convention de Berne. On a toujours réclamé l'assimilation de la traduction non autorisée à une contrefaçon ordinaire, et demandé qu'elle fût interdite aussi longtemps que dure le droit d'auteur lui-même. Mais cette manière de voir si juste n'a été consacrée que par peu de traités, et l'acte additionnel de 1896 a simplement introduit l'amélioration suivante : « Les auteurs protégés jouissent, dans tous les Etats de l'Union, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres pendant la durée du droit sur l'œuvre originale. Toutefois le droit exclusif de traduction cessera d'exister lorsque l'auteur n'en aura pas fait usage dans un délai de dix ans à partir de la première publication de l'œuvre originale, en publiant ou en faisant publier, dans un des pays de l'Union, une traduction dans la langue pour laquelle la protection sera réclamée ».

[La Convention de 1908 protège la traduction au même titre et aussi longtemps que l'œuvre originale. L'art. 2, al 2, déclare que : « sont protégés comme des ouvrages originaux, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres reproductions transformées d'une œuvre littéraire ou artistique, ainsi que les recueils de différentes œuvres ».]

Sont traitées comme contrefaçons les représentations publiques non autorisées d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, publiées ou non, en langue originale ou en traduction ; l'exécution publique des œuvres musicales, publiées ou non, *quand l'auteur a déclaré qu'il en interdit l'exécution publique* (art. 9). Mais la fabrication ou la vente d'instruments mécaniques destinés à reproduire des airs de musique ne sont pas considérées comme des contrefaçons (Protocole, n. 3) (1). Sont assimilées à des contrefa-

(1) Cpr. J. C., 1892, p. 384, note.

çons aussi les approximations non autorisées d'ouvrages littéraires ou artistiques, connues sous le nom *d'imitations de bonne foi, d'adaptations, d'arrangements de musique,* toutes les fois qu'elles n'ont pas le caractère d'une œuvre originale (art. 10), ainsi que la transformation d'un roman en pièce de théâtre, ou réciproquement (déclaration du 4 mai 1896).

[La Convention de 1908 ne subordonne plus la prohibition de la représentation ou l'exécution publique des œuvres dramatiques, dramatico-musicales ou musicales sans autorisation de leurs auteurs à une interdiction formelle de leur part. « Les stipulations de la présente Convention s'appliquent, porte l'art. 11, à la représentation publique des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales et à l'exécution publique des œuvres musicales, que ces œuvres soient publiées ou non. Les auteurs d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales sont, pendant la durée de leur droit sur l'œuvre originale, protégés contre la représentation publique de la traduction de leurs ouvrages. Pour jouir de la protection du présent article, les auteurs, en publiant leurs œuvres, ne sont pas tenus d'en interdire la représentation ou l'exécution publique ». L'art. 12 précise la notion d'*appropriation indirecte* d'un ouvrage littéraire ou artistique, qui, si elle n'est pas autorisée, constitue une reproduction illicite. « Sont spécialement comprises parmi les reproductions illicites auxquelles s'applique la présente convention, les appropriations indirectes non autorisées d'un ouvrage littéraire ou artistique, telles que adaptations, arrangements de musique, transformations d'un roman, d'une nouvelle ou d'une poésie en pièce de théâtre et réciproquement, etc., lorsqu'elles ne sont que la reproduction de cet ouvrage, dans la même forme ou sous une autre forme, avec des changements, additions ou retranchements non essentiels, et sans présenter le caractère d'une nouvelle œuvre originale ». Le développement des représentations cinématographiques a nécessité des mesures de protection en faveur des auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques. L'art. 14 indique les conditions et la mesure de cette protection : « Les auteurs d'œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser la reproduction et la représentation publique de leurs œuvres par la cinématographie ». Nous avons constaté ci-dessus que les productions cinématographiques originales sont elles-mêmes protégées comme œuvres littéraires ou artistiques. Ainsi le décide l'art. 14, al. 2 : « Sont protégées comme œuvres littéraires et artistiques les productions cinématographiques, lorsque

par les dispositions de lamise en scène ou les combinaisons des incidents représentés, l'auteur aura donné à l'œuvre un caractère original ». La reproduction par la cinématographie d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique est protégée comme une traduction (art. 2, al. 2), et comme la représentation publique de la traduction d'une œuvre musicale ou dramatico-musicale (art. 11, al. 2). L'art. 14, al. 3, statue en ces termes : « Sans préjudice des droits de l'auteur de leur œuvre originale, la reproduction par la cinématographie d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique est protégée comme une œuvre originale ». Les trois dispositions de l'art. 14 « s'appliquent à la production ou à la reproduction ou production obtenue par tout autre procédé analogue à la cinématographie (art. 14, al. 4) ». La convention de Berne primitive ne considérait pas comme une contrefaçon la fabrication ou la vente d'instruments destinés à reproduire des airs de musique (Protocole, n. 3). Mais la multiplication et le perfectionnement des instruments de reproduction mécanique font courir, depuis quelques années, aux auteurs d'œuvres musicales des dangers si caractérisés et si fréquents que la convention de Berne révisée en 1908 a dû intervenir à l'effet de protéger ces auteurs. De là, l'art. 13 : « Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser : 1° l'adaptation de ces œuvres à des instruments servant à les reproduire mécaniquement; 2° l'exécution publique de ces mêmes œuvres au moyen de ces instruments ». Toutefois, ici encore, comme pour les œuvres d'art appliqué à l'industrie (art. 2, al. 4), la convention révisée n'accorde cette protection que dans la mesure où elle est établie par la législation intérieure de chaque pays. « Des réserves, ajoute l'art. 13, al. 2, et conditions relatives à l'application de cet article pourront être déterminées par la législation intérieure de chaque pays en ce qui le concerne; mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies ». La convention réserve, d'ailleurs, les adaptations définies dans l'art. 13, al. 1er, qui auraient été faites licitement dans un pays de l'Union avant sa mise en vigueur. « La disposition de l'alinéa 1er n'a pas d'effet rétroactif, déclare l'art. 13, al. 3, et par suite, n'est pas applicable, dans un pays de l'Union, aux œuvres qui, dans ce pays, auront été adaptées licitement aux instruments mécaniques avant la mise en vigueur de la présente convention ». Enfin, en cette matière, l'art. 13, al. 4, dispose que : « Les adaptations faites en vertu des alinéas 2 et 3 du présent article et importées sans autorisation des

parties intéressés, dans un pays où elles ne seraient pas licites, pourront y être saisies »].

Pour les recueils d'extraits ou morceaux choisis, les chrestomathies destinées à l'enseignement, chaque pays de l'Union suit ses lois ou ses traités particuliers (art. 8). On exige souvent que ces recueils soient appropriés à l'enseignement et, parfois, qu'ils soient accompagnés de notes explicatives ou de traductions, soit marginales, soit interlinéaires, dans la langue du pays où on les publie (Espagne, art. 4, al. 3; Russie, art. 2; Suisse, art. 2 et 17; San-Salvador, art. 7; Allemagne, art. 4). Quelquefois la France a autorisé la publication de ces recueils d'extraits d'ouvrages français à l'étranger, sans stipuler la réciprocité pour la publication, en France, des recueils d'extraits d'ouvrages étrangers (Belgique, art. 2); on a sans doute pensé que notre pays userait rarement d'une pareille faveur, ce qui est peut-être un peu présomptueux pour notre littérature.

[La Convention de Berne revisée n'a rien innové à cet égard : l'art. 10 se borne à dire : « En ce qui concerne la faculté de faire licitement des emprunts à des œuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique, ou pour des chrestomathies, est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux ».]

L'article 12 de la convention de Berne permet de saisir les contrefaçons *à l'importation :* pour éviter toute équivoque et assurer une protection plus efficace, l'acte additionnel de 1896 autorise la saisie, d'une manière générale, partout où l'œuvre originale a droit à la protection légale.

[La Convention de Berne révisée dispose, dans son art. 16, que « toute œuvre contrefaite peut être saisie par les autorités compétentes des pays de l'Union où l'œuvre originale a droit à la protection légale. Dans ces pays, la saisie peut aussi s'appliquer aux reproductions provenant d'un pays où l'œuvre n'est pas protégée ou a cessé de l'être. La saisie a lieu conformément à la législation intérieure de chaque pays ». Spécialement, comme nous l'avons constaté, l'art. 13, al. 4, décide que : « les adaptations faites en vertu des alinéas 2 et 3 du présent article et importées, sans autorisation des parties intéressées, dans un pays où elles ne seraient pas licites, pourront être saisies ». L'art. 16 est plus large que cette règle spéciale aux adaptations d'œuvres musicales à des instruments servant à les reproduire mécaniquement, qui ne

sont protégées que sous les réserves et conditions établies par la législation intérieure de chaque pays (art. 13, al. 2).]

En ce qui concerne son application aux œuvres déjà publiées, la convention de Berne, art. 14, dispose que « sous les réserves et conditions à régler d'un commun accord, elle s'appliquera à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine ». Cette question a été précisée ainsi qu'il suit par l'acte additionnel de 1896 :

« L'application de la convention de Berne et du présent acte additionnel aux œuvres non tombées dans le domaine public dans leur pays d'origine au moment de la mise en vigueur de ces actes, aura lieu suivant les stipulations y relatives contenues dans les conventions spéciales existantes ou à conclure à cet effet. A défaut de semblables stipulations entre pays de l'Union, les pays respectifs règleront, chacun pour ce qui le concerne, par la législation intérieure, les modalités relatives à l'application du principe contenu dans l'art. 14. Les stipulations de l'art. 14 de la convention de Berne et du présent numéro du protocole de clôture, s'appliquent également au droit exclusif de traduction tel qu'il est assuré par le présent acte additionnel. Les dispositions transitoires mentionnées ci-dessus sont applicables au cas de nouvelle accession à l'Union » (V. aussi protocole de clôture de la convention de Berne, n. 4).

[La Convention du 13 novembre 1908 déclare, dans son art. 18, que « la présente convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection. Cependant, si une œuvre, par l'expiration de la durée de protection qui lui était antérieurement reconnue, est tombée dans le domaine public du pays où la protection est réclamée, cette œuvre n'y sera pas protégée à nouveau. L'application de ce principe aura lieu suivant les stipulations contenues dans les conventions spéciales existantes ou à conclure à cet effet entre pays de l'Union. A défaut de semblables stipulations, les pays respectifs règleront, chacun pour ce qui le concerne, les modalités relatives à cette application. Les dispositions qui précèdent s'appliquent également en cas de nouvelles accessions à l'Union et dans le cas où la durée de la protection serait étendue par application de l'article 7 ».]

[La Convention de 1908 a tenu à marquer que ses dispositions

n'empêchent pas de revendiquer l'application de dispositions plu larges qui seraient édictées par la législation d'un pays de l'Unio en faveur des étrangers en général (art. 19). Les gouvernement des pays de l'Union se sont aussi réservé le droit de prendre entr eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangement conféreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accor dés par l'Union, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations no contraires à la présente convention. Les dispositions des arrange ments existants qui répondent aux conditions précitées resten applicables (art. 20). Prévoyant de nouvelles accessions, la Con vention de 1908 les autorise de la part d'Etats étrangers à l'Unio et qui assurent la protection des droits faisant l'objet de cett convention. Cette accession, notifiée par écrit au gouvernemen de la Confédération suisse et par celui-ci à tous les autres, empor tera, de plein droit, adhésion à toutes les clauses et admission à tous les avantages de la convention. Toutefois, elle pourra conte nir l'indication des dispositions de la convention du 9 septembre 1886 ou de l'acte additionnel du 4 mai 1896 que ces Etats juge raient nécessaire de substituer, provisoirement au moins, aux dispositions de la convention du 13 novembre 1908 (art. 25). Quant à leurs colonies ou possessions étrangères, les pays con tractants ont le droit d'accéder en tout temps à la convention, soit par une déclaration générale comprenant l'accession de tou tes leurs colonies ou possessions, soit par une déclaration dési gnant celles qui sont comprises dans l'accession, soit par l'indica tion de celles qui en sont exclues (art. 26).]

Un bureau international, entretenu à frais communs par les Etats de l'Union, est chargé de centraliser tous les renseignements relatifs à la propriété littéraire et artistique et de signaler toutes les réformes que l'on peut introduire dans le traité actuel (art 16 à 20 et Protocole, n. 5). Ce bureau, qui siège à Berne, publie, depuis le 1er janvier 1888, un périodique rédigé en français et qui est intitulé : *Le droit d'auteur*. — [La Convention de 1908 a maintenu cet Office international intitulé *Bureau de l'Union internationale* pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, qui est placé sous la haute autorité du gouvernement de la Confédération suisse, et dont la langue officielle est la langue française (art. 21). Ce bureau centralise les renseignements de toute nature relatifs à la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires ou artistiques. Il les coordonne et les publie. Il procède aux études d'utilité commune intéressant l'Union et rédige, à

l'aide des documents qui sont mis à sa disposition par les administrations, une feuille périodique, en langue française, sur les questions concernant l'objet de l'Union. Les gouvernements des pays de l'Union se réservent d'autoriser, d'un commun accord, le Bureau, à publier une édition dans une ou plusieurs langues, pour le cas où l'expérience en aurait démontré le besoin. Le Bureau international doit se tenir en tout temps à la disposition des membres de l'Union pour leur fournir, sur les questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques, les renseignements spéciaux dont ils pourraient avoir besoin (art. 22). Les dépenses de ce Bureau qui, jusqu'à sa nouvelle décision, ne pourront dépasser la somme de soixante mille francs, seront supportés à frais communs par les pays contractants dans des proportions déterminées (art. 23).]

[Nous avons dû indiquer à la fois les dispositions de la Convention de Berne de 1886 et celles de la Convention de Berne révisée en 1908, car, d'une part, la convention de 1908 n'est pas ratifiée, et les Etats contractants ont jusqu'au 1er juillet 1910 pour échanger à Berlin leurs ratifications (art. 28), la Convention devant entrer en vigueur trois mois après cet échange; et d'autre part, la Convention de 1908, destinée à remplacer alors la convention de Berne du 9 septembre 1886, y compris l'Acte additionnel et le Protocole de clôture du même jour, ainsi que l'Acte additionnel et la Déclaration interprétative du 4 mai 1896, pourra être ratifiée partiellement, les Etats signataires ayant la faculté de déclarer, lors de l'échange des ratifications, qu'ils entendent, sur tel ou tel point, rester encore liés par les dispositions des conventions auxquelles ils ont souscrit antérieurement (art. 27). Donc, jusqu'au 1er juillet 1910 et trois mois au delà, la Convention de 1908 ne sera pas mise à exécution. Les actes conventionnels de 1886 et de 1896 resteront en vigueur jusqu'à ce moment. Même alors ils resteront en vigueur dans les rapports avec les Etats qui ne ratifieraient pas la Convention de 1908. De plus et enfin, les Etats signataires de cette convention pourront, lors de l'échange des ratifications, déclarer qu'ils entendent, sur tel ou tel point, rester encore liés par leurs conventions antérieures.]

§ II. *Propriété industrielle et commerciale.*

73. L'esprit général de notre législation est de protéger spécialement l'industrie et le commerce de notre pays, sans considérer

la nationalité de l'industriel ou du commerçant (v. art. 418 C. P.) la nationalité du commerce ou de l'industrie s'apprécie d'ailleurs d'après le pays où se fait l'exploitation.

Il y a lieu de distinguer, en cette matière, comme pour la propriété littéraire et artistique, le droit commun applicable aux étrangers et la condition particulière qui leur est faite, à ce point de vue, par les traités.

I. Droit commun des étrangers.

74. La propriété industrielle et commerciale se présente sous quatre formes : les brevets d'invention, les marques de fabrique, le nom commercial, les dessins et modèles de fabrique (1).

75. A. **Brevets d'invention.** — En France, la concession des brevets d'invention est actuellement réglementée par la loi du 5 juillet 1844, dont le titre III (art. 27 à 29) détermine le droit des inventeurs étrangers. Il faut, en ce qui concerne ces derniers, distinguer deux hypothèses :

1° L'inventeur étranger peut prendre directement un brevet en France, sous la seule condition de se conformer aux dispositions de la loi de 1844 qui s'imposent aux Français eux-mêmes (art. 27 et 28). Aucune condition particulière n'étant exigée pour que l'inventeur étranger soit breveté en France, il en résulte qu'il n'a pas besoin d'établir qu'il y a réciprocité diplomatique ou législative entre son pays et le nôtre pour la concession des brevets. L'inventeur étranger n'est pas obligé non plus de résider en France; il doit seulement, comme tout breveté, aux termes de l'art. 32, n. 2, de la loi de 1844 (texte maintenu par la loi du 7 avril 1902), exploiter son invention ou sa découverte en France, dans les deux ans à compter du jour de la signature de son brevet. L'étranger peut d'ailleurs ne pas exploiter lui-même son invention dans notre pays; l'exploitation par mandataire sera suffisante, pourvu qu'elle soit sérieuse. Il peut aussi céder son droit (art. 20 et suiv., loi de 1844); en pareil cas, l'obligation d'exploiter dans les deux ans depuis la signature du brevet et de ne pas interrompre l'exploitation pendant plus de deux ans incombe au cessionnaire. Toutefois, le breveté étranger qui veut faire saisir des produits contrefaits doit toujours fournir un cautionnement (loi de

(1) Les lois des 7 avril et 11 mars 1902 sur les brevets d'invention et les dessins et modèles de fabrique n'ont pas d'influence sur la condition des étrangers. [V. *Annuaire de Législation française*, t. XXII, 1903, p. 121 et p. 90.]

1844, art. 47). On décide généralement que ce cautionnement se cumule avec la caution *judicatum solvi* (1).

[Outre cette inégalité juridique, il existe en *fait*, malgré l'égalité théorique établie entre l'inventeur étranger et l'inventeur national par l'article 27 de la loi de 1844, quelques différences de condition entre le Français et l'étranger brevetés en France : différences qui sont précisées et développées ci-dessous et dont il importe de donner dès à présent un aperçu d'ensemble. En *fait*, deux restrictions concernent les brevets d'*importation* improprement dits, c'est-à-dire ceux qui garantissent en France une invention déjà brevetée en pays étranger : difficulté d'obtenir un brevet français pour une invention déjà brevetée à l'étranger ; solidarité de la durée du brevet français et de celle du brevet étranger ; une troisième restriction résulte de la déchéance qui frappe le brevet pour défaut d'exploitation sur notre territoire dans le délai de deux ans, restriction de fait que certaines lois étrangères ont fait apparaître comme insuffisante et qu'il est question d'aggraver et même de convertir en une restriction juridique ne pouvant être écartée que par une convention diplomatique (Projet de loi relatif à l'obligation d'exploiter les brevets et les dessins ou modèles, Chambre des députés, session de 1909, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 janvier 1909) ; la quatrième, enfin, est relative à la déchéance encourue pour introduction en France d'objets similaires à ceux que le brevet garantit (Weiss, *Traité*, t. II, p. 310).]

L'exploitation peut avoir lieu en France ou dans nos colonies, et les tribunaux apprécient souverainement, comme question de fait, le point de savoir si cette exploitation est sérieuse. A l'occasion des Expositions internationales, des lois spéciales admettent comme équivalent de l'exploitation effective l'exposition des objets (V. lois des 8 avril 1878, 5 juillet 1881, 30 octobre 1888, 30 décembre 1899, art. 3) (2).

(1) J. C., 1895, p. 340 et note p. 343; Cass., 8 mai 1895, J. C., 1895, p. 801 ; [Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 5e édit., par A. Taillefer et Ch. Claro, 1909, n. 939; Allart, *Brevets d'invention*, t. III, n. 518; Huard, *Propriété industrielle*, n. 320; Dufourmantelle, *Brevets d'invention*, p. 156; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. I, n. 347 *bis* ; Vincent et Penaud, *Dictionn. de dr. int. privé*, vo *Propriété industrielle*, n. 323; Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 309.]

(2) La loi du 23 mai 1868 protège d'une manière générale les inventions et dessins de fabrique présentés aux expositions françaises, en dehors de l'observation des conditions légales pour l'obtention du brevet ou pour le dépôt. [Après les lois rendues à l'occasion des Expositions universelles de 1889 et de 1900, la loi du

[L'obligation d'exploiter son brevet en France dans le délai de deux ans et de ne pas interrompre plus de deux ans son exploitation sous peine de déchéance (art. 32-2°, loi de 1844, reproduit par la loi du 7 avril 1902) n'est pas bien rigoureuse, à vrai dire, puisque les tribunaux peuvent, dans l'un et l'autre cas, écarter la déchéance, si le breveté justifie des causes de son inaction, et qu'ils apprécient souverainement le caractère sérieux de l'exploitation, la loi n'indiquant pas quel devra être le caractère de l'exploitation et ne stipulant pas que le breveté devra exploiter son procédé d'une manière suffisante sur le territoire français. Et nos tribunaux se sont montrés d'une extrême largeur : d'une part, ils ont admis comme suffisantes des excuses tirées du dénuement de l'inventeur, de la cherté des matières premières, des événements politiques, des agissements d'un contrefacteur (1); d'autre part, ils ont jugé qu'il y a exploitation en France lorsque le breveté a accordé une licence de fabrication à un industriel établi en France et que celui-ci s'y est livré à la fabrication des objets brevetés (2)].

[Malgré cette mansuétude de notre jurisprudence, il n'en demeure pas moins que la nécessité légale d'exploiter en France, peu gênante pour l'inventeur français, le sera souvent en fait pour l'étranger n'ayant en France ni relations ni manufacture. Aussi le Congrès de la propriété industrielle de 1889, se séparant sur ce point de celui de 1878, s'est prononcé pour la suppression de l'obligation d'exploiter dans le pays où le brevet a été pris. Mais, voici que des lois étrangères sont survenues depuis peu ou vont être promulguées, qui ont pour but d'introduire dans la législation sur les brevets des prescriptions coercitives concernant l'obligation d'exploiter. « Une loi récente, dit l'*Exposé des motifs* du projet de loi déposé à la Chambre des députés le 14 janvier

13 avril 1908 s'est proposé d'assurer la protection temporaire de la propriété industrielle, soit dans les expositions internationales étrangères officielles ou officiellement reconnues, soit dans les expositions ouvertes en France ou dans les colonies avec l'autorisation ou avec le patronage de l'administration. Des règles analogues se trouvent dans des lois étrangères récentes. Weiss, *Traité*, t. II, p. 313, note 1.]

(1) [Cass., 23 novembre 1859, S., 61. 1. 179; 26 juillet 1889, S., 89. 1. 400; Trib. corr. Seine, 11 janvier 1859, Huard et Pellelier, p. 507, n. 34; Trib. corr. Seine, 11 mai 1859, *ibid.*, p. 507, n. 33; Trib. civ. Seine, 10 juin 1858, *ibid.*, p. 507, n. 32; Trib. corr. Seine, 11 février 1859, *ibid.*, p. 506, n. 31; Nancy, 7 mars 1889, J. C., 1889, p. 806; Surville et Arthuys, *Droit int. privé*, 4e éd., p. 155, note 1; Weiss, *Traité*, t. II, p. 330, note 15.]

(2) [Paris, 11 avril 1892, J. C., 1892, p. 889.]

1909, dispose notamment que chacun peut, en tout temps, après qu'il se sera écoulé quatre ans depuis la date d'un brevet, adresser une demande en révocation de ce brevet, basée sur le fait que l'article ou le procédé breveté est exclusivement, ou presque exclusivement, ou principalement fabriqué ou exploité hors du pays. Cette loi donne à l'administration compétente le droit de prononcer la révocation, soit immédiatement, soit après un certain délai, à moins qu'il ne soit prouvé que ledit article est produit ou fabriqué ou exploité dans le pays, dans une mesure suffisante » (1). Il résulte de là, constate le même document, que les industriels français qui ont pris ou prendront des brevets dans les pays auxquels il vient d'être fait allusion devront y installer des fabriques ou des usines en vue d'une consommation adéquate aux besoins de la consommation de ces pays, alors que des étrangers qui ont pris ou qui prendront des brevets en France continueront à bénéficier des dispositions peu rigoureuses de la loi ou de la jurisprudence françaises qui n'exigent du breveté qu'une exploitation sérieuse et effective, c'est-à-dire non simulée. « Si les choses devaient rester en l'état, ajoute l'*Exposé des motifs* précité, il en résulterait pour notre pays une situation d'infériorité contre laquelle l'industrie française a déjà vivement protesté. Des mesures sont réclamées des pouvoirs publics afin d'assurer à notre industrie nationale une protection plus efficace de la main-d'œuvre française. Il importe, en effet, que les brevets des autres pays ne soient protégés, en France, que dans la mesure où les nôtres le sont à l'étranger. C'est une règle de réciprocité qui s'impose. Il est donc urgent d'introduire dans notre loi sur les brevets des dispositions correspondant à celles qui existent ou qui existeront

(1) [La loi étrangère à laquelle fait allusion l'*Exposé des motifs* n'est autre que la loi anglaise de 1907 (*Patent and Design Act*), qui est entrée en vigueur le 28 août 1908. Toute personne peut demander la révocation d'un brevet, si l'objet breveté est fabriqué exclusivement ou principalement en dehors du Royaume-Uni. L'idée est nettement protectionniste : la nouvelle loi britannique veut amener les industriels qui désirent vendre en Angleterre des objets brevetés à y créer des établissements pour fabriquer en Angleterre même ces objets. V. le *Monde économique*, 1908, 2e semestre, p. 361 et p. 458; *Revue économique de Bordeaux*, 1908, p. 201, Chronique des faits économiques, par M. Sauvaire-Jourdan. — De plus, la loi anglaise du 1er janvier 1908 oblige les propriétaires de brevets déjà délivrés à exploiter leurs inventions dans le délai maximum de douze mois. Les brevets futurs devront être exploités dans les quatre ans qui suivront leur délivrance aux intéressés. Déjà nombre de grandes maisons allemandes ont créé des succursales dans le Royaume-Uni (le *Monde économique*, 18 avril 1908, p. 489)].

demain dans certaines législations étrangères ». En conséquence, le projet de loi du 14 janvier 1909 propose le remaniement de l'art. 32-2° de la loi du 5 juillet 1844 et saisit l'occasion de mettre ce texte en harmonie avec l'acte additionnel du 14 décembre 1900 qui a modifié la convention internationale du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, conformément aux lois des 15 avril 1902 et 1er juillet 1906. De plus, il paraît nécessaire de modifier l'art. 37 de la loi du 5 juillet 1844 pour permettre au ministère public de se pourvoir directement par action principale pour faire prononcer la déchéance dans les cas prévus par le nouvel article 32-2°. Enfin — si nous laissons de côté pour le moment ce qui a trait aux dessins ou modèles de fabrique — le projet de loi déclare explicitement qu'il pourra être dérogé aux prescriptions nouvelles par des conventions diplomatiques avec les pays étrangers, lesquelles spécifieront les diverses modalités nécessaires pour assurer une stricte réciprocité entre les ressortissants des Etats contractants. C'est ce que dispose l'art. 3 du projet, dont voici l'art. 1er : « Les articles 32 et 37 de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention sont modifiés ainsi qu'il suit. Art. 32. Sera déchu de tous ses droits : 1°... 2° *a*) le breveté qui n'aura pas mis en exploitation sa découverte ou invention en France ou dans les colonies françaises dans le délai de trois ans à dater du jour du dépôt de sa demande ou qui aura cessé de l'exploiter pendant trois années consécutives, à moins que, dans l'un ou l'autre cas, il ne justifie des causes de son inaction; *b*) le breveté qui aura exploité presque exclusivement ou principalement son invention hors du territoire de la République, ou qui, après un délai imparti par le tribunal saisi de l'action en déchéance, n'aura pas justifié que son invention a été exploitée en France ou dans les colonies françaises dans une mesure suffisante. Ces dispositions sont applicables aux brevets en cours. Art. 37, § 2. Il (le ministère public) pourra même se pourvoir directement par action principale pour faire prononcer la nullité, dans les cas prévus aux n. 2°, 4° et 5° de l'art. 30, ou la déchéance dans le cas prévu au n. 2° et l'art. 32 » (1)].

(1) [Chambre des députés, session de 1909, n. 2234, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 janvier 1909, projet de loi relatif à l'obligation d'exploiter les brevets et les dessins ou modèles, présenté par M. J. Cruppi, ministre du commerce et de l'industrie, p. 4 et 5. — Un autre projet de loi sur les brevets d'invention, qui n'offre rien de spécial aux étrangers, a été signé par le Président de la République le 16 février 1909 (*Gaz. des Trib.*, 17 février 1909)].

Comme corollaire de l'obligation d'exploiter sa découverte en France, l'inventeur ne peut introduire dans notre pays aucun objet fabriqué à l'étranger, sous peine d'être déchu du droit résultant de son brevet (loi du 5 juillet 1844, art. 32-3°). Cependant, la loi du 31 mai 1856 permet au ministre du commerce d'autoriser l'introduction : 1° des modèles de machines; 2° des objets fabriqués à l'étranger et destinés à des expositions publiques ou à des essais faits avec l'assentiment du gouvernement. [Ce tempérament a été maintenu par la loi du 7 avril 1902.]

Cette défense d'importer des objets fabriqués à l'étranger est souvent fort dure, car elle oblige le breveté à fonder en France un établissement de nature à satisfaire toute la consommation dans ce pays, avant de savoir quel y sera le succès de sa découverte. Aussi le Congrès international de la pr priété industrielle, tenu à Paris en 1878, a-t-il demandé sa suppression ; elle ne figure pas, du reste, dans le traité général d'union du 20 mars 1883 (V. *infra*).

Il faut remarquer que la jurisprudence atténue la rigueur de l'art. 32 de la loi de 1844, en décidant qu'il n'y a pas déchéance du brevet quand l'introduction des objets fabriqués à l'étranger n'est pas faite dans un but de spéculation (1). Enfin on est d'accord pour décider que, si l'introduction en entrepôt en France d'objets fabriqués à l'étranger entraîne la déchéance du brevet, il n'en est pas de même de l'introduction en transit.

[Malgré ces atténuations, cette disposition qui défend à l'inventeur breveté, à peine de déchéance, d'introduire sur le territoire français des objets fabriqués en pays étranger et semblables à ceux que son brevet garantit (loi de 1844, art. 32-3° ; loi du 7 avril 1902) a été vivement critiquée. Elle oblige, en effet, le breveté à fonder dès le début, sur notre territoire, des établissements industriels assez considérables pour suffire aux besoins de la consommation, avant qu'il ait pu se rendre compte, par l'introduction préalable d'objets semblables fabriqués à l'étranger, du succès qui attend sa découverte en France et des bénéfices que l'exploitation pourra lui procurer. D'autre part, l'industrie française, le travail national ne sont-ils pas suffisamment protégés par la nécessité d'exploiter en France dans les deux ans qui est imposée à l'inventeur? Mais, depuis l'année 1899, date à laquelle le Congrès de la propriété industrielle a réclamé l'abrogation de cette

(1) Paris, 8 juin 1855, S., 55. 2. 580. — *Contra :* Lyon-Caen, J. C., 1878, p. 17, note. — Cass., 17 avril 1886, S., 87. 1. 492.

disposition, qui a disparu des rapports de la France avec les puissances signataires de la convention d'union industrielle internationale du 20 mars 1883, la réaction protectionniste s'est accentuée dans un certain nombre de pays d'Europe et a suscité en France, à titre de mesure de rétorsion, le projet de loi du 14 janvier 1909 dont nous avons donné le texte et les raisons.]

2° L'inventeur, déjà breveté en pays étranger, peut prendre en France un nouveau brevet. La loi du 7 janvier 1791 autorisait le premier importateur d'une invention ou découverte, faite en pays étranger, à s'en assurer l'exploitation exclusive en prenant un brevet. Les brevets dits d'*importation*, que l'on concédait en pareil cas, n'étaient qu'un encouragement au plagiat des inventions et découvertes des industriels étrangers, et une véritable prime donnée aux personnes qui voulaient exploiter des procédés dont elles n'étaient pas les auteurs. Aujourd'hui cette iniquité a disparu de notre législation : l'art. 31 de la loi de 1844 déclare, en effet, non susceptible d'être brevetée une invention déjà *publiée* en pays étranger.

Mais le brevet ne confère à l'inventeur un droit exclusif d'exploitation de sa découverte que dans le pays où il a été accordé; aussi, le Français ou l'étranger, breveté en pays étranger, doit-il, pour obtenir en France la protection de son droit, y solliciter et obtenir un nouveau brevet (art. 29, loi de 1844), que l'on appelle parfois brevet d'importation improprement dit (1).

Comme la loi de 1844, art. 31, n'autorise pas les brevets des inventions déjà suffisamment publiées en pays étrangers pour qu'on ait pu les y exploiter, l'inventeur, breveté dans un autre pays, ne pourra pas obtenir un nouveau brevet en France, si son invention est déjà connue, soit par des indiscrétions, soit même par la publicité résultant des formalités de procédure exigées par la loi étrangère pour l'obtention du brevet. Cette solution, aujourd'hui acceptée par la plupart des auteurs et par la jurisprudence, est commandée par les termes généraux de l'art. 31 de la loi de 1844 et par les déclarations qui furent faites par le rapporteur de la loi, M. Ph. Dupin. Les tribunaux ont d'ailleurs un pouvoir discrétionnaire pour juger, en fait, si les formalités prescrites par la loi étrangère pour l'obtention du brevet ont eu pour conséquence de porter l'invention à la connaissance du public (2). Aussi,

(1) [Weiss, *Traité*, II, p. 311.]

(2) V. *Questions pratiques*, J. C., 1878, p. 110; Cass., 9 mars 1883, S., 83. 1. 281; 20 déc. 1886, S., 87. 1. 148.

vu la facilité actuelle des relations internationales, il sera prudent de prendre simultanément un brevet en pays étranger et en France, afin d'éviter que l'invention brevetée à l'étranger ne soit déjà connue en France quand on voudra y solliciter un brevet. Pour atténuer les conséquences de cette règle, souvent d'une rigueur excessive, il suffirait d'accorder au breveté un délai assez court pour se faire breveter aussi en pays étranger, délai pendant lequel on ne pourrait lui objecter que son invention est tombée dans le domaine public (1).

Les deux brevets pris l'un à l'étranger, l'autre en France, sont solidaires; c'est-à-dire que l'extinction du premier entraîne nécessairement l'expiration du second (art. 29, loi de 1844). Le législateur n'a pas voulu ici, pas plus qu'en matière de propriété littéraire et artistique, protéger en France un droit établi par la loi étrangère et que cette dernière ne protègerait plus. D'autre part, on a pensé qu'il serait trop préjudiciable pour l'industrie française de monopoliser, au bénéfice de son auteur, une invention qui peut être exploitée par tout industriel en pays étranger. [C'est une nouvelle différence *de fait* entre la condition de l'inventeur étranger et celle de l'inventeur français.]

On a soutenu cependant que les deux brevets, l'un français et l'autre étranger, n'étaient solidaires qu'en un sens restreint : si la durée fixée pour le brevet étranger vient à expirer, on reconnaît que le brevet français prend fin; mais on n'admet pas que toute cause d'extinction du premier, par exemple le défaut de paiement des annuités dues par le breveté au fisc étranger, entraîne la cessation du brevet pris en France. On invoque le décret du 31 décembre 1791, qui avait toujours été interprété dans ce sens et dont le texte est reproduit dans l'art. 29 de la loi de 1844; on fait valoir aussi le texte de ce dernier article qui ne solidarise que la *durée* des deux brevets, ce qui semble bien ne viser que le temps pendant lequel ils sont concédés.

Mais la cour de cassation s'est prononcée pour l'interprétation

(1) J. C., 1882, p. 72, et traité d'union de 1883, art. 4; Congrès d'Anvers, Association pour la réforme et la codification du Droit des gens, J. C., 1877, p. 577; loi brésilienne du 14 oct. 1882, art. 2 § 3, J. C., 1883, p. 555; [loi suédoise du 16 mai 1884, art. 25, et ordonnance du 26 juin 1885; loi norvégienne du 16 juin 1885, art. 33; loi fédérale suisse du 22 juin 1888, art. 32; loi danoise du 13 avril 1894, art. 28. — Cpr. loi allemande du 7 avril 1891, art. 2; Huard, *Bulletin de la Société de législ. comp.*, 1892, p. 572; J. C., 1891, p. 627, note 3, pour les rapports de la France et de l'Allemagne; Weiss, *Traité*, II, p. 318; note 1.]

que nous avons donnée plus haut de l'art. 29 de la loi de 1844 (1). Ce texte est, en effet, conçu en termes très généraux et indique bien que le brevet français ne peut pas durer plus longtemps que le brevet étranger, sans distinguer d'ailleurs entre les diverses causes qui peuvent amener la fin de ce dernier. De plus, les motifs qui ont inspiré le législateur sont tout aussi puissants dans tous les cas qui font tomber l'effet du brevet étranger : il est toujours utile de ne plus maintenir en France le monopole d'une industrie au profit d'un particulier, quand cette industrie est dans le domaine public à l'étranger. On objecte, il est vrai, que les juges français devront connaître toutes les causes de déchéance édictées par les lois étrangères en matière de brevets d'invention : mais il suffit de répondre que la partie demandant la cessation du brevet en France devra justifier de son extinction en pays étranger, et la difficulté se réduira ainsi à une question de fait.

Il a même été jugé que le brevet français suit le sort du brevet étranger, les deux brevets seraient-ils pris par des personnes différentes (2).

La solidarité absolue des deux brevets ainsi comprise peut conduire à des résultats curieux. Si une invention est faite dans un pays où les brevets sont inconnus, par exemple en Hollande, elle ne peut être brevetée en France, puisque, dès le début, elle aura été dans le domaine public en pays étranger. Si un brevet est pris dans plusieurs pays, il faudra, pour en apprécier la durée en France, se régler d'après celle des lois étrangères qui fixe le délai le plus court. Telle est aussi la règle suivie aux Etats-Unis, tandis qu'en Italie et en Belgique on suit la loi étrangère qui fixe le délai le plus long. Enfin, si un individu a pris, pour une même invention, des brevets en France et à l'étranger, et s'il cède le premier, il dépend de lui de réduire à néant la cession qu'il a

(1) C. crim., 14 janv. 1864, S., 64. 1. 200, D. P., 64. 1. 146; Cass., 28 juin 1881, J. C., 1882, p. 101; [trib. Seine, 9 janv. 1889, *La Loi* du 8 février 1889; trib. civ. Lyon, 4 déc. 1891, J. C., 1891, p. 888; trib. Seine, 17 mai 1907, J. C., 1907, p. 1067; Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., n. 879, p. 669; E. Thaller, *Sur la dépendance ou l'indépendance des divers brevets pris pour une même invention dans divers Etats, R. D. I. P.,* 1908, p. 11. — *Adde* Clunet, *Tables générales,* III, v° *Brevet d'invention,* p. 245, et IV, v° *Propriété industrielle,* p. 470; décisions récentes sur la loi américaine en matière de brevets : Paris, 27 juillet 1904, J. C., 1904, p. 894; trib. civ. Seine, 17 mai 1907, J. C., 1907, p. 1067; Douai, 19 novembre 1907, J. C., 1908, p. 132; trib. civ. Seine (3e ch.), 16 juin 1908. J. C., 1909, p. 133.]

(2) Cass. crim., 17 mai 1872, J. C., 1874, p. 121.

faite en laissant tomber le brevet étranger (1). Ce sont ces diverses conséquences qui ont déterminé les congrès tenus à Paris en 1878 et en 1889 à se prononcer contre le principe de la solidarité des brevets, qui a été supprimé déjà dans certains pays : Espagne, loi du 30 juillet 1878, art. 12; [loi du 16 mai 1902, art. 47, qui déclare le brevet espagnol indépendant dans sa durée du brevet déjà obtenu par l'étranger pour la même invention : le brevet délivré en Espagne à une personne déjà brevetée au dehors prend toujours fin au bout de cinq ans, alors que les brevets ordinaires durent vingt ans]; Angleterre, loi du 25 août 1883. [Et l'Acte additionnel de Bruxelles de 1900 a donné satisfaction à ce vœu dans les rapports des Etats de l'Union en ajoutant un article *4 bis* à la convention du 20 mars 1883.]

Tout breveté peut céder son droit (loi de 1844, art. 20); mais l'acte de cession doit être authentique et enregistré à la préfecture du département où l'acte est passé. Nous pensons, quoi qu'on en ait dit, qu'il n'y a aucune raison pour déroger à la règle *Locus regit actum* en ce qui concerne la cession des brevets, et que la forme déterminée par la loi du pays où la cession est faite, même la forme sous seing-privé, peut être toujours employée (2).

L'enregistrement à la préfecture, au contraire, est prescrit dans l'intérêt des tiers et constitue une véritable règle d'ordre public : aussi la cession faite à l'étranger ne serait-elle pas opposable en France, si elle n'était pas enregistrée ainsi que le prescrit la loi de 1844 (3).

Notons enfin que les contestations relatives aux brevets d'in-

(1) [Toutefois on pourrait admettre que la perte du brevet français est subordonnée à l'extinction cumulative de *tous* les brevets étrangers qui l'ont précédé. Ainsi, la cour de Douai a jugé, le 13 novembre 1907, que le brevet français, qui a été précédé de brevets pris dans différents pays étrangers pour la même invention, ne peut encourir l'extinction prévue par l'art. 29 de la loi de 1844 qu'autant que tous les brevets pris antérieurement à l'étranger seraient tombés dans le domaine public, et non pas seulement le brevet originaire. J. C., 1908, p. 131, *R. D. I. P.*, 1908, p. 167. V. aussi Trib. civ. Seine, 17 mai 1907, *R. D. I. P.*, 1907, p. 726 et dans le même sens Thaller, *R. D. I. P.*, 1908, p. 5 et suiv.]

(2) Cpr. Paris, 28 janv. 1879, S., 81. 2. 55.

(3) J. C., 1879, p. 191 et 479. — [Le projet de loi sur brevets d'invention signé par le Président de la République le 16 février 1909 facilite la cession des brevets : plus d'obligation de payer par anticipation des annuités; plus de nécessité d'employer la forme du contrat authentique; d'autre part, le projet institue la transcription à l'*Office national de la propriété industrielle* de tous les actes portant mutation de la propriété ou de la jouissance des brevets. *Gaz. des Trib.*, 17 février 1909.]

vention, lorsqu'elles s'élèvent entre étrangers, sont de la compétence des tribunaux français, de l'avis de la jurisprudence elle-même : la concession d'un brevet est, en effet, un acte de la souveraineté française dont l'appréciation appartient uniquement aux tribunaux de notre pays (1). [Ce que chaque pays protège, ce n'est pas l'invention elle-même, mais l'*invention brevetée* suivant les règles que ses propres lois ont tracées. Tant qu'on n'aura pas établi l'unité législative en matière de brevets, le principe de la territorialité s'imposera. M. Kohler a formulé ce principe avec une remarquable précision dans un passage de son savant *Manuel du droit allemand des patentes* : « Chaque brevet est situé dans le pays dans lequel et pour lequel il est délivré; car c'est là et là seulement qu'il développe son action et sa force... Le brevet intérieur est donc situé à l'intérieur, le brevet étranger est situé à l'extérieur... Comme le brevet est situé à l'intérieur, le droit qui le concerne est exclusivement dominé par la législation de l'intérieur. Ce qui fait ressortir en droit international le principe que les rapports juridiques de tout brevet se traitent d'après le droit de l'Etat où il est délivré. Comme la propriété foncière, il suit sans changement le statut réel. Ainsi en est-il pour sa naissance et son extinction, pour le contenu du droit, pour sa transmission, et aussi pour la sphère de protection qui lui est accordée... De là, la règle : autant de ressorts territoriaux de brevet, autant de droits subjectifs multiples et différents » (2).]

76. B. **Marques de fabrique.** — Les marques de fabrique sont des signes extérieurs apposés sur des objets fabriqués ou manufacturés, et servant à attester que ces produits viennent de chez tel industriel. Les marques de fabrique sont actuellement réglementées par la loi du 23 juin 1857, modifiée par la loi du 3 mai 1890, dont les art. 5 et 6 déterminent le droit des étrangers en cette matière (3). Etudions successivement les conditions et l'étendue de la protection des marques de fabrique étrangères.

(1) Trib. Seine, 26 juillet 1879, J. C., 1880, p. 100.

(2) [Kohler, *Handbuch des deutschen Patentsrechts,* 2e édit., 1900, p. 23, cité par M. Thaller, *R. D. I. P.*, 1908, p. 13.; Cpr. Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 301.]

(3) Consult. Pouillet, *Des marques de fabrique et de la concurrence déloyale,* 5e édit., par A. Taillefer et Ch. Claro, 1906, p. 361 et suiv; V. Projet de loi sur les marques de fabrique et la raison de commerce, art. 19 à 23, *J. off.*, Sénat, 16 décembre 1887; Bozérian, *Droit des étrangers en France en matière de marques de fabrique,* J. C., 1890, p. 193; Pouillet, *ibid.*, 1891, p. 60; P. Fiore, *Protection des marques de fabrique d'après le droit international positif,* J. C.,

1° *Conditions de la protection*. La loi de 1857, moins libérale pour les marques de fabrique que ne l'est le décret du 28 mars 1852 pour la propriété littéraire et artistique, ne protège pas de plein droit les industriels étrangers. Il semble cependant que, dans l'un et l'autre cas, il s'agisse de protéger contre la fraude un droit naturel et légitimement acquis, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant la nationalité du titulaire de ce droit. On devrait même se montrer d'autant moins rigoureux pour la protection des marques de fabrique étrangères, que le caractère de propriété véritable, très douteux en ce qui concerne les droits des écrivains et des artistes, est généralement admis pour les marques de fabrique (1), et que le législateur emploie lui-même l'expression « propriété des marques de fabrique » (2), tandis qu'il évite de se servir du mot propriété, pour désigner le droit des écrivains et des artistes, dans la loi du 14 juillet 1866.

Quoi qu'il en soit, les marques de fabrique étrangères ne sont protégées en France que si l'une des deux conditions suivantes est remplie, sauf pour les étrangers admis à domicile (art. 13 C. civ.), qui sont assimilés aux Français (3).

1° Etablissement commercial ou industriel en France du propriétaire de la marque (art. 5, loi de 1857); il faut d'ailleurs un établissement véritable impliquant une exploitation sérieuse et, malgré quelques divergences dans la doctrine, il faut décider que la marque ne peut pas être protégée après le dépôt effectué par un simple correspondant en France d'un fabricant établi à l'étranger.

2° Ou bien réciprocité diplomatique, c'est-à-dire établie par traité, pour la protection des marques de fabrique entre la France et le pays où le propriétaire de la marque a son établissement (art. 6, loi de 1857). Mais une loi du 26 novembre 1873, qui a créé le poinçonnage officiel des marques pour en assurer l'authenticité, reconnaît aux propriétaires de marques, dans un pays

1882, p. 507; Darras, *Nouveau traité sur les marques de fabrique et de commerce;* Mesnil, *Marques de fabrique et de commerce dans les rapports internationaux;* Beauchet, J. C., 1890, p. 433.

(1) Congrès de la propriété industrielle de 1878, Paris, Impr. nationale, 1879, p. 84.

(2) Loi de 1857, tit. I, art. 2 et 17; loi du 26 nov. 1873, art. 1er.

(3) Le dépôt des marques de fabrique pour les Français ou étrangers dont les établissements sont hors de France s'effectue au greffe du tribunal de commerce de la Seine : décret du 27 février 1891.

dont la loi protège les marques françaises, des droits identiques à ceux des propriétaires des marques françaises (art. 9) : en vertu de cette dernière loi, la réciprocité *législative*, aussi bien que la réciprocité diplomatique, établie entre leur pays et le nôtre, suffit pour assurer aux étrangers la protection de leurs marques de fabrique en France. Cette réciprocité est acquise avec les pays suivants qui ne font pas de différence entre les nationaux et les étrangers pour la protection des marques : Angleterre, Canada, Chili, Italie, Japon, Pays-Bas, Rép. Argentine, Turquie, Uruguay (1). Bien que la loi de 1873 ne vise que les étrangers, il est certain qu'elle s'applique, conformément à l'esprit de la loi de 1857, au Français qui a un établissement hors de France. — De plus, cette loi ne parle de la réciprocité *législative* qu'entre la France et le pays auquel appartient le propriétaire de la marque; il est évident cependant que, conformément toujours à la loi de 1857 qui exige la réciprocité diplomatique entre la France et le pays où le propriétaire de la marque a son établissement, c'est ce dernier pays qu'il faut considérer (2). On remarque aussi que, dans une certaine mesure, la loi de 1873 est plus protectrice que celle de 1857 : en effet, l'usurpation du poinçonnage officiel qu'elle établit est punissable, d'après l'art. 7 I. Cr., même quand elle est faite par un étranger en pays étranger; tandis que la contrefaçon de la marque est un délit ordinaire qui n'est punissable, lorsqu'elle est commise à l'étranger, que dans les conditions prévues par l'art. 5 I. Cr.

L'étranger doit d'ailleurs observer, dans tous les cas, la forma-

(1) [Angleterre (loi du 25 août 1883, art. 62); Canada (loi du 1er mars 1879, art. 38); Chili (loi du 12 nov. 1874, art. 1 et 2); Italie (loi du 30 août 1868); Japon (loi du 2 mars 1899, art. 1 et 9); Pays-Bas (loi du 30 sept. 1893, art. 3); République Argentine (loi du 14 août 1876 (art. 42); Turquie (loi de mai 1888, art. 6); Uruguay (loi du 1er mars 1877, art. 43); Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 350. Sur la preuve à fournir par l'étranger qui invoque en cette matière la réciprocité législative. V. trib. civ. Bordeaux. 4 août 1902, J. C., 1903, p. 866.]

(2) Paris, 27 janv. 1886, *Le Droit,* 4 février 1886. [Notre législation ne se préoccupe pas, en apparence, de la nationalité de l'industriel et du commerçant, mais de la nationalité de cette marque elle-même. Elle distingue deux cas : ou bien la marque est exploitée dans un établissement situé en France, et alors la marque est protégée par la loi, soit qu'elle appartienne à un Français, soit qu'elle appartienne à un étranger; ou bien, au contraire, elle est exploitée en pays étranger, et alors son titulaire, même Français, ne peut invoquer les dispositions protectrices de la loi de 1857 et de 1873 que s'il y a réciprocité diplomatique ou législative entre la France et les Etats sur le territoire duquel est situé son établissement industriel. La loi portugaise du 24 mai 1884 ne s'attache qu'à la nationalité du titulaire de la marque. Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., p. 347, note 2.]

lité du dépôt de trois exemplaires de la marque et d'un cliché photographique au greffe du tribunal de commerce qui est imposée aux Français eux-mêmes par les lois de 1857 et de 1890. Pour ceux qui n'ont pas d'établissement en France (art. 6, loi de 1857), le dépôt s'effectue au greffe du tribunal de commerce de la Seine (décrets du 26 juillet 1858, art. 7, du 27 février 1891 et loi du 3 mai 1890).

Mais on n'exige pas du propriétaire de marques de fabrique qu'il ait son domicile en France, ni même sa résidence; aussi peut-il faire valoir par un représentant l'établissement qu'il a dans notre pays. Il ne lui suffirait pas cependant, pour obtenir la protection de ses marques, d'avoir en France un simple correspondant commercial. Enfin, tout le monde reconnaît que les sociétés étrangères, légalement autorisées, jouissent en France de la même protection que les particuliers étrangers pour leurs marques de fabrique, et aux mêmes conditions.

[Il faut que l'étranger *fabrique* en France les objets que sa marque garantit, ou tout au moins, s'il s'agit d'une marque de commerce, qu'il ait sur notre territoire une maison de vente d'une certaine importance, un véritable centre d'opérations et d'affaires, en un mot que son établissement soit de nature à profiter à l'industrie nationale (1).]

2° *Etendue de la protection*: Quand le propriétaire d'une marque de fabrique établi en pays étranger peut invoquer la réciprocité diplomatique ou législative entre ce pays et la France, il a droit à protection pour la marque apposée sur tous les produits venant de ce pays (art. 6, loi de 1857, et art. 9, loi de 1873). Si au contraire il s'agit d'un étranger ayant son établissement commercial ou industriel en France, la protection n'est accordée qu'aux produits venant de cet établissement (argument de ces mots de l'art 5 : pour les produits de leurs établissements).

Mais l'étranger ne peut avoir en France une protection plus grande que celle que lui accorde la loi de son pays; si donc la marque est tombée dans le domaine public à l'étranger, elle ne sera plus protégée en France, bien que les conditions prescrites par la loi de 1857 soient remplies. Néanmoins, il n'en est ainsi

(1) [Huard, *Propriété industrielle*, n. 75; Pouillet, *Traité des marques de fabrique*, 5e édit., 1906, par A. Taillefer et Ch. Claro, n. 327-329 *bis*, p. 362-367, et J. C., 1875, p. 258 et suiv.; Ch. Braun, J. C., 1881, p. 386, et *Nouveau traité des marques de fabrique et de commerce*, n. 257, sur l'art. 6 § 4 de la loi belge de 1879; Weiss, *Traité*, t. II, p. 348-349. — Paris, 25 nov. 1904, J. C., 1905, p. 366.]

que pour le propriétaire de marques qui a son établissement situé en pays étranger et qui est dans le cas de l'art. 6 de la loi de 1857 ; l'étranger dont l'établissement est en France se trouve assimilé au Français et peut invoquer la protection de la loi française, sans se préoccuper du sort de sa marque en pays étranger (1). Nos solutions reposent sur l'article 6 de la loi de 1857 qui semble entendre comme marques étrangères celles qui existent à l'étranger et qui y sont déposées, et non celles qui appartiennent à des étrangers. C'est dans le même sens que les entend la convention d'union de 1883, articles 4 et 6 du protocole, en s'inspirant des autres traités, des lois des différents pays et de leur jurisprudence. Quant aux discussions qui ont eu lieu au sujet du traité d'union et que l'on invoque quelquefois en sens inverse, elles ont eu pour objet d'établir que les chiffres, lettres et mots, admis en France comme marques et pas toujours à l'étranger, seraient acceptés pourvu qu'il y ait eu dépôt dans le pays d'origine (2); on n'a nullement voulu dire qu'une marque, acceptée dans le pays d'origine, serait protégée à l'étranger, après dépôt, même sans être déposée ni protégée dans le pays d'origine. Le but économique que l'on s'est proposé serait éludé en adoptant la solution contraire : on sacrifierait l'industrie nationale à celle de l'étranger (3).

Si une marque étrangère n'est pas protégée en pays étranger, tout le monde pourra en user en France, car elle est dans le domaine public ; mais nul ne pourra, en en faisant le dépôt, s'en attribuer le monopole exclusif. La loi française tolère, en pareil cas, la fraude commise au préjudice de l'industrie étrangère, mais elle ne saurait voir dans cette fraude un moyen d'obtenir un droit acquis et opposable aux tiers. D'ailleurs, la protection n'est plus possible en pareil cas, la marque n'étant plus nouvelle comme le veut l'article 1er de la loi de 1857 (4). Il faut remarquer cependant

(1) Req., 17 janv. 1885, Pataille, 1886, p. 53; 21 mai 1874, *ibid.*, 1874, p. 153; Paris, 19 août 1881, *ibid.*, 1881, p. 289.

(2) Trib. fédéral suisse, 29 sept. 1888, J. C., 1890, p. 516.

(3) V. ci-dessus, n° 75, p. 224-226.

(4) Paris, 12 juil. 1878, J. C., 1879, p. 67. — [Cass., 21 mai 1874; Pataille, 1874, p. 153. — Paris, 19 août 1881, *ibid.*, 1881, p. 289. — Trib. civ. Seine, 30 avril 1888, *Annales de droit commercial*, 1888. 1. 149, et la note de M. Cohendy, D. P., 1888. 2. 203; J. C., 1888, p. 808. — Trib. Seine, 25 juil. 1888, *Le Droit*, 1er août 1888. — Paris, 24 janv. 1890, *Rev. prat. du dr. int. privé*, 1890-1891, I, p. 228. — Trib. civ. 14 juil. 1890, J. C., 1893, p. 559. — Trib. Lille, 15 déc. 1890, *Rev. prat. du dr. int. privé*, 1890-1891, I, p. 228. — Paris, 18 mai 1892, J. C., 1892, p. 2164;

que la marque déposée en France est indépendante de celle qui a été déposée à l'étranger ; il n'y a pas de solidarité entre elles, comme pour les brevets. Toutefois, conformément au principe général indiqué plus haut, l'expiration de la durée de protection de la marque étrangère entraîne la fin de la protection pour la marque en France, sans que la durée de protection à l'étranger puisse faire prolonger celle qui est accordée en France (loi de 1857, art. 3) (1).

Il peut arriver qu'une marque étrangère, d'abord non protégée en France, le devienne ensuite, par exemple en vertu d'un traité diplomatique : ceux qui ont déjà usé de cette marque, alors qu'elle était dans le domaine public, ont-ils gardé d'une manière définitive le droit de s'en servir? Il est d'abord certain que les produits déjà revêtus de la marque peuvent toujours être vendus, puisque la protection n'a pas d'effet rétroactif; mais on ne pourra plus apposer cette marque sur de nouveaux produits. La faculté de se servir d'une marque étrangère est en effet une tolérance du législateur, qui peut cesser pour l'avenir, et non un droit acquis mis à l'abri de tout changement législatif. Cette manière de voir si juste est acceptée par tous les auteurs et par nombre de tribunaux étrangers (2); mais la Cour de cassation estime, bien à tort, qu'une fois tombées dans le domaine public, les marques de fabrique y res-

9 mai 1898, J. C., 1900, p. 353; 25 nov. 1904, *R. D. I. P.*, 1906, p. 754. — Cpr. cep. Trib. corr. Angoulême, 26 janv. 1884, J. C., 1884, p. 204. — Lyon, 10 juil. 1885, Pataille, 1895, p. 339. — Cpr. Cass. Turin, 17 nov. 1887, *La propriété industrielle de Berne,* 1888, p. 140. — Trib. Anvers, 29 août 1890, *Rev. prat. du droit int. privé,* 1890-1891, I, p. 171; Bruxelles, 17 juil. 1903, *R. D. I. P.*, 1905, p. 369. — Dans le sens de l'opinion énoncée au texte, Pouillet, J. C., 1875, p. 257; 1891, p. 60; Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 356, note 4. — Au surplus, les traités internationaux spécifient presque toujours qu'une marque tombée dans le domaine public au pays d'origine ne peut plus être régulièrement déposée dans l'autre Etat. V. Convention avec la Belgique, 31 oct. 1880, art. 4; avec l'Espagne, du 6 fév. 1882, art. 7; avec les Etats-Unis d'Amérique, du 16 avril 1869, art. 1er; avec la Suède et la Norvège, du 30 déc. 1880, art. 1er; avec Costa-Rica, du 8 juil. 1896, art. 3; avec le Pérou, du 16 oct. 1896, art. 8.]

(1) Cass., 13 janv. 1880, D. P., 80. 1. 225; J. C., 1885, p. 90 et 193.

(2) Cass. Turin, 3 mars 1880, J. C., 1881, p. 548; Cass. Belgique, 28 novembre 1870, *Pasicrisie,* 71. 1. 99; [Haute-Cour d'Angleterre, division de chancellerie, 1er juillet 1884, J. C., 1886, p. 230; Pouillet, *Traité des marques de fabrique,* 5e éd., 1906, par A. Taillefer et Ch. Claro, n. 336, 337 *bis,* p. 378-382; Pataille, 1864, p. 218; Labbé, *Consultation* du 31 janvier 1878; L. Renault, note dans S., 80. 2. 113; Audinet, *Droit int. privé,* 2e éd., 1906, n. 824, p. 672; P. Fiore, J. C., 1882, p. 50; L. Beauchet, J. C., 1890, p. 432; Weiss, *Traité,* t. II, 2e éd., 1908, p. 359-361.]

tent définitivement, de telle sorte qu'on peut continuer à les usurper malgré la réciprocité établie plus tard, au point de vue de leur protection, entre la France et le pays où est établi leur propriétaire (1).

77. C. **Nom commercial.** — Le nom constitue, pour chaque individu, une propriété dont l'usurpation peut être réprimée. Il en est de même du nom commercial, qui forme, indépendamment d'une propriété acquise par transmission, une valeur parfois considérable par le crédit qu'il représente et la réputation qui y est attachée. Aussi la loi des 28 juillet-4 août 1824 regarde-t-elle comme un délit tombant sous le coup de l'art. 423 du C. pén., [aujourd'hui abrogé et remplacé par la loi du 1er août 1905], l'usurpation du nom commercial sur un objet fabriqué, ainsi que la vente ou mise en circulation de produits marqués de noms supposés ou altérés.

Bien que la loi de 1824 soit muette en ce qui concerne les étrangers, le droit de ces derniers ne paraît guère douteux. Le nom constitue en effet une propriété naturelle de tout homme, qui doit être respectée, quelle que soit la nationalité de celui qui l'invoque. D'ailleurs, l'usurpation du nom commercial est un délit aux termes de la loi de 1824 elle-même, et nous verrons que la réparation des conséquences provenant des délits ou des quasi-délits s'impose comme une règle d'ordre public, quelle que soit la nationalité du coupable ou de la victime. Cette solution se comprend d'autant mieux, que nul ne conteste le droit des étrangers à poursuivre les usurpations de leur nom patronymique qui n'est pas cependant une propriété plus définie que celle du nom commercial (2). Malheureusement nos tribunaux sont presque unanimes aujourd'hui pour voir dans la protection du nom commercial un droit *civil*, établi par la loi de 1824, et dont la jouissance ne peut être reconnue aux étrangers que s'ils ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France (art. 13 C. civ.) ou s'il y a réciprocité diplomatique, à ce point de vue, entre leur pays et le nôtre

(1) Cass., 13 janvier 1879, D. P., 80. 1. 225, J. C., 1880, p. 193; 30 juillet 1884, D. P., 85. 1. 448, J. C., 1885, p. 91; [Bruxelles, 26 novembre 1884, J. C., 1885, p. 193; Trib. Seine, 12 décembre 1885 et Paris, 27 janvier 1886, J. C., 1886, p. 449. — Cpr. cependant Trib. Seine, 8 mai 1878, D. P., 79. 2. 61; Trib. civ. Seine, 20 mars 1895 et Paris, 21 février 1896, Manufacture royale de Saxe, *Annales de la propriété industrielle*, 99. 345 et Pouillet, *loc. cit.*, n° 337 *bis in fine*, p. 382.]

(2) Cass., 7 janvier 1861, S., 62. 1. 25; Lyon, 29 juillet 1898, J. C., 1899, p. 569; Rouen, 24 novembre 1897, J. C., 1898, p. 344.

(art. 11 C. civ.) (1). En Belgique, au contraire, la protection du nom commercial est admise pour les étrangers, sans condition de réciprocité, et il a été fait application de cette règle à l'Etat français agissant par l'intermédiaire de l'administration des contributions indirectes (2).

Cette jurisprudence, qualifiée de barbare par un auteur, peut être mitigée en fait par les dispositions des lois de 1857 et de 1873 sur les marques de fabrique. D'abord, si le nom commercial figure sur les marques de fabrique, l'usurpation peut en être attaquée par tout étranger qui remplit les conditions prescrites par la loi de 1857 pour la protection des marques de fabrique. D'autre part, la loi de 1873 accorde protection aux étrangers, en cas de simple réciprocité législative existant entre la France et leur pays, non seulement pour les marques de fabrique, mais encore pour le nom commercial considéré à part et en lui-même (art. 9); *à fortiori*, les étrangers pourraient invoquer la protection pour leur nom commercial en cas de réciprocité diplomatique (3). D'ailleurs, la loi de 1873 est formelle en ce sens.

(1) V. Cass., 12 juill. 1848, S., 48. 1. 418, D. P., 48. 1. 140, arrêt rendu, toutes chambres réuniés, sur les conclusions conformes du procureur général Dupin, mais sur le rapport contraire de M. le conseiller Rochet; 16 novembre 1856, S., 58. 1. 199; 27 mai 1870, S., 70. 1. 351; [Aubry et Rau, 5e édit., t. I, § 58, p. 520, note 67.]

(2) Cass. Belgique, 26 décembre 1876, *Pasicrisie,* 77. 1. 54; et J. C., 1878, p. 423; [*Sic*, Pouillet, *Traité des marques de fabrique,* 5e édit., 1906, n. 451, p. 521-523; Massé, *Droit commercial,* t. II, n. 35; Fœlix, *Traité de Droit int. privé,* n. 607; Serrigny, *Droit public*, t. I, p. 252; Demolombe, t. I, n. 246 *bis;* Laurent, *Droit civ. int.*, t. III, p. 620 et suiv.; P. Fiore, *La protection du nom commercial en droit international positif,* J. C., 1883, p. 21; Weiss, t. II, 2e édit., 1908, p. 366-369.]

(3) Trib. de la Seine, 8 mai 1878, J. C., 1878, p. 610; *Question pratiques, id.*, p. 568. — [La réciprocité *législative* ou de *fait* existe avec l'Angleterre, avec les Etats-Unis, avec l'Italie (Cpr. Nimes, 10 janv. 1905, J. C., 1906, p. 435), avec la Belgique, et avec la République-Argentine. Au point de vue de la réciprocité diplomatique, les seuls traités signés par la France qui aient consacré une disposition particulière au nom commercial sont, avec la convention d'Union internationale de 1883, ceux que nous avons conclus avec la Suisse le 23 février 1882, avec la Grande-Bretagne le 28 février 1882, avec la République dominicaine le 9 septembre 1882, avec la Serbie le 18 janvier 1883, avec le Mexique le 10 avril 1899, avec la Colombie le 4 septembre 1901, avec le Salvador le 24 août 1903, avec la République de Cuba le 4 juin 1904, avec la Bulgarie le 23 décembre 1906-5 janvier 1907, ratifié à Sofia le 24 décembre 1907-6 janvier 1908, V. J. C., 1908, p. 627. — Weiss, *Traité,* t. II, p. 367, note 4. — En ce qui concerne les rapports de la France et des Etats-Unis, tels qu'ils résultent de la convention diplomatique du 4 novembre 1869, V. Nîmes, 2 décembre 1893, *Annales de la propriété indus-*

Etant donné le système suivi par la jurisprudence, l'usurpation du nom commercial ne donnerait lieu à aucune action, sauf dans les cas prévus par les lois de 1857 et de 1873 sur les marques de fabrique et le nom commercial, même au profit d'un Français représentant d'un étranger : le Français, en effet, n'invoque pas son droit propre, mais bien celui d'un étranger ; et l'on prétend que le droit de ce dernier n'existe pas.

Mais il a été jugé autrement pour un Français cessionnaire du nom commercial d'un étranger ; on ne peut objecter que ce dernier n'a pu transmettre au Français un droit à la protection du nom commercial qu'il n'avait pas lui-même, car on répond que le nom cédé est désormais la propriété du Français, qui peut certainement invoquer, en vertu de sa nationalité, la loi de 1824. De même un étranger, cessionnaire d'un autre étranger, peut invoquer la réciprocité législative ou diplomatique existant entre son pays et le nôtre pour obtenir la protection du nom commercial qu'il a acquis, sans qu'on puisse lui objecter que son cédant appartenait à un pays dont les nationaux n'ont droit en France à aucune protection à ce point de vue (1).

Toutefois, quelle que soit l'idée à laquelle on se rallie en ce qui concerne le droit des étrangers de revendiquer, *de plano* et sans condition préalable, la propriété de leur nom commercial, il est certain que l'usurpation de leur nom peut constituer à l'égard des tiers une tromperie qui devra être réprimée sur la réclamation de ceux qui en auront été victimes ou sur la réquisition du ministère public. Mais, dans l'opinion suivie par la jurisprudence, l'étranger dont le nom a été usurpé ne peut réclamer de dommages et intérêts (2).

trielle, 94. 274 et la note G. M. : cet arrêt a jugé qu'aux termes de cette convention diplomatique un Américain peut intenter en France une action en concurrence déloyale pour faire respecter son *nom* et sa marque. Pouillet, *loc. cit.*, p. 525. — En ce qui concerne la France et la Serbie, l'art. 10 du traité de commerce et de navigation du 23 décembre 1906-5 janvier 1907, destinée à compléter la convention du 23 juin-6 juillet 1893, annonce qu'un arrangement spécial sera conclu pour la protection des marques de fabrique, de commerce et des dessins et modèles industriels et déclare qu'en attendant les ressortissants de l'un des Etats contractants jouiront dans l'autre de la même protection que les nationaux pour tout ce qui concerne la propriété des marques de fabrique et de commerce. J. C., 1908, p. 1307.]

(1) Cass. crim., 18 nov. 1876, J. C., 1876, p. 458.

(2) Trib. de la Seine, 28 juin 1853, *Le Droit* du 30 juin 1853; [Trib. comm. Grenoble, 2 avril 1857, Palaille, 1858, p. 119; Pouillet, *op. cit.*, 5e édit., n. 452,

Les lois de 1824, du 23 juin 1857, art. 19, et du 11 janvier 1892, art. 15, sur le tarif général des douanes, déclarent aussi punissable, comme une contrefaçon, l'indication sur les produits d'un lieu de production ou de fabrication autre que celui d'où les produits proviennent réellement. Les réclamations à ce sujet peuvent venir des commerçants ou industriels établis dans le lieu faussement indiqué sur les produits. Dans l'opinion suivie par la jurisprudence française, les commerçants et industriels établis dans une localité étrangère ne peuvent pas protester contre la fraude consistant dans l'indication de cette localité comme lieu de provenance d'un produit qui, en réalité, a été fabriqué ou manufacturé ailleurs. Mais si, comme il a été dit ci-dessus, on reconnaît de plein droit aux étrangers la faculté de réclamer contre l'usurpation de leur nom commercial, on peut dire que la loi de 1824 considère comme un délit de même nature l'usurpation des noms de localités portant atteinte aux légitimes intérêts des producteurs de ces localités : or, la répression des délits et la réparation du préjudice qu'ils causent sont des règles d'ordre public qui doivent toujours s'appliquer, quelle que soit la nationalité des parties en cause (1).

Dans tous les cas, on devrait autoriser une action correctionnelle, pour la tromperie commise au préjudice des tiers induits

p. 525-526 ; Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., p. 369. Quant au refus de dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382, Cass., 12 juill. 1848, S., 48. 1. 417, D. P., 1848. 1. 148 et les conclusions du procureur général Dupin ; 12 avril 1854, S., 55. 1. 827 ; 16 nov. 1857, S., 58. 1. 199 ; Paris, 5 juin 1867, S., 68. 1. 137 ; Cass., 27 mai 1870, S., 70. 1. 356, D. P., 71. 1. 180 ; Trib. Seine, 11 oct. 1888, *Le Droit* du 4 nov. ; Nîmes, 2 déc. 1893, J. C., 1894, p. 147 et *Annales de la propriété industrielle,* 94. 274 ; Huard, *op. cit.,* n. 146 ; Aubry et Rau, 5e édit., t. I, § 78, p. 520, note 67 ; Surville et Arthuys, *Droit intern. privé,* 4e édit., p. 446, note 4 ; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., industr. et marit.,* v° *Concurrence déloyale,* n. 171 ; *Contrà,* Rapport de la Commission, *Moniteur universel* du 25 avril 1857, annexe 9, n. 111 ; *Exposé des motifs* de la loi de 1857, sur l'art. 2 ; Rendu, *Code de la propriété industrielle,* t. III, 1881, n. 280 ; Lyon-Caen, note sous S., 1874, 2. 28 ; L. Renault, note dans S., 1880. 1. 114 ; Bozérian, Consultation dans S., 1880. 2. 113 ; Beauchet, J. C., 1890, p. 428 et suiv. ; Weiss, *Traité,* t. II, p. 362-363 ; Paris, 30 nov. 1840, S., 40. 2. 85 ; Trib. comm. Genève, 10 nov. 1859, Pataille, 1860, p. 29 ; Cass. Turin, 3 mars 1880, J. C., 1883, p. 93.]

(1) C'est ce que décide la loi anglaise du 23 août 1887, J. C., 1891, p. 470 et *Ann. législ. étrang.,* 1888, p. 54. — [Cpr. Trib. comm. Bayonne, 27 nov. 1893, S., 95. 2. 313, D. P., 99. 2. 201 ; J. C., 1894, p. 140 ; circulaire de la Direction générale des douanes, en date du 19 fév. 1905, p. 750 ; Weiss, *Traité,* t. II, p. 369-376.]

en erreur par l'indication fausse d'une localité étrangère comme lieu de provenance des produits (1).

La loi du 26 novembre 1873 accorde aux étrangers le droit de protection contre l'usurpation du nom commercial et de celui du lieu de provenance des produits, sous la condition de la réciprocité diplomatique ou législative. D'après certains auteurs, l'étranger doit, en pareil cas, pouvoir invoquer la réciprocité entre son pays et le nôtre, qu'il ait ou non un établissement commercial ou industriel en France, car la loi de 1873, art. 9, vise la nationalité du commerçant ou de l'industriel. D'autres soutiennent, et avec plus de raison, croyons-nous, que l'étranger qui a un établissement en France peut, *à fortiori*, faire protéger son nom commercial, puisqu'il peut faire protéger sa marque de fabrique d'après la loi de 1857. — Les Etats, comme commerçants ou industriels, peuvent d'ailleurs faire protéger leur nom commercial de même que les particuliers.

Sans aller jusqu'à l'usurpation de la marque de fabrique ou du nom commercial, les fraudeurs peuvent, par des moyens plus ou moins habiles, induire le public en erreur, détourner les clients d'un commerçant ou d'un industriel, ou faire passer leurs produits pour ceux d'un fabricant en renom. Par application de l'art. 1382 C. civ., une action en dommages et intérêts, dite action *en concurrence déloyale,* est ouverte au profit des commerçants ou industriels lésés, en raison de ces faits que les tribunaux apprécient d'une manière discrétionnaire, car ils sont aussi variés que les ressources de l'esprit humain excité par le désir du gain : on peut citer, comme exemples, la dénomination d'un établissement d'un produit assez semblable à celle qu'emploie déjà un autre commerçant pour opérer une confusion, la similitude dans l'enveloppe ou la forme des produits pouvant amener le même résultat, l'usurpation de qualités ou de récompenses aux expositions déjà acquises à un autre (loi du 30 avril 1886), la critique des produits d'autrui faite par la voie de la presse ou des prospectus, etc.

Cette action en concurrence déloyale appartient-elle aux étrangers? Au point de vue des principes juridiques et de l'équité, l'affirmative semble s'imposer : cette action a pour but la réparation d'un quasi-délit, et l'on sait que cette réparation est d'ordre public, qu'elle s'impose quelle que soit la nationalité de la victime.

(1) Trib. corr. de la Seine, 5 mars 1829, *Gaz. des Tribunaux* du 6 mars; — *Contrà : id.*, 9 juillet 1835. — V. Pic, *De l'introduction frauduleuse de produits étrangers revêtus d'une fausse indication de provenance*, J. C., 1900, p. 290.

Mais, au point de vue de notre droit positif, on établit une distinction.

Lorsque l'étranger a son établissement industriel en France, il a droit à la protection de sa marque de fabrique, pourvu qu'il observe les formalités du dépôt : il est donc assimilé à un Français (loi de 1857, art. 5). Or le Français, à défaut de la protection de sa marque de fabrique, soit parce qu'il n'en a pas effectué le dépôt, soit parce qu'il n'y a pas usurpation complète de sa marque, peut toujours intenter l'action en concurrence déloyale : l'étranger établi en France aura donc le même droit que lui.

Si l'étranger a son établissement hors de France, il n'a droit à la protection de sa marque de fabrique que s'il y a réciprocité diplomatique ou législative à ce point de vue entre le pays où l'établissement est situé et le nôtre (lois de 1857, art. 6, et de 1873, art. 9). Or, si l'étranger avait, dans ce cas, à défaut de la protection de sa marque de fabrique, l'action en concurrence déloyale pour toute atteinte portée à ses intérêts, rien ne lui serait plus aisé que de tourner la disposition de la loi qui exige la réciprocité législative ou diplomatique pour que l'étranger puisse utilement réclamer contre l'usurpation plus ou moins complète de sa marque de fabrique. Quelque dure que puisse paraître cette solution, on refuse donc à l'étranger, en pareil cas, l'action en concurrence déloyale (1).

Cette solution nous paraît très contestable, car la faculté de faire le commerce est du droit des gens, par conséquent aussi celle de défendre ses droits légitimes dans l'exercice du commerce. D'ailleurs, il s'agit ici de l'application de l'article 1382 C. civ., qui est d'ordre public et, comme tel, peut être invoqué par les étrangers comme par les nationaux. Au surplus, l'action en concurrence déloyale ne porte nullement atteinte aux lois de 1857 et de 1873, car elle est loin d'être aussi favorable que l'action fournie par ces lois qui ont été précisément jugées utiles malgré l'article 1382 C. civ. En effet, dans l'action en concurrence déloyale, il faut faire la preuve du préjudice souffert, sans se borner à établir le fait matériel d'usurpation du nom ou de la marque; de plus, elle n'a pour sanction qu'une réparation civile et non une peine comme celle qui est fondée sur la loi de 1824 ou de 1857. — Remarquons que si on admet que la marque étrangère non déposée en France est

(1) Cass., 27 mai 1870, S., 70. 1. 351; cpr. Cass., Turin, 3 mars 1880, J. C., 1883, p. 93.

protégée par l'article 1382 C. civ. sinon par la loi de 1857, on ne peut la réputer tombée dans le domaine public au cas où son propriétaire use de l'article 1382 C. civ. contre les usurpateurs; aussi la réciprocité internationale survenant plus tard conformément à la loi de 1857 ou à celle de 1873, la protection établie par ces mêmes lois devra être reconnue à cette marque (1).

78. D. Dessins et modèles de fabrique. — On entend par **dessins de fabrique** toutes dispositions de lignes et de couleurs reproduites par un fabricant sur ses produits, par exemple sur des étoffes, par l'impression, le tissage ou de toute autre manière. Le caractère de ces dessins consiste en ce que, bien que plus ou moins agréables à l'œil, ils ne sont pas purement artistiques, et ont surtout un but mercantile; sans quoi ils rentreraient dans la catégorie des œuvres d'art, auxquelles on applique le décret de 1852 en ce qui concerne le droit des étrangers.

Le droit de l'inventeur d'un dessin de fabrique est consacré par la loi du 18 mars 1806, aux termes de laquelle ce droit est subordonné au dépôt d'un échantillon enveloppé, revêtu du cachet et de la signature du déposant, aux archives du Conseil des prud' hommes. [A ce point de vue, le décret du 5 juin 1861, art. 1er, dispose que « le dépôt des dessins et modèles de fabrique, provenant des pays où des conventions diplomatiques ont établi une garantie réciproque pour la propriété des dessins de cette nature, doit se faire au secrétariat des prud'hommes à Paris, suivant la nature des industries ». Or, par l'arrêt du 5 février 1904, la Cour de cassation a jugé que ce décret se limite aux pays qui, antérieurement au 5 juin 1861, avaient conclu des conventions avec la France; il en résulte qu'il est inapplicable à la Suisse, puisqu'à cette date, il n'existait entre ce pays et la France aucun accord relatif à la propriété industrielle; dès lors, le fabricant suisse, *dont la fabrique est située à l'étranger*, ne peut valablement déposer ses dessins en France, car il lui est impossible de se conformer à l'art. 15 de la loi de 1806, qui exige que le dépôt soit fait au secrétariat du Conseil des prud'hommes *du lieu de fabrique* du déposant. Mais cet arrêt est contraire à la lettre du garde des sceaux, en date du 19 novembre 1899, et il soulève de très graves objections (2). Etant donnée cette jurisprudence, la convention de

(1) Beauchet, J. C., 1890, p. 430, et les autorités citées ci-dessus, p. 237, note 2.

(2) [Cass., 5 février 1904, J. C., 1905, p. 1000; en sens contraire, lettre du garde des sceaux en date du 19 novembre 1899 (*ibid.*) et la critique de cet arrêt dans *R. D. I. P.*, 1905, p. 690; Cpr. Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 342, note 1.]

commerce franco-suisse du 20 octobre 1906, art. 23, a affranchi les ressortissants suisses de l'obligation de posséder en France une fabrique pour y jouir de la même protection que les nationaux en matière de dessins et de modèles. Il ne restait plus qu'à déterminer l'endroit où devaient être effectués ces dépôts. C'est ce qu'a fait le décret du 17 juillet 1908, dont l'art. 1er dispose « que le dépôt des dessins et modèles de fabrique opéré par les ressortissants suisses ne possédant pas de fabrique en France, doit se faire au secrétariat du Conseil des prud'hommes de Paris, suivant la nature des industries » (1).]

La protection n'est d'ailleurs accordée que pour les dessins nouveaux, soit par eux-mêmes, soit par la combinaison nouvelle d'éléments connus, et elle peut être obtenue pour un, trois, cinq ans ou à perpétuité. Cette loi de 1806, édictée d'abord pour le ressort du Conseil des prud'hommes de Lyon, a été depuis étendue à tout le territoire français. (Ordonn. du 17 août 1825.) La violation du droit du déposant est considérée comme un délit tombant sous le coup des art. 425, 426, 427 et 429 du C. pén.

Mais, tandis que pour les marques de fabrique le dépôt préalable n'est qu'une condition de la poursuite, ici il est nécessaire pour la naissance même du droit, et l'on discute sur le point de savoir s'il se perd par la vente d'un objet revêtu du dessin opéré avant que le dépôt ait eu lieu (art. 1er, 14 à 19).

Les **modèles de fabrique** sont ces articles d'utilité fabriqués dans un but mercantile, mais auxquels l'art ou la fantaisie donne une certaine forme pour en faciliter la vente. Malheureusement, notre législation ne réglemente en aucune façon cette délicate matière; aussi les jugements et arrêts présentent-ils des contradictions incessantes sur le point de savoir si, dans un même cas, on doit voir une œuvre artistique protégée par la loi du 14 juillet 1866 et le décret de 1852, ou un simple modèle de fabrique qui ne constitue un droit acquis pour le fabricant qu'au point de vue de la forme extérieure qu'il a donnée à ses produits (2).

(1) [*J. off.* du 21 juillet 1908; J. C., 1909, p. 333, avec note explicative.]

(2) Les tribunaux apprécient souverainement, comme question de fait, le point de savoir si une œuvre étrangère est une œuvre artistique, protégée comme telle, ou un dessin industriel (Cass. ch. crim., 15 juin 1899, *Gaz. des Trib.*, 23 juin). — [Cpr. Cass., 17 janvier 1882, S., 83. 1. 305; Trib. civ. Bruxelles, 20 juin 1893, J. C., 1894, p. 168.] Jugé cependant qu'il faut tenir compte de la loi du pays d'origine de l'œuvre. (V. Douai, 6 avril 1898, J. C., 1899, p. 382; Darras, *Le droit d'auteur*, 15 avril 1898). — [Cpr. Weiss, *Traité*, t. II, 2e éd., 1908, p. 337-338.]

Le Sénat a voté, le 29 mars 1879, un projet de loi sur les dessins et modèles industriels d'après lequel (art. 19 à 20) la protection des étrangers est subordonnée à la condition d'un établissement en France ou de la réciprocité, soit diplomatique, soit législative. [Le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 14 janvier 1909 et relatif à *l'obligation d'exploiter les brevets et les dessins ou modèles* se propose, à l'exemple de certaines législations étrangères, d'établir une déchéance contre le dépositaire d'un dessin ou d'un modèle qui ne l'aurait pas exploité d'une manière suffisante en France. Tel est l'objet de l'art. 2 du projet de loi : « Sera déchu des droits résultant de la législation en vigueur pour les dessins ou modèles déposés tout fabricant qui aura exploité presque exclusivement ou principalement ledit dessin ou modèle hors du territoire de la République ou qui, après un délai imparti par le tribunal saisi de l'action en déchéance, n'aura pas justifié qu'il en ait fait en France ou dans les colonies françaises une exploitation suffisante ». Ces dispositions sont applicables aux dessins et modèles déposés antérieurement à la mise en vigueur de la présente loi. L'action en déchéance pourra être intentée par toute personne y ayant intérêt; elle sera portée devant le tribunal civil de première instance, instruite et jugée dans la forme prescrite pour les matières sommaires par les art. 405 et suiv. du Code de procédure civile ; elle sera communiquée au procureur de la République, qui pourra se rendre partie intervenante et prendre des réquisitions pour faire prononcer la déchéance et même se pourvoir directement par action principale pour faire prononcer la déchéance prévue au présent article. V. Chambre des députés, session de 1909, n. 2234, Annexe au procès-verbal de la séance 14 janvier 1909, p. 4-5.]

En Belgique, où l'on applique notre loi de 1806, on considère que le droit de l'auteur des dessins et modèles de fabrique constitue un droit des gens qui doit être respecté chez les étrangers comme chez les nationaux ; mais, en France, l'esprit général de notre législation, manifesté dans les lois de 1857 et de 1873 sur les marques de fabrique, est de ne protéger la propriété industrielle des étrangers que s'ils ont un établissement en France ou s'ils sont établis dans un pays uni au nôtre à ce point de vue par la réciprocité, soit diplomatique, soit législative.

Ce point est certain en ce qui concerne les dessins et modèles de fabrique, depuis la loi du 26 novembre 1873, art. 9, qui exige, pour que les étrangers puissent demander la protection de leurs

droits à cet égard, de même que pour les marques de fabrique, qu'ils soient établis dans un pays où les Français ont la même faveur, soit en vertu de la loi locale, soit en vertu des traités.

La jurisprudence applique aux dessins et modèles de fabrique les dispositions de la loi de 1844 relative aux brevets. Par exemple, d'après elle, les dessins et modèles déjà publiés à l'étranger ne peuvent plus faire l'objet d'un dépôt efficace en France; l'expiration de la protection à l'étranger entraîne celle de la protection en France, à moins que le dépôt n'ait d'abord eu lieu dans notre pays; le défaut d'exploitation en France des dessins et modèles de fabrique amène la déchéance du droit de protection (1). Mais ces extensions de la loi de 1844 à un cas qu'elle ne prévoit pas nous semblent absolument arbitraires (2).

Nombre de législations sont plus libérales que la nôtre : les étrangers sont assimilés aux nationaux, pour la protection des dessins et modèles de fabrique, en Angleterre (loi du 25 août 1883, art. 47), en Autriche (loi du 7 décembre 1858) (3), aux Etats-Unis (loi de 1842 amendée par les lois des 8 juillet 1870, 24 mars 1871, 18 juin 1874), en Italie (loi du 30 août 1868, art. 3) et en Russie (loi du 11 juillet 1864). Dans quelques Etats, on exige que les étrangers aient un établissement sur le territoire ou soient fixés dans un pays avec lequel existe la réciprocité diplomatique (Allemagne, loi du 1er avril 1876), ou même que les étrangers résident dans le pays, et, dans ce dernier cas, on ne protège les dessins ou modèles que pour les produits fabriqués dans ce pays (Canada, *Act* de 1879) (4).

(1) Paris, 13 février 1880, S., 80. 2. 129 et observ. de Lyon-Caen ; Trib. com. de la Seine, 8 et 16 décembre 1885, J. C., 1887, p. 68; Renault, *Revue critiq.*, 1881, p. 617; Pouillet, *Dessins et modèles,* 4e édit., 1903, n. 124.

(2) [Il est clair, au surplus, que ces décisions de jurisprudence, bien que concernant en apparence le national et l'étranger, visent et atteignent le plus souvent ce dernier. Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 342-343.]

(3) La loi autrichienne de 1858, art. 5, § 1, porte que l'étranger pourra déposer son dessin, s'il est domicilié en Autriche, ou s'il y a un établissement, ou enfin s'il peut se prévaloir d'un traité. [La loi suisse du 30 mars 1900 n'autorise le dépôt d'un dessin ou modèle industriel par une personne non domiciliée en Suisse que si elle a constitué un mandataire domicilié. Weiss, *Traité,* t. II, p. 341, note 2.]

(4) Thirion, *Dessins et modèles de fabrique en France et à l'étranger,* 1877, p. 36 à 62; Pouillet, *loc. cit.,* Appendice.

II. Droits des étrangers d'après les traités.

79. A. **Brevets d'invention.** — En France et à l'étranger, les économistes et les jurisconsultes sont partagés sur la question de savoir s'il faut accorder à l'industrie une liberté complète, de sorte qu'il soit permis à chacun d'exploiter l'invention d'autrui, ou s'il ne vaut pas mieux réserver à l'inventeur le bénéfice exclusif pouvant résulter de sa découverte; en un mot, sur la question de savoir s'il faut ou non maintenir les brevets d'invention. Pratiquement, la suppression des brevets a l'avantage de ne pas entraver l'industrie, d'éviter la concession d'un monopole pour des inventions parfois peu sérieuses et de couper court aux mille procès en contrefaçon que provoque l'attribution des brevets. Mais, au point de vue de l'équité, la protection accordée à l'inventeur se justifie par cette idée de justice élémentaire que chacun a un droit exclusif sur le produit de son travail; on peut même ajouter, au point de vue pratique, que la concession des brevets encourage l'activité des inventeurs, bien que, en fait, ce résultat soit très vivement contesté.

S'inspirant de ces dernières considérations, tous les législateurs, sauf en Hollande (loi du 15 juillet 1869), ont maintenu l'institution des brevets (1).

La différence n'apparaît guère entre les diverses législations qu'au point de vue de la réglementation du droit de l'inventeur breveté, et spécialement en ce qui concerne la question de savoir si le brevet doit être accordé *de plano* à quiconque en fait la demande, ou s'il faut, au préalable, examiner la valeur et la nouveauté de l'invention pour laquelle le brevet est sollicité. Cet examen préliminaire, rejeté par beaucoup de lois, notamment par la nôtre, est admis dans un certain nombre d'Etats, particulièrement en Allemagne, où la loi du 25 mai 1877 l'a organisé sous le nom de *procédure provocatoire* : pendant un certain délai, tous les intéressés sont admis à s'opposer à la concession du brevet comme non fondée en droit (art. 24) (2). La loi allemande du

(1) Rapport de M. Webster au Congrès international de Vienne en 1873, p. 4; Rivier, *Note sur la question des brevets d'invention en Suisse, R. D. I.*, 1869, p. 617; Rolin Jaequemyns, *De quelques manifestations récentes de l'opinion publique en Europe sur les brevets d'invention, ibid*, p. 600. La Suisse a rétabli les brevets par la loi du 29 juillet 1888.

(2) Ch. Lyon-Caen, *La loi allemande du 25 mai 1877 sur les brevets d'invention*, p. 9-10. — Cpr. loi anglaise du 25 août 1883, *Ann. législ. étrang.*, 1884, p. 87; Jonshon, J. C., 1885, p. 23 et suiv.

7 avril 1891 (J. C., 1891, p. 626) n'assimile la publicité officielle pour l'obtention du brevet à la publicité faisant tomber l'invention dans le domaine public, que trois mois après que les mémoires descriptifs exigés ont été produits. Mais cela n'empêche pas l'article 31 de notre loi de 1844 de s'appliquer et de rendre immédiatement l'invention non brevetable comme déjà publiée. Le traité d'union de Berne accordait un délai de six mois, mais il était inapplicable à l'Allemagne tant que celle-ci n'y avait pas adhéré; de plus, l'article 12 de la loi allemande de 1891 confère au chancelier, contre les nationaux des pays qui ne favorisent pas les droits des brevetés en Allemagne, une faculté de représailles non définie, particulièrement redoutable.

D'ailleurs, partout où l'institution des brevets est admise, on reconnaît aux étrangers le droit d'en profiter. Exceptionnellement dans quelques pays, par exemple en Allemagne et aux Etats-Unis, les étrangers ne peuvent être brevetés que s'ils sont résidants dans le pays ou s'ils y ont un mandataire qui y réside (1).

Cette possibilité, pour les étrangers, d'obtenir partout des brevets d'invention comme les nationaux, explique la rareté des traités internationaux en cette matière. Ils ne seraient cependant pas inutiles pour écarter les *brevets d'importation* admis en certains pays, et qui autorisent le plagiat des inventions étrangères en donnant un monopole d'exploitation au premier qui importe une invention déjà brevetée à l'étranger (2). (V. cependant traités avec le Portugal, 12 avril 1851, art. 17; Convention du 11 décembre 1871 pour l'Alsace-Lorraine; Décret du 21 novembre 1860, art. 8, pour la Savoie et le comté de Nice; République Dominicaine, 9 septembre 1882; Rép. Sud-Africaine, 20 juillet 1885; Mexique, 27 novembre 1886). Les brevets d'importation existent en Italie (loi du 30 octobre 1859, art. 4); mais ils sont liés au brevet étranger et tombent avec lui (art. 11). La cour de cassation de Turin a même jugé, le 21 février 1891, que le brevet pris en Italie pour une invention déjà brevetée à l'étranger et divulguée est nul, et qu'il ne vaut comme brevet d'importation que s'il a été expressement pris comme tel.

80. B. **Marques de fabrique.** — Les marques de fabrique sont protégées dans tous les pays civilisés; mais les législations diffè-

(1) L. Lyon-Caen et Cahen, *De la législation des brevets d'invention et des modifications à introduire dans la loi de 1844*, p. 62.

(2) L. Lyon-Caen et Cahen, *loc. cit.*, p. 63.

rent en ce qui concerne le droit des étrangers à ce point de vue.

Les unes accordent protection aux marques de fabriques étrangères comme à celles des nationaux, sous la seule condition que les formalités imposées aux nationaux eux-mêmes seront observées par les étrangers propriétaires de ces marques : telles sont les lois anglaise (25 août 1883, *Ann. législ. étrang.*, 1884, p. 87), hollandaise (25 mai 1880, *ibid.*, 1881, p. 395), des Etats-Unis (3 mars 1881, art. 13, *ibid.*, 1882, p. 783), espagnole (art. 217 du C. pén.).

Les autres se rapprochent davantage de nos lois de 1857 et de 1873 qui n'accordent la protection aux marques de fabriques des étrangers que si ces derniers ont un établissement en France, ou s'ils sont établis dans un pays dont la loi protège également les marques de fabrique françaises, soit par elle-même, soit en vertu d'un traité : telles sont la loi belge du 1er avril 1879 qui reproduit, dans son art. 60, les dispositions de nos lois françaises, la loi suisse du 9 décembre 1879 qui exige la condition de la réciprocité législative ou diplomatique, la loi italienne (30 août 1868), la loi allemande (30 novembre 1874), la loi portugaise, semblable à la loi française (loi du 4 juin 1883, art. 28 à 32), enfin la loi luxembourgeoise du 28 mars 1883, qui impose comme condition un établissement de l'étranger dans le pays, ou la réciprocité diplomatique (art. 9) (1).

Mais de nombreux traités ont été conclus par la France pour assurer la protection des marques de fabrique; nous ne citerons que ceux qui subsistent encore d'une manière indépendante depuis la convention générale de 1883 dont nous parlerons plus loin :

1° Avec l'Autriche, 7 novembre 1881 et 18 février 1884 (2);

(1) P. Fiore, *Protection des marques de fabrique et de commerce d'après le droit international positif*, J. C., 1882, p. 500 et s.; V. aussi, *ibid.*, 1877, p. 376, note 1; *Ann. de législ. étrang.*, 1884, p. 487 et 564.

(2) [V. Trib. civ. Seine, 15 déc. 1905, J. C., 1906, p. 1162; Paris, 25 janv. 1906, *R. D. I. P.*, 1908, p. 244; Trib. civ. Lyon, 1er mai 1907, *Gaz. du Pal.* des 14-17 septembre 1907, et *R. D. I. P.*, 1907, p. 85. L'Autriche-Hongrie, le seul grand Etat européen qui ne fit pas jusqu'ici partie de l'union internationale pour la protection de la propriété industrielle, a notifié au conseil fédéral suisse son adhésion à cette union et à l'arrangement du 14 avril 1891, relatif à l'enregistrement international des marques de fabrique. Par cette adhésion, qui a produit son effet à partir du 1er janvier 1909, l'Autriche-Hongrie s'oblige à protéger les marques antérieurement déposées, dont l'aire de protection s'étend ainsi considérablement sans autre formalité. *Journal des Débats* du 7 décembre 1908.]

2° Avec l'Allemagne, 11 décembre 1871, confirmé le 8 octobre 1873; depuis, l'Allemagne a adhéré à l'union de 1883 (1);

3° Avec le Danemark, 7 avril 1880;

4° Avec la Russie, traité de commerce et de navigation du 1er avril 1874, art. 17 (2);

5° Avec les Etats-Unis, 16 avril 1869, art. 1; les Etat-Unis ont adhéré depuis à l'union de 1883;

6° Avec le Luxembourg, déclaration du 27 mars 1880, art. 1;

7° Avec le Venezuéla, déclaration du 3 mai 1879;

8° Avec la Suède et la Norvège, 30 déc. 1881, art. 13, prorogé le 13 janv. 1892, la Suède et Norvège faisant d'ailleurs partie de l'union;

9° Avec la Roumanie, 31 août 1889; 23 février 1893; arrangement du 6 mars 1907, art. 1;

10° Avec la République Sud-Africaine, 10 juillet 1885; cette république a été annexée par l'Angleterre, traité de paix de Prétoria du 31 mai 1902;

11° Avec le Mexique, 27 nov. 1886, art. 2, § 7, accordant la condition de la nation la plus favorisée pour la propriété littéraire, artistique, commerciale et industrielle; conv. du 10 avril 1899 pour brevets, marques, dessins et nom commercial, art. 1, 2 et 3;

12° Avec le Guatémala, 12 novembre 1895;

13° Les Français au Japon et les Japonais en France sont assimilés aux nationaux pour la protection de leurs droits de propriété industrielle (entente d'octobre 1897); traité du 4 août 1896 (art. 20);

14° Avec le Pérou, 16 octobre 1896;

15° Avec l'Equateur, 17 mars 1900;

16° Avec le Costa-Rica, 8 juillet 1896;

17° [Avec la Bulgarie, traité du 13 janvier 1906, art. 17;]

18° [Avec Cuba, traité du 6 juin 1904;]

19° [Avec la Grande-Bretagne, traité du 28 février 1882, art. 10 (3);]

20° [Avec la Grèce, convention des 9-21 sept. 1887, art. 4 (4);]

(1) [Il est fort probable que l'Allemagne, déjà entrée dans l'union principale, ne tardera pas à adhérer, comme l'Autriche-Hongrie, à l'arrangement de Madrid.]

(2) [*Adde* les notes adressées, à la suite d'une entente mutuelle, à l'ambassade de France à Saint-Pétersbourg par M. de Giers, les 2-14 octobre 1878, et par M. de Jomini, à la date du 18 octobre 1879, dans J. C., 1890, p. 191.]

(3) [Cpr. Trib. civ. Dijon, 11 août 1904, J. C., 1904, p. 922.]

(4) [Cette convention était subordonnée, quant à la protection de la propriété industrielle, à la condition qu'une loi accordât aux étrangers le même traitement qu'aux nationaux pour les marques de fabrique et de commerce. Cette condition a été réalisée par la loi grecque des 10-22 février 1893.]

21° [Avec le Salvador, traité du 24 août 1903, ratifié seulement le 8 juin 1907 et sanctionné par le décret du 24 septembre 1907 (art. 1, 2, 3, 4 et 5) (1).]

D'après tous ces traités, les nationaux des deux pays contractants sont placés sur le pied d'une égalité parfaite, sous la seule condition de remplir les formalités imposées aux nationaux eux-mêmes, dans chacun des deux pays, pour la protection des marques de fabrique. Ces formalités se réduisent, presque partout, à un dépôt d'un ou de plusieurs exemplaires de la marque comme en France, et souvent il est dit, dans les traités, que les nationaux du pays avec lequel la convention est conclue feront leur dépôt à la capitale de l'autre Etat où ils veulent obtenir la protection pour leurs marques.

D'ailleurs, même en vertu des traités, les marques de fabrique étrangères ne sont protégées qu'autant qu'elles ne sont pas tombées dans le domaine public dans le pays auquel leur propriétaire appartient; cette règle s'applique, quelle que soit la cause qui amène la cessation de la protection en pays étranger, expiration de sa durée ou déchéance édictées par la loi étrangère.

81. C. **Nom commercial.** — Les traités précités ne parlent guère du nom commercial (2); aussi, toutes les fois qu'il ne sera pas possible de protéger le nom commercial contre les usurpations comme constituant une marque de fabrique, il faudra déterminer la condition des nationaux des deux pays contractants d'après les dispositions de la loi du pays où ils veulent invoquer leur droit. Nous avons vu comment, en France, on peut arriver à protéger le nom commercial des étrangers en utilisant les dispositions des lois de 1857 et de 1873 sur les marques de fabrique; en Belgique, au contraire, malgré l'identité de la législation sur les marques de fabrique avec la nôtre, la jurisprudence reconnaît aux étrangers le droit de protester contre l'usurpation de leur nom commercial, *de plano* et sans condition particulière : c'est une conséquence de l'art. 128 de la Constitution belge (3). Quand le nom

(1) [*J. off.* du 1er octobre 1907, J. C., 1908, p. 269. Ce traité vise non seulement les brevets d'invention et les marques de fabrique, mais aussi les noms et raisons sociales.]

(2) V. cependant traités avec la Suisse (23 février 1882), l'Angleterre (28 février 1882), la Rép. Dominicaine (9 septembre 1882), la Serbie (18 janvier 1883), le Mexique (10 avril 1899), [avec la Colombie (24 août 1903), avec le Salvador, la République de Cuba et la Bulgarie, précités. Weiss, *Traité*, II, 2e édit., 1908, p. 367, note 4.]

(3) C. de cass. de Bruxelles, *Pasicr.*, 1877, 1. 54.

commercial des étrangers est protégé par la loi locale, il faut reconnaître le droit d'invoquer cette protection à un Etat étranger agissant en tant que commerçant ou fabricant; ainsi l'Etat français a pu introduire une action devant les tribunaux belges, à l'effet d'arrêter la vente de paquets de tabac portant l'étiquette et les mentions que l'administration française des tabacs appose sur ses produits (1).

D'ailleurs, la jurisprudence étend au nom commercial les dispositions des traités concernant les marques de fabrique (2).

82. D. **Dessins et modèles de fabrique.** — Presque tous les traités étendent, au contraire, aux dessins et modèles de fabrique la protection réciproque qu'ils établissent pour les marques. La plupart des traités déclarent sans effet le dépôt d'un dessin ou modèle déjà exploité à l'étranger et n'exigent pas l'exploitation dans le pays d'importation. (V. Suède et Norvège, Espagne, Belgique, 31 octobre 1881) (3).

83. Convention générale du 20 mars 1883. — A cause de l'extension toujours croissante des relations internationales, il est du premier intérêt, pour les fabricants et négociants, de se trouver fixés à l'avance sur la situation qui leur est faite dans les différents pays au point de vue de la protection des brevets d'invention, du nom commercial, des marques, dessins et modèles de fabrique; il leur importe aussi beaucoup d'être traités partout de la même manière. Aussi s'est-on préoccupé d'organiser d'une manière uniforme la protection de la propriété commerciale et industrielle dans les différents Etats au moyen d'une entente internationale. A cet effet, le Congrès international, tenu à Paris en 1878, et

(1) V. J. C., 1878, p. 523.

(2) Cass., 27 mai 1870, D. P., 71. 1. 180; 18 novembre 1876, J. C., 76, p. 459; Trib. de la Seine, 8 mai 1878, J. C., 1878, p. 369 et 610; [Nimes, 20 décembre 1893, la *Loi* du 19 décembre 1893; Trib. Seine, 25 juillet 1888, le *Droit* du 1er août 1888; Trib. comm. Seine, 18 octobre 1888, le *Droit* du 4 novembre 1888; Paris, 18 mai 1892, J. C., 1894, p. 1164; Trib. comm. Seine, 23 juin 1893, J. C., 1894, p. 871; Nîmes, 10 janvier 1905, *R. D. I. P.*, 1906, p. 192]; Cpr. Reichsgericht, 15 janvier 1885, J. C., 1886, p. 729; Trib. Hambourg, 11 décembre 1886, la *Loi* des 19-20 décembre. Cette jurisprudence, peut-être contestable, étend sans difficulté au nom commercial les stipulations des traités concernant les marques de fabrique et de commerce, alors même que ceux-ci n'en ont pas fait mention expresse. La protection de leurs noms commerciaux est donc assurée en France aux nationaux des vingt-un Etats énumérés ci-dessus, n. 80 *in fine*, p. 250-252; V. Weiss, *Traité*, II, p. 367, note 4].

(3) [V. Weiss, *Traité*, II, p. 341, note 1.]

déjà préparé à l'exposition de Vienne en 1873, a pris l'initiative de faire convoquer par le gouvernement français une réunion des délégués de tous les Etats de l'Europe et des principaux de l'Amérique, pour établir les bases de cette organisation générale de la propriété industrielle et commerciale au point de vue international. La plupart des gouvernements se firent représenter à cette réunion qui eut lieu à Paris du 3 au 20 novembre 1880 (1). Le projet de convention rédigé par les délégués devait être signé dans le délai d'un an; mais ce n'est que le 20 mars 1883 que la convention est devenue définitive : elle n'a été acceptée que par onze Etats, plusieurs qui s'étaient fait représenter à la réunion de 1880 n'ayant pas persisté dans leur adhésion, et d'autres, qui n'avaient pas répondu à la proposition en 1880, ayant accepté la convention du 20 mars 1883. Ces Etats sont : la Belgique, le Brésil, l'Espagne, la France, le Guatémala, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, le Salvador, la Serbie et la Suisse. A cette liste il faut ajouter l'Angleterre, la Tunisie, l'Equateur, la Suède et la Norvège, la Turquie, la République Dominicaine, le Danemark, sauf ses colonies (note du 9 oct. 1894, *J. off.*, 31 oct. 1894), les Etats-Unis (30 mai 1887) [et enfin le Japon, le Mexique et la République de Cuba, qui ont adhéré après coup. En ce qui concerne la République de Cuba, elle a adhéré à la convention de Paris de 1883 par la note du 22 septembre 1904 (*J. off.* du 29 oct. 1904). Par une nouvelle note du 7 novembre 1904, elle a fait connaître son accession : 1° à l'arrangement de Madrid du 14 avril 1891, concernant la répression des fausses indications de provenance; 2° à l'arrangement de la même date relatif à l'enregistrement international de marques de fabrique et de commerce, complété par l'acte additionnel de Bruxelles de 1900 (*J. off.* du 23 décembre 1904; *R. D. I. P.*, 1905, p. 577]. Depuis, l'Equateur, le San-Salvador, le Guatémala (A. D. décembre 1894 [et *J. off.* du 12 décembre 1894] [et la République Dominicaine] ont dénoncé la convention. L'Allemagne a donné son adhésion au commencement d'avril 1903, mais elle n'a pas accepté les arrangements conclus à Madrid, en 1891, dont nous parlons plus loin (2). Le texte du traité général du 20 mars 1883 n'est pas

(1) V. J. C., 1880, p. 628 et suiv.

(2) [L'adhésion de l'Autriche-Hongrie, déjà annoncée pour le 1er janvier 1904, s'est enfin réalisée le 1er janvier 1909. V. ci-dessus, p. 250, note 2. Cette adhésion de l'Autriche-Hongrie, nous l'avons constaté, s'étend à l'arrangement de Madrid de 1891. L'Allemagne, qui a déjà adhéré à l'union principale, ne tardera pas sans doute à donner son adhésion à l'arrangement de Madrid. Seule, parmi les grandes

d'ailleurs définitif : aux termes de l'art. 14, des conférences, ayant pour but d'y apporter des modifications, doivent avoir lieu entre les délégués des Etats contractants et successivement dans chacun de ces Etats; la conférence de 1885 devait se tenir à Rome : elle a eu lieu le 29 avril 1886, mais aucune de ces modifications qu'elle a proposées n'a été ratifiée par les puissances (1). La convention de 1883 a d'ailleurs été très diversement appréciée au point de vue de ses résultats économiques, et une ligue a même été fondée pour en obtenir la dénonciation (2).

Les règles établies par la nouvelle convention peuvent se résumer en quatre points :

1° Protection réciproque est accordée pour les brevets d'invention, le nom commercial, les marques, dessins et modèles de fabrique, à tous les nationaux des Etats de l'Union ou aux nationaux d'un autre pays domiciliés ou ayant leur établissement, soit commercial, soit industriel, dans l'un des Etats de l'Union, sous la seule condition de se conformer aux dispositions de la loi locale en ce qui concerne la conservation du droit de propriété industrielle et commerciale (art. 2 et 3). Le nom commercial en particulier est protégé en lui-même, abstraction faite de la marque à laquelle il peut être incorporé (3). On a prétendu que la conven-

puissances, la Russie est à ce jour demeurée en dehors de l'Union. La Serbie, quoique faisant partie de l'Union, n'a pas ratifié l'acte additionnel de Bruxelles de 1900 : J. C., 1904, p. 346. La légation britannique à Berne, par une note du 6 avril 1908, a notifié au Conseil fédéral suisse l'adhésion de la colonie de Trinidad et Tobago à l'Union pour la protection de la propriété industrielle, régie par la convention de Paris du 20 mars 1883, le protocole du 14 avril 1891 et l'acte additionnel du 14 décembre 1900 : la convention entrera en vigueur, pour la colonie de Trinidad et de Tobago, le 14 mai 1908. *J. off.* du 1er mai 1908.]

(1) V. J. C., 1886, p. 17 et 257.

(2) V. Donzel, *Comm. de la conv. int. du 20 mars 1883, 1892;* Vincent et Penaud, vo *Propriété industrielle,* n. 390. V. texte de la convention dans le J. C., 1884, p. 652 et suivantes et 1886, p. 266; V. Lyon-Caen, *Le traité d'union du 20 mars 1883, R. D. I.*, 1883, p. 272; Bozérian, *La Conv. de 1883;* Dietz-Monin, *Rapp. au Sénat,* 16 décembre 1887, p. 17; Cahen et L. Lyon-Caen, *La Conv. int. du 20 mai 1883, 1885;* Lyon-Caen, *R. D. I.,* 1882, p. 194; Droz, J. C., 1806, p. 18. — Pelletier et Vidal-Naquet, *La convention d'union... du 20 mars 1883 et les conférences de révision ultérieures.* — [A. Osterrieth, *La convention de Paris du 20 mars 1883 et la protection internationale des marques de fabrique et de commerce, R. D. I. P.*, 1905, p. 640; 1906, p. 446.]

(3) V. *Contrà :* Cass. req., 13 fév. 1879; Pataille, 1880, p. 113; Bruxelles, 11 fév. 1880, *ibid.*, 1881, p. 106. — [La Convention de 1883 condamne pour l'avenir cette jurisprudence, tout au moins en ce qui concerne les étrangers ressortissant aux Etats de l'Union : l'art. 8 dispose, en effet, que le nom commercial est protégé

tion de 1883 établit un *minimum d'unification*, de telle sorte que les intéressés pourraient invoquer la convention ou la loi locale de chaque Etat suivant que l'une ou que l'autre leur serait plus avantageuse, et que chaque Etat serait libre, malgré la convention, d'édicter des dispositions plus rigoureuses sans tenir compte des règles contenues dans le contrat d'union. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, pour la fausse indication du lieu d'origine (cpr. art. 10 du traité d'union avec art. 19 de la loi du 23 juin 1857 et loi de 1824). Mais cette manière de voir nous paraît en contradiction formelle avec le principe que nous avons déjà établi et d'après lequel un traité, véritable contrat, lie les parties, qui ne peuvent à leur gré user de ses dispositions ou les rejeter.

Il faut reconnaître d'ailleurs que la convention, en assimilant aux nationaux des Etats de l'Union les étrangers appartenant à d'autres pays qui ont un établissement ou même un simple domicile dans l'un de ces Etats, a accordé à la protection de la pro-

dans tous les pays de l'Union, sans obligation de dépôt, *qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce.* Toutefois cet article n'établit pas une protection légale autonome de la raison de commerce, indépendante de la législation des divers pays de l'Union ; on doit appliquer, dans chaque cas, la législation locale aux noms commerciaux étrangers. V. Trib. fédéral suisse, 15 octobre 1904, J. C., 1905, p. 458 et *R. D. I. P.*, 1905, p. 573. — En ce qui concerne les marques de fabrique et de commerce, la Convention décide, dans son article 6, que, pourvu qu'elles aient été déposées dans le pays d'origine, elles sont admises au dépôt et protégées telles qu'elles se comportent dans les autres pays de l'Union. Et par pays d'origine, on entend le pays où le déposant a son principal établissement; ou bien, si ce dernier pays ne fait pas partie de l'Union, celui auquel ressortit le déposant. Malgré la précision apparente de l'art. 6, c'est une question très controversée que celle de savoir si le dépôt de la marque du pays d'origine est une condition essentielle de la protection de la loi étrangère. Dans le sens de l'affirmative qui paraît imposée par la lettre de la Convention et par l'esprit du droit international privé en matière de marques de fabrique, V. Lyon, 10 fév. 1904, J. C., 1904, p. 698; Paris, 25 novembre 1904 et Bruxelles, 27 juillet 1904, *R. D. I. P.*, 1905, p. 369; Pouillet, *Traité des marques de fabrique,* 5e édit., 1906, n. 333 *bis,* p. 369-374; Cohendy, *Propriété industrielle,* 1891, p. 136; Lucien Brun, *Les marques de fabrique et de commerce,* 1897, p. 287; Couhin, *Annuaire de l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle,* 1904, p. 454. V. en sens contraire : Bozérian, J. C., 1890, p. 200; Osterrieth, *R. D. I. P.*, 1906, p. 446 et suiv. — Il a été jugé par le *Patentamt* de Berlin, le 23 octobre 1906, que, lorsque la procédure d'enregistrement d'une marque de fabrique est encore en suspens dans le pays d'origine, on ne peut, en Allemagne, rejeter la demande de dépôt pour défaut de protection dans ce pays, quel que soit, d'ailleurs, le temps écoulé depuis le jour du dépôt à l'étranger. J. C., 1908, p. 193. Cpr. Weiss, *Traité,* t. II, p. 387, note 2.]

priété industrielle une extension compromettante pour l'intérêt économique des Etats qui adhèrent à l'Union (1).

2° Quand un commerçant ou industriel, protégé par le pacte d'union, a fait son dépôt dans l'un des Etats, il a douze mois pour les brevets, et six mois pour les marques, dessins et modèles de fabrique, afin d'effectuer le dépôt dans les autres Etats, sans qu'on puisse lui objecter, pendant ce délai, que le brevet, la marque, etc., sont tombés dans le domaine public par suite de la publicité qui leur a été donnée par la formalité du dépôt ou de toute autre manière, même par la divulgation venant de son fait (2). Les délais précités sont augmentés d'un mois pour les pays d'outre-mer (art. 4) (3).

L'expiration de ces délais ne privera pas le fabricant du droit d'exploiter son brevet ou sa marque; il sera seulement désarmé contre ceux qui en auraient commencé l'exploitation, car la convention de 1883 et l'acte additionnel de 1900 créent à son profit une faveur qui ne peut se retourner contre lui. D'ailleurs, partout, le dépôt de la marque est déclaratif et non attributif de propriété, sauf en Italie; la convention de 1883 et l'acte additionnel de 1900

(1) [V. Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 380. — Cet auteur fait aussi remarquer (p. 378, note 75) que l'égalité de traitement assurée aux ressortissants des Etats de l'Union ne va pas jusqu'à la soustraire aux règles de procédure et de compétence propres aux étrangers où ils veulent exercer leurs droits. Le protocole de clôture s'en explique formellement dans son paragraphe 3 : « Il est entendu que la disposition finale de l'art. 2 de la Convention ne porte aucune atteinte à la législation de chacun des Etats contractants en ce qui concerne la procédure civile devant les tribunaux et la compétence de ces tribunaux. Le demandeur étranger, en matière de propriété industrielle, n'est donc pas affranchi, par la Convention de 1883, de fournir la caution *judicatum solvi;* il ne pourra, en cette matière comme en toute autre, qu'invoquer les Conventions de La Haye de 1896 et de 1905. En ce sens, Lyon-Caen, *R. D. I.,* 1882, p. 193; Weiss, *loc. cit.;* Gand, 27 juillet 1887, *Belg. judic.,* 1888, p. 653; Trib. Bruxelles, 28 décembre 1887; Trib. Seine, 4 fév. 1888, Le *Droit* du 16 février 1888; Liège, 6 mars 1888, *Belg. judic.,* 1888, p. 646; Cass. Belgique, 5 avril 1888, J. C., 1889, p. 209; *Contrà,* Trib. civ. Audenarde, 8 avril 1887, Le *Droit* du 19 juillet 1887; Bruxelles, 28 juillet 1887, Le *Droit* du 9 octobre 1887. — Quant au cautionnement spécial imposé au breveté étranger par l'art. 47 de la loi de 1844, M. Lyon-Caen (S., 88. 4. 17) estime que la Convention de 1883 n'a porté aucune atteinte à l'obligation de la fournir : « il s'agit là encore, dit-il, d'une formalité de procédure ».]

(2) Paris, 11 avril 1892. Cpr. *La propriété industrielle de Berne,* 1891, p. 129.

(3) [L'art. 4 de la Convention de 1883 avait fixé ces délais à dix mois et à trois mois. L'acte additionnel de Bruxelles du 14 décembre 1900 les a portés à douze mois et à quatre mois.]

n'ont voulu que reproduire cette idée conforme à l'équité et qui se trouve dans tous les traités passés par la France.

Notons aussi que le brevet pris dans les douze mois n'est pas *d'importation ;* il est indépendant et non solidaire de ceux qui ont été pris à l'étranger. Le but de la convention et de l'acte additionnel a été de faciliter la prise simultanée des brevets par la concession d'un délai ; il faut donc que les choses se passent comme si tous les brevets étaient pris à la fois. Il en résulte que la portée générale de notre loi de 1844 sur la solidarité des brevets français et étrangers est fortement diminuée. Le gouvernement français n'avait pas pu obtenir, à la conférence de Madrid dont nous parlerons bientôt, que la règle de la non solidarité dans le cas que nous venons d'indiquer fût formellement établie. [Mais il a obtenu que l'acte additionnel de Bruxelles de 1900 déclarât, dans l'article 4 *bis* ajouté à la Convention, que « les brevets demandés dans les différents Etats contractants, par des personnes admises au bénéfice de la Convention aux termes des articles 2 et 3 seront indépendantes des brevets obtenus pour la même invention dans les autres Etats adhérents ou non à l'Union ». Weiss, *Traité,* t. II, p. 385.]

L'importation des objets brevetés n'entraîne plus déchéance du brevet en France, si les objets ont été fabriqués dans un des Etats de l'Union et que le brevet ait été également pris dans un de ces Etats (art. 5, § 1 du traité ; loi 5 juillet 1844, art. 32 § 3) (1). Mais il faut toujours satisfaire à l'obligation d'exploiter, telle qu'elle est imposée dans le pays où les produits brevetés sont introduits. [L'art. 5, § 2 de la convention de 1883 déclare que le breveté restera soumis à l'obligation d'exploiter son brevet conformément aux lois du pays où il introduit les objets brevetés. Mais, aux termes de l'acte additionnel de Bruxelles du 14 décembre 1900 (Protocole, Annexe n. 3 *bis*), « le breveté doit jouir, pour exploiter son invention, d'un délai minimum de *trois ans,* à l'expiration duquel la déchéance ne sera prononcée que s'il ne justifie pas des causes de son inaction. Or le délai accordé au breveté par la loi française du 5 juillet 1844 (art. 32-2°) pour la mise en exploitation de son brevet est de deux ans. Aussi le projet de loi du 14 janvier 1909 propose-t-il, pour mettre le texte de l'art. 32-2° de notre loi de 1844 en harmonie avec l'acte additionnel de Bruxelles, de porter le délai à *trois ans à dater du jour du dépôt de la demande* » (2).]

(1) V. J. C., 1885, p. 474 et 1888, p. 771.
(2) [V. le texte de ce projet, n. 75, p. 226.]

Du reste, cette suppression de la défense d'introduction des objets fabriqués à l'étranger a été très critiquée, au point de vue des intérêts de l'industrie nationale, par les chambres de commerce (1).

3° Les Etats contractants se sont engagés à protéger temporairement, et sans formalité préalable, tous les produits des commerçants et industriels compris dans le pacte d'Union, quand ils figureront dans une exposition internationale officielle ou reconnue par le gouvernement du pays où elle s'ouvre (2). Cet article n'a pas évidemment d'application pour les brevets d'invention dans les pays où la loi locale n'accorde aucune protection à l'inventeur, par exemple en Hollande (art. 11).

4° Un bureau international de l'*Union pour la protection de la propriété industrielle* est établi à Berne, en Suisse, et entretenu à frais communs par les Etats contractants, au prorata de leur importance. Ce bureau a pour mission de centraliser tous les renseignements sur la propriété industrielle, de les publier, d'en faire la statistique générale et de les envoyer aux administrations compétentes de tous les Etats de l'Union : le bureau doit publier en outre une feuille périodique en français, contenant des études sur les questions pouvant intéresser l'Union (art. 13). Cette feuille a pour titre : *La propriété industrielle* et paraît à Berne depuis le 1er juillet 1885.

84. La conférence internationale tenue à Madrid, en avril 1890, a introduit quelques changements à l'Union de 1883; ils ont été acceptés, dans la convention des 14-15 avril 1891, promulguée en France par la loi du 15 juillet 1892, par les Etats suivants seulement : France, Brésil, Espagne, Grande-Bretagne, Guatémala, Portugal, Suisse et Tunisie (3).

(1) [V. le rapport de M. Piault à la Chambre de commerce de Paris, en date du 8 juillet 1885, et en sens contraire, Weiss; *Traité*, t. II, p. 386-387. D'ailleurs le projet de loi sus-visé du 14 janvier 1909 accuse avec énergie les sentiments protectionnistes qui l'ont inspiré et dans lesquels d'autres pays ont devancé la France. V. ci-dessus, p. 224.]

(2) V. pour l'exposition d'Anvers, J. C., 1884, p. 566; pour celle de Paris, loi du 30 octobre 1888, *J. off.*, 1er nov. 1888; pour celle de 1900, loi du 30 déc. 1899.

(3) [Le Guatémala a dénoncé la convention de 1883 et l'arrangement de 1891, à compter du 8 novembre 1895. (*La propriété industrielle* de Berne du 30 novembre 1894; *J. off.* du 12 décembre 1894). Jusqu'à ce jour, le Brésil n'a pas déposé son acte de ratification. En revanche, la République de Cuba a accédé à l'arrangement de Madrid, par une notification du 7 novembre 1904, à compter du 1er janvier 1905, *J. off.* du 23 décembre 1904 et *R. D. I. P.*, 1907, p. 577. Quant au commentaire des dispositions de l'arrangement, *Annuaire de législation française*, 1893, p. 118 et s. Notice et notes de M. A. Darras.]

Pour la répression des fausses indications de provenance sur les produits, on saisit à l'importation les objets sur lesquels est faussement mentionné comme origine un des Etats contractants ou un lieu situé dans ces Etats. Si la législation d'un Etat n'admet pas la saisie à l'importation, elle est remplacée par la défense d'importation. Si enfin une loi n'autorise pas la saisie à l'intérieur, les victimes de la fraude ont les actions que cette loi donne, en pareil cas, à ses nationaux. Le vendeur peut indiquer sur les produits son nom et son adresse, mais en mentionnant le lieu de fabrication. On maintient aussi la faculté d'user des désignations génériques admises par l'usage, telles que : *gants de Suède*, mais cette tolérance n'est jamais concédée pour les produits vinicoles : ainsi la qualification vins de Champagne n'est pas dans le domaine public et ne peut jamais s'appliquer à des vins non champenois (1). Ce sont là des innovations considérables, car le traité de 1883 n'interdisait les fausses indications de provenance que s'il y figurait un nom de commerçant de la localité, fictif ou emprunté dans un but de fraude (art. 10).

[La convention signée à Madrid le 14 avril 1891 entre la France, le Brésil, l'Espagne, la Grande-Bretagne, le Portugal, la Suisse et la Tunisie, a heureusement complété aussi, dans les rapports des puissances signataires, qu'elle constitue à l'état d'Union restreinte, les règles posées par l'art. 10 de la convention de 1883, quant aux personnes à la requête desquelles la saisie est possible. Aux termes de l'art. 2 de l'arrangement de Madrid, la saisie aura lieu à la requête du ministère public, ou d'une partie intéressée, individu ou société, conformément à la législation intérieure de chaque Etat. Est réputé en ce cas partie intéressée tout producteur, fabricant ou commerçant engagé dans la production, la fabrication ou le commerce de ce produit, et établi soit dans la localité faussement indiquée comme provenance, soit dans la région où cette localité est située (art. 10 de la convention de 1883, modifiée par l'acte additionnel de Bruxelles de 1900. V. Weiss, *Traité*, t. II, p. 390-392 ; Lacour, *La répression internationale des fraudes d'après les conventions d'union de Paris et de Madrid*, J. C., 1906, p. 47 et suiv., p. 671 et suiv. ; 1907, p. 69 et suiv., *præsert.*, 1906, p. 683 (2).]

(1) V. texte J. C., 1892, p. 1071, promulgation, *J. off.*, 3 août 1892, et Paris, 18 nov. 1892, J. C., 1893, p. 406; [V. aussi Douai, 18 mai 1900, J. C., 1903, p. 846; Rouen, 26 juin 1900, J. C., 1901, p. 359; Trib. Seine, 11 juillet 1901, J. C., 1901, p. 982; Bordeaux, 28 juillet 1902, J. C., 1903, p. 850.]

(2) [Sur ce qu'il faut entendre par partie intéressée, V. Cour suprême de Lis-

Entre les mêmes pays, moins la Grande-Bretagne et le Brésil, et en plus les Pays-Bas et l'Italie qui a adhéré à ce second accord le 15 octobre 1894 (J. C., 1895, p. 402), on a réglé l'enregistrement international des marques de fabrique et de commerce. Les sujets des Etats contractants et même ceux des autres pays qui sont domiciliés ou ont un établissement dans l'un de ces Etats, peuvent assurer dans toutes les puissances de l'Union la protection de leurs marques en en faisant le dépôt au Bureau international de Berne, par l'entremise du pays d'origine. Le Bureau enregistre les marques déposées, notifie l'enregistrement aux Etats contractants et publie les marques déposées dans un supplément de son journal. La protection ainsi obtenue dure vingt ans, sauf renouvellement, sans jamais dépasser la durée de la protection dans le pays d'origine (1).

[Ainsi, la France, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Suisse et la Tunisie ont organisé, dans leurs rapports mutuels, par la convention de Madrid du 14 avril 1891, *l'enregistrement international des marques de fabrique et de commerce*. Aux termes de cette convention, modifiée par l'acte additionnel de Bruxelles du 14 décembre 1900, les sujets ou citoyens de chacun des Etats contractants et ceux que l'art. 3 de la Convention de Paris leur assimile, c'est-à-dire les sujets des Etats non-concordataires qui ont leur domicile ou un établissement industriel ou commercial sur le territoire de l'une des puissances contractantes, peuvent s'assurer dans *tous* les autres pays concordataires, pour une durée de vingt ans, la protection des marques déposées dans leur pays d'origine, *moyennant le dépôt des dites marques au Bureau international de Berne effectué par les soins de l'administration de ce pays*. Ce dépôt unique, notifié par le Bureau international aux divers Etats contractants, équivaut à un dépôt

bonne, 10 août 1901, J. C., 1905, p. 451. L'art. 2 *in fine* de l'arrangement de Madrid porte que « les autorités ne seront pas tenues d'effectuer la saisie en cas de transit ». Ce n'est pas une défense : dès lors, rien n'empêche les producteurs et fabricants français d'invoquer les droits qu'ils tiennent de l'art. 19 de la loi de 1857 et de l'art. 15 de la loi douanière de 1892. Léon Lacour, J. C., 1906, p. 699.]

(1) Règl. du Bureau, J. C., 1892, p. 1079 et *Ann. législ. française,* 1893, p. 122; décret du 17 déc. 1892, *J. off.*, 25 déc. et 25 avril 1893; [Poinsard, *R. D. I. P.*, 1905, p. 269 et suiv., p. 833 et suiv. — La cour d'Aix a jugé, le 25 avril 1901, J. C., 1901, p. 792, que le dépôt international de la marque, effectué à Berne par un négociant étranger ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits antérieurement acquis en France sur une marque semblable par un négociant établi en France. Cpr. Trib. fédéral suisse, 15 octobre 1904, *R. D. I. P.*, 1905, p. 573.]

opéré dans chacun d'eux. L'administration de chaque pays a la faculté de déclarer que sa législation s'oppose à la protection; néanmoins, elle n'est admise à faire cette déclaration que dans les conditions où il lui serait permis de refuser directement l'enregistrement de la marque, s'il lui était demandé en vertu de la convention de 1883. Dès que la marque déposée cesse, pour une raison quelconque, d'être protégée dans son pays d'origine, elle cesse également de l'être partout ailleurs (1).]

Enfin un protocole pour modifier la contribution des puissances à l'entretien du bureau international a été adopté par la France, la Tunisie, la Belgique, le Brésil, l'Espagne, les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, le Guatémala, l'Italie, la Suède et la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et la Suisse.

Un quatrième projet d'accord avait particulièrement pour objet de fixer la portée du mot *exploiter*, en ce qui concerne les brevets pris à l'étranger et dont l'exploitation doit être faite dans les pays où leur protection est demandée. Mais le Parlement français a refusé d'approuver cette convention, en voulant maintenir le droit, pour chaque pays, de régler comme il l'entend les conditions exigées pour qu'il y ait exploitation véritable dans son territoire (2).

[La convention d'Union de 1883 et les arrangements, actes additionnels et protocoles qui l'ont complétée et modifiée ne se

(1) [V. Weiss, *Traité,* II, p. 388, note 1. Nous rappelons : 1° que la République de Cuba a accédé aux arrangements de Madrid et de Bruxelles, à compter du 9 janvier 1905 (*J. off.* du 23 décembre 1904) ; 2° que l'Autriche-Hongrie a notifié son accession à la convention de 1883 et aux arrangements de Madrid et de Bruxelles à compter du 1er janvier 1909. *Journal des débats* du 7 décembre 1908.]

(2) V. *J. off.,* Sénat, 10 avril 1892 et Chambre des députés, 27 mars 1892, annexe, n. 2012. — La conférence internationale de Bruxelles, le 14 décembre 1900, a voté les résolutions suivantes :

1. Les délais de la propriété, fixés antérieurement à six mois pour les brevets et à trois mois pour les dessins et modèles industriels, ainsi que les marques de fabrique et de commerce (art. 4, § 3 de la convention du 20 mars 1883), sont portés à douze mois pour les brevets et à quatre mois pour les dessins ou modèles ;

2. Les ressortissants de la convention jouiront, dans tous les Etats de l'Union, de la protection accordée aux nationaux contre la concurrence déloyale ;

3. Le breveté, dans chaque pays, ne pourra être frappé de déchéance pour cause de non-exploitation qu'après un délai minimum de trois ans, à dater du dépôt de la demande dans les pays dont il s'agit, et dans les cas où le breveté ne justifierait point des causes de son inaction. [Nous avons signalé les modifications que l'acte additionnel de Bruxelles du 14 décembre 1900 a apportées à la convention de 1883 et aux arrangements de Madrid du 14 avril 1891.]

limitent pas aujourd'hui, en France, à la protection *internationale* des droits dits de propriété industrielle. Après une polémique assez vive sur l'application, aux nationaux des Etats contractants, des règles posées dans la convention de 1883 et les actes ultérieurs (1), la loi du 1er juillet 1906 a permis aux *Français* eux-mêmes de réclamer en France, en Algérie et dans les colonies françaises le bénéfice de leurs dispositions, « dans tous les cas où ces dispositions sont plus favorables que la loi française pour protéger les droits dérivant de la propriété industrielle, et notamment en ce qui concerne les délais de priorité et d'exploitation en matière de brevets d'invention ». Cette extension à nos nationaux de conventions faites en vue des rapports de la France avec les puissances étrangères leur offre de nombreux avantages. En voici quelques-uns. Les Français sont soustraits à la déchéance que leurs brevets d'invention auraient encourue pour introduction en France d'objets semblables à ceux que ces brevets garantissent fabriqués en pays étrangers (Loi du 5 juillet 1844, art. 32-3°). Mais le projet de loi du 14 janvier 1909 propose d'introduire dans l'art. 32-2° de la loi de 1844 une cause de déchéance résultant d'une non-exploitation suffisante du brevet en France (V. ci-dessus n° 75, p. 226). Dans l'esprit du gouvernement de la Grande-Bretagne, qui a devancé la France dans cette voie en promulguant le *Patent and Design Act* de 1907, comme dans celui du gouvernement français, cette cause de déchéance commune aux Français et aux étrangers n'est pas contraire aux conventions et actes additionnels relatifs à la protection de la propriété industrielle. De plus, le délai de deux ans, établi par l'art. 32-2° de la loi de 1845, passé lequel il peut y avoir déchéance pour défaut de mise

(1) [V. dans le sens de l'application aux nationaux des Etats contractants, et notamment aux Français, des règles de la convention de 1883 et des actes complémentaires ultérieurs, Paris, 18 mars 1892, S., 1893. 2. 74; Trib. comm. Marseille, 4 février 1896, *Le Droit* du 16 avril 1896; Douai, 18 mai 1900, *Annales de la propriété industrielle,* 1900. 1. 178; Montpellier, 14 mars 1903, *La propriété industrielle* de Berne, 1904, p. 135; Trib. civ. Seine, 23 décembre 1905, *R. D. I. P.*, 1906, p. 500; Trib. comm. Mans, 2 février 1887, *Le Droit* du 10 décembre 1887; Pouillet et Plé, *La convention internationale du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle*, n. 13 et 70; G. Huard, *Traité de la propriété industrielle,* II, n. 372; Allard, *Application en France à l'égard des Français des conventions internationales concernant la propriété industrielle, R. D. I. P.*, 1906, p. 221. L'opinion contraire, qui avait les préférences de M. Weiss, *Traité,* t. II, p. 395, note 1, avait été soutenue par M. Lyon-Caen, *De la non-applicabilité en France à l'égard des Français des conventions internationales concernant la propriété industrielle, R. D. I. P.,* 1906, p. 482.

en exploitation du brevet est porté à trois ans et le projet de 1909 propose de mettre sur ce point l'art. 32-2° *a*) en harmonie avec les actes diplomatiques signés par la France et avec la loi du 1er juillet 1906 (V. ci-dessus, n° 75, p. 226). En troisième lieu le brevet pris en France par un Français devient indépendant, quant à sa durée, du brevet pris antérieurement par lui dans un autre pays pour la même invention (Loi du 5 juillet 1844, art. 29). Désormais, en quatrième lieu, ce brevet ne pourra être annulé pour défaut de nouveauté, à raison de la publication de l'invention dans le délai de priorité fixé par la convention d'union (même loi, art. 31). Enfin, la désignation régionale des produits vinicoles du Français ne peut en aucun cas être considérée comme ayant un caractère générique (1).]

SECTION VII

LÉGISLATION COMPARÉE

85. Sans entrer dans le détail des législations étrangères, entreprise considérable qui sortirait des limites de cette étude, l'indication sommaire des règles fondamentales adoptées dans les principaux Etats pour fixer la condition des étrangers suffira pour convaincre que, partout, les anciens sentiments de haine et de méfiance sont de plus en plus abandonnés, et que l'on en vient chaque jour à assimiler davantage la condition des étrangers à celle des nationaux, suivant le vœu de l'Institut du Droit international (Oxford, 1880, *Ann. de l'Institut*, t. V, p. 41, 43, 56 à 57).

1° La loi anglaise a toujours contenu des dispositions assez contradictoires en ce qui concerne la condition des étrangers. Tandis que les réfugiés politiques trouvaient sur le territoire de l'Angleterre un asile assuré, que tous les étrangers y jouissaient des droits civils et de la plus grande liberté pour faire le commerce, que même ils bénéficiaient de la faveur, réservée partout aux nationaux, de ne pouvoir être expulsés qu'en vertu d'un jugement et non par simple mesure administrative, sauf autorisation du Parlement de suspendre l'*Habeas corpus*, comme on le fit en 1793 pour les jacobins, et sauf la restriction importante de

(1) V. Lallier, *Les conséquences pratiques de la loi du 1er juillet 1906, relative à l'application des conventions internationales concernant la propriété industrielle*, *R. D. I. P.*, 1907, p. 114 et s.; Weiss, *Traité*, II, 2e édit., 1908, p. 395-396.

l'*Aliens Act* du 11 août 1905 (V. ci-dessus n° 37, p. 110-111); par contre, la loi anglaise refusait aux étrangers la faculté d'être propriétaires fonciers. C'est en s'inspirant des principes féodaux qui sont encore la base de leur législation, que les juristes anglais arrivaient à cette dernière conséquence. Le souverain d'Angleterre étant suzerain de tout le territoire, tout détenteur du sol devenait son vassal et ne devait, par suite, relever d'aucune autre autorité : or l'étranger, soumis à son gouvernement, ne satisfaisait pas à cette condition. Cependant, à la suite de la loi du 6 août 1844, les étrangers furent admis à prendre des immeubles en qualité d'emphytéotes pour une durée de vingt et un ans. Enfin, l'*Act* du 12 mai 1870 leur permet de devenir propriétaires sans aucune espèce de restriction : toutefois les navires anglais ne peuvent jamais appartenir à des étrangers (1). Mais les concessions faites par les lois de 1844 et de 1870 ne concernent que l'étranger *ami;* si la guerre éclate, l'étranger ne peut plus passer de contrat et ses biens sont à la discrétion du gouvernement anglais; les anciens contrats conclus par l'étranger sont même suspendus dans leurs effets tant que dure la guerre. Le caractère ami ou ennemi se détermine par le domicile dans le pays adversaire, ou en pays neutre, et non par la nationalité; au moins, en tant qu'il s'agit du domicile commercial fixé par le siège des affaires.

L'étranger ne peut être tuteur que de ses enfants et encore sous la surveillance de la Haute-Cour de justice (Haute-Cour, 7 mai 1891, Lebret, J. C., 1892, p. 254). Mais il est astreint aux devoirs du jury après dix ans de séjour (*Juries act* de 1870, art. 8).

Pour la propriété littéraire et artistique, l'étranger peut obtenir du gouvernement anglais la protection des œuvres déjà publiées à l'étranger, pour un temps qui ne peut excéder celui qui leur serait accordé si elles avaient d'abord paru en Angleterre ou dans les colonies anglaises et pourvu qu'à ce moment l'auteur eût été présent dans un lieu soumis à la juridiction anglaise (lois du 1er juillet 1842, du 10 août 1882 et du 25 juin 1886 pour l'application de la convention de Berne) (2). En ce qui concerne la propriété

(1) [Sur la nationalité des navires en Angleterre, V. loi de 1870, art. 14; loi du 25 août 1894 (57 et 58 Victoria, chap. 60). Cpr. J. C., 1875, p. 215; 1902, p. 639; 1903, p. 294; Weiss, *Traité,* II, 2e édit., 1908, p. 552, note 1.]

(2) [E. Lehr, *Eléments du droit civil anglais,* 2e édit., par J. Dumas, 1906, p. 79. Cette condition de résidence, imposée par une décision de la Chambre des Lords en 1854 au littérateur et à l'artiste, est vivement critiquée par les auteurs (Cpr. Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 553, note 2). Suivant M. Blacke Odgers,

industrielle et commerciale, l'étranger est traité comme le national anglais (loi du 25 août 1883, art. 4).

Depuis la loi du 12 mai 1870, art. 5, les étrangers sont jugés dans les mêmes formes que les nationaux, tandis qu'auparavant ils pouvaient réclamer un jury composé pour moitié de leurs compatriotes, d'abord en toute matière, et, depuis un statut de Georges IV, en matière criminelle seulement (1).

Les personnes morales étrangères régulièrement constituées dans leur pays ont les droits fixés par la loi qui les régit, sauf à respecter les dispositions prohibitives de la loi britannique, par exemple l'interdiction pour elles de posséder des immeubles d'après le *Mort main Act* (2).

elle aurait cessé d'être légitime, depuis la promulgation de l'*Aliens Act* de 1870 (J. C., 1895, p. 922). Une note de lord Salisbury, en date du 20 juin 1891, semble bien confirmer cette manière de voir (*Le droit d'auteur,* 15 janvier 1892, p. 10). V. cependant, relativement au droit de reproduction de dessins et peintures exécutés par un artiste étranger résidant à l'étranger, Haute-Cour de justice d'Angleterre, division du Banc de la Reine, 4 décembre 1896, J. C., 1897, p. 607). La loi du 25 juin 1886 *(International Copyright)* et les ordonnances en conseil relatives à la protection internationale du droit des auteurs s'appliquent à l'ensemble de l'Empire britannique, notamment au Canada. Cour du Banc du Roi de Montréal, 28 juin 1906 (J. C., 1907, p. 1174. V. aussi la loi australienne du 21 décembre 1905 sur le droit d'auteur. *Le droit d'auteur,* 1906, p. 63; *Annuaire de législation étrangère,* 1906, p. 800).]

(1) [E. Lehr, *op. cit.,* 2e édit., t. I, p. 27.]

(2) Cons. W. F. Craies, *Le droit d'expulsion en Angleterre.* J. C., 1889, p. 246 et 348; Dicey et Stocquart, *Le statut personnel anglais,* t. I, p. 437; Westlake, *Private int. Law,* § 286. — La loi du 28 août 1907, complétant celle du 8 août 1900, a assujetti les sociétés formées ou plus exactement *incorporées* hors du territoire du Royaume-Uni à certaines conditions de publicité et de surveillance, lorsqu'elles y ont un siège d'opérations. V. ci-dessus, n. 58, p. 182. — Pour le paiement des impôts : J. C., 1888, p. 541 et 719, 1890, p. 531 : Dicey, trad. Stocquart, *Le statut personnel anglais,* II, appendice, et t. I, p. 435. — Alderson Foote, *Condition légale des sociétés étrangères en Angleterre,* J. C., 1882, p. 465; E. Bertrand sur la *Condition des étrang. en Angleterre, Bull. Soc. législ. comp.,* 1871-72, p. 71; F. Rolt, *La propriété intellectuelle internationale d'après la législation anglaise,* J. C., 1888, p. 447; Lebr, *Eléments de droit civil anglais,* 2e édit.; Wood Renton, *Protect. intern. des inventions en Angleterre,* J. C., 1893, p. 94; Haute-Cour de justice, 7 déc. 1888 et 5 juillet 1889, J. C., 1889, p. 879 et 883. — [Il semble bien que les étrangers, même résidant à l'étranger, soient admis au bénéfice de la loi de 1906 sur les accidents du travail (*Workmen's compensation Act;* Knowles, *La loi anglaise sur les accidents du travail, R. D. I. P.,* 1908, p. 360 et suiv.; Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 557. V. ci-dessus, nº 37, p. 128, note 2. — *Adde* Haute-Cour de justice, division du Banc de la Reine, 13 mai 1892, J. C., 1893, p. 428; 18, 19 juillet et 12 août 1893, J. C., 1894, p. 898; Haute-Cour de justice, Cour d'appel, 13 janvier 1903, J. C., 1905, p. 410.]

2° Le code civil d'Autriche de 1811, art. 33. concède en principe les mêmes droits aux étrangers qu'aux nationaux, mais il autorise des mesures de rétorsion quand la loi étrangère se montre plus rigoureuse pour les Autrichiens, par exemple en maintenant des droits d'aubaine ou de détraction (V. Stoerk, J. C., 1880, p. 329; pour les sociétés étrangères en Autriche, *Ann. législ. étrang.*, 1874, p. 293; en Hongrie, Beauchet, J. C., 1887, p. 171). [La loi autrichienne du 26 décembre 1895, concernant le droit d'auteur sur les œuvres de littérature, d'art et de photographie, protège toutes les œuvres qui ont été publiées sur le territoire, et de plus celles dont les auteurs sont autrichiens, même si elles ont vu le jour à l'étranger ou sont encore inédites (art. 1er); la même protection s'étend aux œuvres des étrangers, si elles ont paru dans l'empire allemand et aux œuvres encore inédites des sujets allemands, pourvu que la réciprocité soit assurée et avec cette réserve que la protection ne durera pas plus longtemps qu'en Allemagne. Pour les autres œuvres, la protection en est régie par les traités (avec la France, 11 décembre 1866; avec l'Italie, traité relatif à la propriété littéraire du 8 juillet 1890; convention de commerce du 10 février 1906; avec l'Angleterre, 24 avril 1893; avec l'Allemagne, 30 décembre 1899). La loi du 11 juillet 1897 sur les brevets d'invention, comme la loi allemande de 1891, ne fait aucune distinction en principe entre le national et l'étranger (art. 1er), sauf mesures de rétorsion possibles en vertu d'une ordonnance ministérielle contre les États qui n'accordent aucune protection ou qui n'accordent qu'une protection insuffisante aux inventions des sujets autrichiens (art. 31) (1). La loi du 28 décembre 1887 sur l'assurance des ouvriers contre les accidents du travail ne fait, d'une manière générale, aucune différence entre les nationaux et les étrangers; elle se borne à décider (art. 42) que : « si l'ayant droit est un étranger et qu'il séjourne constamment sur une terre étrangère, l'assureur est fondé à le désintéresser en substituant à la rente à laquelle il aurait droit un capital proportionné aux circonstances de la cause » (2). Les règles admises à l'égard des étrangers en Hongrie ne diffèrent pas sensiblement (loi du 1er juillet 1884 sur le droit d'auteur; lois de 1890 et de 1895 sur les marques de fabrique, loi XXXVII de 1895 sur les brevets d'invention) (3).

(1) *Annuaire de législ. étrang.*, 1896, p. 304; 1898, p. 341 et s.
(2) [Feigenwinter, *R. D. I. P.*, 1908, p. 30.]
(3) [*Annuaire de législ. étrang.*, 1891, p. 362; 1896, p. 359, p. 334 et s. Cpr.

3° La même règle de réciprocité domine dans la plupart des Etats de l'Empire allemand (Code de Prusse, introd., §§ 41-43; Code saxon, art. 20; la loi du 10 février 1877 sur les faillites; Keidel, *Condition des étrangers en Allemagne*, J. C., 1894, p. 72 et 703). De même, avec l'assentiment du Conseil fédéral, un système de rétorsion peut être organisé par le chancelier de l'Empire contre un Etat étranger ou ses nationaux, en vertu de l'art. 31 de la loi d'introduction du nouveau code civil. [L'art. 5 de la loi d'Empire du 7 mai 1898 (*Konkurs-Ordnung*) fait de cette idée une application remarquable, lorsqu'il dispose que : « les créanciers étrangers sont égaux aux nationaux en matière de faillite, mais qu'avec l'approbation du Conseil fédéral (Bundesrath), il peut être décidé, par ordonnance du chancelier de l'Empire, qu'un droit de représailles sera mis en usage contre les nationaux d'un Etat étranger ou leurs ayants droit ». D'ailleurs, le nouveau code civil allemand maintient en vigueur, par l'art. 88 de la loi d'introduction, les restrictions apportées aux droits des étrangers par les législations des divers Etats; et les particularités législatives propres à tel ou tel Etat allemand sont parfois défavorables aux étrangers : par exemple, les art. 4 et 5 du *Landrecht* wurtembourgeois limitent pour l'étranger le droit d'acquérir des immeubles; la loi hambourgeoise ne permet à l'étranger d'acquérir des immeubles qu'avec l'autorisation du Sénat (1); la loi badoise du 4 juin 1864 a institué un privilège au profit des nationaux en matière de successions et de donations (2).]

[En Allemagne, les auteurs de nationalité étrangère sont moins bien traités que les ressortissants de l'Empire quant à la protection légale de leurs œuvres littéraires et musicales, que celles-ci aient paru ou non, déclare l'art. 54 de la loi du 19 juin 1901 (*Ann. de législ. étrang.*, 1902, p. 163); donc, qu'elles aient été éditées en Allemagne ou à l'étranger, les Allemands sont protégés; tous les auteurs et compositeurs étrangers n'ont en principe droit à la protection légale en Allemagne que pour les œuvres qui y ont paru, et encore à la condition qu'ils ne les aient pas aupara-

Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 612-614, et le même auteur, *loc. cit.*, p. 615 sur la condition des étrangers en Bosnie et Herzégovine, provinces ottomanes dont l'art. 25 du traité de Berlin a confié l'occupation et l'administration à l'Autriche-Hongrie et sur lesquelles l'empereur François-Joseph a déclaré, le 5 octobre 1908, « étendre les droits de sa souveraineté ». *R. G. D. I.*, 1908, *Doc.*, p. 32.]

(1) [Trib. rég. Hambourg, 6 octobre 1900, J. C., 1902, p. 147.]

(2) [V. Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit. 1908, p. 599, note 2.]

vant fait paraître à l'étranger, soit en original, soit en traduction ; sous la même condition, ils sont protégés pour chacune de leurs œuvres dont ils ont publié une traduction en Allemagne, la traduction étant considérée dans ce cas comme un ouvrage original (art. 55). Mais ces restrictions sont écartées ou atténuées par les très nombreuses conventions que l'Allemagne a conclues avec les puissances étrangères, par exemple avec la Belgique le 20 décembre 1883, avec l'Italie le 20 juin 1884, avec les Etats-Unis le 15 juillet 1892 (*Zeitschrift für internationales Privat und Strafrecht*, 1892, p. 420; A. Darras, J. C., 1898, p. 704, note 2), avec l'Autriche-Hongrie le 30 décembre 1899, et avec la France le 8 avril 1907 (1). L'Allemagne a été un des premiers Etats adhérents à la convention d'Union signée à Berne en 1886, et c'est à Berlin qu'a été signée la convention de Berne revisée le 13 novembre 1908 (2).]

[La loi du 10 janvier 1876, qui a organisé la protection des œuvres photographiques en Allemagne, ne tient aucun compte du lieu de publication : elle s'attache uniquement à la nationalité de l'auteur et ne protège que la photographie allemande (3). La loi du 11 janvier 1876, relative à la protection des dessins et modèles industriels, assimile aux nationaux ceux qui ont en Allemagne un domicile ou un établissement industriel; mais en ce qui concerne les étrangers, la garantie légale se limite aux seuls produits issus de fabriques allemandes. D'autre part, l'étranger peut, même à défaut de domicile ou d'établissement, se prévaloir des stipulations des traités conclus par son pays (4). La loi du 1er juin 1891, spéciale aux modèles d'utilité (*Gebrauchmuster*) dans son art. 13 subordonne la protection légale à la réciprocité législative ou au fait d'avoir en Allemagne un domicile ou un établissement industriel (*Ann. de législ. étrang.*, 1892, p. 204 et suiv., notice, traduction et notes de M. Ch. Lyon-Caen).]

Les étrangers peuvent prendre des brevets d'invention, sauf mesure de rétorsion s'il y a lieu (loi du 7 avril 1891, J. C., 1892, p. 405 et G. Huard, *Bull. Soc. législ. comp.*, 1892, p. 558). Les marques de fabrique étrangères sont protégées si leur propriétaire a un établissement en Allemagne ou s'il peut invoquer la réciprocité législative (loi du 30 mars 1874, art. 13 et 20 ; Kohler,

(1) Ce traité a remplacé la convention du 19 août 1883, J. C., 1907, p. 1220.
(2) [V. ci-dessus n. 72, p. 207, note 1.]
(3) [A. Darras, J. C., 1893, p. 711.]
(4) [J. Keidel, J. C., 1894, p. 82.]

J. C., 1887, p. 39 et 161; loi du 12 mai 1894, pour la protection des marques de marchandises, J. C., 1895, p. 208). Pour le nom commercial, on n'exige que la réciprocité de fait mentionnée au *Bulletin des lois* (Reichsgericht, 15 janvier 1885, J. C., 1886, n. 729). [En ce qui concerne la concurrence déloyale, la loi du 26 mai 1896 (art. 16) dispose que quiconque (Allemand ou étranger), ne possède pas un établissement principal en Allemagne ne peut invoquer le bénéfice de ses dispositions qu'autant que, d'après un avis publié à la *Gazette de l'Empire* (Reichsanzeiger), les industriels allemands jouissent, dans le pays où se trouve l'établissement principal, d'avantages analogues (1).]

[La condition des personnes morales étrangères n'est pas réglementée d'une manière uniforme dans tous les Etats de l'Empire. L'art. 10 de la loi d'introduction au Code civil allemand, qui laisse de côté, comme relevant du droit des gens, tout ce qui concerne la reconnaissance des personnes juridiques du droit public et des corporations qui ont leur siège à l'étranger, et comme appartenant au droit commercial et aux lois spéciales la condition des sociétés de commerce étrangères (2), semble exiger que, pour être capable en Allemagne, une association étrangère constitue une personne morale d'après sa loi nationale et soit reconnue par décision du Conseil fédéral; mais cette conclusion rigoureuse est démentie par l'art. 23 du Code civil, aux termes duquel le Conseil fédéral a le droit de conférer, sans autre condition, la capacité juridique à une association qui n'a pas son siège dans un des Etats confédérés, ce qui laisse au Conseil fédéral toute latitude pour attribuer la personnalité à des collectivités étrangères qui en sont dépourvues dans leur propre pays (3). Les sociétés de commerce *étrangères*, c'est-à-dire celles qui ont leur siège hors du

(1) [Cpr. sur tous ces points, Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 590-599. L'Allemagne n'a adhéré qu'à partir du 1er janvier 1903 à la convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle, et elle n'a pas encore ratifié les arrangements de Madrid du 14 avril 1891; mais elle a conclu des traités qui s'inspirent des principes de cette convention avec l'Autriche-Hongrie (6 décembre 1891), avec l'Italie (18 janvier 1892), avec la Suisse (13 avril 1892) et avec la Serbie (9-21 août 1893).]

(2) [Trib. rég. sup. Hambourg, 30 nov. 1903, J. C., 1905, p. 1058; 23 mars 1904, J. C., 1906, p. 200; 22 nov. 1904, *R. D. I. P.*, 1906, p. 783. — Niemeyer, *Das internationale Privatrecht des B. G. B.*, 1901, p. 130 et s. — Sur la nationalité des personnes morales dans le droit allemand, v. E. Isay, *Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen*, analyse par M. Gombeaux, J. C., 1907, p. 993.]

(3) [Niemeyer, *loc. cit.*, p. 130; Weiss, *op. cit.*, p. 599-601.]

territoire de l'Empire (1), sont régies par la loi du pays où ce siège est établi. Mais la loi sur l'industrie (art. 12) dispose que l'exercice d'une profession par des personnes juridiques étrangères relève des lois particulières de chaque Etat confédéré, et le Code de commerce (art. 201, al. 5) mentionne l'autonomie qui appartient aux divers Etats allemands en cette matière. Or, la plupart des législations allemandes soumettent encore aujourd'hui à la nécessité d'une autorisation administrative préalable, *à moins que la réciprocité ne soit garantie*, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, et en général toutes les personnes juridiques domiciliées à l'étranger qui veulent exercer leur profession et spécialement établir une succursale sur le territoire d'un Etat confédéré. Même admises à faire valoir leurs droits sur le territoire allemand, les sociétés étrangères ne sont pas nécessairement investies de la même capacité que les sociétés indigènes. L'art. 88 de la loi d'introduction du Code civil maintient les dispositions des lois particulières de chaque Etat confédéré qui font dépendre de l'approbation de l'Etat l'acquisition d'immeubles par les étrangers. Et presque toutes les législations allemandes subordonnent à l'autorisation du gouvernement toute acquisition immobilière réalisée par une personne juridique étrangère, notamment par une société de commerce, tout en réservant le cas où la réciprocité serait garantie (2). Enfin la loi du 12 mai 1901 a édicté des règles particulières pour les sociétés et entreprises privées d'assurances, à l'effet de faciliter la surveillance et le contrôle de leurs opérations; les art. 85-91 de cette loi soumettent à l'autorisation du chancelier de l'Empire les entreprises d'assurances étrangères et n'admettent la conclusion de contrats d'assurances avec des personnes résidant habituellement en Allemagne ou sur des immeubles situés en Allemagne que par l'intermédiaire de fondés de pouvoirs domiciliés dans l'Empire (3).]

4° La règle de la réciprocité est aussi suivie en Serbie (C. de 1844, art. 47; Pawlowitch, J. C., 1884, p. 5 et 140). [A défaut de conventions diplomatiques, le système de réciprocité législative établi par l'art. 47 du code civil serbe de 1844 demeure applicable,

(1) [Cpr. *Reichsgericht*, 9 mars 1904, *R. D. I. P.*, 1905, p. 364.]

(2) [V. notamment loi francfortaise du 29 sept. 1863 (art. 3), et Trib. rég. Francfort-sur-le-Mein, 30 juin 1899, *Zeitsch. für int. Privat.*, 1900, p. 65; loi hessoise du 17 juil. 1899 (art. 15).]

(3) [*Ann. de législ. étr.*, 1902, p. 86 et suiv.; Weiss, *op. cit.*, p. 605-606. — V. ci-dessus, n. 58, p. 183.]

notamment en matière de succession. L'art. 423 du même code prévoyait des « traités de nation à nation » pour déterminer les droits des étrangers sur la succession des citoyens serbes. Et plusieurs conventions sont intervenues en exécution de ce texte : convention avec l'Italie, des 28 octobre-8 novembre 1877; avec les Etats-Unis d'Amérique, des 2-14 octobre 1881; avec la Grèce, du 19 mai 1883; avec l'Autriche-Hongrie, des 28 juillet-9 août 1892. Ces conventions reconnaissent aux nationaux des puissances contractantes le droit d'acquérir et de transmettre en Serbie, même par succession ou par testament, comme le faisait l'art. 7 de la convention franco-serbe, aujourd'hui dénoncée, du 18 janvier 1883 (1). La convention de commerce et de navigation signée entre la France et la Serbie à Belgrade le 23 décembre 1906-5 janvier 1907, pour compléter, en ce qui concerne les relations commerciales des deux pays, la convention franco-serbe des 23 juin-5 juillet 1893, porte que « les ressortissants de chacune des parties contractantes pourront acquérir des terres, en se conformant comme les nationaux eux-mêmes et les ressortissants de la nation la plus favorisée, aux lois et règlements des pays respectifs » (2).]

5° En Roumanie, le code de 1865 assimile les étrangers aux nationaux, mais la loi du 13 octobre 1879 les prive du droit d'acquérir des immeubles ruraux. (Djuvara, J. C., 1892, p. 1121, et *Ann. de l'Ecole des Sciences politiques*, 1888, p. 602; Suliotis, J. C., 1887, p. 430 et 581; prohibition étendue aux dispositions testamentaires (Flaischlen, J. C., 1894, p. 282).

[C'est une question très controversée en Roumanie que celle de savoir si un étranger peut hériter, par succession testamentaire ou *ab intestat*, de biens ruraux situés en ce pays. L'affirmative semble prévaloir dans la doctrine et la jurisprudence (Missir, *Le droit de succession des étrangers aux immeubles ruraux en Roumanie*, 1886, 1 vol. in-12, 130 pp.; la jurisprudence a fini par décider que la Constitution n'interdit aux étrangers que la détention matérielle des immeubles ruraux et qu'en conséquence, au cas où un étranger est appelé à une succession en Roumanie, on ne peut le déclarer déchu de tout droit au partage des immeubles

(1) [V. Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 620.]

(2) [J. C., 1908, p. 1302-1304. Par l'art. 10 de cette convention le gouvernement serbe se déclarait prêt à conclure avec le gouvernement de la République française un arrangement spécial pour la protection des marques de fabrique, le commerce et les dessins et modèles industriels : en attendant, la même protection est assurée aux nationaux et aux ressortissants des Etats contractants.]

ruraux compris dans cette succession, mais qu'il y a lieu d'ordonner la vente de ces immeubles, pour le prix en être attribué à l'étranger suivant sa part et portion (Bucarest, 2e ch., 5 février 1897, J. C., 1897, p. 881 ; Cass., sections réunies, 15 mai 1897 et 18 novembre 1904, J. C., 1905, p. 452 (1).]

[La loi roumaine du 1er-13 avril 1862 sur la presse (art. 11) protège les œuvres publiées à l'étranger, à la condition que les nationaux bénéficient d'un traitement aussi favorable dans les pays de publication (2). Il n'est pas nécessaire que ces œuvres aient fait l'objet du dépôt prescrit par les lois du 1er avril 1862 et du 23 mars 1904 (3). D'autre part, la loi du 14 avril 1879 accorde sa garantie aux marques de fabrique et de commerce de tous les industriels et commerçants établis dans le royaume, sans exception de nationalité (art. 10); ceux qui exploitent leurs marques au dehors n'ont droit à cette garantie que dans le cas de la réciprocité diplomatique (art. 11). Or cette réciprocité existe, notamment, dans les rapports de la Roumanie avec la France (Traité du 12 avril 1889; arrangement du 6 mars 1907) (4), avec la Grande-Bretagne (traité des 22 avril-4 mai 1892) et avec l'Autriche-Hongrie (traité des 5-28 janvier 1893).]

[Le Code de commerce roumain, mis en vigueur le 17 avril 1887 et modifié par la loi du 3 mars 1900 (*Annuaire de législ. étrang.*, 1901, p. 493), contient des dispositions importantes et rigoureuses sur le régime des sociétés étrangères en Roumanie (art. 236-250). Nous avons constaté ci-dessus (n. 58 *in fine*, p. 185) que les sociétés par actions et les autres sociétés, associations commerciales,

(1) [Sur l'affaire Zappa, V. ci-dessus, n. 49, p. 160, note 1. — *Adde,* quant au protocole du 19 décembre 1900, annexé à la convention gréco-roumaine du même jour, et sur les difficultés qui se sont élevées au sujet de la dénonciation de ce protocole en 1905, G. Streit, *La question des communautés helléniques en Roumanie, R. D. I. P.,* 1906, p. 253 et suiv. — Cpr. Weiss, *Traité,* II, 2e édit., 1908, p. 657, note 2.]

(2) [La réciprocité de fait est suffisante. V. Bucarest, 24 mai 1906, et Cass. Roumanie, 5 juillet 1906, J. C., 1907, p. 203; Djuvara, *R. D. I. P.*, 1907, p. 74. L'arrangement franco-roumain du 6 mars 1907 assure, d'ailleurs, aux Français en Roumanie et aux Roumains en France, le régime de la nation la plus favorisée en matière de propriété littéraire et artistique. J. C., 1907, p. 1243-1244.]

(3) V. Bucarest, 24 mai 1906 et Cass. Roumanie, 5 juillet 1904, précités, J. C., 1907, p. 203-207. — Djuvara, *R. D. I. P.*, 1907, p. 73 et 675.

(4) Trib. Braïla, 4 nov. 1896, J. C., 1897, p. 879; Bucarest (1re section), 1898, J. C., 1905, p. 237. — Trib. comm. Ilfor, 18 mai 1904, J. C., 1905, p. 1150; Bucarest (1re section), 26 février 1905, *R. D. I. P.*, 1906, p. 369.]

industrielles ou financières, constituées et ayant leur siège à l'étranger, sont admises à avoir en Roumanie un siège secondaire ou une représentation secondaire, si elles prouvent, par une déclaration de leur gouvernement, que, dans le pays où elles existent, on observe une réciprocité entière à l'égard des sociétés roumaines de même nature (1). Jusqu'à la conclusion du traité de commerce franco-roumain du 6 mars 1907, ce régime de réciprocité ne pouvait être appliqué en Roumanie, car aucune société roumainè n'avait eu à fonctionner en France. Désormais, les sociétés françaises constituées en France pourront créer des succursales en Roumanie et être reconnues par le gouvernement roumain, comme les sociétés roumaines en France. J. C., 1908, p. 426-429.]

6° Au Luxembourg, les articles 11 et 13 du C civ. reproduisent les mêmes dispositions de notre code. La loi du 17 novembre 1860 reproduit également la nôtre du 30 mai 1857 sur les sociétés étrangères. [La loi du 18 mai 1898 sur le droit d'auteur (art. 39) attribue sans condition, dans le Grand-Duché du Luxembourg, la jouissance des droits qu'elle garantit, sans que la durée de ces droits puisse, en ce qui les concerne, dépasser la durée fixée par la loi luxembourgeoise. La loi du 5 avril 1902 concernant l'assurance obligatoire des ouvriers contre les accidents s'étend, en principe, aux étrangers; toutefois l'application peut en être suspendue à l'égard des ressortissants des Etats dont la législation refuse aux Luxembourgeois la protection similaire qu'elle accorde à ses nationaux (art. 12). Et en tout cas, la loi du 12 mai 1905 autorise le gouvernement grand-ducal à apporter, dans les accords internationaux qu'il peut être amené à conclure en vue de la réparation des accidents du travail, des dérogations aux lois luxembourgeoises, après avis conforme du Conseil d'Etat (2).]

7° En Portugal, assimilation, en principe, des nationaux et des étrangers (C. civ. de 1867, art. 25; E. Lehr, J. C., 1888, p. 352; Code comm. de 1887, art. 8). De même à Monaco (H. de Rolland, J. C., 1890, p. 54 et 235); [art. 11, Code civil; ordonnance du 16 février 1897, qui interdit les associations ou réunions d'étrangers, quel qu'en soit le but, à moins d'une autorisation préalable du gouvernement, et qui défend d'autre part à tout étranger exerçant une fonction ou un emploi quelconque dépendant de

(1) [V., pour plus de détails, Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 660-662.]
(2) [*Ann. de Législ. étrang.*, 1903, p. 434; 1906, p. 349.]

l'Etat d'adhérer à celles qui auraient obtenu cette autorisation (1); ordonnance du 26 février 1889 sur la protection des œuvres littéraires et artistiques, modifiée par celle du 3 juin 1896, art. 33 (2); en ce qui concerne la protection des marques de fabrique ou de commerce et du nom commercial, elle est assurée à l'étranger par les art. 111 et 112 du Code pénal et par les principes généraux de la législation civile (Code civ., art. 1229), dans les termes de l'art. 11 du Code civil monégasque, c'est-à-dire à charge de réciprocité législative (3)]; au Pérou (Pradier-Fodéré, J. C., 1878, p. 345 et 577; 1879, p. 41); au Chili (Fabrès, J. C., 1887, p. 133 et 291). — Mexique (Zavala, J. C., 1892, p. 627; Velasco, *Bull. Soc. législ. comp.*, 1882, p. 623); [loi du 7 juin 1890, sur les brevets d'invention; assimilation des sociétés étrangères aux individus dont elles empruntent la nationalité: J. C., 1902, p. 1119). — République Argentine (Daireaux, J. C., 1886, p. 287). [En l'absence d'un texte spécial, la jurisprudence argentine décide, par application de l'art. 17 de la Constitution, que la protection légale peut être invoquée, sur tout le territoire de la République, pour toute œuvre littéraire ou artistique, même publiée en pays étranger (4). La loi du 14 novembre 1900 sur les marques de fabrique, de commerce et d'agriculture et les noms de commerce spécifie, dans son art. 41, que les marques étrangères, régulièrement enregistrées, ont droit à la protection légale (5). Les nationaux ont cependant un privilège, qu'ils partagent, d'ailleurs, avec les étrangers domiciliés sur le territoire argentin : un droit de prélèvement, analogue à celui de la loi française du 14 juillet 1819 (art. 2), sur les biens situés sur ce territoire qu'ils sont appelés à recueillir en concours avec des étrangers non domiciliés (art. 3470 C. civ.). Quant aux sociétés commerciales, le fonctionnement sur le territoire argentin en est réglé par les art. 285, 286 (modifié en 1897) et 287 du Code de commerce de 1857. Les lois des 27 novembre-21 décembre 1895 et du 20 novembre 1901 assujettissent les compagnies d'assurances étrangères à des prescriptions rigoureuses dans l'intérêt des

(1) [*Ann. de Législ. étrang.*, 1898, p. 492; notice par M. de Rolland.]
(2) [Même *Ann.*, 1897, p. 440; notice par M. de Rolland.]
(3) [Trib. sup. Monaco, 12 décembre 1902, J. C., 1903, p. 918.]
(4) [Trib. Buenos-Ayres, 3 février 1903; 26 mai 1905, J. C., 1906, p. 213; *R. D. I. P.*, 1906, p. 549; R. Ancizar, J. C., 1904, p. 850; Daireaux, *ibid.*, 1908, p. 657 et suiv.]
(5) [*Ann. de législ. étrang.*, 1901, p. 690.]

nationaux (¹). — Canada (Taschereau, J. C., 1895, p. 55). — Colombie (E. Champeau, J. C., 1894, p. 929).]

[Le décret du 19 janvier 1906 impose aux sociétés ou compagnies dont le siège est à l'étranger et qui possèdent sur le territoire de la République Colombienne des établissements d'un caractère permanent, l'obligation de faire enregistrer, dans les six mois à compter des débuts de l'entreprise, leur acte constitutif et leurs statuts chez le notaire de la circonscription où se trouve leur principal établissement. Les sociétés anonymes doivent, en outre, justifier, devant le même notaire, de l'autorisation de l'Etat, toutes les fois que cette autorisation sera nécessaire à leur existence légale (art. 1er). Les sociétés étrangères doivent enfin constituer en Colombie un fondé de pouvoir ayant qualité de gérant pour les représenter en justice et s'occuper de leurs établissements dans le pays (art. 2) (²).]

8° En Belgique s'applique notre C. civ. art. 11 et 13, malgré la nouvelle loi du 12 février 1897. Les articles 726 et 912 y ont été abrogés par la loi du 27 avril 1865, comme chez nous par celle du 14 juillet 1819. Nous avons vu que les sociétés étrangères sont admises librement et sans autorisation par la loi du 18 mai 1873, art. 128; plus tard, nous constaterons que la loi du 26 mars 1876 a considérablement atténué la rigueur de l'article 14 du Code Napoléon. D'ailleurs, l'assimilation en principe de l'étranger au national pour la jouissance des droits civils résulte de la Constitution même du 25 février 1831, art. 128. La même assimilation, sans condition de réciprocité ni de domicile, est consacrée dans l'Etat du Congo (décret 20 février 1891, J. C., 1891, p. 671). Pour les marques de fabrique, la loi belge du 1er avril 1879 reproduit à peu près notre loi du 23 juin 1857. (V. A. Braun, J. C., 1881, p. 386; Laurent, J. C., 1877, p. 505; Haus, *Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, 1874; Lippens, *Exposé du système de la législation civile sur les droits dont les étrangers jouissent en Belgique*, 1871). Les lois du 22 mars 1886, art. 38, sur les droits d'auteur, et du 25 mai 1854, sur les brevets d'invention, attribuent aux étrangers les mêmes droits qu'aux nationaux. Enfin la loi du

(¹) *Ann.* cité, 1896, p. 882; 1902, p. 643.]

(²) [*R. D. I. P.*, 1907, p. 299. — Cpr. Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 680-681. L'étranger, quel qu'il soit, ne peut prétendre, en Colombie, à la jouissance des droits privés que sous une condition de réciprocité légale. Et ce principe reçoit deux atténuations considérables en matière de succession (art. 1053 et 1054 du Code civil). V. Weiss, *loc. cit.*, p. 679-680.]

6 février 1885, analogue à celle du Luxembourg du 26 nov. 1880, réglementait et limitait le droit du gouvernement d'expulser les étrangers; elle est remplacée par celle du 12 février 1897 qui exige que l'arrêté royal d'expulsion soit pris en conseil des ministres (art. 1er) (*R. G. D. I.*, 1897, Documents, p. 5). [Au point de vue fiscal, les sociétés étrangères par actions sont assujetties, à raison des établissements qu'elles possèdent en Belgique, tels que sièges d'opérations, succursales ou agences, au droit de patente proportionnel, établi par la loi belge sur les bénéfices annuels des sociétés anonymes; ce droit est dû pour toutes les opérations qui ont été traitées par lesdits établissements ou par leur entremise (loi du 29 mars 1906, art. 2, § 1er). Quant aux sociétés belges par actions, le droit de patente dont elles sont passibles est réduit de moitié, pour celles dont tous les sièges d'opérations se trouvent en pays étrangers (Loi de 1906, art. 9, § 1er) (1).]

9° En Espagne, le code civil du 24 juillet 1889, art. 27, confère aux étrangers les mêmes droits civils qu'aux nationaux (V. aussi Code de com. du 22 août 1885; Torres Campos, J. C., 1891, p. 108; Audinet, J. C., 1896, p. 1111). [La loi sur la propriété industrielle du 16 mai 1902 assimile, en principe, l'étranger au national, en ce qui concerne la protection des brevets d'invention, des marques de fabrique, des dessins et modèles industriels : toutefois, en dépit de la généralité apparente de ses dispositions (art. 3 et 6) la même loi (art. 31) semble en réserver le bénéfice aux ressortissants de l'Union de Berne, spécifiant que les autres étrangers ne jouiront que des droits stipulés par les traités et qu'à défaut de ceux-ci, on appliquera à leurs marques, dessins et modèles, le principe de réciprocité dans toute sa rigueur (2).

10° Le droit coutumier (common Law), qui est le fond de la législation des Etats-Unis comme de l'Angleterre, exclut encore par ses principes féodaux les étrangers de la propriété foncière dans les Etats de l'Union américaine. De plus, ces pays, qui tirent leur prospérité de l'immigration (3), ont tout intérêt à faire désirer la

(1) [V. le texte de la loi du 29 mars 1906 sur le droit de patente des sociétés par actions et l'arrêté royal du 28 février 1907, *R. D. I. P.*, 1907, p. 636. Cpr. sur les dispositions de la loi belge relatives à la condition des étrangers, Weiss, *Traité*, t. II, p. 575-585.]

(2) [P. Carpentier, *La loi espagnole du 16 mai 1902 sur la propriété industrielle*, J. C., 1904, p. 832; Notice et analyse de cette loi, *Ann. de législ. étrang.*, 1903, p. 326.]

(3) [V. sur la réaction hostile aux étrangers et sur la loi du 20 février 1907, ci-dessus, n. 37, p. 111-112.]

qualité de citoyen américain, en y attachant des avantages, dans l'espoir que les étrangers, après leur naturalisation, resteront fixés sur le territoire où ils se sont rendus. Cependant, un certain nombre d'Etats ont accordé aux étrangers la faculté d'être propriétaires fonciers : (Maine, Ohio, Massachussets, Kansas, Orégon, Michigan, etc.; et la Louisiane, qui n'a jamais été assujettie à la *common law*); d'autres mettent pour condition à cette concession que l'étranger s'engagera sous serment à devenir citoyen américain, tels sont la Caroline du Sud, l'Arkansas, etc.; dans d'autres enfin, on exige que l'étranger réside dans l'Etat ou du moins sur le territoire de l'Union : c'est la règle de la Virginie, du Connecticut, de New-York (loi du 2 mars 1889), du Texas (loi du 13 août 1891), etc... Spécialement les étrangers ne peuvent pas acquérir d'immeubles dans le district fédéral de Colombie (loi du 9 mars 1888). Du reste, les Etats-Unis ont réglé particulièrement la condition des étrangers par de nombreux traités; dans ces conventions, on réserve l'approbation particulière de chaque Etat dont la législation peut être en désaccord avec les engagements du gouvernement fédéral) (1). (Lawrence sur Wheaton, t. III, p. 85 et 88).

Pour les marques de fabrique, [la loi fédérale du 20 février 1905, qui a remplacé celle du 3 mars 1881] subordonne la protection au domicile dans les Etats-Unis ou à la réciprocité, soit législative, soit diplomatique. Cependant l'étranger peut toujours et sans condition demander des dommages et intérêts pour l'usurpation de sa marque ou de son nom commercial (Cour suprême des Etats-

(1) [Convention consulaire avec la France, 23 février 1853, art. 7 : « Dans tous les Etats de l'Union, où les lois actuelles le permettent, aussi longtemps que lesdites lois resteront en vigueur, et avec la même portée, les Français jouissent du droit de posséder des biens meubles ou immeubles, au même titre et de la même manière que les citoyens des Etats-Unis : ils pourront en disposer librement et sans réserve à titre gratuit et onéreux, par donation, testament ou autrement, comme les habitants eux-mêmes, et ne seront soumis dans aucun cas à des droits de mutation, de succession ou autres, différents de ceux payés par ces derniers, ou à des taxes qui ne leur seraient pas également imposées. Quant aux Etats de l'Union dont la législation actuelle ne permet pas aux étrangers de posséder des immeubles, le président s'engage à leur recommander de passer les lois nécessaires pour leur conférer ce droit ». De ce texte, il résulte que les Français peuvent acquérir, posséder, aliéner des immeubles dans tout Etat de l'Union, autre que ceux dont la loi refuse ce droit à tous les étrangers, sans distinguer notamment entre les résidents et les non-résidents. Cour de district des Etats-Unis, district de Nebraska, décembre 1900, J. C., 1907, p. 497; W. Burry, *Du droit par les Français résidant en France de posséder ou recevoir par succession des immeubles aux Etats-Unis*, J. C., 1903, p. 760; Cpr. Weiss, *Traité*, t. II, p. 561-567.]

Unis, 18 mai 1879, J. C., 1879, p. 442 ; Ch. Lyon-Caen, *ibid.*, 1882, p. 380; Cour de circuit de New-York, usurpation du nom : Eaux de Vichy, J. C., 1893, p. 1286). D'ailleurs, les brevets pris par les étrangers et leur nom commercial sont protégés comme ceux des nationaux : loi 22 juin 1874, amendée par la loi du 3 mars 1897 (*Ann. de législ. franç.*, 1898, p. 875, notice et traduction de M. A. Darras), et par celle du 3 mars 1903 (même *Ann.*, 1904, p. 633). [En ce qui concerne la propriété littéraire et artistique (Act du 3 mars 1891), V. ci-dessus, n. 69 *in fine*, p. 200. Enfin, quant aux corporations et sociétés étrangères, il a été admis pendant longtemps qu'elles ne peuvent faire d'opérations sur le territoire d'un Etat de l'Union américaine, à moins d'avoir obtenu l'assentiment formel ou tacite de cet Etat, qui a qualité pour les frapper d'une taxe (Cour suprême des Etats-Unis, 19 mars 1888, J. C., 1889, p. 730. Mais un revirement semble se manifester dans la jurisprudence américaine, qui tend aujourd'hui à reconnaître que toute société légalement constituée à l'étranger peut exercer ses droits, sans autre condition, dans toute l'étendue de la République. Un arrêt de la Cour suprême, cité dans J. C., 1890, p. 373, a affirmé que les sociétés qui se livrent au commerce international ne peuvent être soumises par les Etats particuliers à des conditions restrictives de leur capacité. Cpr. Cour suprême des Etats-Unis, 14 mai 1906 et 3 décembre 1906, J. C., 1907, p. 832, 835.]

11° En Grèce, les étrangers ont les mêmes droits que les nationaux, sauf exceptions dont la réciprocité diplomatique ou une concession par décret royal peut les relever (C. civ., art. 13 et 16). Les marques de fabrique étrangères sont protégées sous la condition de la réciprocité diplomatique (loi des 10-22 février 1893). Les sociétés étrangères sont admises, sauf autorisation nécessaire pour les sociétés anonymes (loi du 10 août 1861 pour les sociétés françaises; Euclidès, J. C., 1889, p. 59); [Politis, J. C., 1908, p. 12.]

12° En Turquie, depuis la loi du 18 juin 1867, les étrangers peuvent être propriétaires fonciers, mais ils ne peuvent pas succéder *ab intestat* à un Ottoman (J. C., 1887, p. 283; Rougon, J. C., 1886, p. 57 et 527; Zohrab, *De l'empêchement en droit ottoman de recevoir par succession pour cause de divergence de nationalité*, 1 vol. in-8, 113 pp., Paris, 1908). — (Pour les marques de fabrique en Turquie, loi du 10 mai 1868, v. Salem, J. C., 1888, p. 719, et J. C., 1895, p. 237 et 458; pour les sociétés étrangères, règlement du 25 nov. 1887, J. C., 1888, p. 438) [qui, considéré comme contraire aux accords nationaux, n'a pas été reconnu par les ambas-

sadès étrangères et n'a pas reçu jusqu'à ce jour d'exécution (P. Arminjon, J. C., 1902, p. 711), et finalement a été remplacé sans plus de succès, d'ailleurs, par la loi ottomane du 25 août 1906 (V. ci-dessus, n. 58, p. 184).]

13° En Russie, les étrangers peuvent, sans condition de réciprocité, être propriétaires, succéder et transmettre, sauf dans les provinces finlandaises où la loi suédoise, basée sur la réciprocité, s'applique encore. En Pologne et dans dix provinces voisines, les étrangers ne peuvent pas être propriétaires fonciers (1), et ils y sont frappés d'une véritable incapacité de succéder (Lehr, *Eléments de droit civil russe*, J. C., 1889, p. 189 et ukase du 14 mars 1887, J. C., 1891, p. 324). Pour les sociétés étrangères en Russie, Barkowski, J. C., 1891, p. 721 ; Winterhalter, J. C., 1898, p. 40; P. Kazanski, *Aperçu sur la condition des étrangers en Russie*, J. C., 1898, p. 225. [Le droit de plaider et d'agir est, d'une manière générale (ukase du 9 novembre 1887, Barkowski, J. C., 1887, p. 171 et 1891, p. 712 et suiv.), refusé aux sociétés étrangères par actions, lorsqu'il ne leur a pas été accordé par la loi ou par un traité conclu entre l'empire russe et le pays où elles sont établies. Cette reconnaissance générale, donnée à la charge de se conformer aux lois russes, ne dispense pas les sociétés auxquelles elles s'appliquent de l'obligation d'obtenir, si elles veulent entreprendre en Russie des opérations commerciales ou industrielles, l'autorisation spéciale de l'Empereur, qui est imposée aux sociétés nationales elles-mêmes (C. civ., art. 1231 et suiv.). L'autorisation impériale, toujours révocable, détermine les opérations que la société pourra faire en Russie; elle est ordinairement subordonnée à certaines conditions, par exemple, l'affectation par préférence des biens meubles et immeubles que la société possède en Russie à l'acquittement des obligations résultant des opérations qu'elle pourra y faire, l'interdiction d'acquérir certains immeubles, notamment hors des villes, dans telle ou telle province, la désignation d'un représentant muni des pouvoirs nécessaires pour

(1) [Cette prohibition, qui vise l'acquisition des droits de propriété ou de jouissance sur des immeubles situés en dehors des ports et des villes, ne s'étend pas à la location de logements ou maisons de campagne destinés à l'usage temporaire et à la résidence personnelle des étrangers, mais elle s'applique à la location des moulins et étangs qui sont immeubles par nature, aux yeux de la loi russe. Sénat dirigeant, 1904, arrêt n. 71, *R. D. I. P.*, 1905, p. 903. Cpr. ukase du 15 juin 1888, J. C., 1889, p. 189, p. 785 et suiv.; ukase du 29 mai 1898, *Ann. de législ. étrang.*, 1899, p. 624.]

engager la société, auquel le gouvernement et les particuliers pourront s'adresser dans toutes les affaires concernant les opérations sociales traitées en Russie, enfin l'attribution de juridiction aux tribunaux russes (1). — La protection des droits intellectuels de l'étranger laisse singulièrement à désirer en Russie. La dénonciation du traité franco-russe de 1861, le 7 février 1886 (*Ann. de législ. étrang.*, 1887, p. 613), laisse nos littérateurs et nos artistes désarmés devant la contrefaçon sur l'immense territoire de l'Empire (Chavegrin, J. C., 1892, p. 116; Pilenko, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1897; p. 146). Et si la loi des 20 mai-1er juin 1896 permet aux étrangers d'obtenir en Russie des brevets d'invention et de perfectionnement, leurs marques de fabrique, s'ils ne possèdent aucun établissement industriel en Russie, n'y sont garanties qu'autant que les Russes jouissent, en vertu de conventions diplomatiques, des mêmes avantages dans leur pays d'origine. — Enfin, la loi des 2-17 juin 1903 sur les accidents du travail dans les entreprises industrielles, métallurgiques et minières (*Ann. de législ. étrang.*, 1904, p. 567; analyse par M. Alex. Reulos), réserve aux seuls nationaux russes le droit aux allocations forfaitaires qu'elle établit, tout en laissant aux traités de commerce la faculté d'en étendre le bénéfice aux ouvriers étrangers, avec certains tempéraments et sous des conditions déterminées; l'art. 14 dispose que les familles des sujets étrangers blessés, demeurant en Russie, n'ont droit à des rentes ou à des indemnités que dans les cas où, au moment du décès de la victime, elles résidaient elles-mêmes en Russie d'une manière permanente (2).]

14° Le code civil hollandais de 1838, tout en accordant aux étrangers très libéralement la jouissance des droits civils, autorise, dans son art. 9, les lois de rétorsion contre les pays qui ne se montreraient pas aussi généreux. On suivait aussi le système de la réciprocité législative en ce qui concerne le droit d'aubaine, qui n'a été définitivement abrogé que par la loi du 7 avril 1869 (Asser, *R. D. I.*, 1869, p. 113). — [Les droits littéraires de l'étranger ne sont qu'insuffisamment garantis dans les Pays-Bas. La loi néerlandaise du 28 juin 1881 ne défend contre la contrefaçon que les

(1) [Cpr. sur cette attribution de juridiction, P. Vauwermans, *R. D. I. P.*, 1905, p. 77. — V. aussi Liège, 24 mars 1902, *Revue belge des sociétés*, 1902, p. 249. — Trib. civ. Bruxelles, 11 novembre 1903, *ibid.*, 1904, p. 159. — Trib. com. Bruxelles, 20 octobre 1904, *Jurispr. comm.*, Bruxelles, 1905, p. 17.]

(2) [Cpr. sur l'ensemble du droit russe quant aux étrangers, Weiss, *Traité*, II, p. 663-673.]

ouvrages *imprimés* sur le territoire continental du royaume ou dans les Indes orientales; il n'est point nécessaire, d'ailleurs, qu'ils y aient été publiés (art. 27). D'autre part, s'il s'agit, non d'une contrefaçon proprement dite, mais simplement de la mise au jour d'une œuvre lui appartenant, l'étranger n'est protégé par la loi pénale néerlandaise qu'autant qu'il est domicilié aux Pays-Bas ou dans les Indes orientales. Enfin, le droit de traduction n'est pas considéré comme faisant partie du droit d'auteur et ne peut prétendre à la même protection. — Les brevets d'invention n'existant pas dans les Pays-Bas; le seul texte qui assure aux étrangers un droit privatif sur les produits de leur fabrication ou de leur commerce est la loi du 30 septembre 1893 (*Ann. de législ. étrang.*, 1894, p. 496 et suiv.), modifiée par celle du 30 décembre 1904 (même *Ann.*, 1905, p. 226), sur les marques de fabrique : tous les propriétaires de marques, sans distinction de nationalité et sans condition de réciprocité, de domicile ou d'établissement dans le pays sont protégés. — Les sociétés en nom collectif et les commandites, légalement constituées à l'étranger ont qualité, en dehors de toute autorisation du gouvernement néerlandais, pour opérer et pour ester en justice. Ce droit, qui ne leur a jamais dénié, a été très vivement contesté aux sociétés anonymes étrangères. Mais, par son arrêt du 23 mars 1866, la Cour de cassation des Pays-Bas a reconnu l'entière capacité des sociétés anonymes étrangères, non autorisées à plaider devant les juridictions nationales. Cette jurisprudence, acceptée par les tribunaux inférieurs, ne s'est pas démentie (Trib. Bar-le-Duc, 18 janvier 1893, J. C., 1896, p. 221; Trib. Amsterdam, 18 mars 1899, et cour d'appel d'Amsterdam, 7 mai 1900, *ibid.*, 1903, p. 925; Molengraaf, *De la condition des sociétés étrangères dans les Pays-Bas*, J. C., 1888, p. 619 et s.) (1).]

15° Le code civil italien de 1866, art. 3, a consacré le régime équitable et rationnel de l'assimilation des étrangers aux nationaux pour les droits civils, sans aucune condition de réciprocité, (Esperson, J. C., 1879, p. 338; Baudouin-Pugnet, *Bull. Soc. législ. comp.*, 1893, p. 365). —Pour les sociétés étrangères en Italie, J. C., 1883, p. 26; Lefèvre, J. C., 1884, p. 234; Danieli, J. C., 1888, p. 17; [Diena, *Trattato di diritto commerciale*, I, 1900, n. 47-59, p. 324-385).] [Les sociétés de commerce étrangères, légalement constituées au dehors (Turin, 17 février 1899, J. C., 1903, p. 413),

(1) [Cpr. Weiss, *Traité*, II, p. 651-654.]

ont le droit de faire en Italie des opérations, d'y contracter, d'y posséder des immeubles, d'y ester en justice, sans aucune condition. De plus (art. 230-234 code de commerce de 1882), elles peuvent établir, dans le royaume, des sièges secondaires ou des succursales, pour y exercer leur industrie, à charge de remplir certaines formalités, analogues à celles qui sont imposées aux sociétés nationales (Cass. crim. Rome, 11 avril 1905, J. C., 1906, p. 515). Les sociétés étrangères, se livrant en Italie à des opérations commerciales autres que les assurances, sont tenues d'acquitter une taxe de 1 p. 1.000 sur l'ensemble du capital *effectivement employé* (art. 65, loi du 12 septembre 1874; Cour cass. de Rome, 23 février 1894 et 9 juin 1896, J. C., 1899, p. 194 et 195; 19 avril 1906, *ibid.*, 1907, p. 509). — La législation italienne sur les brevets d'invention (lois du 30 octobre 1859, du 31 janvier 1864 et du 13 novembre 1870) et sur les marques de fabrique (loi du 30 août 1868, art. 1er et 4) ne fait aucune distinction entre le national et l'étranger; sa protection s'étend aussi au nom commercial de celui-ci (loi de 1868, art. 5). Moins libérale, la loi du 19 septembre 1868 (art. 44) distingue en ce qui concerne les droits littéraires et artistiques de l'étranger : l'œuvre a-t-elle paru en Italie, elle est protégée, quelle que soit la nationalité de l'auteur; a-t-elle été publiée à l'étranger par un auteur étranger, elle n'a droit à la garantie légale qu'en vertu de la réciprocité diplomatique ou législative.]

16° En Suisse, il y a lieu de distinguer les habitants des différents cantons dans leurs rapports vis-à-vis des autres cantons, et l'étranger proprement dit à l'égard de l'ensemble de l'Etat fédéral helvétique. En ce qui concerne ce dernier, le seul dont il soit utile de s'occuper au point de vue du Droit international privé, chaque canton a des règles particulières pour fixer sa condition : cependant, en vertu de la constitution du 22 mai 1874, le Conseil fédéral a le pouvoir d'établir des lois générales relatives à la capacité des personnes et à l'exercice du commerce : c'est ainsi qu'une loi commune à tous les cantons, dont il sera question plus tard à propos de la nationalité, a unifié les règles concernant l'obtention et la perte de la qualité de citoyen suisse. Du reste, la plupart des législations cantonales sont assez dures pour les étrangers à qui elles refusent la faculté d'être propriétaires fonciers sans l'autorisation du Conseil cantonal, et même parfois du Conseil fédéral. [La loi vaudoise du 13 février 1890, sur l'acquisition d'immeubles ou de droits réels immobiliers par des corporations étrangères, dispose qu'aucun établissement, corporation ou

personne juridique étrangère ne peut acquérir d'immeubles dans le canton sans l'autorisation du conseil d'Etat.] Ce n'est aussi qu'en 1874 qu'a été aboli l'impôt spécial qui pesait sur les étrangers et que l'on désignait sous le nom de *traite foraine*.

Pour les droits d'auteur : V. loi fédérale du 23 avril 1883 ; Delalande, *Ann. de législ. étrang.*, 1883, p. 569 ; Droz, J. C., 1883, p. 329 ; Dunant, J. C., 1893, p. 607. [L'art. 10 de cette loi accorde sa protection à toutes les œuvres littéraires ou artistiques publiées en Suisse, ou dont les auteurs y sont domiciliés ; les œuvres qui ne remplissent pas l'une de ces conditions ne sont protégées en Suisse que si le pays d'édition use de réciprocité envers les œuvres helvétiques.] — Marques de fabrique, loi du 19 décembre 1879 ; Kœnig, J. C., 1883, p. 585. [La loi du 26 septembre 1890 (art. 14, al. 4) défend, ce que permettait la loi du 19 décembre 1889, l'enregistrement des marques de fabrique portant une indication de provenance évidemment fausse ou une raison de commerce fictive. Mais le négociant étranger, qui prétend qu'un commerçant suisse appose sur ses produits de fausses indications de provenance, ne peut utilement agir contre lui que s'il établit que son pays accorde aux Suisses la réciprocité de traitement en cette matière (cour just. Genève, 24 février 1894, J. C., 1894, p. 1100). La loi du 30 mars 1900 sur les dessins et modèles industriels (*Ann. de législ. étrang.*, 1901, p. 357) autorise toute personne, même non domiciliée en Suisse, à déposer un modèle ou un dessin, à la seule condition de désigner un mandataire ayant son domicile sur le territoire fédéral et chargé de la représenter dans tous les procès ou démarches concernant l'objet déposé (art. 14 et 34).] — Pour l'admission des personnes morales et des sociétés étrangères, chaque canton a ses règles particulières (Roguin, *Conflit des lois suisses*, p. 477).

17° Parmi les Etats européens, la Suède est peut-être celui qui se montre encore le moins libéral pour les étrangers. [(V. de Reuterskiöld, *De la condition juridique des étrangers en Suède*, J. C., 1906, p. 577 et suiv.).] Le code de 1736 leur interdisait le commerce, et ils ne peuvent encore le faire qu'avec l'autorisation du roi (lois du 18 juin 1864 et du 20 juin 1879). Ce n'est encore que par la loi du 31 octobre 1873 que la liberté religieuse a été admise, soit pour les étrangers, soit même pour les nationaux. En sens inverse, les étrangers jouissent de tous les droits civils, sous la condition de la réciprocité, sauf qu'ils ne peuvent être tuteurs en aucune façon ni propriétaires fonciers sans autorisation du gouvernement (ordon. du 3 octobre 1829 et du 21 avril 1888 pour la

Norvège). Le droit de détraction a été aboli le 9 décembre 1818 (Dareste, J. C., 1880, p. 434). La réciprocité est exigée pour les droits d'auteur (loi du 10 août 1877, art. 19, modifiée par celle du 28 mai 1897) (1), les marques de fabrique (loi du 5 juillet 1884, art. 16), mais pas pour les brevets d'invention (loi du 16 mai 1884, art. 1) (2). [Enfin la loi du 5 juin 1901, relative aux accidents du travail, accorde son bénéfice à l'ouvrier étranger, mais le refuse à sa veuve et à ses enfants non résidant dans le royaume, laissant, d'ailleurs au roi la faculté de déroger à cette règle sous condition de réciprocité, pour les nationaux d'un pays déterminé et pour les pensionnés qui y résident (3).]

18° [La rupture de l'union réelle, survenue entre la Suède et la Norvège, a laissé subsister entre leurs législations respectives d'étroites affinités. Toutefois, dans le système des droits privés, l'étranger a en Norvège la même capacité que le Norvégien lui-même. Mais l'assimilation n'est pas complète et reçoit plusieurs exceptions. Aux termes de la loi du 9 juin 1903 (*Ann. de législ. étrang.*, 1904, p. 448), qui ne fait que reproduire les rigueurs de la loi du 21 novembre 1888 sur le droit du citoyen norvégien, aucune propriété immobilière et aucun droit d'usage sur le sol ne peuvent être acquis en Norvège, sans l'autorisation du roi, par d'autres que des citoyens norvégiens, ou, tant que des dispositions réciproques seront en vigueur dans la monarchie voisine, des citoyens suédois, ou encore des corporations, fondations ou sociétés irresponsables de l'un ou de l'autre pays, ayant leur siège en Norvège ou en Suède, et administrées exclusivement par des citoyens norvégiens ou suédois; mais il peut être dérogé à cette prohibition par une loi, en ce qui concerne les baux et autres droits d'usage établis pour une durée de dix ans au plus (art. 1, 3, 6, 7 et 9). Une autre loi, d'avril 1906, ne permet aux étrangers d'entreprendre des exploitations de mines, de chutes d'eaux et de biens fonciers que sous la condition expresse d'une approbation royale. De son côté, la loi du 23 juillet 1894, sur l'assurance contre les accidents du travail, modifiée par celle du 12 juin 1906, restreint sensiblement le droit de l'ouvrier étranger ou de ses

(1) [Deux autres lois portant la date du 28 mai 1897 appliquent un régime identique aux œuvres d'art et aux photographies exécutées par des étrangers (*Ann. de lég. étrang.*, 1898, p. 117 et p. 119).]

(2) [Divers articles de la loi du 16 mai 1884 ont été modifiés par la loi du 9 mai 1902. Même *Ann.*, 1903, p. 555.]

(3) [Même *Ann.*, 1902, p. 422.]

représentants, dans le cas de résidence à l'étranger (art. 5 et 25). Enfin la loi sur le droit d'auteur du 4 juillet 1903 (art. 37), comme la loi du 25 mai 1884 sur les marques de fabrique et de commerce (art. 15) subordonne à une condition de réciprocité, constatée par une ordonnance royale, la protection en Norvège des œuvres littéraires et artistiques publiées par des étrangers en pays étranger et des marques de fabrique et de commerce étrangères (1).]

19° En Danemark, assimilation de l'étranger au national, en principe, sauf restriction lorsqu'il s'agit de devenir propriétaire d'un navire ou de recueillir une succession ; mais, à défaut d'indigénat, il faut cinq ans de résidence pour que l'étranger puisse exercer un commerce ou une industrie (loi du 29 décembre 1857), sauf autorisation spéciale du roi (v. J. C., 1884, p. 37). — [La protection des œuvres littéraires et artistiques étrangères se trouve assurée en Danemark, sous condition de réciprocité, consacrée par un acte de l'autorité royale, d'une part par la Convention d'Union de 1886, à laquelle le Danemark a adhéré le 11 juin 1903, d'autre part par la loi du 19 décembre 1902, art. 36, dont une disposition analogue a trouvé place dans l'art. 27 de la loi pour l'Islande du 20 octobre 1905 (*Ann. de législ. étrang.*, 1903, p. 539 et 1906, p. 468), et par la loi du 29 mars 1904 (*Le droit d'auteur*, 1904, p. 54) ; une ordonnance royale du 2 avril 1904 a réglé les conditions d'application de ce dernier texte aux œuvres publiées dans les divers pays faisant partie de l'Union (2). — L'inventeur étranger est admis à faire breveter ses découvertes comme les nationaux eux-mêmes ; mais en fait tout au moins on peut signaler quelques différences dans leurs situations respectives (loi du 13 avril 1894, art. 13, art. 23-2° et 4°) (3). La loi du 11 avril 1890 pour la protection des marques de fabrique, s'inspirant des mêmes principes que les lois suédoises et norvégiennes de 1884, reconnaît à toute personne ayant en Danemark un établissement industriel ou commercial, un droit exclusif à l'usage de la marque qu'elle aurait régulièrement déposée, droit limité à dix ans, sauf renouvellement. La même protection peut être accordée, sous condition de réciprocité (4), par ordonnance royale, aux personnes

(1) [Weiss, *Traité*, t. II, 2e édit., 1908, p. 626-627.]

(2) [*Le droit d'auteur*, 1904, p. 55. — Cp. Trib. sup. Copenhague, 26 sept. 1904, *R. D. I. P.*, 1905, p. 179 et J. C., 1907, p. 179-188.]

(3) [Weiss., *loc. cit.*, p. 636-637.]

(4) [Trib. comm. Copenhague, 22 déc. 1904, J. C., 1907, p. 187.]

dont l'industrie s'exerce hors du territoire danois, mais à charge d'obéir à certaines prescriptions, notamment de se soumettre, en ce qui concerne leurs marques, à la juridiction du tribunal de commerce de Copenhague (art. 14). Les dessins et modèles industriels, régulièrement enregistrés, sont protégés par la loi danoise, sans distinction entre les étrangers et les nationaux. Toutefois, celui qui n'a pas de domicile en Danemark est tenu de faire faire la déclaration et l'enregistrement par une personne domiciliée dans le royaume (loi du 1er avril 1905) (1). — Enfin, les sociétés étrangères, légalement établies à l'étranger, peuvent exercer leurs droits et ester en justice en Danemark, mais cette liberté n'est complète que pour celles qui n'exploitent pas un commerce ou une industrie soumis à patente ou qui bénéficient d'une dispense de résidence. En effet, les sociétés, comme les commerçants et industriels étrangers, sont soumis à la condition de séjour prolongé pendant cinq ans (loi du 29 décembre 1857); et les sociétés étrangères ne peuvent y satisfaire qu'en établissant leur siège social en Danemark, c'est-à-dire en cessant d'être des sociétés étrangères, pour devenir des sociétés danoises (2).]

20° [Au Japon, l'égalité des nationaux et des étrangers quant aux droits privés est proclamée par l'art. 2 du Code civil, promulgué le 28 avril 1896 et entré en vigueur le 16 juillet 1898. Aucune condition de réciprocité, soit diplomatique, soit législative, n'est imposée aux étrangers; le principe de l'égalité du national et de l'étranger est rappelé, notamment par la loi du 3 mars 1899 sur la propriété littéraire et artistique (art. 28) et par les trois lois de la même année sur les brevets d'invention (art. 1 et 14), sur les marques de fabrique et de commerce (art. 1 et 9), sur les dessins et modèles industriels (art. 1 et 10) (3). Et ce principe ne reçoit guère d'exceptions qu'en ce qui concerne la propriété des immeubles et celle des mines. Quant aux mines, la loi n° 45 de mars 1905, art. 3, en réserve la propriété aux nationaux. Quant aux immeubles, si les étrangers ne peuvent, sauf dans le cas où ils invoquent un traité la leur concédant ou contenant la clause

(1) [*Ann. de législ. étrang.*, 1906, p. 459.]

(2) Hindenburg, J. C., 1884, p. 35 et s.; Weiss, *loc. cit.*, p. 687.]

(3) [Le *Board of Trade Journal* du 2 avril 1908, p. 12, trad. de la *Propriété industrielle* du 31 mai 1908 (J. C., 1908, p. 1328), appelle l'attention des propriétaires de marques britanniques sur la nécessité de faire enregistrer leurs marques au Japon et de prendre les mesures propres à protéger leurs intérêts après l'enregistrement.]

de la nation la plus favorisée, avoir la faculté d'être propriétaires ou créanciers hypothécaires, ils peuvent acquérir au Japon un droit de bail perpétuel sur les immeubles, dans les conditions fixées par les traités (art. 4 du traité franco-japonais du 4 août 1896) et dont le caractère juridique a été précisé par la loi n° 39 de septembre 1901 (1).]

[La loi japonaise ne s'est pas montrée moins libérale envers les personnes morales étrangères. Aux termes de l'art. 36 du Code civil, les Etats étrangers, les circonscriptions administratives étrangères et les sociétés commerciales étrangères sont de plein droit reconnus au Japon, et le même avantage peut être accordé aux autres personnes morales étrangères par un texte législatif ou par un traité. L'effet de cette reconnaissance est d'assimiler les personnes morales qui l'ont obtenue aux personnes de même espèce constituées au Japon; elles peuvent réclamer les mêmes droits, sauf ceux dont la jouissance est refusée aux étrangers, ou qui font l'objet de dispositions particulières dans les lois ou dans les traités. D'ailleurs, l'existence au Japon des personnes morales étrangères qui y ont établi leur siège est subordonnée à une formalité d'enregistrement qui doit être remplie au lieu de ce siège (C. civ., art. 49). Le Code de commerce a reproduit et développé ces règles en ce qui concerne les sociétés commerciales étrangères; il les admet à exercer leurs droits sur le territoire de l'Empire, sans autorisation particulière, sous la seule condition de se soumettre à l'enregistrement et aux publications qui sont prescrites pour les sociétés japonaises de même espèce (C. comm., art. 255 à 260) (2).]

[Le traité franco-japonais du 4 août 1896 (*J. off.* du 2 août 1898), par lequel la France a renoncé aux privilèges, exemptions et immunités de juridiction que les Français avaient jusqu'ici au Japon, affirme et garantit, dans les rapports des deux pays, l'égalité de droits de leurs ressortissants, sur la base du traitement de

(1) [S. Yamada, *Le droit int. privé au Japon,* J. C., 1901, p. 632 et suiv.; H. Nagaoka, *De la situation juridique des étrangers au Japon, ibid.,* 1905, p. 1217 et suiv., 1906, p. 106 et suiv.; p. 1055 et suiv.; 1907, p. 314 et suiv. Cpr. Weiss, *loc. cit.,* p. 707-708.]

(2) [V. aussi l'ordonnance impériale 272 concernant les sociétés commerciales étrangères ayant établi des succursales au Japon et les compagnies et associations commerciales créées par des étrangers avant la mise en vigueur du Code de commerce (*Ann. de législ. étrang.*, 1900, p. 867) et l'ordonnance 273 du même jour, relative aux compagnies d'assurances étrangères (*ibid.*, p. 808).]

la nation la plus favorisée. (Quant aux impôts et taxes, v. Nagaoka, *loc. cit.*, 1906, p. 107 et suiv., et la décision de la cour permanente d'arbitrage de La Haye du 22 mai 1905, *R. D. I. P.*, 1905, p. 308.) Le traité franco-japonais du 10 juin 1907 comprend un arrangement et une déclaration. Voici les termes de la déclaration : « Le traitement de la nation la plus favorisée sera accordé aux fonctionnaires et sujets du Japon dans l'Indo-Chine française pour tout ce qui concerne leurs personnes et la protection de leurs biens, et ce même traitement sera accordé aux sujets et protégés de l'Indo-Chine française dans l'Empire du Japon, et cela jusqu'à l'expiration du traité de commerce et de navigatiou signé entre la France et le Japon le 4 août 1896 (*J. off.* du 22 juin 1907 et J. C., 1907, p. 1234).]

CHAPITRE II

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DE LA THÉORIE DU CONFLIT DES LOIS PRIVÉES

86. Après avoir constaté quelle est la condition de l'étranger, et vu que, suivant la loi du pays où le litige est soulevé, l'étranger peut invoquer le droit dont il s'agit, le juge doit se demander quelle législation il appliquera, alors que plusieurs sont en conflit à propos du rapport juridique qui lui est soumis. La réponse à cette très délicate question a donné lieu, suivant les temps et les lieux, à une foule de théories dont l'exposé critique forme l'histoire du Droit international privé, ou le développement historique de la théorie du conflit des lois privées. Il est à noter du reste que, anciennement, alors que l'on accordait peu ou point de droits aux étrangers, la question que nous venons d'indiquer se présentait rarement à propos du conflit des lois de différentes nations : c'était surtout le conflit des lois ou coutumes régissant les diverses parties du territoire d'un même pays qui attirait l'attention des jurisconsultes, par exemple à Rome et dans l'ancienne France. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que nombre de pays modernes sont obligés de se préoccuper encore de ce genre de conflits, parce qu'ils ne possèdent pas l'unité de législation.

SECTION PREMIÈRE

LE DROIT ROMAIN

87. Les compilations de Justinien, faites en vue de l'unité de législation alors acquise dans l'Empire, n'ont rien conservé des décisions des anciens jurisconsultes qui pouvaient porter sur les conflits des lois. On n'y trouve que quelques règles concernant l'interprétation de la volonté suivant le droit local (L. 17, Dig., *De reg. juris*, L, 17; L. 6, Dig., *De evict.*, XXI, 2). Cependant, de Savigny a émis, sur les idées adoptées par les jurisconsultes romains à cet égard, une conjecture ingénieuse.

L'Italie, en dehors de Rome, était divisée en circonscriptions territoriales, ayant généralement le titre de municipes ou de colonies et possédant chacune leur juridiction et leur législation particulières : au IIIe siècle, on peut dire que ces espèces de communes couvraient le territoire entier de l'Empire, et chaque citoyen se rattachait à elles, soit par l'*origo*, soit par le *domicilium*. L'*origo* n'était autre chose que le droit de cité dans un municipe ou dans une colonie ; on l'obtenait par la naissance, ou par l'adoption, car l'adopté prenait la cité de l'adoptant, ou par l'affranchissement, puisqu'il en était de même pour l'affranchi à l'égard du patron, ou enfin par l'*allectio*, c'est-à-dire l'admission prononcée par les magistrats municipaux. Quant au *domicilium*, c'était, comme dans le droit français actuel, le lieu du principal établissement.

Le fait d'être rattaché à une cité par l'un de ces deux liens, l'*origo* ou le *domicilium*, avait pour résultat de soumettre aux charges municipales (*munera*), à la juridiction et au droit de la cité.

D'après ces idées générales, on peut résumer dans deux propositions la théorie des Romains en ce qui concerne les conflits de lois privées : 1° s'il s'agit d'étrangers proprement dits, c'est-à-dire de personnes ne relevant pas de la puissance romaine, on n'applique que le *jus gentium;* 2° s'agit-il au contraire de personnes sujettes de Rome, on applique à chacune le droit particulier de la cité à laquelle elle appartient par son *origo* ou son *domicilium*. Comme un individu pouvait avoir plusieurs *civitates*, il est vraisemblable que l'on s'attachait de préférence à celle qui était déterminée par l'*origo*, et non par le *domicilium*, et que, parmi toutes les causes de l'*origo*, la naissance l'emportait comme étant la plus ancienne.

Si les choses se passaient réellement ainsi, les Romains, il faut le dire, ne s'étaient jamais préoccupés du conflit de lois proprement dit, c'est-à-dire de la conciliation de la loi étrangère, qui suit l'individu étranger comme personnelle, avec la souveraineté de la loi territoriale. En fait, le droit de chacun dépendant de la *civitas*, et la *civitas* étant personnelle, il est vrai de dire que les Romains avaient adopté le principe de la *personnalité des lois* que l'on va trouver chez les Barbares (').

SECTION II

ÉPOQUE BARBARE

88. Les Barbares, sans assujettir les peuples qu'ils avaient vaincus à l'observation de leurs propres lois, les laissèrent sous l'empire de leur législation nationale, de telle sorte que chacun fut régi par un droit qui lui était personnel en vertu de son origine. Aussi, au début de chaque procès, le juge interrogeait les parties, non pas pour leur demander la loi qu'elles voulaient se voir appliquer, comme l'a cru à tort Montesquieu, mais bien pour savoir quelle était celle dont elles relevaient par leur nationalité particulière. Cependant les clercs étaient toujours régis par le Droit romain, et la femme mariée pouvait obtenir de conserver sa loi sans prendre celle de son mari, ce qu'elle faisait de plein droit une fois devenue veuve.

Suivant Montesquieu, ce système de la *personnalité des lois* provenait de l'esprit de profond individualisme qui caractérisait les Germains, et qui leur faisait considérer l'homme en lui-même, sans se préoccuper de son absorption dans l'Etat. Pour de Savigny, les Barbares ne procédèrent ainsi que par fierté de conquérants qui ne veulent pas associer les vaincus à leurs coutumes

(') V. de Savigny, *Système*, trad. Guenoux, t. VIII. — Cpr. Voigt, *Das jus naturale, jus gentium und æquum et bonum der Rœmer*, t. IV, app. XVI; [Baron, *Peregrinenrecht und jus gentium*, 1892; Milleis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891; Catellani, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi*, t. I, *Storia del diritto int. priv.*, 1895; Baviera, *Il diritto internazionale dei Romani*, *Archivio giuridico*, 1898, p. 434 et suiv.; de Boeck, *Le préteur pérégrin*, 1882, n. 57-63, p. 163-162, et n. 69-73, p. 183-194.] — Gaius, I, 47, 55, 89, 92, 189, 193; II, 120; *Reg. Ulp.*, XX, 14 et 15; [deux fragments des *Disputationes* d'Ulpien découverts en 1904 à Strasbourg par M. Lenel, *Revue de Savigny* (partie rom.), t. XXV, 1904, p. 369 et suiv., dont l'un est très important pour le droit privé romain interprovincial.]

nationales. Peut-être est-il plus simple de constater que c'est là une façon de procéder presque inévitable, toutes les fois qu'une conquête violente met brusquement en présence des peuples dont les mœurs, la religion, les lois sont absolument différentes et sans la moindre analogie, même dans les principes fondamentaux. C'est ainsi que les Turcs ont compris l'impossibilité de soumettre à leur législation les Grecs, les Arméniens et les Slaves, et qu'ils ont dû laisser aux Européens l'application de leurs lois personnelles par des actes appelés les *Capitulations ;* d'ailleurs les Anglais et les Français ont agi ainsi à l'égard des Hindous, des Annamites et des Algériens habitant leurs possessions.

Quoi qu'il en soit de la vraie raison d'être de ce système anormal et si peu conforme au principe de la souveraineté des Etats, il est certain que, pendant la période barbare, seuls les Capitulaires des rois avaient une application générale à tous les sujets, sans distinction de nationalité d'origine. D'ailleurs, lorsque les parties en présence avaient une nationalité différente, il est assez difficile de dire comment on observait le principe de la personnalité des lois. S'en tenait-on à la loi du défendeur, comme dans le procès de l'abbaye de Prüm en 707? Appliquait-on à la fois la loi des deux parties, comme on le fit dans le procès du monastère de Farfa contre les rois lombards (900 à 1014), ainsi que l'affirment les anciens auteurs; et, dans ce cas, comment s'y prenait-on pour faire l'application cumulative de deux lois peut-être contradictoires? On en est, sur ce point, réduit aux conjectures.

Au surplus, le système disparut assez promptement; la dernière trace que l'on en trouve est un *mallum* judiciaire tenu à Narbonne en 933 et où l'on voit figurer des juges de diverses nationalités correspondant à celles des parties. Il ne pouvait en être différemment, étant données, d'une part, la fusion des races qui rendait impossible la recherche de l'origine et par conséquent de la loi de chacun ; et, d'autre part, l'ignorance des juges de l'époque qui étaient complètement incapables de posséder tant de législations diverses (1).

(1) Montesquieu, *Esprit des lois,* liv. XXVIII, chap. II; de Savigny, *Histoire du Droit romain au Moyen-Age,* t. I, chap. III; Slouff, *Le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au XII^e siècle, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1894, p. 1 et s.

SECTION III

LA FÉODALITÉ

89. Quand la faiblesse des successeurs de Charlemagne eut laissé démembrer le vaste empire qu'il avait fondé, chaque duc, comte ou baron devint maître quasi-souverain et héréditaire dans sa seigneurie, et la Féodalité fut fondée. Chaque seigneur eut, sur son territoire, ses armées, sa juridiction et aussi sa loi; cette dernière, limitée dans son autorité au domaine seigneurial, y était au moins souveraine absolue et y excluait l'application de toute autre : c'était ce que l'on a appelé depuis la *territorialité des lois*. Malgré une certaine communauté de race et de traditions entre les divers pays du Nord d'un côté, et entre ceux du Midi de l'autre, ce qui amena la distinction bien connue des pays de Coutumes et des pays de Droit écrit, la variété ne fut pas moins très grande entre les nombreuses législations locales. Chacune d'elles, en effet, se développa sous la forme d'une coutume particulière, ne recevant pour ainsi dire en aucune façon l'influence des coutumes voisines, à cause de la grande difficulté des communications à cette époque et de l'isolement farouche dans lequel vivaient les seigneurs. Jaloux de ne point laisser compromettre une autorité usurpée par eux et en butte à des attaques incessantes, les quasi-souverains plus ou moins puissants de chaque territoire entendaient ne laisser appliquer que leur loi et s'opposaient systématiquement à toute immixtion d'une coutume étrangère. C'était, on le voit, le contre-pied de la personnalité des lois admise par les barbares et l'application du vieil adage féodal : « *Toutes coutumes sont réelles* » (1). On en déduisait, comme conséquence logique, que le fait seul de se rendre sur le territoire régi par une autre coutume que la sienne assujettissait à toutes les dispositions de cette coutume, à quelque point de vue que ce fût; de sorte que, suivant l'expressive parole de Mignet : « L'homme était en quelque sorte possédé par la terre » (2).

(1) Bouhier, *Cout. de Bourgogne,* chap. XXIII, n. 38; Loysel, *Instit. coul.*, liv. II, tit. IV, art. 3 et 4.

(2) *De la féodalité,* 1re partie, chap. III. — Le caractère absolu de la territorialité a été contesté. V. Asser, *Elém. de dr. int. priv.*, p. 8, note 1. — V. Lainé, *Introd. au Droit intern. privé,* I, p. 63 et 73; 276 et suiv.

SECTION IV

LA THÉORIE DES STATUTS

§ I. *Origine de la théorie.*

90. La théorie des statuts vient d'Italie et est due aux postglossateurs (1); elle tire son nom des statuts ou coutumes locales des villes commerçantes et des petites républiques qui, en Italie, remplacèrent peu à peu les seigneuries féodales (2).

Grands admirateurs du Droit romain, objet de leur patiente étude, les postglossateurs (3) se montraient au contraire fort dédaigneux pour les statuts locaux qu'ils allaient jusqu'à qualifier de *jus asinorum*. Forcés cependant de les admettre, ils imaginèrent de considérer le Droit romain comme le droit commun, tandis que les statuts ne formaient que des exceptions. Or, le propre du droit commun est d'être général, tandis que l'exception est d'interprétation étroite : ils en conclurent que le Droit romain était d'une application universelle, pouvait s'invoquer en tout pays, tandis que les statuts, en vertu de leur caractère exceptionnel, devaient être restreints au territoire où ils avaient été acceptés. Cette première opposition d'un droit universel et d'un droit territorial devait conduire les postglossateurs plus loin, c'est-à-dire à formuler la théorie des statuts elle-même.

D'ailleurs, la théorie des statuts ne se rattache nullement au Droit romain; ce n'est que par ses principes généraux de justice et de communauté de droit entre les hommes que cette dernière législation, si profondément analysée par les postglossateurs, a eu une influence indirecte sur la formation de la théorie des statuts.

Ce serait aussi une erreur que de rattacher à l'influence du

(1) Pour l'historique de cette théorie, v. l'exposé de Laurent, *loc. cit.*, I, p. 273 à 542, et surtout Lainé, *Introd. au Droit intern. privé,* I, 1888 et II, 1892.

(2) On peut signaler, comme précédent de la théorie des Statuts, certains passages de *Las Siete Partidas,* d'Alphonse le Sage (P. I, tit. I, loi 15). — [Pour l'époque antérieure à Bartole, v. Karl Neumeyer, *Die gemeinrechtliche Entwickelung des internationalen Privat und Strafrechts bis Bartolus, Erstes Stück, Die Geltung der Stammesrechte in Italien,* Munich, 1901, 1 vol. gr. in-8, 313 p.]

(3) On appelle postglossateurs les romanistes des XIVe et XVe siècles, qui, à la différence des glossateurs des époques antérieures, n'étudiaient pas exclusivement le droit de Justinien, mais aussi les lois de leur temps, en cherchant, d'ailleurs, le plus souvent, leurs solutions dans le droit romain.

droit germanique le développement des statuts personnels dû aux postglossateurs.

La personnalité des lois, telle que l'entendaient les barbares, consistait dans l'application cumulative, sur un même territoire, de lois différentes, *personnelles* à chaque individu d'après sa nationalité d'origine; tandis que les statuts personnels sont des lois territoriales en elles-mêmes, mais qui suivent les individus d'un pays lorsqu'ils se transportent en pays étranger. Il y a donc là deux idées absolument différentes, puisque la seconde suppose la souveraineté territoriale de la loi en y apportant une restriction, tandis que la première écarte le principe même de cette souveraineté en mettant au même niveau des lois différentes sur un même territoire. Ces deux idées n'ont entre elles qu'un lien : c'est la tendance au respect de l'individualité humaine, que la première pousse à l'extrême en méconnaissant le droit de la souveraineté territoriale, tandis que la seconde la combine et la concilie avec ce dernier droit.

En Italie, la féodalité fut promptement battue en brèche par la fondation des républiques commerçantes; aussi la territorialité des coutumes locales y fut-elle bien moins tenace que dans notre pays. Le commerce, en effet, est cosmopolite par nécessité, et de là l'obligation pour tout peuple qui vit du négoce d'accueillir favorablement l'étranger, notamment en lui accordant, dans la mesure du possible, l'application de sa propre loi. On fut amené ainsi à distinguer les statuts pour lesquels on s'en tiendrait aux dispositions de la loi locale et appelés pour cela réels, de ceux pour lesquels on accepterait que l'étranger restât soumis aux dispositions de sa propre loi et que l'on qualifia, pour cette raison, de *personnels*. C'était établir, entre les statuts, la distinction déjà admise entre le Droit romain d'une part et les statuts en général, de l'autre.

L'idée fondamentale admise, il s'agissait de trouver un criterium permettant de discerner les statuts rentrant dans l'une ou l'autre des deux catégories. Bartole, le premier, imagina de considérer un statut comme personnel ou réel suivant que le premier mot de son texte était relatif aux personnes ou aux biens : ainsi la disposition suivante : « *Primogenitus succedat* » aurait constitué un statut personnel; et celle-ci : *Bona decedentium veniant in primogenitum* », un statut réel (1). La grande autorité de Bartole fit

(1) Comm. de la loi *Cunctos populos* du titre *De Summâ Trinitate*, au Code, liv. I, tit. I. — Le choix de ce texte pour expliquer la théorie des Statuts, étrange pour beaucoup d'auteurs, a été expliqué par M. Lainé, *loc. cit.*, I, p. 104 et suiv.

accepter ce criterium par bon nombre de ses disciples, à l'exception de quelques-uns, comme Balde, par exemple; mais, plus tard, en France, Dumoulin qualifia cette distinction de *verbalis*, car elle ne reposait que sur un jeu de mots, et d'Argentré déclara que les enfants rougiraient de la proposer.

Du reste les critiques et les railleries dont le criterium de Bartole a été l'objet paraissent très exagérées. Le fond de sa pensée est qu'il faut apprécier le caractère personnel ou réel d'une loi d'après son idée dominante, et que cette idée peut être révélée par les termes dans lesquels elle est conçue. Ainsi, à titre d'exemple, il cite le cas du droit d'aînesse établi par la loi anglaise, et se demande si la disposition relative à ce point vise plus particulièrement la personne de l'héritier premier né ou les biens, pour savoir s'il s'agit d'un statut personnel ou réel : les termes de la loi ou de la coutume peuvent renseigner sur ce point. Telle est, au fond, l'idée très raisonnable de Bartole, idée qu'adoptèrent plus tard tous les jurisconsultes *statutaires*.

En outre, Bartole créa une distinction, toujours reproduite après lui par les jurisconsultes, entre les statuts *favorables* et les statuts *défavorables* ou odieux, les premiers jugés dignes par leur valeur d'être étendus hors du territoire, les autres restreints aux pays où ils étaient acceptés. Cette appréciation du mérite de chaque statut était laissée à la discrétion de chacun et donnait ainsi lieu aux solutions les plus arbitraires et les plus disparates.

Il est du reste fort difficile de préciser la doctrine des postglossateurs en ce qui concerne le détail des différents statuts. Il semble cependant résulter de l'ensemble de leurs écrits sur cette matière qu'ils avaient une tendance assez marquée à favoriser le statut personnel et à restreindre le statut réel, sans doute à cause de l'influence qu'exerçait sur eux le développement des relations commerciales en Italie. C'est ainsi qu'ils faisaient entrer dans le statut personnel l'état et la capacité des personnes, et qu'ils admettaient que l'effet des conventions conclues sur un territoire pût se produire en tout pays : deux importants principes que devait consacrer plus tard la jurisprudence française et que confirme la science moderne.

Au fond, les postglossateurs n'avaient pas de système bien arrêté pour trancher les conflits des statuts, et il est certainement exagéré de leur attribuer la création de toutes pièces de la distinction des statuts réels et personnels qui servit plus tard de base aux décisions des jurisconsultes français. S'ils eurent l'idée

de cette distinction et s'ils la formulèrent, ils n'en firent pas le criterium unique de leurs solutions. Procédant par études d'espèces ou de cas particuliers, suivant la méthode scolastique, ils s'efforcèrent de déterminer la loi applicable, en s'inspirant des lumières de la raison, d'après la nature de chaque rapport juridique qu'ils envisageaient : le criterium de la distinction des statuts réels et personnels n'était pour eux qu'un moyen d'appliquer cette méthode à un certain nombre de cas. On verra plus loin que, toutes réserves faites en ce qui concerne les solutions qu'ils ont données, cette façon de procéder est la seule rationnelle et s'impose encore aujourd'hui dans l'étude du droit international privé.

§ II. *Développement de la théorie des statuts en France.*

91. La distinction créée par les postglossateurs fut importée en France par les jurisconsultes qui allaient étudier au delà des monts, spécialement à leur école de Bologne ; c'est même en commentant les écrits de deux postglossateurs, Décius et Alexander, que Dumoulin a exposé la théorie des statuts, rattachant ainsi l'école française à l'école italienne. Mais il est essentiel de remarquer que la doctrine italienne subit une modification profonde en passant en France. Si Dumoulin paraît avoir été plus directement le continuateur de la théorie italienne telle que nous l'avons exposée, la plupart des jurisconsultes français, au contraire, notamment Guy Coquille et surtout d'Argentré, réduisirent toute cette théorie à la distinction des statuts réels et personnels dans lesquels ils firent entrer toutes les dispositions légales, quelles qu'elles fussent. Prenant pour point de départ le principe de la *réalité* des coutumes, ils y apportèrent des exceptions plus ou moins larges, suivant leur tendance particulière, sous le nom de statuts personnels. C'est sous la forme de cette distinction générale de toutes les dispositions légales ou coutumières en statuts réels ou personnels que la doctrine française se trouva définitivement constituée et qu'elle subsista jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle (1).

Mis en présence du vieil adage : « *Toutes coutumes sont réelles* », la distinction des statuts servit à en atténuer l'extrême rigueur. La règle féodale conduisait en effet à ce résultat que la même personne voyait varier son état et sa capacité, aussi souvent qu'elle

(1) *Opera Molinæi*, 1681, III, p. 753 et 879 ; d'Argentré, Cout. de Bretagne, I, p. 315 et suiv.

se transportait sur un territoire régi par une coutume différente; de telle sorte que, majeure en un lieu, elle était mineure dans un autre, capable ici et incapable ailleurs. Pour écarter cette conséquence, déraisonnable en principe et remplie d'inconvénients en pratique, on reconnut la nécessité d'établir, à l'exemple des post-glossateurs, une distinction entre les statuts personnels qui, attachés à l'individu, le suivraient en tout lieu sans modification, et les statuts réels pour lesquels on s'en tiendrait aux dispositions de la loi locale, conformément à l'adage féodal. Comme on ne pouvait, pour établir la distinction entre les deux sortes de statuts, songer à maintenir le criterium de Bartole, on en vint, après bien des tâtonnements et des hésitations, à accepter la formule suivante, émise par Dumoulin : « *Si statutum agit in rem, reale est; si in personam, personale est.* » C'était donc suivant qu'il visait les biens ou les personnes que le statut était réel ou personnel. Comme, souvent, une disposition législative traite à la fois des biens et des personnes, on se préoccupait de l'intention principale du législateur, et le statut était réel ou personnel, suivant qu'il paraissait se référer principalement à la condition juridique des biens ou à celle des personnes.

Mais ce criterium une fois adopté, on fut bien embarrassé pour en faire l'application, et chaque statut à peu près fut l'objet de controverses interminables; c'est ce qui faisait dire à Hert : « *In iis definiendis mirum est quàm sudent doctores!* » Ainsi les droits du mari sur les biens de sa femme et des parents sur ceux de leurs enfants entraient dans le statut réel pour les uns, parce qu'ils se référaient aux biens; dans le statut personnel pour les autres, parce qu'ils avaient pour résultat de modifier la capacité de la femme ou des enfants.

Voulant trancher la difficulté, d'Argentré imagina *les statuts mixtes*, dans lesquels il rangeait toutes les dispositions concernant à la fois les biens et les personnes, par opposition aux statuts personnels ou réels comprenant toutes celles qui avaient uniquement pour objet les personnes ou les biens. D'ailleurs, d'Argentré assimilait, au point de vue pratique, ces nouveaux statuts mixtes aux statuts réels, puisque, pour les uns aussi bien que pour les autres, il appliquait la loi territoriale. D'autres, au contraire, auraient voulu que l'on appliquât aux statuts mixtes distributivement la loi personnelle et la loi locale, l'une pour la partie du statut concernant la personne, l'autre pour la partie relative aux biens : mais comment pouvait-on arriver, pratique-

ment, à cette application cumulative de deux coutumes différentes pour un même rapport de droit? Aussi la division tripartite des statuts créée par d'Argentré fut-elle généralement répudiée. Les statuts mixtes n'étaient plus admis au XVIII^e^ siècle; seul Boullenois, après les avoir écartés en principe, les accepte d'une façon réservée et avec un caractère spécial (1).

Au XVII^e^ siècle cependant, Paul Voet songea à faire une catégorie à part, sous ce même nom de statuts mixtes, des dispositions législatives concernant les formalités des actes juridiques, pour lesquelles on appliquait les règles de la loi du lieu où l'acte était accompli, conformément à l'adage *Locus regit actum.* Certains encore faisaient entrer dans le statut mixte ainsi compris les règles de procédure et celles qui sont relatives à l'exécution des jugements.

En définitive, la confusion devint si grande que Bouhier, au XVIII^e^ siècle, mit en doute jusqu'à la distinction des statuts elle-même, et proposa, à l'exemple de Paul Voet, de considérer un statut comme réel ou personnel, suivant que, en fait, il était ou non appliqué en dehors du territoire où il avait force de loi (2). Il y avait de la témérité, pensaient ces deux auteurs, à définir ce que le législateur n'avait pas lui-même indiqué, et l'on devait se borner à constater ce qui, dans la pratique, était décidé par les tribunaux des diverses coutumes.

Ce serait une entreprise bien longue, et qui n'a plus d'intérêt qu'au point de vue historique, que d'analyser les discussions interminables des jurisconsultes *statutaires* (3). Il importe seulement, pour apprécier le développement de notre science, d'indiquer la marche générale suivie par leur doctrine.

Bien qu'adoptant tous le principe imposé par les traditions féodales : « Toutes coutumes sont réelles », nos anciens auteurs se partageaient cependant en deux écoles assez nettement tranchées, celle des *réalistes* et celle des *personnalistes;* elles eurent pour chef, en France, l'une d'Argentré, l'autre Dumoulin. Etant donné que toutes les deux adoptaient le même principe, la

(1) *Comm. in lib. I, Cod. de Summâ Trinitate de statut. et consuet. local.,* Opera Molinæi, 1681, III, p. 554; Froland, I, p. 114 à 154; Bouhier, chap. XXIII, n. 29 et suiv.; Boullenois, I, p. 139.

(2) *Cout. de Bourgogne,* chap. XXIII, n. 58 et 59, I, p. 662.

(3) Pour plus de brièveté, on désigne sous ce nom les jurisconsultes qui ont développé la théorie des statuts. Les idées des statutaires ont été remarquablement analysées dans l'ouvrage du regretté M. Lainé.

différence n'apparaît plus entre elles qu'en ce que l'une y était plus strictement attachée, tandis que l'autre y apportait un plus grand nombre d'exceptions, en faisant une part plus large au statut personnel.

En ce qui concerne l'état et la capacité, tous, réalistes et personnalistes, étaient d'accord pour les faire entrer dans le statut personnel. Mais les réalistes apportaient immédiatement à ce principe une double restriction qui en détruisait toute la portée pratique. Suivant eux, tout d'abord, bien qu'un individu dût être considéré comme capable suivant les dispositions de sa coutume personnelle, cependant il ne pouvait disposer des biens situés sur le territoire d'une coutume d'après laquelle il aurait été incapable à cet égard : l'état et la capacité déterminés par la loi personnelle se réduisaient donc à une simple qualification juridique, sans conséquence pratique sur le territoire régi par une autre loi, toutes les fois que les dispositions de cette dernière n'étaient pas d'accord avec celles de la loi personnelle. — En second lieu, les réalistes, n'acceptant le statut personnel que comme une exception à la réalité des lois, en concluaient qu'il devait être strictement interprété. Or, disaient-ils, si l'état et la capacité considérés d'une manière générale, par exemple la situation de majeur ou de mineur, constituent un statut personnel, il ne doit plus en être de même des capacités et incapacités spéciales, par exemple de la capacité de tester pour un mineur, ou de l'interdiction pour une femme, fille majeure ou veuve, de se porter caution, conformément au sénatus-consulte Velléien : dans ces derniers cas, il ne s'agit plus d'éléments de l'état et de la capacité en général, mais au contraire de dérogations à cet état et à cette capacité ; on n'est donc plus dans les termes de l'exception, qui ne vise que l'état et la capacité considérés dans leur ensemble, et il faut revenir au droit commun, l'application de la loi territoriale.

Toutes ces subtilités, on le comprend, n'avaient qu'un but : restreindre le plus possible le domaine du statut personnel. Nous aurons du reste occasion de les réfuter plus tard, car elles ont été reproduites par des auteurs modernes.

Sur un autre point important encore, les deux écoles se trouvèrent en divergence. Les réalistes estimaient que, pour déterminer l'effet des contrats, il fallait se référer aux dispositions de la loi du lieu où cet effet devait se produire. Mais Dumoulin, remarquant que les conventions sont l'œuvre de la volonté des parties et non de la loi, que la volonté de l'homme est de sa nature une et indi-

visible, déclara que celle-ci devait, en tout pays, être considérée comme invariable, et qu'il fallait partout en accepter les conséquences telles que les contractants les avaient déterminées dans leur intention. Faisant l'application de cette idée profondément juste, le grand jurisconsulte décidait que des personnes mariées sans contrat dans le ressort d'une coutume étaient censées adopter le régime de droit commun de cette coutume, pour leurs biens situés en n'importe quel pays.

Enfin, relativement aux biens, les statutaires étaient unanimes pour adopter une distinction fondamentale entre les immeubles et les meubles. Pour les premiers, il était de principe que tout ce qui les concernait était du statut réel et dépendait de la loi de leur situation. Sans aller aussi loin que les réalistes qui, comme on l'a vu plus haut, s'attachaient à cette loi pour déterminer la capacité d'aliéner ces biens, les personnalistes cependant considéraient comme autant de statuts réels : les règles de la transmission héréditaire des immeubles, *ab intestat* ou par testament, la réserve sur les immeubles, les droits des parents ou des époux sur les biens de cette nature appartenant à leurs enfants ou à leur conjoint, etc., etc... — Quant aux meubles, comme ils n'avaient pas d'assiette fixe, on disait d'eux : « *Mobilia ossibus personæ inhærent* ». On les considérait comme ayant fictivement leur assiette au domicile de leur propriétaire, et on leur appliquait, en conséquence, la loi de ce domicile.

En principe, la théorie des statuts avait été imaginée pour résoudre les conflits des diverses coutumes en vigueur dans l'étendue d'un même territoire relevant d'une seule souveraineté, et c'est ce qui explique que le criterium servant à déterminer le statut personnel était le domicile de chaque individu et non sa nationalité. Cependant, bien que plus rares dans la pratique, à cause du peu de développement des relations entre les Etats, les conflits de lois internationaux au sens propre du mot, par exemple entre la loi française et la loi anglaise, n'étaient pas inconnus. Ces conflits sont fréquemment prévus par les anciens auteurs, et ils étaient résolus par les règles ordinaires tirées de la théorie des statuts. L'assimilation entre ce genre de conflits et ceux qui se produisaient entre les diverses coutumes françaises est très nettement affirmée par Froland dans son épitre au Parlement, placée en tête de ses *Mémoires sur la nature et la qualité des Statuts*, et par Boullenois dans la préface de son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*.

92. A un autre point de vue, on distingue trois écoles de jurisconsultes statutaires dont chacune a eu successivement son influence prédominante.

1° L'école française du XVI° siècle. Elle a été illustrée par d'Argentré (1519-1590), seigneur breton très fortement attaché aux principes féodaux, par conséquent à la réalité des coutumes, et remarquable par la vigueur de son raisonnement et l'énergie, souvent un peu violente, avec laquelle il attaque ses adversaires : il est l'auteur des *Commentarii in patrias Britonum leges, seu consuetudines generales antiquissimi ducatûs Britanniæ* (Paris, 1621). A cette école on rattache aussi Dumoulin qui continua plutôt la doctrine italienne et qui fut l'adversaire déclaré des doctrines de d'Argentré. Sur notre matière, on doit surtout consulter de ce jurisconsulte : les *Commentarii in Codicem* (*Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* (1), et les *Commentarii in consuetudines Parisienses*. On peut citer enfin Guy Coquille, plus hardi encore que Dumoulin dans le sens de la personnalité des lois (*Questions, réponses et méditation sur les Coutumes*, surtout les questions 131, 135, 159, 227 et 237).

2° L'école belge et hollandaise du XVII^e^ siècle. Cette école se distingue par un attachement très marqué à la souveraineté absolue des lois locales, en un mot à la réalité, ce qui s'explique du reste par la puissance de l'autonomie municipale dans les Pays-Bas et le soin jaloux avec lequel les communes y défendaient leur indépendance contre tout empiètement d'une autorité étrangère. On cite dans cette école : Bourgoigne (Burgundus, 1586-1649), auteur du traité *Ad consuetudines Flandriæ aliarumque gentium controversiæ;* Paul Voet (1619-1677), *De statutis eorumque concursu* et *Mobilium et immobilium natura;* Jean Voet, fils du précédent (1647-1714), l'un des plus remarquables de cette école, auteur des Commentaires sur les Pandectes; il a traité des conflits de lois, sous la rubrique *De statutis*, dans la deuxième partie du commentaire sur le titre *De constitutionibus principum* (Dig., I, 4); Rodenburgh (1618-1668), auteur du *Tractactus de jure conjugum, cum tractatione præliminari de jure quod oritur ex statutorum discrepantium conflictu;* Huber (1636-1694), *De conflictu legum diversarum in diversiis imperiis*, dans ses *Prælectiones juris civilis;* enfin Hert (1652-1719), qui, quoique Allemand, peut être rattaché à cette école (*De collisione legum privaturum inter se*, 1668).

(1) V. Opera, 1681, III, p. 554 et suiv.

3° Ecole française du XVIIIe siècle. Cette dernière, sous l'influence des idées philosophiques de l'époque, consacre les solutions les plus libérales et par conséquent les plus favorables au développement du statut personnel. Ses principaux représentants sont : Boullenois (1680-1762), *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts*, paru en 1766 et *Sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et coutumes* (1732); Froland, mort en 1746, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts* (1729); le président Bouhier, lettré, membre de l'Académie française, en même temps que juriste (1673-1746), auteur des *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne* (chap. XXI à XXXVI); Prévôt de la Jannès (1696-1749), *De la distinction des statuts réels et personnels*, 3e discours en tête des *Principes de la jurisprudence française* (1759).

§ III. *Critique de la théorie des statuts.*

93. On pourrait, *à priori*, apprécier à sa juste valeur la théorie des statuts telle qu'elle a été établie en France, en voyant nos anciens jurisconsultes, malgré leur grande science du droit, ne point arriver à s'entendre dans son application; il y a évidemment dans ce fait l'indice d'un défaut essentiel de la théorie elle-même. Cependant, comme le montre la correspondance reproduite en tête de l'ouvrage de Boullenois, les statutaires ont essayé de travailler en commun; mais la doctrine même des statuts était un obstacle à toute entente. Malgré tout, ils sont arrivés souvent à des solutions justes, surtout quand ils s'affranchissaient des entraves de la distinction des statuts et qu'ils pouvaient donner libre essor à leur remarquable sagacité juridique, en analysant la nature de chaque rapport de droit pour déterminer la loi qui lui est applicable. Leurs écrits ne méritent donc pas le dédain que certains ont exprimé, notamment Mailher de Chassat dans son *Traité des statuts* (1845), qui est loin de valoir l'œuvre de ses devanciers. Ils doivent être étudiés en eux-mêmes, et aussi pour deux raisons indépendantes de leur valeur propre : d'abord, parce que la notion des statuts réel et personnel subsiste encore, sauf à devoir être modifiée; ensuite parce que, suivant une opinion très répandue, notre code civil ne ferait que reproduire la doctrine des anciens *statutaires*.

Si, tout d'abord, on veut juger la distinction classique au point de vue des principes rationnels, on remarque bien vite qu'elle

repose sur une base absolument factice. Comme nous l'établirons plus loin, les lois sont faites, en règle générale, par chaque législateur en vue de la situation particulière de ses nationaux, en tenant compte des diverses influences de mœurs, de traditions, de climat sous lesquelles ils peuvent être placés : il est donc naturel que chacun demeure régi (1), en quelque pays qu'il se transporte, par sa loi nationale, sauf à respecter les dispositions absolument impératives ou prohibitives, imposées comme règles d'ordre public par la souveraineté de l'Etat sur le territoire duquel il se rend. Les barbares avaient fait une application abusive de cette idée de la personnalité des lois, car ils l'étendaient aux peuples devenus leurs sujets par la conquête, et n'y apportaient point la restriction commandée par le respect même de la souveraineté de l'Etat. Sous la féodalité, on a déjà vu que la règle absolument inverse fut adoptée et que l'on ne tint aucun compte du caractère naturellement personnel de toute législation, en appliquant l'adage : « *Toutes coutumes sont réelles* ». Or la théorie des statuts repose encore sur ce dernier principe, et elle consiste uniquement à y apporter un nombre plus ou moins considérable d'exceptions sous le nom de statuts personnels. Bouhier avouait lui-même que ce point de départ faussait toute la théorie, et il se montrait nettement partisan du principe opposé de la personnalité des statuts. Prendre pour point de départ la territorialité des lois, quand on devrait s'attacher à la personnalité, sauf à la restreindre par certaines dérogations venant du respect de la souveraineté de la loi locale, c'est mettre la règle à la place de l'exception. Du reste, pour justifier les exceptions au principe féodal se présentant sous la forme de statuts personnels, les statutaires n'avaient que des considérations de nécessité pratique, comme, par exemple, l'impossibilité de laisser varier la capacité d'une personne suivant les provinces. Essayant, en outre, d'expliquer d'une façon rationnelle ces exceptions, les jurisconsultes de l'école des Pays-Bas, au XVII^e^ siècle, créèrent la théorie de la *Comitas gentium*, ou de l'abandon gracieux de la part du souverain, motivé par l'intérêt; or, on a déjà vu ce que vaut, au point de vue du fait comme du droit, cette théorie de la courtoisie internationale. D'ailleurs, tout en admettant l'idée de la *Comitas*, les jurisconsultes français, même

(1) La loi nationale s'impose, tout au moins, pour régler la condition juridique des individus, ce que l'on appelle leur statut personnel. Pour les autres points, la loi applicable sera déterminée par la nature du rapport juridique en cause, comme il sera expliqué plus loin.

d'Argentré, y associaient des principes de raison et de justice pour justifier l'application de la loi étrangère; tandis que ceux des Pays-Bas ne s'inclinaient que devant les considérations d'intérêt justifiant une concession de la loi territoriale.

Considérée maintenant au point de vue pratique, la distinction des statuts a le triple inconvénient d'être *trop vague*, *insuffisante* et *trop absolue*.

Trop vague, car il était difficile, avec le criterium proposé, d'affirmer si un statut était réel ou personnel. Il est rare, en effet, que le législateur ne parle pas tout à la fois des biens et des personnes, et il est téméraire, en pareil cas, de rechercher son intention pour savoir si l'objet principal de sa disposition est le bien ou la personne : chacun peut, à cet égard, avoir son appréciation personnelle, et tout se réduit à une question d'inspiration, comme semblait, d'ailleurs, l'avoir compris Froland qui invoque les Muses au début de ses *Mémoires sur la nature des statuts*.

La distinction des statuts est de plus, insuffisante pour trancher nombre de conflits de lois. Sans doute, en présence d'une question simple, il suffira souvent de décider qu'il s'agit d'un statut personnel ou réel, par exemple lorsqu'il faudra apprécier la majorité d'un étranger ou dire si des étrangers peuvent établir, sur un bien situé en France, un droit réel inconnu dans notre législation : dans le premier cas, la loi personnelle devra être appliquée et, dans le second, la loi territoriale. Mais il est des rapports de droit beaucoup plus complexes qui présentent des points de contact avec plusieurs législations à la fois : il ne suffit pas, en ce qui les concerne, de déclarer, d'une manière générale, que l'on est en face d'un statut personnel ou d'un statut réel et d'appliquer, en conséquence, la loi personnelle des parties ou la loi territoriale ; on arriverait, en procédant ainsi, à négliger nombre d'éléments du rapport de droit en question pour lesquels s'impose peut-être l'application d'une loi différente. C'est ainsi que, dans un contrat, il faut apprécier la capacité des parties qui dépend de leur loi personnelle; le sens de leur convention qui dépend de leur intention et pour la fixation duquel on devra se référer à la loi présomptivement acceptée par elles; ensuite les formalités qui constatent l'acte juridique et qui sont réglées par la loi du lieu où cet acte est accompli.

Enfin, désireux d'établir une règle qui leur permît de résoudre commodément la question de savoir si une disposition législative pouvait ou non s'appliquer en dehors du territoire où elle était

en vigueur, les anciens jurisconsultes confondirent complètement les statuts réels avec les dispositions légales exclusivement applicables sur le territoire, et les statuts personnels avec celles qui suivaient la personne dans les pays régis par d'autres coutumes. Or, il existe un très grand nombre de règles de droit qui ne se réfèrent pas plus à la condition juridique des biens qu'à celle des personnes, comme celles qui concernent les formalités des actes juridiques ou l'interprétation des contrats : ce n'était donc qu'au prix des plus grandes subtilités et en donnant lieu à des discussions multiples, qu'on arrivait à faire de ces règles des statuts réels ou personnels, suivant qu'on voulait, en ce qui les concernait, appliquer la loi territoriale ou la loi personnelle des parties intéressées. En réalité, la distinction ancienne est beaucoup trop absolue, car toute disposition légale qui n'a pas directement pour objet de régler la condition juridique des personnes ou celle des biens n'est ni un statut personnel ni un statut réel; elle doit donc demeurer en dehors de la classification adoptée.

§ IV. *La théorie des statuts dans le code civil.*

94. On est à peu près unanime, en France, dans la doctrine et la jurisprudence, pour penser que l'ancienne théorie des statuts a été reproduite dans l'art. 3 du code civil, sauf une modification consistant dans la substitution de la loi nationale à la loi du domicile pour régler le statut personnel, par suite du caractère nouveau des conflits de lois qui se présentent désormais entre législations de pays différents, et non plus entre coutumes de diverses provinces d'un même Etat (1). On fonde cette manière de voir sur

(1) Cpr. M. Barde, *La théorie traditionnelle des statuts,* 1880, et l'étude de M. Despagnet : *Théorie des statuts dans le code civil, Rev. crit.,* 1884, p. 487; *De l'avenir du droit international privé, R. D. I. P.,* 1906, p. 5 et suiv., et 1907, p. 481 et suiv.; Dubois, *De l'article 3 du code civil (conflit des lois) et de la place à accorder au droit international dans le nouveau code civil, R. D. I. P.,* 1906, p. 429. — Cpr. également de Vareilles-Sommières, *La synthèse du Droit intern. privé,* 2e édit., 1897 et A. Lainé, *Considérations sur le Droit intern. privé,* extrait de la *Revue critique,* 1900; [Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence en matière de conflits de lois,* 1905; *Id., L'article 3 du Code civil et la jurisprudence de 1804 à 1904, R. D. I. P.,* 1906, p. 684 et suiv., p. 829 et suiv. — M. de Vareilles-Sommières a soutenu avec vigueur et science la thèse de la territorialité des lois. V. pour la critique de son ouvrage. Lainé, *Considérations sur le droit int. privé, Revue critique,* 1899, p. 613; 1900, p. 20, p. 83, p. 216, p. 350.

le texte même de l'art. 3, qui paraît très positif en ce sens, par suite de l'opposition très nette que les §§ 2 et 3 établissent entre le droit des immeubles, d'une part, et celui des personnes, de l'autre; le premier dépendant toujours de la loi de la situation des biens, le second de la loi nationale. De plus, les déclarations faites au cours des travaux préparatoires ne laissent, ajoute-t-on, aucun doute à cet égard. Portalis disait : « On a toujours distingué les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui règlent la disposition des biens. » Le tribun Faure s'exprimait dans le même sens : « L'art. 3 contient les principales bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels ». Enfin, le tribun Grenier déclarait que ce même article contenait les principes enseignés par tous les publicistes (1).

Pour éviter de trancher les conflits de lois privées en recourant à la distinction des statuts, si critiquable au point de vue théorique et pratique, il serait avant tout désirable qu'une modification opérée dans le texte de l'art. 3 montrât bien que l'on a rompu avec les anciennes traditions. Mais, en attendant, il est permis de soulever un doute sérieux sur la reproduction de la théorie des statuts par notre législation moderne, et grâce à ce doute, d'interpréter notre droit d'une manière plus conforme aux principes de notre science et aux intérêts pratiques.

Tout d'abord, les rédacteurs du code civil n'auraient pu faire qu'un renvoi à une théorie purement doctrinale que le juge pourrait encore accepter et modifier à sa guise, puisque, jadis, personne n'était d'accord sur son application. Si l'on prétend que l'art. 3 reproduit implicitement le dernier état de la doctrine des statutaires tel qu'il se présentait à la veille de la rédaction du code, on peut rappeler qu'à cette époque Bouhier niait jusqu'au fondement même de la théorie des statuts, comme on l'a vu plus haut ! — Ce serait, dans tous les cas, en un langage bien énigmatique que l'ancienne distinction des statuts aurait été indiquée : le mot statut, si couramment employé cependant par les jurisconsultes, ne figure pas dans l'art. 3; de plus, il n'est question, dans ce texte, que des immeubles et des personnes, sans un mot pour les meubles, qui tenaient cependant une si large place dans les controverses des statutaires.

En réalité, les trois paragraphes de cet article ne nous indiquent

(1) Locré, *Législ. franç.*, I, p. 580 s., n. 12 à 16; 612, n. 8; p. 600, n. 9.

que les trois points suivants : 1° soumission de tous aux lois de police et de sûreté; 2° règlement des droits sur les immeubles par la loi française, quelle que soit la nationalité du propriétaire; 3° fixation de l'état et de la capacité du Français par sa loi nationale, en quelque lieu qu'il se trouve. Or, il est bien exact que l'on a toujours fait cette distinction entre les biens et les personnes; que ce sont là des principes enseignés par tous les publicistes, comme l'ont dit Portalis et Grenier; il est même vrai d'ajouter, avec le tribun Faure, que la théorie des statuts a pour bases *principales* les deux propositions contenues dans les §§ 2 et 3 de l'art. 3; mais rien n'indique que le législateur ait voulu donner à ce texte une portée plus grande et y résumer, d'une manière fort peu claire du reste, toute cette théorie telle qu'on pourrait la faire sortir des écrits de nos anciens auteurs.

On comprend, au contraire, que les rédacteurs du C. civ. s'en soient tenus à formuler les trois principes contenus dans l'art. 3, estimant qu'ils seraient suffisants pour résoudre les conflits de législations qui pourraient se présenter dans la suite, et voulant, pour les points non prévus, laisser aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation. Craignant de provoquer le retour des difficultés inextricables et des controverses infinies auxquelles avait donné lieu l'ancienne théorie, ils ont évité d'employer les expressions de statuts réels ou personnels. D'autre part, ils ont pu croire que, grâce à l'unité nouvelle de la loi française, les conflits, jadis si fréquents entre les diverses coutumes, ne se présenteraient plus qu'assez rarement et que les trois règles de l'art. 3 suffiraient pour les trancher. Il est du reste permis de penser que l'on ne se préoccupait guère, à cette époque, du conflit de la loi française avec celle des autres pays, car les relations internationales étaient alors bien loin du développement qu'elles ont atteint depuis, et, de plus, la guerre générale dans laquelle la France était engagée n'était pas de nature à les favoriser. On peut remarquer, à l'appui de cette idée, que le législateur, dans l'art. 3, ne s'est préoccupé que des Français ou de la France. Il ne parle des étrangers que pour les assujettir à la loi française en ce qui concerne les lois de police et de sûreté et les règles de la propriété immobilière; à propos de l'état et de la capacité, le § 3 ne vise que les Français, alors qu'il eût été si naturel d'accorder aux étrangers sur le même point et par juste réciprocité, l'application de leur loi nationale : il a fallu que la doctrine comblât à cet égard la lacune de la loi.

De toutes les observations qui précèdent découle cette conclu-

sion que : *la théorie des statuts peut être répudiée dans notre droit positif français;* de sorte que l'art. 3 du code civil ne fait nullement obstacle à l'adoption d'une autre théorie beaucoup plus rationnelle pour la solution des conflits des lois privées. Mais il ne faut pas se dissimuler que cette conclusion n'a guère de chances d'être acceptée encore, en présence de l'opinion contraire adoptée en doctrine et confirmée par la jurisprudence. En général, notre jurisprudence est trop dominée par une tradition qui ne répond plus aux relations internationales actuelles beaucoup plus nombreuses et compliquées qu'autrefois. Aussi est-elle souvent contrainte d'abandonner cette tradition, ou les idées qu'elle a adoptées en les rattachant plus ou moins bien à cette tradition. C'est ce que l'on constate en voyant combien elle restreint le domaine des droits civils (art. 11 C. civ.); en relevant ses contradictions en matière de succession, et ses décisions arbitraires pour écarter le statut personnel des étrangers d'après leur loi nationale quand son application nuit aux intérêts des Français ayant contracté avec eux.

§ V. *Véritable notion du statut réel et du statut personnel.*

95. Cependant, et quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur le maintien de l'ancienne théorie dans le code civil, il n'en est pas moins vrai que les expressions statuts réels et statuts personnels sont encore couramment employées dans la langue moderne du Droit international privé; on voit même désignées sous cette rubrique deux parties, les plus importantes assurément, de presque tous les traités écrits sur notre science. Il importe donc de fixer le sens exact de ces mots et d'éviter de le confondre avec celui qu'on leur donnait jadis.

Le vice capital de la distinction des statuts, telle que les anciens auteurs français l'avaient formulée, était, nous l'avons déjà dit, sa trop grande généralité. De gré ou de force, toute règle de droit devait être considérée comme un statut réel ou personnel, afin que l'on pût résoudre du même coup la question de savoir si elle s'appliquait ou non en dehors du territoire où elle était en vigueur, par suite de la fausse synonymie que l'on avait admise entre les mots statut réel et loi territoriale, statut personnel et loi suivant l'individu dans les divers territoires où il se transporte. C'est cette confusion que l'on doit écarter, en ne donnant à la distinction des statuts que son véritable champ d'application, dans lequel il faut

bien se garder de faire entrer tout ce qui n'a trait ni à la condition juridique des biens ni à celle des personnes. Les partisans de l'opinion générale, d'après laquelle l'art. 3 C. civ. ne serait que la reproduction de l'ancienne théorie des statuts, l'ont bien compris en rejetant du domaine de la distinction classique les règles de droit que l'on ne saurait, sans abus de langage, qualifier de statuts réels ou personnels, telles que celles qui concernent les formalités des actes ou l'interprétation des contrats, ce qui les amène à se montrer peu fidèles à la doctrine traditionnelle qu'ils prétendent maintenir. C'est donc la véritable portée du statut personnel et du statut réel qu'il est essentiel de déterminer.

96. Par les mots *Statut personnel*, on ne peut désigner que l'ensemble des dispositions légales réglant la condition juridique de la personne, par exemple celles qui concernent son état et sa capacité, ses relations de famille : majorité, interdiction, adoption, émancipation, tutelle, mariage, filiation, etc... Le propre de toutes ces règles, comme on le verra dans la suite, est d'être attachées à la personne en quelque pays qu'elle se transporte. Mais ce n'est pas là le caractère exclusif du statut personnel : nombre de dispositions législatives, n'ayant nullement pour objet de régler la condition juridique des personnes, peuvent avoir une portée extra-territoriale, comme, par exemple, celles qui sont relatives aux formes des actes, aux effets des contrats. On ne saurait donc faire entrer ces dernières dans le statut personnel qu'en maintenant l'ancienne confusion entre ce statut et toute règle de droit susceptible de suivre la personne en pays étranger.

97. Les mots *Statut réel* doivent désigner le droit des choses en général *(res)*, et non celui des immeubles seulement dont parle le § 2 de l'art. 3 C. civ. On ne peut donc voir dans ce dernier texte la reproduction du statut réel tel que le comprenaient les anciens auteurs, qu'en acceptant la confusion fréquemment commise jadis entre les qualificatifs réel et immobilier, parce que les immeubles étaient considérés autrefois comme les choses par excellence. Aujourd'hui, ceux qui se prétendent liés par la tradition font entrer dans le statut réel tout ce qui, de près ou de loin, a un rapport quelconque avec les immeubles, notamment les règles des successions immobilières, de l'usufruit légal des parents sur les immeubles appartenant à leurs enfants, des hypothèques légales. Sur ce premier point, ils sont fidèles à la doctrine des statutaires. En ce qui concerne les meubles, beaucoup d'anciens auteurs appliquaient la loi du domicile du propriétaire, en vertu de la

fiction qui faisait considérer les meubles comme ayant leur assiette dans le lieu où leur propriétaire était domicilié. Dumoulin mit particulièrement en relief le caractère du statut réel des meubles régis par la loi de leur situation fictive, comme les immeubles le sont par celle de leur situation réelle. D'autres, à l'exemple de d'Argentré, expliquaient cette règle d'une manière différente, en disant que les meubles étaient attachés à la personne, et que, par conséquent, tout ce qui les concernait appartenait au statut personnel, lequel, à cette époque, dépendait de la loi du domicile.

Cependant, la plupart des auteurs qui entendent l'art. 3 comme reproduisant l'ancienne classification des statuts distinguent entre les meubles considérés comme universalité, par exemple dans une succession, et les meubles pris individuellement, par exemple au point de vue de la prescription (art. 2279), de la transmission (1690), de la saisie et des différents cas prévus par les art. 2074, 2075, 2076, 2119 C. civ., etc... Dans la première hypothèse, ils appliquent la loi du domicile; dans la seconde, la loi de la situation matérielle du meuble : c'est aussi la solution adoptée par la jurisprudence (1). On a affirmé que, dans l'ancien droit, la loi du domicile s'appliquait aux meubles *ut singuli*, aussi bien qu'aux meubles considérés *ut universitas*. Il est permis d'en douter, puisque la règle *Mobilia ossibus personæ inhærent* a été établie pour les successions mobilières et étendue ensuite à la condition des meubles en général, par conséquent créée pour les meubles envisagés comme universalité. Cependant, on appliquait cette loi du domicile pour fixer les droits d'hypothèque ou de privilège sur les meubles. Mais il fallait bien savoir, pour appliquer la loi du domicile, s'il s'agissait de meubles ou d'immeubles, et cette distinction était réglée par la *lex rei sitæ*. Cette même loi était suivie pour la saisie des meubles, leur aliénation à titre particulier, leur confiscation. En fait, les exceptions à la loi du domicile étaient telles que la *lex rei sitæ* était la règle pour les meubles *ut singuli* (2). Pour appliquer la *lex domicilii* aux meubles incorporels, on considérait en général la créance comme située au domicile du créancier du patrimoine duquel elle dépendait, et l'on suivait la loi du dernier domicile du créancier, parce que la règle avait été établie à propos des successions. On suivait aussi cette loi pour régler le

(1) Cass., 19 mars 1872, D. P., 74. 1. 465.

(2) Boullenois, I, p. 826, 833, 841 et 842; Bouhier, chap. XXI, n. 173; Froland, II, p. 1123.

passif d'un débiteur, de sorte qu'une rente pouvait être meuble comme créance chez le créancier et immeuble comme dette chez le débiteur (1).

Quelques-uns encore, considérant que jadis les règles relatives aux meubles faisaient partie du statut personnel et que, en vertu du § 3 de l'art. 3 C. civ., ce statut est régi maintenant par la loi nationale, en concluent que c'est par cette même loi nationale du propriétaire qu'il faudra trancher les questions se rattachant aux meubles, par exemple leur transmission héréditaire. Si l'on veut suivre la théorie des statuts, l'autre solution est préférable, car la loi du domicile, comme loi de la situation des biens, est plus conforme au principe général du statut réel qui domine l'ancien droit.

98. Pour avoir une idée juste du statut réel, il faut répudier les deux solutions adoptées dans la pratique, soit pour les immeubles, soit pour les meubles.

En ce qui concerne les immeubles, la façon si large d'entendre le statut réel qui comprendrait toutes les règles de droit se rapportant à eux, directement ou indirectement, ne saurait plus être acceptée aujourd'hui. Elle s'expliquait jadis par le régime féodal, qui reposait tout entier sur les liens de vassalité, dépendant eux-mêmes de la possession du sol. Alors, on l'a dit avec raison, l'homme était un accessoire de la terre dont la possession, la transmission, la jouissance constituaient des éléments essentiels de l'organisation politique. On comprend donc que toutes les fois qu'il s'agissait des immeubles, même dans les successions, l'usufruit légal, les hypothèques légales, etc., on appliquât exclusivement la loi territoriale, la *lex rei sitæ* : toutes ces questions avaient, en effet, un rapport étroit avec la constitution même de la société, avec ce que nous appellerions aujourd'hui l'ordre public. Mais, actuellement, la féodalité n'existe plus, la terre n'est point l'élément essentiel de l'organisation sociale et il n'y a pas de raison pour appliquer aux immeubles, *à priori* et dans tous les cas, la loi de leur situation.

La disposition de l'art. 3, § 2, ne prouve nullement, malgré sa généralité, que l'on ait voulu reproduire l'ancien principe si absolu. Cette règle : « Les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française », signifie seulement que la condition juridique des immeubles situés en France, l'organisa-

(1) Dumoulin, Coul. de Paris, tit. I, § 1, glos. IV, n. 9; Pothier, *Introd. aux coutumes,* ch. I, n. 23-24; Boullenois, I, p. 348 à 361.

tion de la propriété foncière en un mot, dépend de la loi française. Quand le législateur parle des immeubles, sans autre précision, il vise, sans nul doute, ces biens considérés en eux-mêmes, et on ne saurait, sans fausser sa pensée, étendre sa disposition à tous les cas où les immeubles peuvent faire l'objet d'un droit quelconque. C'est en effet par l'objectif direct d'un article de loi que se détermine son champ d'application ; or, pour citer les exemples qui donnent lieu aux plus grandes difficultés, les immeubles ne sont à considérer qu'indirectement, et comme objets des droits en question, dans les successions, l'usufruit des parents et les hypothèques légales : ce sont les droits successoraux eux-mêmes, ceux qui viennent de la puissance paternelle, de la tutelle, du mariage, qui, dans ces différents cas, constituent la matière même à réglementer par l'application de telle ou telle loi. Mais, en ce qui concerne les conflits auxquels peuvent donner lieu ces droits, notre législation est muette et il faut, pour les résoudre, recourir aux principes généraux de notre science.

Ainsi entendu dans son sens vrai et strict, l'art. 3, § 2 vise donc uniquement l'organisation de la propriété foncière que l'on peut résumer dans les trois points suivants :

1° Classification des biens, détermination de ceux qui sont meubles ou immeubles, dans le commerce ou hors du commerce :

2° Indication des droits réels que l'on peut avoir sur les biens et de leur étendue : propriété, servitudes, usufruit, hypothèques, etc.

3° Conditions de la transmission de la propriété ou de ses démembrements entre les parties ou à l'égard des tiers : transcription, inscription.....

Avec cette portée, notre texte s'explique très bien à la suite du § 1 dont il ne forme qu'une application importante. Il est aisé de démontrer en effet, comme on le verra dans la suite (1), que les trois points signalés plus haut entrent directement dans les lois de police et de sûreté, ou, si l'on veut, dans l'ordre public, en tant qu'ils intéressent l'ordre économique du pays. A ce titre seul, le principe de la souveraineté territoriale les place sous l'empire de la loi du lieu où les immeubles sont situés. C'est de la même manière qu'il faut entendre l'art. 7, § 2 du C. civ. italien de 1866, dont la disposition est identique à notre art. 3, § 2 : on ne saurait y voir, en effet, une reproduction du statut réel si large des anciens auteurs, puisque les successions, même immobilières, sont for-

(1) V. Livre V, *Du statut réel*.

mellement régies en Italie par la loi nationale du défunt (art. 8 des Dispositions générales).

On s'est bien efforcé, il est vrai, en se plaçant à ce même point de vue de l'ordre public, de soutenir que l'intérêt collectif d'un Etat commande toujours que sa loi seule s'applique en ce qui concerne les immeubles situés sur son territoire : mais la réfutation de cette idée, qui vient d'une notion de l'ordre public fausse dans son exagération, sera mieux à sa place dans l'étude des successions en Droit international privé.

99. Pour les meubles, il est évident que, en s'en tenant aux trois points signalés au numéro précédent comme appartenant seuls au statut réel, toute distinction établie entre eux et les immeubles n'a pas sa raison d'être : les uns comme les autres seront régis par la loi de leur situation effective pour tout ce qui tient à l'organisation de la propriété, car l'intérêt économique du pays est en jeu dans un cas aussi bien que dans l'autre.

En conséquence, s'il s'agit : 1° de savoir si un bien est meuble et dans le commerce; 2° de déterminer les droits réels que l'on peut établir sur ce meuble et d'en fixer l'étendue; 3° d'indiquer les conditions exigées pour le transfert de la propriété ou d'un droit réel sur ce meuble, surtout à l'égard des tiers, il faudra uniquement consulter la loi du pays où le meuble est matériellement situé. Pour tous les autres cas, par exemple pour les successions mobilières, la loi à appliquer ne pourra être déterminée que par l'analyse du rapport juridique ayant des meubles pour objet, conformément au principe qui sera développé plus loin. Comme l'a dit fort justement M. Asser, dans le statut réel, « il s'agit de régler » l'état juridique des choses, non dans leurs rapports avec une » personne déterminée, mais objectivement, tel qu'il doit être » reconnu et respecté à l'égard de n'importe qui. Telle est bien » la nature de ce que l'on appelle les *droits réels*, et précisément » parce qu'elle est telle, il faut reconnaître aux lois qui concer- » nent les droits réels un caractère territorial. Ces lois fixent, » dans un pays donné, les droits d'une personne (propriétaire ou » possesseur, usufruitier, etc.), non pas vis-à-vis d'une autre per- » sonne déterminée, mais envers et contre tous, dans une mesure » générale et absolue; peut-on admettre qu'elles perdent leur » empire et soient remplacées par des lois différentes, parce que » ce propriétaire ou possesseur, cet usufruitier, vient à transpor- » ter son domicile ou à être naturalisé dans un autre pays ? »

On voit par là combien est peu fondée l'ancienne distinction

entre les immeubles assujettis à la loi territoriale, et les meubles régis par la loi du domicile du propriétaire : il fallait l'influence des idées féodales qui donnaient toute prépondérance à la terre pour expliquer cette différence.

D'autre part, pourquoi assujettir les meubles considérés comme universalité à la loi du domicile du propriétaire, et les meubles pris individuellement à la loi de leur situation effective? Au fond, et sans l'avouer, les partisans de cette distinction sentent que, presque toujours, sinon toujours, l'ordre public est intéressé au point de vue économique quand il s'agit des meubles considérés individuellement, notamment dans les différents cas prévus par les art. 1141, 1690, 1691, 2074 à 2076, 2119, 2279 du code civil, et dans la saisie mobilière. Mais alors on retombe complètement dans la théorie développée plus haut et dans la véritable conception, suivant nous, du statut réel.

Du reste, la science moderne répudie de plus en plus ces distinctions factices établies entre les meubles et les immeubles. Déjà de Savigny les avait écartées, mais par une raison peu concluante : ce n'est pas, comme il le disait, parce que tout individu venant dans un pays se soumet volontairement aux dispositions de la loi locale, que les meubles lui appartenant et apportés par lui seront régis par cette loi ; cette dernière, en effet, s'impose à lui, qu'il le veuille ou non, en vertu du principe de la souveraineté qui est absolue toutes les fois que l'intérêt général du pays, l'ordre public en d'autres termes, est en cause. Plus exactement, la raison juridique de l'assimilation établie entre tous les biens, au point de vue qui nous occupe, disent Wæchter et de Bar, c'est que le législateur, quant il s'occupe de l'organisation de la propriété, n'a en vue que les choses situées sur son territoire, mais il les a toutes en vue : l'intérêt économique est toujours le même, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles.

En Angleterre même, où cependant les traditions féodales sont encore si vivaces, l'ancienne distinction est de jour en jour plus abandonnée, au moins en théorie. En pratique, en effet, le droit commun britannique impose l'application de la loi territoriale pour tout ce qui concerne les immeubles, par exemple en matière de succession, de faillite, d'effets du mariage quand les époux n'ont pas fait de contrat, même pour les formalités d'aliénation et la capacité de disposer comme nous le verrons un peu plus bas (1).

(1) Wharton, 3e édit., 1905, §§ 297, 305, 312 ; Westlake, 4e édit., 1901, §§ 157-160; Dicey, trad. Slocquart, II, append., IV, p. 443; Story, 8e édit., 1883, § 431.

100. Dans les lois étrangères, c'est l'ancienne conception des statuts qui domine, telle que la comprenaient les jurisconsultes coutumiers, et telle que la maintient la jurisprudence française, par interprétation de l'art. 3, § 2 du code civil.

On trouve la reproduction à peu près textuelle de cette dernière disposition, entendue d'ailleurs comme elle l'est en France, dans les législations suivantes : code autrichien (§ 300), code hollandais (art. 7), codes de Vaud (art. 2), de Fribourg (art. 1), de la Louisiane (art. 9). Dans tous ces pays, on soumet les immeubles, à quelque point de vue que ce soit, par exemple en ce qui concerne les successions, à la loi territoriale. Mais en Allemagne, désormais, la succession, même immobilière, de l'étranger domicilié dans l'Empire est réglée par sa loi nationale (loi d'introduction du nouveau code civil, art. 25).

Le code bavarois appliquait la *lex rei sitæ*, en matière réelle et mixte, à tous les biens meubles et immeubles corporels et incorporels (partie I, ch. II, § 17), supprimant ainsi, dès le XVIII^e^ siècle, car il date de 1756, l'ancienne distinction surannée entre les biens mobiliers et immobiliers. Le code de Berne (art. 4) étend aussi, sans différence, la loi locale à *toutes les choses* soumises à la souveraineté de l'Etat.

En Angleterre et aux Etats-Unis, l'application de la *lex rei sitæ* est tellement absolue pour les immeubles qu'on l'impose même pour les formalités des actes relatifs à des immeubles situés en Angleterre ou aux Etats-Unis, contrairement à la règle qui sera établie plus tard : *Locus regit actum*. Ainsi, le *Statute of frauds* exigeant un écrit pour la constatation des actes qui ont un immeuble pour objet, un acte passé dans un pays étranger en la forme orale, conformément à la loi de ce pays, sera sans effet sur les biens situés en Angleterre et aux Etats-Unis. Cette règle rigoureuse est appliquée même dans les rapports des différents Etats de l'Union américaine et entre l'Angleterre et l'Ecosse. Fidèles encore aux idées traditionnelles, les Anglo-Américains disent des meubles « *Personal property has no locality* », variante de l'adage des statutaires : *mobilia ossibus personæ inhærent*. Ils en concluent qu'il faut leur appliquer la loi du domicile du propriétaire. Cependant, nous avons déjà signalé la réaction qui s'opère dans la doctrine anglaise et américaine pour assimiler les meubles aux immeubles.

Il n'est guère qu'une législation qui consacre les vrais principes théoriques exposés plus haut : c'est le code italien de 1866. Dans

son art. 7 des dispositions générales, il assujettit bien les immeubles à la loi de leur situation ; mais cela ne peut être entendu que des points se rattachant à l'organisation même de la propriété foncière, comme il a été dit ci-dessus, et non de toutes les règles de droit ayant un rapport quelconque avec les immeubles, puisque les successions immobilières sont régies par la loi nationale du défunt (art. 8). Pour les meubles, le même art. 7 les soumet à la loi nationale du propriétaire, « sauf les dispositions contraires de la loi du pays où ils se trouvent ». Cette exception fait allusion aux règles de l'organisation de la propriété mobilière qui entrent dans le statut réel comme celles de l'organisation de la propriété foncière. Ainsi, le code italien assimile avec raison, au point de vue du statut réel justement compris, les meubles et les immeubles.

SECTION V

THÉORIES MODERNES

101. Répudiant la théorie des statuts, condamnée par ses défauts essentiels, les jurisconsultes modernes ont proposé un grand nombre de systèmes pour résoudre la délicate question qui forme tout l'objet de notre science, c'est-à-dire pour déterminer quelle est la législation applicable quand plusieurs se trouvent en conflit à propos du même rapport de droit. Le défaut de la plupart de ces systèmes est de reposer sur un criterium beaucoup trop absolu et insuffisant, par conséquent, pour répondre à toutes les hypothèses possibles.

102. Les jurisconsultes anglo-américains, profondément imbus des traditions féodales qui dominent le droit commun anglais (*common law*), lequel est devenu aussi celui des Etats-Unis, demeurent fermement attachés à l'ancien principe de la territorialité des lois. Pour eux, comme on le verra dans la suite, le statut personnel lui-même n'existe pour ainsi dire pas, en ce sens qu'ils s'en tiennent presque exclusivement à l'application de la loi territoriale. Exagérant l'idée de la souveraineté, ils méconnaissent le caractère des lois, qui sont faites, en principe, pour les nationaux de chaque Etat, en vue de leur situation particulière, et qui sont appelées à les régir, même en pays étranger, toutes les fois qu'elles ne sont pas contraires aux règles d'ordre public de ce dernier pays. Si parfois ils admettent l'application de la loi étrangère, c'est en vertu d'une concession purement gracieuse

motivée par l'intérêt, de la *Comitas gentium* en un mot, telle que l'avaient comprise les jurisconsultes des Pays-Bas au XVII^e^ siècle.

Il est inutile de revenir sur la réfutation de cette dernière théorie ; mais il faut remarquer, en outre, que la *Comitas* ne répond nullement à la question posée. Après avoir décidé que l'étranger peut invoquer tel ou tel droit, en vertu des dispositions de la loi du pays où le litige est soulevé, le juge se demande si, dans son pays, la loi étrangère est applicable en principe : il peut, à la rigueur, répondre à cette dernière question par le système de la *Comitas;* mais, en supposant qu'il soit dans un de ces cas où la courtoisie internationale commande l'application de la loi étrangère, il n'a pas de criterium pour déterminer celle à laquelle il doit s'attacher, en présence de plusieurs qui sont en conflit. Ce dernier point est cependant celui qui forme l'objectif direct du Droit international privé. Aussi voit-on les jurisconsultes anglais les plus autorisés, par exemple Westlake, avouer l'insuffisance de la théorie générale acceptée par leurs compatriotes.

Cependant, il se produit dans l'ensemble de la doctrine anglo-américaine une transformation de nature à adoucir beaucoup la rigueur de ses anciennes solutions. En faisant de la théorie des conflits de lois une partie de la loi interne de leur pays (V. n. 14), les jurisconsultes de l'Angleterre et des Etats-Unis tendent de plus en plus à admettre que la courtoisie internationale n'est pas la raison unique, ni même principale, qui leur fait admettre souvent l'application de la loi étrangère; ils en viennent à reconnaître l'influence d'un véritable droit international qui commande de faire céder la loi territoriale devant celle d'un autre pays. Pour concilier cette manière de voir nouvelle avec la vieille idée de la territorialité de la loi locale à laquelle on ne renoncerait qu'en considération de la *Comitas gentium,* ils affirment que les préceptes essentiels du Droit international privé sont implicitement contenus dans leur droit coutumier national, lequel ne peut rationnellement se trouver en contradiction avec ce que le raisonnement juridique et l'équité commandent en matière de conflits de lois. Ainsi, en suivant le Droit international privé, c'est la *common law* qu'ils prétendent appliquer. Par ce détour, ils sont arrivés à se rapprocher, dans une certaine mesure, des idées générales admises sur le continent, et à mitiger le caractère exclusif de leur ancienne doctrine. Cependant, comme la jurisprudence est souveraine en pareille matière et qu'elle n'est dominée par aucun principe dirigeant, c'est avec un arbitraire complet que les

juges anglais et américains considèrent à leur guise une règle de Droit international privé comme admise ou rejetée par leur droit coutumier national : de là une diversité de solutions qui déconcerte ceux qui veulent tenter une synthèse de leur doctrine, et qui laisse les intéressés sans indication sûre. De plus, instinctivement dominés par le point de vue national qui leur a si longtemps fait accepter la territorialité absolue de la loi, ils ne font guère entrer dans leur *common law* que ce qui leur agrée du Droit international privé, suivant les circonstances; ils répudient l'application de la loi étrangère, en s'inspirant d'un prétendu droit international compris sous l'influence de leurs préjugés nationaux, dans nombre de cas où les jurisconsultes continentaux, ne tenant compte que des principes de droit universel, la reconnaissent comme rationnellement imposée. Leur détour les ramène ainsi à la *Comitas gentium*, puisqu'ils n'admettent la loi étrangère que tout autant que cela se concilie avec leur droit tel qu'ils le comprennent sous l'influence des préoccupations d'intérêt national (1). Le Droit international privé n'est bien ainsi, pour eux, que le droit britannique appliqué, suivant l'interprétation des tribunaux de l'Angleterre et des Etats-Unis, aux conflits de lois.

103. En notre matière comme en bien d'autres, l'Allemagne est la terre féconde des systèmes. Nous allons signaler les principaux pour fixer ensuite l'opinion prépondérante des jurisconsultes et des tribunaux dans ce pays.

Hauss, professeur à Gœttingue, a proposé d'appliquer toujours *la loi présomptivement acceptée par les parties*. Suivant lui, on rechercherait, d'abord, la loi sous l'empire de laquelle les parties ont voulu se placer; faute d'indications à cet égard, le juge saisi du litige appliquerait sa propre loi; enfin, si cette dernière était muette sur la question, on appliquerait tantôt la loi du domicile, tantôt celle de la situation de l'objet du litige (2).

Cette théorie conduit à ce résultat inacceptable que la volonté

(1) V. Westlake, 4e édit., 1905, *Introduction*, p. 9 et 23; Wharton, 3e édit., 1905, § 1 et 1 *a*, p. 4 et 6; Phillimore, 3e édit., 1880, p. 9; Harrison, J. C., 1880; Cpr. p. 421 et 433; Lainé, *Bull. Soc. législ. comp.*, 1890, *Observations sur le titre préliminaire du Code belge;* A. Pillet, *Du rôle du juge en Droit int. privé, Rev. pratique de Droit int. privé,* 1891, 2e partie, p. 109 et suiv.; Haute-Cour de Chancellerie, J. C., 1886, p. 228; J. C., 1888, p. 114; Story, 8e édit., 1883, § 20, p. 20.

(2) *De principiis a quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas, si quæ variorum locorum constitutiones colliduntur,* Gœttingue, 1824.

des particuliers se mettrait au-dessus de la loi, puisque, par une soumission volontaire à une législation étrangère, il serait possible d'échapper aux prescriptions les plus impératives de sa loi nationale. De plus, indépendamment de la difficulté pratique que présente la recherche de l'intention des parties toutes les fois qu'elles n'ont pas indiqué la loi acceptée par elles, ce qui est le cas ordinaire, on forcerait ainsi le juge à appliquer nécessairement la législation qu'elles auraient désignée, fût-elle contraire aux principes d'ordre public admis dans le pays où il siège.

Tout ce qu'il y a de vrai dans cette manière de voir, c'est qu'il est certains rapports juridiques dans lesquels la volonté des parties domine, et dans lesquels, par conséquent, il faut rechercher leur intention pour désigner la loi applicable : ce sont les conventions, comme il sera dit dans la suite.

D'après certains auteurs allemands, il faudrait, en cas de conflit, appliquer la *loi qui respecte les droits légitimement acquis.* Après avoir proposé une autre solution que nous indiquerons bientôt, Wæchter a paru se rallier à celle-ci dans son commentaire sur les Pandectes (1). Cette formule vague est d'un mince secours en pratique; elle n'indique aucun criterium pour distinguer la loi qui respecte les droits acquis. Plusieurs lois, du reste, peuvent satisfaire à cette condition : laquelle appliquer en pareil cas? Enfin, on peut faire remarquer qu'il y a dans la formule de ce système une véritable pétition de principe : pour savoir si des droits sont acquis, il faut connaître la loi sous l'empire de laquelle ils ont été acquis et qui seule peut en déterminer la légitimité; de sorte que, pour indiquer la loi applicable, il faut déjà la connaître!

Schæffner a proposé d'appliquer la *loi du lieu où prend naissance le rapport de droit* (2). Ainsi, pour les conventions, on appliquerait la loi du lieu où les parties sont tombées d'accord; pour l'état et la capacité, celle du domicile; pour les biens pris comme universalité, la loi du domicile aussi; pour les biens pris individuellement, celle de leur situation.

Le criterium proposé dans cette théorie n'est guère plus pratique que celui du précédent système. Si, en effet, il est parfois aisé d'indiquer le lieu de naissance du rapport de droit, par exemple

(1) V. von Bar, *Esquisse du Droit int. privé,* J. C., 1887, p. 257; 1888, p. 5 et 451, traduit par M. Weiss, de la 4e édit. de l'*Encyclopædie der Rechtswissenchaft,* de Holtzendorff.

(2) *Entwickelung des internationalen Privatrechts,* Francfort, 1841. (Développement du Droit int. privé).

pour les conventions, la plupart du temps on n'arrivera à le déterminer que par une analyse, souvent très délicate, du rapport juridique, par exemple lorsqu'il s'agit des successions. En outre, on ne tient compte, en procédant ainsi, que d'un élément du rapport; souvent (c'est ce qui résultera des explications fournies au cours de ce livre), il faudra accorder une influence prépondérante, soit à la volonté des parties dans les conventions, soit à la situation des biens dans le statut réel, soit à la nationalité dans le statut personnel.

De Savigny veut appliquer la loi du lieu qui est *le siège territorial du rapport juridique*. et c'est ainsi qu'il arrive à donner la préférence, pour toutes les questions du statut personnel, à la loi du domicile considéré comme le siège des rapports résultant des qualités de la personne (1). La formule est abstraite et peu claire; surtout elle est d'un mince secours pratique, car comment indiquer *le siège territorial* d'un rapport de droit? Mais le grand jurisconsulte exprime mal une idée profondément juste, et sur laquelle nous appuierons plus loin toute la théorie du conflit des lois privées. Sa pensée est qu'il faut appliquer à un rapport de droit la loi du lieu auquel il se rattache d'après sa nature. Cela revient à dire que la loi applicable est déterminée par la nature de chaque rapport de droit, ce qui est parfaitement exact, comme nous le démontrerons bientôt.

Mais les idées générales de la jurisprudence allemande paraissent se rattacher plus particulièrement à la doctrine de Wæchter. Suivant ce jurisconsulte, le juge applique en principe sa propre loi; dans le silence de celle-ci, il tire de son esprit la solution pour savoir quelle est la loi applicable; s'il ne peut découvrir la pensée intime de son législateur, il retourne simplement à l'application de sa loi nationale, la seule véritablement obligatoire pour lui. On en vient, de la sorte, à confondre, presque toujours, la compétence législative avec la compétence judiciaire, et à appliquer abusivement la loi du juge saisi, la *lex fori*. La même solution est souvent exprimée dans la formule suivante : *il faut appliquer la loi du lieu d'exécution des rapports juridiques*. C'est, en effet, au lieu d'exécution que les actions sont introduites, et le juge saisi applique sa propre loi (2).

(1) Système, VIII, § 360 et suiv.

(2) Wæchter, *Archiv. für civilistiche Praxis*, XXIV et XXV, 1841-1842; Trib. sup. de l'Empire, 10 mai 1884; J. C., 1886, p. 609; 27 janv. 1888, *ibid.*, 1890.

Ce système est de nature à entraver les rapports internationaux, car le lieu d'exécution d'un rapport juridique étant le plus souvent indéterminé à l'avance, les parties ne sauront jamais quelle loi les régira. De plus, il offre le même défaut que celui de Hauss cité plus haut : les parties étant libres de désigner tel pays qu'il leur plaît pour l'exécution des obligations résultant d'un rapport de droit, il sera vrai de dire qu'elles pourront adopter telles règles qu'elles voudront, même sur des points relativement auxquels leur loi nationale n'admet aucune dérogation, par exemple sur l'état et la capacité. D'autre part, en ne considérant que l'une des circonstances qui peuvent servir à déterminer la loi applicable, c'est-à-dire le lieu d'exécution du rapport de droit, on néglige toutes les autres, qui, suivant les cas, peuvent avoir une influence plus grande, telle que la situation des biens, la volonté des parties, la nationalité, etc.

On a remarqué d'ailleurs, avec juste raison, que la faculté laissée aux tribunaux de rechercher l'esprit de leur loi nationale, pour y découvrir une solution des conflits de législations, conduit à des solutions arbitraires et divergentes qui enlèvent toute fixité à la jurisprudence. D'autre part, dominés par leur propre loi aux dispositions positives de laquelle ils doivent revenir quand ils n'ont pas pu découvrir quelle autre législation elle pourrait indiquer comme applicable, les juges s'attachent presque exclusivement à elle, et tout conflit est tranché par l'application de la loi territoriale en tant que *lex fori*. Ainsi, tandis que les Anglo-Américains mettent tout le droit international privé dans leur *common law*, les Allemands feraient sortir ce droit de leur loi propre : le résultat est le même ; c'est presque toujours l'exclusion de la loi étrangère et l'application de la loi du juge saisi de la contestation.

[On a fait un récent et suprême effort en Allemagne pour rendre possible la coexistence de la territorialité considérée comme principe et de la personnalité. Cette tentative est due à M. Zitelmann. Cet auteur distingue deux souverainetés, l'une personnelle et l'autre territoriale, la première exercée par l'Etat sur ses nationaux, la seconde sur les choses mobilières et immobilières comprises dans son territoire : souverainetés également respectables au point de vue international et correspondant respectivement au

p. 335 ; Oberlandsgericht de Darmstadt, 19 nov. 1883, *ibid.*, 1886, p. 732 ; Trib. sup. de l'Empire, 22 juin 1886, *ibid.*, 1888, p. 530 ; Oberlandsgericht de Hambourg, 24 sept. 1888, *ibid.*, 1890, p. 332.

point de vue civil à la compétence de la loi nationale et à celle de la loi de la situation. Le problème du conflit des lois se ramène donc, pour Zitelmann, comme pour les statutaires, à la question de savoir si une loi concerne les personnes ou les choses. Mais, contrairement à la théorie statutaire, Zitelmann attribue la compétence générale à la souveraineté personnelle et il considère que les droits de la souveraineté territoriale doivent être restreints à ce qui lui est nécessaire pour remplir ses fonctions. Cette théorie aboutit, en dernière analyse, à la distinction des droits qui concernent les personnes et des droits qui concernent les choses. Mais elle a son mérite : elle met admirablement en lumière le principe du respect dû par les Etats à leur souveraineté réciproque (1).]

104. Une nouvelle théorie donne la préférence à la loi nationale des parties. Ce système dérive d'une idée politique relativement récente, en vertu de laquelle tous les hommes unis par une communauté de race, de traditions, de mœurs, d'institutions et de langue, sentant entre eux, en un mot, la « conscience de la nationalité », suivant l'expression consacrée, doivent briser les liens factices qui les rattachent à des Etats divers par suite des accidents de la politique, et constituer des Etats nouveaux correspondant chacun à des nations particulières. On sait quelles révolutions ont été provoquées par cette idée, combien de sang a coulé notamment pour faire l'unité italienne. Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette idée des nationalités qui, quoique contenant une grande part de vérité puisqu'elle correspond à quelque chose de naturel, risque souvent de froisser les sentiments et les intérêts des peuples, en brisant les liens anciens et légitimes pour en créer d'autres fragiles ou impossibles, ou bien sert de masque hypocrite à des ambitions inavouables d'envahissement et de conquêtes. Retenons seulement que cette idée a été la cause de la théorie d'après laquelle la loi nationale doit l'emporter en cas de conflit de législations. C'est en Italie, où la lutte pour l'unité politique sous l'influence du sentiment de nationalité a été la plus active et la plus heureuse, que la théorie a pris naissance et s'est développée, grâce aux efforts de Mancini, jurisconsulte et homme d'Etat, de Pasquale Fiore, d'Esperson, de Carle, de Lomonaco, etc... (2).

(1) [V. Zitelmann, *Internationales Privatrecht,* 1903, p. 82 et suiv., p. 105 et suiv., p. 119 et suiv., p. 122 et suiv., p. 136 ; et pour la critique de cette théorie, M. Pillet, *op. cit.*, p. 138, note 1.]

(2) [Mancini, *Diritto internazionale, Prelezioni,* 1873, Prelezione du 22 jan-

En principe, dit la doctrine italienne, les lois sont faites dan chaque pays eu égard à la condition particulière de ses habitant de manière à consacrer les institutions juridiques conformes leur caractère, à leurs mœurs, à leurs traditions. Il est don rationnel que les lois ayant, par leur nature même, un caractèr contingent, relatif et personnel, suivent en tous pays ceux pou qui elles ont été faites; que chacun, en un mot, relève de sa lo nationale.

A cette règle on apporte deux exceptions. La première concern ce que les Italiens appellent la *partie volontaire* du droit, c'est-à dire les conventions dans lesquelles l'intention des parties est la chose principale à considérer, de telle sorte qu'on applique la loi qu'elles ont choisie. La seconde, commandée par le respect de la souveraineté, se présente toutes les fois que la loi nationale de l'étranger est en contradiction avec l'ordre public du pays; dans ce dernier cas, on s'en tient exclusivement à la loi territoriale.

Du domaine de la théorie, le système italien est passé dans celui de la pratique, formulé notamment dans les art. 3, 6, 8, 9, 11 et 12 du C. civ. de 1866 (titre préliminaire).

La législation d'Italie a un double mérite. Tout d'abord, elle est d'un libéralisme équitable et rationnel envers les étrangers qu'elle assimile aux nationaux pour la jouissance des droits civils, sans cette condition de réciprocité législative ou diplomatique qui dépare encore la loi de presque tous les Etats (art. 3 code italien). En second lieu, elle affirme le vrai caractère des lois qui, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, faites pour un peuple placé dans telles conditions déterminées, sont naturellement personnelles, c'est-à-dire attachées à l'individu qu'elles suivent même en pays étranger. Ainsi s'explique, sans recourir à l'idée de conces-

vier 1851 sur *La nationalité comme fondement du Droit des Gens*, p. 3-64; *id.*, J. C., 1874, p. 221 et suiv., p. 285 et suiv., *præsert.* p. 301 et suiv.]; Pierantoni, *Storia degli studi del dirito internazionale in Italia*, 1902; [Weiss, *Traité*, III, *Le conflit des lois*, p. 61-83.] — Holtzendorff, *R. D. I. P.*, 1870, II, p. 90. *Le principe de nationalité dans la politique italienne du Droit des Gens*; Surville, *De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du Droit int. privé*, J. C., 1889, p. 530; [Surville et Arthuys, *Droit int. privé*, 4e éd., 1904, p. 22, 25 et s. — *Contra* Audinet, *Droit int. privé*, 2e édit., 1906, p. 280-283, p. 207-211; Pillet, *Principes de Droit int. privé*, 1903, p. 139-141.] — V. critique du principe de la nationalité : Strisower, *Wiener Gerichtshalle*, 1881, n. 20-26; — Fusinato, *Il principio della scuola italiana nel diritto internazionale privato*, 1884.

sion gracieuse et intéressée qui fait le fond de la théorie de la *Comitas*, l'application dans un pays de la loi étrangère.

Cependant la théorie de la nationalité présente encore le défaut de reposer sur un criterium trop général et ne pouvant, par conséquent, servir à trancher tous les conflits possibles de législations. Née d'une idée préconçue qui dominait tous les esprits en Italie, au fort de la lutte pour l'indépendance et la conquête pour l'unité de la Péninsule, elle est devenue, comme on l'a dit avec raison, une sorte d'arme de guerre que l'on a eu le tort d'employer en toute matière, même en droit international privé. Malgré, en effet, les deux exceptions acceptées, et relatives, l'une aux conventions, l'autre à l'ordre public, il faut reconnaître que, dans un certain nombre de rapports juridiques, la nationalité est sans influence. Comment, par exemple, résoudre, avec le système italien, le conflit de lois en ce qui concerne les formalités des actes juridiques ? On n'est plus ni dans l'une ni dans l'autre des deux exceptions prévues, et cependant on ne voit pas trop le rôle que peut jouer en pareil cas la loi nationale.

SECTION VI

VÉRITABLE THÉORIE

105. Pour formuler le vrai principe dirigeant en matière de conflits de lois privées, il faut recourir à l'idée fondamentale émise par de Savigny (1).

Il existe, dit le grand jurisconsulte, entre tous les peuples parvenus à un degré sensiblement égal de civilisation, une *communauté de droit*, c'est-à-dire une manière uniforme de comprendre et de résoudre les problèmes juridiques, étant donné le développement égal, chez ces différents peuples, de la raison appliquée aux choses du droit. Aussi, un rapport juridique doit être apprécié en tout pays civilisé de la même manière, à l'aide des lumières de la raison universelle. Le problème du Droit international privé revient donc à celui-ci : « Déterminer, pour chaque rapport de » droit, *le domaine de droit* (c'est-à-dire la législation), le plus con- » forme à la nature propre et essentielle de ce rapport ».

Il n'est donc pas vrai de dire que les lois sont essentiellement territoriales, puisque l'analyse de la nature du rapport juridique

(1) *Loc. cit.*, VIII, p. 27 à 41, §§ 360-361.

peut conduire à l'application d'une loi étrangère, comme étant la plus conforme à la nature de ce rapport. Ce n'est pas non plus par courtoisie internationale (*Comitas*) que l'on accepte l'application d'une loi étrangère, mais bien pour réaliser une solution rationnelle commandée par l'étude d'un rapport de droit.

Toutefois, de Savigny ajoute aussitôt que, malgré le caractère rationnel d'une solution qui conduirait à appliquer la loi étrangère, le juge doit cependant s'en tenir d'une manière exclusive à sa propre législation, toutes les fois que l'ordre public, tel qu'il est compris dans son pays, se trouverait violé par l'application de la loi étrangère. Le respect de la souveraineté des Etats, condition essentielle de leur existence, commande cette exception au principe général.

On a fait à de Savigny divers reproches, surtout celui de donner trop d'importance à la loi du domicile et de n'en pas accorder suffisamment à la nationalité. Mais il faut remarquer que, quelque fondée que soit cette critique, elle n'attaque en rien le fond même de la théorie proposée par ce jurisconsulte. Tout ce que l'on peut dire, en effet, c'est que de Savigny n'a pas toujours compris la véritable nature des rapports de droit et qu'il a été ainsi conduit à attribuer au domicile une influence qui, souvent, aurait dû être reconnue à la nationalité. Il n'en demeure pas moins toujours vrai que c'est par l'étude de la nature des rapports juridiques que l'on arrivera à déterminer la législation dont ils relèvent particulièrement. Du reste, la théorie de de Savigny, plus strictement et plus exactement résumée, est que la loi applicable à un rapport de droit dépend du *siège* de ce rapport, et que la détermination de ce siège dépend de la *nature* de ce rapport. C'est par l'importance qu'il attache à ce *siège* du rapport, que de Savigny arrive à des solutions souvent peu d'accord, semble-t-il, avec l'élément plus simple et primordial, croyons-nous, des rapports juridiques, c'est-à-dire avec leur *nature*.

Il faut donc bien se garder de s'attacher à un système conçu *à priori*, à un criterium général, beaucoup trop absolu pour répondre à tous les cas de conflits possibles entre les législations. Certes, la tâche du jurisconsulte n'est pas facilitée, l'examen de la nature du rapport de droit qu'on lui demande est presque toujours fort délicat; mais du moins on évite ainsi les solutions contradictoires ou sans raison, amenées par un principe vague, comme la distinction des statuts, ou arbitraire, comme la plupart des théories modernes indiquées plus haut : il y a lieu, en effet, d'espérer

que les inspirations de la raison et du droit seront partout écoutées.

Pour le moment, la plupart des solutions auxquelles on arrivé, pour déterminer la loi applicable aux différents rapports de droit par l'examen de leur nature, ne sont encore que théoriques, car elles ne résultent que de la doctrine générale des jurisconsultes. Mais peu à peu, par la force même de la vérité, celles qui ont un caractère rationnel finissent par être consacrées dans les législations les plus récentes et celles qui se transforment, ou, mieux encore, dans les traités internationaux. Le *desideratum* suprême en effet est que, tout en maintenant la variété inévitable des législations, les principes rationnels pour la solution des conflits de lois privées soient formulés et rendus obligatoires par les traités toujours plus complets et plus nombreux : alors, le jurisconsulte n'aura, en Droit international privé, qu'à appliquer la loi conventionnelle des peuples, comme il applique, dans chaque Etat, la loi souveraine.

De tout ce qui précède, il résulte que la théorie générale du Droit international privé peut se résumer dans les deux propositions suivantes :

1° Il se forme, ou plutôt il se dégage peu à peu un Droit commun des peuples comprenant les règles rationnelles qui servent à indiquer la loi applicable à tel rapport de droit donné;

2° Le jurisconsulte, ne s'attachant pas à une règle conçue *à priori*, doit rechercher la loi applicable en vertu de la nature du rapport de droit qui lui est soumis, sans se préoccuper de savoir s'il arrive ainsi à l'application d'une loi étrangère, sauf à s'en tenir toujours à la sienne quand l'ordre public de son pays est intéressé. Ainsi se trouve confirmée la notion qui a été donnée du Droit international privé : « La science qui a pour objet, étant » donné un rapport juridique présentant des points de contact » avec plusieurs législations, de déterminer celle qui lui est » applicable en vertu de sa nature ».

[M. Pillet (*Principes*, p. 281), tout en rendant hommage à Savigny, lui reproche son imprécision et s'en référant à la doctrine même de Savigny, prétend que, pour se conformer à la nature des choses, comme le veut le grand jurisconsulte allemand, il faut s'attacher à un seul élément : le but social de la loi. Ce critérium est plus précis que celui de Savigny, estime M. Pillet (*loc. cit.*, p. 282 et p. 286); au lieu de prendre en considération une circonstance quelconque, variable au gré de chacun et d'en inférer une

règle sur l'effet international de la loi, il y a lieu de s'attacher toujours et invariablement au but social poursuivi par le législateur. Le but social de la loi est-il la protection individuelle ? La loi sera essentiellement permanente et manquera son but si elle n'accompagne pas la personne en tout temps et en tout lieu; elle sera donc extra-territoriale. La loi a-t-elle pour but la garantie sociale ou l'ordre public ? Elle sera nécessairement générale, car elle est faite dans l'intérêt de la communauté; elle sera donc territoriale (Pillet, *op. cit.*, p. 287-295). Mais, comment distinguer les deux catégories de lois ? Comment savoir si une loi est faite pour le bien de l'individu ou pour l'avantage direct de la communauté ? On arrivera, dans cet ordre d'idées, à la certitude, soit par un procédé direct, soit par un procédé indirect. Le procédé direct consiste à se demander à qui profitera la loi. Profite-t-elle à celui dont elle restreint la liberté, par exemple, en établissant une incapacité ? C'est une loi de protection individuelle. Le bien que poursuit la loi ne se réalise-t-il pas en la personne de celui au prix de la liberté de qui il est acheté, la communauté tout entière en bénéficiant, ou un membre quelconque de la communauté, comme le second acquéreur d'un immeuble vendu qui fait transcrire son titre avant le premier ? La loi est une loi de garantie sociale (Pillet, *op. cit.*, p. 295-296). Le procédé indirect consiste à rechercher, non qui recueille le bien de la loi appliquée, mais qui supporte le mal de la loi non-appliquée. Le danger de la non-application de la loi menace-t-il une personne quelconque, comme dans le cas d'une loi qui prohibe le dépôt des matières explosives ou inflammables à proximité des endroits habités, ou seulement l'auteur de l'acte juridique défendu par la loi comme la donation de biens à venir ? (*Id., ibid.*, p. 296-297). Telle est la théorie savante et ingénieuse de M. Pillet. L'auteur reconnaît que le but de la loi peut être diversement apprécié. Mais il s'empresse d'ajouter que cette difficulté d'application est inhérente à toute doctrine. M. Pillet avoue, d'autre part (*loc. cit.*, p. 297-300), que son système ne donne pas toujours une solution au conflit qui s'élève entre deux lois de la même catégorie, par exemple entre deux lois de garantie sociale ou extra-territoriales. On lui a objecté aussi, non sans raison (Audinet, *Droit intern. privé*, 2e éd., 1906, p. 24, note 1), que la considération du but social ne justifie pas toujours très bien le classement d'une loi dans l'une ou l'autre catégorie, par exemple en ce qui concerne la loi sur la réserve et la quotité disponible (Pillet, *op. cit.*, p. 361-362). Avec M. Maurice Bernard, qui

a consacré une substantielle étude à la doctrine de M. Pillet et bien montré ce que cette doctrine présente de neuf et d'intéressant, on peut reprocher à la classification en deux catégories des lois tirée du *but social* son caractère incomplet et son caractère trop simpliste : la classification bipartite des lois établie par M. Pillet laisse de côté les lois sur la forme des actes et des lois interprétatives ou supplétives de volonté, et elle aboutit à une simplification excessive de la notion d'ordre public (1). Il n'en demeure pas moins que l'idée du but social est une idée heureuse et féconde, qui ajoute à la théorie de Savigny une précision nécessaire et ouvre à la science du Droit international privé des horizons nouveaux.]

106. *Théorie dite* **du renvoi.** — La mission du juge est parfois facilitée en ce sens que sa propre loi lui indique d'une manière formelle quelle est la législation applicable à tel rapport de droit. En pareil cas, le magistrat n'a qu'à s'incliner et à se conformer au texte positif. Mais ce renvoi à la loi étrangère indiqué dans certains cas par la loi du tribunal saisi, la *lex fori*, provoque souvent une difficulté dont on peut se rendre compte par les deux exemples suivants.

Par interprétation de l'art. 3, al. 3 C. civ., on admet, en France, que l'état et la capacité des étrangers sont déterminés par leur loi nationale ; or, dans beaucoup de pays, l'état et la capacité sont réglés par la loi du domicile. Si donc nous supposons un étranger domicilié en France, faudra-t-il décider que son état et sa capacité seront fixés par la loi française, parce que notre loi décide qu'il faut sur ce point s'en référer à sa loi nationale et que cette dernière se prononce, en pareil cas, pour l'application de la loi du domicile ?

En Italie, la transmission des biens par succession *ab intestat* est réglée par la loi nationale du défunt ; en France, la jurisprudence, par interprétation de l'art. 3, al. 2 C. civ., se prononce pour la loi de la situation des biens, en ce qui concerne la transmission héréditaire des immeubles. En supposant qu'un Français décède laissant des biens immobiliers en Italie, la disposition du code civil italien d'après laquelle on devrait appliquer la loi nationale du défunt, c'est-à-dire la loi française, signifiera-t-elle

(1) [M. Bernard, *Principes du droit int. privé,* J. C., 1906, p. 658-665 ; Cpr. *id.*, J. C., 1904, p. 769 et s. ; 1906, p. 647-658 et p. 665-671, p. 1064 et 1907, p. 56, et s. sur l'ensemble de l'ouvrage de M. Pillet.]

que, conformément en ce que décide la jurisprudence française, il faudra appliquer la *lex rei sitæ*, c'est-à-dire la loi italienne ?

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'hésiter sur cette question. Lorsqu'un législateur renvoie à la loi étrangère pour le règlement d'un rapport de droit, c'est qu'il estime, conformément aux principes développés plus haut, que l'application de cette loi est commandée par la nature même du rapport juridique dont il s'agit. Il se réfère donc aux dispositions de la loi étrangère sur la réglementation de ce rapport, mais il n'entend nullement s'en rapporter aux idées du législateur étranger sur la détermination de la loi applicable, ni accepter de sa part un renvoi à sa propre législation qu'il a cru devoir écarter dans l'espèce. Ainsi, lorsque la loi française fait dépendre l'état et la capacité des étrangers de leur loi nationale, elle entend dire que les dispositions de cette loi sur la majorité, l'aptitude des personnes à accomplir des actes juridiques, etc..., devront être appliquées, et non qu'il faudra appliquer telle autre législation désignée par la loi nationale de l'étranger pour régler ces différents points. Admettre le contraire serait déraisonnable, car ce serait supposer chez le législateur le désintéressement complet de la question qu'il entend régler : en effet, au lieu de se prononcer sur la législation applicable, comme il paraît vouloir le faire, le législateur s'en rapporterait à la loi étrangère pour trancher cette difficulté ! Une pareille façon de procéder, on l'a dit avec raison, ne serait ni digne, ni rationnelle (1). M. Lainé a pu écrire, non moins justement, que la jurisprudence qui a consacré la solution contraire est le résultat d'une méprise, et qu'elle doit disparaître sous peine de ruiner le Droit international privé. [Ce savant et regretté maître a étudié avec un soin particulier et a approfondi plus que tout autre la difficile et célèbre question du *renvoi :* de 1894 à 1908, à la veille même de sa mort prématurée, il l'a envisagée sous toutes ses faces et a porté à la théorie du renvoi des coups redoutables qui en ont ébranlé le crédit et l'ont dépouillée du prestige immérité qu'elle avait su conquérir dans la jurisprudence, dans la doctrine et jusque dans certaines législations (2). Cette théorie, à l'origine, fut le

(1) [Labbé, *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause*, J. C., 1885, p. 5-16.]

(2) [Lainé, *La conférence de La Haye*, J. C., 1894, p. 247 ; *De l'application des lois étrangères en France et en Belgique*, J. C., 1896, p. 241 et 481 ; *Considérations sur le Droit international privé*, 1900, p. 48-53 ; *La théorie du renvoi en*

résultat d'une méprise : l'affaire de la succession Forgo, dans laquelle se fit jour pour la première fois, en France, cette nouvelle conception du Droit international privé, en fournit la preuve manifeste (1). La confusion commise au cours d'un procès par l'une des parties fort intéressée à la commettre, puis complaisamment admise par le juge, aurait dû être dissipée, aussitôt qu'elle fut signalée, ce qui ne tarda pas. M. Laurent, l'auteur du *Droit civil international*, professeur à l'Université de Gand, et M. Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris, relevèrent vivement l'erreur qui venait d'être commise. Le premier, à l'occasion de l'arrêt de la cour de Bruxelles du 14 mai 1881, disait : « La Cour a fait une étrange confusion ; elle a confondu le droit civil avec le droit international. Le droit civil règle les causes de divorce, le droit civil international décide la question de savoir quelle loi règle les causes du divorce, la loi du domicile ou la loi nationale (2). M. Labbé ne se borna pas à dissiper la confusion signalée par M. Laurent ; il posa nettement les termes du problème que la jurisprudence n'avait pas aperçu et le discuta avec autant de sagacité que d'impartialité (3)].

La dissertation de M. Labbé ne fut sans doute pas connue des tribunaux qui, après l'affaire Forgo, firent des applications répétées de la jurisprudence inaugurée par la Cour suprême, car on ne rencontre dans leurs jugements ni hésitation à suivre cette jurisprudence, ni essai d'une réponse aux critiques qu'elle avait soulevées (4). Mais la plupart des auteurs français jugèrent la

Droit international privé, R. D. I. P., 1906, p. 605 et suiv. ; 1907, p. 43, 313, 661 ; 1908, p. 729 et suiv.]

(1) [Cass., 24 juin 1878, S., 79. 1. 429, D. P., 79. 1. 56 ; Cass. req. rej., 22 février 1882, S., 82. 1. 393, D. P., 82. 1. 302. Pour l'analyse de cette mémorable affaire de la succession Forgo, dans laquelle on aboutit à cette bizarrerie : la succession doit être régie par la loi bavaroise, donc elle sera régie par la loi française, V. Lainé, *R. D. I. P.*, 1906, p. 615-628.]

(2) [Bruxelles, 14 mai 1881, S., 81. 4. 41, note de M. Laurent.]

(3) [Labbé, note sous Cass., 22 février 1882, S., 82. 1. 593, et dissertation citée, J. C., 1885, p. 5 et suiv.]

(4) [Trib. civ. Bruxelles, 2 mars 1887 et Bruxelles, 24 déc. 1887, jugement et arrêt appliquant le système du renvoi, D. P., 1889. 2. 297, note de M. de Boeck ; Paris, 23 mars 1888, J. C., 1889, p. 638 ; Trib. Seine, 19 mai 1888, J. C., 1888, p. 791 ; 6 avril 1894 et 26 juill. 1894, J. C., 1894, p. 531 et 1007 ; Douai, 2 fév. 1899, J. C., 1899, p. 825 ; Trib. Pau, 19 avril 1901, J. C., 1902, p. 858 ; Trib. Melun, 22 mars 1903, *R. D. I.*, 1906, p. 605-610. Mais cette jurisprudence, qui, d'ailleurs, affirme et pratique la théorie du renvoi, mais qui ne la justifie jamais, suivant la remarque de M. Lainé, n'est pas unanime : un jugement de a 7e cham-

démonstration de M. Labbé décisive, et lui donnèrent leur adhésion pure et simple ou la prirent pour base de leurs études. Ainsi firent, notamment, dans l'ordre chronologique, M. de Boeck en 1889, M. Tournade en 1895, M. Lainé en 1894 et en 1896, M. Bartin en 1898. De même, ceux qui, dans leurs ouvrages, se sont prononcés contre l'acceptation du renvoi, ont proclamé qu'ils apportaient leurs suffrages à la vigoureuse et éloquente protestation que M. Labbé avait élevée contre la nouvelle jurisprudence. Quelques-uns, toutefois, se sont séparés de l'opinion commune : ils ont vu dans le système du renvoi, non une méprise ou une logomachie pure, mais une idée digne d'intérêt, présentant pour la pratique soit certains avantages, soit même la vérité scientifique (1). Et comme la question s'est présentée, non seulement en

bre du tribunal de la Seine, en date du 10 fév. 1893 (J. C., 1893, p. 530), relatif à la capacité de la femme mariée anglaise; un jugement du tribunal de Dieppe, en date du 2 avril 1896, en matière de divorce; un arrêt confirmatif de ce dernier jugement, rendu par la cour de Rouen le 30 juin 1897 (*R. D. I. P.*, 1906, p. 507) avaient marqué le dissentiment de plusieurs magistrats. De plus, il est piquant de constater que, s'il arrive aux parties intéressées de ne pas invoquer la théorie du renvoi, nos tribunaux, n'en étant pas avertis, n'en tiennent aucun compte et statuent comme si elle n'existait pas. Trib. Seine, 21 déc. 1895, J. C., 1896, p. 1032; Trib. Libourne, 26 mars 1896, J. C., 1897, p. 1036; Trib. Seine, 14 nov. 1896 et 9 janv. 1897, J. C., 1897, p. 537 et 539; Paris, 2 avril 1896, J. C., 1897, p. 165. Enfin notre jurisprudence semble se ressaisir et deux arrêts récents, celui de la cour de Paris (2e ch.), en date du 1er août 1905 (*R. D. I. P.*, 1906, p. 610-613), réformant le jugement du tribunal de Melun dans l'affaire Samory, en date du 27 mars 1903, et celui de la cour de Pau du 11 juin 1906 dans l'affaire Knowles (*R. D. I. P.*, 1906, p. 765 et suiv.) ont condamné la théorie du renvoi). On peut aussi voir une répudiation de cette théorie dans Pau, 14 mai 1907, J. C., 1907, p. 119 et la note et surtout dans trib. civ. Hâvre, 20 fév. 1908, J. C., 1908, p. 1161 et la note (dans un cas d'heimatlosat).]

(1) [Contre le renvoi, v. de Boeck, D. P., 1889. 2. 97; Tournade, *De la dation d'un conseil judiciaire en France à un étranger*, J. C., 1895, p. 484; Lainé, *loc. cit.*, J. C., 1894, p. 247-253 et 1896, p. 241 et suiv., p. 481 et suiv.; Barlin, *Les conflits entre dispositions législatives du droit int. privé, R. D. I. P.*, 1898, p. 129 et suiv., p. 272 et suiv.; Pillet, *Essai d'un système général de solutions des conflits de lois,* J. C., 1894, p. 721; *Principes de droit int. privé,* n. 63-66, p. 155-166; Despagnet, *Précis de droit int. privé,* 4e édit., 1904, p. 106, p. 233; Surville et Arthuys, *Cours élém. de droit int. privé,* 4e édit., 1904, n. 30; Pic, *Note* dans D. P., 1899. 2. 410; Audinet, *Principes élém. de droit int. privé,* 2e édit., 1906, n. 314-316, p. 232-234; Renault, opinion exprimée devant l'*Inst. de droit int., Ann.,* t. XVIII, p. 172; Ligeoix, J. C., 1903, p. 481 et s.; 1904, p. 551 et s. — En faveur du renvoi, v. Weiss, *Traité théor. et prat. de droit int. privé,* 1898, t. III, p. 77-81, et *Manuel de droit int. privé,* 1905, p. 567 et suiv., p. 394; Chausse, *Du rôle international du domicile,* J. C., 1897, p. 23; de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit int. privé,* t. II, p. 97-98; A. Colin, *Consul-*

France, mais dans plusieurs autres pays, notamment en Belgique, en Angleterre, en Allemagne, en Suisse, en Portugal et même au Vénézuela, la controverse aussi s'est généralisée (1). En outre, confinée d'abord dans l'interprétation du texte législatif, la question a été transportée sur le terrain du droit théorique et,

tation dans l'affaire Knowles, R. D. I. P., 1906, p. 765 et *Note* dans D. P., 1907. 2. 1.]

(1) [Pour les décisions judiciaires étrangères, dont l'autorité est discutable, car plusieurs ne donnent guère de motif et dont quelques-unes peuvent s'expliquer autrement que par l'admission de la théorie du renvoi, mais qui pour la plupart adoptent cette théorie, V., outre les décisions citées par M. Barlin, *loc. cit.*, arrêt de la Haute-Cour de justice du 7 mars 1903, J. C., 1904, p. 969 (affaire Jonhson), sur lequel il faut consulter Sewel, *Du renvoi dans la jurisprudence anglaise, R. D. I. P.*, 1907, p. 510-519 et surtout la remarquable analyse et critique qu'en donne M. Lainé, Même *Revue,* 1908, p. 742-757; jugement rendu dans l'affaire Bowes (*Times* du 16 juill. 1906; Sewel, *loc. cit.,* p. 519-520; Lainé, *loc. cit.,* p. 757-758); décision du juge de l'hôpital de Barcelone du 3 août 1900, J. C., 1901, p. 911; décision de la Cour supérieure du district fédéral du Vénézuela, 24 nov. 1906 (en matière d'adoption), J. C., 1907, p. 527; Trib. de Lisbonne, 4e division civile, 6 avril 1907 (en matière de succession), J. C., 1908, p. 367 et la *Note* de M. da Veiga Beirao. — Parmi les auteurs étrangers, se sont, entre autres, prononcés pour l'acceptation du renvoi : de Bar, *Theorie und Praxis,* t. I, n. 94; *Die Rückerverweisung in internationalen Privatrecht,* dans la *Zeitschrift für int. Privat und Strafrecht* de Bœhm, 1898, p. 177, et opinion exprimée devant l'*Inst. de droit int., Ann.,* t. XVIII, p. 41 et 153; Keidel, *De la théorie du renvoi en droit int. privé selon le nouveau code civil allemand,* J. C., 1901, p. 82-96; Westlake, opinion exprimée devant l'*Inst. de droit int., Ann.,* t. XVIII, p. 35 et suiv.; *Private int. Law,* 4e édit., 1905, ch. II, p. 30 et suiv.; Alb. Rolin, *Principes de droit int. privé,* t. I, n. 105, p. 258; opinion exprimée devant l'*Inst. de droit int., Ann.,* t. XVII, p. 215; de Paepe, *De la loi applicable à l'Etat, à la capacité et aux meubles de l'étranger, R. D. I. P.,* 1900, p. 378; Brusa, opinion exprimée devant l'*Inst. de droit int., Ann.,* t. XVII, p. 227; Fiore, *Du conflit entre les dispositions législatives de droit int. privé,* J. C., 1901, p. 42 et suiv., 681 et suiv.; Roguin, opinion exprimée devant l'*Inst. de droit int.,* t. XVIII, p. 170. — Se sont, entre autres, prononcés contre l'acceptation du renvoi : Kahn, *Le principe du renvoi dans le code civil allemand,* Ihering's Jahrbücher, t. XXIII, p. 366 et suiv.; Dicey, *Conflict of laws,* p. 77; Bale, *Notes on the doctrine of renvoi in Private int. law,* 1904; Laurent, *Note* dans S., 1881. 4. 41; Asser, opinion exprimée devant l'*Inst. de droit int., Ann.,* t. XVIII, p. 159; *Quelques observations concernant le système du renvoi, Documents relatifs à la troisième Conférence de La Haye,* La Haye, 1900, p. 182 et J. C., 1905, p. 40; Buzzati, Réponse à de Bar, *Zeitschrift* citée, 1898, p. 449; *Il rinvio nel diritto int. priv.,* 1898; rapport à l'*Inst. de droit int., Ann.,* t. XVII, p. 14 et suiv.; opinion exprimée devant l'*Inst., Ann.,* t. XVII, p. 213 et suiv., t. XVIII, p. 145 et suiv.; Pierantoni, opinion exprimée devant l'*Inst., Ann.,* t. XVII, p. 216; Catellani, *Il diritto int. priv.,* 1888, t. III, p. 694, n. 730; opinion exprimée devant l'*Inst., Ann.,* t. XVIII, p. 160; de Bustamante, *El orden publico,* 1893, p. 153 et suiv.; opinion exprimée devant l'*Inst.,* t. XVII, p. 219.]

dès lors, le débat s'est élevé, les grands systèmes du droit international privé se sont trouvés aux prises, et adversaires ou partisans de la théorie du renvoi ont discuté les principes fondamentaux de cette branche du droit. Cette importance capitale du renvoi n'a pas été aperçue par tous; quelques-uns ont fait remarquer que le statut personnel seul y est engagé. Mais, quand même cela serait vrai pour le présent, ce qui n'est pas démontré (1), il n'en serait pas de même pour l'avenir, l'application du renvoi pouvant gagner de proche en proche; et, dans tous les cas et pour s'en tenir à l'heure actuelle, le règlement du conflit des lois quant au statut personnel est la partie la plus importante du droit international privé. Si donc, comme le pensent beaucoup d'auteurs dans tous les pays du monde, une grave erreur a été commise et persiste en cette matière, il n'est pas exagéré de dire que le droit international privé se trouve atteint et compromis (2).

[L'Institut de Droit international l'a bien compris : sur l'initiative de l'un de ses membres, M. Buzatti, professeur à l'Université de Pavie, il mit, dans sa session de Cambridge en 1895, à l'ordre du jour de sa prochaine session, l'examen de la question du renvoi sous cette formule : *Des conflits entre les dispositions législatives de droit international privé*. Une commission fut nommée, dont la majorité repoussa le *renvoi* et fit connaître les motifs de son opinion dans un rapport signé de MM. Lainé et Buzatti. Deux discussions eurent lieu : l'une, en 1898, à La Haye; l'autre, en 1900, à Neuchâtel (3). Elles portèrent à la fois sur l'interprétation, soit des lois positives actuelles, soit des règles déjà adoptées par l'Institut lui-même, et sur une proposition purement théorique. Finalement, celle-ci fut seule soumise au vote, mais successivement sous deux formes différentes et avec un succès inégal. Une première fois, le texte proposé fut le suivant : « Lorsqu'un législateur, posant une règle de Droit international privé, désigne comme directement applicable par ses tribunaux à une certaine matière une loi étrangère, il ne doit pas subordonner l'application de cette loi à la condition qu'elle soit prescrite également par la législation étrangère dont fait partie la loi civile ainsi désignée ». C'était une condamnation formelle de la théorie du renvoi. Elle fut votée par dix-sept voix contre sept. Une seconde fois, la for-

(1) [V. les décisions étrangères, signalées par M. Bartin, *loc. cit.*]
(2) [Lainé, *R. D. I. P.*, 1906, p. 636.]
(3) [*Ann. de l'Inst. de Droit int.*, t. XIV, p. 294; t. XVII, p. 14 et suiv., 212 et suiv.; t. XVIII, p. 145 et suiv.]

mule soumise à l'assemblée fut ainsi conçue : « Quand la loi d'un Etat règle un conflit de lois en matière de Droit international privé, il est désirable qu'elle désigne la disposition même qui doit être appliquée à chaque espèce et non la disposition étrangère sur le conflit dont il s'agit ». C'était simplement le vœu que tout législateur écartât la théorie du renvoi. Ce texte fut adopté à la presque unanimité (1).]

[Les dissentiments qui se sont élevés parmi les membres de l'Institut de Droit international ont eu en partie pour cause le fait que deux questions étaient posées et furent mêlées l'une à l'autre dans la discussion : la question de savoir s'il convient qu'un législateur accepte le renvoi ; la question de savoir comment il faut interpréter la désignation par le droit international d'un pays d'une législation étrangère comme devant s'appliquer dans ce pays, s'il faut, dans le silence de la loi, décider que le législateur s'est soumis au renvoi. La discussion simultanée de deux questions, l'une de doctrine pure, l'autre concernant le sens des législations positives, était une source de malentendus et de confusions. De plus, — autre source de confusions —, les questions soulevées, qu'il était impossible de ne pas rédiger dans une forme générale et abstraite, étaient soumises à une assemblée de jurisconsultes, dont beaucoup devaient, par la force même des choses, les considérer à des points de vue concrets, particuliers et divers. Et la raison en était surtout dans le fait que les systèmes de Droit international privé positif diffèrent suivant les pays. Le point principal du débat était celui-ci : en matière de statut personnel, étant donné le conflit de deux règles de Droit international, l'une qui prend pour criterium du statut personnel la nationalité des personnes, l'autre qui s'attache au domicile, celle-ci, par le *renvoi*, peut-elle supplanter celle-là ? Or, tandis que les législations positives de la France, de la Belgique, des Pays-Bas, de l'Italie, etc., placent le statut personnel sous l'empire de la loi nationale, sans s'expliquer au sujet du renvoi, le Code civil allemand, tout en posant aussi comme règle la prépondérance de la loi nationale, admet expressément le renvoi à la loi du domicile (2) ; d'autre part, tandis que le Code civil allemand statue sur

(1) *Ann. de l'Inst.*, t. XVIII, p. 34, 173, 178, 179.

(2) [Le Code civil allemand, après avoir, dans plusieurs articles de sa loi d'introduction, posé la règle qu'en matière de capacité, de rapports de famille et de succession, les étrangers seront soumis à leurs lois nationales, y apporte, dans l'art. 27, cette exception remarquable : « Si, d'après le droit d'un Etat étranger,

ce point en termes formels, il n'existe dans la législation britannique, quant au statut personnel, ni règle unique ni même règle certaine, et, même, si la jurisprudence anglaise incline soit vers l'adoption de la loi du domicile, soit vers l'acceptation du renvoi, on ne sait pas encore en quel sens ni dans quelle mesure; enfin, tandis que, dans la plupart des pays où la loi du domicile est appliquée de préférence à la loi nationale, c'est à titre de loi personnelle, il semble qu'en Suisse elle le soit plutôt à titre de loi territoriale. Comment les jurisconsultes ressortissant à ces divers pays ne se fussent-ils pas, dans leurs opinions et leurs votes, inspirés, peut-être même sans en avoir pleinement conscience, de vues individuelles, conformes aux caractères particuliers de leurs législations respectives? Il ne faut donc tenir compte qu'avec discernement des opinions qui furent émises dans la savante assem-

dont les lois sont déclarées applicables par les articles 7 al. 1, 13 al. 2, 15 al. 2, 17 al. 1 et 25, il y a lieu d'appliquer les lois allemandes, ces dernières lois sont appliquées ». Sur le sens exact de cette disposition, relativement à la théorie du renvoi, des jurisconsultes allemands se sont trouvés en désaccord. M. de Bar, conformément à ses déclarations précédentes, a reconnu, à la sesssion de l'Institut de Droit international à Neuchâtel (*Ann.*, t. XVIII, p. 153, p. 174 *in fine*), que la théorie du renvoi s'y trouvait adoptée. Mais, dans la même assemblée, à La Haye, en 1898 (*Ann.*, t. XVII, p. 224). M. Sieveking, premier président de la Cour hanséatique, l'un des auteurs de la loi d'introduction, s'était tout à la fois déclaré hostile à la théorie du renvoi et partisan de l'art. 27, parce que, suivant lui, cette disposition n'était pas conforme à la théorie du renvoi. En effet, dit-il, tandis que le principe du renvoi est une abdication de souveraineté, « le législateur allemand prononce, au contraire, une extension de la souveraineté; car c'est seulement au bénéfice de la loi allemande et non des lois étrangères que l'art. 27 est écrit; ce n'est donc pas un renvoi ». Ce dissentiment tient, suivant la remarque judicieuse de M. Lainé (*R. D. I. P.*, 1907, p. 67), à ce que les deux interprètes de la loi allemande entendent le mot renvoi en des sens différents. M. Sieveking comprend la théorie du renvoi comme l'a construite la jurisprudence et comme l'a discutée l'Institut de Droit international, et de ce point de vue il a raison de nier que la loi allemande l'ait adoptée. M. de Bar entend le renvoi au sens large et vague du mot, et, lui donnant ce sens, il a raison d'affirmer que la loi allemande en a fait une application. Il est peut-être exagéré de dire, avec M. Sieveking, que le législateur allemand prononce l'extension de la souveraineté. Mais ce qui semble vrai, c'est que le législateur allemand, partant de l'idée que l'application de lois étrangères dans un pays est une concession faite par le souverain de ce pays, retire éventuellement la concession qu'il a faite, si tel législateur n'en use pas, et recouvre alors l'intégralité du droit qui lui appartient d'appliquer ses propres lois. On ne saurait donc argumenter de l'art. 27 de la loi d'introduction du Code civil allemand ni des dispositions analogues des lois étrangères inspirées par le même esprit (loi japonaise « Ho-rei » de 1898, art. 29, simple copie de l'art. 27 de la loi allemande d'introduction; loi hongroise de 1894 sur le mariage, art. 108; Code civil de Zurich, §§ 3 et 4, Code civil de Zug, § 2, Code civil des Grisons, § 5,

blée : l'aveu sincère et vraiment scientifique en a été fait par l'un de ceux dont l'opinion y a triomphé (1).]

[Depuis quelque trente années que la question du renvoi se discute, on a conçu le *renvoi proprement dit*, soit pour le combattre, soit pour le justifier, sous quatre formes ou de quatre manières différentes : 1° Sous une première forme, le renvoi est l'expression d'une erreur verbale, plutôt que réelle. Cette erreur de mots a été commise, non seulement par nos tribunaux et par ceux de beaucoup de pays des deux mondes, mais encore par des auteurs, notamment par l'annotateur de certaines décisions belges qui prononçaient le divorce d'époux domiciliés en Belgique, en vertu de causes admises par la loi belge, non par la loi anglaise. Cet annotateur (S., 81. 4. 41) donnait l'explication suivante : « La loi

décidant que pour leur statut personnel et pour leurs successions, les étrangers seront régis par le droit de leur patrie, mais à la condition que la loi de leur patrie le prescrive également; loi fédérale suisse sur l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874, *Ann. de législ. étrang.*, 1876, p. 714 et 1895, p. 377, art. 35 et 56; Code civil suisse, promulgué le 10 décembre 1907 et exécutoire le 1er janvier 1912, art. 61 et 62 du titre final, abolissant la loi fédérale du 24 décembre 1874 et modifiant l'art. 7 de la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, pour appuyer la théorie du renvoi chez nous ni dans les pays dont la législation en matière de Droit international privé est analogue à la nôtre : « Chez nous, l'application de la loi étrangère est ordonnée par le souverain français qui, sans se préoccuper des dispositions établies par les souverains étrangers, prescrit d'une manière impérative, au nom d'une haute conception de la justice, à la fois l'observation de telle ou telle loi étrangère et l'exclusion de telle ou telle loi française correspondante ». Lainé, *R. D. I. P.*, 1908, p. 729. — On cite assez souvent l'art. 1er de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 sur le mariage, comme admettant, dans une certaine mesure, la théorie du renvoi. Cet article est ainsi conçu : « Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi ». Or, voici ce que signifie cette disposition. Il est certaines lois étrangères, par exemple la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874, art. 25, qui se réfèrent à la loi locale, en ce sens qu'elles déclarent valable le mariage de leurs nationaux conclu à l'étranger, « conformément à la législation qui y est en vigueur ». Si donc deux Suisses se marient en France et sont capables de s'y marier, d'après la loi française, mais non d'après la loi suisse actuelle (qui, d'ailleurs, cessera d'être en vigueur le 1er janvier 1912) serait-il raisonnable de déclarer le mariage nul, en vertu de la règle générale de l'art. 1er ? Non, assurément. La préoccupation de la loi suisse ou des lois analogues est que le mariage de leurs ressortissants à l'étranger ait le plus de chances d'être valable. Il n'y a aucune raison de n'en pas tenir compte, et c'est ce que fait l'art. 1er dans sa disposition finale. Renault, *Les Conventions de La Haye*, 1903, p. 38-39.]

(1) [Lainé, *R. D. I. P.*, 1905, p. 639.]

anglaise, dans l'espèce, renvoie à la loi du domicile, c'est-à-dire à la loi belge, en sorte qu'appliquer la loi belge, c'est appliquer la loi française ». Or, le raisonnement que l'on met ainsi dans la bouche des juges est aussi faux et vain qu'il paraît juste et décisif. En effet, la loi anglaise concernant le divorce règle les conditions du divorce, et c'est tout. De même, la loi bavaroise (affaire Forgo) et la loi de la Louisiane (affaire Samory) relative aux successions mobilières a pour unique objet de régler la dévolution successorale des biens, c'est-à-dire de désigner les héritiers, de fixer leurs parts, etc. Ces lois, lorsqu'elles sont appelées à régir une cause, loin de renvoyer à d'autres lois leur compétence, la retiennent, l'exercent et l'épuisent. Telle n'est pas, au fond, la pensée des juges : la loi étrangère qu'ils envisagent, « celle à laquelle ils attribuent le geste traduit par le mot de renvoi », suivant le terme heureux et expressif de M. Lainé, ce n'est pas la loi étrangère du droit interne, désignée comme loi compétente pour le litige par une règle de droit international consacré dans un texte de la loi française ou belge, c'est la règle de droit international propre à la législation étrangère, qui, de son côté, attribue compétence à la loi de droit interne belge ou française ; après avoir affirmé, d'après le droit international privé, tel que le consacre la loi française, la compétence de la loi successorale de Bavière ou de Louisiane, par exemple, ils fixent leur attention non sur la loi successorale de l'un de ces pays (droit interne), mais sur une règle du code bavarois ou du droit coutumier de la Louisiane et concernant le conflit de la loi locale avec les lois étrangères (droit international). Là est l'équivoque sur laquelle est fondée notre jurisprudence et, avec elle, celle d'autres pays (Belgique, Espagne, Portugal, Vénézuéla) : nos juges et, après eux ou avec eux, les juges étrangers disent une chose alors qu'ils songent à une autre ; ils confondent, dans la législation étrangère, ce qui est de droit interne et ce qui est de droit international et cette confusion fait naître dans leur esprit une illusion à la faveur de laquelle ils appliquent la loi personnelle ou la loi successorale française dans un cas où une disposition de notre législation relative au droit international privé leur ordonné d'appliquer la loi personnelle ou la loi successorale étrangère (1).

2° Sans en avoir conscience, nos tribunaux et ceux d'un assez grand nombre d'autres pays se réfèrent au droit international

(1) Labbé, J. C., 1885, p. 10-12; Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 43-45.

étranger ; et ce droit, procédant comme le nôtre, mais en sens inverse, investit à son tour de la compétence en la matière la loi française interne. Mais, comme ce n'est pas à ce droit étranger que, d'après nos tribunaux eux-mêmes, notre droit international avait d'abord adressé la compétence, ce même droit étranger n'a aucun titre à la refuser et à en opérer le renvoi. On ne décline pas, a-t-on très bien dit, une invitation que l'on n'a pas reçue. Il y a donc simplement conflit de deux règles de droit international contraires. Il n'est pas douteux que cette opposition de vues de deux législateurs mérite l'attention et soulève la question de savoir auquel, dans l'espèce, doit appartenir le dernier mot; mais la qualification de *renvoi* n'y est pas applicable. « Ainsi, tout à l'heure, le renvoi n'avait pas lieu, parce que la loi étrangère de droit interne, vraiment investie de la compétence, la retenait par devers elle, et maintenant le renvoi ne se produit pas davantage, parce que la règle étrangère de droit international n'a pas reçu compétence » (1).

3° Si le renvoi n'est pas la conclusion logique et vraie du raisonnement que font nos juges, il en est quand même, en fait, la conclusion, exactement comme s'il ne provenait pas d'une illusion, puisque, pratiquement, les décisions sont rendues en vertu du droit international étranger. Le renvoi est, dès lors, apparu aux auteurs sous la forme suivante : la règle de droit international privé, telle que l'admet le législateur français qui, en matière de statut personnel ou de succession, déclare compétente une loi étrangère, s'adresse à la règle étrangère correspondante, règle de droit international comme elle-même; si donc celle-ci, à son tour, assigne compétence à la loi française, il s'opère véritablement un renvoi. Et, par exemple, quand le législateur français déclare applicable à la succession mobilière la loi bavaroise, il a en vue, dans le Code bavarois, le § 17 du chapitre XI et le § 1er du chapitre XII de la troisième partie, qui règle le conflit de la loi successorale de Bavière avec les lois successorales étrangères, en faisant prévaloir la loi du domicile et de la situation des biens sur la loi nationale; si donc c'est en France que le défunt est mort domicilié, en y laissant ses biens, c'est à la loi française que la compétence est vraiment renvoyée. Cette manière d'entendre la jurisprudence n'était pas tout à fait exacte, puisque, en réalité, nos tribunaux ne faisaient intervenir le droit international étranger qu'en vertu

(1) Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 45.

d'une méprise, en le confondant avec le droit interne. Mais elle ne différait des véritables vues de nos juges que par une nuance et, en dernière analyse, les deux conceptions aboutissaient au même résultat : l'application, par nos tribunaux, du droit international étranger de préférence au droit international français. Ce fut cette théorie du renvoi, cette assignation de compétence au droit international étranger de la part du législateur français que M. Labbé, en 1884, et M. Lainé, en 1896, combattirent avec vigueur et succès (1).]

4° [Le renvoi, tel qu'il vient d'être analysé et discuté, n'est, de la part des tribunaux français et étrangers qui l'ont consacré, que le résultat d'une méprise. Pour le justifier, on l'a présenté comme la conséquence d'un principe. C'est, à la vérité, la loi étrangère de droit interne que la règle française de droit international privé déclare applicable en France, a-t-on dit ; mais entre cette loi de droit interne et la règle de droit international faisant partie de la même législation, il y a une relation si intime qu'on doit les considérer comme ne faisant qu'une seule et même loi. Dès lors la compétence que le législateur français attribue à la loi de droit interne se communique nécessairement à la règle de droit international, et le renvoi que fait cette règle s'impose avec l'autorité du droit ; le législateur français qui s'est adressé à la loi interne étrangère s'est par là même soumis à la règle de droit international qui fait corps avec cette loi ; il a consenti d'avance lui-même au renvoi. Telle est la quatrième forme sous laquelle on a conçu le renvoi proprement dit. Sous cette quatrième forme, à laquelle on aboutit par divers raisonnements (2), la théorie du renvoi se heurte toujours à la même objection que la compétence du législateur, dans le domaine du droit international privé, n'a pas le même caractère que dans le domaine du droit interne ; de caractère différent seraient aussi les règles qu'engendrerait cette double compétence supposée admise : d'où l'impossibilité d'incorporer la règle de droit international à la règle de droit interne. En droit interne, en effet, le souverain édicte une règle qui est en elle-même parfaite et dont il assurera le respect ; en droit international, la règle qu'il établit est incomplète, partiellement inefficace, exposée à demeurer sans effet sur le territoire du souverain.

(1) Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 45-50.

(2) [De Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit int. privé*, t. II, p. 97, n. 787 et 788 ; Fiore, J. C., 1901, p. 689, p. 690, p. 698, p. 700.]

étranger, si elle y est paralysée par une règle contraire. Par conséquent, deux règles qui présentent un caractère si différent, même si elles émanent du souverain national, ne sauraient s'incorporer l'une à l'autre (1).]

[Tel est le renvoi proprement dit, sous les quatre formes qu'il a tour à tour revêtues. Mais on a couvert du nom de renvoi, dans un sens large et vague, des systèmes que l'on a présentés comme conduisant au même résultat, sans reconnaître la justesse ni de l'idée ni de l'image évoquées par le mot de renvoi proprement dit. Dans la théorie des statuts, telle qu'elle s'est fait jour aux Pays-Bas au XVII^e^ siècle, telle qu'elle domine encore dans la jurisprudence anglo-américaine et peut-être même aussi dans l'esprit de certains codes modernes, le principe est que la loi est strictement et absolument territoriale, d'où il suit qu'il appartient à chaque Etat de faire appliquer par ses juges sa propre loi, de préférence aux autres, en toute matière, à toute personne; mais, par courtoisie, c'est-à-dire dans un esprit de mutuelle bienveillance et de sage intelligence des intérêts réciproques, chacun donne volontairement effet chez lui aux lois étrangères pour certains rapports juridiques, tels que l'état, la capacité des personnes et les rapports de famille. Si telle était en France la conception du droit international privé, nul doute qu'il ne fût rationnel d'adopter un système analogue ou équivalent à celui du renvoi. La désignation, par notre droit international, d'une loi étrangère comme devant s'appliquer en France ne constituerait qu'une offre gracieuse faite au législateur étranger de substituer sa loi à la loi française. D'où la conséquence que, si le législateur étranger, déclinant cette sorte de faveur, témoignait, dans son propre droit international, le désir de voir appliquer à ses ressortissants la loi française, soit à raison de leur domicile, soit pour toute autre cause, le législateur français ne pourrait que retirer son offre et s'en tenir au principe de la territorialité de ses lois. Sans exprimer cette idée en termes aussi catégoriques, beaucoup d'auteurs en sont imbus et plusieurs, sans l'adopter comme système général, en subissent ici l'influence (2).]

[Aux antipodes de la théorie qui déclare strictement et absolu-

(1) Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 53-54, p. 59-60.

(2) [V. Weiss, *Ann. de l'Inst.*, t. XVIII, p. 151; Alb. Rolin, *Principes de droit int. privé*, t. I, p. 259; de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, t. I, p. 37, t. II, p. 96 et s.; de Bar, *Ann. de l'Inst.*, t. XVIII, p. 154-155; Westlake, même *Ann.*, t. XVIII, p. 166; Cpr. Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 60-72.]

ment territorales les lois de chaque pays, mais qui admet à titre de tempérament fondé sur la courtoisie l'application des lois étrangères, se trouve la théorie qui considère la nationalité des personnes comme le principe dirigeant pour la solution des conflits de lois. Des auteurs français se sont ralliés à cette doctrine italienne, et voici la conséquence qu'ils en ont déduite en ce qui concerne la question du renvoi : il appartient au législateur d'un pays de suivre ses nationaux à l'étranger et là de les soumettre à telle loi qu'il juge le mieux leur convenir ; il peut les assujettir à leurs lois nationales, celles qu'il a faites lui-même ; il peut également leur prescrire d'observer les lois étrangères locales, soit à raison de leur domicile, soit pour toute autre cause. Il en résulte que, là où des étrangers sont en instance judiciaire au sujet de leur état, de leur capacité, de leurs rapports de famille, là aussi où s'ouvrent des successions laissées par des étrangers, les juges doivent s'informer des règles de conflit édictées par les souverains nationaux de ces étrangers et s'y conformer. Si donc, d'après ces règles, les étrangers sont soumis aux lois de droit interne locales, ces lois leur seront appliquées (1). Mais, n'est-il pas bien singulier de prétendre qu'en appliquant en Italie, par exemple, la loi du domicile, au lieu de la loi nationale prescrite par l'art. 6 des dispositions générales du code civil, « on ne contrevient nullement à cet article », que « les règles que le code civil italien a jugé propres à résoudre les conflits internationaux de législation ne reçoivent aucune atteinte », alors qu'on les remplace par des règles contraires ; « que ces règles ont pour objet de concilier les droits de la souveraineté locale avec ceux de la souveraineté personnelle de la loi à laquelle ressortit l'étranger », tandis qu'elles sont établies par le législateur italien dans le plein exercice de sa souveraineté, sans aucune entente avec les autres législateurs? Ces assertions ne sont-elles pas paradoxales, et, de plus, vraiment contraires à la réalité des choses? Une explication, du moins, n'eût-elle pas été nécessaire? M. Fiore l'a tentée : il a fait un dernier effort pour justifier la théorie du renvoi d'une façon scientifique, et cette tentative est doublement intéressante, car, loin de démontrer la vérité de la théorie du renvoi, elle démontre la fausseté de la doctrine italienne moderne, dont la théorie du renvoi est la conséquence parfaitement logique, mais inacceptable.]

[Pour qui veut aller au fond des choses, la question du renvoi,

(1) [Weiss, *Traité*, t. III, p. 77 ; *Manuel*, 1905, p. 304.]

quelle qu'en soit la solution, n'est rien de moins que la question de savoir comment il faut comprendre l'application dans un pays, en certaines matières, non des lois de ce pays, mais de celles de tel ou tel pays étranger, phénomène qui constitue l'essence même du Droit international privé. Quelle est la nature, quel est le rôle, quels sont les devoirs de la souveraineté de l'Etat dans le domaine du Droit international privé ? Voilà ce qu'il faut avant tout savoir. M. Fiore, en plaçant à la base du débat l'idée de souveraineté, a posé ce débat sur son véritable terrain. M. Labbé l'avait fait directement, M. Fiore le fait indirectement, en intervertissant l'ordre naturel des idées et en précisant le devoir du juge, considéré comme interprète et exécuteur de la loi : « Si indubitablement, dit-il, le juge ne peut se soustraire à la force impérative du droit local, il doit néanmoins, en l'appliquant, le considérer comme établi d'après les principes de la compétence du législateur de son pays et dans les limites de cette même compétence. Il ne pourrait pas admettre en effet que ce législateur ait pu entendre régler un rapport juridique au delà des limites de sa compétence (1). Cette assertion, dont la hardiesse étonne et qui fait du magistrat le juge et l'appréciateur de son législateur, intervertit l'ordre naturel des choses : avant de marquer les devoirs du magistrat, il faut déterminer ceux des législateurs, puisque les magistrats, de l'avis même de M. Fiore, sont institués pour appliquer les lois. Le problème est donc bien de savoir comment il faut entendre la souveraineté respective des Etats, source de leurs pouvoirs en matière de législation. A la question ainsi posée, quel législateur doit répondre ? Celui du pays dans lequel s'est élevé le conflit des lois, avait pensé tout naturellement M. Labbé : à ce législateur il appartient de dire si, en déclarant applicable une loi étrangère, il a entendu faire une offre courtoise qui, déclinée, deviendrait caduque, ou se désintéresser du conflit, ou le résoudre dans le plein exercice de sa puissance souveraine : il ne lui était pas venu à l'idée que le législateur étanger pût contester au législateur local son droit et songer à le primer. Or, c'est cette intention que M. Fiore a prêtée au législateur étranger et a déclarée légitime.]

[Au point de vue de la compétence législative, c'est-à-dire de la souveraineté appliquée à la confection des lois, il admet, conformément à la doctrine de Mancini, que, dans le domaine du statut

(1) [Fiore, J: C., 1901, p. 424 et suiv.; 681 et suiv.; *præsert.* p. 438, n. 14; Cpr. Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 319-321 et p. 325-326.]

personnel, qui comprend l'état et la capacité des personnes, leurs rapports de famille et la transmission de leurs biens à leurs héritiers, c'est la nationalité qui détermine la compétence législative. Il faut donc admettre qu'en ces matières « chacun doit être soumis à la loi de son pays ». Soit. Mais en quel sens ? M. Fiore précise. A ses yeux, de la compétence législative concernant le droit interne dérive la compétence législative en ce qui regarde le droit international, ou plutôt elles se confondent en une seule et même compétence. De même qu'en matière de statut réel il appartient au souverain territorial d'écarter de son territoire toutes règles étrangères de Droit international différentes des siennes, en sorte que ses juges n'en doivent tenir aucun compte, de même le souverain national n'a pas seulement le droit de régler l'état de ses sujets et tout ce qui s'y rattache, mais au cas de concours de ses lois internes avec les lois internes des autres pays, c'est de lui et de lui seul que dépend, même hors de son territoire, la solution du conflit. Et voici la conséquence de ces principes que M. Fiore déclare incontestables : lorsqu'en Italie, au sujet d'étrangers domiciliés dans ce pays, une question d'état ou de capacité devra être résolue, on tranchera cette question, qui est de la compétence législative exclusive du souverain étranger, d'après son système; c'est ce système qui résoudra le conflit de la loi de Droit interne italienne avec la loi de Droit interne étrangère; par conséquent on devra appliquer la loi italienne en tant que loi du domicile, si pour leur état et leur capacité le législateur étranger les soumet à la loi de leur domicile. Ce n'est pas, dit-il, qu'un renvoi s'effectue : « A nos yeux, il n'y a lieu ni de renvoyer, ni de ne pas renvoyer; il s'agit seulement de reconnaître que la condition civile de chacun et les droits privés qui en résultent, en y comprenant ceux qui ont trait à la continuation de la personne au moyen de la succession, doivent être déterminés et réglés d'après la loi que s'est donnée l'Etat auquel appartient l'individu ». Le juge italien devra donc, pour se conformer aux principes de la compétence législative, appliquer la règle de Droit international prescrite à l'égard de l'étranger par le législateur de son pays. Mais ce juge se trouve également en présence de la règle de Droit international posée par son propre législateur, et il doit aussi observer cette règle, contraire à l'autre. Comment concilier deux devoirs aussi manifestement contradictoires ? Le juge italien, répond M. Fiore, doit interpréter la pensée du législateur de son pays, et la pensée de ce dernier n'a pu être qu'une référence posée par le législateur

étranger au sujet de ce conflit, car, d'après le Droit international, la compétence en la matière appartient à ce législateur, à raison de sa souveraineté personnelle.]

[Tel est le système de M. Fiore (1). Sans insister sur le renversement des rapports du juge et du législateur qu'il implique, le juge étant chargé de ployer les lois positives en vertu de principes rationnels, ce système est le renversement des bases fondamentales sur lesquelles reposent, dans le domaine du Droit international, les droits respectifs des Etats. Il n'y a pas, en réalité, comme le prétend l'auteur italien, deux sortes de souveraineté : l'une personnelle et extraterritoriale ; l'autre réelle et territoriale. Il n'existe qu'une seule souveraineté, laquelle est territoriale ; le pouvoir que l'on désigne sous le nom de souveraineté personnelle et extraterritoriale n'est pas, hors du territoire, une véritable souveraineté, parce qu'il y manque de toute force effective. Prenons, par exemple, l'art. 3, § 3 du Code civil français, aux termes duquel « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Ce texte retient, il est vrai, sous l'empire des lois françaises, en matière d'état et de capacité, les Français résidents ou même domiciliés en pays étranger ; ces Français, tout en accomplissant à l'étranger des actes juridiques, devront néanmoins, pour ces actes, observer leurs lois nationales relatives à la capacité. Mais où et de quels juges cette règle recevra-t-elle sa sanction ? Sur le territoire étranger et de la part des juges étrangers ? Nullement. C'est uniquement en France que la règle dont il s'agit produira son effet. Voilà quel est le sens, pour les Français, de l'art. 3, § 3 du Code civil. C'est aussi le sens, pour les Italiens, de l'art. 6 des dispositions générales de leur Code. A l'inverse, le législateur anglais ou danois peut déclarer que les Anglais ou les Danois domiciliés en France y seront régis, quant à leur statut personnel, par la loi française, en tant que loi de leur domicile. Mais si ce n'est pas une simple faculté qu'il leur accorde, si, chose invraisemblable, c'est une injonction qu'il leur adresse, dit excellemment M. Lainé (2), l'effet en sera tout au plus que les juges anglais ou danois, saisis de questions litigieuses au sujet d'actes passés en France par leurs compatriotes, se guideront, pour les apprécier,

(1) [Fiore, J. C., 1901, p. 438, n. 14 ; p. 439, n. 15 ; p. 681, n. 17 ; p. 685-688, 692, n. 17, 21 et 24 ; p. 698.]

(2) [Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 328.]

d'après la loi française; il n'en résultera pas, quoi qu'en dise M. Fiore, que ces actes s'étant accomplis en France, les juges français devront leur appliquer la loi de droit interne française (1). Donc, la souveraineté dite personnelle, frappée d'inefficacité hors de son territoire, n'acquérant de force effective que le jour où elle trouve à l'exercer sur son territoire, n'est vraiment pas extraterritoriale.]

[Cette vérité est tellement évidente qu'on ne fait nulle difficulté de la reconnaître, si la question du renvoi ne vient pas l'obscurcir. On admet universellement que l'art. 3 de notre Code civil et l'art. 6 des dispositions générales du Code italien, prescrivant aux Français l'observation de leurs lois nationales à l'étranger, n'obligent en rien les juges danois ou anglais à s'incliner devant la loi française ou italienne. M. Fiore lui-même, considérant le Code civil argentin qui soumet la succession, même celle de l'étranger, à la loi du domicile et se demandant ce qu'il adviendra de l'application de cette règle à la succession d'un Italien ou d'un Allemand domicilié dans cette République, répond que la loi argentine, conforme ou non aux vrais principes du droit, sera appliquée par les juges argentins « qui sont tenus de juger d'après la loi, sans pouvoir en examiner ou en discuter le fondement », mais que, si la décision de ces juges argentins pouvait produire quelques conséquences juridiques en Allemagne ou en Italie, les magistrats de l'un ou de l'autre de ces pays, lui refuseraient toute force exécutoire. En effet, dit M. Fiore, l'art. 24 de la loi d'introduction du Code civil allemand dispose que « la succession d'un Allemand, même s'il avait son domicile à l'étranger, est réglée par les lois allemandes », et l'art. 8 des dispositions préliminaires du Code civil italien déclare que la succession doit être régie par la loi nationale du défunt. Pourquoi donc M. Fiore tient-il un tout autre langage lorsqu'il s'agit de la situation inverse, de celle où, dans un pays, le statut personnel est fondé sur la loi nationale? Pourquoi donc, en ce cas, les juges du pays doivent-ils écarter cette règle et se conformer à la règle étrangère, donnant la préférence à la loi du domicile? Et quoi! tandis que le juge argentin « ne peut pas se dispenser d'appliquer la loi de son pays, n'a pas le droit d'examiner si elle est conforme ou non aux vrais principes du droit », le juge italien doit, au contraire, n'appliquer la loi de son pays que « d'après les justes principes », et cela veut dire

(1) [Fiore, *loc. cit.*, p. 698; Lainé, *loc. cit.*, p. 328-329.]

que, devant un système de droit international établi par une loi étrangère, contraire à celui de son pays, « il ne peut se dispenser d'en tenir compte ! » La raison d'une telle contradiction est flagrante : dans l'un des cas envisagés, il n'est pas question de la théorie du renvoi; dans l'autre, cette théorie est en cause, et il faut à tout prix la défendre (1). La vérité, c'est que la souveraineté respective des Etats sur leur territoire est la seule base du droit international soit privé, soit public. Chaque Etat, sur son territoire, règle le conflit de ses lois internes avec les lois étrangères de même nature. Lorsque, dans un règlement, il prescrit l'application des lois étrangères, c'est que lui-même, dans l'exercice de sa propre souveraineté, considère que certaines lois étrangères conviennent mieux que les lois locales à certaines personnes, à certains actes juridiques, à l'interprétation des volontés dans certaines circonstances. Cette conception du droit international privé supprime radicalement le renvoi : le renvoi, en effet, devient impossible, si la désignation d'une loi étrangère par le législateur d'un pays doit être considérée comme un acte accompli librement et spontanément, sans appel d'aucune sorte au législateur étranger, ni procédé courtois ou déférent envers lui, ni tolérance d'une intervention de sa part (2).]

[Les arrêts précités de la cour de Paris du 1er août 1905 et de la cour de Pau du 11 juin 1906 permettent d'espérer et de présager un revirement de la jurisprudence française et la condamnation du renvoi. Vainement M. Colin a-t-il essayé de dissuader, à l'aide d'arguments spécieux et séduisants et avec une habileté de *tacticien* consommé, la Cour suprême de laisser sans défense sa jurisprudence antérieure (3). Nous avons l'espoir qu'à la première occasion, que ne lui offrira pas d'ailleurs l'affaire Knowles, arrêtée par une transaction entre les intéressés, la Cour de cassation de France consacrera la vérité, telle que l'ont proclamée MM. Labbé et Lainé et les cours de Paris et de Pau : la souveraineté respective des Etats ne permet pas de substituer dans un pays à la règle de droit international privé locale une règle de droit international privé étrangère (4).]

(1) [Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 330-331.]

(2) [Lainé, *ibid.*, p. 331-339.]

(3) [Lainé, *R. D. I. P.*, 1907, p. 671-674.]

(4) [La Cour de Grenoble (1re ch.), 31 mars 1908, n'a pas suivi l'exemple des cours de Paris et de Pau et a sanctionné la thèse du renvoi. J. C., 1908, p. 837 et la note.]

[Voilà pour ce qui nous apparaît comme la vérité théorique. On a soutenu, au point de vue pratique, que l'adoption de la théorie du renvoi présenterait cet immense avantage d'éviter la contrariété, toujours si fâcheuse, des décisions judiciaires, en des matières d'une importance capitale (1). L'avantage serait précieux s'il était réel : le malheur veut qu'il ne soit qu'apparent. On dit, par exemple, que les mêmes enfants dont l'état est en question seront tenus pour illégitimes en Belgique et aux yeux des tribunaux belges, tandis que, si le débat avait été porté devant des juges anglais, ils auraient été tenus pour légitimes par application de la loi du domicile, à laquelle renvoie la loi belge; en acceptant le renvoi, comme l'a fait le tribunal de Bruxelles le 2 mai 1887 dans l'affaire Fano, on évite de conférer aux mêmes individus un état civil différent dans les deux pays. Telle est l'apparence : telle n'est pas la réalité. D'abord, le plus souvent, les parties ne peuvent pas, à leur gré, porter leur procès devant deux tribunaux et, par exemple, choisir entre un tribunal anglais et un tribunal français ou belge : la compétence dépend du domicile et le tribunal compétent, s'il s'agit d'une succession, est celui du pays où le défunt était domicilié; ce défunt étant domicilié en France ou en Belgique, le débat ne pourra s'élever devant un tribunal anglais et, par suite, la contrariété de décisions, si justement redoutée, ne pourra se produire. De plus, dans l'hypothèse même de la compétence simultanée des tribunaux de divers pays, peut-on espérer, grâce à la théorie du renvoi, une même solution de tous les tribunaux compétents? Non. Supposons acceptée la théorie du renvoi, en matière de légitimation, par exemple, institution que proscrit la loi anglaise. Supposons admis que, le statut personnel d'un Anglais étant déterminé aux yeux de la loi anglaise par le domicile, le mariage d'un Anglais domicilié en France ou en Belgique doive légitimer les enfants nés d'un commerce irrégulier avec la femme qu'il épouse, conformément à la loi française (art. 331 du Code civil, modifié par la loi du 7 novembre 1907) ou à la loi belge. Le principe, supposons-le, s'impose à un tribunal français ou belge, comme à un tribunal anglais. Toute difficulté n'est pas écartée pour cela, et toute chance d'une contrariété de décisions judiciaires ne disparaît pas.]

[A quel moment faut-il considérer le domicile qui, s'il est établi

(1) [De Vareilles-Sommières, J. C., 1900, p. 274; da Veiga Beirao, J. C., 1908, p. 367.]

en Belgique ou en France, entraînera l'application du statut personnel belge ou français et, s'il est fixé en Angleterre, commandera l'observation du statut personnel anglais? La jurisprudence anglaise paraît n'avoir pas subi sur ce point moins de trois variations principales en négligeant les controverses relatives à la question de savoir s'il fallait tenir compte du lieu de la naissance de l'enfant, du lieu de la célébration du mariage et du domicile de la mère. Elle a d'abord décidé que l'on doit s'attacher uniquement à la loi du pays où le père était domicilié lors du mariage : si la légitimation par mariage subséquent est admise dans cette loi, l'enfant sera légitimé. Telle était l'opinion de lord Brougham et des juges écossais. Ensuite, il a été jugé en Angleterre qu'il faut considérer *aussi* la loi du pays où le père était domicilié *au moment de la naissance de l'enfant :* ainsi, à la condition que le père fût domicilié en Belgique ou en France — ajoutons ou en Ecosse — à la fois au moment du mariage et à celui de la naissance de l'enfant, son mariage avec la mère eût entraîné légitimation. Enfin, depuis 1881, la jurisprudence est, nous apprend M. Dicey (1), fixée définitivement en ce sens que la légitimation opérée par mariage subséquent d'après la loi étrangère, s'apprécie suivant la loi du pays où le père était domicilié *au moment de la naissance de l'enfant.* Et, dans cette jurisprudence que l'on nous présente comme définitive, deux questions, au témoignage de M. Dicey (2), restent incertaines : il suffit ici d'en signaler une. Quel est l'effet d'un changement du domicile paternel survenu *après* la naissance de l'enfant et *avant* le mariage des parents? « Pareil changement, dit M. Dicey, par exemple d'*Angleterre* en *Ecosse,* n'affecte certainement pas la condition de l'enfant. Après comme avant le mariage, l'enfant reste illégitime. L'effet d'un changement de domicile d'*Ecosse* en *Angleterre* est plus douteux. Il n'affecte probablement pas la légitimité de l'enfant, mais cela n'est pas certain. Il est possible que, dans ce cas, il faille envisager l'effet du mariage comme dépendant de la *lex domicilii* à l'époque de sa célébration, c'est-à-dire la loi anglaise ». Une telle constatation démontre, à elle seule, combien est chimérique l'espérance de voir, quant à l'heure actuelle, la jurisprudence française ou belge, même si elle admet un point de départ commun, aboutir aux

(1) [Dicey et Stocquart, *Le statut personnel anglais,* 1887, t. I, p. 396-419, n. 147-151.]

(2) [Dicey et Stocquart, *op. cit.,* t. I, p. 411-412.]

mêmes conséquences que la jurisprudence anglaise. Donc, on se fait illusion en croyant que, si des juges statuant à l'égard d'un étranger, acceptent la législation de cet étranger quant à la détermination de la loi applicable à la cause, ils rendront à ce plaideur exactement la même justice que les tribunaux de son pays.]

[Il y a plus. On place le juge dans une singulière situation, lui imposant l'alternative ou d'être tout à fait illogique, ou de rendre des décisions contraires au bon sens national et même au texte de la loi locale (*lex fori*) qui traite impérativement la question. Supposons une fois de plus admis que le statut applicable à la légitimation par exemple, si le père est Anglais, soit celui du domicile du père à la naissance de l'enfant, qu'au demeurant tout soit une question de domicile et qu'en conséquence « si le père est domicilié en France la reconnaissance et la légitimation seront valables, en ce qui concerne les actes y accomplis » (1) : nos tribunaux devront reconnaître la validité de la légitimation accomplie en France par un Anglais qui, domicilié en France, au moment de la naissance de l'enfant, épouse la mère de cet enfant, d'ailleurs reconnu. Logiquement, ils devraient décider qu'un Français domicilié en Angleterre — il faut tenir pour acquise la doctrine qui accorde au Français le droit d'avoir un domicile à l'étranger — ne peut pas légitimer son enfant naturel en épousant la mère. Or, ils ne sauraient rendre une telle décision sans se heurter au texte formel de l'art. 3, § 3 du code civil. De fait, ils ont consacré la légitimation résultant du mariage du Français fixé à l'étranger, même en Angleterre (2).]

[Dira-t-on que cette décision n'est pas faite pour nous surprendre, le statut personnel du Français étant déterminé invariablement par sa loi nationale, tandis que le statut personnel de l'Anglais dépend du domicile et varie avec lui ? Il faudrait savoir si l'art. 3, § 3 du code civil, en disposant que le Français en pays étranger est suivi par son statut personnel, tel que le détermine la loi française, ne prescrit pas aux juges français, par analogie ou mieux par identité de situation, d'appliquer à l'étranger en France son statut personnel, tel qu'il est déterminé par sa loi nationale et non pas la loi de son domicile. Mais les tribunaux anglais, qui affirment avec tant de force la loi du domicile quand

(1) [J. C., *Questions et solutions pratiques*, 1878, p. 12; Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. I, p. 317; Stocquart, J. C., 1888, p. 209.]

(2) [Bordeaux, 27 août 1877, D. P., 1878. 2. 193; Cpr. Paris, 2 août 1876, J. C., 1877, p. 230; Cass. req., 20 janvier 1879, D. P., 1879. 1. 107.]

il s'agit du statut personnel anglais, se montrent-ils respectueux de la loi de la nationalité, quand il s'agit d'appliquer le statut personnel étranger, et notamment le statut personnel français ? Décideraient-ils, par exemple, que le mariage d'un Français qui, domicilié en Angleterre, a épousé dans ce pays la mère de ses enfants français, a opéré légitimation ? Non, assurément : s'attachant inflexiblement à la loi du domicile, ils appliqueront la loi anglaise qui rejette la légitimation par mariage subséquent. C'est d'ailleurs, une règle générale, qui ne souffre aucune exception : « considérant uniquement la loi du domicile, les tribunaux anglais décident que le sort des actes accomplis en Angleterre par une personne domiciliée dans ce pays, en tant que le sort de ces actes dépend de l'état et de la capacité, est déterminé par la loi anglaise. S'agit-il d'un Français domicilié en Angleterre, sa capacité de contracter dans ce pays dépend de la loi anglaise sans égard à la loi française » (1). Réciproquement, si un tribunal anglais consentait à apprécier les conséquences juridiques d'actes passés ou de droits exercés dans un pays étranger par une personne domiciliée, il s'en réfèrerait à la loi du domicile pour apprécier la capacité de cette personne. Par exemple, la majorité est fixée par la loi prussienne à vingt-cinq ans. Si un Anglais qui, à vingt-deux ans, est domicilié en Prusse, fait à Berlin une donation ou une vente ou tout autre contrat, les tribunaux anglais apprécieront les effets juridiques de l'un de ces actes en tenant compte des privilèges et des incapacités du mineur d'après la loi prussienne (2). Que les tribunaux anglais s'en tenant indistinctement à la loi du domicile, décident que la capacité d'un Anglais variera suivant qu'il sera domicilié en Prusse, en France ou en Angleterre, et qu'ils maintiennent cette manière de voir « sans égard à la loi française », s'il s'agit de l'état et de la capacité d'un Français, nous le comprenons très bien. Mais ce qu'on voudra bien nous permettre de comprendre aussi, c'est que les tribunaux français ou belges déterminent le statut personnel uniquement d'après la loi nationale et n'admettent pas que l'état et la capacité varient avec le domicile. Ils ne pourraient l'admettre qu'en s'exposant, soit à manquer de logique, soit à aboutir à des solutions réprouvées par notre bon sens national ou contraires au texte de la loi française (art. 3, § 3 du code civil).]

(1) [Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. I, p. 317.]
(2) [Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. I, p. 317-318.]

[Il y a plus encore et enfin. L'adoption de la théorie du renvoi a conduit la jurisprudence française à un conflit de législations que l'on a déclaré « à peu près insoluble ». Ce conflit existe et paraît insurmontable dans la jurisprudence française, qui n'admet pas qu'un étranger puisse avoir en France un domicile légal sans l'autorisation du gouvernement; il ne se présente pas dans la jurisprudence belge, qui, plus large que la nôtre, admet qu'un étranger non autorisé peut avoir en Belgique son domicile légal. En Belgique, rien de plus simple que d'accepter le renvoi de la loi anglaise, qui détermine le statut personnel par le domicile, car, aux yeux des tribunaux belges comme pour la jurisprudence anglaise, le domicile s'acquiert par le fait de l'habitation réelle joint à l'intention d'y fixer son principal établissement, sans aucune autorisation gouvernementale. Mais en France, il en va tout autrement. Pour nos tribunaux, le domicile légal n'existe pas en dehors du cas de l'art. 13 du Code civil. Or, d'après la jurisprudence anglaise, l'acquisition d'un domicile ne peut être régie par les principes d'une loi étrangère et, en conséquence, « si une personne, dit M. Dicey (1), réside en France avec l'*animus manendi*, nos tribunaux la considèreront comme y étant domiciliée, même dans le cas où elle n'aurait pas satisfait aux conditions de la loi française ». En tenant pour acquis que la jurisprudence anglaise admet la possibilité d'avoir un domicile en France sans l'autorisation du gouvernement français, il paraît difficile de résoudre le conflit : d'une part, on ne saurait dénier à la souveraineté locale le droit de subordonner à certaines formalités l'acquisition d'un domicile; d'autre part, l'Etat auquel appartient celui dont le domicile est en cause pourrait-il confier à un autre Etat quelconque le soin de décider si l'établissement d'un national à l'étranger sera considéré comme un domicile? Il est des auteurs qui inclinent à donner la préférence à la loi locale, par cette raison que le domicile s'appuie avant tout sur l'élément territorial (2).

(1) [Dicey et Stocquart, *op. cit.*, t. Ier, p. 135-136 et 99-100. — Cpr. Westlake, *Private int. law*, 4e édit., 1904, § 254, p. 326 et p. 39, pour l'arrêt Johnson rendu, en 1903, par le juge Farwell. Dans cet arrêt, déjà cité au point de vue du renvoi, le juge Farwell semble considérer la question du domicile comme une question de droit quand elle n'est, d'après la jurisprudence anglaise, qu'une question de fait. V. Sewell, *R. D. I. P.*, 1907, p. 510-514, 518, 521-523, et Lainé, *ibid.*, 1908, p. 750-752.]

(2) [Brocher, *Cours de Droit int. privé*, t. Ier, p. 251; Chausse, *Revue critique*, 1888, p. 193-198. Ce dernier auteur pense toutefois qu'en fait, si les tribunaux des deux pays étaient saisis de la difficulté, ils appliqueraient chacun leur propre loi, s'il y a des raisons de faire prédominer la loi personnelle ou la loi territoriale.]

Nous n'avons pas à nous prononcer ici sur ce grave conflit auquel, chose bien inattendue, conduit le désir des décisions concordantes. Mais il nous est permis de penser qu'étant donné le point de départ, à savoir la détermination du statut personnel d'un Anglais par la loi anglaise qui s'attache au domicile, on devrait, en bonne logique, suivre la loi anglaise jusqu'au bout et s'en référer à elle pour l'acquisition du domicile. Ce serait peut-être demander beaucoup d'abnégation au souverain local. Mais il suffit de constater à quelles difficultés pratiques aboutit un système qui avait pour objet de les supprimer toutes et d'assurer l'harmonie parfaite des décisions rendues par les tribunaux des différents pays (1).]

[En dernière analyse, après avoir été envisagée sous tous ses aspects, la théorie du renvoi proprement dit sous les différentes formes qu'elle a successivement revêtues, ainsi que les systèmes de renvoi improprement dit qui aboutissent à la même conclusion, nous apparaît comme inadmissible au point de vue des principes et comme grosse de complications pratiques : la simplification qu'on lui a prêtée n'est qu'une illusion, comme son origine (2)]

106 *bis*. Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques (3). — Seraient-ils d'accord pour soumettre telle catégorie de rapports à telle loi déterminée, les législateurs seront toujours en divergence pour dire dans quelle catégorie déterminée doit figurer tel rapport particulier de droit, pour lui donner, en un mot, sa qualification juridique : le conflit subsistera donc inévitable. On en trouve quantité d'exemples empruntés aux questions de forme, de capacité, de contrats, de successions, de

(1) [De Bœck, *D. P.*, 1889. 2. 97-99.]

(2) [Nous n'avons parlé que du renvoi, de ce que les Allemands appellent *Rückerverweisung* (renvoi en arrière, à la loi du pays même d'où est partie la première désignation de compétence). Il y a des cas où les cours anglaises notamment, ont appliqué les règles d'un tiers pays non désigné, soit la loi suisse dans les affaires de *Bonneval, Trufort* et autres. Alors on dit qu'il y a *Weiterverweisung* (renvoi dans une autre direction, à la loi d'un tiers pays). Ces deux sortes de renvois n'ont pas une origine différente et appellent des objections communes. Mais chacun d'eux suscite des critiques particulières. Lainé, *R. D. I. P.*, 1908, p. 741-742.]

(3) Cpr. Despagnet, J. C., 1898, p. 253, et Bartin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, J. C., 1897, p. 225, 466 et 720; [Pillet, *Principes de Droit international privé*, 1903, n. 38-39, p. 101-107; n. 127, p. 279-280; cpr. M. Bernard, J. C., 1906, p. 649-650. — *Adde* H. Donnedieu de Vabres, *De l'impossibilité d'une solution rationnelle et définitive des conflits de lois*, J. C., 1905, p. 123 et suiv.]

régime des biens, etc..., questions que nous rencontrerons dans la suite. En voici deux à titre de types. La loi néerlandaise défend à ses nationaux, en principe, de tester en la forme olographe : cette prohibition suivra-t-elle les Hollandais en France? Chez nous, comme dans les Pays-Bas, on applique aux questions de forme la règle *Locus regit actum*, et aux questions de capacité la loi nationale. Malgré cet accord, le conflit sera fatal si la prohibition relative au testament olographe est réputée règle d'incapacité par le code de Hollande et règle de forme par les magistrats français : suivant le premier, il faudrait appliquer aux Hollandais en France la loi de leur pays, et, suivant les autres, la loi française qui permet à tous de tester en la forme olographe, si le testament est fait en France. De même, deux législateurs de pays différents s'accordent pour appliquer une même loi, par exemple celle de la situation des biens, pour le règlement des successions immobilières, et une même loi aussi, par exemple la loi présomptivement acceptée par les époux, pour régler les effets du contrat de mariage : une femme appartenant à l'un des deux pays réclame, conformément à sa loi nationale, un douaire sur les biens de son mari situés dans l'autre Etat : le conflit existera malgré l'adoption des mêmes idées quant à la loi applicable, si l'un des législateurs voit dans ce douaire un droit de succession, tandis que l'autre y voit un effet des conventions matrimoniales; le premier voudra appliquer la loi de la situation des biens, l'autre celle que les époux ont adoptée en se mariant.

Ainsi posé, le conflit a paru insoluble à quelques-uns, parce qu'ils estiment que la qualification à donner à un rapport juridique par un tribunal saisi de la difficulté ne peut être que celle qui est adoptée par la loi de ce tribunal, la *lex fori*. En effet, disent-ils, chaque souverain fixe les solutions de conflits de lois qu'il admet dans la mesure qu'il a prévue et jugée convenable eu égard aux qualifications juridiques données par lui aux rapports de droit; par exemple, s'il admet que la loi nationale des étrangers règle leur état et leur capacité, c'est qu'il se réfère aux seules questions qui, d'après lui, appartiennent à la qualification juridique des rapports d'état et de capacité, sans accepter à l'avance tout ce qu'il plairait au législateur étranger de qualifier ainsi comme ayant le même caractère : sinon, un souverain ne serait plus maître chez lui et se trouverait, au contraire, amené à faire régir par la loi nationale des étrangers des rapports de droit absolument en dehors du domaine qu'il a entendu assigner à cette loi.

Cette objection contre la possibilité d'arriver à une entente complète sur la solution des conflits de lois est fort spécieuse; mais elle n'est vraie qu'en partie.

Toutes les fois que la qualification donnée par le législateur à un rapport juridique intéresse son ordre public, il est très exact de dire que cette qualification doit prévaloir contre toute autre qui serait donnée au même rapport par un législateur étranger, et, par voie de conséquence, que la loi à appliquer pour le premier législateur est seulement celle qui répond à la qualification du rapport adoptée par lui. Ainsi, presque toutes les lois s'accordent pour faire régler par la loi de la situation la condition de la propriété immobilière; mais, souvent, ce qui est immeuble dans un pays est meuble dans un autre. Or, la distinction des biens et la qualification des rapports de droit qui se rattachent à eux étant une question d'ordre public pour chaque Etat, il s'ensuivra que, sans tenir compte de la qualification d'immeuble donnée à un bien par le législateur étranger, celui de la situation de ce bien s'en tiendra à la qualification de meuble adoptée par lui, et se trouvera peut-être ainsi amené à ne plus appliquer la loi de la situation, bien qu'il soit d'accord avec le législateur étranger pour soumettre à cette loi les immeubles. Ce n'est là qu'une conséquence logique de la restriction générale qu'apporte à l'application des règles normales du Droit international privé le respect de l'ordre public territorial.

Mais, le plus souvent, la qualification donnée par un législateur à un rapport de droit est indifférente à l'ordre public international, tel qu'il le conçoit; elle n'est adoptée par lui qu'à son point de vue particulier et en tant qu'il s'agit de rapports relevant de sa propre législation. Il n'a nullement la prétention, son ordre public n'étant pas en cause, de vouloir imposer cette qualification aux législateurs étrangers; il accepte, au contraire, celle que ceux-ci ont adoptée, avec la conséquence logique quant à la loi qui doit être appliquée en cas de conflit. C'est donc, en principe, et sauf la réserve de l'ordre public territorial, la loi qui doit régir le rapport de droit qui en fixe en même temps la véritable qualification. Sinon, on n'arriverait même plus à appliquer à chaque rapport la loi dont il relève d'après les principes du Droit international privé, attendu que la première chose à faire pour appliquer cette loi, c'est de faire entrer le rapport dont il s'agit dans la catégorie où elle le place elle-même. Ainsi, en admettant comme démontré que le code néerlandais fait une question

d'incapacité de la défense de tester en la forme olographe, tandis que la loi française verrait là plutôt une question de forme, croit-on que l'on appliquerait le grand principe, adopté à la fois dans les deux pays, que la capacité des individus dépend de leur loi nationale, si l'on commençait par rejeter le point de vue de la loi hollandaise et si on faisait de sa disposition une question de forme ? Mais, au lieu d'appliquer la loi nationale, comme le prescrit l'art. 3, al. 3 C. civ., on débuterait par la violer, puisque, dans une question de capacité où elle devrait être suivie tant que notre ordre public n'est pas compromis (ce qui est le cas), on affirmerait qu'il n'y a pas incapacité, comme elle le dit, mais question de forme, et qu'il faut suivre, non pas ses dispositions en la matière, mais la loi française, si le testament est fait en France, conformément à la règle *Locus regit actum*.

On voit encore combien il est peu logique de ne s'en tenir qu'à la *lex fori* pour la qualification des rapports juridiques, en supposant qu'il s'agit d'un rapport de droit organisé par la loi étrangère et complètement inconnu dans la *lex fori*.

Ainsi on se demande si un douaire établi pour une veuve par la loi de son pays se rattache à la matière des successions ou à celle du contrat de mariage. Comment veut-on faire prévaloir en pareil cas la qualification de la loi française, si la difficulté est soulevée en France, alors que le douaire y est inconnu ? Il y aurait arbitraire à rechercher quel caractère juridique notre législateur entend donner à une institution qu'il ne consacre pas. Au contraire, c'est à la qualification consacrée par la loi étrangère qu'il s'agit d'appliquer qu'on s'attachera, la première chose à faire, pour l'appliquer, étant précisément d'admettre la qualification qu'elle adopte.

De plus, si l'on veut écarter la qualification donnée par la loi étrangère pour s'en tenir à celle de la *lex fori*, on tombe dans un inconvénient identique à celui que l'on veut écarter : si la *lex fori* n'est plus à la merci de la loi étrangère quant aux qualifications que celle-ci voudrait lui imposer, ce que l'on veut éviter, c'est la loi étrangère qui verra ses qualifications laissées à l'arbitraire de la *lex fori*, ce qui pourra conduire à paralyser son application, même à écarter les principes du Droit international privé.

Pour éviter ce danger, les partisans de l'opinion que nous combattons sont obligés de recourir à des correctifs vagues et arbitraires en combinant, suivant la bonne foi, les qualifications de la loi étrangère avec celles de la *lex fori*. D'après eux, la *lex*

fori serait limitée, à ce point de vue, par l'obligation morale et rationnelle d'accepter les qualifications de la loi étrangère qui sont *correctes* à son propre point de vue, c'est-à-dire qui correspondent, soit directement, soit par analogie, à celles qu'elle consacre elle-même. Mais il arrivera inévitablement que les magistrats ne considèreront comme *correctes*, à leur point de vue, que les qualifications des rapports juridiques admises par leur propre loi, la *lex fori!*

De plus, si le rapport juridique organisé et qualifié par la loi étrangère est inconnu dans la *lex fori*, comment savoir, autrement que par de vagues et arbitraires analogies, qu'il ne sera même pas toujours possible de trouver, si la qualification de la loi étrangère est *correcte* d'après la *lex fori ?*

Nous concluons donc que les qualifications des rapports juridiques sont déterminées, non par la *lex fori*, mais par la loi reconnue applicable à ces rapports juridiques (1).

107. Notion de l'ordre public. — Mais la difficulté intrinsèque de tout problème de Droit international privé, c'est-à-dire l'analyse du rapport de droit ayant pour but de déterminer la législation applicable, se complique de la question de savoir si l'application de la loi étrangère ne violera pas des règles d'ordre public consacrées par la loi territoriale. L'examen de cette dernière question est imposé par la nécessité de concilier l'obligation, pour les Etats, d'accepter l'application de la loi étrangère sur leur territoire, quand les principes du Droit international la commandent, avec le respect de leur souveraineté, c'est-à-dire de leur existence même comme personnes morales indépendantes. C'est là, du reste, un point admis dans toutes les législations, soit d'une manière implicite, soit même d'une façon expresse, comme dans le code civil français (art. 3, § 1er) et dans le code civil du royaume d'Italie (art. 12).

Mais que faut-il entendre au juste par l'ordre public; quels sont ces cas où la loi territoriale devra seule s'appliquer à l'exclusion de toute loi étrangère dont les dispositions ne seraient pas parfaitement d'accord avec les siennes (2) ?

(1) La question se complique et devient particulièrement ardue quand il faut choisir entre les qualifications données par deux lois étrangères, la *lex fori* étant hors de cause. Le caractère de cet ouvrage ne nous permet pas d'entrer dans l'examen de cette difficulté pour laquelle nous renvoyons aux études citées en tête de ce numéro.

(2) V. Despagnet, *Etude sur l'ordre public en Droit intern. privé,* J. C., 1889,

Les précédents de la doctrine et de la jurisprudence n'offrent que bien peu de ressources pour apporter quelque précision en cette délicate matière. Les Romains devaient, sans nul doute, étant donné leur caractère dominateur, se montrer peu tolérants pour admettre des lois étrangères en opposition avec l'ordre public, tel qu'ils le concevaient; cependant, en ce qui concerne le droit privé, on sait que, pendant longtemps, ils réservèrent aux seuls citoyens le bénéfice du droit civil et que, même pour des dispositions que nous regarderions aujourd'hui comme d'ordre public, par exemple pour des lois contre le luxe et contre l'usure, ils ne s'occupèrent pas de les imposer aux pérégrins. Les règles de ce genre ne durent être généralisées dans leur application que quand la multiplicité des rapports entre citoyens et pérégrins et, plus tard, sous Caracalla, l'extension du *jus civitatis* à tous les habitants de l'Empire eurent rendu nécessaire de la part de tous l'obéissance aux lois d'intérêt général,

Les barbares, nous l'avons vu, n'ayant pas encore la conception de l'Etat organisé et imposant des mesures d'ordre public à tous les habitants sans distinction de nationalité, laissèrent chaque individu régi par sa loi propre, suivant le système de la personnalité des lois, même pour les questions d'ordre public au premier chef, c'est-à-dire en matière pénale.

La Féodalité introduisit un élément nouveau dans la notion de l'ordre public : c'est l'ensemble des règles légales relatives à la propriété foncière qui formaient la base même de l'organisation politique et sociale dans le régime féodal, et qui étaient ainsi exclusives de toute disposition contraire de la loi étrangère. D'ailleurs, rien de précis n'apparaît dans les écrits des jurisconsultes, depuis les postglossateurs jusqu'à Dumoulin lui-même, qui ne fait que répéter les observations de Bartole. Les statutaires, par-

p. 5 et 207; A. Pillet, *De l'ordre public en Droit intern. privé,* 1890; [*Principes,* 1903, ch. XIII et XIV, n. 182-222, p. 367-428;] de Bustamante, *El orden publico,* 1893; *Quelques considérations sur l'ordre public international,* P. Fedozzi, J. C., 1897, p. 69 s. et 495; E. Bartin, *Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale, R. D. I.,* 1897, p. 385 s.; de Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois,* 1899 (le crilerium de cet auteur est la faculté de renonciation aux droits, qui est impossible quand elle serait contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, art. 6 C. civ.); F. Kahn, *Die Lehre vom ordre public,* in *Ihering's Jahrbücher,* XXXIX; Aubry, *De la notion de territorialité en droit intern. privé,* IVe partie, J. C., 1902, p. 209 s.; [P. Fiore, *De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public,* J. C., 1908, p. 351 et s.].

tant du principe de la territorialité des lois, devaient évidemment tenir compte de l'ordre public, puisque la *Comitas gentium*, qui justifiait à leurs yeux l'application de la loi étrangère, ne peut plus être invoquée quand précisément l'intérêt public commande que l'on s'en tienne à la loi locale. Mais on ne trouve chez eux aucune théorie générale, pas même chez Jean Voet, qui cependant parle formellement de l'ordre public. On voit même Bouhier, après Guy Coquille, faire de certaines règles d'ordre public, par exemple de celles qui concernent les substitutions, des statuts personnels, et décider que, en cas de délit commis sur le territoire par des étrangers, il faut appliquer, de la loi territoriale ou personnelle, la plus douce des deux. Boullenois aussi entrevoit la notion de l'ordre public, mais il admet, comme Bartole, que, pour certains délits, la loi territoriale ne s'appliquera à l'étranger que s'il est resté assez longtemps dans le pays pour avoir connaissance des dispositions de cette loi (1). Ces indécisions s'expliquent par ce fait que les statutaires n'étaient préoccupés que de déterminer le caractère territorial ou extraterritorial des lois et d'en faire, pour fixer ce caractère, des statuts réels ou personnels : ils oubliaient ainsi la notion de l'ordre public qui est étrangère à cette classification. Puis, les conflits se présentaient surtout entre coutumes d'un même Etat, où l'ordre public était sensiblement le même et réglé par des ordonnances générales. Aussi faut-il établir la notion de l'ordre public sans recourir à l'influence de la tradition qui n'existe même pas.

On ne saurait songer à restreindre l'ordre public aux seules lois pénales, comme on a essayé de le faire, sous prétexte que toute autre extension est vague, arbitraire et donne lieu à mille discussions. Les lois pénales sont généralement d'ordre public, quoiqu'il y ait des exceptions pour des dispositions qui ne peuvent viser que des nationaux et qui, par conséquent, ne peuvent pas être d'ordre public international, le seul que nous ayons à considérer : tel est le cas, suivant quelques-uns, pour la loi du 28 mars 1882 sur l'instruction primaire; on peut citer encore l'article 396 Inst. crim.; l'article 18 de la loi du 2 août 1875 sur l'élection des sénateurs, etc... Il faut bien reconnaître aussi que nombre d'autres règles législatives présentent le même caractère, sans être accompagnées d'une sanction pénale que l'on n'a pas jugé néces-

(1) Lainé, I, p. 137; Bouhier, I, p. 450, ch. XXVII, édit. de 1742, et ch. XXIV; Boullenois, règle V, au début de la *Personnalité et réalité des Statuts*.

saire d'y attacher pour la conservation de la société. Une convention dont la cause est immorale peut parfaitement échapper à la justice répressive : est-ce à dire que la loi qui la prohibe n'intéresse pas l'ordre public, tel que le législateur l'a compris ?

Par cette expression *ordre public*, vague et mal définie comme la chose même qu'elle désigne, il faut entendre *l'ensemble des règles légales qui, étant données les idées particulières admises dans tel pays déterminé, sont considérées comme touchant aux intérêts essentiels de ce pays*. Peu importe, du reste, qu'il s'agisse d'intérêt religieux, moral, politique ou économique; la liberté religieuse comme la défense de professer publiquement un culte, la prohibition du divorce ou de la polygamie, l'admission ou l'exclusion des inégalités sociales, la limitation du taux de l'intérêt, quelque différentes qu'elles soient au point de vue de l'idée sur laquelle elles reposent, n'en sont pas moins toutes des règles d'ordre public. C'est à ce point de vue, parfaitement exact en théorie, que s'est placé notre législateur en édictant la disposition si large et si compréhensive de l'art. 3, § 1er : « Les lois de *police et de sûreté* » obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Il s'est bien gardé de donner une formule plus précise qui aurait été inexacte, ou une énumération fatalement incomplète; il a pris le sage parti de laisser au juge le soin d'examiner, dans chaque cas particulier, si l'ordre public, tel qu'il résulte des principes généraux de notre droit, est ou non intéressé.

On a cependant critiqué le vague de cette formule aussi bien que de celle qui la remplace dans l'usage : *ordre public*. Mais les tentatives pour trouver mieux n'ont guère été heureuses. Wæchter se sert de l'expression : *leges cogentes;* de Savigny dit : *lois rigoureusement obligatoires;* de Bar : *lois prohibitives*, pour revenir ensuite à la formule classique tout en la désapprouvant : *öffentliche Ordnung* (ordre public); l'Institut de Droit international, à Oxford, a proposé la dénomination *Droit public et ordre public*, ce qui paraît un pléonasme; Laurent emploie les mots : *Droits de la Société*, qui sont vagues et équivoques ; F. de Martens s'exprime ainsi : il faut écarter les lois étrangères *illégitimes et immorales*, ce qui n'avance guère, puisque la difficulté est précisément de savoir quelles sont celles que l'on peut qualifier ainsi.

Ce qui est certain, c'est que, par le fait qu'il déroge au principe de la personnalité du droit et à la liberté d'action des individus, l'ordre public doit être considéré par les juges comme excep-

tionnel et interprété restrictivement. On peut, à titre d'indication générale, le limiter ainsi. Sont d'ordre public :

1° Les lois réputées nécessaires au maintien de l'état politique et social : les lois politiques et administratives, de compétence et de procédure, les lois pénales;

2° Les lois civiles dont l'application est considérée comme nécessaire *à la conservation* de l'Etat, et non toutes celles qui sont *d'un certain intérêt* pour lui : seront ainsi d'ordre public les articles 1382, 340 C. civ. ; la loi du 23 mars 1855 sur la transcription ; les lois sur l'usure; et non la loi qui organise la légitimation des enfants naturels ou qui fixe la réserve de certains héritiers.

Cependant, dominée par la vieille influence de la territorialité des lois et par des préoccupations de l'intérêt de l'Etat ou même des nationaux, la jurisprudence a une tendance très marquée à exagérer le domaine de l'ordre public, pour donner la préférence à la loi locale et écarter la loi étrangère. De la notion de l'ordre public qui dérive de la sauvegarde de l'organisation nationale au point de vue politique, économique et social, elle va jusqu'à la préoccupation de l'*intérêt public*, qui n'est plus inspiré que par l'avantage du pays; de là, elle descend jusqu'à l'*intérêt du public*, c'est-à-dire de la population nationale prise dans son ensemble ; et enfin jusqu'à l'intérêt des nationaux considéré comme l'expression, dans un cas particulier, de l'intérêt de la population nationale elle-même. Ainsi s'expliquent les décisions qui font abusivement considérer comme d'ordre public en France les règles de la légitimation qu'on applique à des étrangers contrairement à leur loi nationale, et celles qui fixent la transmission des immeubles par succession. L'ordre public commande que l'on applique exclusivement les lois locales touchant à l'organisation même de l'Etat et non pas toutes celles qui présentent un avantage pour les nationaux.

On peut d'ailleurs trouver dans la formule de la loi un criterium pour déterminer les règles d'ordre public. Il y a certainement des dispositions légales émises en une forme absolument impérative ou prohibitive qui ne sont pas d'ordre public international, c'est-à-dire qui ne s'imposent pas nécessairement aux étrangers. Cette forme peut convenir, par exemple, à des règles qui ne sont d'ordre public, en d'autres termes strictement obligatoires, que pour les nationaux. (V. art. 6, 331, 1388, 1389 C. civ.). Mais, d'autre part, il est certain que les dispositions d'un caractère facultatif, d'après la formule même qu'emploie le législateur, ne

peuvent être réputées d'ordre public pour les étrangers : c'est ainsi que le divorce, la légitimation, ne sauraient avoir ce caractère en tant qu'il s'agit de permettre à des étrangers d'user de ces institutions contrairement à leur loi nationale, puisque la loi locale autorise leur emploi et ne l'impose jamais.

Observons enfin qu'un législateur n'a jamais à se soucier d'assurer l'ordre public en pays étranger, sous peine de tomber dans le vague et l'arbitraire d'une morale cosmopolite et sans base, et de violer l'indépendance des autres Etats, qui sont les seuls juges de ce qui doit être absolument défendu chez eux. On ne voit pas pourquoi, sauf entente entre les pays civilisés pour prendre des mesures dans l'intérêt de l'humanité, par exemple en interdisant l'introduction des liqueurs fortes et des armes à feu dans les pays où s'alimente la traite des esclaves (1), un Etat considèrerait comme contraire à l'ordre public l'exportation des spiritueux à l'étranger, ou les conventions d'intérêts réputés usuraires chez lui quand ces conventions doivent être exécutées dans un pays où le taux est libre (2).

108. Il est essentiel, d'autre part, de faire une précision, pour avoir une idée juste de l'ordre public tel qu'on l'entend en Droit international privé.

Dans toute législation, il existe un ordre public que l'on peut qualifier d'*interne*, parce qu'il a pour trait caractéristique de s'adresser aux nationaux seulement. On le distingue, au point de vue pratique, en ce qu'il comprend l'ensemble des dispositions légales auxquelles les nationaux ne peuvent pas déroger dans leurs conventions. C'est celui dont parle l'art. 6 du Code civil : « On ne » peut déroger par des conventions particulières aux lois d'ordre » public et de bonnes mœurs ».

L'ordre public *international*, au contraire, c'est-à-dire celui dont il est question dans notre science, s'impose à tous, sans distinction de nationalité. Un exemple fera voir la différence qui existe entre les deux. L'état et la capacité des Français, tels qu'ils sont réglés par le Code civil, sont certainement d'ordre public,

(1) Convention de Bruxelles, 2 juillet 1890.

(2) Cour suprême de l'Iowa, 10 sept. 1887 et Cour de Neuchâtel, 26 mars 1881, J. C., 1887, p. 115 ; Trib. Seine, 12 mai 1885, *ibid.*, 1885, p. 305. — Cpr. Cass., 29 mai 1894, à propos de l'ordonn. du 15 sept. 1887, accordant le monopole de la banque dans la principauté de Monaco, contrairement à la loi française des 2-17 mars 1791 sur la liberté du commerce ; les observations de M. Despagnet dans D. P., 94. 1. 521 ; et note de M. Ch. Lyon-Caen, S., 94. 1. 481.

en ce sens que des Français ne pourraient y apporter de modifications par contrat; au point de vue international, au contraire, on accepte que l'état et la capacité des étrangers soient fixés d'une manière toute différente par la loi de leur pays. Si même la loi nationale de l'étranger autorisait ce dernier à déroger conventionnellement à son état et à sa capacité, c'est sans difficulté que l'on admettrait en France l'effet d'une pareille convention. Il est souvent d'autant plus difficile de distinguer l'ordre public interne de l'ordre public international, que les deux reposent sur les principes généraux dont l'application intéresse l'Etat. On peut les discerner cependant en remarquant que l'ordre public interne comprend les injonctions et défenses qui sont imposées aux particuliers en vue de sauvegarder leurs intérêts, et qui ne s'adressent ainsi qu'aux nationaux dont le législateur se préoccupe uniquement; tandis que l'ordre public international embrasse les dispositions qui touchent à l'intérêt collectif de l'Etat et qui s'adressent par conséquent à tout le monde, sans distinction de nationalité : c'est celui que vise l'art. 3, alin. 1 C. civ.

Cet ordre public, qualifié d'international parce qu'il s'impose également aux étrangers et aux nationaux, est évidemment très variable suivant les pays. Sans aborder une discussion qui sortirait du cadre de cette étude sur le caractère plus ou moins absolu des principes moraux, il suffit de constater qu'en fait les législations accusent de grandes divergences dans la façon de comprendre, chez les différents peuples, la morale et, à plus forte raison, l'organisation sociale, politique ou économique. En présence de cette variété, chaque législateur écartera-t-il systématiquement sur son territoire l'application de toute loi étrangère qui ne règle pas les questions de ce genre comme il le fait lui-même? Devra-t-on, dans chaque pays, se cantonner dans la conception nationale de l'ordre public, en répudiant toute autre qui ne serait pas parfaitement semblable?

Pour trancher cette question si délicate, on peut classer en trois catégories les règles d'ordre public international contenues dans chaque législation.

Les premières, relatives toutes ou presque toutes à la morale, sont universellement admises par tous les peuples civilisés et présentent, dans toutes les nations qui s'inspirent des mêmes idées générales, un caractère à peu près absolu : telle est notamment la prohibition de la polygamie et du mariage entre parents en ligne directe ou entre frère et sœur. Il est certain que les dis-

positions contraires que l'on peut rencontrer dans la législation de certains peuples dont la religion et la morale sont complètement différentes de celles des nations civilisées, au sens propre que l'on attache à ce mot, ne seront jamais admises dans leur application sur le territoire de ces dernières. C'est ainsi que la polygamie ne pourra être pratiquée par un Turc dans aucun pays chrétien.

D'autres règles, sans être universellement admises par les peuples qui participent à la civilisation moderne, sont cependant considérées par les législateurs qui les consacrent comme l'application des vrais principes de morale ou de bonne organisation sociale; de telle sorte que, malgré l'exemple d'autres pays tout aussi civilisés qui ne les admettent pas, ils les imposeront nécessairement à tous les étrangers sur leur territoire, comme s'ils avaient, à cet égard, le monopole de la morale et de la vérité absolue. Le divorce, par exemple, bien qu'en vigueur dans des nations nombreuses qui suivent le courant de la civilisation européenne, est rejeté dans d'autres d'une manière complète, comme contraire à la morale et à la constitution de la famille. Il faut bien, tant qu'elles durent, accepter ces idées particulières à chaque pays, dues principalement à l'influence traditionnelle, religieuse ou à des caractères de race. Le juge ne peut que s'incliner devant la loi positive et l'appliquer à l'exclusion de la loi étrangère, toutes les fois qu'elle se présente comme une règle d'ordre public dans son pays.

Enfin, il est d'autres dispositions qui, quoique impérativement imposées, non seulement ne sont pas universellement admises dans les nations civilisées comme celles de la catégorie précédente, mais encore, à la différence de ces dernières, ne se rattachent pas, de l'aveu même du législateur qui les promulgue, à un principe général de morale ou de bonne organisation sociale. Il est reconnu, même dans le pays où elles sont édictées, qu'elles proviennent de la condition particulière de ce pays et que, d'ordre public ici, elles seraient loin ailleurs de présenter le même caractère, les circonstances n'étant plus les mêmes. C'est ainsi que la limitation du taux de l'intérêt n'est plus motivée, à notre époque, que par la situation économique spéciale d'un pays : dans tout autre Etat qui ne l'admet pas, on avoue qu'elle constituerait peut-être une erreur économique féconde en conséquences préjudiciables. Aussi est-on beaucoup moins rigoureux pour les règles d'ordre public de cette troisième catégorie. Etant donné le motif

ır lequel elles reposent et qui leur donne un caractère tout con-
ngent et relatif, on n'exclura, en ce qui les concerne, l'application
une loi étrangère différente qu'autant qu'elle serait de nature à
ompromettre l'intérêt général du pays où elles sont admises.
'est ainsi, comme on le verra plus loin, qu'un prêt à intérêt
épassant le taux légal pourra être invoqué en France, s'il a été
éalisé en pays étranger et même si, le prêt étant fait en France,
emploi des fonds a eu lieu dans un pays où le taux conventionnel
st libre.

Malgré cette grande variété qui existe entre les différents pays
our la conception de l'ordre public international, il est permis
e croire que l'uniformité se réalisera peu à peu. Elle est presque
cquise entre les nations civilisées pour les règles de la première
ntégorie qui concernent la morale généralement admise par elles.
e jour en jour elle s'accentuera pour les secondes, par suite de
abandon de plus en plus universel des anciens préjugés et par
uite de l'acceptation des idées modernes : c'est ainsi que le divorce
'est plus, dans notre pays, rejeté au nom de l'ordre public.
uant aux règles de la troisième classe, le courant des idées
ouvelles en emportera un bon nombre, notamment celle qui a
é citée à titre d'exemple, la prohibition de l'usure. Seules, peut-
tre, celles qui tiennent à certaines particularités, inévitables dans
haque pays, subsisteront dans l'avenir.

Il faut d'ailleurs remarquer, pour compléter ce qui vient d'être
it sur l'ordre public international, que les conséquences d'une
isposition de la loi étrangère contraire à cet ordre public tel qu'il
st compris dans un pays peuvent souvent être acceptées dans ce
ernier pays sans difficulté. On verra, par exemple, qu'un indi-
idu, divorcé conformément à sa loi nationale, peut se remarier
ans un pays où le divorce n'est pas admis, et qu'un étranger peut
nvoquer en France sa filiation naturelle paternelle, judiciairement
tablie dans sa nation, malgré l'art. 340 C. civ. qui prohibe la
echerche de la paternité; de même, les enfants d'un musulman
ssus de mariages concomitants sont légitimes d'après leur loi
ationale, même dans un pays où la polygamie est interdite. C'est
ue les conséquences d'une institution regardée comme contraire
l'ordre public local peuvent parfaitement n'avoir pas le même
aractère.

Observons enfin que l'ordre public aboutit normalement à l'ex-
usion de la loi étrangère qui serait applicable d'après les règles
u Droit international privé. Il a cette fonction négative quand il

écarte un acte valable d'après la loi étrangère, mais interdit par la loi locale : par exemple, un contrat autorisé à l'étranger, mais illicite d'après la loi française. Mais l'ordre public peut être aussi attributif de compétence législative quand il impose la loi territoriale, par exemple, en matière de statut réel. Dans ce dernier cas, le juge ne peut appliquer, au nom de l'ordre public, que sa propre loi, en tant que *lex fori*. D'ailleurs l'application de la loi territoriale peut résulter des principes du Droit international privé, sans aucune influence de l'ordre public; par exemple, quand on applique à la forme des actes juridiques ou à l'interprétation des contrats la loi du pays où sont faits les premiers et conclus les seconds; dans ce dernier cas, il serait plus précis de dire que l'on applique la *lex loci*.

CHAPITRE III

LA NATIONALITÉ

109. Le mot nationalité peut être pris dans deux sens différents. Au point de vue politique, il désigne cette idée en vertu de laquelle les peuples qui ont entre eux une communauté de race, de traditions, de langue, etc..., doivent se grouper pour former autant d'Etats distincts. On a déjà vu quelle influence cette idée a eue sur le développement du Droit international privé, spécialement en Italie. Au point de vue juridique, le seul dont nous ayons à nous occuper, la *nationalité* désigne le lien qui rattache chaque individu à un Etat déterminé. La théorie de la nationalité est donc celle qui a pour objet d'indiquer l'Etat dont chacun dépend (1).

A divers égards, la détermination de la nationalité des personnes a une importance capitale dans notre science. La plupart des législations, en effet, établissent des différences souvent très

(1) V. surtout sur cette matière : Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, 1890, 2e édit. — De Folleville, *Traité de la naturalisation*, 1880; Weiss, *Traité de Droit int. privé*, I, 2e édit., 1907, *La nationalité;* Rouard de Card, *La nationalité française d'après la législation*, 1894; Campistron, *Commentaire pratique des lois des 26 juin 1889 et 22 juillet 1893 sur la nationalité*, 1894; Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité, Commentaire de la loi du 26 juin 1889*, 1890; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Traité de Droit civil, Des personnes*, I, 3e édit., 1907, n. 317 et s.; pour la pratique de la Chancellerie, V. Stemler, J. C., 1890, p. 385 et 561; Gruffy, *ibid.*, 1894, p. 472 et 765; Cluzel, *ibid.*, 1908, p. 395.

marquées entre la condition des nationaux et celle des étrangers. D'autre part, le lien qui rattache une personne à un Etat subsistant malgré les migrations de cette personne, il importera souvent de fixer la nationalité de cette dernière pour savoir si elle peut se prévaloir de la protection des agents diplomatiques à raison d'attaques dont elle aurait été l'objet en pays étranger, ou si elle doit à tel pays certaines obligations, par exemple le service militaire. Enfin et surtout, sans dire avec la théorie italienne que la nationalité détermine toujours la loi applicable, il faut reconnaître cependant que la loi nationale est celle dont l'application est la plus fréquente en cas de conflit de législations : c'est elle notamment, comme il sera établi plus loin, qui est appelée à régir les matières si nombreuses et si importantes comprises dans le statut personnel.

Pour toutes ces raisons, la connaissance exacte de la théorie de la nationalité s'impose avant d'aborder les problèmes de Droit international privé proprement dit. La question de nationalité se présente en effet, presque toujours, sous la forme d'une question préjudicielle dont la solution est nécessaire afin d'arriver ensuite à la détermination de la loi applicable.

En réalité, la question de nationalité relève du Droit public de chaque Etat, puisque d'elle dépendent la concession des droits politiques que l'Etat reconnaît aux individus et la jouissance de certaines garanties constitutionnelles. Autrefois, quand nombre de droits privés étaient refusés aux étrangers, la nationalité pouvait être, dans une certaine mesure, rattachée au Droit civil. Mais aujourd'hui que les étrangers ont, à peu près partout, la plupart des droits privés, la question de la nationalité se réfère essentiellement à l'attribution des droits politiques et de certains droits publics; c'est donc bien au Droit public de chaque Etat qu'il faut la rattacher. En adoptant l'ancien point de vue, il y aurait lieu de constater que la nationalité est une question d'état; or l'état est réglé par la loi nationale et celle-ci ne peut être connue que si la nationalité est établie : on tournerait dans un cercle vicieux. Etant du Droit public, la nationalité, quant aux rapports qu'elle provoque entre les Eats, fait partie du Droit international public : c'est pour respecter les prescriptions de celui-ci que les Etats, comme nous le verrons un peu plus bas, doivent régler la nationalité, en ce qui les concerne, de manière à ne pas porter atteinte aux droits des autres pays juridiquement égaux à eux-mêmes. Ainsi, de droit public en soi, de droit international public quant

aux relations qu'elle entraîne entre Etats, la nationalité n'a de rapport avec le droit international privé qu'à titre de question préjudicielle, pour permettre de fixer les droits dont les étrangers peuvent jouir, ainsi que la loi qui les régit quand il y a lieu d'appliquer la loi nationale des parties.

Ce n'est pas à dire que les questions de nationalité elles-mêmes ne donnent pas lieu à des conflits de lois : on verra, au contraire, bientôt que les conflits de ce genre sont très nombreux et très graves. Mais, comme chaque législateur est maître absolu pour régler comme il l'entend l'acquisition ou la perte de la nationalité dans son pays, il est plus vrai de dire qu'il y a ici contradiction entre deux lois qui tranchent différemment un même point. Aussi n'est-il pas possible, en recourant aux principes de notre science, de dire quelle est celle des deux qui doit l'emporter : chacune est formelle et souveraine, et il ne reste plus que la ressource des traités pour arriver à les concilier.

Cependant, malgré son indépendance incontestable pour régler comme il l'entend l'attribution ou la perte de la nationalité à son point de vue, chaque législateur doit respecter les droits des autres Etats pour ne pas se mettre en opposition avec les principes du Droit des gens. Ses obligations à cet égard peuvent se résumer dans les suivantes, sur lesquelles nous aurons à revenir au point de vue de l'application de la loi française :

1° Ne pas imposer la nationalité à des étrangers qui n'ont pas manifesté l'intention d'abandonner celle dont ils sont déjà investis, et ne pas les enlever ainsi malgré eux au pays qui a le droit de les revendiquer tant qu'ils n'ont pas voulu le répudier ;

2° Apprécier la capacité pour changer de nationalité conformément à la loi nationale, dont l'autorité légitime doit être respectée ;

3° Ne pas favoriser les expatriations frauduleuses en permettant d'acquérir la nationalité, sans qu'on ait abandonné en fait l ancienne patrie.

On a même proposé l'adoption de principes communs relativement à l'acquisition et à la perte de la nationalité, de manière à écarter le plus possible les conflits de législations (Institut de Droit intern., Session de Venise, 1896, *Ann.*, XV, p. 270).

110. Mais si, dans chaque pays, la loi est souveraine pour régler l'attribution ou la perte de la nationalité, la question peut se poser, dans un Etat, de savoir si un individu a la nationalité de tel ou tel autre pays. — Certains pensent que, en pareil cas, le juge local est incompétent, n'ayant aucune autorité pour appliquer les

lois étrangères en matière de nationalité, et pour donner la préférence à l'une plutôt qu'à l'autre. Mais alors la difficulté reste sans solution, et il peut être indispensable d'en fournir une, par exemple pour régler le statut personnel d'un individu qui n'est pas Français et qui peut être, après examen de sa situation, considéré, soit comme Anglais, soit comme Espagnol.

Le projet de révision du code civil belge (art. 12, 3°) propose d'appliquer des deux lois étrangères celle qui se rapproche le plus de la loi de la Belgique. Mais il semble bien arbitraire de considérer sa propre loi sur la nationalité comme la meilleure pour tous les pays. Du reste, tout en étant en opposition dans le cas que l'on considère, les deux lois étrangères peuvent se rapprocher aussi bien l'une que l'autre de la loi belge, et il sera fort embarrassant de choisir entre elles.

On a proposé aussi de suivre la loi du pays où l'intéressé est domicilié, son établissement dans ce pays étant la confirmation de sa nationalité au sujet de laquelle un doute s'élève. Nous objecterons qu'il peut être question d'un individu ne pouvant pas avoir de domicile propre, comme un mineur, et pour lequel, par conséquent, la présomption de confirmation volontaire de la nationalité manque de base. S'agit-il d'un individu majeur et capable ? Il peut avoir son domicile en dehors des deux pays qui le revendiquent comme national : ici encore la confirmation de la nationalité par le domicile n'apparaît plus.

Suivant d'autres, il faudrait se prononcer contre la loi qui consacre la règle en vertu de laquelle une autre loi réclame l'individu comme national : cette loi se trouverait réfutée, en quelque sorte, par la reconnaissance qu'elle a faite de la règle qu'on lui oppose. Mais si les deux lois sont semblables ou tout à fait divergentes, comment réfuter l'une par l'autre ?

Nous pensons que le juge de chaque pays n'a compétence que pour appliquer sa propre loi relative à la nationalité (1). La détermination de la nationalité d'un étranger ne peut le préoccuper que pour savoir la loi applicable à cet étranger, par exemple pour régler son statut personnel. Or, quand la nationalité de l'étranger

(1) [Trib. civ. Caracas, 22 février 1902, J. C., 1903, p. 220; C. just. Genève, 24 décembre 1904, J. C., 1905, p. 460, *R. D. I. P.*, 1906, p. 237. — V. aussi C. civ. japonais, art. 8 : « Celui qui a en même temps la nationalité japonaise et une nationalité étrangère est soumis à la loi de l'empire, et celui qui a double nationalité étrangère est soumis à la loi du pays dont il a acquis le plus récemment la nationalité ». *Sic*, Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., 1907, p. 305.]

est inconnue ou incertaine, il y aurait abus à la fixer quand il ne s'agit pas de celle du pays même où siège le juge : toute décision prise par lui sur ce point serait sans autorité auprès de tous les pays qui peuvent revendiquer l'étranger comme leur national. Il ne reste plus, dès lors, qu'à trouver une législation raisonnablement applicable pour remplacer la loi dérivant de la nationalité qu'on ne peut pas connaître et qu'on n'a pas le droit de déterminer. C'est la loi du domicile actuel de l'intéressé, fixé en n'importe quel pays, même en dehors de ceux dont la nationalité pourrait lui être appliquée, qui remplace alors la loi nationale. La solution serait d'ailleurs la même, par identité de motifs, si le conflit des lois étrangères était négatif, c'est-à-dire aboutissait à laisser l'étranger sans nationalité, répudié qu'il serait par les deux lois : pour les gens sans patrie, la loi du domicile doit remplacer la loi nationale (1).

111. Chaque pays, au contraire, peut et doit persister à protéger et à revendiquer ceux qu'il considère comme ses nationaux d'après sa loi, sans se préoccuper des dispositions de la loi étrangère dont on se prévaut pour les réclamer dans un autre Etat. Quelques pays cependant, par exemple l'Angleterre, les Etats-Unis et l'Allemagne (2), renoncent à réclamer leurs nationaux quand ils sont également revendiqués par l'Etat sur le territoire duquel ils sont établis. C'est une application de la règle : *In pari causa melior causa possidentis.* Cependant, il est difficile de concilier une pareille attitude avec les dispositions de la loi de chaque pays qui règle souverainement sa propre nationalité, avec le devoir de l'Etat de défendre ses nationaux tant que ceux-ci ne l'ont pas abandonné, et peut-être même avec sa dignité ; on verra plus loin un exemple de cette abdication regrettable de l'autorité de la loi française, devant les prétentions du Vénézuela qui a

(1) Fromageot, *De la double nationalité des individus et des sociétés ;* Rostworowsky, *Les conflits de lois en matière de nationalité, Annales de l'École des sciences politiques,* 1898. — La loi d'introduction du code civil allemand, art. 29, applique aux personnes sans patrie la loi du dernier pays auquel elles ont appartenu, et, si ce pays ne peut être déterminé, celle de leur domicile ou, à défaut, de leur résidence. — [Le code civil japonais, art. 8 porte : « Dans le cas où la nationalité est applicable, celui qui n'a point de nationalité, ou le sujet du pays qui a des lois diverses suivant les localités, sont soumis à la loi du domicile, et, si le domicile est inconnu, à la loi de leur résidence. — Aix, 9 juillet 1903, J. C., 1904, p. 150; Weiss, *loc. cit.*, p. 324-326.]

(2) Lawrence sur Wheaton, III, ch. II, p. 108; Kœnig, *Handbuch des Deutschen Konsularwesens,* 1878, p. 100.

imposé sa nationalité aux étrangers fixés sur son territoire sans qu'ils eussent manifesté l'intention de répudier leur ancienne patrie.

Du reste, en fait, malgré la règle indiquée ci-dessus, l'Angleterre et les Etats-Unis ne négligent rien pour protéger et revendiquer ceux qu'ils considèrent comme leurs nationaux, même quand ils sont établis dans l'Etat qui les réclame comme tels (1).

112. C'est par des traités, avons-nous dit, que peuvent être écartés les conflits, insolubles en eux-mêmes, des lois sur la nationalité. L'Angleterre, l'Allemagne, l'Espagne en ont conclu avec la plupart des Etats de l'Amérique latine où leurs nationaux émigrent en grand nombre; l'Italie en a passé un avec le Mexique, le 20 août 1888. La France n'a malheureusement que deux conventions de ce genre, et elles donnent lieu à de sérieuses difficultés :

1° La convention consulaire du 7 janvier 1862, art. 5, avec l'Espagne, astreint au service militaire en Espagne les Français qui y sont nés, et réciproquement, s'ils ne prouvent pas qu'ils y ont satisfait dans leur pays (V. n. 36). Il est certain qu'à l'égard de l'Espagne, cette disposition tranche la question de nationalité en même temps que celle du service militaire; c'est-à-dire que les Français nés en Espagne et appelés sous les drapeaux sont réputés Espagnols, aux yeux de l'Espagne. En France, au contraire, malgré de rares divergences, on estime que la question de nationalité reste entière pour les Espagnols nés chez nous et astreints au service, tant qu'ils n'ont pas rempli les conditions légales pour devenir Français (2). Or aujourd'hui, la convention de 1862 ne cadre plus avec le nouvel article 8, n. 3 C. civ. modifié par la loi de 1889, puisque l'Espagnol né en France d'un père ou d'une mère ayant aussi vu le jour dans notre pays, non seulement doit le service militaire, mais est Français de plein droit. Cependant la convention de 1862 est maintenue, et comme il a été entendu qu'à l'égard de la France, elle n'influe pas sur la nationalité, il s'ensuit que, par respect pour l'engagement international qui lie les deux Etats, l'article 8, n. 3 C. civ. est inapplicable aux Espagnols. On n'a pas songé à corriger cette anomalie dans la déclaration du 2 mai 1892, qui s'est bornée à porter de un à deux ans le délai accordé aux Français nés en Espagne pour produire le certificat

(1) V. affaire Gendrot, A. D., 1890, I, p. 144.
(2) Alger, 22 février 1890, J. C., 1890, p. 920.

attestant qu'ils ont satisfait à la loi du recrutement dans leur pays.

2° Après l'échec d'un premier accord établi le 5 juillet 1879, la France et la Belgique ont conclu la convention du 31 juillet 1891, promulguée le 1er janvier 1892, dont nous analysons plus loin les dispositions et que nous ne considérons, pour le moment, qu'au point de vue de sa portée générale (1). D'après la rubrique et les travaux préparatoires en Belgique de cette convention, on pourrait croire qu'elle ne règle que la question du service militaire sans préjuger celle de la nationalité, tout comme la convention de 1862 avec l'Espagne, au moins à l'égard de la France. Cependant, en général, on fait une distinction fort raisonnable.

Ceux qui ont manifesté l'intention de prendre la nationalité du pays où ils se trouvent, soit par une option, par exemple en Belgique d'après l'art. 9 C. civ., qui continue à s'appliquer dans ce pays, soit en ne répudiant pas, quand ils peuvent le faire, la nationalité de l'Etat où ils sont, notamment dans le cas du nouvel art. 8, n. 4 C. civ., modifié par la loi de 1889 en France, seront réputés adopter la nationalité du pays où ils doivent aussi le service militaire d'après la convention de 1891. Il est naturel de les rendre nationaux de l'Etat où ils servent comme soldats, quand ils ont clairement manifesté la volonté de répudier leur ancienne patrie, d'une façon expresse ou tacite.

Ceux auxquels la nationalité est imposée malgré eux par la loi locale, comme les Belges nés en France de parents qui y sont nés aussi, en vertu du nouvel art. 8, n. 3 C. civ., gardent leur première nationalité au point de vue de la loi de leur pays. La Belgique, dans le cas dont il s'agit, a consenti à ne pas exiger le service militaire de ceux qui le devront en France en vertu de la loi française, afin de ne pas les astreindre deux fois à cette lourde charge; mais elle n'a nullement entendu les abandonner en qualité de nationaux, puisque, d'après sa loi, ils restent toujours Belges. Cette solution résulte nettement des travaux préparatoires de la convention de 1891 en Belgique.

Aujourd'hui, la tendance de la doctrine est de faire adopter partout, sinon une législation uniforme qui semble irréalisable à raison des idées et des besoins si différents dans les divers Etats,

(1) V. A. Lainé, *La convention conclue le 31 juillet 1891 entre la France et la Belgique, Bull. Soc. législ. comp.*, février 1892; Fromageot, *De la double nationalité des individus*, p. 80.

du moins des principes communs, afin d'éviter le plus possible les conflits de nationalités. En général, on incline à proposer le *jus sanguinis*, c'est-à-dire la détermination de la nationalité d'origine des enfants d'après celle des parents, ce qui, comme nous le verrons bientôt, est plus juste et plus rationnel que de s'attacher au *jus soli*, c'est-à-dire de fixer cette nationalité d'après le lieu de la naissance, sans considérer la patrie des père et mère. C'est en ce sens que s'est prononcé l'Institut du Droit international, sauf une concession faite au *jus soli* quand le père est né dans le même pays que l'enfant, qu'il y a gardé son domicile depuis sa naissance jusqu'à celle de l'enfant, et que ce dernier, à sa majorité, n'opte pas pour la nationalité de son père (Session de Venise, *Annuaire*, 1896, XV, p. 270). Malheureusement les traditions et la préoccupation exclusive de l'intérêt national font que la plupart des Etats, ainsi que nous le verrons, accordent une influence exagérée au *jus soli*, et provoquent ainsi les plus regrettables conflits quant à la détermination de la nationalité d'origine.

113. L'idéal à atteindre serait que tout homme eût une nationalité bien certaine et qu'il n'en eût qu'une seule. Le défaut d'harmonie entre les lois des divers pays sur cette matière fait que, bien fréquemment, l'une ou l'autre de ces deux règles est violée. Souvent une législation fait dériver l'acquisition de la nationalité de certains faits qui n'ont nullement pour résultat d'entraîner la perte de sa première nationalité pour celui qui les accomplit : ce dernier se trouve donc avoir deux patries à la fois. Réciproquement, une loi peut prononcer la perte de la nationalité dans certains cas, alors que cependant celui qui subit cette perte n'acquiert aucune nationalité nouvelle et se trouve ainsi n'avoir plus de patrie.

L'homme sans nationalité est dans une situation anormale et féconde en inconvénients : en fait, il profite partout des droits les plus importants et de la protection sociale, sans supporter nulle part les charges inhérentes à la nationalité, notamment le service militaire. C'est même contre les individus sans nationalité en fait, bien qu'en ayant une en droit, que sont dirigés les dispositions législatives imposant la nationalité aux personnes fixées dans le pays quoique étrangères, et s'exonérant de toutes les charges de national, soit dans le lieu où elles vivent, soit dans leur patrie qu'elles ont abandonnée (Art. 8, n. 3 C. civ., loi du 26 juin 1889).

D'autre part, celui qui a deux nationalités à la fois donne lieu

à des conflits insolubles, quant aux droits et aux charges inhérentes à la nationalité qu'il peut invoquer ou qu'il doit supporter, au point de vue civil ou politique, et quant à la protection gouvernementale ou diplomatique qu'il peut réclamer. Cicéron disait déjà dans le *pro Balbo* : « *Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili, nemo potest* » ; notre code civil repose sur la même idée essentielle (1), et en 1848, M. Crémieux écrivait justement à lord Brougham, demandant à devenir Français tout en restant Anglais : « La France n'admet pas de partage ; pour devenir Français, il faut cesser d'être Anglais ». On trouve cependant le cumul des nationalités admis par quelques pays, par exemple le Danemark, et surtout dans les pays fédérés ou confédérés, notamment en Suisse et en Allemagne (2).

Mais on devrait admettre seulement qu'une personne, tout en gardant sa nationalité, obtînt dans un autre pays des avantages qui la rapprochent des nationaux de cet Etat sans lui en donner la nationalité, comme les droits de bourgeoisie dans certaines localités, l'admission à domicile d'après l'art. 13 C. civ., la *denization* suivant l'*Act* anglais du 12 mai 1870, art. 13.

Par suite de la variété et du défaut d'accord des lois qui régissent les diverses parties de leur territoire, les Etats confédérés ou fédéraux sont plus que les autres exposés au double inconvénient qui vient d'être signalé. Notamment les gens sans patrie étaient très nombreux en Suisse où l'on appelle leur situation le *Heimathlosat*. Un remède a été apporté à cet état de choses par une loi du 3 décembre 1850 qui autorise le pouvoir fédéral à répartir les *heimathlosen* ou gens sans patrie entre les divers cantons suisses. L'Allemagne s'est aussi débarrassée en grande partie du même inconvénient par un accord intervenu entre les Etats qui la composent, à Gotha, le 15 juin 1851 (3). On l'écarterait en tout pays et d'une manière complète, en n'attachant jamais la perte de la nationalité à des faits qui n'ont pas pour résultat d'en faire acquérir une nouvelle aux termes de la loi d'un autre pays. Que la naturalisation acquise dans un Etat entraîne la perte de la première nationalité, rien de mieux ; mais on comprend moins bien que le même effet se produise dans d'autres cas de l'art. 17 C. civ., par exemple à la suite de l'acceptation de fonctions publi-

(1) Treilhard, dans Locré, II, p. 326.

(2) Cogordan, *loc. cit.*, p. 14 ; J. C., 1882, p. 233 ; 1883, p. 531 ; Bluntschli, *loc. cit.*, art. 474 ; Klœppel, J. C., 1891, p. 82 ; Lehr, *R. D. I. P.*, 1880, p. 312.

(3) Bluntschli, *Droit. int. cod.*, § 389 ; Cogordan, *op. cit.*, 2e édit., p. 12.

ques à l'étranger. On pourrait se borner, dans ces cas et autres semblables, à prononcer certaines déchéances, par exemple celle des droits politiques. Les lois de la Révolution, ressuscitant la *media capitis deminutio* des Romains, avaient rejeté sur les autres peuples certains condamnés contrairement aux principes du Droit des gens et à l'intérêt des bonnes relations internationales (Const. de 1791, titre II, art. 6; de 1793, titre II, art. 5 et 6; de l'an VIII, titre II, art. 4) (1). Sans aller aussi loin, le code civil, même depuis la réforme de 1889, fait dériver la perte de la nationalité de circonstances qui n'en attribuent pas une autre, et crée ainsi un grand nombre de *heimathlosen*.

Pour éviter qu'il y ait des individus appartenant à deux pays à la fois, ce qui peut entraîner des conflits très graves, notamment au point de vue du service militaire, il serait bon d'imiter partout la sage disposition des lois suisse du 29 juin 1903, art. 3, et luxembourgeoise du 27 janvier 1878, art. 2. Ces deux lois déclarent en effet que la naturalisation ne sera accordée à un étranger qu'autant que sa situation à l'égard du pays auquel il appartient ne pourra donner lieu à aucun conflit; ce qui suppose qu'il ne conserve plus son ancienne nationalité. La loi anglaise du 12 mai 1870, art. 7, décide que les étrangers, naturalisés Anglais, seront protégés comme Anglais, sauf dans leur pays d'origine, s'ils n'ont pas rempli les conditions voulues pour rompre le lien qui les rattachait à lui. Cette règle, proposée dans le projet qui a abouti à la loi du 26 juin 1889, fut écartée comme empêchant la naturalisation des individus appartenant à des pays qui défendent l'expatriation (Sénat, 3 février 1887, *Journ off.*, 4 février). La loi suisse du 29 juin 1903, art. 7, évite aussi que des individus se trouvent sans patrie, en décidant qu'un sujet suisse ne peut renoncer à sa nationalité qu'en prouvant qu'il en a une autre acquise ou assurée pour lui, sa femme et ses enfants mineurs. Ce résultat n'a été obtenu en France par la loi du 16 décembre 1874 et aujourd'hui par le nouvel art. 8, n. 4 C. civ. modifié par la loi du 26 juin 1889, ainsi que l'art. 19, al. 1, que pour des cas spéciaux qui seront exposés plus loin.

[Dans les cas où les conflits de nationalité ne sont pas écartés par des traités diplomatiques ou par de sages dispositions de droit interne, comme celles de la Suisse et du Luxembourg, ces conflits

(1) Il est vrai que ces textes ne parlent que de la qualité de citoyen, qui peut s'entendre de la perte des droits politiques et non de la nationalité.

sont absolument insolubles et ne peuvent être tranchés par un arbitrage international. La Convention générale d'arbitrage obligatoire signée entre la République-Argentine et l'Italie dans la salle même des séances de la IIe Conférence de la Paix, le 18 septembre 1907, déclare : « Sont expressément soustraites à l'arbitrage les contestations concernant la nationalité des individus » (1).]

114. Indépendamment du double *desideratum* indiqué au numéro précédent, une bonne théorie de la nationalité doit consacrer les deux principes suivants : 1° tout homme a une nationalité en naissant; 2° il peut changer de nationalité. La première règle est commandée par la force même des choses, la seconde est une conséquence de la liberté humaine. Cette liberté doit être respectée comme une conséquence du droit qu'a chaque homme de choisir la situation qui assure son existence, car bien souvent celle-ci, soit d'une façon absolue, soit au point de vue d'une condition meilleure, dépend de l'établissement dans un autre pays et même de l'acquisition de la nationalité de ce pays. C'est encore Cicéron qui, dans le *pro Balbo*, nous donne la formule de ce principe : « *Ne quis invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus* ». En France, d'ailleurs, à la différence de ce qui a lieu dans certains Etats, comme nous le verrons dans la suite, la faculté d'expatriation n'a jamais été refusée, sauf certaines précautions d'intérêt politique ou national qui ont été prises dans les décrets révolutionnaires contre les émigrés, dans le décret du 26 août 1811 aujourd'hui abrogé, et dans l'article 17-1° C. civ. modifié par la loi de 1889.

La nationalité ne s'impose donc pas, soit en tant qu'on doive conserver celle que l'on a, soit en tant qu'on doive prendre celle du pays dans lequel on s'établit. Cependant il arrive bien souvent que, au moins pour la nationalité d'origine, les législateurs des différents pays imposent la leur sans se préoccuper des dispositions contraires des lois étrangères : uniquement guidés par leur intérêt propre, ils déclarent nationaux ceux qui sont nés à l'étranger de parents nationaux, d'après le *jus sanguinis*, et aussi

(1) [Art. 1er *in fine*. V. Lémonon, *La IIe Conférence de la Paix*, J. C., 1908, p. 35 ; *Id., La IIe Conférence de la Paix*, Paris, 1908, p. 364, note 1. — Une commission interministérielle a été instituée au ministère des affaires étrangères en France pour « étudier les voies et moyens de régler les conflits qui existent en matière de nationalité entre la législation française et celle des différents pays ». Décret du 5 mai 1908, *J. off.* du 7 mai 1908 et J. C., 1908, p. 1298.]

ceux qui sont nés sur leur territoire de parents étrangers, d'après le *jus soli* (V. art. 8, n. 1, 3 et 4 C. civ.) (1).

On dit souvent que le lien de la nationalité résulte d'un contrat entre l'individu et l'Etat, d'après lequel le premier promet obéissance aux lois du pays et le second s'engage à protéger celui qui devient son national. Mais c'est là plutôt une explication des conséquences de la nationalité que la raison d'être de celle-ci et de ses effets. Prise au pied de la lettre, la théorie dont il s'agit conduirait à la doctrine du contrat social établie par J.-J. Rousseau, d'après laquelle l'individu se rattacherait volontairement à une société déterminée, en abdiquant une partie de sa liberté pour assurer le fonctionnement de la vie sociale, et obtiendrait, en retour, des avantages que celle-ci lui garantirait. Cette théorie est fausse en soi, comme on le sait, et elle est inadmissible spécialement au point de vue que nous considérons. Comment, en effet, trouver les éléments d'un contrat librement consenti quand il s'agit de la nationalité d'origine attribuée à un enfant qui vient de naître, à moins de recourir, assez arbitrairement, à l'idée d'une confirmation de la nationalité ainsi donnée, résultant du fait que l'intéressé ne l'a pas répudiée plus tard, lorsqu'il est maître de ses actes et de sa situation juridique ? D'ailleurs, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, comme on le prétend, passé entre l'individu et l'Etat, s'explique-t-on qu'il puisse être rompu d'une manière unilatérale, par la seule volonté de l'individu adoptant une nationalité nouvelle ?

La vérité est que la nationalité, avec ses conséquences de soumission aux lois d'un pays de la part de l'individu et de protection de la part de ce pays, provient de la nécessité de l'état social pour l'homme et, par suite, de son rattachement à une société déterminée. Or, si ces mêmes nécessités de la vie humaine commandent quelquefois un changement de société, elles justifient du même coup l'expatriation. D'autre part, l'Etat a le droit, comme institution commandée par la nature et par suite légitime, de se sauvegarder et, pour cela, de régler souverainement l'attribution de la nationalité d'origine en ce qui le concerne, en fixant les cas où les individus, dès leur naissance, seront ou non réputés relever de lui. Il peut également, tout en respectant en principe le droit individuel d'expatriation, en paralyser l'exercice toutes les fois

(1) Riom, 7 août 1835, S., 35. 2. 347 ; Robinet de Cléry, *De la nationalité imposée par un gouvernement étranger*, J. C., 1875, p. 180.

que sa conservation l'exige, par exemple pour empêcher la désertion du service militaire, l'intérêt social l'emportant sur celui des particuliers. On pourrait conclure de cela que, toujours en vue de l'intérêt social, l'Etat peut prononcer la déchéance de sa nationalité pour se débarrasser des sujets indignes ou dangereux, sans se préoccuper du point de savoir s'ils ont acquis une autre nationalité. Mais cette solution logique a le grave inconvénient de créer des individus sans patrie, comme dans certains cas de l'article 17 C. civ.; et il est d'ailleurs possible de sauvegarder suffisamment la société intéressée en se bornant à édicter certaines peines ou certaines déchéances dans les cas dont il s'agit, comme nous l'avons dit plus haut.

115. Au fond, nous l'avons déjà vu, la question de nationalité dépend du droit public interne de chaque pays, et, si elle a un caractère préjudiciel dans nombre de problèmes de conflits de lois, elle ne fait pas partie directement du Droit international privé. Aussi ne l'étudierons-nous qu'au point de vue du Droit français, en nous bornant à signaler les particularités essentielles des lois étrangères quant aux idées générales sur la matière.

En France, remaniée à maintes reprises, la question de la nationalité a été réglée par la loi du 26 juin 1889, bientôt modifiée elle-même par celle du 22 juillet 1893.

Ces lois, dont la seconde est, en grande partie, une atténuation de la première, ont eu pour but de donner une plus grande place à l'application du *jus soli*, et de diminuer autant que possible le nombre des étrangers se perpétuant dans notre pays de génération en génération, profitant des avantages du séjour sur notre territoire tout en esquivant les charges résultant de la nationalité française, spécialement celle du service militaire. Près de 1.200.000 étrangers étaient établis à demeure chez nous, et leur nombre allait sans cesse croissant, au milieu d'une population indigène qui n'augmente que d'une manière insignifiante, si même elle ne diminue pas dans certaines périodes. Il fallait sauver le pays contre cette invasion continue qui pouvait compromettre l'unité nationale à laquelle nous devons notre force, et nous livrer sans défense, au point de vue de la résistance militaire ou économique, aux entreprises de l'étranger. On a compté sur la merveilleuse puissance d'assimilation que possède notre race par rapport à ceux qui sont nés sur son sol et partagent sa vie; au mal de la dépopulation on a voulu opposer le remède de l'incorporation des étrangers à la patrie française. Si l'idée est juste et pratique en

elle-même, nous verrons qu'elle n'a pas toujours été appliquée avec une parfaite logique, ni surtout avec le respect dû aux règles du Droit international.

SECTION PREMIÈRE

ACQUISITION DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS

116. Il faut distinguer l'acquisition de la nationalité française comme nationalité d'origine et par un fait postérieur à la naissance.

§ I. *Nationalité d'origine* (1).

117. Au point de vue législatif on peut choisir entre deux systèmes pour déterminer la nationalité de l'homme à sa naissance; on peut la fixer d'après la filiation, en lui attribuant celle de ses parents; ou bien d'après le lieu de la naissance, en lui donnant la nationalité du pays où il voit le jour.

Le premier système, dit du *jus sanguinis*, a été adopté par les Romains, qui, à l'exemple de tous les peuples de race aryenne, ne voyaient dans l'Etat qu'une extension de la famille, et le faisaient surtout reposer sur la communauté de tradition et de culte existant entre ses membres. Le second (*jus soli*) fut consacré sous la féodalité, qui rattachait tout à la terre, et soumettait à la loi locale quiconque se trouvait sur le territoire régi par elle. Cependant, à la fin de l'ancien régime, les deux principes étaient cumulativement admis, de sorte que l'on était Français, soit parce qu'on était issu de parents qui l'étaient eux-mêmes, soit parce qu'on naissait en France (2). Il en fut de même d'après les diverses constitutions jusqu'au code civil (Const. de 1791, tit. II, art. 2 et 3; de 1793, tit. I, art. 4; de l'an III, tit. II, art. 8 et 10; de l'an VIII, tit. I, art. 2 et 3).

Le *jus sanguinis* a évidemment une supériorité marquée sur le *jus soli*, en ce qu'il fait dépendre la nationalité d'origine d'une circonstance qui permet bien mieux de supposer l'attachement à une patrie que la naissance souvent accidentelle sur le territoire.

(1) V. A. Geouffre de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, 1893; [Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., 1907, chap. II, *La nationalité d'origine*, p. 33-330.]

(2) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. 2, sect. 1, n. 43 et 46. — Arrêt du Parlement de Paris, 12 mars 1707, *Journal des audiences*, V, part. II, liv. VII, p. 21.

C'est par les traditions de famille, par l'influence de l'éducation et aussi par la communauté d'intérêts avec les proches parents, que se forme le sentiment d'amour pour la patrie qui n'est que la famille agrandie. D'autre part, par le *jus soli*, on s'expose à donner une nationalité différente aux parents et aux enfants, ce qui entraîne une foule d'inconvénients et de difficultés. En outre, le pays n'a plus d'action sur ceux qui sont ses nationaux *jure soli* quand ils se fixent à l'étranger ; d'ailleurs, s'ils n'émigrent pas, ils n'offrent pas de bien grandes garanties de fidélité.

Il est bon cependant de tenir compte, dans une certaine mesure, du lieu de la naissance, qui, joint à une manifestation sérieuse d'adopter la nationalité du pays où l'on est né, doit faciliter l'acquisition de cette dernière. On permet ainsi aux étrangers d'acquérir la plénitude des droits dans le pays où ils sont fixés, et l'Etat évite d'être envahi par des étrangers qui se perpétuent de génération en génération, au risque de compromettre l'unité nationale. C'est cette théorie intermédiaire, adoption du *jus sanguinis* avec facilité pour la naturalisation à raison du *jus soli*, qui tend à l'emporter aujourd'hui et qui est particulièrement consacrée en France (art. 9 C. civ., loi du 7 février 1851 et loi du 26 juin 1889).

118. Acquisition par la filiation. — Pour fixer la nationalité d'origine, notre Code s'attachait d'une manière générale à la filiation (art. 10, § 1er) et le nouvel art. 8, n. 1, modifié par la loi de 1889, reproduit la même idée : « Sont Français : 1° Tout individu né d'un Français en France ou à l'étranger ; 2°... » Comme l'ancien droit et bon nombre de lois étrangères, notre législation ne tient pas compte des lois des autres pays qui souvent appliquent le *jus soli* aux enfants des Français nés sur le territoire. De même, elle impose fréquemment, comme nous le verrons plus loin, le *jus soli* aux enfants d'étrangers nés en France, tout en appliquant le *jus sanguinis* aux enfants de Français nés à l'étranger. Le *jus sanguinis* peut même s'appliquer indéfiniment aux descendants de Français nés à l'étranger, depuis que la loi du 26 juin 1889 a abrogé l'art. 17, n. 3 C. civ. qui prévoyait la perte de la nationalité par l'établissement à l'étranger sans esprit de retour.

Dans l'application de la règle du *jus sanguinis*, il faut distinguer entre l'enfant légitime et l'enfant naturel.

119. L'enfant légitime prendra sans difficulté la nationalité de ses père et mère si ceux-ci ont la même, ce qui arrivera le plus souvent. Dans le cas où les parents ont une nationalité différente,

l'enfant prendra celle du père, qui est le chef de la famille et qui, à ce titre, doit transmettre sa condition à ses descendants. Cependant, si le père a une nationalité douteuse et la mère une certaine, l'enfant suivra celle de la mère, car il faut lui en donner une (arg. art. 8, n. 2 C. civ.).

Si la nationalité du père avait subi des changements depuis la conception de l'enfant, les Romains attribuaient à ce dernier la nationalité qu'avait le père au moment de la conception, en se fondant sur ce que c'était à ce moment qu'il lui donnait à la fois la vie et sa condition juridique. Quelques auteurs modernes partagent encore cette manière de voir. — Suivant d'autres, il faudrait se placer au moment de la naissance : auparavant, dit-on, l'enfant n'est pas vivant, il ne constitue pas une personne juridique et il n'y a pas lieu de régler sa condition.

Plus généralement on décide que l'enfant sera Français, pourvu que son père l'ait été à un moment quelconque depuis la conception, par application de l'adage : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Il n'est pas douteux que, pour notre législateur, l'intérêt de l'enfant est d'avoir la nationalité française, et il y a d'autant plus lieu de faire ici l'application de l'adage, que la loi le consacre quand il ne s'agit que d'intérêts pécuniaires, dans les successions et donations (art. 725 et 906 C. civ.).

On peut opposer à cette solution des objections très sérieuses. 1° D'abord, la fiction : *infans conceptus*... n'est établie nulle part ; le législateur en fait simplement deux applications dans les art. 725 et 906 C. civ. ; on n'est donc pas lié par elle comme on le serait par un principe de droit formulé dans la loi ; bien mieux, comme toute fiction, elle est de droit étroit et ne saurait être étendue à des cas pour lesquels le législateur ne l'applique pas (V. par exemple art. 961 C. civ.) ; 2° on s'expose aux plus grandes incertitudes pour fixer la nationalité, car les présomptions relatives à la durée de la gestation (art. 312 et suiv. C. civ.) sont aussi de droit étroit, et ne peuvent pas être invoquées pour autre chose que pour une question de légitimité ; 3° avec la solution dont il s'agit, on donne à l'enfant une nationalité différente de celle de son père quand celui-ci sera devenu étranger avant la naissance ; 4° l'enfant aura deux nationalités si le pays du père applique, comme nous, à son profit, la maxime : *infans conceptus*...

On pourrait d'ailleurs soutenir que la loi elle-même ne s'attache qu'au moment de la naissance, puisqu'elle nous parle d'un enfant

né en France ou à l'étranger d'un parent français (art. 8, n. 1). Mais on prétend écarter cet argument en disant que *né* est pris dans le sens d'*issu* (1).

Quant à l'enfant posthume, il semble bien difficile de lui donner la nationalité du père; il est préférable de lui donner celle de sa mère qui aura autorité sur lui et qui gèrera ses intérêts. Cependant, l'opinion qui l'emporte dans la pratique paraît être que cet enfant a la nationalité de son père décédé (2).

On a bien proposé, mais sans succès, de laisser à l'enfant le droit de choisir, dans tous les cas, à sa majorité, entre la nationalité du père et celle de la mère, ou entre les diverses nationalités que le père a pu avoir depuis la conception. Outre, en effet, que cette manière de procéder est absolument contraire à la tradition romaine qui attribue toujours à l'enfant légitime la nationalité de son père et que le C. civ. a consacrée, elle est aussi de nature à empêcher l'unité dans la famille au point de vue des intérêts moraux et pécuniaires, en favorisant les différences de nationalité entre proches parents. D'ailleurs, si l'on veut tant respecter la liberté de l'enfant dans le choix de sa nationalité, ce qui est le motif allégué à l'appui de cette théorie, il faut aller jusqu'au bout et lui donner la faculté d'option, même quand ses parents ont une nationalité identique; la liberté n'est pas moins respectable en effet dans ce dernier cas.

120. L'enfant naturel suivra, au point de vue de la nationalité, la condition de celui de ses parents qui l'aura reconnu. Si le père et la mère ont fait la reconnaissance, il est logique que l'enfant prenne la nationalité du père qui est investi de la puissance paternelle. Toutefois, la reconnaissance de la part du père étant très facilement attaquable, la jurisprudence n'admet cette solution qu'autant que l'enfant accepte cette reconnaissance, soit formellement, soit tacitement en ne la contestant pas (3). La reconnais-

(1) V. Cass. Belgique, 17 avril 1887, D. P., 88. 2. 9, note de M. de Boeck. — [Dans le même sens, c'est-à-dire en faveur de la détermination de la nationalité d'origine par la date de la naissance de l'enfant, Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* t. I, 1892, n. 224; Rouard de Card, *op. cit.,* p. 48; Geouffre de Lapradelle, *op. cit.;* p. 183; Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., 1906, n. 114; Weiss, *Traité,* t. I, 2e édit., 1907, p. 61-63. La pratique administrative est favorable à cette solution. V. Stemler, J. C., 1890, p. 388. Et l'Institut de droit international, dans sa session de Venise, en 1896, l'a également consacrée. *Ann. de l'Inst.,* 1896, p. 270.]

(2) V. Stemler, J. C., 1890, p. 388.

(3) Cass. Req., 25 juillet 1840, S., 40. 1. 900.

sance de la part de la mère n'étant guère susceptible de contradiction, on éviterait bien des difficultés en donnant toujours à l'enfant naturel la nationalité de sa mère : c'est ce qu'ont décidé la loi allemande du 1er juin 1870, art. 3, et la loi norvégienne du 21 avril 1888, art. 1.

L'acte authentique portant reconnaissance et, de ce fait, étant attributif de nationalité, peut être simplement l'acte d'option fait par un père ou une mère pour eux et leur enfant naturel, en cas d'annexion (1).

La reconnaissance du père peut intervenir après celle de la mère, et l'on décidait généralement que, en pareil cas, l'enfant abandonnait la nationalité de sa mère pour prendre celle de son père, qui avait désormais l'autorité paternelle sur lui et la direction, soit de son éducation, soit de ses intérêts. Mais cette solution n'a pas prévalu dans la loi nouvelle.

La loi du 26 juin 1889 (nouvel article 8, n. 1, alin. 2 du C. civ.) est ainsi conçue : « L'enfant naturel dont la filiation est établie *pendant la minorité*, par reconnaissance ou par jugement, *suit. la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite*. Si elle résulte pour le père ou la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père ». De là il résulte que, sauf le cas où la filiation de l'enfant est reconnue dans un même acte à l'égard de ses deux auteurs, cas dans lequel il suit la condition de son père, l'enfant naturel garde la nationalité de sa mère, lorsque sa filiation est établie d'abord à l'égard de cette dernière, alors même que sa filiation à l'égard d'un père de nationalité différente serait établie plus tard. Mais la loi de 1889 ne parle que de l'enfant naturel dont la filiation est fixée pendant la minorité, parce que, d'après ses autres dispositions que nous exposerons dans la suite, après sa majorité l'enfant naturel né de parents inconnus a sa condition nécessairement fixée au point de vue de la nationalité (nouvel article 8, n. 2). Puis, on ne veut pas que la nationalité fixée pour l'enfant à sa majorité lui soit enlevée malgré lui, avec un effet rétroactif qui bouleverserait sa condition.

La reconnaissance, en effet, étant déclarative d'un fait accompli, doit naturellement produire des conséquences rétroactives : l'enfant prendra la nationalité qu'avait l'auteur qui le reconnaît au moment de la naissance ou de la conception, suivant l'opinion

(1) Trib. Seine, 20 juin 1890, *Le Droit*, 3 juillet 1890.

que l'on adopte sur la détermination de la nationalité d'origine, et non la nationalité que cet auteur aurait adoptée depuis (1).

La loi de 1889 a été modifiée par celle du 23 juillet 1893. Cette dernière a eu pour objet particulier de restreindre l'influence du *jus soli*, auquel la loi de 1889 avait donné une portée excessive en décidant, d'une façon absolue, que tout enfant né en France d'un père ou d'une mère de nationalité étrangère ayant également vu le jour dans notre pays était Français de plein droit, et sans pouvoir décliner la nationalité qui lui était ainsi imposée. En ce qui concerne les enfants naturels, la loi de 1893 introduit la disposition suivante, qui forme le deuxième alinéa de l'art. 8, n. 3 : « L'enfant naturel pourra, aux mêmes conditions que l'enfant légitime, décliner la qualité de Français quand le parent qui est né en France n'est pas celui dont il devrait, aux termes du paragraphe 1er, deuxième alinéa, suivre la nationalité ». — De là il suit que l'enfant naturel, né en France et dont l'un des parents y est né aussi, est Français de plein droit : il l'est irrévocablement, si le parent né dans notre pays est celui qui l'a reconnu le premier, ou si c'est le père quand il est reconnu par ses deux auteurs dans un même acte. Il peut décliner la nationalité française dans l'année qui suit sa majorité, c'est-à-dire jusqu'à vingt-deux ans accomplis, en remplissant les formalités indiquées par l'art. 8, n. 4, quand le parent né en France est celui qui l'a reconnu le dernier.

Malgré la disposition des lois de 1889 et de 1893, si l'auteur qui reconnaît en second lieu l'enfant naturel né en France y est né aussi, c'est la nationalité française qui sera donnée à l'enfant, en vertu de l'art. 8, n. 3 C. civ., qui déclare Français tout individu né en France quand l'un de ses parents y est né également. Ainsi, contrairement à l'art. 8, n. 1, al. 2, l'enfant n'aura pas nécessairement la nationalité de celui des auteurs qui l'aura reconnu le premier.

Il en sera surtout ainsi aujourd'hui que l'attribution de la nationalité française a lieu, que ce soit le père ou la mère qui ait vu le jour en France comme l'enfant (art. 8, n. 3) (2). De là il résulte qu'un étranger né en France peut, malgré l'opposition du gouvernement, même frappé d'un arrêté d'expulsion, s'imposer

(1) Trib. Seine, 3 mai 1888, J. C., 1889, p. 303; Nancy, 25 mars 1890, J. C., 1891, p. 539; Bourges, 15 déc. 1896, J. C., 1897, p. 811.

(2) Cass., 7 déc. 1891, aff. Hess, J. C., 1892, p. 223.

comme Français en se faisant reconnaître, s'il est enfant naturel, par une personne quelconque née en France; il sera, en effet, bien difficile de contester la reconnaissance dans la plupart des cas. Il en résulte encore que, au moins pendant la minorité de l'enfant, la première nationalité provenant de la reconnaissance de l'un de ses auteurs n'est plus immuable, comme le décide l'art. 8, n. 1, alin. 2, puisqu'il deviendra Français si sa filiation est établie par rapport au second auteur né en France comme lui, en vertu de l'art. 8, n. 3.

La question se complique encore s'il y a légitimation, cas que le législateur n'a pas prévu (1). Suivant les uns, malgré la légitimation, l'enfant garderait la nationalité de sa mère qui l'a reconnu en premier lieu et ne prendrait pas celle de son père le reconnaissant et le légitimant ensuite par mariage. Faute de texte spécial sur la question, il faudrait s'en tenir à la disposition générale de l'art. 8, n. 1, alin. 2; car notre loi, à la différence de certaines lois étrangères, comme celle de l'Allemagne du 1er juin 1870, art. 2, n'a pas fait de la légitimation un mode spécial d'attribution de la nationalité (2).

Cependant, à peu près partout, l'enfant légitimé a les mêmss droits que l'enfant légitime, et on en conclut qu'il a, comme ce dernier, la même nationalité que son père (art. 333 C. civ.). Sa condition, à cet égard, se fixe au jour du mariage de ses parents et c'est la nationalité de son père à ce jour qu'il doit prendre. Il va sans dire, d'ailleurs, que le changement de nationalité ne s'opère qu'à compter du mariage qui produit la légitimation et sans effet rétroactif. Toutefois, cet effet de la légitimation n'est possible que pendant la minorité de l'enfant, l'art. 8 n. 1, alin. 2, ne permettant pas que la nationalité de l'enfant soit modifiée après sa majorité, en dehors d'un acte volontaire de sa part.

La différence entre l'enfant naturel simplement reconnu par son père après l'avoir été par sa mère et celui qui est légitimé s'explique, du reste, fort bien. La légitimation est autrement accentuée que la reconnaissance comme manifestation de l'affection du père et comme garantie de l'action qu'il entend exercer sur l'éducation

(1) V. Gruffy, *Nationalité de l'enfant légitimé,* J. C., 1895, p. 982.

(2) Trib. Bourges, 12 nov. 1896, Cour de Bourges, 15 déc. 1896, J. C., 1897, p. 811; [Trib. Boulogne-sur-Mer, 9 mars 1905, J. C., 1905, p. 66, *R. D. I. P.*, 1905, p. 355. V. cep. Douai, 29 juin 1905, S., 1906. 2. 153, note de M. Audinet; D. P., 1905. 2. 425, note de M. P. Binet; J. C., 1905, p. 1252; *R. D. I. P.*, 1905, p. 891.]

de l'enfant. Le passé est complètement réparé et l'enfant doit être traité, au moins pour l'avenir, comme un enfant légitime.

Observons qu'il n'en peut être ainsi que pour la légitimation par mariage subséquent. Nous verrons que celle qui s'obtient par décision de l'autorité, notamment par rescrit du prince, ne peut s'appliquer qu'aux parents et enfants également nationaux du pays où elle est admise : ce genre de légitimation ne saurait changer la nationalité d'un enfant même mineur, en lui attribuant celle de son père.

Remarquons enfin que l'effet de la légitimation par mariage peut être paralysé par suite du droit acquis à l'enfant de conserver son ancienne nationalité : tel sera le cas pour un enfant né en France d'une mère étrangère ou Française née aussi dans notre pays; la Chancellerie a décidé, le 22 avril 1895, que la nationalité française est pour lui un droit acquis et intangible, malgré la légitimation ultérieure par un père étranger.

L'enfant adultérin désavoué par son père n'a plus de filiation certaine que du côté de sa mère; il prendra la nationalité de celle-ci. Pour l'enfant incestueux, on admet que l'acte de mariage de ses parents, joint à celui de sa naissance, lui constitue une filiation certaine du côté paternel et maternel, et l'on déterminera sa nationalité comme on le fait pour les enfants naturels reconnus. Si le mariage est putatif, l'enfant est traité comme un enfant légitime et suit la nationalité de son père (art. 201, 202 C. civ.).

121. Le principe de la filiation ou *jus sanguinis* conduit à une difficulté qui, de prime abord, paraît insurmontable, pour établir la nationalité d'origine. Il semble, en effet, qu'on ne prouvera sa qualité de Français qu'en démontrant que l'on est issu de parents qui l'étaient eux-mêmes, qui, par conséquent, sont nés aussi de parents Français, et ainsi de suite en remontant à l'infini. Mais, en fait, il suffira d'établir qu'on a eu un aïeul né en France avant la promulgation du code; en vertu du *jus soli* alors en vigueur, cet aïeul était Français de plein droit, et l'on n'a pas besoin de remonter plus haut que lui.

D'ailleurs, il est admis en doctrine et en jurisprudence, par argument d'analogie tiré des art. 197, 320 et 321 C. civ. relatifs aux contestations d'état, que la nationalité peut s'établir par présomption, en prouvant la possession d'état de Français pour soi-même, pour son père et ses autres ascendants paternels actuellement vivants. Les juges auront, en pareil cas, un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la valeur de cette possession d'état. La

difficulté, au surplus, est aujourd'hui bien diminuée par la loi du 7 février 1851, qui déclare Français tout individu né en France d'un étranger qui y est né lui-même, et par la loi de 1889 (nouvel art. 8, n. 3 et 4, et nouvel art. 9).

122. Les diverses législations sont loin d'être d'accord sur la manière de déterminer la nationalité d'origine, et leurs divergences sur ce point conduisent souvent à des conflits.

L'Angleterre, dont la législation repose encore sur les principes juridiques admis durant la féodalité, s'en tenait, jusqu'à ces derniers temps, au système du *jus soli*. Mais l'*Act* du 12 mai 1870, sur la condition légale des étrangers et des sujets britanniques, décide, dans son art. 4, que l'individu né à l'étranger de parents Anglais est Anglais lui-même. D'autre part, celui qui naît en Angleterre et qui, à sa naissance, est regardé en pays étranger comme national de ce dernier pays peut, à sa majorité, répudier la nationalité anglaise qui lui est attribuée *jure soli* et opter pour la nationalité étrangère ; réciproquement, celui qui est né à l'étranger de parents anglais peut opter pour la nationalité du pays où il est né. En Portugal, on suit une règle semblable (art. 18 du C. civ.); les parents étrangers peuvent même opter pour leur propre nationalité au nom de leur fils mineur né en Portugal. De même en Bulgarie, celui qui est né dans le pays est national, sauf à opter pour la nationalité de ses parents (loi 26 février 1883, art. 15).

En Allemagne (loi du 1er juin 1870, art. 2), en Suisse (loi du 29 juin 1903, sauf art. 5 et 14) en Autriche-Hongrie (code civil d'Autriche de 1811, art. 18; loi hongroise du 24 décembre 1879, art. 2) et en Roumanie (Suliotis, J. C., 1887, p. 432), on ne tient compte que de la filiation, sans favoriser l'obtention de la qualité de national à raison de la naissance sur le territoire.

Le code italien de 1866 consacre aussi le principe du *jus sanguinis* (art. 4 et 8) ; mais le fait qu'un étranger est né sur le territoire italien a son influence : celui qui naît en Italie d'un étranger qui y est établi depuis plus de dix ans est Italien de plein droit, sauf à opter pour la nationalité de ses parents au moment de sa majorité. Si les parents sont établis en Italie depuis moins de dix ans, l'enfant demeure étranger, mais il a la faculté d'opter pour l'Italie à sa majorité.

La Belgique est régie par notre code civil. (V. aussi lois des 15 août 1881, 16 juillet 1889, 25 mars 1894. *Ann. législ. étrang.*, 1882, p. 453 ; 1890, p. 513 ; 1895, p. 484).

La plupart des Etats de l'Amérique latine, à l'exception du

Mexique, de Costa-Rica, du San-Salvador et du Brésil (*Ann. législ. étrang.*, 1877, p. 837), qui accordent une certaine influence au *jus sanguinis*, s'en tiennent au principe du *jus soli* : c'est que ces pays ne se peuplent guère que par l'immigration et doivent, dans la crainte d'être débordés, imposer la qualité de nationaux à tous les descendants de ceux qui sont venus se fixer sur leur sol. Les enfants des Français établis dans l'Amérique du Sud étant Français en vertu de l'art. 8 C. civ., et revendiqués comme nationaux par les Etats américains, il en est résulté des conflits, spécialement pour l'obligation du service militaire. Ces difficultés n'ont pas encore été tranchées par des traités.

Aux Etats-Unis, la jurisprudence semble bien maintenir le *jus soli*, conformément à l'ancien droit britannique, à l'égard de tous ceux qui naissent sur le territoire, excepté les enfants des agents diplomatiques étrangers. Mais ceux qui naissent à l'étranger de parents américains restent Américains, sauf si le pays où ils sont nés les réclame comme nationaux (V. J. C., 1889, p. 904). Cependant des publicistes des Etats-Unis présentent le *jus soli* comme supprimé dans leur pays (V. Porter-Morse, J. C , 1887, p. 32) (1).

En Espagne, sans admettre exclusivement le *jus soli*, on permet cependant à tout individu né sur le territoire de devenir facilement Espagnol par une manifestation de volonté de sa part (code civil de 1889, art. 17, 18, 19). Nous avons déjà vu comment la question du service militaire a été réglée entre la France et l'Espagne, malgré les conflits de nationalité, par la convention consulaire du 7 janvier 1862, art. 5 (V. n. 112). Ajoutons que les Espagnols nés en France et qui y sont domiciliés à leur majorité sont aujourd'hui Français, d'après l'art. 8, n. 4 C. civ., s'ils n'optent pas pour l'Espagne dans le courant de leur vingt-deuxième année. Or, on ne les appelle au service, comme les autres étrangers dans ce cas, qu'après l'âge de 22 ans accomplis et s'ils n'ont pas opté pour leur patrie d'origine, c'est-à-dire lorsqu'ils sont réputés Français au point de vue de notre loi. Aussi, dans ce cas, la convention de 1862, en tant qu'elle incorpore dans l'armée des jeunes gens restés Espagnols, ne s'applique qu'à ceux qui avaient 21 ans lors de la promulgation de la loi de 1889, qui a modifié l'art. 8 C. civ., et

(1) En vertu du 14e amendement à la Constitution, sont citoyens américains tous ceux qui naissent aux Etats-Unis, quelle que soit la nationalité des parents : Cour suprême des Etats-Unis, 28 mars 1898, J. C., 1900, p. 1015, avec indication des divergences sur l'interprétation de ce texte.

qui avaient échappé au service militaire en Espagne comme en France.

On trouve enfin le système français de la filiation, combiné avec la facilité de naturalisation pour ceux qui sont nés sur le territoire (art. 9 et 10 C. civ.), dans le Luxembourg (loi du 27 janvier 1878, *Ann. législ. étrang.*, 1879, p. 548); à Monaco (ordonnance du 1er juin 1900, *Ann. législ. étrang.*, 1901, p. 293); en Russie (ukase du 6 mars 1864, art. 12); en Turquie (loi du 19 janvier 1869, art. 2); en Suède (loi du 1er octobre 1894, *Ann. législ. étrang.*, 1895, p. 765); en Grèce (code civil, art. 14, 17, 19). Le *jus sanguinis* domine en Norvège (loi du 21 avril 1888, art. 1, *Ann. législ. étrang.*, 1889, p. 756); en Danemark (J. C., 1883, p. 213, et loi du 17 mars 1898, J. C., 1898, p. 614). Aux Pays-Bas, on admet le *jus sanguinis*, mais le *jus soli* l'emporte quand les parents sont établis dans le pays (lois 29 juillet 1850 et 12 décembre 1892, art. 1 et 2, *Ann. législ. étrang.*, 1893, p. 497) (1).

Deux exemples suffiront pour donner une idée des difficultés auxquelles peut donner lieu cette variété des législations sur notre matière.

En vertu de l'*Act* anglais de 1870 précité, celui qui naît en Angleterre de parents français est Anglais, sauf à opter pour la France à sa majorité. Mais, aux yeux de notre législateur, il ne cesse jamais d'être Français depuis sa naissance; de telle sorte que, jusqu'à son option prescrite par la loi anglaise, il sera Français en France et Anglais en Angleterre. De là mille difficultés pour l'extradition, le recrutement et la fixation du statut personnel.

Le conflit est même possible entre deux législations identiques. Un enfant naît en Belgique de parents français : il est Français dans les deux pays et devra donc satisfaire en France, dans le cours de sa vingt et unième année, à la conscription. Mais, aux termes de l'art. 9 C. civ. en vigueur aussi en Belgique, il peut, à sa majorité, opter pour la nationalité belge et devoir le service militaire à sa nouvelle patrie. Cette option de l'art. 9 permettant bien en France à un étranger de devenir Français, mais n'étant pas reconnue comme un moyen de devenir étranger, il s'ensuivra un conflit insoluble entre les deux législations (2). Aujourd'hui,

(1) [La loi du 12 décembre 1892, concernant la qualité de Néerlandais et l'indigénat a remplacé le second titre du livre Ier du Code civil, ainsi que la loi du 20 juillet 1850. V. Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., 1907, p. 301-302.]

(2) Cass., 3 août 1871, S., 71. 1. 200; Douai, 14 déc. 1881, J. C., 1882, p. 416.

cette difficulté est écartée par le nouvel art. 17, n. 1 C. civ., d'après lequel la nationalité française est perdue, non seulement par la naturalisation en pays étranger, mais encore par le fait d'acquérir la nationalité étrangère par l'effet de la loi et sur sa demande; ce qui est le cas du Français invoquant en Belgique l'art. 9 du code civil (1). Mais il subsistait toujours des difficultés entre la France et la Belgique au point de vue de l'appel sous les drapeaux des individus nés en Belgique de parents français ou réciproquement.

La convention du 30 juillet 1891, dont nous avons déjà vu la portée générale, a été conclue pour y mettre fin (V. n. 112). En voici les dispositions essentielles.

Ne sont inscrits qu'à 22 ans pour le recrutement militaire en Belgique et lorsque leur situation est fixée au point de vue de la nationalité d'après la loi française : 1° ceux qui, nés en France de parents belges, peuvent être Français d'après l'art. 8, n. 4 C. civ.; 2° ceux qui peuvent invoquer l'art. 9, alin. 1; 3° ceux qui sont nés d'un Belge naturalisé Français pendant leur minorité, ou d'un Belge ancien Français, réintégré dans sa nationalité pendant leur minorité, d'après les art. 12, alin. 3, et 18.

Même règle en France : 1° pour ceux nés en Belgique d'un Français et pouvant invoquer, pour devenir Belges, l'art. 9 du code Napoléon; 2° pour ceux qui sont nés d'un Français naturalisé Belge pendant leur minorité et qui peuvent réclamer la nationalité belge d'après la loi du 6 août 1881, art. 4, alin. 1; 3° pour ceux qui peuvent décliner la nationalité française, d'après les art. 8, n. 4; 12, alin. 3; 18 du C. civ. français, à moins que, pendant leur minorité, ils n'aient renoncé à ce droit d'après l'art. 11 du décret du 13 août 1889.

Ceux qui changent de nationalité pendant leur minorité ou dans l'année qui suit leur majorité ne doivent le service militaire que dans leur nouvelle patrie.

(1) [Toutefois cette disposition du nouvel art. 17, n. 1 C. civ. n'aurait toute son efficacité que si la loi militaire avait consenti à retarder jusqu'à la fin de l'année qui suivra la majorité du fils de Français né hors de nos frontières, le moment de l'appel sous les drapeaux; autrement l'option qu'il a droit de formuler pour une nationalité étrangère serait impuissante à l'affranchir du service auquel il a été assujetti dès l'expiration de sa vingtième année. La loi du 21 mars 1905 sur le recrutement gardant le silence sur ce point, la convention franco-belge conserve son application et le gouvernement français peut être amené à conclure des conventions analogues. Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., 1907, p. 324-325.]

La Belgique consent à ne pas astreindre au service militaire chez elle ceux qui sont nés en France d'un père ou d'une mère de nationalité belge également nés dans notre pays, en acceptant, sur ce point, l'effet de l'art. 8, n. 3 de notre C. civ. Mais la question de nationalité reste entière, en pareil cas, aux yeux de la Belgique, qui, comme nous l'avons déjà vu (V. n. 112, 2°), ne reconnaît pas pour cela que les individus en question soient Français, conformément à la disposition nouvelle introduite par notre loi de 1889.

Les enfants des agents diplomatiques ou des consuls de carrière nés en France ou en Belgique ne subissent pas l'effet du *jus soli* et gardent toujours la nationalité de leur père, à moins qu'ils ne réclament celle du pays où ils sont nés, d'après les lois de ce même pays.

Ne sont pas de nationalité indéterminée d'après la loi belge du 3 juin 1879, art. 7, ceux qui produisent un certificat de l'agent diplomatique de la France attestant qu'ils sont Français.

Les deux pays prennent l'engagement réciproque de se communiquer les actes reçus par leurs autorités respectives dans les cas ci-dessus visés et de se signaler les individus qui se soustraient au service militaire, en invoquant la nationalité belge en France ou réciproquement. La convention est conclue pour cinq ans avec tacite reconduction, à moins de dénonciation un an avant son expiration (').

(') [Pour le texte de cette convention, v. *J. off.* du 1er janv. 1892. Cons. les exposés de motifs et les rapports soumis au Parlement belge et au Parlement français à l'occasion de cette convention dans A. D., 2e série, t. IV, p. 5 et suiv., et l'étude approfondie de M. Lainé, *Bulletin de la Société de législ. comp.*, 1892, p. 229 et s. — En 1907, 248 options belges ont été faites en vertu des art. 1 et 2 de la convention franco-belge du 30 juillet 1891. Rapport présenté au Garde des sceaux par M. Lecherbonnier, conseiller d'Etat, directeur des affaires civiles et du sceau, sur les résultats de l'application, pendant l'année 1907, des dispositions du Code civil relatives à la nationalité et à la naturalisation. *J. off.* du 16 mars 1908, p. 1919. — Il existe aussi une convention franco-suisse du 23 juillet 1879 : en vertu des art. 1 et 2 de cette convention, 184 individus, dont les parents Français d'origine se sont fait naturaliser Suisses et qui étaient mineurs au moment de cette naturalisation, ont en 1907 répudié, au cours de leur vingt-deuxième année, la nationalité française qui leur appartenait et ont opté pour la nationalité suisse. Même rapport, *loc. cit.* — Au point de vue du service militaire, les conventions franco suisse et franco-belge diffèrent jusqu'au moment où ils ont accompli leur vingt-deuxième année l'inscription sur les tableaux du recrutement des jeunes gens résidant en Suisse ou en Belgique. Et ces jeunes gens, sous l'empire de la loi du recrutement du 15 juillet 1889, suivaient non point leur classe de recrutement, mais leur classe

123. Nationalité d'origine jure soli. — Tout en consacrant le principe du *jus sanguinis* (ancien art. 10), le code civil facilitait l'acquisition de la nationalité française à ceux qui étaient nés en France de parents étrangers (ancien art. 9). Mais, du jour où les principales dispositions défavorables aux étrangers eurent disparu, les art. 726 et 912 C. civ. par la loi du 14 juillet 1819 et la contrainte par corps par la loi de 1867, on n'eut plus guère d'intérêt à user de l'art. 9 C. civ. pour devenir Français quand on était établi sur notre territoire. Il en résulta que les étrangers, profitant des avantages du séjour en France et évitant les charges attachées à notre nationalité, se multiplièrent d'une façon inquiétante. D'autre part, ceux qui étaient nés et établis en France perdaient souvent, par ce fait, leur nationalité d'origine d'après la loi de leur pays, sans d'ailleurs acquérir celle de la France : de là un grand nombre d'individus sans patrie. On essaya bien de remédier à cet inconvénient en imaginant la théorie de l'*incolat* due au jurisconsulte Proudhon. D'après cette théorie, auraient été traités comme Français les individus nés en France de parents qui s'y étaient établis ou qui n'avaient plus de nationalité ; mais le texte formel des art. 9 et 10 C. civ., fixant les conditions auxquelles on pouvait être Français, ne permettait pas d'adopter cette solution qui ne prévalut pas. C'est alors que la loi du 7 février 1851 déclara Français ceux qui naissaient en France de parents étrangers également nés dans notre pays, sauf la condition résolutoire, avec effet rétroactif, d'option pour la nationalité de leurs parents dans l'année qui suivait leur majorité. Plus tard, la loi du 16 décembre 1874 organisa, pour les individus placés dans le même cas, la faculté d'option anticipée en faveur de la

d'âge, de sorte qu'en réalité ils n'avaient plus qu'une année à passer sous les drapeaux. Cet avantage, concédé à ceux de nos nationaux habitant ces deux pays, a été supprimé par la nouvelle loi sur le recrutement du 21 mars 1905 : aux termes de l'art. 12, lorsque l'inscription d'un jeune homme sur le tableau du recrutement a été différée par application de conventions internationales, la durée obligatoire du service actif ne subit aucune réduction, sauf cette seule réserve que le service actif ne se prolongera pas au delà de vingt-sept ans, tempérament qui ne recevra guère d'application, les conventions dont il s'agit n'ayant pas pour effet de retarder l'incorporation dans une telle mesure. Ce changement législatif a soulevé les plus vives protestations de la part de toutes les chambres de commerce françaises à l'étranger, et notamment de celle d'Anvers : n'en résultera-t-il pas une tendance plus générale à profiter des facilités offertes pour acquérir la nationalité étrangère, et n'allons-nous pas perdre ainsi un nombre considérable de nos nationaux? Dejamme, J. C., 1905, p. 884-885.]

nationalité française pendant leur minorité, en ajoutant comme condition nouvelle, pour éviter de créer des individus sans patrie, que quiconque voudrait opter pour la nationalité étrangère de ses parents, dans le cas prévu par la loi de 1851, devrait produire un certificat des autorités compétentes du pays étranger établissant qu'il y avait conservé la nationalité.

Toutes ces lois produisirent peu d'effet : aussi la situation devint-elle grave, surtout quand le service militaire fut obligatoire pour tous les Français depuis 1872. De cette préoccupation est née la loi du 26 juin 1889, qui a eu surtout pour objet d'augmenter l'influence du *jus soli*. Elle a été restreinte, à cet égard, et complétée à d'autres points de vue, par celle du 22 juillet 1893.

124. Pour comprendre la portée du *jus soli* dans notre législation, il faut d'abord préciser ce que l'on entend par un étranger *né sur le territoire français*.

Il importe peu que la naissance dans notre pays soit accidentelle et ait lieu, par exemple, dans le cours d'un voyage que la mère fait en France. Mais il faut qu'il y ait naissance sur le territoire, la loi parlant toujours de l'enfant *né* en France : la simple conception ne suffirait donc pas (1). Le territoire s'entend d'ailleurs des colonies comme de la métropole, d'autant mieux que les dispositions de la loi de 1889 sont étendues à l'Algérie, à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion, par l'art. 2, et aux autres colonies par le décret du 7 février 1897, en exécution de l'art. 5, 1°, de la loi (2). C'est au contraire une erreur d'assimiler au territoire national celui des pays protégés par la France qui gardent leur personnalité juridique comme Etats et leur souveraineté propre sur leur domaine. Aussi peut-on considérer comme inconstitutionnels les décrets du 29 juillet 1887 qui ont étendu à la Tunisie et à l'Annam des procédés de naturalisation que la loi n'autorise que

(1) Cass. Req., 15 juillet 1840, S., 40. 1. 900.

(2) [Pour les autres colonies, le décret du 7 février 1897 a remplacé l'art. 9 nouveau du Code civil par une disposition suivant laquelle « tout individu né *aux colonies d'un étranger et qui y réside* peut, sur sa demande formée dans l'année de sa majorité, être naturalisé par décret ». Le seul avantage que le fils d'étranger doive désormais à sa naissance sur un territoire colonial français, c'est donc d'être dispensé, s'il y a établi sa résidence et s'il demande sa naturalisation dans l'année de sa majorité, du stage imposé aux autres étrangers. Audinet, J. C., 1898, p. 38; Weiss, *Traité*, I, 2e édit., 1907, p. 91-92. — Sur l'application pure et simple de l'art. 9 à l'Algérie, Cass., 9 déc. 1902, J. C., 1903, p. 856].

pour les colonies formant seules des dépendances du territoire français (1).

Conformément à la règle de Droit international universellement admise, il faudra considérer comme territoire français les navires de commerce portant notre pavillon, tant qu'ils sont dans les eaux territoriales de notre pays ou en pleine mer, mais non dès qu'ils seront entrés dans les eaux territoriales étrangères. Les navires de guerre, au contraire, en quelque lieu qu'ils se trouvent, sont assimilés au territoire national. Il en est de même pour les paquebots-poste, quand des conventions spéciales leur donnent la même condition internationale qu'aux bâtiments de la marine militaire (V. conv. de la France avec l'Angleterre, 3 avril 1843, art. 7; l'Italie, 3 mars 1869, art. 6, etc...). Il faut, du reste, reconnaître que la conséquence logique de la règle admise pour les navires, à savoir que les enfants nés à leur bord dans les cas que nous venons d'indiquer sont réputés nés en France, peut être critiquée, car le hasard de la naissance sur un navire français ne prouve pas grand'chose au point de vue de l'attribution de la nationalité.

L'hôtel des agents diplomatiques est inviolable et on dit habituellement qu'il est couvert par la fiction *d'exterritorialité*, en vertu de laquelle il serait réputé situé dans le pays que représente l'agent diplomatique : on en pourrait conclure que l'enfant né dans l'hôtel d'un représentant de puissance étrangère en France ne doit pas être considéré comme né sur le sol français.

Mais l'*exterritorialité* n'est consacrée par aucun texte ni par aucune règle du Droit international; ce n'est qu'une explication donnée par les auteurs, depuis Grotius, pour rendre compte des privilèges et immunités reconnus par les usages internationaux aux agents diplomatiques. Si c'était un principe de droit, on en devrait tirer toutes les conséquences logiques, notamment celle que nous avons signalée quant aux enfants nés dans l'hôtel d'une légation étrangère. Mais ce n'est qu'une fiction, et en supposant même qu'elle fût consacrée par le Droit international, au lieu d'être une simple théorie imaginée par les auteurs, on ne devrait en déduire que les conséquences en harmonie avec le but qu'on se propose; or, ce but est d'assurer l'inviolabilité personnelle et

(1) Despagnet, *Essai sur les protectorats*, 1896, p. 315; *Le rôle du Conseil d'Etat dans la naturalisation*, Revue du droit public et de la science politique, 1894, p. 113; [Aubry et Rau, 5e édit., t. I, § 69, p. 358, note 35; Rouard de Card, *op. cit.*, p. 63; Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., p. 92.]

la liberté d'action des représentants des Etats, et on ne voit pas en quoi ce double objet serait atteint en décidant, contre la matérialité des faits, que ceux qui naissent dans un pays, à l'hôtel de la légation, sont réputés nés sur le territoire d'un autre Etat. Aussi n'y a-t-il pas à tenir compte d'une assertion contraire émise par le rapporteur de la loi du 22 juillet 1893 et qu'aucun texte ne confirme. — Cependant des législations peuvent admettre la fiction d'exterritorialité au point de vue qui nous occupe; telle est la loi argentine du 1er octobre 1869. La convention franco-belge du 30 juillet 1891, art. 5, va plus loin pour atténuer les effets du *jus soli*. En dehors de toute considération tirée de la fiction d'exterritorialité, elle décide, en effet, que les enfants nés en France ou en Belgique d'agents diplomatiques de l'un des deux pays auprès de l'autre, ou même de *consuls de carrière* (pour lesquels la fiction n'est même pas admise), dans l'hôtel de la légation ou du consulat, *ou au dehors*, ne seront pas assujettis aux dispositions de la loi locale quant au *jus soli*, à moins qu'ils ne demandent l'application de cette loi.

N'est pas réputé né en France celui qui voit le jour dans un pays incorporé à la France après sa naissance; le prétendu effet rétroactif attribué à l'annexion et en vertu duquel le territoire acquis serait considéré comme ayant été toujours français, ne repose ni sur un texte ni sur un principe du Droit international. Par suite du défaut de rétroactivité de l'annexion, il faut, en sens inverse, considérer comme né en France celui qui est né sur un territoire incorporé au nôtre et qui en est plus tard séparé. Ces solutions s'appliqueront, qu'il s'agisse d'apprécier la nationalité d'un individu comme né en France (art. 8, n. 4 et art. 9), ou comme né de parents qui y sont eux-mêmes nés (art. 8, n. 3), ou comme issu d'ex-Français (art. 10 C. civ.) (1).

125. L'influence du *jus soli* pour déterminer la nationalité d'origine se manifeste dans trois cas : 1° enfants nés en France

(1) V. Lettre du garde des sceaux du 17 nov. 1876, J. C., 1877, p. 101. Cpr. Cass., 7 déc. 1883, D. P., 84. 1. 209; 8 avril 1891, J. C., 1892, p. 463; Douai, 3 juill. 1889, S., 90. 2. 229; Cass., 25 fév. 1890, *Le Droit*, 1er mars 1890; Cass., 19 avril 1893, J. C., 1893, p. 883; Cass., 20 mai 1895, *ibid.*, 1896, p. 162. — Pour la rétroactivité : Nice, 7 avril 1900, *Gaz. Trib.*, 13 mai; ancienne jurisprudence de la cour de Cass., 3 août 1871, D. P., 71. 1. 242; 19 août 1874, D. P., 75. 1. 151; 26 mars 1877, D. P., 77. 1. 202. — Après avoir admis la rétroactivité (2 déc. 1898), affaire Chiobasso, J. C., 1900, p. 801), la cour d'Aix l'a rejetée le 27 juin 1900, J. C., 1902, p. 343. — V. Conseil d'Etat, 23 juil. 1897, J. C., 1899, p. 800. — [Cpr. Cass. civ., 17 février 1903, J. C., 1904, p. 170.]

de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue; 2° enfants nés en France de parents étrangers dont l'un y est né aussi; 3° enfants nés en France d'étrangers qui n'y sont pas nés, et qui ont leur domicile dans notre pays à leur majorité.

126. Il y a toute vraisemblance que les enfants nés en France de parents inconnus ou dont la nationalité ne peut être déterminée sont issus de parents français. Aussi l'attribution de la nationalité française en pareil cas est-elle moins une application du *jus soli* que le résultat d'une présomption en faveur du *jus sanguinis*. Voilà pourquoi le décret du 4 juillet 1793 déclarait déjà ces personnes : « enfants de la patrie », et celui du 19 janvier 1811 les appelait sous les drapeaux. La jurisprudence suivit ces errements, et la loi du 26 juin 1889 (nouvel art. 8, n. 2) les a confirmés en déclarant Français les enfants dont il s'agit (1).

127. La disposition relative aux individus nés en France de parents étrangers qui eux-mêmes y sont nés est la plus caractéristique de la loi de 1889 : ce sont ces étrangers que l'on a surtout visés pour leur imposer la nationalité française *jure soli*, alors que, en fait, ils sont ou paraissent être définitivement fixés sur notre territoire. Tandis que la loi des 7-12 février 1851 les déclarait Français, sauf le droit pour eux d'opter en faveur de la nationalité de leurs parents dans l'année suivant leur majorité, le nouvel art. 8, n. 3 C. civ. leur donnait d'une manière irrévocable et sans option possible la nationalité de notre pays. La solution était d'autant plus radicale que la jurisprudence, interprétant le nouveau texte comme la loi de 1851, d'ailleurs conçue en termes identiques, ne distinguait pas suivant que c'était le père ou la mère qui était né en France, et déclarait toujours l'enfant Français (2).

Les critiques n'ont pas manqué à la nouvelle disposition, surtout en raison de l'application si large qui lui était donnée. Le législateur a supposé que la naissance de deux générations successives sur le territoire français est la preuve d'un établissement permanent dans notre pays, qui indique un attachement sérieux à notre patrie ou, tout au moins, suffit pour justifier l'incorporation des étrangers qui voudraient s'installer chez nous en profitant de nos institutions, sans supporter les charges les plus

(1) Est Français l'individu né en France de parents qui ne l'ont pas reconnu, alors même que l'acte de naissance le porte né d'une mère étrangère, si, en réalité, elle ne l'a pas reconnu (Aix, 4 juin 1896, J. C., 1899, p. 153).

(2) Cass. Req., 7 déc. 1891, S., 92. 1. 81; Cass., 12 avril 1892, J. C., 1892, p. 1170.

importantes qui en sont le corollaire équitable et rationnel. Mais cette supposition est bien téméraire dans son extrême généralité : bien souvent la naissance de deux générations successives en France est l'effet d'un simple hasard, tandis que la famille où ce cas s'est produit est fixée à l'étranger et est probablement très attachée à sa patrie. Le rapporteur de la loi de 1893 a pu citer au Sénat l'exemple d'un personnage étranger, né par hasard en France, qui dut précipitamment quitter notre pays au moment des couches de sa femme, pour éviter que son enfant ne devînt irrévocablement Français d'après le nouvel art. 8, n. 3 du code civil, et celui d'un autre étranger, placé dans la même condition, qui dut, dans le même but, s'abstenir d'envoyer sa femme à Paris, où il aurait voulu lui procurer les soins de nos grands praticiens à l'époque de sa délivrance (1).

L'application du *jus soli*, d'après la loi de 1889, conduit souvent à rendre Français des individus qui, non seulement n'ont aucun lien d'intérêt ni de sympathie avec notre pays, mais encore seront incorporés à notre nation malgré eux, peut-être à leur insu s'ils ignorent la loi française, et restent fixés à l'étranger. Si, dans un voyage, ils viennent en France, on leur opposera la nationalité qui leur est imposée et on les traitera comme des insoumis; s'ils sont incorporés dans l'armée du pays qu'ils habitent et où on les considère comme nationaux en leur qualité d'enfants de nationaux, ils pourront tomber sous le coup de l'article 75 du code pénal au cas où ils seraient appelés à combattre la France! Ces résultats choquants sont d'autant plus à redouter que l'établissement à l'étranger sans esprit de retour n'entraînant plus la perte de la nationalité d'après le nouvel article 17, des générations françaises pourront ainsi se perpétuer indéfiniment à l'étranger; de plus, la plupart des lois étrangères donnent au *jus sanguinis* une influence principale, de sorte que les enfants, quoique nés en France de parents étrangers qui eux-mêmes y sont nés, sont réputés nationaux du pays de leurs parents d'après la loi étrangère : ils auront ainsi deux nationalités, puisque la France les réclame en vertu de l'art. 8, n. 3 C. civ. Il est vrai que notre législateur moderne ne s'est guère préoccupé de tenir compte des lois étrangères et d'éviter ainsi ce fâcheux résultat que des individus peuvent avoir deux nationalités ou n'en avoir aucune; mais cette

(1) [Thézard, Rapport au Sénat, session de 1893. Annexes au procès-verbal de la séance du 29 juin 1893, n. 236, p. 77.]

façon de procéder est d'autant moins acceptable dans le cas que nous considérons, que la France, conformément à l'art. 8, n. 1 C. civ., regardera comme Français les individus nés à l'étranger d'un Français qui y est né lui-même : toute juste réciprocité est ainsi refusée.

On voit même que, dans la convention du 30 juillet 1891, art. 4, la Belgique a consenti à ne pas réclamer pour le service militaire les enfants de Belges nés en France quand leurs parents y sont nés eux-mêmes, sans que la France ait fait la même concession pour le cas où deux générations de Français sont nés successivement en Belgique. Mais il est fort douteux qu'un pays puissant et ayant des préoccupations au point de vue de sa population ou de son recrutement militaire manifeste une pareille condescendance.

Les critiques que nous venons de résumer ont une égale portée, que l'on impose la nationalité à celui qui est né en France d'un père étranger qui y est né lui-même, ou à celui qui est né sur notre territoire d'une mère étrangère qui également y a vu le jour : logiquement, on aurait dû, par conséquent, ne plus imposer la qualité de Français ni dans un cas ni dans l'autre, et revenir au système de la loi de 1851 qui permettait la répudiation de notre nationalité dans l'année suivant la majorité. Mais cette réforme n'a été réalisée qu'en partie par la loi du 22 juillet 1893 qui modifie comme suit l'art. 8, n. 3 C. civ. : *Est Français...* 3° *Tout individu né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même né, sauf la faculté pour lui, si c'est la mère qui est née en France, de décliner dans l'année qui suivra sa majorité la qualité de Français en se conformant aux dispositions du paragraphe 4 ci-après.*

De ce texte résultent plusieurs conséquences.

1° Que ce soit le père ou la mère qui ait vu le jour en France, l'enfant né dans notre pays est Français : la question, discutable à la rigueur sous la loi de 1851 et de 1889, ne l'est plus maintenant en présence du nouvel art. 8, n. 3, qui a reçu la même rédaction que l'art. 10, modifié par la loi de 1889.

2° Si c'est le père qui est né en France, l'enfant est *irrévocablement* Français lorsqu'il naît lui-même sur notre territoire. C'est le maintien de la loi de 1889.

3° Si c'est la mère qui est née en France, l'enfant est Français de plein droit ; mais, dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, puisqu'il est déjà Français, il peut décliner sa nationalité en observant les formalités imposées par l'art. 8, n. 4, à celui qui, né en France de parents étrangers qui

n'y sont pas nés, et domicilié dans notre pays à sa majorité, veut opter pour la nationalité de ses parents.

Il ne semble pas douteux que l'enfant dont il s'agit dans ce dernier cas est Français sous condition résolutoire de son option pour la nationalité étrangère, et que, par suite, après avoir décliné notre nationalité, il est considéré comme étranger avec effet rétroactif. Provisoirement, au contraire, et jusqu'à l'option pour la nationalité étrangère, il jouit de tous les avantages attachés à la qualité de Français, notamment il ne peut pas être expulsé du territoire. C'est ce qui paraît résulter des travaux préparatoires. Tout d'abord, en effet, le projet du gouvernement restreignait la nationalité imposée au cas où c'était le père qui était né en France; quand c'était la mère, l'enfant n'aurait été Français que sous la condition suspensive d'être domicilié dans notre pays à l'époque de sa majorité (art. 8, n. 4), ou de remplir les formalités de l'art. 9, s'il n'était pas domicilié en France, sans pouvoir invoquer d'effet rétroactif dans ce dernier cas (art. 20 C. civ.). Mais la Chambre, écartant cette manière de voir, maintint, par le texte qui a passé dans la loi du 22 juillet 1893, l'attribution de plein droit de la nationalité dans les deux cas, sauf répudiation de la qualité de Français, comme sous l'empire de la loi de 1851, dans le cas où c'est la mère, et non le père, qui est née en France.

Au point de vue du recrutement, l'enfant dont il s'agit, Français de plein droit, sera appelé avec sa classe; s'il ne proteste pas, en déclarant qu'il veut décliner la nationalité française, il faudra le considérer comme ayant renoncé à la faculté d'opter pour la nationalité étrangère, par application de l'art. 9, alinéa 2 (aujourd'hui alinéa 11), ce qui fait qu'il n'aura jamais la totalité de l'année qui suit sa majorité pour prendre parti. Il est vrai que l'art. 9 ne vise que le cas de celui qui est né en France de parents qui n'y sont pas nés et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité, lequel est censé opter pour la France par sa soumission au recrutement; mais si cette soumission équivaut à une déclaration en faveur de notre nationalité, *à fortiori* doit-elle confirmer la nationalité déjà attribuée et enlever la faculté de la répudier (1).

(1) V. Despagnet, *La loi du 26 juin 1889 relative à la nationalité et la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement militaire, Le Droit,* 19 octobre 1889. [Soutenue sous l'empire de la loi du 15 juillet 1889, cette solution l'est encore sous l'empire de la loi nouvelle du 21 mars 1905 (art. 11). Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., 1906, n. 38, p. 26. Mais des raisons très sérieuses de douter peuvent être alléguées. V. ci-dessous, n. 128 *in fine.*]

Il s'agit maintenant de savoir pourquoi le législateur a établi une si grande différence entre les deux cas, suivant que c'est le père ou la mère qui est né en France.

D'une manière générale, on pourrait croire que la nationalité doit être imposée à l'enfant né dans le pays quand sa mère y est née, plutôt que lorsque c'est son père qui y a vu le jour. Le père étranger né en France a le moyen facile (art. 8, n. 4, et art. 9) de devenir Français; s'il n'en use pas, c'est qu'il reste attaché à sa patrie d'origine et qu'il doit inculquer probablement ses sympathies nationales à son enfant né comme lui en France. Au contraire, la mère étrangère née en France est presque toujours une Française ayant épousé un étranger (art. 19) : elle transmet du sang français à son enfant; elle peut, malgré son mariage provoqué par des considérations étrangères au patriotisme, inspirer à son enfant l'amour de notre pays avec lequel, la plupart du temps, elle aura conservé des liens constants, puisque c'est sur son territoire qu'elle donne le jour à cet enfant. Cependant, cette solution peut donner lieu à un résultat bizarre. D'après l'art. 19, la femme française épousant un étranger ne prend la nationalité de son mari que si la loi nationale de ce dernier le décide ainsi, sinon elle reste Française. Dans ce dernier cas, son enfant, né comme elle en France, ne sera pas Français de plein droit d'après l'art. 8, n. 3, puisqu'il n'est pas né d'une *étrangère* née elle-même en France; il aura la nationalité de son père *jure sanguinis*. Il pourrait, au contraire, invoquer l'art. 8, n. 3, si sa mère était devenue étrangère par son mariage, comme né en France d'une mère étrangère qui y est née. D'ailleurs, s'il veut se prévaloir de l'art. 10 pour réclamer *à tout âge* la qualité de Français comme né d'une *ex-Française*, il faut supposer que sa mère est devenue étrangère par le mariage; tandis que, si elle est restée Française, l'enfant né en France, ne pouvant pas invoquer l'art. 8, n. 3, comme nous l'avons dit, n'aura que la ressource de l'art. 8, n. 4, ce qui suppose qu'il est *domicilié* en France à sa majorité, ou celle de l'art. 9, d'après lequel il doit faire sa déclaration *dans l'année qui suit sa majorité*. Donc, toujours, dans le cas le plus favorable, c'est-à-dire quand la mère, mariée à un étranger, a gardé sa nationalité, l'enfant est moins bien traité.

Mais, sans prévoir ces difficultés ou sans vouloir en tenir compte, le législateur de 1893 s'est inspiré de considérations beaucoup plus simples et d'ordre politique.

En fait, les réclamations des gouvernements étrangers, relative-

ment aux abus du *jus soli* appliqué à leurs nationaux d'origine, n'ont porté que sur le cas où des enfants étrangers naissaient en France d'une mère qui y était née elle-même. Cela tient probablement à ce que ce cas est le plus fréquent, beaucoup d'étrangers établis en France épousant des femmes françaises qui, nées presque toujours en France, procurent la nationalité française aux enfants qu'elles ont dans notre pays. Peut-être aussi se montre-t-on plus tolérant quand c'est le père qui est né en France, parce qu'alors il y a moins de chances qu'il revienne avec sa famille dans sa patrie d'origine. Quoi qu'il en soit, c'est pour obéir à ces réclamations des Etats étrangers que l'on n'impose plus la nationalité française qu'aux enfants nés en France d'un père étranger qui lui-même y est né, tandis que la faculté de décliner la nationalité française dans l'année qui suit la majorité leur est rendue quand c'est la mère qui est née dans notre pays. Il est remarquable que cette solution avait été déjà préparée par la pratique de l'administration, qui jusqu'à l'arrêt de cassation du 7 décembre 1891 assimilant les uns et les autres, considérait comme Français de plein droit et définivement les individus nés en France d'un père étranger qui y était né lui-même, tandis qu'elle ne reconnaissait que le droit de devenir Français, en remplissant les formalités de l'art. 9, à ceux qui étaient nés en France d'une mère étrangère née dans notre pays. La loi de 1893, plus large, déclare ces derniers Français de plein droit, sauf la faculté pour eux de répudier leur nationalité dans l'année qui suit leur majorité.

Sans insister sur des questions transitoires qui n'ont plus d'intérêt ajourd'hui à raison de la date des lois nouvelles, constatons seulement que ces lois s'appliquent à tous ceux qui étaient mineurs quand elles ont été promulguées et dont la nationalité n'était pas définitivement fixée à ce moment (1).

128. Celui qui est né en France de parents qui n'y sont pas nés, et qui est domicilié dans notre pays à l'époque de sa majorité, est aussi Français de plein droit (art. 8, n. 4); mais il a la faculté de décliner cette nationalité et d'opter pour celle de ses parents dans l'année qui suit sa majorité. Déterminons la condition, quant à la nationalité, de l'individu placé dans ce cas, et voyons ensuite les formalités qu'il doit remplir pour répudier sa qualité de Français.

(1) Bordeaux, 21 déc. 1892, J. C., 1893, p. 565; Pau, 22 juin 1892, J. C., 1892, p. 995; Rennes, 28 avril 1893, J. C., 1893, p. 565, 568; Cass., 5 juin 1893, J. C., 1893, p. 1188 — Cpr. Esperson, J. C., 1894, p. 26.

A. — La condition, quant à la nationalité, de l'individu dont il s'agit doit être considérée à trois points de vue : pendant sa minorité, à sa majorité, enfin après la répudiation de la nationalité française quand il renonce à celle-ci.

1° Pendant sa minorité, celui qui naît en France de parents étrangers qui n'y sont pas nés est lui-même étranger. Cette solution se justifie, en raison, par l'avantage qu'il y a à ne pas lui donner, tant qu'il est mineur, une nationalité différente de celle de ses parents, et à ne pas lui imposer la qualité de Français tant qu'il ne peut pas encore la répudier. Au point de vue juridique, on peut faire valoir que l'art. 8, n. 4 le présente comme Français s'il est domicilié en France à sa majorité, et non sous la condition résolutoire qu'il n'y sera pas domicilié ou qu'il répudiera notre nationalité; or la situation juridique subordonnée à un événement futur ne se manifeste que lorsque cet événement est réalisé. D'autre part, l'art. 9, alin. 10, modifié par la loi du 22 juillet 1893, donne à l'enfant, pendant sa minorité, la faculté d'opter par anticipation pour la nationalité française, preuve manifeste qu'il ne la possède pas déjà (1).

De notre solution, on peut conclure que, pendant sa minorité, celui qui est dans le cas prévu par l'art. 8, n. 4, peut être expulsé comme étranger (2). Son statut personnel est régi par la loi étrangère, sa loi nationale : il est vrai que le code civil apprécie sa majorité d'après la loi française (art. 8, n. 4), mais c'est une violation des règles du Droit international privé que l'on retrouve dans le cas de l'art. 9 C. civ., où l'enfant né en France est certainement étranger jusqu'à ce qu'il ait opté pour la nationalité française. Pendant sa minorité, cet étranger ne peut profiter d'aucun des avantages attachés à la qualité de Français, notamment il ne peut concourir pour les écoles du gouvernement ainsi que le permettait, dans un cas analogue, la loi du 16 décembre 1874 abrogée formellement par celle de 1889. Cette faculté aurait pu cependant présenter de l'utilité pour ceux qui, nés en France de parents étrangers qui n'y sont pas nés, auraient voulu fixer leur nationalité française sans attendre leur majorité, afin de profiter des

(1) Cpr. en sens opposé : Cass., 19 déc. 1891, J. C., 1892, p. 690 et 16 avril 1896, *ibid.*, 1896, p. 1049. — Pour la qualité de Français pendant la minorité et, par conséquent, impossibilité d'expulsion d'après la loi de 1849, V. Bordeaux, 23 juill. 1897, J. C., 1897, p. 1028; Aix, 18 nov. 1897, J. C., 1898, p. 925.

(2) V. n. 37, b., p. 114-117. [*Adde* Montpellier, ch.. corr., 10 mai 1906 et Cass. crim., 20 juin 1906, J. C., 1909, p. 494.]

avantages attachés à cette nationalité. On a sans doute pensé que la faculté d'option anticipée établie par l'art. 9 C civ., modifié par la loi de 1889, était suffisante à cet égard. Cependant, la loi de 1874 organisait une renonciation anticipée à la faculté de répudier la qualité de Français établie par la loi de 1851, tandis que le nouvel art. 9 établit une option anticipée en faveur de la nationalité française. D'autre part, le décret du 13 août 1889, relatif à l'application de la loi de 1889, dit (art. 11) que l'enfant pourra renoncer, pendant sa minorité, par l'intermédiaire des personnes qui le représentent pour l'option anticipée de l'art. 9, alin. 10, à la faculté de répudier la qualité de Français qu'il aurait comme tombant sous le coup de l'art. 8, n. 4. Mais comment renoncerait-il par avance à la faculté de répudier la nationalité française qu'il ne possède pas encore, d'après ce que nous avons dit? La vérité est que la loi ne crée pas ce genre de renonciation, et que le décret du 13 août 1889 qui l'établit est inconstitutionnel à cet égard comme organisant un moyen de modifier la nationalité que seule la loi peut accorder. (V. aussi-modèle n. 4 de la circulaire du 23 août 1893.)

[La Cour de cassation a consacré cette manière de voir dans son arrêt du 26 juillet 1905, rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Feuilloley (1). Emu de cet arrêt qui condamne formellement la pratique administrative suivie jusqu'à cette date, le ministre de la justice a déposé sur le bureau de la chambre des députés, le 15 février 1906, un projet de loi refusant la faculté de répudier la nationalité française aux individus au nom desquels il aurait été renoncé à cette faculté ou opté pour la nationalité française, pendant leur minorité, par les personnes désignées à l'art. 9-10 du code civil (*J. off.*, *Doc. parl.*, session ordin. de 1905, n. 3000, p. 83).] Enfin, celui qui est dans le cas prévu par l'art. 8, n. 4, n'est appelé au service militaire qu'avec la classe de l'année qui suit sa majorité, car il n'a sa nationalité française fixée que du jour de sa majorité [(loi du 21 mars 1905, art. 11).]

2° A sa majorité, l'individu dans le cas de l'art. 8, n. 4, est Français de plein droit s'il est domicilié en France. Les apanages de la qualité de Français, par exemple le droit de voter, lui appartien-

(1) [Cass. req., 26 juillet 1905, J. C., 1905, p. 1253; *R. D. I. P.*, 1905, p. 724; Trib. civ. Avesnes, 31 décembre 1903, J. C., 1904, p. 924; Trib. civ. Seine, 23 janvier 1906, J. C., 1906, p. 1156; *R. D. I. P.*, 1906, p. 756. V. aussi Alger, 27 avril 1904, J. C., 1904,p. 929. — *Sic* Lenoble, *R. D. I. P.*, 1905, p. 417, 428, 431; Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., p. 199-205.]

nent dès le jour de sa majorité, sauf à être effacés par son option pour la nationalité étrangère (1).

[Il en résulte également cette conséquence, écrite dans l'art. 11 de la loi sur le recrutement du 21 mars 1905, que l'individu dont il s'agit devra être porté sur les tableaux de recrutement de la classe dont la formation suivra l'époque de sa majorité (2).]

Il suffit du domicile légal qu'il a chez ses parents établis en France tant qu'il est mineur, résiderait-il lui-même à l'étranger; ou même de sa résidence de fait dans notre pays, ses parents seraient-ils domiciliés à l'étranger. Il a été dit, en effet, dans les travaux préparatoires, que « la résidence *permanente* équivaut au domicile ». Il faut décider que les enfants des agents diplomatiques étrangers en France ne tombent pas sous l'application de notre article en tant qu'ayant, pendant leur minorité, leur domicile légal chez leurs parents, puisque le représentant d'un Etat est

(1) [Cass., 16 avril 1896, S., 97. 1. 337, note de M. Audinet; D. P., 97. 1. 95; J. C., 1896, p. 1047; Cass., 22 avril 1896, J. C., 1897, p. 351.]

(2) [Si l'on en croit le même art. 11 *in fine,* le fils d'étranger serait régulièrement inscrit, en même temps que les jeunes gens de son âge, c'est-à-dire dès qu'il a atteint vingt ans révolus dans l'année précédente, si ses représentants légaux ont, au cours de sa minorité, renoncé en son nom à la faculté de répudier la nationalité française. V. Dejamme, J. C., 1905, p. 617. Mais cette renonciation anticipée au droit de répudier la nationalité française est absolument illégale : la Cour de cassation l'a nettement reconnu dans l'arrêt du 26 juillet 1905, précité. Il y a entre la loi militaire de 1905 et nos lois sur la nationalité un défaut de concordance analogue à celui qu'on avait justement reproché à la loi de recrutement du 15 juillet 1889. Il appartient au législateur de le faire disparaître. Trigant-Geneste, *R. D. I. P.,* 1905, p. 101 et suiv.; Lenoble, *R. D. I. P.,* 1905, p. 431; Weiss, *Traité,* t. I, 2e édit., 1907, p. 205. Toutefois on a émis l'opinion que l'illégalité de l'art. 11 du décret du 13 août 1889 aurait été couverte par l'art. 11 *in fine* de la loi du 21 mars 1905. Il résulte des art. 10 et 11 *in fine* de cette loi que, si les parents d'un mineur ont renoncé en son nom à la faculté de décliner la nationalité française, ce mineur doit participer aux opérations du recrutement avec la classe à laquelle il appartient par son âge : c'est donc, dit-on, que cette renonciation l'a rendu définitivement Français. Ainsi, ajoute-t-on, en croyant peut-être appliquer une règle déjà existante, la loi sur le recrutement lui a, en réalité, donné pour l'avenir la force légale qui lui faisait jusqu'alors défaut. Trigant-Geneste, *R. D. I. P.,* 1905, p. 100; Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., n. 45, p. 32-34. — Nous préférons croire au défaut de concordance déjà indiqué et nous croyons qu'il appartient au législateur seul de le corriger. Nous dirons avec M. Lenoble, *loc. cit.,* p. 431 : « La loi du 21 mars 1905 constitue essentiellement, comme le titre l'indique, une réglementation d'ordre militaire; et le législateur ne nous paraît pas avoir eu un seul instant la préocupation de créer des Français par voie d'interprétation des circulaires de l'ordre administratif; les travaux préparatoires sont absolument muets sur ce point, et la vérité est qu'il a totalement échappé à son attention ».]

considéré comme conservant son domicile dans le pays qui l'accrédite, bien qu'en fait il soit établi dans celui auprès duquel il est accrédité.

Mais, domicilié en France à sa majorité, l'individu dont il s'agit est-il Français avec effet rétroactif ?

On a prétendu qu'il est Français sous la condition suspensive et rétroactive d'avoir son domicile en France à sa majorité (art. 8, n. 4, et 1179 C. civ.). Il a été dit, en effet, dans les travaux préparatoires, qu'on étendait le *jus soli*, en déclarant Français quiconque est sur notre territoire. (Documents parlementaires. Chambre, *J. off.*, 1887, p. 231, et Sénat, 16 mars 1889.) D'ailleurs, l'art. 8 dit : « *Sont Français...* 4° tout individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France... » Il est vrai que le même article parle aussi d'individus qui ne sont certainement Français que pour l'avenir, c'est-à-dire des naturalisés, et qu'il n'y a pas, dès lors, grand argument à tirer des mots : *sont Français*, qui s'appliquent également à eux. Mais on ajoute que, dans la rédaction primitive, l'art. 9 devait s'appliquer à tous ceux qui sont nés en France d'étrangers qui n'y sont pas nés ; plus tard, on distingua ceux qui seraient, en outre, domiciliés en France à leur majorité : on leur fit une place dans l'art. 8, afin de ne pas les confondre avec les autres auxquels s'applique seulement l'art. 9 qui ne donne la qualité de Français que s'il y a option en faveur de notre nationalité et, par suite, pour l'avenir seulement.

En sens inverse et plus justement, croyons-nous, on fait ressortir combien la rétroactivité bouleverse les situations et entraîne des complications, non seulement pour celui qui devient Français, mais encore pour sa femme et ses enfants, s'il a fondé, ce qui est possible, une famille avant l'âge de 21 ans. Dans le doute, il y a donc lieu de croire que le législateur ne l'a pas consacrée. Sa pensée, au surplus, se dégage assez nettement sur ce point. Le principe général établi par l'art. 8, n. 1, est que celui qui naît, même en France, de parents étrangers, est étranger *jure sanguinis*. Puis, l'article indique des exceptions : l'une, quand les parents de l'enfant sont eux-mêmes nés en France (art. 8, n. 3) ; l'autre, quand l'enfant est domicilié dans notre pays à sa majorité. Si, dans le premier cas, les éléments attributifs de la nationalité sont réunis à la naissance de l'enfant, c'est-à-dire sa naissance même et celle de l'un de ses parents en France ; dans le second, ils ne se rencontrent qu'à l'âge de 21 ans, c'est-à-dire par la confirmation du *jus soli* venant de la naissance en France,

au moyen de l'établissement du domicile sur notre territoire à l'époque de la majorité. Nous ne voyons donc pas, dans cette dernière particularité, une condition suspensive de l'attribution de nationalité, mais une justification de cette attribution qui ne peut rétroagir puisque, auparavant, sa raison d'être ne se montrait pas encore. Ce qui établit mieux encore cette solution, c'est que, d'après l'art. 9, l'individu né en France peut, pendant sa minorité, opter par avance pour la nationalité française, sans qu'on puisse prévoir qu'il aura ou non son domicile chez nous à sa majorité : comment aurait-il à adopter une nationalité qui lui serait donnée avec effet rétroactif à la seule condition d'être domicilié en France à sa majorité ?

Il est vrai que l'art. 20 C. civ., en écartant l'effet rétroactif de l'acquisition de la qualité de Français, ne renvoie pas à l'art. 8, n. 4, tandis qu'il rappelle les art. 9, 10, 18 et 19 : on en conclurait, par argument *à contrario*, que la rétroactivité existe dans le cas de l'art. 8, n. 4. L'argument tombe si l'on remarque que, comme nous l'avons dit plus haut, la disposition formant aujourd'hui l'art. 8, n. 4, était comprise d'abord dans l'art. 9; on l'en détacha plus tard, mais on oublia de compléter l'art. 20, qui la visait en rappelant l'art. 9 dans son ensemble, et qui aurait dû, désormais, rappeler aussi l'art. 8, n. 4. Au surplus, il y a d'autant moins à tenir compte d'une façon stricte du texte de l'art. 20 que, de l'avis de tous, il ne comprend pas tous les cas où l'acquisition de la nationalité n'a lieu que pour l'avenir, notamment celui de la naturalisation (1).

3° Devenu Français par le fait qu'il a son domicile en France à sa majorité, l'étranger né en France a la faculté de répudier cette nationalité. « A moins qu'il n'ait décliné cette qualité... », nous dit l'art. 8, n. 4. Ce texte montre bien que cette répudiation de la nationalité française opère à la façon d'une condition résolutoire, faisant considérer celui qui la fait comme n'ayant jamais été Français. Il arrive ainsi que, conformément aux principes rationnels en

(1) [Huc, *Commentaire théor. et prat. de Code civil,* t. I, n. 294; Lesueur et Dreyfus, *op. cit.,* p. 164; Rouard de Card, *op. cit.,* p. 163; Campistron, *op. cit.,* p. 145; Geouffre de Lapradelle, *op. cit.,* p. 298; Stemler, J. C., 1890, p. 563; Gruffy, J. C., 1894, p. 480. — *Contra* Cass., 24 juillet 1899, D. P., 1899, 1, p. 547; Aubry et Rau, 5e édit., t. I, p. 363, texte et note 11 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, 3e édit., n. 411; Surville et Arthuys, *Droit int. privé,* 4e édit., n. 39, p. 66; Weiss, *Traité,* t. I, 2e édit., p. 191-195; Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., n. 43-44, p. 31-32.]

la matière, cet individu n'aura jamais été Français malgré lui. Le sort de sa femme et de ses enfants sera le sien, et on évite ainsi les différences de nationalité toujours fâcheuses entre proches parents. D'ailleurs, il serait bizarre que celui qui opte pour la France n'eût la qualité de Français que pour l'avenir (art. 9 et 20), tandis que celui qui répudie cette qualité pourrait se prévaloir, pour le passé, des avantages qui y sont attachés.

B. — Les formalités à remplir pour répudier la qualité de Français dans le cas prévu par l'art. 8, n. 4, sont les suivantes :

1° Faire une déclaration devant le juge de paix ou, à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires de la France (décret du 13 août 1889, art. 6); 2° faire cette déclaration dans l'année qui suit la majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française : en effet, à raison même de son domicile au jour même où il a 21 ans, l'individu dont il s'agit est réputé Français et régi par la loi française; mais nous constaterons que cette manière de voir entraîne des conflits fâcheux avec les lois étrangères; 3° produire une attestation en due forme de son gouvernement établissant que le déclarant a conservé la nationalité de ses parents : cette attestation est annexée à la déclaration. On a voulu ainsi éviter que des individus fussent sans nationalité, et l'on a reproduit l'exigence déjà imposée par la loi du 16 décembre 1874. Mais il arrive souvent qu'on se heurte à une impossibilité, la loi étrangère pouvant n'autoriser personne à délivrer le certificat que demande la loi française. Chez nous, notamment, nul fonctionnaire ne pourrait fournir la pièce que nous réclamons cependant à d'autres pays. Toutefois, en Angleterre le *Foreign Office* a donné des instructions pour les pièces à produire, en pareil cas, par les nationaux britanniques (Inst. du 19 mai 1892, J. C., 1892, p. 1243). Dans la pratique, on demande que l'attestation émane des agents diplomatiques plutôt que des consuls étrangers qui offrent moins de garantie d'autorité ; 4° présenter, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'on a répondu à l'appel sous les drapeaux conformément à la loi militaire du pays étranger, sauf les exceptions prévues aux traités, par exemple dans celui avec la Belgique du 30 juillet 1891, signalé plus haut. Ce certificat est évidemment inutile pour les pays qui n'imposent pas le service militaire, et il faut s'en rapporter, pour le délivrer, aux autorités compétentes de l'Etat étranger (avis du conseil d'Etat du 29 avril 1890). En cas d'impossibilité, la loi étrangère n'autorisant pas la délivrance des certificats que la nôtre exige, on peut y suppléer par des équiva-

lents, tels que l'immatriculation au consulat du pays étranger (1).

D'après l'art. 9 C. civ. dernier alinéa, la soumission au recrutement sans qu'on invoque son extranéité est assimilée à une option pour la nationalité française. [Que décider de l'étranger né en France et qui y est domicilié à sa majorité? Il est Français, sauf la faculté de répudier cette qualité, moyennant certaines conditions (art. 8, al. 4 du C. civ.). Porté sur les listes du recrutement, aux termes de l'art. 11 de la loi du recrutement militaire du 21 mars 1905, conforme sur ce point à l'art. 11 § 2 de l'ancienne loi sur le recrutement du 15 juillet 1889, il se soumet à la loi et aux opérations du recrutement et comparaît devant le conseil de revision sans manifester son intention de répudier la qualité de Français. Y a-t-il, dans cette attitude, une option tacite pour la nationalité étrangère, ou une déchéance de la faculté de répudier la nationalité française? Rien, dans l'art. 11 de la loi du 21 mars 1905, n'édicte une déchéance ni même une renonciation tacite à la faculté de répudier la qualité de Français au cours de sa vingt-deuxième année. Il semble naturel d'en conclure que ce jeune homme pourra jusqu'au dernier jour de sa vingt-deuxième année exercer une faculté légale dont il n'est pas déclaré déchu ou à laquelle il n'est pas présumé avoir renoncé : les déchéances ou les présomptions de renonciation à une faculté ne peuvent se sous-entendre. Cependant est-il admissible que ce jeune homme comparaisse devant le conseil de revision, se laisse même incorporer dans un régiment, manifestant par ce double fait, d'une manière tacite, il est vrai, mais hautement significative, sa volonté d'être Français et de renoncer ainsi à la faculté de répudier la nationalité étrangère, et qu'ensuite, sous prétexte qu'il est encore dans sa vingt-deuxième année, il répudie la nationalité française par une déclaration en bonne et due forme?]

[Sous l'empire de la loi du 15 juillet 1889, on discutait la question de savoir si la déchéance prononcée par l'art. 11, § 2 de cette loi s'appliquait à l'hypothèse de l'art. 8, n. 4 du Code civil. Mais, aujourd'hui, l'art. 11 de la loi du 11 mars 1905 ne contient nulle trace d'une telle forclusion. Il paraît bien difficile, pour ne pas dire impossible, de l'y sous-entendre. Vainement dira-t-on que l'attitude de cet individu, Français du jour de sa majorité, qui a l'intention de répudier la qualité de Français et qui garde le silence devant le conseil de révision, serait bizarre et choquante,

(1) Bayonne, 27 déc. 1882, J. C., 1883, p. 56.

et, qu'après une telle attitude et un tel silence, il serait mal venu à répudier la qualité de Français le dernier jour de sa vingt-deuxième année. Il faut répondre, en fait, que peut-être ce jeune homme est indécis et qu'il veut réserver sa répudiation éventuelle de la qualité de Français pour le dernier moment auquel il peut légalement la faire, et qu'en droit, une déchéance de la faculté de répudier la nationalité française ne peut être suppléée dans un texte de loi qui l'omet, alors surtout que ce texte remplace un texte ancien qui l'édictait en toutes lettres.]

[Sur cette omission, les travaux préparatoires de la loi de 1905 nous apportent peu de lumière. Le projet adopté par la Commission de l'armée, tel que le mentionne le rapport de M. Rolland au Sénat, contenait la déchéance de l'art. 11, § 2 de la loi de 1889 et l'appliquait « aux jeunes gens nés en France de parents étrangers qui viennent s'établir en France dans l'année de la majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française ». Faute par eux de « réclamer contre leur inscription aussitôt après la publication des tableaux de recensement et lors de la convocation au conseil de révision », ils seront maintenus sur ces tableaux; et « ce maintien équivaudra pour eux à la déclaration prévue par l'art. 9, § 1 du Code civil ». — « S'ils se font rayer, ils seront déchus du bénéfice du dit article » (Sénat, *Doc. parl.*, 1901, sess. ord., p. 530). Dans la séance du 20 janvier 1903, le Sénat adopta, sans observation, le texte proposé par la Commission de l'armée (*Déb. parl.*, 1903, sess. ord., p. 39). Lors de la seconde délibération, le Sénat adopta, le 26 mai 1903, sans explication du rapporteur et sans observation de qui que ce soit, le texte de l'art. 11 de la loi du 21 mars 1905, dans sa teneur actuelle, où toute mention d'option tacite et de déchéance est radicalement supprimée (Sénat, *Déb. parl.*, 1903, sess. ord., p. 862). L'art. 11 fut voté tel quel par la Chambre des députés, dans la seconde séance du 9 juin 1904 (Chambre, *Déb. parl.*, 1904, sess. ord., p. 1382). Le Sénat, à son tour, adopta l'art. 11 tel que l'avait voté la Chambre, dans la séance du 2 février 1905 (Sénat, *Déb. parl.*, 1905, sess. ord., p. 91-92). Finalement, la Chambre des députés, en seconde lecture, le 17 mars 1905, adopta, tel quel, cet art. 11 qui a pris place dans la loi du 21 mars 1905 (Chambre, *Déb. parl.*, 1905, sess. ord., p. 951) (1).]

(1) [Cet article est ainsi conçu : « Sont portés sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, les jeunes gens qui, en vertu du Code civil et des lois sur la nationalité, sont Français, sauf faculté de

[Que résulte-t-il de ces faits? Que la loi de 1905 n'établit aucune déchéance ni option tacite : l'art. 9 du Code civil est seul à considérer et ne comporte nulle application au cas de l'art. 8, n. 4, qu'il ne vise pas. Donc, aujourd'hui, l'individu né en France de parents étrangers et qui n'y est pas domicilié à sa majorité, « devient Français, si, ayant été porté sur les tableaux de recensement, il prend part aux opérations du recrutement, sans opposer son extranéité » (Art. 9, alinéa 11, loi du 22 juillet 1893). L'individu né en France de parents étrangers et qui y est domicilié à sa majorité, n'a pas à opposer et ne peut pas opposer son extranéité, car il est Français, sauf faculté de répudiation : renonce-t-il à cette faculté en prenant part aux opérations du recrutement? Nous ne le croyons pas, dans le silence, qui paraît bien intentionnel, de l'art. 11 de la loi du 21 mars 1905 (1).]

§ II. *Acquisition de la nationalité par un fait postérieur à la naissance.*

129. Les modes d'acquisition de la nationalité française, quand elle n'est pas attribuée comme nationalité d'origine, se ramènent à trois : le bienfait de la loi, la naturalisation, l'annexion.

I. Bienfait de la loi.

130. L'acquisition de la qualité de Français par le bienfait de la loi est celle qui résulte, comme un droit acquis, de l'accomplissement de certaines conditions prescrites par le législateur. Elle diffère donc essentiellement de la naturalisation, qui, comme on le verra plus loin, constitue toujours une faveur que le gouvernement peut refuser d'une façon arbitraire, malgré l'observation de toutes les conditions légales exigées pour l'obtenir. Cette différence s'explique par ce que l'acquisition de la nationalité par le bienfait de la loi est accordée à ceux qui, soit par le lieu de leur naissance, soit par leurs relations de famille, peuvent être supposés avoir déjà un certain attachement pour notre pays : les conditions que la loi leur impose pour devenir Français n'étant d'ailleurs qu'une affirmation formelle de cet attachement présumé, il est naturel

répudier la nationalité française au cours de leur vingt-deuxième année, lorsqu'il n'aura pas été renoncé en leur nom et pendant leur minorité à l'exercice de cette faculté.]

(1) [Weiss, *Traité*, t. I, 2e éd., 1907, p. 206-208. — *Contrà* Audinet, *Droit international privé*, 2e éd., 1906, n. 46, p. 34-35.]

que l'obtention de la nationalité soit la conséquence de droit de leur accomplissement.

Le bienfait de la loi s'appliquait, d'après notre législation antérieure à 1889, à plusieurs catégories de personnes : 1° les étrangers nés en France de parents qui n'y étaient pas nés (art. 9 C. civ. ancien texte); 2° les enfants issus de parents qui avaient perdu la qualité de Français (ancien art. 10); 3° les enfants d'un étranger naturalisé Français (lois du 7 février 1851, art. 2, du 14 février 1882 et 28 juin 1883), ou recouvrant la nationalité française (art. 18); 4° les femmes étrangères qui épousent des Français (art. 12); 5° les descendants des protestants émigrés à la suite de la révocation de l'édit de Nantes.

Aujourd'hui, depuis les lois de 1889 et de 1893, le bienfait de la loi ne s'applique à proprement parler qu'aux femmes étrangères épousant des Français. Dans tous les autres cas, la déclaration que doivent faire les requérants peut être écartée par le gouvernement pour cause d'indignité, d'après la loi du 22 juillet 1893, ainsi que nous l'indiquerons plus loin ; ou bien l'attribution de la nationalité est subordonnée à la concession d'un décret d'admission que le gouvernement peut aussi arbitrairement refuser. Il s'ensuit que la nationalité, sauf dans le cas de l'art. 12, alin. 1 C. civ., n'est plus un droit acquis après l'accomplissement des formalités et des conditions légales; elle résulte d'une sorte de *naturalisation de faveur*, qui ne diffère de la naturalisation ordinaire qu'en ce qu'elle est dispensée des conditions à remplir pour cette dernière.

Nous renvoyons l'étude de la situation de la femme et des enfants de ceux qui se font naturaliser Français ou qui recouvrent la qualité de Français (art. 12, al. 2, et art. 18) au moment où nous traiterons des effets de la naturalisation ou de la réintégration dans la nationalité de la France. Envisageons ici seulement ceux qui peuvent invoquer le bienfait de la loi proprement dit, ou la naturalisation de faveur qui l'a remplacée dans la plupart des cas.

131. Cas de l'individu né en France de parents étrangers qui n'y sont pas nés et qui n'est pas domicilié en France à sa majorité. — Ce cas est prévu par le nouvel art. 9 C. civ., par opposition à celui qui fait l'objet de l'art. 8, n. 4. Tandis que, dans ce dernier, celui qui est né en France de parents étrangers qui n'y sont pas nés, et qui est domicilié en France à sa majorité, est Français de plein droit, sauf à opter, comme nous l'avons vu,

pour la nationalité de ses parents; celui qui, dans les mêmes conditions, n'a pas son domicile dans notre territoire quand il est majeur, devient seulement Français en remplissant certaines conditions. Apprécions sa situation à sa majorité, pendant sa minorité, et enfin au point de vue de l'influence que peut exercer sur sa nationalité la soumission au recrutement militaire.

1° A sa majorité, l'individu placé dans le cas prévu par l'art. 9 peut devenir Français en remplissant certaines conditions. — *a*) Faire sa soumission devant le juge de paix ou, s'il est à l'étranger, devant l'agent diplomatique ou consulaire de notre pays, de fixer son domicile en France. — *b*) Cette soumission doit être faite avant l'âge de 22 ans accomplis, c'est-à-dire dans l'année qui suit la majorité telle qu'elle est réglée par la loi française. C'était la solution déjà adoptée par la jurisprudence sous l'empire de l'ancien art. 9 qui ne résolvait pas la question (1). Cependant l'individu dont il s'agit est encore étranger et, comme nous l'établirons, son statut personnel devrait être réglé par sa loi nationale. Au surplus, on éviterait ainsi que son option, réputée faite pendant la minorité d'après la loi étrangère, donc par un incapable, fût nulle d'après cette loi, ce qui fera attribuer deux nationalités à l'individu dont il s'agit. — *c*) Etablir en fait le domicile en France dans l'année qui suit la soumission, c'est-à-dire jusqu'à l'expiration de la vingt-troisième année au plus tard. On n'a pas prévu que l'individu en question peut avoir fixé son domicile en France puisqu'il l'a déjà, et, se trouvant sur notre territoire, il ne peut pas se présenter devant les agents diplomatiques ou consulaires. — *d*) Le domicile une fois établi, et toujours dans l'année qui suit la soumission, c'est-à-dire au plus tard jusqu'à 23 ans accomplis, l'intéressé doit faire, devant le juge de paix du canton où il est domicilié, la déclaration en vertu de laquelle il réclame la qualité de Français.

Dans ce cas, contrairement à l'opinion consacrée par la jurisprudence sous l'empire de l'ancien art. 9, l'acquisition de la nationalité n'a lieu que pour l'avenir (art. 20 C. civ.) (2).

2° Pendant la minorité, les enfants nés en France de parents qui n'y sont pas nés peuvent opter, par anticipation, pour la nationalité française, en vertu de l'art. 9 (alin. 10, d'après la loi

(1) Cass., 20 juin 1888, S., 88. 1. 300.
(2) Cpr. Cass., 19 juill. 1848, S., 48. 1. 529; Req., 29 déc. 1885, S., 86. 1. 106.

du 22 juillet 1893), qui a généralisé les dispositions anciennes des lois du 16 décembre 1874, 14 février 1882 et 28 juin 1883.

Quels mineurs peuvent user de cette option anticipée? L'art. 9, alin. 10, ne semble viser que les mineurs dont il est question à l'alin. 1, c'est-à-dire ceux qui, nés en France, n'y ont pas leur domicile à leur majorité, et les travaux préparatoires paraissent confirmer cette manière de voir (Rapport de M. Dubost, Chambre, Doc. parl., 1887, p. 576; Sénat, rapp. Delsol, Doc. parlem., 1889, p. 234). Mais pourquoi et comment exclure ceux qui auront leur domicile en France à leur majorité? Sait-on, tant qu'ils sont mineurs, où ils seront domiciliés à l'âge de vingt-un ans? Tous, d'ailleurs, ont même intérêt à opter pour la France, et plus encore ceux qui y ont fixé ou y fixeront leur domicile avant leur majorité. On comprendrait mal, au surplus, que la faculté d'option anticipée appartînt à ceux qni deviendront Français moyennant déclaration, tandis qu'on la refuserait à ceux qui ont de plein droit, plus tard, la qualité de Français, par le fait seul qu'ils sont domiciliés en France à leur majorité. Aussi en fait la faculté d'option est reconnue à tous les mineurs indistinctement nés en France de parents étrangers (art. 8, n° 4, et art. 9; circ. minist. 23 août 1889, formule n. 4.) (1).

L'option anticipée est assujettie à plusieurs conditions. *a*) Il faut que le mineur ait son domicile en France ou l'y fixe; ce peut être du reste le domicile légal de ses père ou mère, ou une résidence personnelle de fait. Ici la loi n'exige plus la soumission préalable d'établir le domicile en France, parce que, en principe, le mineur ne peut pas avoir de domicile légal distinct de celui de ses parents. Cependant, certains auteurs veulent que les parents ou le tuteur fassent leur soumission de transporter leur domicile en France ou que le mineur, s'il est émancipé, prenne lui-même un pareil engagement. Nous considérons ces exigences, que la loi n'indique pas, comme arbitraires. — *b*) La réclamation de la nationalité française doit être faite devant le juge de paix par le père; s'il est décédé, par la mère; si les deux sont morts ou exclus de la tutelle, ou s'ils sont absents aux cas prévus par les art. 141, 142 et 143 C. civ., par le tuteur autorisé du conseil de famille. — Les déchéances de la puissance paternelle, aux cas prévus par les

(1) [Cogordan, *La nationalité,* 2e édit., p. 100; Geouffre de Lapradelle, *La nationalité d'origine,* p. 315; Audinet, *Droit intern. privé,* 2e édit., n. 62, p. 62-63. V. cep. Aubry et Rau, 5e édit., t. I, p. 415, note 45.]

art. 334, 335 C. pén., ou par la loi du 24 juillet 1889, enlèveraient le droit d'option aux parents comme elles leur enlèvent le droit d'autorisation pour le mariage ou l'adoption : ce droit passerait alors aux personnes désignées par l'art. 14 de la loi du 24 juillet 1889. — Si le mineur est émancipé, il doit, à défaut des père et mère, faire la déclaration lui-même avec l'autorisation du conseil de famille.

Ces dispositions ont provoqué de justes critiques.

D'abord, comme l'option est un acte d'un caractère éminemment personnel, il eût été préférable de la laisser faire par le mineur lui-même assisté de ses représentants légaux, au lieu de la faire faire par ces derniers seuls : c'est ce qu'avaient plus exactement compris les lois de 1874, 1882 et 1883, et ce que décide, dans un cas analogue, la loi belge du 16 juillet 1889.

De plus, la loi de 1889 fixe les représentants légaux du mineur pour opter en faveur de la nationalité française d'après notre code civil, sans tenir compte de la loi nationale de ce mineur qui est encore étranger et dont le statut personnel est réglé par sa loi nationale. On aboutit ainsi à attribuer aux père, mère ou tuteur du mineur encore étranger des pouvoirs qu'ils n'ont peut-être pas d'après la loi nationale de l'incapable, et à rendre sans efficacité à l'étranger l'option pour la nationalité française ; ce qui pourra multiplier le nombre des personnes ayant deux nationalités. En outre, il y a, dans cette façon de procéder, un manque de logique frappant, puisque les tribunaux ne manqueront pas, conformément aux principes que nous exposerons plus tard et à l'art. 3, alin. 3 du code civil, de faire déterminer par la loi nationale du mineur et ses représentants légaux et les pouvoirs qui leur appartiennent en ce qui concerne la gestion de ses intérêts moraux ou pécuniaires. Pourquoi cette exception relativement à l'acte le plus grave et du caractère le plus personnel, c'est-à-dire le changement de nationalité?

Les effets de l'option faite pendant la minorité sont caractérisés par deux propositions :

a). Ils ne sont pas rétroactifs (art. 20 C. civ.) (1).

b). Ils sont irrévocables : l'option une fois faite, on ne peut plus y revenir. On peut se demander cependant si l'enfant né en France, et qui y est domicilié plus tard à sa majorité, ne pourra pas user de la faculté de répudier la nationalité française, confor-

(1) [Aubry et Rau, 5e édit., t. I, p. 431, note 6 ; Audinet, *Droit int. privé*, 2e édit., n. 79, p. 64.]

mément à l'art. 8, n. 4, malgré une option pour cette nationalité que ses parents auraient faite pour lui pendant qu'il était mineur, d'après l'art. 9.

La plupart des auteurs estiment qu'il y a là deux cas distincts : l'art. 9, en cas d'option anticipée pendant la minorité, produirait tous ses effets sans qu'il y ait lieu de se préoccuper du point de savoir si l'optant est domicilié plus tard en France à sa majorité ; l'art. 8, n. 4, ne viserait que l'individu remplissant cette dernière condition et pour lequel l'option en faveur de la France n'aurait pas été faite pendant la minorité par ses représentants légaux. Il est vrai que le décret du 13 août 1889, art. 11, accorde au mineur la faculté de renoncer, par l'intermédiaire de ses représentants légaux, à la faculté de répudier la qualité de Français donnée par l'art. 8, n. 4 C. civ., par extension de l'art. 9. Mais cette renonciation ne figure pas dans la loi, et un décret ne peut pas l'établir (V. n. 128, A 1°, p. 403-484). Cependant la circulaire du 23 août 1889 donne, comme nous l'avons déjà dit, aux mineurs, dans le cas de l'art. 9, une formule d'option pour la France et, en même temps, de renonciation à la faculté de répudier la nationalité française, d'après l'art. 8, n. 4, pour le cas où ils seraient domiciliés en France à leur majorité.

Nous pensons que l'option faite par les représentants légaux sans le concours du mineur ne doit pas enlever à celui-ci la faculté de répudier une nationalité dont il ne veut pas, en usant du droit de renonciation que lui confère l'art. 8, n. 4, quand il est domicilié en France à sa majorité. C'est là un moyen de corriger, par la loi elle-même, ce qu'il y a d'excessif dans le pouvoir donné par la loi aux représentants du mineur de disposer de sa nationalité sans son concours (1).

3° La loi des 22-25 mars 1849 avait facilité l'acquisition de la nationalité à ceux qui, nés en France, avaient satisfait à la loi du recrutement, en leur permettant de remplir, *à tout âge,* les formalités prescrites par l'ancien art. 9 C. civ. Le nouvel art. 9 C. civ.,

(1) [*Sic* Trib. d'Avesne, 31 décembre 1903, J. C., 1904, p. 929; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. Ier, n. 404; Weiss, *Traité,* t. Ier, 2e édit., 1907, p. 150-152. — *Contra* Audinet, J. C., 1891, p. 54 et *Droit int. privé,* 2e édit., 1906, n. 80, p. 64-65; Surville et Arthuys, *Droit int. privé,* 4e édit., 1904, n. 39, p. 73; Campistron, *op. cit.,* n. 91; Rouard de Card, *op. cit.,* p. 178; Geouffre de Lapradelle, *op. cit.,* p. 318; O. Stemler, J. C., 1890, p. 569; R. Hubert, *De la validité de la renonciation anticipée du mineur à répudier la nationalité française, Gaz. des Trib.* des 22 et 23 février 1904.]

plus radical, déclare Français, en vertu d'une sorte d'option tacite, les individus nés en France qui, appelés au recrutement, n'excipent pas de leur extranéité pour s'y soustraire. Ce texte ne distingue pas suivant que ces individus résident ou ne résident pas en France, ni suivant qu'ils sont majeurs ou mineurs; ce qui suppose que, dans certains cas, l'inscription sur les listes du recrutement a pu avoir lieu par erreur, comme sous l'empire de la loi de 1849, et produit cependant ses conséquences si l'inscrit ne proteste pas.

[En effet, il résulte des art. 10, 11 et 12 de la loi sur le recrutement du 21 mars 1905, qui visent la nationalité, que : 1° les jeunes gens qui sont Français en vertu du Code civil et des lois sur la nationalité, qui ont atteint l'âge de vingt ans révolus dans l'année précédente et sont domiciliés dans l'une des communes du canton sont portés, chaque année, sur les tableaux de recensement (art. 10); 2° les jeunes gens qui, en vertu du Code civil et des lois sur la nationalité, sont Français sauf la faculté de répudier la nationalité française au cours de leur vingt-deuxième année, sont portés sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, lorsqu'il n'a pas été renoncé en leur nom et pendant leur minorité à l'exercice de cette faculté (art. 11); 3° les individus devenus Français par voie de naturalisation, réintégration ou déclaration faite conformément aux lois sont portés sur la première classe formée après leur changement de nationalité (art. 12); ils sont incorporés, comme les jeunes gens que vise l'art. 11, en même temps que la classe avec laquelle ils ont pris part aux opérations du recrutement et sont tenus d'accomplir le même temps de service actif, sans que toutefois cette obligation ait pour objet de les maintenir sous les drapeaux, en principe (1), au delà de leur vingt-septième année révolue (même art. 12).]

[En ce qui concerne spécialement l'art. 11, deux cas peuvent se présenter, tous deux visés par cet article, l'un indirectement et comme *à contrario*, l'autre directement et principalement.]

[1er Cas. — Les représentants légaux ont, au cours de la minorité de l'assujetti, renoncé en son nom à la faculté de répudier la nationalité française. La loi ne vise pas directement ce cas, mais

(1) [Nous disons en principe, car exception est faite pour les cas prévus aux art. 34 et 35 (temps passé en prison, soit avant l'incorporation, soit pendant le service et s'ajoutant dans ce dernier cas à la durée de celui-ci). V. Dejamme, *Des dispositions de la nouvelle loi militaire française qui touchent au droit international*, J. C., 1905, p. 622.]

on peut facilement déduire de ses termes pris *a contrario* et de son esprit que l'individu dont il s'agit est, aux yeux de la loi militaire, devenu définitivement Français au cours de sa minorité, et que, par suite, comme tout Français, il est porté sur les tableaux de recensement lorsqu'il a atteint l'âge de vingt ans révolus dans l'année précédente (art. 10).]

[2e Cas. — Aucune renonciation n'a été faite par les représentants légaux : c'est l'hypothèse spécialement et directement prévue par le texte, qui a voulu donner au jeune homme le moyen d'user de la faculté que la loi lui confère ; il faut à cet effet qu'il ait atteint sa majorité dans l'année précédente, c'est-à-dire l'âge non de vingt ans, mais de vingt-un ans révolus (1). Les tableaux de recensement sont publiés et affichés dans chaque commune, et la dernière publication doit avoir lieu au plus tard le 15 janvier. Les individus que vise expressément l'art. 11 seront ainsi avertis et peuvent décliner la qualité de Français, à la condition de produire les justifications légales.]

[Jusqu'à quel moment peuvent-ils user de cette faculté ? Jusqu'au dernier jour de leur vingt-deuxième année, comme le suppose et le dispose l'art. 8, al. 4 du Code civil, ou seulement jusqu'au moment de leur comparution devant le conseil de révision ? Il est des auteurs qui ne craignent pas d'accepter la seconde alternative et qui disent : « Par analogie avec l'art. 9 du même code qui vise les individus portés sur le tableau du recensement et prenant part aux opérations du recrutement sans opposer leur extranéité, nous admettons que c'est jusqu'à la comparution devant le conseil de révision » (2).]

[Une telle rigueur ne saurait être admise, à nos yeux : elle est contraire aux règles d'une saine interprétation et elle paraît incompatible avec le texte de l'art. 11 de la loi du 21 mars 1905 qui ne l'édicte pas, dont, bien plus, le projet primitif ne l'édictait même pas pour cette hypothèse. L'art. 8, al. 4, accorde à l'individu né en France et qui y est domicilié à sa majorité la faculté de répudier la nationalité française jusqu'à l'expiration de sa vingt-deuxième année, « dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française ». Et, c'est en présence de ce texte, que l'on sous-entend dans l'art. 11 de la loi du recrutement une déchéance de cette faculté de répudiation !]

(1) [V. Dejamme, *loc. cit.*, J. C., 1905, p. 617.]
(2) [V. Dejamme, *loc. cit.*, J. C., 1905, p. 618.]

[L'art. 11 de la loi du 21 mars 1905 ne contient, dans sa teneur actuelle, mention d'aucune déchéance ni option tacite. Il n'en était pas de même du projet primitif tel qu'il avait été soumis au Sénat lors de la première délibération, le 20 janvier 1903, et adopté par lui à cette date. Le sénateur Delcros fit cette déclaration importante qui, seule dans toutes les délibérations qui se sont succédé au Sénat et à la Chambre des députés, est de nature à jeter quelque lumière sur les intentions du législateur en cette matière : « Le ministre de la guerre, d'accord avec le ministre de la justice, a proposé à la Commission la rédaction qui figure dans les art. 10, 11 et 12, afin de rendre applicable à la loi militaire la loi sur la nationalité votée au mois de juin 1889; les différents paragraphes de l'art. 10 se réfèrent aux articles du Code civil sur la nationalité » (1). L'art. 11 du projet de la Commission de l'armée, tel que le mentionne le rapport de M. Rolland au Sénat, visait expressément « les jeunes gens nés en France de père et mère nés à l'étranger qui viennent s'établir en France dans l'année de leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française », et, comme l'art. 11, § 2 de la loi du 15 juillet 1889 déclarait que, faute par eux de réclamer contre leur inscription sur les tableaux de recensement aussitôt après la publication de ces tableaux et lors de leur convocation au conseil de révision, leur maintien sur lesdits tableaux équivaudrait pour eux à la déclaration prévue par l'art. 9, § 1 du Code civil. « S'ils se font rayer, déclarait l'art. 11 *in fine* du projet primitif de la loi de 1905, reproduisant l'ancien texte de la loi du 15 juillet 1889, ils seront déchus du bénéfice dudit article » (2).

(1) [Sénat, Séance du 20 janv. 1903, *Déb. parl.*, Sénat, 1903, sess. ord., p. 36. — L'art. 10 du projet élaboré par la Commission de l'armée contenait, en effet, sous six numéros, l'énumération des individus qui, ayant atteint vingt ans révolus dans l'année précédente, seraient portés sur les tableaux de recensement. Rapport de M. Rolland, Sénat, *Doc. parl.*, sess. ord., 1901, p. 529-530. — Cette énumération, d'abord adoptée par le Sénat, le 20 janvier 1903, a disparu en seconde lecture, et l'art. 10 se borne à dire : « Sont portés sur les tableaux de recensement les jeunes gens qui sont Français en vertu du Code civil et des lois sur la nationalité ».]

(2) [Sénat, *Doc. parl.*, sess. ord., 1901, p. 530. Nous croyons utile de donner le texte de l'art. 11 du projet primitif : « Sont portés sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité : 1° Les jeunes gens qui, par application des art. 8 § 3, 8 § 4, 12 § 3 et 18 du Code civil, sont Français, sauf faculté de répudier la nationalité française au cours de leur vingt-deuxième année, lorsqu'il n'aura pas été renoncé, en leur nom et pendant leur minorité, à l'exercice de cette faculté; 2° Les jeunes gens nés en France de père et mère nés à l'étranger qui viennent s'établir en France dans l'année de leur majorité, telle

[Dans la séance du 20 janvier 1903, le Sénat, comme nous l'avons constaté, adopta, en première lecture, le texte proposé par la commission. Lors de la seconde délibération, nous l'avons aussi constaté, dans la séance du 26 mai 1903, le texte actuel de l'art. 11 du projet qui est devenu la loi du 21 mars 1905 fut adopté sans explication du rapporteur ni observation aucune : toute mention d'une option tacite résultant de la soumission au recrutement, d'une déchéance du bénéfice de l'art. 9 C. civ. avait disparu, ainsi que toute énumération des jeunes gens qui doivent être portés sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité. Et ce même texte fut adopté par la Chambre des députés, à la deuxième séance du 9 juin 1904, dans la rédaction même qu'avait adoptée le Sénat dans sa seconde délibération. Le 2 février 1905, le Sénat adopta sans discussion l'art. 11 ; et enfin la Chambre, en deuxième lecture adopta tel quel, dans la séance du 17 mars 1905, cet article, qui a pris place dans la loi du 21 mars (1).]

[En présence de ce texte et de son élaboration législative, il ne paraît pas possible de déclarer déchu de la faculté de répudier la qualité de Français l'individu de l'art. 8-4°, qui n'aurait pas protesté contre son inscription sur les tableaux de recensement. Nous n'admettons pas de déchéance par analogie ; bien plus, nous ne nous croyons pas autorisé à réintégrer dans le texte de la loi une déchéance qui en a été rayée au cours des travaux préparatoires et qui, d'ailleurs, dans le projet primitif lui-même, ne visait pas le cas prévu par l'art. 8-4° C. civ. Et l'analogie qu'on allègue existe-t-elle réellement? L'art. 9 C. civ. vise l'individu qui est né en France et qui n'y est pas domicilié lors de sa majorité. Cet individu peut devenir Français de deux manières : 1° en vertu d'une option expresse pour notre patrie, engagement ou soumission de fixer son domicile en France jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis ; fixation de son domicile dans l'année qui suit cet engagement ou cette soumission ; réclamation de la qualité de Français par une déclaration enregistrée ; 2° par une option tacite qu'elle est fixée par la loi française. — *Ces derniers* peuvent réclamer contre leur inscription aussitôt après la publication des tableaux de recensement et lors de leur convocation au conseil de révision, conformément à l'art. 16 ci-après. S'ils ne réclament pas, leur maintien sur les tableaux de recensement équivaudra pour eux à la déclaration prévue par l'art. 9 § 1 du Code civil. S'ils se font rayer, ils sont déchus du bénéfice dudit article ». Sénat, *Doc. parl., loc. cit.*]

(1) [V. ci-dessus, n. 128 *in fine*.]

résultant du fait de prendre part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité. L'art. 8-4° vise l'individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France et il le déclare Français, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, l'intéressé ne décline la qualité de Français par une déclaration et ne prouve, par une attestation de son gouvernement, qu'il a conservé la nationalité de ses parents et satisfait à la loi militaire de son pays : c'est une faculté de répudiation expresse, sans aucune allusion à une répudiation tacite résultant d'une soumission à la loi française du recrutement. Pas de répudiation tacite dans la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité (art. 8-4° C. civ.); pas de répudiation tacite dans l'art. 11 de la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement. Et l'on comprend que, dans le cas de l'art. 8-4° C. civ., la loi n'ait pas voulu imposer la qualité de Français à quelqu'un qui serait avoir renoncé tacitement à la faculté de la répudier; tandis que, dans le cas de l'art. 9 du même code, elle admet une option tacite équivalant à la déclaration prévue par ce même article.]

[En effet, l'hypothèse prévue par l'art. 9 § 11 du Code civil (loi du 22 juillet 1893) est facile à découvrir : c'est celle d'une *erreur de l'administration*. Le seul tort de cette disposition est de ne pas le dire explicitement. L'art. 9, § 11 devrait être ainsi rédigé : « Si, ayant été porté *par erreur* sur le tableau de recensement » (1). Dans ce cas, ainsi précisé, on comprend que le législateur ait voulu faire profiter d'un avantage celui qui a été ainsi indûment porté sur ce tableau, on comprend aussi que l'intéressé puisse exciper de son extranéité. Le texte est clair et cohérent, si on le comprend ainsi. L'individu non domicilié ne doit pas être inscrit sur les tableaux de recensement, car il est étranger jusqu'à ce qu'il invoque le bénéfice de l'art. 9. Au contraire l'individu domicilié doit y être inscrit, car il est Français sauf faculté de répudiation. Si donc le premier est porté par erreur sur ces tableaux, le § 11 de l'art. 9 édicte pour lui une faveur : s'il a répondu à l'appel de l'administration et a participé aux opérations du recrutement, il est Français sans nulle autre formalité ni démarche quelconque; la loi estime inutile une déclaration dont l'objet serait purement

(1) [Barrault, *De l'acquisition de la nationalité par voie de recrutement militaire,* J. C., 1906, p. 700 et suiv., *præs.* p. 704, 716, 717; Lainé, *note* dans D. P., 1905. 1. 444 et 445; Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1907, p. 135; Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., 1906, n. 75, p. 60. V. cep. Cass. civ., 9 février 1904, D. P., 1905. 1. 441; R. Hubert, J. C., 1902, p. 28.]

formel. En d'autres termes, les jeunes gens domiciliés (art. 8-4°) sont Français provisoirement; donc ils peuvent être inscrits sur les tableaux de recensement et participer aux opérations du recrutement. Les autres (art. 9) sont étrangers; ils ont seulement une vocation à devenir Français en usant d'un droit d'option expresse ou en se laissant incorporer, ce qui est une option tacite équivalant à l'option expresse.]

[Et cette option tacite a même sur l'option expresse un grand avantage : c'est qu'une fois formulée, elle échappe à l'action gouvernementale; elle est définitive; elle ne pourrait être repoussée par l'administration, pour cause d'indignité de l'optant, comme le pourrait être, depuis la loi du 22 juillet 1893, une déclaration proprement dite (1). D'ailleurs, le fils d'étranger ne peut s'assurer lui-même le bénéfice de l'inscription sur les tableaux de recensement, en réclamant, avant toute option, l'inscription de son nom sur les listes du recrutement : le maire, gardien de la légalité, a le devoir de se refuser à une telle inscription, au cas où elle lui serait demandée. Les applications et les inconvénients de la règle de l'art. 9, § 11, supposant une erreur commise par l'administration municipale se réduisent donc nécessairement à peu de chose (2).]

[Quoi qu'il en soit, si l'on persiste à trouver analogues les situations prévues par l'art. 8-4° et l'art. 9 du code civil, si l'on estime que le législateur aurait dû adopter une règle unique pour les deux situations, nous répondrons deux choses : 1° qu'il ne nous appartient pas de combler une lacune de la loi, lacune d'autant plus certaine que le législateur du 21 mars 1905 a intentionnellement rejeté la disposition équivoque de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement (art. 11, § 2), reproduite dans le projet primitif de l'art. 11 *in fine* de la loi de 1905 et limitée à l'hypothèse de l'art. 9 du code civil; 2° que, si l'on veut l'harmonie dans nos lois, il faudrait plutôt rayer l'art. 9, § 11 du code civil que sup-

(1) [Barrault, *loc. cit.*, p. 721; Weiss, *loc. cit.*, p. 136. Pour éviter que la nationalité française puisse être réclamée *comme un droit* par un étranger notoirement indigne, à la faveur de l'inscription qui aurait été faite par erreur sur les tableaux de recensement, une instruction du ministre de la guerre, en date du 30 octobre 1905, prescrit aux préfets de signaler en temps utile aux maires les fils d'étranger nés en France qui ont fait l'objet, pendant la minorité, d'un arrêté d'expulsion; dans le cas où cet arrêté n'a pas été rapporté, lors de l'établissement des tableaux du recensement, les maires doivent refuser d'inscrire les intéressés sur ces tableaux. *R. D. I. P.*, 1906, p. 415.]

(2) [Weiss, *loc. cit.*, p. 136. Cpr. Lainé et Barrault, *ll. cit.*]

pléer dans la loi nouvelle sur le recrutement de l'armée une option tacite qui en a été volontairement exclue (1).]

132. Étrangère épousant un Français. — Elle est Française de plein droit (art. 12, alin. 1 C. civ.). Il en est ainsi malgré sa minorité et malgré aussi toute convention contraire, insérée par exemple dans le contrat de mariage. Les termes impératifs de l'art. 12, le caractère de cette disposition qui vise une question d'état et qui a pour but d'éviter entre les époux les différences de nationalité si fécondes en inconvénients pratiques, tout montre qu'il s'agit ici d'une règle d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent déroger. Il est certain aussi que l'étrangère, devenue Française par son mariage, ne perd pas sa nationalité après son veuvage ou son divorce (2).

Un mariage putatif produira le même effet par rapport à l'époux de bonne foi (3). Mais cette attribution de la nationalité française à la femme n'opère que pour l'avenir (art. 20 C. civ., arg. *à fortiori*), et elle est sans effet pour les enfants légitimes ou naturels que l'étrangère peut avoir au moment de son mariage avec un Français : l'effet collectif que l'art. 12, alin. 2 et 3, attribue à l'acqui-

(1) [La jurisprudence paraît hésitante. D'une part, le tribunal civil de Marseille, par jugement du 18 avril 1907, affirme que la faculté de répudier la nationalité française, au cas de l'art. 8-4°, ne peut être régulièrement exercée qu'à charge par l'intéressé... de déclarer sa volonté dans l'année qui suit sa majorité *et s'il figure sur les listes de recrutement militaire de la classe dont la formation suit cette majorité, de faire la déclaration avant de formuler la demande aux fins de radiation de cette liste.* J. C., 1908, p. 163. D'autre part, dans la même affaire, la cour d'Aix, par arrêt du 6 août 1907, tout en confirmant ce jugement, ne s'est pas approprié sur ce point les motifs du tribunal civil de Marseille. J. C., 1908, p. 822. En tout cas, cet arrêt affirme que l'intéressé, s'il voulait répudier la qualité de Français et par suite de circonstances exceptionnelles ne pouvait produire à cet effet les pièces exigées, « il avait tout au moins le droit, en vertu de l'art. 28 de la loi du 21 mars 1905 et de l'art. 49 de l'instruction ministérielle du 29 décembre 1905, de protester devant le conseil de révision et d'obtenir de celui-ci une décision conditionnelle jusqu'au jugement à intervenir sur la question d'état, tandis qu'aujourd'hui, faute d'avoir usé du moyen que la loi mettait à sa disposition, il se trouve en présence d'une décision inattaquable et définitive ». J. C., 1908, p. 833. Même si l'on ne partage pas la thèse juridique de la cour d'Aix, il sera prudent de donner aux intéressés le conseil d'agir ainsi. D'ailleurs, qu'ils s'agisse du cas de l'art. 8-4° ou de celui de l'art. 9 du code civil, c'est le fait seul de la participation effective aux opérations du recrutement qui vaudrait option tacite, et non l'intention, même avérée, d'y participer. V. Trib. civ. Nice, 30 mars 1908, J. C., 1908, p. 819, et Aix, 18 juin 1908, *ibid.*, 1908, p. 1153 (affaire Ghio).]

(2) Cass., 22 juillet 1863, S., 63. 1. 430.

(3) Bordeaux, 11 mars 1850, D. P., 53. 2. 178.

sition de la nationalité française par la mère est limité à d'autres cas (1) (V. n. 140 *in fine*).

133. Enfants de parents qui ont perdu la qualité de Français. — Le nouvel art. 10 C. civ., depuis la loi de 1889, est ainsi conçu : « Tout individu né *en France ou à l'étranger* de parents *dont l'un a perdu la qualité de Français* pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions de l'art. 9, *à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux, lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger* ». Les passages soulignés indiquent les innovations réalisées par la nouvelle loi. La première modification n'a pour but que de mettre le texte en harmonie avec les principes de notre loi qui consacre le *jus sanguinis*, de telle sorte que l'enfant d'un ex-Français est étranger, qu'il naisse à l'étranger ou en France, sauf, bien entendu, le cas où l'un des parents de cet enfant est lui-même né sur le territoire français (V. nouvel art. 8, n. 3).

En second lieu, conformément à la dernière manière de voir de la jurisprudence (2), la nouvelle loi étend le bénéfice de l'art. 10 à l'enfant d'une ex-Française comme à celui d'un ex-Français.

Troisièmement, les formalités à remplir par l'enfant de l'ex-Français pour obtenir notre nationalité sont celles indiquées par le nouvel art. 9 pour celui qui est né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité, et non par l'ancien art. 9 du code civil. Du renvoi au nouvel art. 9, il résulte que l'enfant pourra, pendant sa minorité, opter pour la nationalité française par l'intermédiaire de ses représentants légaux.

L'art. 10 renvoyant aux conditions de l'art. 9, on en conclut que cela comprend l'obligation de fixer le domicile en France dans l'année qui suit la soumission à la nationalité française (3). Mais cette solution est fort contestable. Le délai d'un an est donné à celui qui est dans le cas de l'art. 9, parce qu'il n'a que jusqu'à 22 ans pour faire sa soumission ; on lui accorde un an après pour se fixer en France et faire sa déclaration : c'est un tempérament de l'obligation d'opter avant 22 ans et une conséquence de cette obligation. Mais celui qui est dans le cas de l'art. 10 peut opter à tout âge ; il doit donc pouvoir, ayant fait sa soumission, fixer son

(1) Toulouse, 22 mai 1880, S., 80. 2. 294. — Bordeaux, 24 mai 1876, S., 77. 2. 109. — Cpr. *Contrà :* Nancy, 25 mars 1890, D. P., 91. 2. 89 et la note de M. de Boeck.

(2) Cass., aff. Hess, J. C., 1892, p. 86 et 223.

(3) Arrêt solennel de la Cour de cassation du 9 déc. 1896, D. P., 97. 1. 161.

domicile et faire sa déclaration à tout âge aussi et sans délai d'un an depuis sa soumission. De là une aggravation du système suivant lequel il ne peut être expulsé quand il a fait sa soumission, car alors il peut, toute sa vie, et non pas seulement jusqu'à 23 ans, braver l'autorité comme candidat perpétuel à la nationalité. C'est pour éviter ce résultat que la Cour de cassation semble n'avoir écarté l'effet d'un arrêté d'expulsion que si l'étranger fait sa déclaration dans l'année qui suit l'établissement de son domicile en France, violant ainsi l'art. 10 C. civ., qui ne peut, sur ce point, renvoyer à l'art. 9 (').

La nouvelle loi maintient d'ailleurs, pour l'enfant de l'ex-Français, la faculté de réclamer la nationalité de notre pays à tout âge, sans effet rétroactif (loi de 1889, nouvel art. 20). De plus, vu l'identité des termes, il faut décider, aujourd'hui comme autrefois, que le bénéfice de l'art. 10 ne s'applique qu'aux enfants du premier degré et non aux petits-enfants.

Mais l'innovation principale consiste à priver du bénéfice de l'art. 10 l'enfant de l'ex-Français qui remplit les conditions suivantes :

1° Être domicilié en France à l'époque de sa majorité;

2° Être appelé sous les drapeaux.

Ces deux conditions étant réalisées, l'enfant de l'ex-Français ne peut plus opter pour la nationalité de notre pays quand il revendique la qualité d'étranger. Mais il est à remarquer que l'ancienne loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement militaire ne prévoyait l'appel sous les drapeaux des fils d'ex-Français qu'autant que leurs parents avaient recouvré la nationalité française et qu'ils étaient mineurs lorsque leurs parents sont redevenus Français (V. art. 11); ce qui était logique, puisque ces enfants restent étrangers jusqu'à ce que leurs parents aient été réintégrés dans leur ancienne patrie (art. 18 C. civ.). Il était donc difficile de voir quand le cas prévu par l'art. 10 C. civ. pourra se produire, puisque l'enfant de l'ex-Français non réintégré est étranger et ne doit

(') V. Lainé, J. C., 1898, p. 181. [Si en ce qui concerne l'art. 10 C. civ., la jurisprudence est fixée depuis l'arrêt des Chambres réunies du 9 décembre 1896 et admet qu'en effet, dans ce cas, un arrêté d'expulsion ne fait pas obstacle à l'acquisition de la qualité de Français, il n'en est pas de même au cas de l'art. 8, § 4 du même Code : en pareil cas, la jurisprudence admet que l'arrêté d'expulsion empêche l'acquisition de la nationalité française. Trib. corr. Marseille, 1er déc. 1906, J. C., 1907, p. 750 et la note; Trib. Nice, 30 mars 1908, J. C., 1908, p. 819; Aix, 18 juin 1908, J. C., 1908, p. 1153 (aff. Ghio); Cass. crim., 20 fév. 1908, J. C., 1908, p. 1157. — *Contra* Paris, ch. corr., 18 nov. 1907, J. C., 1908, p. 502.]

pas être appelé sous les drapeaux. On pouvait, il est vrai, penser que l'art. 10 suppose, comme l'art. 9, que l'individu en question s'est laissé convoquer avec la classe à laquelle il appartient d'après son âge, et interprète son défaut de protestation comme une option pour la nationalité française. Mais pourquoi l'art. 10 dit-il formellement qu'il s'agit d'un individu appelé à *l'époque de sa majorité*, c'est-à-dire dans les termes de la loi de 1889 sur le recrutement (art. 11), alors que, d'après son texte, cette dernière loi était inapplicable ? L'antinomie paraissait insoluble. — Dans tous les cas, il était certain que, appelé sous les drapeaux *à sa majorité*, le fils de l'ex-Français qui se faisait rayer des listes du recrutement était déchu de la faculté de devenir Français par l'art. 10, comme celui qui était né en France de parents étrangers et qui agissait de même était privé de la faculté d'option accordée par l'art. 9 (arg. des alin. 2 et 3 de l'art. 11, loi du 15 juillet 1889). Si, au contraire, l'appel avait lieu pendant la minorité, le fils de l'ex-Français ne pouvait pas avoir perdu la faculté d'acquérir la nationalité en usant de l'art. 10 (1).

[Aujourd'hui, la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement ne contient plus cette disposition de l'art. 11 § 3 de la loi du 15 juillet 1889 visant le cas de l'art. 10 du Code civil pas plus que celle de l'art. 11 § 2 de la même loi visant le cas de l'art. 9 du même Code. Cette disposition avait déjà disparu du projet primitif de la loi de 1905 soumis au Sénat par la commission de l'armée et adopté dans la séance du 20 janvier 1903 (Sénat, *Déb. parl.*, 1903, sess. ord., p. 39). Elle n'y fut pas réintégrée dans la séance du 26 mai 1903, lorsque le texte définitif de l'art. 11 fut adopté, après avoir été allégé, dans l'intervalle qui sépara la première et la seconde délibération sénatoriales, de toute énumération et de la disposition obscure empruntée à l'art. 11 § 2 de la loi du 15 juillet 1889. Il n'y a donc plus lieu de se préoccuper de la combinaison de l'art. 10 avec l'art. 11 de la nouvelle loi du recrutement du 21 mars 1905 qui ne vise pas l'art. 10 du Code civil. Il n'y a qu'à s'en tenir à la disposition de cet article même; tout individu né en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Français pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'art. 9, à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger.]

(1) Cass., 26 octobre 1891, J. C., 1891, p. 1226.

[Toute difficulté n'est pas écartée pour cela; mais l'art. 10 du Code civil, supposant un appel sous les drapeaux, lors de sa majorité, d'un jeune homme qui n'est pas Français, se place, sans le dire, comme l'art. 9 du même Code, dans l'hypothèse d'une erreur de l'administration; si, devant cette erreur, l'intéressé ne proteste pas, il ne pourra pas plus tard — à tout âge, comme le dit l'art. 10 — réclamer la nationalité française à laquelle lui donnait droit sa qualité de fils d'un ex-Français ou d'une ex-Française (1).]

Il a été jugé que l'individu né en France de parents dont l'un y est né aussi et qui a réclamé la qualité d'étranger conformément à la loi du 7 février 1851, avant la loi du 26 juin 1889, ne peut, après la promulgation de cette dernière loi, invoquer l'art. 10, pour devenir Français à tout âge, comme né d'une femme française devenue étrangère par son mariage avec un étranger (2). Cette solution a été combattue dans une savante consultation de MM. L. Renault et Waldeck-Rousseau. On peut objecter que l'art. 10 permet à l'enfant d'un ex-Français ou d'une ex-Française de devenir Français *toujours*, c'est-à-dire à n'importe quel âge, et aussi quels que soient les événements passés, même une option pour la nationalité étrangère. D'autre part, la déchéance du droit de devenir Français n'existait pas avant la loi de 1889; celle-ci ne l'a établie, pour le cas de l'art. 10 *in fine*, c'est-à-dire quand le fils de l'ex-Français invoque la qualité d'étranger afin de se soustraire au service militaire, que pour l'avenir, sans enlever le droit acquis résultant de l'ancien art. 10. Du reste, pourquoi l'art. 10 nouveau aurait-il créé cette déchéance, dans le cas spécial qu'il prévoit, si elle avait existé auparavant d'une manière générale pour toute option en faveur de la nationalité étrangère?

[Une question neuve et intéressante s'est posée récemment au sujet de l'art. 10 C. civ. L'enfant d'une femme qui aurait pu invoquer le bénéfice de l'art. 8 § 4 C. civ., mais qui, par son mariage avec un étranger pendant sa minorité, est devenue incontestablement étrangère et n'a pu ainsi, à sa majorité, acquérir la qualité de Française en vertu de l'art. 8 § 4, peut-il se prévaloir de l'art. 10? Non : l'union contractée au cours de la minorité anéantit en la personne de la femme française un droit réellement exis-

(1) [Cpr. Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., 1907, p. 684-685; Audinet, *op. cit.*, 2e édit., 1906, n. 82, p. 67.]

(2) Douai, 6 oct. 1894, J. C., 1895, p. 1066.

tant, celui en vertu duquel elle est Française de naissance (art. 19); cette union a atteint plus sûrement encore, dans ses effets, un droit qui, au lieu d'être certain et depuis longtemps acquis, était purement conditionnel. La mère de l'intéressé n'avait qu'une simple aptitude à acquérir la nationalité française; cette aptitude s'est évanouie par son mariage avec un étranger (dans l'espèce, un Italien), qui lui a fait acquérir la nationalité étrangère. L'enfant dont il s'agit n'est donc pas le fils d'une ex-Française et ne peut invoquer l'art. 10 C. civ. (1).]

134. Descendants des protestants émigrés à la suite de la révocation de l'Edit de Nantes en 1685. — La loi des 9-15 décembre 1790, art. 22, leur permet, à quelque degré qu'ils soient de leur ascendant primitivement émigré, que ce soit un aïeul ou une aïeule, de devenir Français, sous la seule condition de fixer leur domicile en France. Le serment civique jadis exigé d'eux n'existe plus aujourd'hui. Ceux qui étaient déjà nés au moment de la promulgation de la loi de 1790 et qui ont usé de celle-ci sont devenus Français du jour de la promulgation; ceux qui, nés depuis, ont fixé leur domicile en France, l'étaient du jour de leur naissance. Quant aux mineurs, ils ne peuvent invoquer le bénéfice de cette loi qu'avec l'autorisation de leur père, ou de leur mère, ou du conseil de famille. On a cru à tort, pendant quelque temps, que la loi de 1790 ne pouvait s'appliquer à ceux qui avaient perdu la qualité de Français par une des causes indiquées au code civil, comme l'établissement à l'étranger sans esprit de retour ou l'acceptation de fonctions publiques. La loi de 1790 crée une manière particulière de devenir Français qui ne produit son effet que si ceux qui l'invoquent rentrent en France : elle ne saurait donc être écartée par des faits antérieurs au moment où cette dernière condition se réalise (2); on ne peut faire perdre la qualité de Français à quelqu'un qui ne l'a pas encore.

La loi du 26 juin 1889, art. 4, consacre le maintien de la loi de 1790, en y ajoutant deux précisions que nous soulignons : « Les descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions de la loi du 15 décembre 1790, *mais à la condition d'un décret spécial pour chaque demandeur. Ce décret ne produira d'effet que pour l'avenir* ».

(1) [Trib. civ. Nice, 19 juin 1907 et Aix (1re ch.), 19 déc. 1907, J. C., 1908, p. 498; *Sic* J. C., quest. 175, 1908, p. 1093.]

(2) Aix, 15 mars 1866, S., 66. 2. 171.

L'ancienne acquisition par le bienfait de la loi est transformée en une naturalisation de faveur ou plus facile, le gouvernement pouvant toujours refuser le décret qui la concède. Les individus devenus ainsi Français ne subissent pas de restriction quant à l'éligibilité politique, ces restrictions n'étant imposées par l'art. 3 de la loi de 1889 qu'aux naturalisés proprement dits, comme nous le verrons plus loin. Il n'y a pas non plus, en pareil cas, d'effet collectif, un décret spécial étant exigé pour chacun de ceux qui veulent bénéficier de la loi de 1790.

135. Contrôle des déclarations faites au sujet de la nationalité. — L'art. 9 modifié en 1889 exigeait que la déclaration faite pour réclamer la nationalité par un individu né en France de parents dont aucun n'y est né, et non domicilié à sa majorité dans notre pays, fût enregistrée au ministère de la justice. Des divergences s'étaient manifestées en doctrine et en jurisprudence sur le caractère de cette formalité : la loi de 1893 lève tous les doutes en modifiant le premier alinéa de l'art. 9 dont la partie finale est maintenant ainsi conçue... « par une déclaration qui sera, *à peine de nullité*, enregistrée au ministère de la justice ».

Mais cette formalité, désormais indispensable, donne lieu à un contrôle qui peut se manifester à deux points de vue : 1° en ce qui concerne la régularité de la déclaration; 2° relativement à l'appréciation de la moralité du déclarant qui demande à être investi de notre nationalité.

I. **Contrôle de la régularité de la déclaration.** — Sous l'empire de la loi de 1889, il a été décidé que le ministre de la justice ne pouvait pas se faire juge de la régularité de la déclaration qu'il est chargé de recevoir ni, par conséquent, refuser l'enregistrement pour défaut d'observation des formalités exigées par la loi (1).

C'est ce qui a provoqué la disposition suivante dont la loi de 1893 a fait le second alinéa de l'art. 9 :

« *L'enregistrement sera refusé s'il résulte des pièces produites que le déclarant n'est pas dans les conditions requises par la loi, sauf à lui à se pourvoir devant les tribunaux civils, dans la forme prescrite par les articles 855 et suivants du code de procédure civile* ».

Ainsi l'enregistrement de la déclaration peut être refusé, par exemple s'il n'est pas établi que le déclarant est né en France, ou si l'on estime qu'il a dépassé sa vingt-deuxième année à l'époque

(1) Cass., 26 oct. 1891, J. C., 1891, p. 1226.

où il a fait sa soumission de fixer son domicile en France, ou qu'il ne l'y a pas établi dans l'année qui suit l'acte de soumission. Mais le refus d'enregistrement peut être déféré aux tribunaux civils qui sont saisis et statuent dans les formes prescrites pour la rectification des actes de l'état civil.

Comme il faut éviter que le déclarant ne soit à la merci des lenteurs administratives et n'ait sa condition tenue en suspens au point de vue de la nationalité, le nouvel alinéa 2 de l'art. 9 contient la disposition suivante : « *La notification motivée du refus devra être faite au réclamant dans le délai de deux mois à partir de sa déclaration* ». De ce texte, il résulte que, ce délai expiré, la déclaration est réputée acceptée et que l'enregistrement est obligatoire pour le ministre; sinon le but de la loi ne serait pas atteint.

Le nouvel alinéa 8 de l'art. 9 étend les dispositions qui précèdent, relatives au refus d'enregistrement pour défaut d'observation des conditions prescrites par la loi, aux déclarations ayant pour but de *décliner* la nationalité française et que peuvent faire les personnes suivantes : 1° les individus nés en France d'une mère étrangère qui elle-même y est née (art. 8, n. 3, al. 1, d'après la loi de 1893); 2° les enfants naturels nés en France quand leur parent qui y est né n'est pas celui dont ils doivent suivre la nationalité en raison de la reconnaissance (art. 8, n. 3, al. 2, loi de 1893); 3° ceux qui sont nés en France d'étrangers qui n'y sont pas nés et qui sont domiciliés dans notre pays à leur majorité (art. 8, n. 4); 4° les enfants mineurs du père ou de la mère survivant qui se fait naturaliser Français (art. 12 C. civ.); 5° les enfants mineurs du père ou de la mère réintégré dans la nationalité française (art. 18). Voici, en effet, le texte du nouvel alinéa 8 de l'art. 9 : « *Les règles relatives à l'enregistrement prescrites par les paragraphes 2 et 3 du présent article sont applicables aux déclarations faites en vue de décliner la nationalité française, conformément à l'article 8, paragraphes 3 et 4, et aux articles 12 et 18* » (1). On se défend ainsi contre des répudiations de la nationalité trop faciles parce qu'elles seraient sans contrôle, aussi bien que contre des récla-

(1) Le législateur de 1893, rompant avec la terminologie habituelle, appelle paragraphes les alinéas du nouvel article 9; il qualifie de même les numéros de l'art. 8 qui sont subdivisés eux-mêmes en alinéas semblables aux prétendus paragraphes de l'art. 9. Ce langage inexact est une source de confusion, sans compter qu'il n'est pas facile de trouver, d'après un numéro, un des 11 alinéas de l'art. 9 qui ne sont pas numérotés.

mations de la qualité de Français non justifiées par une exacte observation des conditions légales.

II. **Contrôle au point de vue de la moralité du déclarant.** — Le nouvel alinéa 4 de l'art. 9 organise ce contrôle de la manière suivante : « *L'enregistrement pourra en outre être refusé, pour cause d'indignité, au déclarant qui réunirait toutes les conditions légales; mais, dans ce cas, il devra être statué, le déclarant dûment avisé, par décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'Etat, dans le délai de trois mois à partir de la déclaration, ou s'il y a eu contestation, du jour où le jugement qui a admis la réclamation est devenu définitif* ». L'alinéa 5 ajoute : « *Le déclarant aura la faculté de produire devant le Conseil d'Etat des pièces et des mémoires* ».

Ainsi disparaît le caractère de *bienfait de la loi* que l'art. 9 attribuait à l'acquisition de la qualité de Français dans le cas prévu par lui : le déclarant ne peut plus réclamer comme un droit la nationalité de notre pays; on peut la lui refuser pour cause d'indignité, de sorte qu'il n'a plus ainsi que les avantages d'une naturalisation plus facile en raison de sa naissance sur notre territoire. Cette innovation a été provoquée par des décisions de la jurisprudence, d'après lesquelles un arrêté d'expulsion, pris contre un étranger susceptible d'invoquer le *bienfait de la loi*, ne faisait pas obstacle à ce que l'expulsé fixât son domicile en France, afin de remplir les conditions légales pour l'obtention de la nationalité et profiter ainsi du *droit acquis*, en vertu de la loi elle-même, de devenir Français (1). Le gouvernement est ainsi armé contre ceux qui, reconnus indignes, spécialement par un arrêté d'expulsion pris contre eux, voudraient s'imposer comme nationaux. Il est à remarquer, du reste, que la loi nouvelle ne tranche pas directement la question de savoir si l'on peut expulser un étranger en situation de devenir Français par une déclaration; elle permet seulement de paralyser l'effet de cette déclaration, en refusant l'enregistrement nécessaire pour cause d'indignité. On pourrait même conclure, à la rigueur, de la précaution qu'il a prise, que le législateur n'admet pas l'effet d'une expulsion pour empêcher l'étranger de fixer son domicile en France en vue d'acquérir la nationalité, puisque le contrôle du gouvernement ne se manifeste qu'après que cette condition est remplie et quand il faut accorder l'enregistrement : ce contrôle deviendrait inutile à ce moment si

(1) Cass., 27 oct. 1891, J. C., 1891, p. 223. — Cpr. Cass. crim., 19 déc. 1891, *ibid.*, 1892, p. 690. — [*Sic* Alger, ch. corr., 1er janv. 1907, J. C., 1909, p. 496.]

l'on pouvait arrêter avant la déclaration elle-même en interdisant le séjour en France. Mais le refus d'enregistrement pouvant être motivé par toute cause d'indignité, même en dehors du cas d'expulsion, il est plus vrai de dire que, la loi de 1893 ne prévoyant pas spécialement et uniquement ce dernier cas, la question de savoir si l'étranger placé dans l'hypothèse de l'art. 9 peut être expulsé demeure entière (V. n. 37-1° b).

Pour éviter l'arbitraire dans les décisions du gouvernement, la loi exige que le décret refusant l'enregistrement soit *approuvé* par le Conseil d'Etat : ce dernier juge alors comme un véritable tribunal, puisque l'intéressé, régulièrement avisé, peut produire des moyens de défense devant lui; seulement c'est un tribunal qui n'est pas directement saisi et dont la mission se borne à apprécier, souverainement d'ailleurs, le bien fondé d'une mesure que le gouvernement doit lui soumettre. Cette curieuse innovation est évidemment une concession faite à la situation privilégiée de l'étranger né en France, alors que, pour la naturalisation proprement dite, le chef de l'Etat accorde ou refuse le décret, même sans avis du Conseil d'Etat depuis la loi de 1889 (nouvel art. 8 *in fine*).

Sans insister sur ce que présentent d'anormal, au point de vue de notre droit administratif, la nécessité de l'approbation du Conseil d'Etat dont les avis, souvent exigés, ne lient jamais le gouvernement, et le contrôle absolu qui est attribué à cette haute assemblée dans une question relevant, par sa nature politique, de la seule initiative du gouvernement, bornons-nous à constater que le législateur de 1893 a fait un retour vers une ancienne pratique que rien ne justifie plus. La loi du 3 décembre 1849 exigeait aussi, pour la naturalisation, l'avis *conforme* du Conseil d'Etat alors indépendant du pouvoir exécutif au point de vue de son recrutement; mais, dans la loi de 1867, on ne demandait plus que son avis sans exiger son approbation (avis que ne prescrit même plus la loi du 26 juin 1889), parce que les conseillers d'Etat, nommés par le chef du pouvoir exécutif, ne pouvaient plus remplir à l'égard de ce dernier qu'une mission consultative et non de contrôle souverain, Or, il en est de même aujourd'hui, et c'est ce qu'on paraît avoir oublié dans la rédaction du nouvel art. 9, alinéa 4 (1).

Etant donné le but que s'est proposé le législateur de 1893, il

(1) V. Despagnet, *Le Rôle du Conseil d'Etat dans la naturalisation, Rev. du droit public et de la science politique,* 1895, p. 113.

semble bien que le refus d'enregistrement pour cause d'indignité doit pouvoir s'appliquer aux enfants d'ex-Français faisant leur déclaration à l'effet de devenir Français conformément à l'art. 10 C. civ. C'est pour ce cas en particulier que la Cour de cassation avait décidé, le 27 octobre 1891, qu'un arrêté d'expulsion ne pouvait pas faire obstacle à l'établissement du domicile en France afin de devenir Français par le bienfait de la loi. Le danger est d'autant plus grand dans ce dernier cas, que l'enfant d'un ex-Français peut réclamer notre nationalité à tout âge, ce qui implique la nécessité d'une enquête plus sérieuse sur sa vie et ses tendances nationales, tandis que, dans le cas de l'art. 9, il s'agit d'une personne âgée au plus de vingt-trois ans, dont généralement les actes et surtout les opinions n'auront pu encore provoquer un blâme ni inspirer des soupçons.

Il n'est pas douteux que, dans la pensée du gouvernement comme dans celle du Parlement, le cas de l'art. 10 était même, au point de vue du refus d'enregistrement pour cause d'indignité, beaucoup plus visé que celui de l'art. 9, et ce sont surtout des exemples entrant dans le premier cas qui sont indiqués dans le rapport de M. Delsol au Sénat sur la modification de l'art. 9. Mais la loi de 1893 répond bien mal à cette pensée et c'est dans l'interprétation assez délicate des travaux préparatoires, non dans le texte du nouvel art. 9, qu'il faut chercher ce que le législateur a voulu dire.

En effet, l'art. 9, alinéa 4, ne prévoit le refus d'enregistrement pour cause d'indignité qu'à l'égard de l'individu né en France qui réclame la qualité de Français. Puis l'alinéa 8 étend aux articles 8 (n. 3 et 4), 12 et 18 les dispositions relatives au refus d'enregistrement pour *irrégularité* de la déclaration contenues dans les alinéas 2 et 3 de l'art. 9. Il n'est nullement question de l'art. 10; par argument *a contrario*, très probant quand il s'agit de mesures exceptionnelles et susceptibles d'entraîner des déchéances, on peut en conclure que le cas de l'art. 10 ne reçoit pas l'extension des règles contenues dans l'art. 9; d'autant mieux que l'art. 9, alinéa 8, ne fait cette extension aux cas des art. 8, 12 et 18 que pour le refus d'enregistrement motivé par *l'irrégularité*, le seul dont il puisse être question pour la déclaration en vue de *décliner* la nationalité dont parlent les art. 8, 12 et 18, tandis que l'appréciation de la *dignité* du requérant n'a sa raison d'être que pour celui qui, comme dans l'hypothèse de l'art. 10, *réclame* la qualité de Français.

On a cependant pensé (c'est la seule explication possible), que, l'art. 10 exigeant que la déclaration pour devenir Français soit faite *aux conditions fixées par l'art. 9*, et ce dernier article autorisant aujourd'hui le refus d'enregistrement pour cause d'indignité, cette dernière règle s'applique désormais au cas de l'art. 10.

Mais l'art. 10 n'ayant même pas été rappelé dans la loi de 1893, n'est-on pas autorisé à dire que son texte, resté sans modifications, ne renvoie qu'à l'art. 9 ancien tel que l'avait écrit le législateur de 1889 sans la disposition relative au refus d'enregistrement pour cause d'indignité, l'art. 10 ne pouvant pas se référer à un texte qui n'existait pas encore?

Malgré tout, pour éviter une incohérence qui est bien dans le texte de la loi et non dans la pensée de ses auteurs, il faut se résigner à se contenter de l'argument très faible que l'on tire de ces mots de l'art. 10 : « *aux conditions fixées par l'art. 9* ». Il en résulte que, dans le cas de l'art. 10 comme dans celui de l'art. 9, l'enregistrement de la déclaration peut être refusé pour cause d'indignité. Ainsi la nationalité ne peut plus être réclamée comme un droit en satisfaisant à certaines conditions, sauf par la femme étrangère épousant un Français; ce que l'on appelait le *bienfait de la loi* n'existe donc plus, un décret d'admission étant d'ailleurs nécessaire, d'après la loi de 1889, aux descendants des émigrés pour cause de religion qui invoquent la loi du 15 décembre 1790.

Malgré les contrôles organisés par la loi de 1893, les déclarants ne doivent pas souffrir des lenteurs que ces contrôles entraînent : de là la disposition de l'alinéa 7 de l'art. 9 : « *La déclaration produira-ses effets du jour où elle aura été faite, sauf l'annulation qui pourra résulter du refus d'enregistrement* ». Ainsi, la déclaration faite, le requérant jouit de tous les avantages attachés à la qualité de Français, sauf l'effet de la condition résolutoire et rétroactive du refus d'enregistrement.

136. Preuve et publicité des déclarations. — La preuve que la déclaration a été faite et acceptée est organisée, dans l'intérêt du déclarant lui-même, après que les délais de notification pour le refus d'enregistrement sont expirés, par l'alinéa 6 de l'art. 9 : « *A défaut des notifications ci-dessus visées dans les délais sus-indiqués, et à leur expiration, le Ministre de la justice remettra au déclarant, sur sa demande, une copie de sa déclaration, revêtue de la mention de l'enregistrement* ».

La publicité des déclarations est réglée par l'alinéa 9 : « *Les déclarations faites, soit pour réclamer, soit pour décliner la qualité*

de Français doivent, après enregistrement, être insérées au Bulletin des lois. Néanmoins, l'omission de cette formalité ne pourra pas préjudicier aux droits des déclarants ». Etant donné le but que s'est proposé le législateur, cette publication doit être faite pour toutes les déclarations concernant la nationalité, même pour celle que la loi de 1893 n'a pas formellement prévue, c'est-à-dire pour celle de l'art. 10.

II. La naturalisation.

137. Le mot Naturalisation est susceptible de trois acceptions : dans un sens très large, il désigne tout changement de nationalité résultant d'un fait quelconque; d'une manière plus restreinte, il signifie tout moyen indiqué par les lois pour obtenir la nationalité. Enfin, dans le sens le plus strict, celui dans lequel le mot est pris dans le présent paragraphe, on entend par Naturalisation : la concession de la qualité de national faite par l'autorité compétente à l'étranger qui la demande.

138. Ancien Droit. — Avant 1789, la naturalisation s'opérait par la remise de *lettres de naturalité*, délivrées par le Roi en grande chancellerie. Ces lettres étaient individuelles et ne s'étendaient pas à la famille du naturalisé; d'autre part, elles n'opéraient que pour l'avenir. Les lettres *de déclaration de naturalité* étaient, au contraire, collectives et rétroactives; on les accordait aux habitants des pays sur lesquels les rois de France invoquaient des droits de souveraineté qui, en fait, n'étaient pas reconnus; il était alors logique de déclarer Français les habitants du Milanais, de Naples, des Flandres, etc. Souvent aussi la naturalisation résultait, comme un droit acquis, de l'accomplissement de certaines conditions, par exemple l'établissement aux colonies, le service dans l'armée, le travail dans des manufactures privilégiées. La naturalisation n'était d'ailleurs accordée qu'aux catholiques, sauf exceptions, comme pour Law, le maréchal de Saxe et Necker qui étaient protestants, et ne produisait son effet qu'après que l'étranger avait fixé son domicile en France; les lettres de naturalité devaient aussi être vérifiées à la Chambre des comptes du domicile du naturalisé et à la Chambre du domaine. Le naturalisé était sur quelques points traité autrement que le Français d'origine : il ne pouvait notamment aspirer aux hautes fonctions ecclésiastiques (Ordonn. de Blois de mai 1579, art. 4).

De 1789 jusqu'à la promulgation du code civil, il est peu de matières qui aient été aussi souvent remaniées que celles de la naturalisation. Les conditions exigées pour devenir Français ont

varié dans la loi des 30 avril-2 mai 1790; dans les constitutions des 3-14 septembre 1791, art. 3 et 4, tit. II; du 24 juin 1793, art. 4, du 5 fructidor an III, tit. II, art. 10 et enfin du 22 frimaire an VIII, tit. I, art. 3. Du reste, pour caractériser toutes ces lois, sauf la constitution du 3 septembre 1791 (1), il suffit de remarquer qu'elles font résulter l'obtention de la nationalité française de l'accomplissement de certaines conditions, sans que le gouvernement ait à intervenir pour l'accorder ou la refuser suivant son appréciation. La naturalisation de l'époque révolutionnaire ressemble donc beaucoup plus à ce que nous appelons aujourd'hui le bienfait de la loi qu'à la naturalisation proprement dite. Les conditions prescrites étaient souvent d'une application facile, par exemple acquérir une propriété en France, épouser une Française, adopter un enfant, nourrir un vieillard, vivre en France de son travail. Depuis on a même proposé d'aller plus loin et de faire de la naturalisation un droit pour quiconque le solliciterait : mais ceux qui ont soutenu cette manière de voir, comme Laurent, n'ont pas tenu compte du droit de conservation de l'Etat qui doit avoir la faculté d'écarter les indignes ou ceux qui offrent un danger pour lui.

Après la promulgation du code civil, la Constitution de l'an VIII demeura en vigueur; mais, pour donner au gouvernement la faculté d'écarter ceux qui ne lui paraîtraient pas dignes, un avis du Conseil d'Etat des 18-20 prairial an XI décida que le stage de dix ans en France, prescrit par la Constitution de l'an VIII, ne produirait effet pour la naturalisation qu'autant qu'il aurait été autorisé par le gouvernement, conformément à l'art. 13 C. civ. (2). Plus tard, le décret du 17 mars 1809 disposa même que, toutes les conditions légales une fois remplies, la naturalisation ne serait acquise qu'après l'obtention de *lettres de naturalisation* émanant du chef de l'Etat. Ainsi la naturalisation reprenait, comme sous l'ancien régime, son vrai caractère de concession gracieuse. Déjà, le sénatus-consulte du 26 vendémiaire an XI avait créé la naturalisation extraordinaire ou privilégiée, en permettant au gouvernement de réduire le stage pour les étrangers qui avaient rendu des

(1) Cette constitution, tit. II, art. 4, organise la naturalisation comme concession gracieuse du *pouvoir législatif;* v. aussi Const. de 1793, art. 4.

(2) Cet avis n'ayant pas été inséré au *Bulletin des Lois,* la pratique lui refusa le caractère obligatoire (Décisions du ministre de la Justice, 16 fév. 1825 et 14 août 1830).

services à la France. D'après le sénatus-consulte du 19 février 1808, le stage pouvait même être supprimé en pareil cas.

L'ordonnance du 14 juin 1814 créa ensuite la *grande naturalisation*, qui était accordée, après approbation des deux Chambres, aux étrangers ayant rendu de grands services au pays, et qui, seule, donnait le droit de siéger à la Chambre des pairs ou à celle des députés. Puis, la constitution du 4 novembre 1848 n'établissant aucune différence (art. 25 et 26) au point de vue de l'éligibilité politique, la grande naturalisation se trouva supprimée. Auparavant, le décret du 28 mars 1848 avait permis au ministre de la justice de naturaliser tout étranger après un stage de cinq ans. Mais la loi du 3 décembre 1849, en rétablissant les trois naturalisations, ordinaire, extraordinaire ou privilégiée et la grande naturalisation, rendit au pouvoir exécutif le droit de statuer sur cette matière. La grande naturalisation disparut encore par le décret-loi du 2 février 1852, art. 12 et 26, sur les élections.

La loi du 29 juin 1867 refondit ensuite la matière de la naturalisation, en exigeant trois conditions du requérant : âge de 21 ans, domicile autorisé en France d'après l'art. 13 C. civ., stage de trois ans. Les décrets de circonstance des 12 septembre, 26 octobre et 19 novembre 1870, en faveur des étrangers venus pour défendre notre pays envahi, n'eurent plus d'application après la guerre.

139. Loi du 26 juin 1889. — La nouvelle loi a particulièrement pour but de faciliter la naturalisation aux nombreux étrangers qui résident sur notre territoire ; aussi, tout en maintenant les anciennes règles de la loi de 1867, ajoute-t-elle de nouveaux cas dans lesquels la naturalisation peut être obtenue.

L'ancienne législation est maintenue par les dispositions suivantes : « Peuvent être naturalisés : 1° les étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France conformément à l'article 13 ci-dessous, après trois ans de domicile en France, à dater de l'enregistrement de leur demande au ministère de la justice ; 2° les étrangers admis à fixer leur domicile en France, après un an, s'ils ont rendu des services importants à la France, ou s'ils y ont apporté des talents distingués ou s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ou s'ils ont créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles, ou s'ils ont été attachés, à un titre quelconque, au service militaire dans les colonies ou les protectorats français » (art. 8 C. civ., modifié par la loi de 1889).

Les innovations se résument dans les deux points suivants.

(n. 2 et 4 du 5e alinéa, art. 8) qui se comprennent sans commentaires : 1° La naturalisation peut être obtenue par celui qui justifie d'une *résidence* non interrompue en France pendant dix ans, que la résidence ait lieu durant la minorité ou après la majorité, sans qu'elle ait besoin d'être précédée d'une déclaration, sauf à la prouver par tous les moyens possibles; le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français est assimilé à la résidence en France; 2° l'étranger qui a épousé une Française peut se faire naturaliser après une année de domicile autorisé conformément à l'art. 13; la femme doit, dans ce cas, être Française au moment du mariage (1).

D'ailleurs la naturalisation conserve toujours son caractère de concession gracieuse : « Il est statué par décret sur la demande de naturalisation, après une enquête sur la moralité de l'étranger » (Nouvel art. 8 *in fine*). D'après la nouvelle rédaction, le décret de naturalisation est rendu sans qu'il soit besoin de prendre l'avis du Conseil d'Etat, et il produit son effet du jour de son insertion au *Bulletin des lois*. Par conséquent, cette insertion est nécessaire (2). Le rejet de la demande a lieu aussi par décret notifié par le préfet pour établir la cessation de l'autorisation de domicile (art. 13, alin. 2 C. civ.).

Observons enfin que la loi de 1889, en ne reproduisant pas la disposition de la loi de 1867 d'après laquelle les demandes d'admission à domicile n'étaient acceptées que si les pétitionnaires avaient 21 ans, laisse toute latitude pour apprécier cette question de capacité. Par conséquent, on devra exiger que le requérant soit capable de changer sa nationalité d'après son statut personnel.

Une disposition dans ce sens avait été ajoutée par le Sénat à la fin du nouvel art. 8 C. civ.; elle fut retirée sur les instances du garde des sceaux qui annonça que la question serait fixée par le règlement d'administration publique de la loi sur la nationalité. Mais le décret du 13 août 1889 qui contient ce règlement ne dit rien à ce sujet. Cependant, d'après les principes généraux du statut personnel et d'après le sens de l'art. 3, alin. 3 C. civ.,

(1) Au point de vue fiscal, le naturalisé doit payer, sauf dispense souvent accordée, deux droits de chancellerie de 175 fr. 25 c. chacun, l'un en demandant à fixer son domicile en France, l'autre en demandant la naturalisation. — Malgré la demande du Sénat, la suppression de ces droits fiscaux n'a pas été acceptée par la Chambre dans le vote de la loi du 26 juin 1889.

(2) Cass., 16 juillet 1894, S., 94. 1. 457. — Cpr. jurisprudence antérieure. Paris, 12 mai 1893, J. C., 1893, p. 847.

malgré la disposition contraire que nous avons déjà signalée dans le nouvel art. 9 C. civ., nous pensons que la loi nationale de celui qui sollicite la naturalisation doit seule être appliquée. On peut objecter que toutes les anciennes lois exigent pour la naturalisation la majorité de la loi française. Jusqu'en 1889, le mineur de 21 ans ne pouvait pas devenir Français et la loi nouvelle ne le lui permet qu'à certaines conditions (art. 9 et 10 C. civ.), sans parler du cas de la naturalisation : ce qui semble indiquer que, pour celle-ci, elle exige toujours l'âge de 21 ans. Bien mieux, elle s'est toujours prononcée dans le sens de la majorité française dans les cas où la question était autrefois discutée, notamment dans l'art. 9 C. civ.

Malgré ces objections, nous pensons que, dans le silence de la loi, il faut appliquer les principes du statut personnel et déterminer la majorité du requérant d'après sa loi nationale (1).

De même, il faut suivre la loi nationale de la femme étrangère pour savoir si elle peut se faire naturaliser en France avec l'autorisation de son mari ou, à défaut, de justice. Pour nous, l'autorisation de justice devrait être donnée par les tribunaux du pays auquel la femme appartient et qui sont les juges naturels de sa capacité : on a admis cependant l'intervention, en pareil cas, de la justice française (2).

140. Effets de la naturalisation. — On pouvait les caractériser en trois mots d'après notre ancienne législation : ils étaient non rétroactifs, absolus et individuels.

1° Ils n'étaient pas rétroactifs, c'est-à-dire que le naturalisé ne pouvait se prévaloir de sa qualité de Français qu'à compter du jour où la naturalisation lui était acquise.

2° Ils étaient absolus, car le naturalisé était complètement assimilé au Français d'origine, même au point de vue de l'éligibilité politique, puisque la grande naturalisation était abolie par la loi de 1867, art. 2.

3° Enfin ils étaient individuels, c'est-à-dire qu'ils ne se produisaient que pour le naturalisé lui-même et non pour ses enfants mineurs ni pour sa femme placés sous sa puissance.

En ce qui concerne les enfants, tout d'abord, le point de savoir s'ils subissent les conséquences de la naturalisation de leur père

(1) Cependant, le décret du 28 février 1899 sur la naturalisation en Tunisie débute ainsi : « Peuvent être naturalisés après l'âge de 21 ans accomplis ».

(2) V. J. C., *Questions et solutions pratiques*, 1902, p. 547, et Trib. Seine, 12 mars 1902, *ibid.*, p. 621.

est un problème diversement résolu dans les législations modernes. Il semble bien cependant que, en bonne théorie, la naturalisation doive être individuelle et non collective. On objecte, il est vrai, et c'est ce qui a déterminé beaucoup de législateurs à lui donner ce caractère, que la naturalisation collective a le grand avantage d'éviter entre les parents et les enfants les différences de nationalité qui sont de nature à entraîner tant de conflits dans les matières nombreuses et graves du statut personnel; de plus, des parents de nationalité différente peuvent être appelés à se combattre, et les diversités des lois en matière de succession entraînent des complications insolubles entre ascendants et descendants, époux et frères et sœurs. Mais il est bien difficile d'admettre aussi qu'un père puisse, à son gré, modifier la nationalité de ses enfants et leur imposer, suivant ses préférences personnelles, une patrie qu'ils ne veulent pas adopter : la puissance paternelle ne saurait avoir cette portée exorbitante. D'autre part, la naturalisation est une concession gracieuse, motivée par les bons résultats de l'enquête sur la moralité de celui qui la demande. Comment s'expliquer, dès lors, que ses effets s'étendent à ceux pour lesquels cette enquête n'a pas eu lieu ? On peut faire remarquer encore que la naturalisation est un véritable contrat entre le naturalisé qui demande la nationalité d'un pays, à la condition d'en supporter les charges, et l'Etat qui la lui accorde en s'engageant à le protéger comme un de ses nationaux : n'est-il pas vrai de dire par conséquent, en ce qui concerne les enfants qui n'ont pas participé à cette convention : *Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest?*

Au point de vue de notre droit ancien positif, la question ne saurait faire de doute : les enfants d'un naturalisé français pouvaient devenir Français en se conformant à l'art. 9 ; ils ne l'étaient donc pas par le fait même de la naturalisation de leur père (loi de 1851, art. 2).

Pour la femme du naturalisé, bien qu'il n'y ait point de texte qui tranche la question, il faut décider qu'elle ne profitait pas de la naturalisation de son mari. Les raisons théoriques qui ont fait adopter la même règle pour les enfants mineurs du naturalisé ont évidemment ici la même force. On allègue bien que, d'après les art. 12 et 19 C. civ. la femme *suit la condition de son mari ;* mais cela n'est vrai que de la condition qu'a le mari au point de vue de la nationalité au moment du mariage. Comme le disait très justement Napoléon, la femme, libre de se marier avec un homme de

nationalité étrangère, accepte les conséquences de cette union telles qu'elles sont fixées par la loi de son mari et peut être considérée comme adoptant la patrie de ce dernier. Mais, une fois soumise à l'autorité maritale, ce n'est plus volontairement peut-être qu'elle suit son époux qui se fixe dans un autre pays et en prend la nationalité; à moins de déclaration formelle de sa part, il y aurait donc tyrannie à lui imposer une nationalité dont elle ne veut pas (1).

La loi du 26 juin 1889 contient d'importantes innovations en ce qui concerne les effets de la naturalisation. Ses dispositions à ce sujet peuvent se résumer dans les propositions suivantes :

1° Bien qu'elle soit muette à ce sujet, il est cependant hors de doute qu'elle ne donne pas d'effet rétroactif à la naturalisation; car l'art. 20 C. civ., modifié par cette loi, enlève l'effet rétroactif à l'obtention de la nationalité française dans le cas prévu par l'art. 9, alors que la jurisprudence l'accordait en pareille circonstance : *à fortiori* cet effet ne peut-il se produire au bénéfice du naturalisé qui est dans une situation beaucoup moins favorable.

2° Les effets de la naturalisation ne sont plus aussi absolus que par le passé, à cause de la disposition contenue dans l'art. 3 de la loi nouvelle : « L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen français. *Néanmoins* il n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation, *à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai*. Le délai pourra être réduit à une année ». Cette disposition fait revivre en partie l'ancienne grande naturalisation. Elle n'a pas d'ailleurs d'application à l'égard de ceux qui étaient naturalisés avant la loi du 26 juin 1889, et qui conservent leurs droits acquis d'après la législation antérieure (2). De plus, il semblait résulter de l'art. 16 de la loi du 18 germinal de l'an X que les Français d'origine seuls et non les naturalisés pouvaient être nommés évêques. [Aujourd'hui sous le régime de la séparation des Eglises et de l'Etat inauguré par la loi du 9 décembre 1905, aucune condition de nationalité n'est exigée des ministres du culte (3).]

[L'étranger naturalisé Français, ayant désormais part, sauf l'exception momentanée relative à l'éligibilité politique, à tous les

(1) Locré, *Législ.*, II, p. 48, n. 25; Cass., 19 juill. 1875, J. C., 1876, p. 183. — *Contrà :* Varambon, *Rev. pratique*, 1855, VIII, p.

(2) V. Election du général Mac-Adaras, J. C., 1890, p. 92.

(3) [Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., 1907, p. 401.]

avantages que comporte cette qualité nouvelle, doit en subir les charges, notamment celle du service militaire. « Les individus devenus Français par voie de naturalisation, aux termes de l'art. 12 de la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement, sont portés sur les tableaux de recensement de la première classe formée après leur changement de nationalité ». Comme le fils d'étranger, qui est devenu Français par voie d'option (art. 9 du Code civil), l'étranger naturalisé doit aujourd'hui le même temps de service actif que les jeunes gens de la classe avec laquelle il a pris part aux opérations du recrutement « sans que toutefois cette obligation puisse avoir pour effet de le maintenir sous les drapeaux au-delà de sa vingt-septième année; dans tous les cas, il est libéré à titre définitif, à l'âge de cinquante ans au plus tard (art. 12, loi du 21 mars 1905). Cette loi a aggravé sur ce point la situation de l'étranger naturalisé Français; l'article 12 de la loi du 15 juillet 1889 limitait, en effet, ses obligations militaires à celles de la classe à laquelle il appartenait *par son âge*; il était donc possible à l'étranger d'échapper à tout service actif, en différant de quelques années sa naturalisation; le texte nouveau déjoue ce calcul, sans imposer dans des limites excessives la soumission aux obligations militaires de l'étranger qui devient Français (1).]

3° Enfin la naturalisation du chef de famille a désormais un effet collectif. Mais ici plusieurs cas sont à distinguer :

a) Les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se fait naturaliser Français sont Français de plein droit, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'art. 8, n. 4. Cette répudiation de la nationalité française opère rétroactivement à la façon d'une condition résolutoire (2).

La majorité à considérer en pareil cas est la majorité française, puisque l'enfant est provisoirement Français (nouvel art. 12, alin. 3). Cette disposition a d'ailleurs l'inconvénient de forcer à accepter comme Français, malgré leur indignité, les enfants mineurs du naturalisé : le premier projet permettait, plus sagement de les comprendre dans le décret de naturalisation.

b) La femme du naturalisé Français peut bénéficier de la natu-

(1) [Chambre, *Déb. parl.*, 1904, session ordin., p. 1411-1415, séance du 13 juin 1904; Trigant-Geneste, *R. D. I. P.*, 1905, p. 98.]

(2) Cass., 16 avril 1896, 22 avril 1896, D. P., 97. 1. 95.

ralisation de son mari aux conditions suivantes : demander la naturalisation, ce qui respecte sa liberté ; être comprise dans le décret de naturalisation, ce qui laisse entier le pouvoir d'appréciation du gouvernement et maintient à la naturalisation le caractère de concession gracieuse donnée en connaissance de cause. L'avantage pour la femme du naturalisé Français est de n'avoir à remplir aucune condition de stage personnel : sa situation est liée à celle de son mari et elle est, par exemple, naturalisée au bout d'un an de stage de ce dernier, si celui-ci profite de la naturalisation privilégiée (nouvel art. 12, alin. 2). Dans la pratique, la naturalisation est généralement refusée, si la femme ne demande pas à y participer.

c) Les enfants majeurs du naturalisé Français peuvent d'abord demander et obtenir la naturalisation en même temps que leur père, dans les mêmes conditions que la femme du naturalisé, camme il a été dit ci-dessus (art. 12, alin. 2).

De plus, s'ils n'ont pas profité du décret de naturalisation accordé à leur père, ils peuvent devenir Français « comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'art. 9 » (art. 12, alin. 2 *in fine*). De là il résulte que toutes les conditions prescrites par cet art. 9 doivent être remplies, notamment que l'enfant du naturalisé ne doit pas avoir plus de vingt-deux ans quand il fait sa déclaration. Aussi la condition des enfants majeurs est moins favorable que sous l'empire de la loi du 7 février 1851 ; en effet, au lieu d'avoir un an à compter de la naturalisation de leurs parents pour devenir Français, ils devront n'avoir pas plus de vingt-deux ans quand ils feront leur déclaration. On a sans doute voulu que le fils du naturalisé ne profitât pas de la naturalisation de ses parents à un âge où il pouvait échapper au service militaire : on exige alors qu'il soit soumis aux conditions de la naturalisation ordinaire et à l'enquête qui la précède.

Il résulte d'ailleurs du nouvel art. 12, alin. 2, que la femme du naturalisé Français peut devenir Française elle-même, comme les enfants majeurs, en se conformant aussi à l'art. 9, y compris la condition d'âge (1).

Il y a lieu de se demander si l'effet collectif que la loi attribue à la naturalisation dans la mesure indiquée par le nouvel art. 12, alin. 2 et 3, s'appliquera à tous les cas où le père ou bien la mère

(1) Cass. crim., 3 mai 1901, J. C., 1901, p. 797.

prend la nationalité française par un autre procédé, tel que le bienfait de la loi ou la concession du gouvernement à la suite de l'accomplissement de certaines conditions (art. 12, alin. 1, art. 8, n. 4, art. 9). Autrefois, l'assimilation entre la naturalisation et les autres procédés d'acquisition d'une nationalité n'était pas généralement admise ; notamment on décidait que seule la naturalisation proprement dite à l'étranger entraînait la perte de la qualité de Français, et que cette perte ne résultait pas du fait d'obtenir la nationalité d'un autre pays par le bienfait de la loi étrangère (1). Aujourd'hui, le nouvel art. 17-1° assimile quant à l'effet produit, c'est-à-dire la perte de la nationalité française, les deux cas; mais il les indique séparément et ne paraît pas les confondre d'une façon absolue et à tous autres égards. Toutefois, dans la pratique de la Chancellerie et suivant quelques décisions de jurisprudence, on admet que l'effet collectif de la naturalisation doit s'appliquer aux autres modes d'acquérir la nationalité française ; par exemple, que les enfants mineurs de l'étrangère épousant un Français deviennent Français, tout comme si leur mère s'était fait naturaliser (art. 12, alin. 1 et 3) (2), ou que la naturalisation de la femme résulte de ce que son mari étranger devient Français par le bienfait de la loi (3). Il n'y a pas grand argument à tirer de l'art. 5 de la loi du 26 juin 1889 qui appelle les modes d'acquisition de la nationalité dont nous parlons une *naturalisation de faveur* ; outre que c'est là une expression assez impropre, elle est différente de celle de *naturalisation*, sans épithète ; et cela suffit à montrer que le législateur ne confond pas les deux choses. On peut dire, au contraire, que l'art. 12, en parlant de *dispense de stage* et de *même décret* pour la femme et les enfants de celui qui devient Français, ne peut viser que la naturalisation proprement dite, la seule où il soit question de stage et de décret.

On objecte le but de la loi qui est de donner la même nationalité à toute la famille. — Pas toujours, puisque, nous le verrons plus loin, la naturalisation d'un Français à l'étranger ne produit d'effet que pour lui seul.

Mais, dit-on, si l'effet est collectif quand un étranger se fait naturaliser Français, *à fortiori* sera-t-il tel quand l'acquisition de notre nationalité s'opère par l'effet direct de la loi et dans des cir-

(1) Cass., 3 août 1871, S., 71. 1. 200; 19 août 1874, S., 75. 1. 52.

(2) Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286 ; D. P., 91. 2. 89, note de M. de Boeck ; Chausse, *Rev. critique,* 1890, p. 306 ; J. C., 1891, p. 545.

(3) Cass. crim., précité, 3 mai 1901, J. C., 1901, p. 797.

constances plus favorables. — Il est facile de répondre que, dans la naturalisation, l'enquête s'étend à la femme et aux enfants, au moins majeurs, du naturalisé, et qu'on peut écarter ces derniers; tandis que, dans les autres cas, on les rendrait Français *ipso facto* et sans que, d'ailleurs, ils pussent personnellement invoquer les raisons spéciales qui justifient l'attribution de la nationalité à celui qui bénéficie des dispositions de la loi.

Disons toutefois que le décret du 13 août 1889, art. 5, alin. 2, assimile, quant aux formalités à remplir par la femme et les enfants, la *naturalisation de faveur* des art. 9 et 10 C. civ. à la naturalisation proprement dite, ce que confirme la circulaire du 23 août 1889. Mais nulle part, tout au moins, cette assimilation n'existe pour le cas de l'art. 12, alin. 1 C. civ. (V. n. 132 *in fine*).

141. Législation comparée. — Les législations des différents pays sont très variables sur les règles de la naturalisation, notamment sur le point capital de savoir si la naturalisation doit émaner du pouvoir législatif ou exécutif. Sans entrer dans des détails qui seraient nécessairement incomplets, il suffira de signaler les particularités les plus remarquables des principales législations modernes en notre matière.

1° Très généralement aujourd'hui, on considère la naturalisation comme subordonnée à la volonté de l'étranger qui doit la demander, de sorte qu'on ne la lui impose pas de plein droit par le seul fait qu'il a satisfait à certaines conditions, ainsi que le décidaient les lois de la Révolution. C'est ainsi qu'à Monaco l'ordonnance du 8 juillet 1877, [aujourd'hui remplacée par celle du 1er juin 1900, qui sur ce point spécial l'a confirmée], exige une demande pour la naturalisation, tandis qu'antérieurement un séjour de dix ans dans la principauté l'entraînait de plein droit (1). Cependant, en Danemark et en Norvège, on est sujet par le simple établissement du domicile, et les différents droits reconnus aux nationaux s'obtiennent après des délais de stage échelonnés : quant aux droits politiques, ils n'appartiennent qu'à l'indigénat qui, en Danemark, est accordé par une loi (2). Les Etats de l'Amé-

(1) [*Ann. de législ. étrang.*, 1901, p. 293 et suiv.; Trib. sup. Monaco, 11 avril 1905, *R. D. I. P.*, 1906, p. 363.]

(2) Danemark : Constit. du 5 juin 1849, art. 54; loi du 15 mai 1875, art. 7, *Ann. de législ. étrang.*, 1876, p. 801. Norvège : Constit. art. 92; loi du 15 juin 1878, *Ann. de législ. étrang.*, 1879, p. 616. — Mais la loi du 21 avril 1888 a introduit en Norvège de sérieux changements (v. art. 2) en ne faisant résulter la naturalisation de l'établissement du domicile que pour les indigènes. — V. nouvelle loi danoise

rique du Sud ont aussi adopté la règle générale, sauf la Bolivie où quiconque épouse une Bolivienne ou bien achète un immeuble est citoyen, et le Vénézuéla où tous les immigrants sont déclarés nationaux (1). Cette naturalisation imposée aux Français qui se rendent au Vénézuela a donné lieu à des difficultés, à la suite desquelles le gouvernement français a déclaré que nos nationaux établis dans ce pays ne pouvaient plus compter sur la protection de nos agents consulaires (*J. off.*, 18 et 20 mai 1875). Cette dernière décision est des plus regrettables, car elle a le tort de ne point maintenir énergiquement les droits de la mère-patrie à l'égard de ceux qui lui demeurent toujours attachés par le lien de la nationalité (2).

2° Pour que la naturalisation soit sérieuse, on exige aussi, à peu près partout, qu'elle soit accompagnée de la fixation du domicile dans le pays où elle est obtenue. Cependant l'Italie (art. 10 C. civ.) n'impose aucune condition de séjour préalable (3). Le Luxembourg dispense aussi du stage un certain nombre de naturalisés, par exemple ceux qui sont nés sur son territoire et ceux qui recouvrent la nationalité luxembourgeoise (4).

du 19 mars 1898, J. C., 1898, p. 614, et suédoise du 1er avril 1894, *Ann. de législ. étrang.*, 1895, p. 765.

(1) Loi du 18 mai 1855, art. 7, et Résolution du 1er décembre 1865. Le décret brésilien du 14 décembre 1889 aboutit aussi à imposer la naturalisation aux étrangers établis dans le pays depuis la fondation de la République ou qui, depuis, auront deux ans de résidence. V. les protestations de la France et de l'Angleterre contre la naturalisation imposée, J. C., 1890, p. 766. [La Constitution brésilienne du 14 février 1891 (art. 69) déclare citoyen brésilien tout individu né au Brésil, même d'un père étranger n'y résidant pas au service de sa nation. Cette disposition est reproduite dans la loi du 12 novembre 1902 sur la naturalisation des étrangers au Brésil (art. 1er). *Ann. de législ. étrang.*, 1903, p. 763. La Constitution du Vénézuéla en date du 29 mars 1901 (même *Ann.*, 1902, p. 623) déclare, dans son art. 8-1°, Vénézuéliens par la naissance ceux qui sont nés au Vénézuéla. Cpr. Trib. civ. Caracas, 26 février 1902, J. C., 1903, p. 221. La loi argentine du 1er octobre 1869 contient la même règle. V. Zeballos, *Bulletin argentin de dr. int. privé*, 1906, p. 189 et suiv. Tous les textes relatifs à l'acquisition et à la perte de la nationalité sont recueillis dans le tome II de l'ouvrage de M. Sieber, *Das Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr*, Berne, 1907.]

(2) V. Robinet de Cléry, J. C., 1875, p. 180.

(3) [Seulement il faut distinguer, en Italie, trois sortes de naturalisation : la petite, la moyenne et la grande. V. Pagliano, *De l'acquisition de la nationalité italienne depuis la loi du 17 mai 1906*, J. C., 1907, p. 310-312; Bisocchi, *Acquisto e perdita della nazionalita nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*, 1907, p. 170-176, 205-209.]

(4) Loi du 12 novembre 1848 modifiée par celle du 27 janvier 1878, art. 2; [loi interprétative du 5 février 1890. *Ann. de législ. étrang.*, 1891, p. 557.]

Récemment encore, la simple admission dans un canton suisse donnait la nationalité fédérale; aussi, certains cantons vendaient-ils la qualité de national suisse, sans aucune condition, même d'établissement du domicile sur le territoire du canton. Nombre de personnes, voulant divorcer ou fuir le service militaire, usèrent de ces facilités; mais la jurisprudence française refusa d'accepter ces naturalisations frauduleuses. Le gouvernement suisse s'émut de cet état de choses et déclara que la naturalisation serait désormais affaire fédérale : en conséquence, la loi fédérale du 3 juillet 1876, indépendamment des conditions particulières exigées dans chaque canton, subordonnait la naturalisation à un séjour de deux ans sur le territoire suisse (art. 2). [La loi du 25 juin 1903, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1904, loi sur la naturalisation des étrangers et la renonciation à la nationalité suisse, a remplacé la loi du 3 juillet 1876. Elle a pour origine l'accroissement constant et considérable de la population étrangère sur le territoire suisse, et l'objet essentiel de la réforme est d'attribuer aux cantons le droit de naturaliser d'office les enfants nés sur leurs territoires (art. 5 et 14). L'enfant né en Suisse de parents étrangers qui y ont séjourné un certain temps pourra être naturalisé d'office par l'autorité cantonale, sans l'autorisation du Conseil fédéral. D'ailleurs, l'autorisation fédérale ne pourra être accordée à l'étranger ou au canton qui la sollicite, « que si l'étranger a eu son domicile ordinaire en Suisse pendant les deux ans qui précèdent immédiatement sa demande » (1)].

3° On a déjà vu qu'en France la naturalisation était individuelle jusqu'à la loi du 26 juin 1889, mais on ne trouve guère la même règle qu'en Portugal, en Russie, en Turquie, en Roumanie et au Brésil [loi du 12 décembre 1902]. La plupart des autres législations étendent le bénéfice de la naturalisation aux enfants mineurs et à la femme de celui qui l'obtient, pour éviter les inconvénients pratiques résultant de la différence de nationalité entre les membres de la même famille. Cependant le caractère collectif de la naturalisation est souvent atténué. En Italie, la naturalisation ne s'étend à la femme et aux enfants mineurs que s'ils résident sur le territoire italien, et les enfants peuvent, à leur majorité, opter pour la nationalité étrangère que leur père a quittée (art. 5 et 10 C. civ.

(1) [*Ann. législ. étr.*, 1904, p. 427, notice de M. H. Fromageot; Sieber, *op. cit.*, II, p. 256. — *Adde* Arrêté du Conseil fédéral du 30 décembre 1903-25 juillet 1905, Sieber, *loc. cit.*, p. 267].

italien). La femme peut aussi opter pour l'ancienne nationalité de son mari (art. 14 C. civ.). De même, l'*Act* anglais du 12 mai 1870, art. 10-1°, exige que les enfants du naturalisé résident avec leur père sur le sol britannique pendant leur minorité, pour que la naturalisation produise ses effets quant à eux. En Allemagne, on peut formellement déroger à la généralité de la naturalisation (loi du 1er juin 1870, art. 11). Enfin, en Suisse, la naturalisation s'étend à la femme et aux enfants de l'étranger naturalisé, s'ils sont soumis, d'après la loi du pays d'origine, à la puissance maritale ou paternelle et si le Conseil fédéral ne fait pas une exception formelle à leur égard (art. 3, loi du 25 juin 1903).

4° Indépendamment des deux naturalisations, ordinaire et privilégiée, cette dernière moins rigoureuse au point de vue de la durée du stage pour ceux qui ont rendu des services au pays, nombre d'Etats ont encore la grande naturalisation, ou des naturalisations diverses parce qu'ils sont morcelés en plusieurs Etats unis, par exemple, par la confédération. En Belgique, la grande naturalisation seule donne les droits politiques (loi du 6 août 1881). En Italie, la grande naturalisation est accordée par une loi, et celle que l'on qualifie d'ordinaire par un décret royal (C. civ., art. 10). [La loi du 17 mai 1906 (loi Sonnino), destinée à faciliter la naturalisation italienne, a compliqué la matière : il y a aujourd'hui trois naturalisations en Italie : la petite, la moyenne et la grande. La petite naturalisation seule n'exige pas la résidence en Italie. Elle confère à l'étranger tous les droits de citoyen, excepté les droits politiques d'électorat et d'éligibilité (loi électorale politique, art. 1er). Elle est accordée par décret royal à l'étranger : 1° qui entend fixer ou a fixé son domicile dans le Royaume; 2° qui fait enregistrer le décret par l'officier de l'état civil du lieu où il entend fixer ou a fixé son domicile dans les six mois de la date du décret sous peine de déchéance; 3° qui prête serment devant le même officier d'être fidèle au Roi et d'observer le statut et les lois du Royaume (art. 10, al. 2 et 3 C. civ.). La naturalisation moyenne confère tous les droits politiques du citoyen, excepté le droit d'être membre du Sénat et de la Chambre des députés. Elle est accordée par décret royal, après avis préalable du Conseil d'Etat : A) à l'étranger, 1° qui depuis six ans réside dans le Royaume ou dans ses colonies; 2° ou qui a prêté quatre ans de service à l'Italie, même en pays étranger; 3° ou qui depuis trois ans réside dans le royaume ou dans ses colonies, s'il a épousé une femme italienne ou rendu des services éminents (loi du 17 mai 1906, art. 1er);

B) aux non Italiens qui, après la publication de la loi du 17 mai 1906, ont obtenu la petite naturalisation indépendamment des conditions requises par le numéro précédent et pour lesquels les dites conditions se sont vérifiées après le premier décret (même loi, art. 2); C) aux non Italiens qui, avant la publication de la dite loi du 17 mai 1906, ont obtenu la petite naturalisation et pour lesquels se sont vérifiées les conditions sus-mentionnées. La grande naturalisation seule assimile l'étranger au national. Elle est accordée : 1° par la loi (art. 10 C. civ.); 2° par décret royal aux Italiens non régnicoles (aux Italiens qui n'appartiennent pas au Royaume), aux termes de l'art. 2, al. 1er de la loi du 17 mai 1906; 3° avec un stage de six ans pour ceux qui ont obtenu la naturalisation moyenne dans les deux premiers cas (art. 1er, al. 2; art. 2, al. 3, loi du 17 mai 1906); 4° par décret royal pour les non Italiens qui, avant la publication de la loi du 17 mai 1906, ont obtenu la petite naturalisation, satisfont aux conditions requises sous A) pour la naturalisation moyenne et ont prêté service à l'État italien pendant trois ans au moins (art. 3, al. 2, loi du 17 mai 1906); 5° par décret ministériel (du ministre de l'Intérieur d'accord avec celui des Affaires étrangères) à l'individu qui, né dans le Royaume où à l'étranger, est devenu étranger, comme fils mineur de père qui a perdu la nationalité italienne avant la naissance du fils, n'a pas, dans l'année de sa majorité, conformément aux art. 5, 6, 11 C. civ., déclaré choisir la qualité de citoyen italien ou bien a expressément opté pour la nationalité étrangère (art. 36, loi du 31 janvier 1901 sur l'émigration) (1)].

La naturalisation s'obtenait en Espagne, soit par des lettres de naturalisation, soit par le droit de cité dans une ville (*vecindad*); mais, depuis la loi du 17 juin 1870, art. 102, sur l'état civil, celui qui a le droit de cité doit demander la naturalisation pour être Espagnol (2).

En Autriche, on distingue deux naturalisations spéciales, l'une pour l'Autriche, l'autre pour la Hongrie. Un Hongrois doit même obtenir la première pour être Autrichien et prêter le serment de fidélité à l'empereur d'Autriche à qui il le doit déjà comme roi de

(1) Pagliano, J. C., 1907, p. 310-312; Bisocchi, *op. cit.*, p. 170-176; p. 205-209; p. 539-542; Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 383-385.

(2) [V. don Firmin Abella, *Manual del registro civil*, 6e édit., Madrid, 1903; E. Lehr, *Elém. de droit civil espagnol*, t. II, p. 40; Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 278; Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., 1907, p. 778-780.]

Hongrie (constit. du 31 décembre 1867, art. 1^er^) (1). En Suisse, le citoyen d'un canton est, en même temps, citoyen helvétique, et nul ne peut être naturalisé Suisse qu'après avoir été reçu citoyen d'un canton avec l'autorisation du conseil fédéral (const. de 1874, art. 43, et loi du [26 juin 1903, art. 4, sauf la faculté, reconnue aux cantons par l'art. 5 de cette loi, « de statuer, par voie législative, que les enfants qui sont nés sur leur territoire d'étrangers domiciliés sont de droit citoyens du canton et partant citoyens, sans que l'autorisation du Conseil fédéral soit nécessaire » (2).]

La loi allemande du 1^er^ juin 1870 (3), à côté de la naturalisation proprement dite d'un étranger en Allemagne qui est arbitrairement accordée ou refusée malgré l'observation des conditions prescrites, en organise une autre, dite admission (*Aufnahme*), qui consiste dans l'adoption, par un Allemand d'un Etat, de la nationalité d'un autre Etat de la Confédération ; cette dernière est acquise de droit quand un Allemand fixe son principal établissement dans un des Etats dont il veut devenir le national. La naturalisation dans un des Etats allemands entraîne la nationalité générale de l'Empire (4). Il y a aussi deux nationalités en Suède et en

(1) [Pour l'Autriche, v. Vesque don Püllingen, *Handbuch des in Oesterriech Ungarn geltenden internationalen Privatrechts*, 2^e^ édit., 1878, p. 83 et suiv.; Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 203-219; lois du 3 décembre 1863 et du 5 décembre 1896. — Pour la Hongrie, lois des 20-24 décembre 1879 sur l'acquisition et la perte de la nationalité, qui distingue la naturalisation ordinaire et la naturalisation extraordinaire (*Ann. de législ. étrang.*, 1880, p. 351 et suiv.; Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 293 et suiv.) et la loi du 30 avril 1880 concernant la réglementation des rapports de capacité en Croatie-Slavonie (Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 306 et suiv.).]

(2) [Sieber, *op. cit.*, t. I, p. 17-56, p. 205-244 et t. II, p. 255-267; *Ann. législ. étr.*, 1903, p 427.]

(3) *Ann. de législ. étrang.*, 1872, p. 185; et loi d'introduction du Code civil, art. 41.

(4) Klæppel, *La nationalité et la naturalisation dans l'empire allemand*, J. C., 1891, p. 81 et 426; Kleidel, J. C., 1893, p. 794 et suiv.; [Sieber, *op. cit.*, t. I, p. 57-71 et p. 245-260 et t. II, p. 68-80. — La nationalité fédérale allemande (Reichsangehœrigkeit) et la nationalité d'Etat (Staatsangehœrigkeit) concourent en général, sauf les exceptions relatives à l'Alsace-Lorraine (*Reichsland*, pays d'Empire), dont les habitants ont été déclarés par le traité de Francfort sujets de l'Empire allemand sans être rattachés à aucun Etat déterminé et aux pays de protectorat dans lesquels, en vertu de la loi du 15 mars 1888, les étrangers peuvent recevoir soit par concession gracieuse du Chancelier de l'Empire, soit par la collation d'une fonction impériale, la nationalité allemande sans appartenir à aucun Etat de l'Allemagne. Sieber, *loc. cit.*, t. I, p. 57-58. Il est possible d'être membre de plusieurs Etats allemands. V. sur ce point Sieber, *op. cit.*, t. I, p. 60-61 et Laband,

Norvège (1). Aux Etats-Unis, la nationalité est générale dans toute la fédération ; et l'on est, en sus, national de l'Etat où l'on a fixé son domicile (XIV^e amend. à la constitution) (2).

L'*Act* du 12 mai 1870 a refondu la matière de la naturalisation, jadis assez compliquée, en Angleterre. La nationalité anglaise est accordée par le secrétaire d'Etat après cinq ans de séjour en Angleterre ou à la suite de services rendus à ce pays dans les huit années qui précèdent la demande ; le requérant doit de plus déclarer son intention de fixer son domicile dans le royaume et prêter le serment d'allégeance au souverain (art. 7). La *Denization*, qui, sans donner la qualité d'Anglais ni enlever, par conséquent, la nationalité que l'on a, procure simplement la jouissance de certains droits civils, a été maintenue par l'art. 13 de l'*Act* de 1870. Il semble aussi qu'on ait laissé subsister la grande naturalisation, accordée par *Act* des deux chambres des Lords et des Communes, qui donne le droit de siéger au parlement et au conseil privé, car la liste des naturalisés anglais publiée le 8 mai 1878 énumère ceux qui ont obtenu cette naturalisation organisée par l'*Act* du 6 août 1844. D'ailleurs les colonies anglaises ont conservé, même depuis 1870, leurs lois particulières sur la naturalisation (3).

142. Naturalisation en Algérie et dans les colonies. — Les dispositions de la loi du 26 juin 1889 sont étendues à l'Algérie et aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion. Mais les dispositions spéciales relatives à la naturalisa-

Zur Revision des Staatsangehörigkeitsgesetzes, Deutsche Juristenzeitung, 1904, n. 1].

(1) [Loi norvégienne du 21 avril 1888, Sieber, t. I, p. 386-387 et t. II, p. 198-202; loi suédoise du 1er octobre 1894, *id., ibid.*, t. I, p. 184-185 et t. II, p. 251-254.]

(2) [Sieber, *op. cit.*, t. I, p. 132-153. M. Sieber donne, *op. cit.*, t. II, p. 326-336 et p. 386-410, les textes de la Constitution de 1787, de l'amendement XIV à la Constitution du 28 juillet 1868, de l'amendement XV du 30 mars 1870, des statuts révisés des Etats-Unis, titres XXV et XXX, enfin de la loi du 29 juin 1906 qui établit un bureau d'immigration et de naturalisation et édicte des règles uniformes pour la naturalisation des étrangers aux Etats-Unis et de la loi du même jour qui valide certain certificats de naturalisation.]

(3) [L'*Act* de naturalisation du 6 juill. 1895 a modifié l'*Act* de 1870 en faveur de l'enfant d'un sujet naturalisé anglais qui a séjourné au dehors du Royaume-Uni avec son père au service de la Couronne et assimile pour le passé et pour l'avenir ce séjour à celui qu'il aurait accompli avec son père dans le royaume. Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 115-116. En ce qui concerne la *denization*, V. Addison Smith, *British Nationality and Naturalization, Juridical Review*, oct. 1906, p. 273 et suiv., et Lémonon, J. C., 1907, p. 81 et suiv. Outre les lois de 1870 et de 1895, il faut tenir compte de l'*Aliens Act* de 1905, 5 Edw. VII, cap. 13.]

tion en Algérie continuent à s'appliquer (art. 2). La naturalisation en Algérie est réglée par le sénatus-consulte du 11 juillet 1865 et le décret du 21 avril 1866 qui ont pour but de la faciliter, afin d'augmenter la proportion des citoyens français : ces derniers ne formaient, en effet, dans notre principale colonie, il y a peu d'années encore, que 17 °/₀ de la population totale, tandis que les étrangers en constituaient les 12 centièmes et les indigènes les 71 centièmes (¹). En 1891, on comptait, avec une progression continue depuis 1881, 272.000 Français contre 219.000 Européens étrangers; l'élément européen, en bloc, était à l'élément arabe dans le rapport de 1 à 7, au lieu de 1 à 10 en 1872. [D'après les derniers recensements en Algérie et en Tunisie, qui sont ceux de 1906, il y a en Algérie 4 millions et demi d'indigènes pour 730.000 Européens et Français, armée comprise; et sur ces 730.000 Français et Européens, il y a quelque 300.000 Français d'origine, près de 170.000 naturalisés par décret ou devenus Français par application de la loi de 1889, et 160.000 Espagnols, Italiens ou Maltais. 50.000 enfants d'étrangers seront définitivement Français à leur majorité. V. de Pieyerimoff, *Les forces nouvelles en formation dans l'Afrique du Nord*, Conférence du 18 mai 1908, *Les forces productives de la France* (Conférences organisées à l'Ecole libre des sciences politiques, 1909, p. 217, 224 et p. 228). Il y a en Tunisie près de 100.000 étrangers pour 25.000 Français. *Id.*, *ibid.*, p. 227.]

1° Les indigènes musulmans sont *sujets français* et, comme tels, soumis aux autorités françaises dont ils peuvent aussi demander la protection en tout pays (²). Mais ils diffèrent des Français de la métropole à deux égards.

a) Quoique Français, ils ne sont pas citoyens; ils ne peuvent donc être ni électeurs, ni éligibles, ni aspirer aux fonctions publiques. Cette règle elle-même subit deux exceptions : 1° ils peuvent servir dans les armées de terre ou de mer; 2° ils peuvent exercer, en Algérie, certaines fonctions civiles énumérées dans le tableau annexé au décret de 1866, et parmi lesquelles figurent celles de notaire, greffier, conseiller général ou municipal, professeur dans les lycées, etc.

b) Ils sont régis, pour leur statut personnel et pour tout ce qui concerne les droits civils, par la loi musulmane; par exemple

(¹) Rouard de Card, *Rev. d'administration*, IX, 1880, p. 385; Dain, *Rev. algérienne*, 1885, p. 1; Hamel, *ibid.*, 1886, p. 111.

(²) Proclamation du 5 mai 1865, et exposé des motifs du S.-C. de 1865.

pour la majorité, le mariage, la filiation, les successions (1). Mais ils peuvent, sans se faire naturaliser Français, opter pour l'application de la loi française, soit par acte spécial, soit tacitement, par exemple en recourant au ministère d'un magistrat français pour le mariage (2).

Pour obtenir leur assimilation complète aux citoyens français, les indigènes musulmans n'ont qu'à manifester leur intention à cet égard devant les autorités civiles ou militaires, suivant qu'ils sont dans un territoire organisé civilement ou militairement. La seule condition exigée pour cette naturalisation très facilitée est l'âge de vingt-un ans, sans qu'il soit besoin de l'autorisation de fixer son domicile et du stage de trois ans (3). La demande de naturalisation est transmise par le gouverneur général de l'Algérie au ministre de la justice et il est statué sur elle par décret du chef du pouvoir exécutif rendu en Conseil d'Etat. Le décret du 24 octobre 1870, art. 3, avait attribué la décision définitive au gouverneur général après avis du comité consultatif siégeant auprès de lui; mais ce dernier comité ayant été supprimé le 1er janvier 1871, on en est revenu à la procédure de 1866, et c'est le chef de l'Etat qui accorde la naturalisation (4).

Après sa naturalisation, l'indigène musulman est traité comme un Français de la Métropole et doit se conformer à toutes les dispositions de notre code civil pour le règlement de son statut personnel : il doit, par conséquent, renoncer aux institutions de la loi musulmane contraires à notre ordre public, comme la polygamie (5).

[Pour lui, plus de divorce par consentement mutuel ou par simple répudiation (6). L'enfant légitime né de lui est citoyen français à titre définitif, en vertu de l'art. 8, n. 1 du Code civil (7).

(1) Une loi du 23 mars 1882 a organisé leur état civil. Pour la propriété foncière, V. lois du 26 juillet 1873, [du 28 avril 1887 et du 16 février 1897, qui tendent à diminuer de plus en plus le domaine du statut réel musulman au profit de la loi territoriale française. Cpr. Weiss, *Traité,* t. I, 2e édit., 1907, p. 449-451.]

(2) Décrets du 13 décembre 1866, 10 septembre 1886, 17 avril 1889. — Cass., 6 juin 1883, D. P., 83. 1. 39.

(3) Le décret du 24 octobre 1870, art. 1, § 2, permet, à défaut d'acte de naissance, d'établir l'âge du postulant par un acte de notoriété dressé par le juge de paix ou le cadi.

(4) Rapport du gouverneur général, M. Alb. Grévy, 1879, p. 2.

(5) [Alger, 29 mars 1893, J. C., 1893, p. 887.]

(6) [Alger, 28 juin 1906, *La Loi,* 22 janv. 1907.]

(7) [Cass., 26 oct. 1904, J. C., 1905, p. 658; *R. D. I. P.,* 1905, p. 154.]

Il aura le droit de port d'armes et cessera d'être punissable pour des infractions spéciales à l'indigénat (1).]

Il faut reconnaître, du reste, que les préjugés de religion et de race ont rendu presque illusoires les facilités accordées pour les naturalisations : de 1865 à 1878, on n'en a compté que 428. Depuis la loi de 1889, cette proportion n'a pas augmenté et la loi nouvelle est, du reste, sans influence à cet égard (2).

2° Les indigènes israélites bénéficiaient des mêmes faveurs que les musulmans pour devenir Français et n'en usèrent pas davantage, puisque, de 1865 à 1878, 200 seulement se firent naturaliser. Mais, sous l'influence de M. Crémieux, le gouvernement de la Défense nationale rendit le décret du 24 octobre 1870, d'après lequel ils furent déclarés citoyens français, c'est-à-dire assimilés aux Français au point de vue des droits civils et politiques. C'était commettre une faute grave que de préférer les Israélites aux Arabes qui les méprisent ; le dédain de la nationalié française n'en devint que plus fort de la part de ces derniers et on peut, sans exagération, considérer le décret de 1870 comme la cause principale de l'insurrection de 1871 (3). Cependant, malgré une tentative faite pour l'abroger le 21 juillet 1871, le décret de 1870 a été maintenu, toujours par l'influence de M. Crémieux.

Régulièrement, le décret de 1870 devrait profiter aux Israélites devenus Français par l'annexion de l'Algérie, c'est-à-dire à tous ceux qui avaient la nationalité algérienne quand cette annexion s'est accomplie, et à leurs descendants, puisqu'il s'agissait de l'annexion totale d'un Etat (V. n. 144-1°). Mais le décret du 7 octobre 1871 (D. P., 71. 4. 165) a restreint l'indigénat des Israélites pouvant invoquer le décret de 1870 à ceux : 1° nés en Algérie avant l'occupation française ; 2° ou nés, depuis cette époque, de parents établis en Algérie lors de l'occupation. Bien que la légalité de ce décret ait été contestée parce qu'il modifie celui du 24 octobre 1870

(1) [V. sur le régime pénal de l'indigénat en Algérie, Rinn, *Revue algér. et tunis. de législ. et de jurispr.*, 1889, p. 121 et suiv., p. 141 et suiv., et p. 172 et suiv. ; la loi du 25 juin 1890 et le tableau annexé (*J. off.* du 26 juin), et le décret du 9 août 1903 sur l'organisation des tribunaux répressifs indigènes en Algérie.]

(2) [Sur 565 naturalisations algériennes accordées en 1907, dont 316 accordées à des militaires et 249 à des civils, il n'y a eu que 25 naturalisations de militaires indigènes et 10 d'indigènes algériens civils. Rapport de M. Lecherbonnier, *J. off.* du 16 mars 1908, p. 1917.]

(3) [Il y a en Algérie, à l'heure actuelle, 65.000 Israélites algériens appelés prématurément aux droits civiques par le décret Crémieux. De Pieyerimhoff, *loc. cit.*, p. 224.]

qui est une véritable loi, la Cour de cassation l'a déclaré obligatoire comme constituant un simple règlement d'application du décret-loi de 1870. D'autre part, ce décret avait été manifestement rendu à titre de mesure transitoire, et en attendant l'abrogation de celui de 1870 que poursuivait le gouvernement de M. Thiers. (En ce sens, circulaire du gouverneur général, du 28 décembre 1895). Mais la Cour suprême le considère comme étant toujours en vigueur, parce que l'abrogation du décret de 1870 n'a pas eu lieu, et que celui de 1871 n'a lui-même jamais été rapporté (1).

De là il suit que les Israélites qui n'ont pas l'indigénat en Algérie dans les conditions prévues par le décret de 1871 ne sont ni citoyens, ni même sujets français.

Mais peuvent-ils devenir Français en vertu des dispositions de droit commun du Code civil et des lois sur la nationalité, quand ils sont nés en pays musulmans ? La négative, soutenue dans la circulaire précitée du gouverneur général, a été écartée par la Cour de cassation dans les arrêts indiqués ci-dessus, pour cette double raison : 1° que le Code civil et la loi du 26 juin 1889 (art. 2) sont applicables à l'Algérie ; 2° que le statut personnel de ces étrangers n'est pas un obstacle, attendu qu'ils le perdent pour prendre celui des Français en obtenant notre nationalité. Cependant, si cette solution est admissible pour la période postérieure au décret de 1870 qui a assimilé les Israélites indigènes de l'Algérie aux citoyens français de la métropole, notamment quant au statut personnel, elle est discutable quant à l'époque antérieure, durant laquelle la loi exigeait d'eux une déclaration spéciale de renonciation à ce statut pour devenir citoyens français : or, la garantie de conservation du statut personnel et la nécessité d'une déclaration spéciale pour y renoncer étaient formellement établies pour tous les *habitants* israélites de l'Algérie, indigènes ou étrangers par rapport à ce dernier pays. Puis, n'aurait-il pas été choquant de rendre plus facile la naturalisation des Israélites étrangers établis en Algérie qu'à ceux qui en étaient indigènes, en leur permettant d'invoquer le bienfait de la loi tel que l'organisaient le Code civil et les lois postérieures ?

Comme, à l'égard des indigènes musulmans, il n'y a pas de disposition analogue au décret de 1870, nous déciderions que le droit commun de la France en matière d'obtention de la nationalité leur est inapplicable, pour les mêmes raisons qui nous ont fait

(1) Cass., 18, 22, 27 avril 1896, D. P., 96. 1. 353.

adopter cette solution au sujet des Israélites étrangers avant ce décret.

3° Les colons étrangers sont nombreux en Algérie, surtout les Italiens et les Espagnols; pour leur faciliter la naturalisation, le sénatus-consulte de 1865 les dispense de demander l'autorisation de fixer leur domicile : il leur suffit d'avoir 21 ans et de justifier d'un stage de trois ans. De plus, ils n'ont à payer qu'un droit fiscal insignifiant, 1 franc, au lieu des deux droits de 175 fr. 25 c. qui sont exigés en France. L'étranger ainsi naturalisé en Algérie est d'ailleurs assimilé au Français, même dans la métropole. Malgré ces avantages, cependant, il n'y avait, en 1876, que 4.020 étrangers naturalisés en Algérie, contre 158.837 qui ne l'étaient pas. Depuis, la proportion est à peu près restée la même, jusqu'à la loi de 1889 depuis laquelle les naturalisations ont beaucoup augmenté (1).

[Il y a aujourd'hui, d'après le recensement de 1906, 160.000 Espagnols, Italiens ou Maltais (2). En 1907, sur 565 naturalisations, 316 ont été accordées à des militaires, dont 123 Allemands, 37 Alsaciens-Lorrains, 34 Belges, 33 Suisses, 25 indigènes, 21 Italiens, 18 Autrichiens, 13 Espagnols, 2 Anglais, 2 Russes, 2 Marocains, 1 Luxembourgeois, plus 5 individus de nationalités diverses; et 249 naturalisations ont été accordées à 249 civils, soit 170 hommes et 79 femmes. Quant aux 170 hommes appartenant à la population civile et dont 45, soit 26 1/2 p. 100, étaient nés en Algérie, il y avait 72 Espagnols, soit 43 1/2 p. 100, 66 Italiens, soit environ 38 2/3 p. 100, 10 indigènes algériens, soit environ 5 2/3 p. 100, 7 Marocains, soit environ 4 p. 100, 6 Anglais, soit 3 1/2 p. 100, 5 Suisses, environ 3 p. 100, 1 Allemand, environ 1 1/2 p. 100. (Rapport de M. Lecherbonnier, *J. off.* du 16 mars 1908, p. 1917).]

La loi du 26 juin 1889, art. 5, n. 1, annonce un règlement d'administration publique qui fixera les conditions auxquelles ses dispositions seront applicables aux colonies autres que celles indiquées à l'art. 2, ainsi que les formes à suivre pour la naturalisation dans ces colonies. Ce décret a été rendu le 7 février 1897. (*J. off.*, 10 février 1897). Sont étendus à ces colonies les art. 7 et 8 excepté les n. 3 et 4, le n. 5 de l'art. 8, excepté l'alinéa 1. Le décret accorde un simple droit de naturalisation dans les cas

(1) J. C., 1891, p. 347 et 352; Ollier, *Les résultats de la législation sur la nationalité en Algérie, Rev. pol. et parl.*, 1897, p. 549.

(2) [De Pieyerimhoff, *loc. cit.*, p. 227.]

prévus par l'art. 9 et par l'art. 10 C. civ. Les art. 12, 17, 18, 19, 20, 21 C. civ. sont applicables aux colonies, ainsi que l'art. 3 de la loi de 1889 pour l'éligibilité politique, et les dispositions relatives aux descendants d'émigrés protestants. Le droit de sceau à payer dans les colonies n'est que de 100 francs. Le titre II du décret indique les formes à suivre pour l'acquisition ou la répudiation de la qualité de Français dans les colonies. Notons, en particulier, que le stage de trois ans pour la naturalisation dans les colonies n'a pas besoin d'être précédé d'une autorisation d'y fixer son domicile. Par son manque d'harmonie avec la loi de la métropole, ce décret provoque de très grandes difficultés (').

[Le décret du 3 mars 1909 (*J. off.* du 10 mars) fixe les conditions d'accession des indigènes à Madagascar aux droits de citoyen français : pour être, à partir de l'âge de vingt et un ans, appelé à jouir des droits de citoyen français, l'indigène malgache doit se présenter devant l'administrateur de la province où il réside pour former sa demande et déclarer qu'il entend être régi par les lois civiles et politiques de la France; il doit justifier de la connaissance de la langue française (art. 2). Aucun droit de sceau n'est perçu pour l'accession aux droits de citoyen français (art. 6). L'indigène ainsi appelé à jouir des droits de citoyen français est régi, ainsi que sa femme et ses enfants mineurs, par les lois civiles et politiques applicables aux citoyens français (art. 1er *in fine*).]

(') V. Audinet, *La nationalité française dans les colonies*, J. C., 1898, p. 23. — Le décret de 1897 abroge de fait celui du 25 mai 1881 pour la naturalisation dans la Cochinchine et celui du 10 nov. 1882 pour la Nouvelle-Calédonie. — V. pour Tahiti, loi du 30 déc. 1889, art. 3 et 4. Pour la Tunisie et l'Annam, décrets du 29 juill. 1887 (Critique de ces décrets, n. 124). Pour la Tunisie est intervenu un autre décret du 28 fév. 1899, J. C., 1898, p. 428 et *J. off.*, 3 mars 1899. [La légalité de ce décret a été aussi contestée. En Tunisie, 81 naturalisations ont été accordées en 1907, 51 à des hommes, 30 à des femmes. Elles comprennent 51 Italiens, dont 30 hommes et 21 femmes. Dans les colonies (Guadeloupe, Martinique, Réunion, Cochinchine, Iles Tahiti, Etablissements français de l'Océanie, Nouvelle-Calédonie, Madagascar, Sénégal, Guyane, Saint-Pierre et Miquelon), il y a eu en 1907, 26 hommes, 2 femmes naturalisés (23 étrangers et 3 indigènes admis aux droits de citoyen français et 4 enfants mineurs); et dans les pays de protectorat (Tunisie, Tonkin et Annam), 85 naturalisations (54 hommes, 31 femmes) et 74 enfants mineurs ont été compris aux décrets de naturalisation : ces 74 enfants appartenaient aux 81 naturalisés tunisiens. Rapport de M. Lecherbonnier, *J. off.* du 16 mars 1908, p. 1907.]

III. Acquisition par l'annexion.

143. L'annexion consiste dans l'incorporation de tout ou partie du territoire d'un pays au territoire d'un autre pays (1). Son effet essentiel est d'amener un changement de souveraineté dans le territoire annexé et, en autres conséquences, de donner aux habitants de ce territoire la nationalité de l'Etat qui opère l'annexion à son profit. C'est de ce dernier effet que nous avous seulement à nous occuper.

Sans examiner si l'annexion est justifiable au point de vue théorique, ce qui est fort douteux quel que soit le fondement qu'on lui donne, il est certain que, pratiquée de tout temps, elle a toujours eu pour effet de soumettre les annexés à l'autorité de l'Etat annexant.

Massacrés d'abord, puis réduits en esclavage, les habitants des pays conquis furent enfin, dans l'Antiquité, déclarés sujets de l'Etat vainqueur, sans être assimilés aux citoyens de ce dernier. Telle était la situation des pérégrins et sürtout des déditices dont on connaît l'infériorité de condition vis-à-vis des citoyens romains.

Dans les temps modernes, au contraire, les annexés sont déclarés non seulement sujets, mais encore citoyens du pays auquel ils sont soumis, sans que l'on maintienne de différence entre eux et les nationaux de l'Etat auquel ils sont incorporés. Par exception, pour les acquisitions de territoires lointains, ou quand il y a une profonde différence de race, de religion ou de mœurs entre les deux peuples, comme cela avait lieu dans l'Antiquité, on déclare les annexés simples sujets et non citoyens : c'est ce que les Etats-Unis ont fait pour les Peaux-Rouges, ce qu'on a admis lors de la cession par la Russie aux Etats-Unis du territoire de l'Alaska en 1867, ce que la France a fait aussi pour les Arabes, les Annamites et les Malgachés. — Plus rarement encore, le pays annexé garde son autonomie comme la Norvège réunie à la Suède en 1814, [aujourd'hui séparée d'elle depuis le 26 octobre 1905] ou bien, malgré l'assimilation des habitants du territoire incorporé, il reçoit un régime administratif et politique particu-

(1) V. sur cette matière : Selosse, *Traité de l'annexion du territoire français et de son démembrement*, 1880; Cabouat, *Des annexions de territoire et de leurs principales conséquences*, 1881; Stoerk, *Option und Plebiscit bei Eroberungen und Gebietscessionen*, 1879; Rouard de Card, *Les annexions et les plébiscites dans l'histoire contemporaine*, 1880; [Brunel, *Des conséquences juridiques de l'annexion de la Savoie et de Nice*, 1890].

lier, comme l'Alsace-Lorraine qui relève directement de l'empereur allemand et ne fait pas partie de la fédération des Etats composant l'Empire.

A quel moment a lieu la dénationalisation? S'il n'y a pas de traité consacrant l'annexion, la simple occupation militaire est insuffisante pour produire le changement de nationalité (1); il faudra que l'Etat annexant manifeste son intention de s'incorporer définitivement le territoire qu'il occupe. C'est ainsi que l'Algérie n'a été déclarée officiellement partie intégrante de la France que dans l'art. 109 de la constitution du 4 novembre 1848; mais, en fait, l'annexion était réalisée par l'ordonnance du 10 août 1834 qui avait organisé la justice française en Algérie (2).

S'il y a un traité, ce qui arrive le plus souvent, on a soutenu qu'il doit être réputé parfait et produisant ses conséquences juridiques du jour même où il est signé, et sans attendre qu'il ait été ratifié. Ainsi, bien que les annexions ou cessions de territoire ne puissent être ratifiées qu'avec l'approbation du Parlement d'après la constitution du 16 juillet 1875, art. 8, elles n'en seraient pas moins effectives du jour où le traité est signé, et avant même que le gouvernement en ait donné communication aux Chambres (3).

Il est plus juste de voir dans la ratification, non pas une condition suspensive des traités qui donnerait à ceux-ci un effet rétroactif du jour où ils sont conclus, mais un élément de formation indispensable pour la validité des traités qui n'existent pas avant que la ratification soit intervenue. On ne saurait, en pareille matière, appliquer par analogie les règles de la ratification pour le cas de gestion d'affaires, car les agents diplomatiques qui pré-

(1) [Sur le déplacement de souveraineté dans le droit international ancien, V. I. Lameire, *Théorie et pratique de la conquête dans l'ancien droit, Introduction*, 1902; *Les occupations militaires en Italie pendant les guerres de Louis XIV*, 1903; *Les occupations militaires en Espagne pendant les guerres de l'ancien droit*, 1905; *Les occupations militaires de l'île de Minorque pendant les guerres de l'ancien droit*, 1908. Dans ces savantes recherches M. Lameire a étudié la nature juridique du déplacement de souveraineté, non en vertu des conventions diplomatiques, mais par le fait même de l'occupation pendant les guerres du XVII^e^ et du XVIII^e^ siècles.]

(2) [V. aussi ordonnance du 22 juillet 1834. De Pieyerimhoff, *loc. cit.*, p. 192.]

(3) Cass., 12 août 1871, S., 72. 1. 168; Trib. de Papeete (Taïti), 17 juin 1890, J. C., 1891, p. 158; V. aussi Cass., 29 oct. 1893, *Le Droit*, 4 nov., et *R. G. D. I.*, 1894, p. 67; [Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, 3^e^ édit., n. 499; *Contra* Audinet, *op. cit.*, 2^e^ édit., 1906, n. 152, p. 118; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4^e^ édit., 1904, n. 94, p. 25; Weiss, *Traité*, t. I, 2^e^ édit., 1907, p. 595, note 1.]

parent et signent la convention agissent au vu et au su de leur gouvernement qui a établi et limité leur mission. On ne peut, non plus, s'inspirer des règles du mandat, car précisément la ratification est prescrite pour ne pas permettre à des agents subordonnés de lier le pays, même en restant dans les bornes du mandat qui leur a été donné : il faut l'expression formelle et définitive de la volonté des pouvoirs qui, d'après la constitution, sont autorisés à engager l'Etat.

En fait, cette difficulté est presque toujours écartée par les traités qui fixent le moment où ils seront réputés parfaits et efficaces : ce moment est, le plus souvent, celui où les ratifications sont, non pas même données, mais échangées par la remise réciproque entre les agents diplomatiques des actes qui les constatent; parfois, on fixe un certain délai à partir de l'échange des ratifications pour faire produire ses effets au traité. (V. par exemple, pour des questions de nationalité : traité de Turin, 24 mars 1860; conv. franco-belge, 30 juillet 1891.)

On a jugé que les tribunaux apprécient souverainement, comme question de fait, si un territoire est français par le fait d'une annexion : cette solution se comprend quand il n'y a pas eu de traité, puisqu'il s'agit alors de dire si l'attitude de l'Etat à l'égard de ce territoire implique ou non l'intention de l'incorporer ; mais il n'en est plus de même lorsqu'il y a un traité dont l'interprétation diplomatique, comme nous l'avons déjà vu, n'appartient pas aux tribunaux (1).

Dans tous les cas, en matière de changement de nationalité, on ne peut tenir compte que de la date du traité lui-même ou de l'échange des ratifications ; les préliminaires, comme ceux de Versailles du 2 mars 1871, avant le traité de Francfort du 10 mai, peuvent produire des effets pour les questions militaires, mais, quant à la condition des habitants des territoires à annexer, ils indiquent seulement l'intention de traiter sur certaines bases sans fixer encore leur sort.

Le traité ne sera-t-il obligatoire qu'après sa promulgation ? Il semble bien qu'il ne peut être opposé aux particuliers comme une loi que lorsqu'il a été porté à leur connaissance, et cette solution s'impose pour toutes les conventions pouvant avoir effet par rapport à eux, qu'il s'agisse de nationalité ou de toute autre question. Entre les Etats, au contraire, le traité est efficace du jour où

(1) Cass. crim., 15 mai 1896, J. C., 1897, p. 114.

il est réputé définitif, par exemple depuis l'échange des ratifications (1).

144. Théorie de l'annexion. — Cette théorie, si l'on ne se préoccupe que du changement de nationalité, se résume dans la réponse aux deux questions suivantes : 1° quels sont ceux qui sont atteints par l'annexion ? 2° quels moyens doivent-ils avoir pour éviter le changement de nationalité ?

1° Pour déterminer les personnes atteintes par une annexion, on a imaginé, au point de vue théorique, différents systèmes.

Pour les uns, les dénationalisés sont tous ceux qui ont leur domicile dans le pays annexé. Ce système, le plus ancien, car il était déjà défendu par Pothier, est en même temps le plus logique, sauf à être complété par une distinction qui sera indiquée plus bas : l'annexion porte en effet sur le territoire, et ce qui attache les habitants d'un pays à telle portion du sol de ce pays plutôt qu'à tel autre, c'est le domicile, c'est-à-dire le principal établissement. D'autre part, l'Etat annexant veut acquérir un territoire où sont fixés ceux qui vont prendre sa nationalité, et non un territoire peuplé d'individus étrangers par rapport à lui et probablement hostiles à son autorité.

Dans une seconde théorie, on propose d'étendre les effets de l'annexion à tous les originaires du pays annexé. Mais on n'est plus d'accord pour déterminer ce qu'il faut entendre par originaires. Pour les uns, il ne faut regarder comme tels que ceux qui sont nés sur le territoire annexé de parents qui y sont nés eux-mêmes ou qui, du moins, y sont établis depuis quelque temps. Cette idée a été rejetée comme restreignant beaucoup trop les effets de l'annexion (2). Plus généralement, on désigne par originaires tous ceux qui sont simplement nés dans le pays annexé. Ce système a l'avantage pratique de permettre de déterminer aisément ceux qui changent de nationalité : il suffit, pour cela, de consulter les actes de l'état civil. Mais, en revanche, on arrive, en procédant ainsi, à des résultats souvent iniques : la dénationalisation atteindra, en effet, des personnes qui, nées sans doute sur le territoire annexé, n'y ont conservé ni relations ni intérêts, et qui, établies ailleurs, investies peut-être de fonctions publiques, peuvent être profondément lésées par le changement de nationa-

(1) Cass., 12 août 1871, S., 71. 1. 168; Cass., 28 nov. 1836, D., *Rép.*, v° *Traités int.*, n. 134.

(2) Annecy, 9 juillet 1874, S., 75. 2. 225.

lité. Ces inconvénients se sont souvent manifestés à la suite du traité du 30 avril 1814 qui a enlevé la nationalité française à tous ceux qui étaient nés dans les pays annexés à la France depuis 1791. — Cependant, comme dans toute convention les mots doivent être pris dans leur sens ordinaire, il faudra entendre comme originaires, lorsque cette expression se trouvera dans un traité, tous ceux qui sont nés sur le territoire incorporé (1).

On a proposé encore de déclarer annexés seulement tous ceux qui seraient à la fois domiciliés et originaires; mais il est peu probable que cette manière de procéder réussisse jamais dans la pratique, car elle restreindrait trop les droits de l'annexant.

D'autres, cumulant deux des précédents systèmes, font subir le changement de nationalité et aux originaires et aux domiciliés.

Enfin, on a dit qu'il fallait tenir compte de l'origine quand l'annexion porte sur un pays unitaire où la situation des sujets est la même, en quelque lieu qu'ils soient domiciliés, tandis qu'on s'attacherait au domicile quand l'annexion se fait au détriment d'un pays divisé en portions soumises à un régime spécial, par exemple d'un Etat fédéré ou confédéré, parce qué, dans ce dernier cas, le domicile peut avoir une influence sur la condition politique des individus (2).

La meilleure solution est assurément dans la distinction suivante. S'agit-il de l'annexion d'un Etat entier, comme celle de la Belgique et de la Hollande à la France, sous la première République, ou du Hanovre et de Francfort à la Prusse? En ce cas l'annexion porte sur tous les nationaux de cet Etat : ce dernier disparaissant, quelle nationalité auraient donc ses anciens habitants, s'ils ne prenaient celle du pays annexant ? S'agit-il, au contraire, de l'incorporation à un Etat d'une fraction du territoire d'un autre Etat, ce qui est le cas le plus ordinaire? Alors, les domiciliés sur la partie du territoire annexée changeront de nationalité, car ce sont ceux qui, dans le pays subissant l'annexion, ont un lien particulier avec cette partie de territoire. La simple résidence ne suffirait pas pour entraîner les effets de l'annexion; le domicile seul a assez d'importance et de stabilité pour donner lieu à d'aussi graves conséquences. Cette dernière solution est consacrée dans le traité entre la France et la Suède, du 10 août

(1) Paris, 24 juillet 1874, S., 75. 2. 225; Lyon, 5 juin 1886, J. C., 1887, p. 337; Cass. req., 12 juin 1874, S., 78. 1. 45.

(2) V. Cauwès, S., 75. 2. 225.

1877, art. 1, pour la cession à la première par la seconde de l'île de Saint-Barthélemy.

Il est bien entendu, d'ailleurs, que les étrangers nés ou domiciliés sur le territoire annexé, suivant le système que l'on adopte pour déterminer ceux qui changent de nationalité, échappent complètement aux conséquences de l'annexion : celle-ci, résultant d'un acte intervenu entre deux Etats desquels ils ne relèvent pas, est pour eux une *res inter alios acta* (1).

2° Avant de répondre à la seconde question posée : quels moyens doit-on donner aux annexés pour conserver leur nationalité? il faut tout d'abord remarquer que la concession de ces moyens est également commandée par l'équité et par l'intérêt pratique. Il est juste, en effet, par respect pour la liberté individuelle, de permettre à chacun de conserver la nationalité qui lui convient. Il est politique, d'autre part, de ne point imposer la nationalité de l'Etat annexant à des personnes qui n'en veulent pas et qui ne feront que de mauvais serviteurs de cet Etat.

Quant aux moyens eux-mêmes d'éviter les conséquences personnelles de l'annexion, l'histoire des traités nous offre des changements assez variés. L'exercice du droit d'option paraît consacré pour la première fois dans le traité de capitulation d'Arras en 1640. Jusqu'à Louis XIV, pour échapper à la dénationalisation après la conquête, on devait émigrer sans délai et liquider toute sa fortune mobilière ou immobilière, de manière à ne conserver aucune attache dans le pays annexé. Sous Louis XIV, on maintint les autres conditions, mais on dispensa de la liquidation des immeubles (2). La première République, en faisant revivre toutes les obligations exigées avant Louis XIV, inaugura un système nouveau, consistant dans une déclaration formelle de l'intention de garder son ancienne nationalité : c'est *le droit d'option* (3).

Enfin, la pratique actuelle, consacrée dans les traités de Turin en 1860 et de Francfort en 1871, se résume dans les deux points suivants : 1° déclaration d'option de la part des annexés en faveur de leur nationalité ancienne; 2° émigration hors du territoire annexé, sans obligation de liquider la fortune qu'ils y possèdent. Cependant, le traité de San Stefano entre la Russie et la Turquie, du 3 mars 1878, remplacé par celui de Constantinople du 8 février

(1) [Trib. civ. Nice, 16 avril 1901, *La Loi* du 20 juin 1901.]

(2) Traités de Ryswick, 1697, d'Utrecht, 11 avril 1713, et de Radstadt, 6 mars 1714.

(3) Traités de Campo-Formio, 17 octobre 1797, art. 9 *in fine;* d'Amiens, 27 mars 1802, art. 13.

1879, se contente de l'émigration dans les trois ans, sans option formelle. [Le traité de Portsmouth entre la Russie et le Japon du 5 septembre 1905, art. 10, ne parle pas non plus d'une option quelconque : les sujets russes habitants du territoire cédé au Japon, s'ils préfèrent rester dans le territoire cédé, seront maintenus et protégés dans le plein exercice de leurs industries et droits de propriété, à la condition de se soumettre aux lois et à la juridiction japonaises (1).]

Cette manière de procéder a été critiquée au point de vue de la condition d'émigrer exigée pour l'exercice du droit d'option. On a dit que cette condition, presque toujours fort dure, était en outre contraire aux intérêts de l'Etat annexant dont le but est de s'assimiler peu à peu les populations des pays conquis. Cependant, au point de vue du droit strict, cette condition se justifie très bien. Tout Etat doit être armé du droit d'expulsion contre les étrangers dont la présence sur son territoire lui paraîtrait dangereuse : or, on a tout particulièrement lieu de se méfier de ceux qui ont montré leur peu de sympathie pour l'Etat annexant en usant du droit d'option. Du reste, cette obligation d'émigrer est toujours imposée, sauf pour les annexions trop restreintes ou d'un caractère tout pacifique (V. cession de la Californie aux Etat-Unis par le Mexique le 2 février 1848; de l'île de Saint-Barthélemy par la Suède à la France le 10 août 1877, dans laquelle la France s'est réservé le droit d'exiger l'émigration de ceux qui opteraient pour la Suède, sans les y contraindre en principe; traité de Berne du 8 octobre 1862, conclu entre la Suisse et la France pour la rectification des frontières dans la vallée des Dappes); cession de la partie méridionale de l'île de Sakhaline par la Russie au Japon, art. 9 du traité de Portsmouth.]

145. Principaux traités intéressant la France depuis la Révolution. — Le traité de Campo-Formio, art. 3, et le décret de la Convention du 9 vendémiaire an IV pour la Belgique; le traité du 9 pluviôse an IV (28 janvier 1798) pour Mulhouse; le traité du 7 floréal an IV (27 avril 1798) pour la République de Genève, déclarèrent annexés tous les nationaux de ces différents pays qui formaient autant d'Etats distincts. C'est l'application de la première règle du système exposé plus haut. Cependant, on permit d'éviter les conséquences de l'annexion en émigrant. Mais que devenait un Génevois qui se contentait d'émigrer sans adopter

(1) [Martens, *Nouveau recueil*, 2e série, t. XXXIII, 1906, p. 8.]

une nationalité nouvelle? Il restait évidemment Français, son pays tout entier ayant été incorporé à la République française.

Dans les nombreux traités d'annexion qui se succédèrent de 1792 à 1814, on ne trouve pas, la plupart du temps, des indications sur le point de savoir quels sont les dénationalisés. Mais l'esprit de ces différents traités est assez clair : ils ont pour but d'annexer les habitants et non le territoire ; leur effet porte donc sur tous les originaires des pays annexés. En 1810, on affirme même nettement que l'on cède les *âmes* et subsidiairement le sol. En conséquence, comme l'a décidé la Cour de cassation le 12 janvier 1874 (1), tous ceux qui sont nés dans les pays alors incorporés à la France, n'y fussent-ils pas domiciliés, sont devenus Français.

Les traités du 30 avril 1814, art. 17, et du 20 novembre 1815, art. 7, ont donné lieu à des difficultés particulières : dans les articles précités, ces deux traités disposent que tous les habitants *naturels et étrangers* des pays qui changent de maître auront six ans pour disposer de leur propriété et émigrer. Suivant les uns, ce délai de six ans était accordé pour permettre, aux conditions ci-dessus, d'opter pour la nationalité française, de la conserver en un mot, malgré la séparation de la France des pays conquis par elle depuis la Révolution. Mais, d'après les autres, les traités de 1814 et de 1815 n'ont eu pour but que de faire considérer comme nulles et non avenues toutes les annexions de la République et de l'Empire, de sorte que les habitants des pays incorporés à la France reprenaient *ipso facto* la nationalité qu'ils avaient avant l'annexion. Seulement, comme on redoutait que les nouveaux maîtres des pays ainsi séparés de la France ne s'opposassent à l'émigration de leurs habitants, on stipula que, pendant six ans, ces derniers seraient absolument libres d'aller où bon leur plairait. Le sens de cette stipulation est révélé par une clause relative à la liberté d'émigration, qui était insérée dans des traités conclus à la même époque entre pays pour lesquels il ne pouvait être question d'option relative à la nationalité (Prusse et Saxe, 18 mai 1815, art. 13 ; Prusse et Russie, 21 avril, 3 mai 1815, art. 13). Ce qui prouve qu'il ne peut être question ici d'un droit d'option, c'est que les textes dont il s'agit visent les naturels et les *étrangers* : or, on sait déjà que ces derniers, bien qu'habitant le pays annexé, restent complètement en dehors des effets du traité d'annexion. En consé-

(1) D. P., 75. 1. 333.

quence, ceux qui n'étaient devenus Français que par les conquêtes de la Révolution et de l'Empire ont cessé de l'être *ipso jure* par l'effet des traités de 1814 et de 1815; ceux qui, Français pour une autre cause, ont continué à habiter les pays séparés de la France en 1814 et 1815, ont conservé leur nationalité, à moins qu'ils n'aient perdu l'esprit de retour (ancien art. 17 C. civ.).

D'ailleurs, la loi des 14-17 octobre 1814, dont nous parlons plus bas, est très caractéristique quant au sens qu'il faut donner aux traités de 1814 et 1815. Elle a pour rubrique : Loi relative à la *naturalisation* des habitants qui avaient été réunis à la France depuis 1791. Le parti libéral demandait qu'on les reçût comme Français; mais le gouvernement, craignant leur esprit bonapartiste ou révolutionnaire leur donna seulement le moyen de *devenir* Français après un stage de séjour en France. De tout cela, il résulte clairement que l'option n'avait pas été donnée pendant un délai de six ans par les traités de 1814 et 1815.

D'autre part, le traité de 1814 n'a pas rendu tous les sujets repris à la France à leurs anciens maîtres. Ceux qui ont été attribués pour la première fois à un Etat n'ont pas pu, par conséquent, reprendre leur ancienne nationalité. Ainsi, la république de Raguse n'a pas eu son sort réglé, quant à la nationalité de ses habitants, par le traité de 1814; le traité de 1815, qui l'attribue pour la première fois à l'Autriche, ne peut opérer que pour l'avenir, et le changement de nationalité des Ragusains, devenus Autrichiens, ne s'applique qu'à ceux qui habitaient le territoire cédé (1).

Malgré le caractère qu'on a voulu lui donner au point de vue politique, il est hors de doute que le démembrement de la France en 1814 et en 1815 n'a pas eu d'effet rétroactif au point de vue juridique et que les individus, Français par l'effet des conquêtes de la première République et du premier Empire, ne peuvent pas être considérés comme n'ayant jamais été Français (2).

Une loi du 14 octobre 1814 facilita le recouvrement de la nationalité française à ceux qui l'avaient perdue par l'effet du traité de 1814. Ces derniers n'avaient qu'à déclarer, dans les trois mois, leur intention de fixer leur domicile sur le territoire français, et après un stage de dix ans en France à compter de leur majorité, ils obtenaient du roi des *Lettres de déclaration de naturalité* qui

(1) Amiens, 26 nov. 1891 et Cass. req., 29 juin 1893, J. C., 1895, p. 390..
(2) Cass., 7 déc. 1883, D. P., 84. 1. 209.

les rendaient Français avec effet rétroactif. Le délai de trois mois indiqué dans la loi de 1814 a été prorogé à diverses reprises pour les militaires et les membres de la Légion d'honneur : enfin la loi elle-même a été abrogée par celle du 3 décembre 1849, art. 3.

Quant aux habitants des pays séparés de la France par le traité du 20 novembre 1815, ils n'ont pu invoquer la loi du 14 octobre 1814, qui naturellement ne les visait pas; mais ils ont pu conserver la qualité de Français en émigrant sur notre territoire.

Le traité de Turin du 24 mars 1860 déclare annexés à la France (art. 5 et 6) : 1° les originaires du comté de Nice et de la Savoie; par originaires, il faut entendre tous ceux qui sont nés dans ces pays, de parents qui y sont nés ou non (1) : 2° les domiciliés; le domicile se détermine conformément à la loi sarde, et la résidence ne suffit pas pour entraîner le changement de nationalité.

L'art. 6 organise aussi l'exercice du droit d'option aux deux conditions suivantes : 1° déclaration devant les autorités compétentes; 2° émigration dans le royaume de Sardaigne. Mais on s'est montré peu rigoureux pour cette dernière condition et contenté de l'émigration hors des territoires annexés, en n'importe quel pays. Le délai pour exercer le droit d'option était d'un an à compter du 30 mars 1860 (2).

Ces dispositions, fort claires par elles-mêmes, ont été obscurcies par un décret inexplicable du 30 juin 1860. L'art. 1er de ce décret décide que les Sardes majeurs, domiciliés dans les territoires cédés à la France, pourront, dans le délai d'un an, acquérir la qualité de Français par une demande adressée au préfet et sur le rapport du ministre de la justice. De là il résulterait que les personnes en question seraient Françaises sous la condition suspensive de l'accomplissement des formalités prescrites par le décret; or l'art. 6 du traité de Turin déclare Français tous les domiciliés sur le territoire annexé, sauf la condition résolutoire de leur option pour la nationalité sarde : la contradiction est flagrante.

On ne saurait un instant songer à soutenir cette hérésie juridique qu'un décret, simple acte du pouvoir exécutif, peut modifier un traité, convention entre deux peuples, et qui, d'ailleurs, participe de tous les caractères d'une loi (3). Aussi a-t-on cherché des

(1) Cass. crim., 26 mars 1897, *Gaz. des Trib.*, 7 avril 1897.

(2) De Clercq, *Traités de la France*, VIII, p. 80. — Aix, 19 février 1873, S., 73. 2. 108.

(3) V. cep. Annecy, 9 juillet 1874 et Chambéry, 4 mai 1875, S., 75. 2. 225.

conciliations; mais aucune de celles que l'on a proposées n'est heureuse.

Le décret de 1860, a-t-on dit, a eu pour but de permettre aux Sardes, habitant d'autres provinces que celles qui ont été annexées, de devenir Français eux-mêmes, en se fixant, après l'annexion, dans le comté de Nice ou la Savoie, afin de partager le sort de ceux de leurs parents qui ont été atteints par l'annexion parce qu'ils étaient domiciliés dans ces pays ou y étaient nés : on a voulu éviter ainsi que les familles ne fussent divisées au point de vue de la nationalité. Cette façon de procéder est fort naturelle et on la retrouve dans le traité de Zurich du 21 novembre 1859 entre la Sardaigne et l'Autriche, relativement au Piémont. — Si l'on acceptait cette explication, le décret de 1860 serait certainement illégal et inconstitutionnel, puisqu'il créerait une manière particulière de devenir Français au bénéfice de certaines personnes, alors que la loi seule peut réglementer la naturalisation.

Suivant d'autres (1), le décret ne modifie pas le traité et, par conséquent, n'est pas illégal de ce chef : il a eu simplement pour but de permettre aux majeurs domiciliés dans les pays annexés de ne pas attendre la fin du délai d'option, afin de fixer tout de suite leur qualité de Français : ce serait, suivant l'expression que l'on a employée, un moyen de satisfaire les impatients. — Cette explication n'est pas plus acceptable que la précédente, car il n'en reste pas moins toujours vrai qu'en prolongeant le délai pour devenir Français jusqu'au 30 juin, alors que, d'après le traité, tous ceux qui n'avaient pas opté pour la nationalité sarde le 30 mars étaient définitivement annexés, le décret modifie la convention intervenue entre la France et la Sardaigne. Si, d'ailleurs, on voulait rendre l'obtention définitive de la qualité de Français plus rapide, pourquoi ne parler que des domiciliés, alors que les originaires se trouvaient dans le même cas ? Enfin, on remarquera qu'il est assez bizarre de satisfaire les *impatients* en leur accordant jusqu'au 30 juin 1861 pour devenir Français, alors que le traité ne leur donnait que jusqu'au 30 mars pour fixer leur nationalité.

Il ne reste donc plus qu'à tenir le décret du 30 juin 1860 pour nul et non avenu, ainsi que l'a justement décidé le tribunal de Lyon, le 24 mars 1877 (2).

(1) Alauzet, *De la qualité de Français et de la Naturalisation*, appendice, n. 134, 1re édit. ; décisions du ministre de la justice des 6 mars et 7 août 1870. — V. Trib. Nice, 26 mai 1879, J. C., 1879, p. 394.

(2) *Hoc sensu :* Nice, 26 mai 1879, J. C., 1879, p. 395 ; *ibid.*, 16 avril 1870, J. C.,

Du traité du 24 mars 1860 on peut rapprocher la convention du 2 février 1861, à la suite de laquelle la principauté de Monaco a cédé à la France Menton et Roquebrune, et dans laquelle l'option était subordonnée aux mêmes conditions : déclaration devant les autorités compétentes et émigration.

Dans l'art. 2 du traité de Francfort du 10 mai 1871 (1), sont déclarés Allemands tous les Français *originaires* des territoires cédés, *domiciliés* sur ces territoires au moment de l'annexion.

Par originaires, la chancellerie allemande déclara entendre tous ceux qui étaient nés sur les territoires cédés, fussent-ils issus de parents nés ou domiciliés ailleurs. Mais la virgule qui, dans le texte du traité séparait les mots *cédés* et *domiciliés* et qui équivalait à la conjonctive *et* semblait bien indiquer que les originaires n'étaient dénationalisés qu'autant qu'ils étaient en même temps domiciliés en Alsace-Lorraine. Cependant, l'Allemagne maintint une interprétation différente, en vertu de laquelle les originaires, domiciliés ou non, étaient annexés. La France accepta cette interprétation dans la convention additionnelle du 11 décembre 1871, dont l'art. 1er accorde aux originaires non domiciliés en Europe jusqu'au 1er octobre 1873 pour pouvoir opter.

Dans tous les cas, il est bien certain, soit d'après le traité, soit d'après la convention additionnelle, que les individus simplement domiciliés sur les territoires cédés n'étaient pas atteints par l'annexion ; l'Allemagne accepta même d'abord cette interprétation (2).

Mais, plus tard, elle fit déclarer par son chargé d'affaires que les domiciliés en Alsace-Lorraine, même non originaires de ce pays, seraient Allemands s'ils n'usaient pas du droit d'option pour la France. Cette déclaration, faite quelques jours seulement avant l'expiration du délai d'option, surprit beaucoup de personnes qui, simplement domiciliées en Alsace-Lorraine, se croyaient en dehors des termes du traité et qui n'eurent pas le temps d'opter pour la nationalité française (3).

1898, p. 918 ; Cass., 23 nov. 1881, J. C., 1883, p. 58 ; Cass. crim., 26 mars 1897, J. C., 1897, p. 559. — *Contrà :* Albertville, 15 mars 1879, *ibid.*, p. 394.

(1) Villefort, *Recueil des traités... concernant la paix avec l'Allemagne,* 5 vol., 1872-1879.

(2) Protocole de Francfort du 6 juillet 1871, et lettre de M. d'Arnim à M. de Rémusat du 18 décembre 1871.

(3) Ordonn. du président supérieur d'Alsace-Lorraine du 7 mars 1872, et dépêche de M. d'Arnim à M. de Rémusat du 1er septembre 1872.

Le gouvernement français porta cette décision à la connaissance des intéressés (1), mais sans l'accepter, car elle était manifestement contraire au traité.

En résumé, par conséquent, les originaires des pays cédés à l'Allemagne en 1871, domiciliés ou non, sont Allemands s'ils n'ont pas opté pour la France; quant à ceux qui n'étaient que domiciliés sur le territoire annexé, Allemands pour l'Allemagne, ils sont Français en France (2).

Des difficultés se sont élevées au sujet de la détermination du moment où s'est opéré le changement de souveraineté et, par conséquent, de nationalité pour les Alsaciens-Lorrains annexés. Les documents diplomatiques précisent la question pour certains points : le traité du 10 mai 1871 indique la date du 20 mai pour arrêter les jugements définitifs et les inscriptions hypothécaires reçues par des agents français ; la convention du 11 décembre 1871 adopte celle du 2 mars 1872, jour de l'échange des ratifications de la convention, pour l'acquisition des pensions liquidées et pour l'attribution des brevets d'invention; rien n'est stipulé quant au changement de nationalité. Conformément à la doctrine que nous avons déjà indiquée, nous ne tiendrons pas compte de la date des préliminaires de Versailles (26 février 1871), ni de celle de l'échange des ratifications de ces préliminaires (2 mars), ni même de la date du traité de Francfort (10 mai), mais seulement de l'échange des ratifications de ce traité (20 mai 1871). C'est aussi l'opinion que la jurisprudence a consacrée en s'appuyant particulièrement sur l'art. 3 de la convention du 11 décembre 1871 (3).

Pour l'option, le traité du 10 mai 1871 exige, comme celui de Turin du 24 mars 1860, une déclaration devant les autorités compétentes et l'émigration hors du territoire annexé. Une simple déclaration de fixer le domicile en France n'était pas suffisante, et, faute d'émigration effective, l'Allemagne a annulé 70 p. 100 des options. D'après l'Allemagne, qui les considère comme dénationalisés, les domiciliés non originaires ont pu opter en émigrant dans le délai fixé par le traité pour l'option, c'est-à-dire jusqu'au 1er octobre 1872, sans avoir à faire de déclaration.

Les Alsaciens-Lorrains qui ont usé régulièrement du droit

(1) *J. off.*, 14 sept. 1872.
(2) Cass. rej., 6 mars 1877, S., 79. 1. 305.
(3) Cass., 8 juin et 12 août 1871, D. P., 71. 1. 80 et 365.

d'option sont censés n'avoir jamais cessé d'être Français; les autres sont Allemands à partir de l'époque fixée pour le changement de souveraineté. Ces derniers peuvent d'ailleurs revenir en Alsace-Lorraine après avoir émigré; cependant le gouvernement allemand a annulé souvent comme fictives des options pour la France suivies du retour dans les pays annexés, bien que le principal établissement des optants fût resté hors des territoires cédés. Depuis 1875, on force les Alsaciens-Lorrains restés Français qui reviennent dans leur pays à se faire naturaliser Allemands, sous peine d'expulsion (V. décret du statthalter d'Alsace-Lorraine du 28 août 1884, J. C., 1884, p. 678).

Si un Alsacien-Lorrain dénationalisé en 1871 veut redevenir Français, il peut invoquer l'art. 18 C. civ., qui est applicable, d'une façon générale, à tous ceux qui ont perdu la qualité de Français, sauf dans les cas spéciaux prévus aux art. 19 et 21.

Cependant, pour éviter que les Alsaciens-Lorrains, annexés en 1871, ne soient revendiqués par l'Allemagne alors qu'ils voudraient devenir Français par application de l'art. 18 C. civ., le gouvernement n'accorde le bénéfice de ce dernier article qu'à ceux qui sont dégagés de toute obligation envers l'empire allemand, notamment au point de vue du service militaire. Tels sont ceux nés avant le 1er janvier 1851 (loi allemande du 23 janvier 1872), ou nés après, mais satisfaisant à l'une des conditions suivantes : avoir obtenu un permis d'émigration de l'Allemagne, ou bien avoir été réformé dans l'armée allemande, ou bien enfin avoir servi dans l'armée française avant le 17 décembre 1870 (ordon. imp. allemande du 26 mars 1872). Tous les autres sont astreints aux formalités de la naturalisation (V. note ministérielle, *Le Droit*, 19 octobre 1889).

Dans l'intervalle de temps compris entre le changement de souveraineté et l'expiration du délai d'option, le 1er octobre 1872, les Alsaciens-Lorrains ont été provisoirement Allemands (1). En effet, la dénationalisation s'est opérée, sauf la condition résolutoire de l'option pour la France dans le délai fixé : si donc cette dernière n'a pas eu lieu, le changement de nationalité subsiste depuis le moment où il s'est accompli. Il en résulte que les enfants nés, dans cet intervalle, de parents qui se trouvaient sous le coup de

(1) Exposé des motifs de la Convention du 11 déc. 1871. — *Contrà :* Vesoul, 19 juill.; Nancy, 31 août 1871, S., 71. 2. 129 et 185. Cpr. Trib. sup. de l'empire allemand, J. C., 1885, p. 332.

l'annexion, sont Allemands si leur père n'a pas usé de l'option qui le fait regarder comme n'ayant jamais cessé d'être Français. On a objecté l'art. 2 du traité de Francfort, qui permet à l'optant de *conserver* ou *maintenir* sa nationalité, ce qui prouverait qu'il ne l'a pas perdue pendant le délai d'option. Mais ces expressions peuvent s'expliquer avec l'effet rétroactif de l'option qui fait considérer celui qui opte comme n'ayant pas cessé d'être Français. Le gouvernement allemand a toujours considéré ceux qui sont atteints par le traité de Francfort comme dénationalisés par le fait même de la cession (Note de M. d'Arnim, 1er sept. 1872). D'ailleurs, comment admettre qu'on ne soit Allemand que par le défaut d'option dans le délai fixé, quand il faudrait opter et émigrer pour être regardé comme Français? Ceux qui sont nés de non optants pendant ou après la période d'option sont Allemands, mais peuvent invoquer l'art. 10 C. civ. comme fils d'ex-Français; ils sont même Français de plein droit s'ils sont nés en territoire resté français, l'un de leurs auteurs étant né en Alsace-Lorraine avant la cession (art. 8, n. 3 C. civ.). Si les parents n'ont pu opter en temps utile, par exemple pour cause de décès, les enfants sont Allemands, comme issus de parents allemands depuis la cession.

146. Influence de l'annexion sur les mineurs et les femmes mariées. — L'annexion, s'accomplissant en dehors de la volonté des habitants des pays cédés, a un effet général et s'étend à tous ceux qui se trouvent compris dans les termes du traité, capables ou non. Mais il y a lieu de se demander si les enfants mineurs et les femmes mariées peuvent user du droit d'option pour leur compte personnel, ou s'ils suivent nécessairement celui sous la puissance duquel ils se trouvent dans le parti qu'il prend relativement à l'exercice du droit d'option.

Cette question est diversement résolue suivant que l'on adopte, en législation, le principe de la naturalisation collective ou individuelle. En Angleterre, en Allemagne, en Italie, en France aujourd'hui dans la mesure fixée par le nouvel art. 12 C. civ., etc., on décidera que les enfants mineurs et la femme mariée bénéficieront de plein droit de l'option faite par le père ou le mari, ou seront nécessairement dénationalisés si le père ou le mari accepte pour lui les conséquences de l'annexion. En France, autrefois, il résultait de la loi du 7 février 1851, que la naturalisation était individuelle et ne s'étendait pas aux enfants mineurs; on décidait de même en ce qui concerne la femme mariée quand son mari

changeait de nationalité. On devait donc reconnaître aux mineurs et aux femmes mariées un droit d'option personnel, de telle sorte qu'ils pouvaient, à la suite d'une annexion, prendre un parti tout différent de celui adopté par leur père ou leur mari.

Etant donné ce système, la femme devra, pour opter, être autorisée par son mari, ou, à défaut de celui-ci et quand il lui refuse son consentement, par la justice.

Quant aux mineurs, on peut décider qu'ils opteront dans les délais ordinaires fixés par le traité, avec l'assistance de leurs représentants légaux, le père, la mère ou le conseil de famille; ou bien que, pour eux, les délais d'option ne courront qu'à compter de leur majorité, de sorte qu'ils pourront opter par eux-mêmes. Cette dernière solution est évidemment préférable, car elle permet à l'intéressé de se prononcer lui-même et en connaissance de cause sur une question d'un caractère tout personnel, dans laquelle on ne comprend guère l'intervention de ses protecteurs légaux : aussi a-t-elle été consacrée dans le traité du 10 août 1877 pour la cession de l'île de Saint-Barthélemy par la Suède à la France (Protocole du 31 octobre 1877, art. 2). La majorité dont il est question dans ce traité est la majorité fixée par la loi française, ce qui est logique puisque l'annexion, du jour où elle se réalise, change la nationalité de ceux qui sont atteints par elle.

Les traités sont généralement muets sur l'exercice du droit d'option par les mineurs et les femmes mariées, mais voici les solutions adoptées dans la pratique, en ce qui concerne les deux principaux traités d'annexion intéressant la France dans les temps modernes.

Le traité de Turin du 24 mars 1860 ne disant rien en ce qui concerne les femmes mariées, on leur permit d'opter individuellement, avec l'autorisation de leur mari, même quand ce dernier n'usait pas de l'option.

Pour les mineurs, la question a été diversement résolue par la jurisprudence, à propos de l'espèce suivante qui est comme le type de toutes les questions semblables. Un Savoisien, mineur lors du traité de Turin, opta pour la Sardaigne le 11 mars 1861, par conséquent dans le délai fixé par le traité, avec l'autorisation de son père qui, n'ayant pas usé du droit d'option, devint Français. Le 11 juin 1862, après sa majorité, ce Savoisien renouvela son option. Assigné devant le tribunal de Saint-Jean-de-Maurienne par le préfet de la Savoie, pour s'entendre déclarer Français et astreint au service militaire, ce jeune homme fut au contraire

reconnu Sarde comme ayant valablement opté (1). Mais la cour de Chambéry réforma le jugement, en décidant que l'option était impossible de la part d'un mineur qui devait fatalement suivre la nationalité de son père à la suite d'une annexion (2).

Ce dernier arrêt était contraire au principe général de notre législation (loi du 7 févr. 1851, art. 2) qui, avant la loi de 1889 (nouvel art. 12 C. civ.), considérait tout changement de nationalité comme personnel, et admettait une indépendance complète, à cet égard, des enfants à l'égard de leur père. En outre, le traité de 1860 ayant concédé d'une façon générale le droit d'option à tous ceux qui sont atteints par l'annexion, il faut bien l'admettre au profit des mineurs qui sont dans ce cas, sauf à eux à observer les règles de leur statut personnel pour obtenir l'assistance des personnes sous l'autorité desquelles ils sont placés. La cour de cassation de Turin est même allée plus loin, en décidant que le délai d'option fixé par le traité de 1860 n'a couru pour les mineurs qu'à partir de leur majorité, afin qu'ils puissent se prononcer par eux-mêmes sur la question de nationalité (3). Si l'on objecte que, d'après le traité, le délai expirait nécessairement le 30 mars 1861, on peut répondre, à la rigueur, que, le traité n'ayant pas prévu la question en ce qui concerne les mineurs, il faut recourir aux principes rationnels. Or, un mineur ne pouvant exercer le droit d'option, qui est personnel, par l'intermédiaire d'autrui, la prescription pour l'exercice de ce droit ne saurait courir à son préjudice : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio.*

Le décret du 30 juin 1860, dont l'art. 1er, on l'a déjà vu, est inapplicable, contient sur notre question une disposition qui fait l'objet de son art. 2 et dont le sens n'est pas plus saisissable que celui de l'art. 1er. D'après cet art. 2, les originaires de Nice et de la Savoie, mineurs au moment de l'annexion, ont pu devenir Français en remplissant les formalités de l'art. 9 C. civ., dans l'année qui suit leur majorité. Mais, d'après l'art. 6 du traité de Turin, *tous les originaires* des pays annexés, ainsi que tous ceux qui y sont domiciliés, deviennent Français, sauf la condition résolutoire de leur option pour la Sardaigne : comment donc les

(1) Jugement du 3 juillet 1862, D. P., 63. 2. 98.

(2) Chambéry, 22 déc. 1862, S., 63. 2. 113; et 5 juill. 1869, D. P., 71. 2. 242; dans ce sens, Aix, 17 mai 1865, S., 65. 2. 269. — V. Cass., 3 août 1871, S., 71. 1. 200; Lyon, 21 mars 1872, S., 72. 2. 149; Cass., 19 août 1874, S., 75. 1. 52.

(3) Cass. Turin, 11 juin 1874, J. C., 1875, p. 138.

mineurs *originaires* peuvent-ils être Français sous la condition suspensive de l'observation de l'art. 9 C. civ. ?

Sur ce point encore, malgré les tentatives d'explication (1), il faut se résigner à regarder le décret du 30 juin comme lettre morte, car il ne saurait contredire un traité. On peut cependant trouver une application de l'art. 2 du décret du 30 juin 1860. Par un accord diplomatique intervenu le 7 novembre 1874, entre la France et l'Italie, il a été convenu que les individus nés dans les pays annexés en 1860 de parents Italiens établis dans une autre partie de l'Italie, et qui étaient mineurs au moment de l'annexion, seront regardés comme Italiens et astreints au service militaire en Italie, à moins qu'ils n'optent pour la France dans l'année de leur majorité. C'est pour cette dernière option que le décret de 1860, art. 2, peut s'appliquer. Par cet accord de 1874, on a dérogé au traité de 1860 qui déclare Français, sauf option pour la Sardaigne, tous ceux qui sont originaires des pays annexés, parce que grand nombre de jeunes gens dans ces conditions, mais établis sur le territoire italien avec leur famille, échappaient au service militaire en Italie en se disant Français, sans d'ailleurs jamais venir en France ni y satisfaire au recrutement. Mais l'accord de 1874 n'a qu'un caractère diplomatique; il ne constitue donc pas une dérogation légale au traité de 1860 que les tribunaux peuvent continuer à appliquer à la lettre (2).

Le traité de Francfort du 10 mai 1871 ne contient aucune règle sur l'exercice du droit d'option par les mineurs et les femmes mariées. Les plénipotentiaires allemands reconnurent cependant que les mineurs pouvaient opter avec le concours de leurs représentants légaux; mais la France ne put obtenir que le point de départ du délai pour l'option fût reporté à l'époque de leur majorité (3). Le gouvernement français crut pouvoir conclure de cette déclaration que les mineurs Alsaciens-Lorrains, assistés de leurs représentants légaux, avaient un droit d'option personnel et

(1) Cogordan, *loc. cit.*, p. 353. M. Cogordan admet que le décret du 30 juin 1860, art. 2, peut avoir eu son application pour permettre aux mineurs, originaires de Nice ou de la Savoie, et ayant conservé la nationalité sarde par l'effet d'une option opérée pour eux par leurs représentants légaux, de devenir facilement Français par une déclaration faite dans l'année qui suit leur majorité, et d'effacer ainsi les conséquences d'une option réalisée sans le concours de leur volonté. Mais alors le décret est inconstitutionnel, comme organisant un mode spécial et privilégié de naturalisation pour certains étrangers.

(2) J. C., 1877, p. 104, 105, 148; Aix, 19 fév. 1897, J. C., 1897, p. 559.

(3) Villefort, II, p. 187.

indépendant (circulaire du ministre de la justice du 30 mars 1872). Mais l'Allemagne, fidèle à son principe de la naturalisation collective, décida que les mineurs ne pouvaient avoir une nationalité différente de celle de leur père ou de leur mère tutrice; de sorte que, si ces derniers n'usaient pas du droit d'option, les mineurs étaient eux-mêmes Allemands, malgré l'option qu'ils auraient pu faire pour leur compte (1).

Le gouvernement français protesta contre cette décision contraire aux principes de notre droit et à l'accord intervenu entre les plénipotentiaires de la France et de l'Allemagne. Aussi un mineur, frappé par l'annexion de 1871, qui a opté pour la France avec l'assistance de son père, de sa mère ou de son tuteur autorisé du conseil de famille, est regardé comme Français dans notre pays et comme Allemand en Allemagne, lorsque le père ou la mère n'ont pas usé pour eux-mêmes du droit d'option (2). Mais il ne faudrait pas aller jusqu'à dire que l'option faite par le père pour son compte a eu pour effet de conserver aux enfants mineurs leur nationalité : le principe de notre législation était, en effet, que le changement de nationalité est individuel; il fallait donc qu'à son option personnelle le père joignît une déclaration formelle pour le compte de son enfant (3).

Quant aux femmes mariées, si, d'après le gouvernement allemand, elles suivent nécessairement la nationalité de leur mari, elles ont pu, aux yeux de la France, valablement opter pour leur compte personnel avec l'autorisation du mari ou de la justice (4).

On s'est peu occupé de l'exercice du droit d'option par les personnes pourvues d'un conseil judiciaire ou interdites. Pour les premières, il n'est pas douteux qu'elles puissent en user, puisqu'elles sont capables pour tous les actes sauf ceux qui leur sont défendus, et, parmi ces derniers, ne figure pas le changement de nationalité (art. 513 C. civ.). Quant aux interdits, le caractère tout personnel de l'option semblerait devoir faire décider qu'elle est impossible pour eux par l'intermédiaire de leur tuteur; il faudrait ne faire courir le délai que du jour de la main-levée de l'interdiction, afin qu'ils pussent opter par eux-mêmes : mais ce serait

(1) Ordonn. du président supérieur d'Alsace-Lorraine du 16 mai 1872, confirmée par le gouvernement allemand le 15 juillet 1872. V. Villefort, *loc. cit.*, II, p. 534.

(2) *J. off.*, 14 décembre 1872.

(3) *Contrà :* C. de Paris, 13 août 1883, J. C., 1883, p. 626. — Cpr. Cass., 6 mars 1877, S., 79. 1. 305, et Chavegrin, S., 85. 2. 89.

(4) Circul. minist. de la justice : 30 mars 1872, Villefort, II, p. 284.

prolonger indéfiniment peut-être une incertitude très grave sur la nationalité, car l'option a un effet rétroactif. Toutefois, puisqu'on admet que les mineurs peuvent opter avec le concours de leurs représentants légaux, même à un âge où leur intervention dans l'acte est aussi peu sérieuse que celle d'un interdit, on ne voit pas pourquoi on ne procèderait pas de même pour ce dernier.

SECTION II

PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS

147. Dans notre législation, la perte de la nationalité résulte de sept causes dont l'une seulement, la première qui va être étudiée, comporte des explications assez étendues, et dont une autre, prévue autrefois par l'ancien art. 17, n. 3 C. civ., a été supprimée par la loi de 1889.

I. Naturalisation acquise en pays étranger (art. 17 C. civ., 1°).

148. Pour faire perdre la nationalité, cette naturalisation doit satisfaire à plusieurs conditions : 1° être demandée : une naturalisation imposée par un gouvernement étranger, comme au Vénézuela, par exemple, ne ferait pas supposer l'abandon de la nationalité française; 2° être obtenue du gouvernement étranger, car l'art. 17 C. civ.-1° exige qu'elle soit *acquise;* 3° constituer une véritable naturalisation; il ne suffirait donc pas qu'il y eût concession de certains droits qui ne donnent pas d'ailleurs la qualité de national en pays étranger, comme la *Denization* en Angleterre, l'autorisation de fixer son domicile en Belgique (art. 13 C. civ.), les lettres de bourgeoisie à Hambourg (1), la naturalisation dans les colonies anglaises, qui n'a que des effets restreints et ne rend pas sujet britannique (2).

La loi du 26 juin 1889 (nouvel art. 17-1°) maintient la disposition que nous venons d'indiquer, en assimilant, avec raison, à celui qui se fait naturaliser à l'étranger, celui qui acquiert, *sur sa demande,* la nationalité étrangère par l'effet de la loi. Elle tranche ainsi la controverse qui s'était autrefois élevée sur ce point (3).

(1) Paris, 27 juill. 1859, S., 59. 2. 677; Bordeaux, 14 mars 1850, S., 52. 2. 261. — Cons. d'Etat, 18 nov. 1842, S., 43. 2. 602.

(2) Bordeaux, 18 juin 1884, J. C., 1885, p. 185; Cass., 14 fév. 1890, S., 91. 1. 139; D. P., 1891. 1. 281, et J. C., 1890, p. 116. — Cette solution est contestée en Angleterre. V. Westlake, *Priv. int. law,* 4e éd., p. 353 et 357.

(3) Cass., 3 août 1871, D. P., 71. 1. 242; 10 août 1874, S., 75. 1. 52.

Si l'on est national de plein droit par l'effet de la loi étrangère, on ne perd pas sa qualité de Français, puisqu'il n'y a pas *demande* comme le veut l'art. 17. Il en sera différemment si l'on confirme cette attribution de la nationalité étrangère par un acte de volonté formel. Une prétendue acceptation tacite, par exemple le fait de laisser passer les délais pour décliner la nationalité étrangère, ne saurait équivaloir à la *demande*, acte positif et d'initiative, qu'exige notre loi pour la perte de la nationalité française.

Si le Français qui se fait naturaliser à l'étranger est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, il ne perdra sa nationalité que si sa naturalisation à l'étranger a été autorisée par le gouvernement français. Il résulte des déclarations du rapporteur de la loi que cette disposition s'applique à ceux qui sont encore dans la réserve de l'armée active (1).

Le changement de nationalité n'étant pas réalisable par un incapable qui ne peut même faire des actes juridiques relatifs à son patrimoine, il s'ensuit que la naturalisation en pays étranger n'entraînera la perte de la qualité de Français pour un incapable, mineur, femme mariée, qu'autant qu'elle aura été obtenue avec l'autorisation des représentants légaux de cet incapable, par exemple le père, le tuteur autorisé du conseil de famille, le mari ou la justice (2). Mais l'individu pourvu d'un conseil judiciaire pourra changer seul de nationalité, car il est capable de faire tous les actes qui ne lui sont pas limitativement interdits.

Le mineur, dit-on, ne peut changer de nationalité, car il ne peut accomplir cet acte seul et le caractère personnel de cet acte ne permet pas qu'il puisse être accompli par ses représentants légaux agissant pour lui. D'ailleurs, les articles 8, n. 3 et 4, 10 et 18 C. civ., comme autrefois la loi du 7 février 1851, ne permettent qu'aux majeurs de prendre parti sur la question de nationalité (3). La naturalisation du mineur à l'étranger serait même, suivant quelques-uns, d'une nullité absolue et non relative, parce

(1) V. Stemler, J. C., 1890, p. 578.

(2) Certains, considérant que la femme a nécessairement la nationalité de son mari (art. 12 et 19 C. civ.), estiment qu'elle ne peut en changer, même avec l'autorisation du mari ou de justice. Mais la règle des art. 12 et 19 ne s'applique qu'en ce qui concerne la nationalité du mari au moment du mariage; dans la suite, les deux époux peuvent avoir une nationalité différente.

(3) Cass., 26 fév. 1890, J. C., 1890, p. 117; Douai, 10 fév. 1868, S., 68. 2. 140; Lyon, 19 mars 1875, S., 75. 2. 21; [Besançon, 30 juillet 1902, J. C., 1903, p. 370; Cogordan, *op. cit.*, 2e édit., 1890, p. 179; Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.*, n. 160, p. 181; Weiss, *Traité*, t. Ier, 2e édit., 1907, p. 497-499.]

que, sinon, il invoquerait ou écarterait cette nullité suivant son intérêt. Mais n'est-ce pas là ce qui arrive toujours conformément aux principes de la nullité des actes faits par le mineur et quelle que soit l'importance de ces actes ?

Dans tous les cas, de cette incapacité du mineur Français il résulte qu'il ne peut devenir Belge quand il est né en Belgique, en faisant une déclaration à l'âge de 18 ans, d'après la loi belge du 16 juillet 1889. Donc les difficultés que l'on a voulu écarter avec ce pays, en assimilant à la naturalisation le fait d'invoquer en Belgique l'art. 9 C. civ., peuvent revivre encore, par suite de la divergence entre nos règles relatives à la capacité pour changer de nationalité et la loi belge du 16 juillet 1889. Quant à l'interdit, il ne pourrait changer de nationalité que dans un intervalle lucide, sauf même à invoquer, d'après notre loi, la présomption générale d'incapacité qui lui permet de faire annuler tous les actes qu'il a faits pendant le temps de son interdiction.

Certaines législations permettent, au contraire, la naturalisation des incapables avec le consentement du tuteur (loi allemande, 1er juin 1870, art. 8; de Hongrie, des 20-24 décembre 1879; V. Beauchet, J. C., 1883, p. 363; loi belge 16 juillet 1889).

De très graves difficultés se sont élevées en ce qui concerne la femme séparée de corps, à propos d'une affaire célèbre, une des plus retentissantes assurément du Droit international privé. La princesse de Caraman-Chimay, Belge de naissance, épouse de M. de Bauffremont, officier supérieur français, obtint en 1874 la séparation de corps contre son mari. Le 3 mai 1875, elle se faisait naturaliser dans le duché de Saxe-Altenbourg, et le 24 octobre 1875 elle épousait, à Berlin, le fils de l'ex-prince régnant de Valachie, M. de Bibesco. Sur la demande du prince de Bauffremont, le tribunal de la Seine (10 mars 1876), la cour de Paris (17 juillet 1876), la Cour de cassation (18 mars 1878) (1) déclarèrent successivement nulle la naturalisation de la princesse, obtenue sans l'autorisation de son mari, et tinrent pour non avenu le mariage qui l'avait suivi. Le prince de Bauffremont ayant demandé l'exequatur en Belgique de deux arrêts de la cour de Paris des 7 août 1876 et 13 février 1877 qui enlevaient à Mme de Bauffremont la garde de ses enfants et la condamnaient à une forte somme par jour de retard apporté par elle à l'exécution de cette sentence, le tribunal belge de Charleroi, sur l'intervention de M. de Bibesco,

(1) Req., D. P., 78. 1. 201.

déclara, le 3 janvier 1880, la naturalisation et le mariage de la princesse valables. Mais la cour de Bruxelles, le 5 août 1880, réforma cette décision en consacrant la solution de la jurisprudence française.

La question qui constitue le fond même de cet important débat peut se formuler d'une manière très simple. Il n'y a pas lieu de se préoccuper, comme on l'a trop fait, du second mariage de Mme de Bauffremont, après la transformation de sa séparation de corps en divorce, conformément à l'art. 734 de la loi générale de Prusse (1); ni du caractère frauduleux de sa naturalisation qui avait pour but de lui permettre de divorcer contrairement à son statut personnel; ni du point de savoir si sa naturalisation était valable en Allemagne, bien que la loi allemande du 1er juin 1870 exige que celui qui se fait naturaliser soit capable de disposer de sa personne d'après la loi de son pays (art. 8) (2) : il suffit de se demander, au point de vue de notre Droit français, si une femme séparée de corps peut se faire naturaliser en pays étranger sans l'autorisation de son mari ou de la justice.

Pour l'affirmative, on dit que la femme séparée de corps fixe son domicile où elle veut et que rien ne l'empêche, dès lors, en s'établissant définitivement dans un pays, d'en adopter la nationalité : l'obligation, pour la femme mariée, d'avoir la même nationalité que son mari résulte de l'obligation de vivre avec lui; cette dernière disparaissant avec la séparation de corps amène l'extinction de la première (3).

Si l'on fait dépendre ainsi la faculté, pour la femme séparée de corps, de changer de nationalité, de celle qui lui appartient d'avoir un domicile séparé de celui de son mari, il faut en conclure qu'une femme, même non séparée, peut se faire naturaliser, sans l'autorisation de son mari, dans un pays qui, pour la naturalisation, n'exige pas l'établissement du domicile sur son territoire, comme cela avait lieu en Suisse avant 1876 : or, qui oserait accepter une pareille conséquence? La vérité, c'est qu'une

(1) Ce second mariage était probablement nul en Saxe-Altenbourg. V. Stolzel, J. C., 1876, p. 260.

(2) *Ann. législ. étrang.*, I, p. 183 et loi du 16 avril 1871, *ibid.*, p. 463. — Labbé, J. C., 1877, p. 9. — Cpr. Holtzendorff, *ibid.* 1876, p. 10.

(3) Blondeau, *Rev. de Droit franç. et étrang.*, 1845, p. 151; Bluntschli, *Rev. pratique*, XLI, 1876, p. 305 à 334; de Holtzendorff, J. C., 1876, p. 5; de Folleville, *Naturalisation en pays étranger des femmes séparées de corps en France*, Paris, 1876.

femme séparée de corps ne saurait même s'établir à l'étranger sans esprit de retour, de manière à perdre sa nationalité par application de l'art. 17 C. civ. 3° (ancien texte) (1). La séparation de corps laisse en effet subsister, pour la femme mariée, les incapacités établies par les art. 215 et suiv. C. civ., sauf deux exceptions ; elle peut : 1° avoir un domicile séparé de celui de son mari ; 2° gérer son patrimoine dans les limites fixées par l'art. 1449 C. civ. Si donc elle ne peut, par exemple, disposer seule de ses immeubles, quelque minime qu'en soit la valeur, *à fortiori* ne pourra-t-elle pas disposer de sa nationalité qui a une importance autrement considérable. De plus, comme on l'a fort justement remarqué, le but du législateur est d'éviter que la femme séparée fasse seule des actes qui pourraient trop gravement compromettre sa condition pécuniaire ou morale pour permettre plus tard une réconciliation que l'on veut tout particulièrement favoriser : le changement de nationalité étant précisément de nature à mettre une barrière nouvelle entre les époux, serait-il conforme à l'esprit de la loi de permettre à la femme de le réaliser seule (2) ? En vain objecte-t-on que la validité de la naturalisation dépend absolument de la loi du pays où elle est accordée. Au point de vue de l'Etat où la naturalisation est obtenue, c'est possible ; mais il faut bien tenir compte aussi de la question de savoir si l'ancienne nationalité est perdue, et cette dernière dépend de la loi du pays auquel appartient le naturalisé au moment où il veut changer de nationalité ; sinon rien ne serait plus aisé à un Etat que de s'attribuer comme nationaux tous les habitants des autres pays (3).

Aujourd'hui, cette importante controverse serait sans objet, la loi du 6 février 1893, modifiant l'art. 311 C. civ., ayant accordé à la femme séparée de corps pleine et entière capacité comme à la femme divorcée. De là cette conséquence, qui n'a peut-être pas été prévue par le législateur, que la femme séparée de corps peut changer seule de nationalité sans avoir besoin de l'uatorisation de son mari ou de la justice.

Notons enfin, pour mémoire, que tous ceux qui se faisaient naturaliser à l'étranger sans autorisation du gouvernement étaient frappés de graves déchéances, en vertu du décret du 26 août 1811.

(1) Labbé, J. C., 1877, p. 5 et suiv.
(2) Labbé, J. C., 1875, p. 409 s.
(3) Renault, J. C., 1880, p. 178 ; Asser, *R. D. I.*, 1875, p. 276 ; loi allemande du 1er juin 1870, art. 8.

Ce décret, dont la légalité était assez contestable, est abrogé en même temps que celui du 6 avril 1809 qui avait une portée semblable, par la loi du 26 juin 1889, art. 6.

La naturalisation en pays étranger a, au point de vue de notre droit positif français, deux caractères bien marqués : elle n'est ni rétroactive ni collective.

De ce qu'elle n'opère que pour l'avenir, il résulte que le service militaire est dû en France lorsque l'inscription sur les listes du recrutement a précédé la naturalisation à l'étranger. Le naturalisé, dans ce cas, sera coupable d'insoumission s'il ne satisfait pas au recrutement en France; cependant, malgré sa condamnation, il ne devra pas le service militaire, puisqu'il est devenu étranger. Mais, d'après la loi de 1889, la naturalisation à l'étranger est sans effet, si le naturalisé, étant encore soumis au service actif dans l'armée, n'a pas obtenu l'autorisation du gouvernement français.

La naturalisation d'un Français en pays étranger étant individuelle, il en résulte que sa femme et ses enfants mineurs conservent la nationalité française. Ce point, hors de doute dans notre ancienne législation (1), amène des conflits avec la plupart des autres pays qui, comme l'Angleterre, l'Allemagne, la Suisse, etc., donnent à la naturalisation du chef de famille un effet collectif : les enfants mineurs d'un Français naturalisé Allemand seront Allemands pour l'Allemagne, et resteront Français d'après la loi de notre pays.

La convention du 23 juillet 1879 conclue avec la Suisse a mis fin à ce conflit avec ce dernier Etat. L'art. 1er dispose que les enfants mineurs d'un Français naturalisé Suisse conservent leur nationalité, sauf à opter pour la Suisse dans le courant de leur vingt-deuxième année. Ces mineurs ne sont appelés au service militaire qu'après l'expiration de leur vingt-deuxième année et, seulement, s'ils n'ont pas opté pour la nationalité suisse. Provisoirement, ils peuvent contracter des engagements militaires et concourir pour les écoles du gouvernement, en renonçant par avance à opter pour la Suisse, avec l'autorisation de leurs représentants légaux. Ce traité n'est conclu que pour cinq ans, mais il est indéfiniment renouvelable sauf dénonciation un an à l'avance. Il subsiste malgré la nouvelle loi française du 26 juin 1889 (circ. du gouv. suisse, 13 août 1889, A. D., 1889, octob.-nov., p. 224, et

(1) Cour de Lyon, 19 mars 1875, J. C., 1876, p. 183; Cass., 13 janv. 1873, *ibid.*, 1874, p. 243; Cass. req., 6 mars 1877, S., 79. 1. 305.

du 6 juillet 1894, J. C., 1897, p. 926; [arrêté du Conseil fédéral du 30 décembre 1903, § 5) (1).]

La loi nouvelle sur la nationalité ne s'est pas expliquée sur le caractère de la naturalisation des Français à l'étranger. Cependant le rapporteur de la loi, à propos de la discussion du nouvel art. 12 C. civ., a formellement déclaré que, « d'après une règle constante de notre code civil », la naturalisation d'un Français à l'étranger était individuelle et ne devait pas atteindre ses enfants. Il est vrai que la nouvelle loi change les anciens principes en déclarant collective la naturalisation des étrangers en France. Mais n'est-il pas dans l'esprit de cette loi de multiplier autant que possible les naturalisations dans notre pays et de restreindre les expatriations?

Expatriation frauduleuse. — Souvent la naturalisation n'est acquise en pays étranger que pour éviter certaines dispositions de la loi nationale, par exemple pour échapper au service militaire ou pour se donner la faculté de divorcer quand on ne l'a pas d'après son statut personnel. Il est certain que, malgré la fraude ainsi commise, la naturalisation pourra produire tous ses effets dans le pays où elle est obtenue, car l'Etat qui l'accorde est seul juge de sa validité, en se plaçant au point de vue de sa propre loi et sans se préoccuper des dispositions de l'ancienne loi nationale de celui qui se fait naturaliser. Mais, en France, tiendra-t-on compte de cette naturalisation frauduleuse acquise à l'étranger et en acceptera-t-on les conséquences? Cette question, toujours pratique à d'autres points de vue, s'est fréquemment présentée à propos du divorce avant la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli cette institution en France.

La jurisprudence et nombre d'auteurs pensent qu'il faut appliquer, en pareil cas, l'adage *Fraus omnia corrumpit*, et tenir pour non avenue une naturalisation qui n'a été motivée que par le désir d'échapper à une règle impérative ou prohibitive de la loi française (2). Cette solution est assez critiquable; car, d'une part, la fraude ne se présume pas : il faudra l'établir d'après les circons-

(1) [*Ann. Législ. étr.*, 1904, p. 430, note 1.]

(2) Trib. de la Seine, 10 mars 1876; C. de Paris, 17 juillet 1876, J. C., 1876, p. 350; C. de Paris, 30 juin 1877, *ibid.*, 1878, p. 268, et D. P., 78. 2. 6. — Trib. Seine, 30 décembre 1887, *Le Droit*, 4 janvier 1888. — Labbé, J. C., 1877, p. 20. — Cass., 19 juillet 1875, D. P., 76. 1. 55. — Cass. rej., 26 février 1890, S., 93. 1. 126; [Paris, 13 mars 1901, *Gaz. des Trib.* et *Droit* du 28 mars 1901. — Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e éd., n. 301, p. 339; Le Sueur et Dreyfus, *op. cit.*, p. 189].

tances, et cette recherche de l'intention qu'a eue un Français en se faisant naturaliser à l'étranger, peut, dans bien des cas, être très délicate et très aléatoire. D'autre part, la faculté de changer de nationalité étant un droit pour toute personne, il importe peu de rechercher le motif qui la détermine à en user : on a toujours une raison quand on prend un parti aussi grave, et le désir de modifier son statut personnel, en se plaçant sous l'empire d'une loi qui consacre des institutions non admises par sa loi nationale, vaut bien, comme motif déterminant du changement de nationalité, un intérêt pécuniaire provenant d'un établissement avantageux ou de l'investiture de fonctions publiques à l'étranger. D'autres estiment que l'expatriation n'est pas nulle, mais qu'elle est sans effet quant aux conséquences que l'on veut en tirer contre la loi nationale ancienne. Mais est-il bien logique de maintenir la validité de cette expatriation quand on en annule les effets? Aussi plusieurs jurisconsultes, notamment de Savigny, pensent-ils que l'expatriation constitue un droit acquis que l'on doit respecter, quelles qu'en soient les conséquences, parce que celui qui en use ne fait qu'exercer une faculté reconnue par la loi elle-même.

Peut-être cependant serait-il juste d'apporter un correctif à cette dernière solution un peu absolue. Si l'on accepte les effets de la naturalisation acquise en pays étranger pour échapper aux dispositions de la loi nationale, encore faut-il que cette naturalisation soit sérieuse. Lorsque le naturalisé à l'étranger ne profite en aucune façon de sa nationalité nouvelle, soit en revenant aussitôt sur le territoire de son ancienne patrie, soit en reprenant bien vite sa première nationalité, il est vrai de dire que l'expatriation n'a été qu'un subterfuge pour échapper à son statut personnel et qu'il n'en faut pas tenir compte. C'est, du reste, ce qui avait lieu dans la plupart des cas où la jurisprudence a refusé de déclarer valables des naturalisations à l'étranger comme faites *in fraudem legis;* par exemple, lorsqu'une femme française, naturalisée à l'étranger, obtenait le divorce, et aussitôt après, par un nouveau mariage, prenait une nationalité nouvelle, quelquefois même la nationalité française qu'elle venait de quitter (1).

Pour éviter que des fraudes semblables ne soient commises par la naturalisation en pays étranger, certains pays, comme

(1) Req., 15 déc. 1845, D., 46. 1. 7. [Cpr. Weiss, *Traité,* t. I, 2e édit., 1907, p. 521-529; L. Renault, *Rev. crit.*, 1882, p. 719; Rouard de Card, *op. cit.*, p. 222; Audinet, *op. cit.*, 2e édit., 1906, n. 118, p. 91-92.)

l'Allemagne, ainsi qu'on le verra plus bas, ne la reconnaissent valable que si elle est précédée de l'obtention d'un permis d'expatriation : mais ce procédé a le défaut d'apporter une entrave peu justifiée à l'exercice d'un droit essentiel dérivant de la liberté individuelle. Les Etats-Unis, dans les nombreux traités qu'ils ont conclus en 1868 avec des Etats de l'Europe et de l'Amérique et qui seront indiqués aussi plus loin, ont inauguré un moyen bien préférable d'éviter les expatriations frauduleuses. Tout étranger naturalisé aux Etat-Unis ne peut revenir s'établir dans son ancienne patrie avant l'expiration d'un séjour de cinq ans sur le territoire de l'Union, afin de montrer son intention sérieuse de changer de nationalité ; s'il ne satisfait pas à cette condition, sa naturalisation est nulle et non avenue.

La France devrait établir une règle semblable dans ses rapports avec les autres Etats, au moyen des traités ; elle pourrait seulement réduire le délai du séjour exigé en pays étranger à trois ans, afin de le mettre en harmonie avec le stage de la naturalisation d'après les lois de 1867 et de 1889.

Législation comparée. — On a aujourd'hui, à peu près partout, répudié l'ancienne règle : *Nemo potest exuere patriam*, qui n'était qu'une conséquence des principes féodaux en vertu desquels l'homme était attaché à la glèbe. On reconnaît donc à chacun la libre faculté : 1° d'émigrer ; 2° d'adopter la nationalité d'un autre pays. Un rapport étroit existe d'ailleurs entre ces deux facultés, car on a déjà vu qu'on ne regarde comme sérieuse une naturalisation qu'autant qu'elle est accompagnée de l'établissement du domicile dans le pays où l'on se fait naturaliser. Avant que la loi suisse du 3 juillet 1876, [aujourd'hui remplacée par celle du 25 juin 1903], eût exigé un séjour de deux ans sur le territoire fédéral pour obtenir la naturalisation, la jurisprudence française ne tenait aucun compte des naturalisations acquises par des Français en Suisse, sans quitter la France. En 1876, des jeunes gens de Francfort ayant acheté la nationalité suisse pour échapper au service militaire, le gouvernement prussien ne reconnut pas non plus la validité de leur naturalisation. En Grèce, on accordait aussi la nationalité à des sujets grecs du Sultan sans exiger d'eux l'immigration ; mais cet abus a cessé à la suite d'un accord intervenu en 1875 entre la Porte et le gouvernement grec.

En sens inverse, la naturalisation en pays étranger ne doit jamais résulter du simple fait qu'on s'est établi sur le territoire de ce pays : une manifestation de volonté expresse ou tacite est

nécessaire pour le changement de nationalité. Si un Etat, comme le Vénézuela, viole cette règle, les pays auxquels appartiennent les émigrants peuvent et doivent ne point tenir compte de cette naturalisation imposée à leurs nationaux.

Aucun conflit n'est possible entre notre législation et celles qui font, comme elle, résulter la perte de la nationalité de la naturalisation acquise en pays étranger : telles sont les lois de Belgique, Luxembourg, Monaco, Italie, Suède, Espagne, Brésil, Colombie, Uruguay, etc. Mais des difficultés sont possibles avec les Etats qui ont maintenu d'une manière plus ou moins complète, l'ancienne règle : *Nemo potest exuere patriam.*

L'Angleterre, dont la législation est demeurée profondément imbue des principes de la féodalité, a admis pendant longtemps la règle de l'*allégeance perpétuelle.* En vertu de cette règle, chaque Anglais, considéré comme vassal du souverain de ce pays, ne pouvait se soustraire à cette vassalité en se faisant naturaliser dans un autre Etat. On en venait ainsi à méconnaître cette conséquence de la liberté individuelle, déjà admise par les Romains, que chacun est libre d'adopter la nationalité qui lui convient. Par application de cette idée, un Anglais naturalisé à l'étranger pouvait, une fois revenu en Angleterre, avoir à répondre de tous ses actes comme s'il n'avait jamais changé de nationalité; par exemple, il était traité comme félon s'il avait porté les armes contre son ancienne patrie. Cette question donna lieu à de vifs démêlés entre l'Angleterre et les Etats-Unis en 1812, la première de ces puissances menaçant de mettre à mort tous les prisonniers d'origine anglaise naturalisés Américains.

Enfin, l'*Act* du 12 mai 1870 a abrogé l'allégeance perpétuelle qualifiée par les juristes et les hommes d'Etat de l'Angleterre eux-mêmes de *reste des temps de barbarie.* Aujourd'hui, d'après l'art. 6 de l'*Act* de 1870, tout Anglais perd sa nationalité par la naturalisation acquise en pays étranger.

Les Etats-Unis, dont le droit commun (*common law*) est le même que celui de l'Angleterre, adoptent encore le principe de l'allégeance perpétuelle qu'aucune loi n'a abrogé, ainsi que l'a fait en Angleterre l'*Act* de 1870. Cependant, lors de la discussion du bill de 1868 sur la protection des Américains à l'étranger, on n'hésita pas à reconnaître le caractère suranné et même inique de toute entrave apportée à la liberté d'expatriation (1). Aussi,

(1) [Malheureusement la loi du 27 juillet 1868 (Statuts révisés, sect. 1999) s'est

grâce aux traités dus aux négociations du ministre plénipotentiaire américain Bancroft, le principe de l'allégeance a-t-il été écarté dans les relations des Etats-Unis avec plusieurs autres Etats. Parmi ces traités, il faut particulièrement citer celui du 22 février 1868, conclu avec la confédération de l'Allemagne du Nord, pour régler la condition des émigrants de ce dernier pays qui sont en si grand nombre aux Etats-Unis. Au bout de cinq ans de séjour en Amérique, un Allemand est considéré comme citoyen des Etats-Unis et, réciproquement, un Américain de l'Union est Allemand après cinq ans de séjour en Allemagne. Lorsqu'un Allemand, devenu citoyen des Etats-Unis, retourne dans sa première patrie, il recouvre son ancienne nationalité s'il a perdu l'esprit de retour en Amérique : cet esprit de retour est présumé perdu au bout de deux ans passés en Allemagne.

Des conventions semblables ont été conclues entre les Etats-Unis d'une part et, d'autre part, la Belgique (16 novembre 1868), le Mexique (18 juillet 1868), la Suède et la Norvège (26 mai 1869), l'Angleterre (13 mai 1870), l'Autriche-Hongrie (20 septembre 1870), [le Danemark (20 juillet 1872) et la République d'Haïti (22 mars 1902) (1).]

On retrouve encore le principe de l'allégeance perpétuelle dans les pays suivants : la République Argentine, où la naturalisation acquise en pays étranger ne fait perdre que les droits politiques (loi du 1er octobre 1869, art. 8); le Vénézuela, où cette naturalisation est sans effet (art. 7 de la constitution). En Suisse, ce principe a disparu dans tous les cantons, par exemple dans celui de Genève, depuis la loi du 3 juillet 1876 (art. 6). Cependant on exige que le naturalisé à l'étranger renonce formellement à la nationalité suisse. [Aujourd'hui, il résulte des art. 7, 8 et 9 de la loi fédérale du 25 juin 1903 que tout citoyen suisse peut renoncer à sa nationalité, s'il n'a plus de domicile en Suisse, s'il est capable d'après les lois du pays où il réside et s'il a une nationalité étrangère acquise ou assurée pour lui, pour sa femme et pour ses enfants; bornée à proclamer le principe de la liberté d'expatriation, droit naturel et inhérent à tout homme, sans indiquer de quelle manière le lien de la nationalité nord-américaine pourrait être répudié et rendu inefficace; et, malgré plusieurs tentatives, ce moyen n'existe pas à l'heure actuelle, si l'on fait abstraction de la loi récente du 29 juin 1906, qui prévoit la possibilité de faire annuler par les tribunaux, sous des conditions déterminées, des certificats de nationalité américaine. V. Sieber, *Das Bürgerrecht*, 1907, t. I, p. 519 et t. II, p. 386-410.]

(1) [Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 343-364.]

moyennant ces conditions, il fera sa déclaration de renonciation à la nationalité suisse, et s'il n'y a pas eu d'opposition écrite ou si l'opposition a été écartée, l'autorité compétente, aux termes de la loi cantonale, déclarera le requérant libéré des liens de la nationalité cantonale et communale. La libération, qui entraîne la perte de la nationalité suisse, date de la remise au requérant de l'acte de libération. Cette libération s'étend à la femme et aux enfants lorsqu'ils sont soumis à la puissance maritale ou paternelle de la personne libérée et qu'il n'est pas fait d'exception formelle à leur égard (1).]

D'autres Etats, sans enlever absolument à leurs nationaux la faculté d'expatriation, la restreignent cependant par l'exigence de certaines autorisations.

En Allemagne, les émigrants ne peuvent perdre la nationalité que s'ils sont munis d'un *congé* (Entlassungsschein) : cette pièce ne peut être refusée à ceux qui ont moins de 17 ans et plus de 25 ans, deux limites qui ont été fixées au point de vue du service militaire. L'expatriation ainsi obtenue est qualifiée : par congé sur demande, *Entlassung auf Antrag* (loi du 1er juin 1870, art. 13-1°). A défaut de congé, l'établissement en pays étranger ne peut entraîner le changement de nationalité, à moins qu'il ne se prolonge pendant dix ans et que, en même temps, l'émigrant n'ait plus de passeport valable et ne se soit pas fait immatriculer au registre de son consulat (art. 21). On a déjà vu, du reste, que dans le traité de 1868 avec les Etats-Unis, le délai de dix ans a été réduit à cinq ans (2).

En Turquie, les sujets de la Porte, désireux d'échapper aux vexations des fonctionnaires ottomans, avaient pris le moyen de se placer sous la protection des consuls étrangers. Cette ressource leur ayant manqué depuis l'arrangement de 1863, intervenu entre la Porte et les ambassadeurs étrangers pour limiter le droit de protection qui appartient à ces derniers, les sujets turcs prirent le parti plus radical de se faire naturaliser à l'étranger, surtout en Grèce. Pour mettre fin à cet abus, la loi turque du 19 janvier 1869 (art. 5 et 6) dispose que les sujets ottomans ne pourront s'expatrier qu'avec l'autorisation de leur gouvernement; à défaut de

(1) [*Ann. législ. étrang.*, 1904, p. 431-432; Sieber, *op. cit.*, t. I, chap. III, § 56, p. 413-443; t. II, p. 256-267.]

(2) [Sieber, *op. cit.*, t. I, p. 450-471. V. aussi le traité du 12 décembre 1887 avec le Honduras et celui du 4 février 1896 avec le Nicaragua. Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 365-367.]

cette dernière, leur naturalisation en pays étranger est tenue pour nulle; ils perdent leurs droits de sujets et peuvent être expulsés) (1).

En Autriche-Hongrie, l'expatriation n'est efficace pour faire perdre la nationalité que si elle a eu lieu avec l'autorisation des autorités militaires, quand on doit encore le service (lois des 12 décembre 1867, art. 4; 5 décembre 1868; 13 mai 1869) (2). En Russie, le principe de l'allégeance perpétuelle a été aboli depuis l'ukase du 6 mars 1864. Les étrangers naturalisés russes peuvent s'expatrier de nouveau (loi de 1864, part. II); quant aux Russes d'origine, ils ne peuvent se faire naturaliser en pays étranger qu'avec l'autorisation de leur gouvernement et après avoir satisfait au service militaire (loi du 1er janvier 1874, J. C., 1899, p. 870) (3).

II. **Acceptation de fonctions publiques à l'étranger sans autorisation** (art. 17 C. civ., n. 2).

149. Il s'agit ici de toutes fonctions faisant participer à l'exercice de la puissance publique en pays étranger, comme celles de juge, d'administrateur, etc. Elles doivent donc être conférées par un gouvernement régulier et non par les chefs d'une insurrection. Sont fonctions publiques les fonctions ecclésiastiques lorsque le clergé est organisé par l'Etat étranger d'une manière officielle (4). Un décret du 7 janvier 1808 exige même l'autorisation pour les évêques français nommés *in partibus infidelium* par le Saint-Siège (5). Mais la prestation du serment de fidélité à un souverain étranger ne suffirait pas pour entraîner la perte de la qualité de Français. Il en est de même de l'acceptation d'un service personnel auprès d'un prince étranger, à moins que ce service ne constitue une fonction publique (6). L'inscription comme avocat

(1) [Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 285-289. — *Adde :* Règlement du 17 juillet 1869, et décret du 29 juin 1900 sur l'indigénat égyptien. *Id., ibid.*, p. 289-291.]

(2) [Sieber, *op. cit.*, t. II, p. 481-493.]

(3) [V. Communication officielle du Ministère russe de l'Intérieur au Consulat général de Suisse à Saint-Pétersbourg, en date du 3 mai 1905, et Code des lois de l'Empire russe, 1889, chap. III, p. 853, dans Sieber, *op. cit.*, t. I, p. 554, et t. II, p. 236.]

(4) Paris, 12 mai 1891, J. C., 1891, p. 1221.

(5) [Il n'en est plus question depuis la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat.]

(6) *Contrà :* Avis du Conseil d'Etat du 21 janvier 1812. Cet avis est réputé abrogé avec le décret du 26 août 1811 dont il n'était que l'interprétation.

dans un barreau étranger n'implique pas l'exercice d'une fonction publique et ne fait pas perdre la nationalité; elle entraîne seulement la perte du titre d'avocat en France (1).

La loi du 26 juin 1889 (nouvel art. 17, n. 3) atténne considérablement la rigueur de l'ancien art. 17, n. 2 : désormais, le Français qui accepte des fonctions publiques d'un gouvernement étranger ne perd sa nationalité que s'il conserve ces fonctions malgré l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé.

III. **Etablissement à l'étranger sans esprit de retour** (art. 17 C. civ., n. 3).

150. La loi du 26 juin 1889 supprime cette cause de déchéance de nationalité, afin de ne point paralyser l'émigration de nos nationaux, qui peut avoir de grands avantages politiques et économiques pour notre pays. Mais elle n'a pas d'effet rétroactif et ceux qui étaient établis à l'étranger sans esprit de retour lors de sa promulgation restent étrangers, sauf quand leur principal établissement hors de France avait un caractère commercial, conformément à l'ancien art. 17, n. 3. Cette dernière disposition est remplacée aujourd'hui par le 2° de l'art. 17, rappelant que la qualité de Français est perdue par ceux qui la déclinent dans les cas prévus par l'art. 8, n. 4, et par les art. 12 et 18.

IV. **Mariage d'une Française avec un étranger** (art. 19 § 1er C. civ.).

151. Il y a lieu de répéter ici ce qui a été dit à propos du cas inverse de l'art. 12 C. civ., celui où une étrangère épouse un Français (2). Il en sera ainsi, pourvu que le mariage soit valable ou, tout au moins, putatif, et même si la femme est mineure; capable en effet de contracter mariage, elle est capable d'en accepter toutes les conséquences légales. Malgré toute convention contraire, la femme suit nécessairement la nationalité de son mari; mais cela ne s'entend que de la nationalité qu'a le mari au moment du mariage, sans que les expatriations qu'il réaliserait pour lui dans la suite puissent avoir la moindre influence sur sa femme. C'est un point à peu près unanimement accepté aujourd'hui.

La même solution doit, croyons-nous, être maintenue aujour-

(1) Aix, 11 juin 1890, *Rev. prat. de Droit int. privé,* 1890, p. 74.

(2) [Trib. civ. Nice, 19 juin 1907 et Aix (1re ch.), 19 déc. 1907, J. C.; 1908, p. 498. V. ci-dessus, n. 133 *in fine.*]

d'hui sous l'empire de la loi de 1889, qui permet à la femme de profiter de la naturalisation de son mari, mais qui ne la lui impose pas. De plus, il s'agit ici d'une naturalisation du mari étranger dans un autre pays étranger, et nous avons déjà constaté que la loi de 1889 ne reconnaît un effet collectif qu'à la naturalisation en France.

Cependant, en décidant que la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, le législateur va peut-être un peu loin, car il peut se faire que le pays auquel le mari appartient ne reconnaisse pas la femme comme investie de sa nationalité. Ainsi, jadis, la femme étrangère d'un Anglais n'était pas Anglaise d'après la loi britannique : cette règle n'a été admise qu'en 1844. Ce n'est même que depuis l'*Act* du 12 mai 1870, art. 10, que l'Anglaise épousant un étranger perd sa nationalité : auparavant, le lien de perpétuelle allégeance rendait ce résultat impossible. Tout ce que peut décider le législateur français, c'est que la femme française qui épouse un étranger sera, à ses yeux, considérée comme ayant la même nationalité que son mari. Il était bon d'imiter, à cet égard, l'art. 14 du code civil d'Italie, d'après lequel l'Italienne qui épouse un étranger prend la condition de son mari si, d'après la loi de ce dernier, il en est de même; sinon elle garde sa nationalité.

C'est ce que décide la loi de 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 ce dernier, auquel cas elle reste Française (nouvel art. 19, alin. 1). C'est, on le voit, la reproduction du système italien indiqué plus haut (1).

V. **Fait de prendre du service militaire à l'étranger sans autorisation du gouvernement français** (art. 17, n. 4, loi du 26 juin 1889).

152. On se contente souvent, en pareil cas, d'une autorisation tacite, par exemple de l'attribution de fonctions publiques qui couvrirait la déchéance de la nationalité résultant du fait d'avoir pris du service à l'étranger sans autorisation (2). Cependant le texte semble exiger une autorisation formelle et préalable; elle devrait même résulter d'un décret inséré au Bulletin des lois (ordonn. 8 octobre 1814).

(1) [Trib. civ. Mascara, 19 mai 1897, J. C., 1898, p. 132. — Trib. civ. de Nantes, 28 novembre 1901, J. C., 1902, p. 590. — *Questions et solutions pratiques,* J. C., 1906, p. 354 et suiv.].

(2) Cass. req., 20 février 1877, D. P., 78. 1. 26.

Cette autorisation peut d'ailleurs être collective, comme celle qui fut accordée le 28 août 1866 à ceux qui voulurent s'enrôler dans la légion Romaine au service du Pape. Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 15 mai 1862 (D. P., 62. 3. 77) considérait l'enrôlement dans les zouaves pontificaux sans autorisation comme entraînant la perte de la nationalité. Mais la cour de Chambéry a condamné cette manière de voir en ne considérant pas le Saint-Siège comme un Etat étranger, ce qui est plus que contestable, et en admettant d'ailleurs l'autorisation tacite résultant de l'attitude générale du gouvernement français (1).

La loi suppose qu'il s'agit de l'enrôlement dans une véritable armée étrangère, et non dans une garde organisée en vue de la police ou dans des bandes d'insurgés, comme celles de Don Carlos en Espagne, ou même dans les forces d'un parti politique disputant le pouvoir à un autre dans un pays étranger : ainsi la nationalité n'a pas été perdue par ceux qui ont pris part à l'expédition des Mille dirigée par Garibaldi en Sicile, et à la guerre de sécession aux Etats-Unis (2). Il semble bien aussi que l'art. 17 C. civ. ne vise que ceux qui entrent dans l'armée étrangère par un enrôlement devant les retenir pendant une période déterminée, et non ceux qui vont donner momentanément leur concours à un pays dans une guerre engagée contre un autre. Aussi on n'a pas songé à appliquer ce texte aux Français qui ont combattu pour la Grèce dans sa récente guerre contre la Turquie (3), ou pour le Transvaal et l'Etat d'Orange contre la Grande-Bretagne.

Enfin, comme un mineur ne peut pas disposer seul de sa nationalité, il faut que l'enrôlement, pour entraîner la perte de la qualité de Français, ait lieu après la majorité. Il importerait peu que l'enrôlé mineur restât dans l'armée étrangère après sa majorité, car il ne lui est pas toujours possible de quitter le service militaire qu'il a pris étant mineur (4).

(1) Chambéry, 28 juin 1892, J. C., 1892, p. 1175; [*Contra* Weiss, *Traité,* t. I, 2e éd., 1907, p. 557-560].

(2) Validation de l'élection de M. Cluseret, 4 fév. 1889, J. C., 1889, p. 73; Cass., 30 avril 1890, J. C., 1890, p. 939; Bordeaux, 14 mars 1850, S., 52. 2. 561.

(3) Cpr. E. Clunet, J. C., 1889, p. 74; [Weiss, *Traité,* t. I, 2e édit., 1907, p. 555; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. I, 3e édit., n. 541; P. Fauchille, D. P., 97. 2. 33].

(4) Amiens, 24 janv. 1849, S., 49. 2. 587; Douai, 9 juill. 1894, J. C., 1895, p. 112. Cpr. Blidah, 7 avril 1887, J. C., 1888, p. 111. *Contrà :* circ. du 1er mai 1862; Paris, 30 juin 1896, D. P., 97. 2. 33. — V. aussi Cass., 15 mars 1897, S., 97. 1. 305; Gre-

Il a été jugé que l'incorporation dans l'armée étrangère comme conséquence d'une naturalisation nulle parce qu'elle a été obtenue par un incapable, entraîne la déchéance de la nationalité (1). Nous pensons, au contraire, que l'entrée dans l'armée étrangère n'est pas alors voulue directement; elle est la suite nécessaire de la naturalisation : or, si celle-ci n'est pas valable, comment en admettre les effets? Aussi approuverions-nous la décision d'après laquelle les individus simplement domiciliés en Alsace-Lorraine lors de l'annexion, et qui sont Français pour la France, Allemands pour l'Allemagne, ont gardé notre nationalité malgré leur incorporation dans l'armée allemande (2).

[Il a été aussi jugé que le service militaire à l'étranger sans intention de répudier la nationalité française ne prive pas de la qualité de Français l'individu né en France d'un Français sous l'empire de la loi du 7 février 1851 et majeur avant la loi du 26 juin 1889, qui, bien qu'ayant servi dans l'armée d'un pays étranger, n'a pas effectué sa déclaration régulière d'extranéité (3).]

Remarquons enfin que la loi de 1889 déclare soumis aux lois pénales relatives à l'insoumission pour le recrutement ceux qui prennent du service à l'étranger sans autorisation, et qu'elle ne parle plus, comme l'ancien article 21, de l'affiliation aux corporations militaires étrangères : ces associations, comme celle des chevaliers de Malte, n'existent plus ou n'existent que de nom.

VI. Démembrement du territoire français.

153. Il suffit, sur ce point, de se référer à ce qui a été déjà dit à propos de l'annexion.

VII. Trafic des esclaves.

154. Malgré l'opposition du Sénat, la Chambre des députés a maintenu sur ce point le décret du 27 avril 1848, art. 8, et la loi du 25 mai 1858 que la loi de 1889 laisse subsister. Mais, pour que

noble, 18 mai 1894, J. C., 1897, p. 1308; Trib. Seine, 27 juill. 1897, J. C., 1897, p. 1039; Aix, 25 juin 1902, J. C., 1903, p. 363; Besançon, 30 juill. 1902, J. C., 1903, p. 370; [Aubry et Rau, 5e édit., t. I, § 74, p. 439 et note 29; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., p. 128, note 3; Audinet, *op. cit.*, 2e édit., n. 125, p. 99; Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., p. 549.]

(1) Cass., 4 fév. 1901, *Le Droit*, 11 fév., aff. de Bari.

(2) Trib. Lunéville, 28 mai 1889, J. C., 1890, p. 936.

(3) [Trib. civ. Marseille, 25 mai 1908, J. C., 1909, p. 493.]

la perte de la nationalité en résulte, il faut que la possession d'esclaves soit postérieure au décret de 1848 et qu'elle vienne d'une acquisition à titre onéreux (1).

SECTION III

RECOUVREMENT DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS

155. La loi se montre généralement plus facile pour permettre de recouvrer la qualité de Français que pour l'accorder à un étranger qui ne l'a jamais possédée. Il y a lieu de distinguer trois catégories d'ex-Français, au point de vue des conditions exigées d'eux pour qu'ils reprennent leur ancienne nationalité.

1° La loi du 26 juin 1889 (nouvel art. 18) exige de l'ex-Français qui veut recouvrer sa nationalité deux conditions : 1° qu'il réside en France ; 2° qu'il obtienne sa réintégration par décret : ce décret est assujetti aux mêmes règles que celui qui accorde la naturalisation.

Cette disposition s'applique à tous ceux qui ne sont pas visés par des dispositions spéciales pour la réintégration dans la qualité de Français, c'est-à-dire à tous ceux qui ont perdu cette qualité, sauf la femme française mariée avec un étranger (V. nouvel art. 19) et le Français qui a pris du service militaire à l'étranger sans autorisation du gouvernement (V. nouvel art. 21). Le nouvel art. 18 s'applique donc aux Français naturalisé à l'étranger, à celui qui a accepté des fonctions publiques à l'étranger et ne les a pas résignées dans le délai fixé par le gouvernement français ; à ceux qui ont décliné la nationalité française dans les cas prévus par le nouvel art. 8, n. 4, par l'art. 12, par l'art. 8, n. 3, modifié par la loi du 22 juillet 1893, et par l'art. 18 *in fine;* enfin à ceux qui ont cessé d'être Français par annexion ou par le fait de posséder des esclaves. Rappelons que le réintégré dans la qualité de Français recouvre immédiatement l'éligibilité politique, à la différence du naturalisé (loi du 26 juin 1889, art. 3).

2° La loi du 26 juin 1889 (nouvel art. 19), réglemente de la manière suivante le recouvrement de la nationalité par la femme française qui a épousé un étranger, après son veuvage ou son divorce : « Elle recouvre la qualité de Française, *avec l'autorisa-*

(1) Grenoble, 20 juin 1891, J. C., 1891, p. 1232; Trib. civ. Mascara, 6 fév. 1895, J. C., 1897, p. 814. — On ne perd pas la nationalité si l'on achète des esclaves pour es affranchir. Trib. Seine, 13 janv. 1898, J. C., 1898, p. 550.

tion du gouvernement, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre, *en déclarant qu'elle veut s'y fixer* ». Cette déclaration n'est pas exigée dans les cas prévus par l'art. 18, et on ne voit pas pourquoi on se montre plus exigeant pour la femme qui redevient Française après avoir épousé un étranger.

De la nouvelle rédaction, il résulte que la femme française mariée à un étranger a toujours besoin de l'autorisation du gouvernement pour recouvrer sa nationalité, même lorsqu'elle réside en France au moment de son veuvage ou de son divorce. Il en résulte encore que, coupant court à une ancienne controverse (1), le législateur exige que la femme déclare son intention de fixer son domicile en France, même quand elle réside dans notre pays au moment de son veuvage ou de son divorce. L'autorisation que la femme doit obtenir en pareil cas est une réintégration dans la nationalité française accordée par décret.

3° Ceux qui ont perdu la qualité de Français pour avoir pris du service militaire à l'étranger sans autorisation n'ont pas de faveur particulière pour redevenir Français : ils doivent se conformer aux conditions de la naturalisation ordinaire (art. 21 C. civ., alin. 2). Tant qu'ils demeurent étrangers, ils ne peuvent même venir en France sans autorisation spéciale.

Ces deux points sont confirmés par la loi de 1889, nouvel art. 21. Malgré cette double infériorité par rapport à celui qui se fait directement naturaliser en France et par rapport à celui qui est réintégré dans les termes de l'art. 18, la qualité de Français est reprise avec tous ses avantages, même l'éligibilité politique immédiate, par celui qui, tombant sous le coup de l'art. 17, n. 4, redevient Français d'après l'art. 21. C'est là une anomalie qui a échappé au législateur. (V. loi du 25 juin 1889, art. 3).

Dans tous les cas de réintégration dans la nationalité française, comme dans ceux d'obtention directe de cette nationalité, le bénéficiaire ne devient jamais Français avec effet rétroactif (art. 20 C. civ., confirmé par la loi de 1889, nouvel art 20).

Mais, d'après le code civil, le recouvrement de la nationalité française n'avait jamais qu'un effet individuel (2). La loi de 1889 lui attribue au contraire un effet collectif dans certains cas.

1° Quand un ex-Français ou une ex-Française recouvre sa nationalité conformément au nouvel art. 18, ses enfants mineurs

(1) Cass. req. des 19 mai 1830, S., 30. 1. 325, 13 janvier 1873, D. P., 73. 1. 297.
(2) Paris, 23 juin 1859, S., 60. 2. 261.

deviennent Français, à moins que, dans l'année qui suit la majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions du nouvel art. 8, n. 4. La majorité à considérer en pareil cas est la majorité française, puisque ces enfants sont Français, sauf le droit d'option pour la nationalité étrangère (1).

La femme et les enfants majeurs, sans devenir Français de plein droit avec le mari ou le père, peuvent demander à être compris avec lui dans le même décret de réintégration (nouvel art. 18).

2° Quand une femme française mariée à un étranger recouvre sa nationalité primitive, ses enfants mineurs peuvent être com-

(1) [On s'est demandé si cette disposition du nouvel art. 18 est devenue applicable dès la promulgation de la loi du 26 juin 1889 aux enfants mineurs nés d'un individu qui aurait recouvré la nationalité française, après leur naissance, mais avant la loi du 26 juin 1889, sous l'empire de la législation alors en vigueur permettant (ancien art. 10 § 2 C. civ.) à l'individu né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français de recouvrer cette qualité en remplissant les formalités de l'art. 9. Controversée dans la doctrine, cette question vient de se poser pour la première fois dans la pratique devant le tribunal civil de la Seine (1re chambre) qui l'a résolue par l'affirmative, le 6 mai 1908 (affaire Goldschmidt contre Préfet de la Seine, J. C., 1909, p. 157). Voici les faits : le sieur Goldschmidt (Alfred Sylvain) était né le 24 février 1878 sur le territoire annexé, donc en pays étranger, d'un père ayant perdu la qualité de Français du chef de l'annexion. *Jure sanguinis,* il était Allemand. La récupération par son père, le 10 mars 1884, de la nationalité française n'avait pas eu, semble-t-il, pour effet de modifier cette situation qui constituait pour lui un droit acquis, cette récupération, comme la naturalisation, ne produisant, sous le régime antérieur à la loi de 1889, que des effets strictement individuels. Toutefois, il pouvait, semble-t-il avec non moins de raison, réclamer à tout âge la nationalité française, en vertu de l'ancien art. 10 du code civil. Or, quand il a voulu invoquer ce texte, on lui a opposé l'art. 18 nouveau et on lui a signifié qu'en vertu de ce texte il était devenu d'Allemand Français et que, n'ayant pas usé de la faculté de répudiation dans l'année qui avait suivi sa majorité, ce changement était irrévocable. Le garde des sceaux s'est refusé, en conséquence, à l'enregistrement de la déclaration par lui souscrite le 3 janvier 1908 en vue de réclamer la qualité de Français par application de l'ancien art. 10. Et le tribunal de la Seine a approuvé cette attitude. Y a-t-il, dans cette décision, atteinte à un droit acquis et violation du principe de la non-rétroactivité des lois? On a invoqué à la fois, pour et contre, l'arrêt Exshaw (Bordeaux, 21 décembre 1892, J. C., p. 997 et 1893, p. 565 et 1188) et contre, l'arrêt de cassation de la chambre civile du 31 mai 1907 dans l'affaire Copée. — V. dans le sens du Trib. de la Seine, note sous le jugement du 6 mai 1908, J. C., 1908, p. 601-161, et en sens contraire, Jordan, J. C., 1909, p. 402-409. En fait, l'individu en cause avait échappé au service militaire en France et en Allemagne. Dans le jugement précité (n. 152, *in fine*) le tribunal civil de Marseille n'a pas songé à faire rétroagir la loi du 26 juin 1889. Il paraît donc difficile de le concilier avec celui du tribunal civil de la Seine. V. J. C., 1909, p. 493.]

pris dans le décret de réintégration accordé à leur mère, ou bénéficier d'un décret ultérieur qui doit être demandé par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille. D'où il suit que la mère peut seule faire comprendre ses enfants dans le décret qui lui rend la qualité de Française. Plus tard, si elle n'est pas tutrice, elle ne peut pas les faire déclarer Français pas décret; si elle est tutrice, il lui faut le consentement du conseil de famille pour faire naturaliser ses enfants mineurs. Il est difficile de comprendre ces différences dans des cas absolument identiques quant aux raisons qui ont inspiré le législateur.

Cette disposition ne s'applique évidemment que lorsque la mère est devenue libre de changer de nationalité après la mort de son mari; dans le cas de divorce, les enfants mineurs restent soumis à l'autorité de leur père étranger (art. 19, alin. 2).

Il est difficile de comprendre pourquoi, dans les mêmes cas, les enfants majeurs ne peuvent pas demander à être compris dans le décret de réintégration de leur mère, alors que, d'après le nouvel art. 12, alin. 1, ils peuvent profiter du décret de naturalisation accordé à leur mère étrangère d'origine. Il est, en outre, peu logique d'exiger que les enfants mineurs soient compris dans le décret de réintégration de leur mère, alors que, d'après l'art. 12, alin. 2, ils deviennent Français de plein droit avec leur mère qui se fait naturaliser en France, sauf le droit pour eux de décliner notre nationalité dans l'année qui suit leur majorité. L'attribution de la qualité de Français aux enfants majeurs ou mineurs devrait être d'autant plus directe et complète que la mère recouvre la nationalité française au lieu de l'acquérir pour la première fois.

156. La loi de 1889 ne précise pas les formalités à remplir et les justifications à faire relativement à la naturalisation ordinaire ou de faveur, dans les cas prévus par les art. 9 et 10, ainsi qu'à la renonciation à la nationalité française dans les cas prévus par les art. 8, n. 4, 12 et 18; mais elle annonce sur ces différents points un règlement d'administration publique (art. 5). Ce règlement a paru le 13 août 1889. En voici les dispositions :

Article 1er. L'étranger qui veut obtenir l'autorisation de fixer son domicile en France, conformément à l'art. 13 du code civil, doit adresser au ministre de la justice une demande régulière sur papier timbré, accompagnée de son acte de naissance et de celui de son père, de la traduction de ces actes, s'ils sont en langue étrangère, ainsi que d'un extrait du casier judiciaire français.

Art. 2. L'étranger qui veut établir sa naturalisation doit, dans

tous les cas, adresser au ministère de la justice une demande sur papier timbré, en y joignant son acte de naissance, un extrait du casier judiciaire, et, le cas échéant, son acte de mariage et les actes de naissance de ses enfants mineurs, avec la traduction de ses actes, s'ils sont en langue étrangère.

Dans le cas où les intéressés seraient dans l'impossibilité de se procurer les actes de l'état civil dont la production est exigée par le présent décret, ces actes seront suppléés par un acte de notoriété délivré par le juge de paix dans la forme prescrite par l'art. 71 du code civil.

Art. 3. L'étranger qui a épousé une Française doit, s'il veut obtenir la naturalisation après une année de domicile autorisé, produire l'acte de naissance de sa femme et l'acte de naissance du père de celle-ci, si cet acte est nécessaire pour établir son origine française.

Art. 4. L'étranger qui sollicite la naturalisation immédiate, après une résidence non interrompue pendant dix ans, doit joindre à sa demande les documents établissant qu'il réside actuellement en France et depuis dix années au moins.

Art. 5. La femme et les enfants majeurs de l'étranger qui demande à devenir Français, soit par la naturalisation ordinaire, soit par la réintégration, doivent, s'ils désirent obtenir eux-mêmes la qualité de Français, sans condition de stage, par application des articles 12 et 18 du code civil, joindre leur demande de naturalisation à la demande faite par le mari, par le père ou par la mère.

Dans les cas de naturalisation de faveur prévus par les articles 9 et 10 du code civil, la demande est jointe à la déclaration faite par le mari, le père ou la mère.

Art. 6. Les déclarations souscrites soit pour acquérir, soit pour répudier la qualité de Français, sont reçues par le *juge de paix* du canton dans lequel réside le déclarant.

Elles peuvent être faites par procuration spéciale et authentique.

Elles sont dressées en double exemplaire sur papier timbré.

Le déclarant est assisté de deux témoins qui certifient son identité; il doit produire à l'appui de sa déclaration toutes les justifications nécessaires, en y joignant son acte de naissance et, le cas échéant, son acte de mariage et les actes de naissance de ses enfants mineurs, avec la traduction de ces actes, s'ils sont en langue étrangère.

En cas de résidence à l'étranger, les déclarations sont reçues par *les agents diplomatiques ou par les consuls.*

Art. 7. Les deux exemplaires de la déclaration et les pièces justificatives sont immédiatement adressés par le juge de paix au procureur de la République, qui les transmet sans délai au ministre de la justice.

Art. 8. La déclaration est inscrite à la chancellerie sur un registre spécial; l'un des exemplaires est déposé dans les archives, l'autre renvoyé à l'intéressé avec la mention de l'enregistrement.

La déclaration enregistrée prend date du jour de sa réception par le juge de paix.

Art. 9. Lorsqu'un individu né en France d'un étranger, et domicilié hors de France à l'époque de sa majorité, veut faire sa soumission de fixer en France son domicile dans les conditions prévues par l'article 9 du code civil, cet acte de soumission est reçu par un des agents diplomatiques ou consulaires de France à l'étranger. Il est dressé en double exemplaire; l'un est remis à l'intéressé, l'autre transmis immédiatement au ministre de la justice par la voie hiérarchique.

Art. 10. L'individu né en France de parents dont l'un a perdu la qualité de Français, et qui réclame cette qualité en vertu de l'art. 10 du code civil, doit établir quel était son domicile et celui de ses parents à l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française.

Art. 11. La renonciation du mineur à la faculté qui lui appartient, par application des art. 8 (n. 4), 12 et 18 du code civil, de décliner, à sa majorité, la qualité de Français, est faite en son nom par les personnes désignées dans l'art. 9, § 2, du code civil. — (Cette renonciation est appliquée en fait et elle peut être utile pour fixer la condition des mineurs quant à la nationalité, par exemple quand ils veulent concourir aux écoles du gouvernement. Mais le décret a sur ce point créé une faculté que la loi n'établit pas, ce qu'il ne pouvait pas faire. (Rapport de la loi du 22 juillet 1893, *J. off.*, Doc. parlem., Chambre, juin 1893, p. 446). Cependant, dans les rapports avec la Belgique, cette question de légalité ne se pose plus, l'art. 2, § 3, du traité du 30 juillet 1891 visant formellement l'art. 11 du décret du 13 août 1889 (1).

(1) [Nous avons admis que l'illégalité de l'art. 11 de ce décret n'a pas été couverte par l'art. 17 de la loi sur le recrutement du 21 mars 1905. V. ci-dessus, n. 128, p. 404, note 1.]

La circulaire ministérielle du 23 août 1889 explique aussi les formalités à remplir en vertu des dispositions de la loi du 26 juin 1889, et contient des modèles de déclaration pour les différents cas prévus par cette loi. (V. aussi la note ministérielle, *Le Droit*, 19 octobre 1889 et la circulaire du 28 août 1893).

Combinaison de la loi sur la nationalité et de la loi militaire. — La nouvelle loi du 21 mars 1905, dans ses art. 11 et 12, règle la situation, au point de vue du service militaire, de ceux qui acquièrent ou recouvrent la nationalité française. Elle prévoit différents cas dont plusieurs donnent lieu à de sérieuses difficultés pour la combinaison avec la loi sur la nationalité du 26 juin 1889. Comme ces questions se réfèrent exclusivement au Droit interne de notre pays et à l'application de la loi militaire plutôt qu'à la nationalité même, nous n'avons pas à les examiner (1).

CHAPITRE IV

LE DOMICILE

157. Quand le conflit de lois se présentait entre coutumes régissant les diverses provinces d'un même pays, ainsi que cela avait lieu en France avant la Révolution, le domicile avait une importance capitale. Comme les parties en cause avaient toutes la même nationalité, on devait recourir au domicile pour déterminer la loi dont chacune d'elles relevait. C'est pour cette raison que les jurisconsultes statutaires considéraient comme criterium du statut personnel, entendu dans le sens si large qu'ils lui donnaient, le domicile établi sur le territoire régi par telle coutume. Aujourd'hui, grâce à l'unité de législation qui existe en France, le conflit des lois a pris un tout autre caractère : il est international. Aussi est-ce par la nationalité qu'il faut déterminer la loi applicable à chaque individu au point de vue de sa condition juridique ; le domicile ne peut plus servir à cet égard que dans les pays qui n'ont pas encore l'unité de législation, pour trancher les conflits s'élevant entre les lois applicables dans les diverses parties de leur territoire (2).

(1) V. Weiss, J. C., 1890, p. 1 à 27 et Despagnet, *Le Droit*, 19 octobre 1889, [en ce qui concernait la combinaison de la loi du 26 juin 1889 avec celle du 19 juil. 1889 sur le recrutement. En ce qui concerne la combinaison de la loi sur la nationalité avec celle du 21 mars 1905 relative au recrutement militaire, V. ci-dessus, n. 128, *in fine*, p. 410-408 et n. 131, p. 416 et suiv.].

(2) [Pillet, *Principes*, n. 149, p. 315-318.]

Si le rôle du domicile a ainsi considérablement perdu de son importance en Droit international privé, il n'est pas cependant complètement effacé. Il y aura lieu de réfuter, plus tard, une opinion d'après laquelle le statut personnel dépendrait encore de la loi du domicile, opinion qui est d'ailleurs consacrée dans nombre de pays, ce qui fait qu'on s'y préoccupe particulièrement de régler les conditions et les effets du domicile dans les rapports internationaux (1). Enfin, il faudra rechercher l'influence véritable du domicile dans les questions de successions, dans les conventions matrimoniales lorsque les époux n'ont pas fait de contrat, dans les faillites, etc... (2).

A ces différents titres, la théorie du domicile nous apparaît, ainsi que celle de la nationalité, comme une question préjudicielle dont la connaissance est indispensable avant d'aborder les problèmes auxquels donne lieu le conflit des législations.

Sans avoir à rechercher comment s'établit le domicile, question qui dépend du droit positif interne de chaque pays (V. art. 102 à 110 C. civ.), il faut se demander quelle est la situation d'un Français domicilié à l'étranger, et, réciproquement, celle d'un étranger domicilié en France (3).

De plus il faut, au point de vue du Droit international privé, rechercher d'après quelle loi on déterminera le domicile des individus, soit qu'il s'agisse d'une personne transportant son domicile d'un pays dans un autre, soit qu'il s'agisse d'incapables, tels que les mineurs et les femmes mariées qui, d'après certaines lois, n'ont pas toujours le même domicile que leurs représentants

(1) Dicey, trad. Stocquart, *Le domicile et le statut personnel d'après le droit anglais*, 2 vol. in-8, 1887; [De la loi qui détermine le domicile d'après les jurisprudences anglaise et américaine, *R. D. I. P.*, 1908, p. 392.]

(2) V. Chausse, *Du rôle international du domicile*, J. C., 1897, p. 5; Loiseau, *Du domicile comme principe de compétence législative*.

(3) A la théorie du domicile se rattacherait l'étude de la fiction d'exterritorialité, en vertu de laquelle les représentants des puissances étrangères sont réputés domiciliés dans le pays qu'ils représentent et non dans celui où ils exercent leur mission. Mais cette fiction traditionnelle est aujourd'hui écartée, et les immunités que l'on en a déduites en faveur des agents diplomatiques sont directement expliquées par leur nécessité pour permettre à ces fonctionnaires d'exercer librement leur rôle international et de conserver leur dignité. Aussi l'étude de ces immunités diplomatiques, ainsi que du point de savoir dans quelle mesure elles sont applicables aux consuls, se rattache directement aux relations d'Etat à Etat et doit rentrer dans le domaine du Droit international public (Résolutions de l'Institut, *Annuaire*, XIV, p. 240, et XV, p. 304; Pietri, *Etude critique sur la fiction d'exterritorialité*).

légaux. En règle générale, cette question doit être résolue d'après la loi nationale des intéressés, quand on se demande si un étranger est domicilié dans un pays tiers; mais quand il s'agit de savoir si un étranger est domicilié dans le pays où la question est soulevée, par exemple en France, c'est la loi territoriale ou *lex fori* qui décidera si cet étranger a obtenu un véritable domicile (1). La question est, du reste, essentiellement une question de fait (2).

SECTION PREMIÈRE

FRANÇAIS DOMICILIÉS A L'ÉTRANGER

§ I. *Principes généraux.*

158. Etabli à l'étranger, un Français peut conserver sa nationalité : rien ne s'oppose, en effet, à ce que la nationalité et le domicile ne se confondent en aucune façon. Cette solution, commandée par la généralité des termes de l'art. 102 C. civ. et par les articles 69 et 74 P. civ. qui prévoient le cas où un Français est domicilié à l'étranger, est aujourd'hui généralement admise en doctrine et en jurisprudence (3). Aussi les conséquences légales du domicile, par exemple la détermination du lieu d'ouverture de la succession, s'appliquent au domicile du Français à l'étranger.

En conséquence, suivant un principe qui sera développé plus loin, ce Français demeure régi par la loi française au point de vue de son statut personnel (art. 3, alin. 3 C. civ.). Il demeurera aussi assujetti aux obligations que lui impose sa nationalité; par exemple, il peut être soumis au droit de rappel (*jus avocandi*) par son gouvernement, en temps de guerre. Pendant la paix, ce rappel n'a lieu que pour le service militaire, et, depuis la loi du 27 juillet 1872, nos consuls ont reçu l'ordre de refuser leur protection aux insoumis qui n'y ont pas répondu.

Pour savoir si les changements de la loi française sont obligatoires pour le Français domicilié à l'étranger, on ne peut pas appliquer les règles ordinaires de la promulgation qui ne s'appli-

(1) Trib. Rennes, 21 août 1871, sous Cass., S., 71. 1. 245; Toulouse, 22 mai 1880, S., 80. 2. 294; J. C., 1874, p. 95, 154; Nancy, 8 mai 1875, S., 76. 2. 137.

(2) Cass. req., 22 oct. 1900, J. C., 1900, p. 964. [Telle est aussi l'opinion qui prévaut en Angleterre. V. toutefois l'opinion du juge Farwell dans l'arrêt Johnson, ci-dessus, n. 106 *in fine,* p. 352, note 1.]

(3) Cass., 21 juin 1865, S., 65. 1. 313; 27 avril 1867, S., 68. 1. 257; V. J. C., 1875, p. 271, 1876, p. 271 ; Trib. de Bordeaux, 18 juin 1884, *ibid.*, 1885, p. 185 et 186.

quent que sur le territoire français : il y aura là une question de fait à résoudre suivant les circonstances, notamment en tenant compte de l'arrivée de notre journal officiel dans le pays étranger (1).

Par contre, le Français établi à l'étranger peut toujours réclamer aide et protection auprès des agents diplomatiques et consulaires de la France. Pour assurer cette sauvegarde, les Français se font *immatriculer* sur les registres de leur consulat, formalité qui n'a rien d'obligatoire, mais qui a l'avantage de prouver aisément leur nationalité et d'éviter qu'on ne les considère comme ayant renoncé à leur patrie (2). On a déjà vu, au contraire, que la loi allemande du 1er juin 1870 fait résulter la perte de la nationalité d'un séjour de dix ans à l'étranger sans immatriculation au consulat.

La protection des agents diplomatiques et consulaires ne peut d'ailleurs être demandée que s'il s'agit d'attaques provenant de l'Etat étranger ou de ses agents. Si elles viennent d'un particulier, c'est à la justice locale à intervenir, sauf aux agents diplomatiques et consulaires français à prendre en main la défense de leurs nationaux, quand il y a complicité, connivence avec les coupables, ou déni de justice de la part des autorités étrangères : c'est ce qui a souvent lieu dans les pays orientaux. Si le préjudice souffert par des Français provient d'une guerre qui a éclaté ou d'une insurrection qui a été réprimée dans le pays où ils sont établis, aucune indemnité ne leur est due en principe. Les étrangers fixés dans un pays sont censés, en effet, accepter toutes les conséquences de leur établissement sur son territoire; décider le contraire serait par trop restreindre la liberté d'action des belligérants ou la répression des émeutes (3). Si, dans ces derniers temps, des indemnités ont été accordées dans des circonstances semblables, par exemple à propos de l'insurrection de Cuba, du massacre des Espagnols dans la province d'Oran par des Arabes révoltés, du bombardement d'Alexandrie par les Anglais,

(1) Cass., 22 juin 1891, *Rev. prat. de Droit int. privé,* 1891, p. 361.

(2) Ordonn. du 28 novembre 1833. — Le Français immatriculé peut seul être témoin dans un acte instrumentaire rédigé par le consul, et propriétaire unique d'un navire portant notre pavillon.

(3) Réclamations de l'Angleterre à propos des révoltes de Messine et de Livourne en 1849 (Notes de l'Autriche, 21 avril 1850, et de la Russie, 2 mai 1850, auxquelles la question avait été soumise). Cpr. Résolutions de l'Institut de Droit international, Neuchâtel, 10 sept. 1900, *Annuaire,* XVIII, p. 254.

c'est à titre purement gracieux et, la plupart du temps, sous la condition de réciprocité (1). De même la loi de septembre 1871 accordant des indemnités aux victimes de la guerre de 1870-71 et de la Commune en a affirmé le caractère gracieux, et n'a pas fait de distinction entre les nationaux et les étrangers (2).

Bien que continuant à être rattaché à sa patrie par les liens qui viennent d'être indiqués, le Français établi à l'étranger n'en est pas moins soumis à bien des égards à l'autorité des lois du pays où il s'est fixé. Pour tous les points qui intéressent l'ordre public de ce pays, le respect de la souveraineté commande qu'il obéisse à la loi locale. C'est ce qui aura lieu pour les règlements de police et de sûreté, ainsi que pour la juridiction : les questions litigieuses dans lesquelles se trouvent intéressés des Français établis en pays étranger seront jugées par les tribunaux de ce pays, toutes les fois que la loi étrangère leur attribue compétence pour en connaître. Un édit de juin 1778, art. 2, défendait aux Français, sous peine d'amende, de saisir les tribunaux étrangers de leurs contestations; mais cet édit, si contraire aux bonnes relations internationales par l'idée de méfiance à l'égard des juridictions étrangères qui l'a inspiré, doit être considéré comme implicitement abrogé. Il est inadmissible que les Français ne puissent trouver devant les tribunaux étrangers la protection de leurs droits que les juges de France sont impuissants à leur accorder (3). On comprend d'ailleurs d'autant mieux l'intervention de la justice étrangère en matière civile ou commerciale, que

(1) Traité avec les Etats-Unis du 20 juillet 1880 (J. C., 1889, p. 615) pour réparation du préjudice souffert par des Français dans la guerre de sécession, et par des Américains dans celles du Mexique, de 1870-1871 et pendant la Commune. Traité du 2 nov. 1882 avec le Chili, à propos de la guerre avec le Pérou, etc.

(2) [V. la circulaire de M. Pichon, ministre des affaires étrangères, aux représentants de la République française à Londres, Berlin, Saint-Pétersbourg, Vienne, Rome, Washington, Lisbonne, Bruxelles, La Haye et Stockholm, en date du 11 octobre 1907, relative à l'établissement d'une commission internationale d'enquête ayant pour objet la fixation des indemnités encourues par le gouvernement chérifien « responsable des événements qu'il n'a su ni prévenir ni arrêter ». Il semblerait équitable, ajoute le ministre, de secourir, dans la plus large mesure possible, les habitants indigènes de Casablanca victimes, comme les étrangers, du sac de cette ville. On se rappelle que le principe a été justement admis pour les indemnités d'Alexandrie: *Livre Jaune, Affaires du Maroc,* III, 1906-1907, p. 396. Après d'assez longs pourparlers, cette commission a été constituée et a tenu sa première séance le 17 juin 1908: *Livre Jaune, Affaires du Maroc,* IV, 1907-1908, p. 291.]

(3) Cass., 17 déc. 1864, D. P., 65. 1. 423.

l'art. 5 du Code d'instruction criminelle l'admet en matière pénale : un Français coupable d'un crime ou d'un délit en pays étranger est à l'abri de toute poursuite en France quand il a été définitivement jugé par un tribunal, [si toutefois, en cas de condamnation, il justifie qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce (art. 5, § 3, modifié par la loi du 23 avril 1903).] Au surplus, on accorde en France la force exécutoire à des jugements rendus en pays étranger à propos de procès dans lesquels des Français se trouvent engagés.

Cependant, comme l'édit de 1778 a été enregistré par le Parlement d'Aix devant lequel se portaient les appels des décisions rendues par les consuls dans les Echelles du Levant, et que, comme on le verra bientôt par les explications qui seront fournies sur les Capitulations, les raisons qui avaient motivé l'édit subsistent encore pour ces pays, on admet que les Français ne peuvent saisir de leurs litiges les tribunaux turcs : ils doivent s'adresser nécessairement aux tribunaux consulaires (1).

§ II. *Traités d'établissement.*

159. Les principes généraux qui viennent d'être indiqués sont souvent modifiés par des traités, dits d'*Etablissement*, qui ont pour but d'accorder, presque toujours avec réciprocité, une situation plus favorable aux habitants d'un pays établis sur le territoire d'un autre. La France a malheureusement peu de ces traités; la Suisse au contraire en a conclu un grand nombre, et notamment avec la France, le 30 juin 1864. Cette dernière convention a été d'ailleurs remplacée par celle du 23 février 1882, conclue pour dix ans, avec renouvellement tacite et indéfini d'un an, à moins de dénonciation une année à l'avance. [Ce traité a été dénoncé à partir du 1er février 1893 (2).] D'après l'art. 1er, une réciprocité complète d'avantages en ce qui concerne les personnes et les propriétés est stipulée pour les Suisses en France et pour les Français en Suisse. Pour fonder un établissement en Suisse ou y fixer leur domicile, les Français devront avoir un certificat d'immatricula-

(1) Instruction générale du 8 août 1814 aux consuls du Levant; Féraud-Giraud, *Juridiction française dans les Echelles du Levant,* II, p. 265; Req., 19 déc. 1864, S., 65. 1. 217; V. note de M. Labbé. — Cpr. Trib. Seine, 30 juin 1876, J. C., 1877, p. 146; Paris, 26 juill. 1876, *ibid.*, 1877, p. 226.

(2) [Sur les circonstances de la dénonciation de ce traité, V. Dunant, J. C., 1893, p. 510 et s.

tion au consulat, délivré par les agents diplomatiques ou consulaires de la France (art. 2). Le service militaire n'est jamais exigé des Français en Suisse, ni des Suisses en France (art. 4). Les nationaux de l'un des deux pays contractants expulsés par l'autre devront être reçus dans le pays dont ils sont originaires et où ils ont conservé leurs droits (art. 5); cette dernière clause n'est que l'application d'un principe du Droit des gens. Tous les avantages que l'un des deux pays concèdera à un autre pour l'établissement de ses nationaux et l'exercice des professions industrielles, appartiendront de plein droit à ceux du pays cocontractant (art. 6). Les dispositions du traité ont été déclarées applicables de plein droit à l'Algérie, et, sauf réserve spéciale, aux autres colonies.

Comme traité d'établissement intéressant la France, on peut signaler aussi la convention de commerce conclue avec l'Espagne le 6 février 1882 : l'art. 3 concède la plénitude des droits civils aux Français en Espagne et aux Espagnols en France. Ainsi se trouve assurée, d'une manière absolue, la réciprocité diplomatique exigée, d'après l'art. 11 C. civ., pour la jouissance des droits civils en France de la part des sujets étrangers (1). Mais ce traité est dénoncé depuis le 1er février 1892.

Enfin, un grand nombre de conventions intervenues entre la France et des Etats de l'Europe et de l'Amérique règlementent l'exercice de certains droits, spécialement l'exercice du commerce, de la part des Français sur le territoire de ces Etats. Ces concessions plus ou moins étendues concernent le commerce, la navigation, la protection consulaire à des points de vus très variés, les charges fiscales, etc... Elles prennent, suivant les cas, les qualifications suivantes : traités d'amitié, de commerce et de navigation ; enfin conventions consulaires.

Parfois, on stipule un minimum de relations, de telle sorte que l'on ne reconnaît au bénéfice des nationaux de l'un des Etats sur le territoire de l'autre que l'exercice des droits prévus dans la convention : c'est ce qui se fait dans les traités passés avec les peuples sauvages qui n'accordent que les facultés strictement prévues, tandis que le pays civilisé leur concède tous les droits qu'il reconnaît aux étrangers en général.

(1) Cass., 3 juin 1885, J. C., 1885, p. 544. — V. aussi traité franco-serbe, [23 déc. 1906-5 janv. 1907, art. 3 et 10, J. C., 1908, p. 1302.]

§ III. *Situation des Français établis en Orient.*

160. Les Européens, habitués à l'organisation des pays civilisés, n'auraient pu que bien difficilement se soumettre au régime arbitraire et despotique des gouvernements orientaux. Aussi la plupart des nations européennes, et spécialement la France, ont-elles conclu avec les principaux Etats de l'Orient des traités relatifs à l'établissement de leurs nationaux sur le territoire de ces Etats, afin de les soustraire d'une manière à peu près complète, notamment au point de vue de la juridiction, à l'influence des autorités locales. Cet échec si grave porté à la souveraineté de ces Etats doit être étudié d'une manière distincte pour l'Empire ottoman, pour l'Egypte et enfin pour les pays de l'Extrême-Orient.

I. Empire ottoman (1).

161. Pour assurer la protection de ses nationaux établis dans l'Empire ottoman, la France la première, ou tout au moins après les Italiens, a conclu des traités connus sous le nom de *Capitulations*, sans doute parce qu'ils sont divisés en chapitres (caput) (2). A proprement parler, les capitulations n'étaient pas des conventions véritables, mais bien des concessions gracieuses et unilatérales de la part des sultans, tout accord étant impossible, d'après

(1) V. sur ce point : Féraud-Giraud, *Juridiction française dans les Echelles du Levant*, et *Les justices mixtes dans les pays hors chrétienté ; Ann. de l'Institut* t. VII, p. 190, 199 ; t. X, p. 258 ; t. XII, p. 258 ; de Clercq et de Vallat, *Guide pratique des Consulats*, 5e édit., 1898 ; Dislère et de Mouy, *Droits et devoirs des Français dans les pays d'Orient et d'Extrême-Orient*, 1893 ; Pélissié du Rausas, *Le régime des Capitulations dans l'Empire ottoman*, 2 vol., 1901-1905 ; [Arminjon, *Etrangers et protégés dans l'Empire ottoman*, 1903 ; Diena, *I cittadini italiani nei paesi sottoposti al regime delle capitolazioni*, 1907 ; Caleb, *Du régime des capitulations en Turquie par rapport à la Bulgarie*, 1907. Dès l'instant où elle fut admise dans le concert européen au congrès de Paris en 1856, la Turquie demanda l'abolition du régime des capitulations. Aujourd'hui, au lendemain de la nouvelle crise ouverte dans les Balkans le 5 octobre 1908, la question de cette abolition a été soulevée de nouveau. Dans l'élaboration du programme de la future conférence internationale destinée à reviser le traité de Berlin, on a songé à une déclaration spéciale visant la nouvelle constitution ottomane du 24 juillet 1908 et spécifiant que les puissances sont prêtes à étudier avec le gouvernement ottoman, dès que la réorganisation de la justice et la refonte des lois annoncées seront réalisées, le moyen de substituer aux anciennes capitulations des traités analogues à ceux qui règlent les rapports des puissances modernes.]

(2) [*Le régime des capitulations*, par un ancien diplomate, Paris, Plon, 1893, p. 16.]

les idées du temps, entre un prince chrétien et les infidèles : c'est ce qui explique qu'elles aient été renouvelées à l'avènement de chaque souverain turc, depuis la première, qui date de 1535 et qui fut accordée par Soliman II à François Ier, jusqu'à la dernière, qui subsiste encore et que Louis XV obtint de Mahmoud, en 1740. Cependant, les capitulations ont été confirmées comme engagements synallagmatiques dans le traité de commerce franco-turc du 29 avril 1861. D'ailleurs, la capitulation de 1740 est considérée comme perpétuelle.

Un pareil abandon de la souveraineté de la part de la Turquie, encore si puissante, s'explique par le fait suivant. Déjà les croisés avaient obtenu des concessions analogues des empereurs grecs de Constantinople; les Turcs, peu innovateurs, continuèrent et étendirent cette pratique. Ils n'avaient guère d'ailleurs que le souci de dominer par la force, et laissèrent aux chrétiens, soit étrangers, soit même soumis à leur domination, leurs lois et leurs juridictions, comprenant que la différence de religion ne permettait pas de leur appliquer la loi musulmane, ou peut-être trop dédaigneux des chrétiens pour leur étendre leur propre législation (1).

Jadis, l'établissement des Français dans l'empire ottoman était entravé par de nombreuses restrictions. D'après l'édit du 3 mars 1781, cet établissement n'était permis qu'avec autorisation du gouvernement ou de la Chambre de commerce de Marseille et moyennant un cautionnement; de plus, les Français établis dans les Échelles du Levant étaient considérés en France comme solidairement responsables les uns des autres (2). L'ordonnance du 18 avril 1835 a fait disparaître toutes ces entraves. Notre Code civil, en ne la reproduisant pas, a abrogé aussi la défense qui frappait les Français de se marier en Orient sans l'autorisation du roi (3). D'autre part, d'après la loi turque, les Français, pas plus que les autres étrangers, ne pouvaient être propriétaires fonciers; mais la loi du 18 juin 1867 a effacé cette prohibition.

Dans les Échelles du Levant, les Français réunis formaient la *Nation*, qui élisait des représentants appelés *députés*. On retrouve bien encore les députés de la Nation dans les villes importantes,

(1) V. Alb. Desjardins, Acad. des Sciences morales et politiques, 1891, p. 45; [*Le régime des capitulations*, par un ancien diplomate, p. 13-16].

(2) Ces restrictions expliquent aussi les faveurs des capitulations qui ne s'appliquaient ainsi qu'à un groupe peu nombreux et choisi (v. G. Charmes, *Rev. politique et littéraire*, 5 janvier 1884, p. 4).

(3) Edit. du 3 mars 1781, tit. II, art. 24.

Constantinople, Smyrne, Alexandrie...; mais ils n'ont plus qu'une autorité morale et sont réduits au rôle de représentants officieux de leurs nationaux, depuis que les consuls, investis de leurs pouvoirs par le gouvernement, en sont les représentants officiels.

Actuellement, la situation des Français établis dans l'empire turc se trouve réglée par la capitulation de 1740, qui est encore en vigueur. Les art. 2, 3, 20 et 21 de ce document reconnaissent aux Français une liberté complète pour faire le commerce (v. aussi traité de 1861, art. 2 à 5); d'après les art. 24, 25 et 67, ils sont dispensés des impôts arbitraires qui frappent si souvent les sujets de la Porte; enfin, leur domicile est inviolable (art. 70).

Mais c'est surtout au point de vue de la juridiction que les capitulations ont introduit des dérogations remarquables aux principes de droit commun. Ces dérogations se présentent, soit au point de vue de la juridiction civile et commerciale, soit au point de vue de la juridiction criminelle.

1° *Juridiction civile et commerciale.*

162. Plusieurs cas sont à distinguer.

a. Si le procès s'élève entre Français, le tribunal consulaire est seul compétent (Capitul. de 1740, art. 26, alin. 2). Ce tribunal est composé du consul et de deux Français choisis parmi les notables de la localité (Edit du 7 juin 1778, art. 6). A Alexandrie, il existe un juge consul spécial pour remplacer le consul absent ou empêché (décret du 5 septembre 1863); à Constantinople, la juridiction particulière donnée au chancelier de l'ambassade par l'ordonnance du 2 juillet 1842 a disparu; depuis la création d'un consulat dans cette ville, c'est au consul qu'appartient le pouvoir judiciaire (décret du 22 mai 1872).

Le tribunal consulaire est compétent même pour les questions d'état, contrairement à ce que décidait la circulaire ministérielle du 30 décembre 1830; il l'est aussi quand le défendeur seul est domicilié dans l'Empire ottoman, le demandeur serait-il en France (1).

b. Si le litige s'élève entre des Français et d'autres étrangers, Anglais, Italiens, etc..., l'autorité turque se déclare désintéressée dans la question; on peut s'adresser aux tribunaux indigènes, mais ce n'est là qu'une faculté (Capit. de 1740, art. 52).

(1) Aix, 20 mars 1862, S., 62. 2. 387; Cass., 1er mars 1875, S., 76. 1. 319; Poitiers, 16 avril 1891, *Rev. prat. de droit int. privé*, 1891. 1. 320. — Comp. Aix, 26 août 1872, *Journ. de Marseille*, 73. 1. 288.

Pour résoudre ces conflits, il intervint, en 1820, un accord entre les ambassadeurs de France, d'Angleterre, d'Autriche et de Russie, avec l'assentiment tacite des autres nations, en vertu duquel les procès de ce genre étaient jugés par une commission mixte composée de trois arbitres : deux choisis par la légation du défendeur et un par celle du demandeur. L'homologation et la force exécutoire étaient données à la sentence par le consul du défendeur. La jurisprudence française a décidé que ce tribunal, ainsi composé en vertu d'un accord diplomatique et non en vertu d'un traité, pouvait être accepté par les parties à titre d'arbitre, mais qu'il était impossible de forcer quelqu'un à se soumettre à sa compétence (1). Aussi, dans la pratique, en est-on venu aujourd'hui à appliquer la règle : *Actor sequitur forum rei*, et le tribunal compétent est le tribunal consulaire du défendeur (2).

c. Entre Français et indigènes, les tribunaux turcs redeviennent compétents, mais ils ne peuvent statuer qu'en présence d'un drogman du consulat français (Capit. 1740, art. 26, alin. 2). En 1856, le gouvernement ottoman a organisé des tribunaux mixtes, connus sous le nom de *Mehkemei Tidjaret*, à Constantinople, à Alexandrie et au Caire (3) et dans les localités les plus importantes : chacun de ces tribunaux comprend trois sections et une chambre spéciale pour les faillites ; dans chaque section siègent un président et deux juges nommés par le gouvernement ottoman, auxquels on adjoint deux assesseurs européens pour les procès entre Turcs et Européens. Ces assesseurs sont désignés chaque année par le consul dont relève l'étranger intéressé aux débats. Le drogman assiste aux audiences et aux délibérations à peine de nullité du jugement.

Ces tribunaux sont compétents en matière commerciale, et, en matière civile, au-dessus de 10 livres turques ou 230 francs, ainsi que pour les questions immobilières intéressant des étrangers.

La loi du 18 juin 1867, en permettant aux étrangers d'être propriétaires fonciers, a en même temps décidé que les procès en matière de propriété immobilière seraient de la compétence exclusive des tribunaux turcs, même s'ils s'élèvent entre deux Européens de même nationalité. Les questions de ce genre ont un rapport trop étroit avec la souveraineté de l'Etat ottoman,

(1) Aix, 28 nov. 1864, D. P., 65. 2. 112 ; Cass., 18 avril 1865, D. P., 65. 1. 342.
(2) J. C., 1881, p. 167 ; Cass., 16 janv. 1867, D. P., 67. 1. 308.
(3) Ces deux derniers ont disparu depuis la réforme judiciaire en Egyple.

pour qu'on puisse accepter, en ce qui les concerne, l'intervention des tribunaux consulaires (1).

Enfin, le protocole du 9 juin 1868 dispense les tribunaux indigènes de l'obligation de ne statuer qu'en présence du drogman du consulat, dans les contestations de médiocre importance entre Ottomans et Français, lorsque ces derniers sont domiciliés à plus de neuf heures de la résidence de leur agent consulaire (2).

2° Juridiction criminelle.

163. Pour les infractions commises par un Français au préjudice d'un autre Français, le Tribunal consulaire est seul compétent (art. 15, Capit. de 1740). La loi du 28 mai 1836 donne au consul statuant seul les pouvoirs d'un juge de simple police; assisté de deux assesseurs français, il forme le tribunal correctionnel. Pour les crimes, le consul a les pouvoirs d'un juge d'instruction; s'il y a lieu, il fait arrêter le coupable, qui est embarqué pour la France (3). La Chambre des mises en accusation d'Aix statue sur le renvoi devant une juridiction spéciale, composée de la chambre des appels correctionnels et de la première chambre civile de la même cour qui, réunies, rendent la sentence définitive sans le concours du jury (loi du 28 mai 1836, art. 73).

Si un Français est coupable d'un crime ou d'un délit envers un étranger ou un indigène, le tribunal turc devrait être compétent, à la condition de ne connaître de l'affaire qu'en présence du drogman ou d'un délégué du consulat français (art. 65, Cap. 1740).

(1) Protocole du 9 juin 1868, *Rec. des traités de la France,* de Clercq, t. X, p. 76 et 173. [Sur les difficultés que soulève la compétence des tribunaux ottomans dans les litiges immobiliers entre étrangers, v. Weiss, *Traité,* t. V, p. 423-426.]

(2) Circulaire de l'Ambassadeur de France à Constantinople du 17 août 1868, de Clercq, *Rec. des traités de la France,* t. X, p. 76 et 173.

(3) [Depuis la loi du 8 décembre 1897 sur l'instruction préparatoire, les inculpés n'ont, dans aucune affaire, argué des moyens de nullité tirés de la violation des dispositions de cette loi, et nos tribunaux consulaires des Echelles du Levant et de Barbarie ont appliqué uniquement les principes de la loi du 28 mars 1836. Cette loi se suffit à elle-même. En droit, c'est une loi spéciale à laquelle n'a pas dérogé la loi générale de 1897. En fait, elle a réglé la procédure en tenant compte des conditions particulières du fondement de la juridiction consulaire; elle a créé parfois une procédure toute spéciale, devançant même dans certaines de ses dispositions les mesures protectrices des droits des prévenus que consacre la loi de 1897. Il serait impossible de déroger à ces dispositions et de les combiner avec celles de 1897; ce serait se heurter à des difficultés insurmontables en pratique. Lebouc, *R. D. I. P.,* 1908, p. 684.]

Mais, dans la pratique, les Français ne sont jamais jugés que par leurs tribunaux consulaires (1).

Les consuls français peuvent d'ailleurs, dans les Echelles du Levant, faire, à l'instar des maires de France, des règlements de police obligatoires pour leurs nationaux (2); ils peuvent aussi faire saisir et embarquer les Français réclamés dans la mère-patrie, ou dont la présence dans les Echelles du Levant serait considérée comme nuisible au bien général, ce qui rend l'extradition inutile dans l'empire ottoman, au moins pour les nationaux (Edit de 1778, art. 82 et loi du 28 mai 1836, art. 75, 82) (3).

164. Le bénéfice des capitulations obtenues par la France s'étend à un certain nombre d'étrangers qui sont placés sous la protection de nos consuls. Jadis tous les Européens qui n'avaient pas de consulat en Orient profitaient de cette protection; aujourd'hui, bien que restreinte par la création de consulats par la plupart des Etats de l'Europe, cette intervention de nos consuls subsiste encore pour un certain nombre d'étrangers (4) et spécialement pour les établissements catholiques, notamment en Terre-Sainte (5), quelle que soit leur nationalité et celle de leurs membres. (Confirmé par le traité de Berlin du 13 juillet 1878, art. 62).

D'ailleurs, le régime exceptionnel créé par les Capitulations est

(1) [Sur la preuve de la nationalité et la compétence consulaire en cette matière. Pélissié du Rausas, *R. D. I. P.*, 1906, p. 288 et suiv.; Salem, *ibid.*, 1907, p. 25 et suiv. Sur le conflit qui s'est élevé en 1905 entre la Turquie et la Belgique (affaire Joris), V. notamment Politis, J. C., 1906, p. 659, et *X.*, *R. D. I. P.*, 1906, p. 379.]

(2) En fait, la distinction entre les quartiers européens et musulmans n'étant plus aussi marquée, ce pouvoir de police ne s'exerce plus.

(3) Cass., 18 décembre 1858, D. P., 72. 5. 161; Cass., 1er décembre 1887, S., 88. 1. 388; [Trib. civ. Seine, 2 mai 1905, D. P., 1908. 2. 124, et la note de M. de Boeck.]

(4) La Suisse est le seul Etat européen qui n'ait pas conclu avec la Porte des traités analogues aux capitulations. D'après l'art. 18 de la Capitulation de 1740, les nationaux d'un pays qui n'a pas de représentant auprès du Sultan peuvent se placer sous la protection de la France. Mais d'autres Etats ayant stipulé la clause de la nation la plus favorisée, les Suisses peuvent également demander leur protection, et s'adresser à leur gré, soit à la France, soit à l'Allemagne, soit à l'Autriche.

(5) La protection de nos consuls s'étend encore aux sujets turcs employés à leur service comme fonctionnaires ou domestiques. [Sur le sort du protectorat de France à l'égard de la religion catholique dans le Levant et en Extrême-Orient depuis la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, V. Despagnet, *La République et le Vatican*, 1905, p. 293-301; G. Ambrosini, *Diritto ecclesiastico francese*, Naples, 1909, p. 356-365.]

en vigueur, non seulement dans l'empire ottoman proprement dit, mais encore dans les pays qui en relèvent d'une manière plus ou moins directe, comme les provinces danubiennes. Le traité de Berlin du 13 juillet 1878, qui a accordé l'indépendance et le caractère d'Etat souverain à quelques-unes de ses provinces (Roumanie et Serbie), qui attribue à d'autres une situation particulière, et, dans tous les cas, les dégage dans une large mesure de l'autorité de la Porte (Bulgarie et Roumélie orientale), qui donne à l'Autriche le droit d'occuper et d'administrer la Bosnie et l'Herzégovine, déclare formellement que les avantages stipulés au bénéfice des Européens, au point de vue de la juridiction, continueront à subsister jusqu'à ce qu'une convention nouvelle ait organisé différemment la justice dans les divers pays (art. 49, 50, 40, 25 du traité). La Serbie a stipulé l'abrogation des capitulations avec plusieurs Etats, notamment avec la France, sauf quelques réserves (traité du 18 juin 1883, art. 26 (1); avec l'Italie, 20 octob.-9 nov. 1883; avec l'Angleterre dès 1880; avec la Russie, le 13 mai 1883). La Roumanie a obtenu la suppression de la juridiction consulaire dans ses rapports avec l'Italie, le 21 mars 1878, et, pour les protégés qui ne sont pas nationaux des consuls, avec l'Autriche, par un acte des 2-14 mai 1887 auquel la France et l'Allemagne ont acquiescé. L'Autriche a organisé, dans la Bosnie et l'Herzégovine, des juridictions remplaçant celles des consuls (ordonn. du 5 mars 1880). L'Angleterre, l'Allemagne, l'Italie, la Russie et la France ont adopté le régime nouveau, ce qui fait que les consuls étrangers relèvent de la juridiction de l'Autriche, dont, du reste, ils reçoivent l'*exequatur* (2). [Le 5 octobre 1908, l'empereur d'Autriche-Hongrie a déclaré étendre les droits de sa souveraineté sur la Bosnie et l'Herzégovine.] En Bulgarie, les Capitulations devaient être considérées comme maintenues, et la France l'avait affirmé au sujet de l'expulsion d'un de nos nationaux sans l'intervention de notre consul (3). [Mais dès avant la proclamation de son indépendance à Tirnovo le 5 octobre 1908 (4), la Bulgarie a obtenu de la Grande-Bretagne, le 9 décembre 1905, la renonciation au régime des capitulations en matière civile et commerciale, à la condition que la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, l'Italie et la Russie y

(1) [Cpr. convention de commerce et de navigation franco-serbe des 23 déc. 1906-5 janv. 1907, J. C., 1908, p. 1302.]

(2) Trigant-Geneste, J. C., 1891, p. 785.

(3) Aff. Chadourne, v. Mérignhac, *R. D. I.*, 1892, p. 147.

(4) [*Revue générale de Droit international public*, 1908, *Doc.*, p. 32.]

renoncent également (1). [Elle a obtenu cette renonciation de la France dans le traité franco-bulgare du 13 janvier 1906 (art. 21-23) (2).] Malgré les prétentions contraires de l'Angleterre, qui a substitué une haute-cour britannique à la juridiction consulaire, les capitulations devraient subsister dans l'île de Chypre, qui, d'après la convention du 4 juin 1878, reste soumise à l'autorité du sultan et dont la possession seulement appartient aux Anglais (3).

Le régime des capitulations existe encore au Maroc et à Tripoli (4); mais il a disparu en Tunisie, depuis que les diverses nations ont renoncé à s'en prévaloir, à la suite de la loi du 27 mars 1883, qui a organisé la justice française dans ce pays soumis à notre protectorat. Cette loi n'accordait compétence aux tribunaux français que pour les procès entre Européens, ou lorsque les Français et autres Européens, en contestation avec les indigènes, étaient défendeurs; mais un décret du Bey, en date du 31 juillet 1884, a étendu leur compétence au cas où les indigènes eux-mêmes sont défendeurs (5).

[Le traité d'amitié et de commerce signé entre la France et l'Ethiopie à Addis-Abbeba, le 10 janvier 1908, promulgué en France, après approbation du Sénat et de la Chambre des députés, par décret du 30 janvier 1909 (*J. off.* du 10 mars) et exécutoire à partir du 5 avril, établit en Ethiopie un privilège de juridiction analogue à celui qui résulte du régime des capitulations au profit des ressortissants et protégés. L'art. 7 de ce traité est ainsi conçu : « Toutes les affaires de quelque nature qu'elles soient, criminelles ou autres, entre les ressortissants ou protégés français relèvent désormais de la juridiction française, jusqu'à ce que la législation de l'empire d'Ethiopie soit en concordance avec les législations d'Europe. Toutes les affaires de quelque nature qu'elles soient, entre les ressortissants et les protégés français et les sujets

(1) [Même *Revue*, 1906, *Doc.*, p. 40.]

(2) [J. C., 1907, p. 549. — Cpr. Calary de Lamazière, *Les capitulations en Bulgarie*, 1905; Caleb, *Du régime des capitulations en Turquie, par rapport à la Bulgarie*, 1905.]

(3) Esperson, *R. D. I. P.*, 1878, p. 587. — V. Saripolos, *ibid.*, 1880, p. 339 et 1882, p. 331, *La législation anglaise dans l'île de Chypre*, J. C., 1882, p. 457.

(4) V. Documents dans Féraud-Giraud, *loc. cit.*, I, p. 204 et 250, et convention avec le Maroc du 3 juillet 1880; [Rouard de Card, *Traités de la France avec les pays de l'Afrique du Nord*, 1906; de Boeck, note sous Trib. civ. Seine, 2 mai 1905, D. P., 08. 2. 121.

(5) Lenepveu de la Font, J. C., 1884, p. 489 et suiv.

de l'empereur, seront portées devant un magistrat abyssin siégeant dans un local spécial et qui jugera assisté du consul de France ou de son délégué. Si le sujet abyssin est défendeur, il sera jugé d'après la loi éthiopienne. Si le ressortissant ou protégé français est défendeur, il sera jugé d'après la loi française. En cas de désaccord entre les juges, il sera statué en dernier ressort par le tribunal de Sa Majesté le roi des rois d'Ethiopie. En cas de crimes ou de délits commis par les ressortissants ou protégés français, l'autorité territoriale usera de son droit de police pour la recherche de l'arrestation des coupables, à charge par elle d'en informer immédiatement le consul de France et de les remettre entre ses mains » (1).]

II. Egypte.

165. Le firman de la Porte qui, en 1841, donna l'Egypte à Méhemet-Ali à titre héréditaire, les actes du Sultan des 21 mai 1866 et 5 juin 1867, déclaraient que les capitulations seraient maintenues dans ce pays. Mais, dans la pratique, on y renonça pour suivre la règle *Actor sequitur forum rei;* de sorte que, tant au point de vue criminel qu'au point de vue civil, chacun était jugé par le tribunal consulaire de sa nation. Comme à Alexandrie seulement il n'y avait pas moins de seize juridictions consulaires sans compter les tribunaux indigènes, on en vint bien vite à des complications inouïes, éminemment propres à rendre les procès interminables et à favoriser la mauvaise foi des débiteurs. Pour y mettre fin, le gouvernement égyptien, par l'intermédiaire de son ministre Nubar-Pacha, présenta à l'agrément des nations étrangères un projet de réforme judiciaire, ayant pour but la constitution de tribunaux mixtes compétents pour les procès s'élevant entre les Européens établis en Egypte, ou entre eux et les indigènes.

Commencée en 1867, l'étude de cette réforme ne fut terminée qu'en 1875 : cependant, après une convention provisoire du 10 novembre 1874, la France adhéra définitivement au projet, en vertu de la loi du 17 décembre 1875 (2). Les autres puissances

(1) [En exécution de ce traité, un projet de loi portant extension de la juridiction consulaire aux ressortissants et aux protégés français dans l'empire d'Ethiopie a été présenté par le gouvernement aux Chambres, le 11 janvier 1909. *Chambre des députés*; neuvième législature, session de 1909, n. 2281, annexe au procès-verbal de la séance du 1er février 1909.]

(2) J. C., 1875, p. 473. — V. Renault, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1875, p. 255; Lavollée, *Revue des Deux-Mondes,* 1er fév. 1875; rapport de M. Rouvier,

européennes ont aussi accepté la réforme. L'acceptation de la France, donnée pour cinq ans seulement et à titre d'essai, a été prolongée pour cinq ans encore, à partir du 1er février 1884, malgré les récents événements de la guerre en Egypte et l'occupation de ce pays par l'Angleterre (1). Cette acceptation a été prorogée pour une nouvelle période de cinq ans (Loi du 31 janvier 1894, J. C., 1894, p. 189), et, après un renouvellement d'un an, pour cinq ans encore, jusqu'au 1er février 1905. [Un décret du 31 janvier 1905 a encore prorogé les tribunaux mixtes jusqu'au 31 janvier 1910.]

D'après la nouvelle organisation, on compte en Egypte une Cour d'appel, à Alexandrie, composée de 12 conseillers, dont 8 étrangers et 4 indigènes (aujourd'hui 10 conseillers européens), et trois tribunaux de première instance, à Alexandrie, au Caire et à Mansourah, comprenant chacun 7 juges, 4 étrangers et 3 indigènes. Pour les affaires commerciales, les tribunaux s'adjoignent deux négociants en qualité d'assesseurs : l'un indigène, l'autre étranger, et désignés par élection. Tous les membres des tribunaux mixtes sont nommés par le Khédive, mais les magistrats européens doivent recevoir l'autorisation de leur gouvernement.

La cour d'assises se compose de trois conseillers à la Cour d'Alexandrie, dont l'un a le rôle de président et doit toujours être un indigène, tandis que ses deux assesseurs sont étrangers, et de douze jurés dont six au moins sont pris parmi les nationaux de l'accusé, si celui-ci le demande. — Le tribunal correctionnel com-

J. off., 16, 17, 18, 19, 20, 24, 25 déc. 1875; rapport de M. Féraud-Giraud à l'Institut de Droit international, *R. D. I.*, 1890, p. 70; *Ann. de l'Institut*, 1889-1892, p. 337; Privat, *De l'organisation judiciaire en Egypte*, J. C., 1887, p. 521.

(1) Une commission a été nommée pour étudier les modifications à apporter dans l'organisation de tribunaux mixtes, spécialement au point de vue de l'extension de la compétence en matière criminelle. — V. article de M. Martin-Sarzeaud, J. C., 1884, p. 584 et suiv.; 1886, p. 270. — P. Fauchille, *Les tribunaux mixtes d'Egypte, leur prorogation et leurs modifications*, *R. G. D. I. P.*, 1894, p. 126. — De nombreuses modifications ont été proposées dans la compétence des tribunaux mixtes; quelques-unes seulement ont été acceptées par les puissances. V. Babled, *Le renouvellement des pouvoirs des tribunaux égyptiens de la Réforme*, *R. G. D. I. P.*, 1899, p. 341 et suiv.; 1900, p. 214 et suiv. — [Ce dernier article indique les diverses réformes apportées en 1900 aux tribunaux mixtes et donne en appendice le texte des décrets qui ont édicté ces réformes. — Par une circulaire du 30 mai 1903, le gouvernement égyptien, en vue du prochain renouvellement, avait soumis à l'approbation des puissances un certain nombre de réformes. *Journal des Débats* des 22 décembre 1903 et 12 mars 1904.]

prend trois juges dont un indigène, et quatre assesseurs étrangers pris pour moitié parmi les nationaux du prévenu, si celui-ci l'exige.

En matière réelle immobilière, les tribunaux mixtes sont compétents entre toutes personnes, même de nationalité semblable, sauf, suivant la jurisprudence de la cour d'Alexandrie, entre indigènes, pour lesquels les tribunaux égyptiens reprennent leur autorité (art. 9, loi de 1875, alin. 2) (1).

Ils sont compétents pour les actions personnelles et mobilières, en matière civile et commerciale, quand les parties sont de nationalité différente. Seulement, les questions de statut personnel sont toujours réservées à l'appréciation du tribunal consulaire de celui dont le statut est en cause (art. 9, même loi).

Les tribunaux mixtes sont également compétents pour les contestations entre les étrangers d'une part, le Khédive, sa famille, son gouvernement et son administration, d'autre part. C'est ainsi que le tribunal du Caire, le 8 juin 1896, la cour d'Alexandrie, le 2 décembre, ont condamné le gouvernement égyptien à restituer les sommes prélevées, à l'instigation de l'Angleterre, dans la caisse de réserve de la Dette Egyptienne, pour entreprendre une expédition dans le Soudan (2).

Entre Français, le tribunal consulaire conserve sa compétence.

En matière pénale, les contraventions de simple police sont toujours jugées par un magistrat étranger des tribunaux mixtes

(1) Cette réserve était discutée : Cpr. de Ring, *Nouvelle revue,* 1er août et 1er octob. 1893; Gavillot, *ibid.,* 1er sept. 1893; Desmonts, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.,* déc. 1893. Elle ne l'est plus aujourd'hui, les puissances ayant reconnu l'incompétence des tribunaux mixtes dans les contestations réelles immobilières entre indigènes. (Décret du Khédive du 26 mars 1900. V. *R. G. D. I.,* 1900, p. 241, note.) [D'après l'art. 9 du règlement d'organisation judiciaire modifié par le décret égyptien du 26 mars 1900, « ces tribunaux connaîtront seulement des actions réelles immobilières entre indigènes et étrangers de même nationalité ou de nationalités différentes », et « la municipalité d'Alexandrie, dans ses rapports avec les indigènes, n'est pas justiciable des tribunaux mixtes ». De plus, aux termes de l'art. 11 modifié aussi en 1900, « les tribunaux mixtes ne pourront pas statuer sur la propriété du domaine public. Ils ne pourront connaître des actes de souveraineté ni des mesures prises par le gouvernement en exécution et en conformité des lois et règlements d'administration publique. Mais, sans pouvoir interpréter un acte d'administration ou en arrêter l'exécution, ils seront compétents pour juger les atteintes portées par cet acte à un droit acquis d'un étranger reconnu soit par des traités, soit par des lois, soit par des conventions ».]

(2) *R. G. D. I. P.,* 1896, p. 345, 486 et 537; 1897, p. 124. — V. Alexandrie, 24 mai 1876, J. C., 1876, p. 386.

délégué par ses collègues. Quant aux crimes et aux délits, ils ne relèvent de la cour d'assises et du tribunal correctionnel dont la composition a été indiquée ci-dessus, qu'autant qu'ils constituent des attentats à l'organisation des tribunaux mixtes ; par exemple, outrages aux juges, résistance à l'exécution de leurs sentences, etc., ou quand ils sont commis par des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions (1).

[Les consuls, leurs personnes, leurs familles et les personnes attachées à leur service n'étaient pas justiciables des tribunaux mixtes, et la législation que ces tribunaux doivent faire observer n'était pas applicable à leurs personnes ni à leurs demeures. Même réserve avait été expressément stipulée en faveur des établissements catholiques placés sous le protectorat de leur pays. Cet état de choses a été modifié en 1901 et en 1903. Le décret khédivial du 1er mars 1901, rendu avec l'assentiment des puissances qui ont adhéré à la réforme judiciaire de 1873, admet la compétence des tribunaux mixtes à l'égard des agents et fonctionnaires diplomatiques ou consulaires. Et le régime de juridiction ainsi institué a été, à la suite d'accords de mai-juin entre l'Egypte et la France, déclaré applicable aux établissements catholiques, religieux ou d'enseignement placés sous le protectorat de la France en Egypte (2).]

Les nouveaux tribunaux appliquent des codes à peu près calqués sur les nôtres, que l'Egypte a fait accepter par les puissances européennes et auxquels on ne peut apporter de modifications sans leur consentement.

[L'accord franco-anglais, relatif à l'Egypte, du 8 avril 1904 ne contient aucune réserve sur les pouvoirs exceptionnels des consuls et sur les tribunaux mixtes. Les uns et les autres sont respectés et le seront jusqu'à ce qu'un nouvel accord vienne les toucher (3). L'Angleterre s'efforce et s'efforcera de plus en plus, en

(1) Après acceptation des puissances, le décret du Khédive du 26 mars 1900 a étendu la compétence des tribunaux mixtes en ce sens que, saisis d'une déclaration de faillite, ils statuent au point de vue pénal sur la banqueroute simple ou frauduleuse sans renvoyer, comme autrefois, pour ce délit ou ce crime, devant les tribunaux égyptiens ou consulaires, suivant qu'il s'agissait d'un indigène ou d'un étranger (v. *R. G. D. I.*, 1900, p. 246 et suiv., note. — Loi française du 12 avril 1900, *J. off.*, 14 avril). [Les tribunaux français consulaires ne sont plus compétents pour connaître des faits de banqueroute simple et frauduleuse et des délits connexes à de pareils faits qui seraient imputables à d'autres que le failli.]

(2) [Bonfils-Fauchille, *Droit int. publ.*, 5e édit., 1908, n. 989, p. 462.]

(3) [Politis, *R. G. D. I. P.*, 1904, t. XI, p. 697.]

améliorant l'administration et la justice égyptiennes, de faire disparaître en Egypte le régime des capitulations et les tribunaux mixtes. Les projets de réforme indiqués par Lord Cromer dans ses rapports de 1905 et de 1906 sur l'état de l'Egypte et du Soudan sont symptomatiques à cet égard (1).]

III. Extrême-Orient.

166. *a.* Chine. — Après la guerre dite de l'opium (1842), la Chine fut en partie ouverte aux Européens; ses relations avec la France furent réglées dans le traité du 24 septembre 1844, remplacé par celui de Tien-Tsin, le 25 juin 1858, confirmé lui-même par celui du 25 octobre 1860, après la guerre franco-chinoise. Les art. 7, 8, 10 et 11 du traité de 1858 reconnaissent aux Français la liberté de faire le commerce en Chine. Les litiges entre Français sont de la compétence de leurs consuls; entre Français et Chinois, ils sont jugés par le consul et le magistrat chinois conjointement, mais après une tentative de conciliation faite par le consul (art. 35); enfin, entre étrangers de nationalité différente, compétence appartient au consul du défendeur (art. 39) (2).

En matière criminelle, le coupable est toujours jugé par le tribunal de sa nationalité, c'est-à-dire le tribunal chinois ou consulaire, quelle que soit la nationalité de sa victime. Par des arrangements particuliers, l'Allemagne et l'Italie ont étendu cette règle à la femme chinoise épousant un homme de l'un de ces deux pays et prenant sa nationalité, sauf le cas de fraude ayant pour but de se soustraire aux tribunaux chinois, et à la femme allemande ou italienne épousant un Chinois (V. recueil de Martens, XVIII. p. 682, 2e série).

L'indépendance des Européens, et spécialement des Français, à l'égard des autorités chinoises s'affirme surtout dans ce que l'on appelle *les Concessions étrangères*, sortes de villes européennes, formées de quartiers distincts dans les grands centres, par exemple à Shanghaï, à Tien-Tsin, etc. Les concessions étrangères sont administrées par les consuls, et les mandats d'arrêt délivrés par les fonctionnaires chinois n'y sont même exécutés que sur le visa

(1) [Catellani, *La riforma delle capit. in Egitto secondo le proposte di Lord Cromer, Riv. di dir. int.*, 1907, p. 203-228; Gidel, *R. D. G. I. P.*, 1906, t. XIII, p. 265. Sur certaines conséquences d'ordre économique et juridique de l'accord franco-anglais de 1904; v. Arminjon, *Les sociétés étrangères en Egypte, R. D. I. P.*, 1908, p. 772 et s., p. 865 et s.]

(2) Cass., 23 août 1870, D. P., 70. 1. 351.

du consul. L'autorité locale n'intervient guère sur ces territoires que par la perception de l'impôt foncier et dans la mutation des propriétés immobilières (1).

[Il a été institué, le 30 avril 1869, à Shanghaï un tribunal mixte appelé à connaître des affaires litigieuses entre chinois et étrangers. Le tribunal se compose d'un magistrat Chinois et du consul de la nation du plaideur étranger. Mais, en ce qui concerne la juridiction criminelle, l'autorité reste sous l'autorité exclusive de son consul. Un règlement de juillet 1902 a déterminé la juridiction respective des cours mixtes de la commission française et de la concession internationale (2).]

[Le traité de commerce du 5 septembre 1902 entre la Chine et la Grande-Bretagne, art. 12, et celui du 8 novembre 1903 entre la Chine et le Japon, art. 11, prévoyant la réforme du système judiciaire chinois, déclarent que les gouvernements anglais et japonais « seront disposés à abandonner leurs droits extraterritoriaux le jour où ils seront convaincus que l'état des lois chinoises, les arrangements pour leur administration et d'autres considérations leur offriront des garanties pour ce faire » (3).]

b. Japon. — Le traité de Yeddo du 9 octobre 1858, art. 6 et 7, établissait, pour les Français, le même régime exceptionnel qu'en Chine (V. aussi convention du 25 juin 1866). Mais les progrès du Japon y ont amené la suppression des juridictions consulaires : l'Allemagne y a renoncé le 11 juin 1889; l'Angleterre, dans un délai de cinq ans, le 16 juillet 1894 (*R. G. D. I. P.*, 1894, p. 562); et les Etats-Unis également en 1894 (A. D., décembre 1894) (4). Par différents accords, le Japon a obtenu des divers Etats la suppression des juridictions consulaires à partir du 1er janvier 1900; le traité avec la France à ce sujet a été ratifié le 20 mars 1898 (V. J. C., 1899, p. 882, avec indication des autres traités passés par le Japon). [L'arrangement et la déclaration contenus dans le traité franco-japonais du 10 juin 1907 confirmeraient, s'il en était besoin,

(1) V. rapport de M. Fergusson, *R. D. I.*, 1890, p. 251. — Catellani, *I « settlement » europei ed i privilegi degli stranieri nell'Estremo Oriente,* 1902.

(2) [Mérignhac, *Droit int. publ.,* t. II, p. 103-103. — *Sur la protection des marques de fabrique étrangères en Suisse,* v. *R. D. I. P.*, 1908, p. 504-509. Et sur la condition des étrangers en Chine et les cours mixtes, v. *ibid.*, 1906, p. 116-120.

(3) [Bonfils-Fauchille, *Droit int. publ.*, 5e édit., 1908, n. 791, p. 465.]

(4) J. C., 1875, p. 169 et 249, *L'exterritorialité et les tribunaux mixtes dans l'Extrême-Orient et particulièrement au Japon;* et J. C., 1887, p. 252, 693 et 694. — Boissonade, *L'exterritorialité au Japon,* J. C., 1892, p. 632; Paternostro, *R. D. I.*, 1891, p. 24.

le traité du 20 mars 1898 (*J. off.* du 22 juin 1907 et J. C., 1907, p. 1233).]

c. Les Français jouissent encore de faveurs spéciales, au point de vue de la juridiction, dans les pays suivants : 1° la Perse, traité du 12 juillet 1855; 2° l'Annam, traité du 6 juin 1884, remplaçant celui du 15 mars 1874 et déclarant que, dans tout l'Annam, les contestations entre étrangers ou entre étrangers et indigènes relèvent de la compétence des tribunaux français; 3° l'Imanat de Mascate, traité du 17 novembre 1844, art. 6 (1); 4° le Siam, traités du 15 août 1856, [13 février 1904 et 23 mars 1907 (2)]; 5° la Birmanie, 24 janvier 1873 et 15 janvier 1885; 6° le Cambodge, traité du 17 juin 1883; 7° la Corée, 4 juin 1886 (3). — Les anciens traités, notamment celui du 17 novembre 1885, avec Madagascar, n'ont plus leur raison d'être, depuis que l'île malgache est devenue une colonie française.

Les pouvoirs attribués aux consuls par la loi du 28 mai 1836 dans les Echelles du Levant ont été étendus, sauf quelques modifications, aux consuls de Chine, de Mascate, de Perse et de Siam, par les lois des 8 juillet 1852, 18 mai 1858 et 28 avril 1869, et les décrets des 31 janvier 1881 et 16 décembre 1889. L'appel des

(1) Pour le Zanzibar, v. Cass., 11 fév. 1881, S., 82. 1. 433. La même situation subsiste malgré l'établissement du protectorat britannique à Zanzibar (Déclaration du 5 août 1890).

(2) [Par le traité franco-siamois du 23 mars 1907, la France a ouvert la voie à l'abandon des droits de juridiction exercés au Siam par les puissances occidentales. En exécution de l'art. 5 de ce traité et de la loi du 29 avril 1908 qui le vise, un règlement d'administration publique du 19 septembre 1908, sur le rapport du garde des sceaux, a été rendu en ce qui concerne la poursuite, l'instruction et le mode de jugement des crimes dont la connaissance est attribuée par cet article à l'autorité judiciaire française, ainsi que la composition du tribunal consulaire lorsqu'il est appelé à siéger comme juridiction consulaire. J. C., 1909, p. 325-331; Padoux, consul général de France au Siam, *Condition des étrangers au Siam,* J. C., 1908, p. 693 et suiv. et 1037 et suiv.; Deschanel, *Rapports sur les projets de budgets de 1908 et de 1909,* 1907, t. Ier, p. 35 et 1908, p. 97.]

(3) [Depuis l'établissement du protectorat japonais sur la Corée par le traité entre le Japon et la Corée du 17 novembre 1905, les étrangers n'en conservent pas moins en Corée les privilèges spéciaux que les traités leur reconnaissent et notamment le privilège de juridiction. Rey, *R. G. D. I.,* 1906, p. 52; *R. D. I. P.,* 1906, p. 302; 1907, p. 369 et suiv.; 1908, p. 111-128. Le Japon, désormais maître des destinées de la Corée, devra négocier avec les puissances étrangères la suppression en Corée du régime des capitulations, déjà prévue dans la déclaration annexée au traité franco-coréen du 4 juin 1886, § 2 (Martens, *Nouveau Recueil,* 2e série, t. XV, p. 807) et reproduite dans tous les autres traités entre la Corée et les puissances occidentales.]

décisions des tribunaux consulaires se porte à la cour de Saïgon, à partir de 3.000 fr., pour la Chine et le Siam ; à la cour de la Réunion à partir de 1.500 fr., pour Mascate et Zanzibar. Quant aux sentences des tribunaux consulaires d'Egypte ou de Turquie, elles sont déférées en appel à la cour d'Aix, pour tout litige excédant la valeur de 1.500 francs (édit de juin 1778). Les juridictions françaises de tous les degrés sont établies dans l'Annam et le Tonkin (Décrets des 18 sept. 1888, 12 nov. 1889, 13 janv. 1894).

SECTION II

ÉTRANGERS DOMICILIÉS EN FRANCE

167. Les étrangers établis en France se partagent en deux catégories : ceux qui ont obtenu l'autorisation d'y fixer leur domicile, conformément à l'art. 13 C. civ., et ceux qui n'ont pas reçu cette autorisation. La situation des premiers est connue par ce qui a été déjà dit à propos de l'art. 13 C. civ. : on sait que, indépendamment des conséquences juridiques ordinaires du domicile, l'autorisation qu'ils ont reçue les assimile aux Français au point de vue de la jouissance des droits civils.

En ce qui concerne l'étranger établi en France sans autorisation, la première question qui se pose est celle de savoir s'il a dans notre pays un véritable domicile. On n'hésitait pas à admettre l'affirmative dans l'ancien droit et pendant la période intermédiaire (1); mais des doutes se sont élevés depuis la promulgation du code civil.

Il est impossible, tout d'abord, quoi qu'on ait dit, de trouver des renseignements à cet égard dans les travaux préparatoires. D'une part, en effet, Portalis disait, le 16 fructidor an IX, qu'il ne fallait point fixer le domicile au lieu où s'exercent les droits politiques, parce que ces droits n'appartiennent ni aux femmes, ni aux *étrangers* : ce qui semble bien indiquer que l'on reconnaissait à ces derniers la possibilité d'avoir un domicile en France. D'autre part, le tribun Gary déclarait au Corps législatif, sans être contredit, que l'art. 13 C. civ., d'après lequel l'étranger *ne peut avoir de domicile en France sans l'autorisation du gouvernement*, était accepté sans observation (2).

En présence de cette contradiction des travaux préparatoires,

(1) Req., 30 nov. 1814, S., 15. 1. 186.
(2) Fenet, VIII, p. 326; Locré, *Législ.*, t. II, p. 343.

on a cru trouver un argument pour soutenir que l'étranger ne peut avoir de domicile en France sans autorisation, dans un avis du Conseil d'Etat des 18-20 prairial an XI qui déclare effectivement que l'étranger ne peut, sans cette autorisation, se fixer dans notre pays. — Mais il est à remarquer, en premier lieu, que cet avis, n'ayant pas été inséré au Bulletin des Lois, n'a pas force légale. D'autre part, il avait pour but de répondre à la question de savoir si un stage quelconque en France suffit pour obtenir la naturalisation, ou si ce stage doit être précédé de l'autorisation de fixer son domicile sur le territoire français : il décida que l'autorisation est indispensable en pareil cas, ce qui a été confirmé par les lois postérieures sur la naturalisation.

Il n'y a pas lieu non plus de tenir compte de cette objection que l'art. 102 C. civ. est ainsi conçu : « Le domicile de *tout Français,* quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement » ; d'où il résulterait que le principal établissement ne sert à déterminer le domicile que pour les Français. En rédigeant ainsi l'art. 102, le législateur a voulu simplement montrer qu'il définissait le domicile quant à l'exercice des droits civils, et non quant à l'exercice des droits politiques : or, *tous les Français,* même mineurs, même les femmes mariées, ont les droits civils (art. 8 C. civ.), tandis que tous n'ont pas les droits politiques.

Inutilement encore objecte-t-on que, d'après l'art. 13 C. civ., l'étranger n'est véritablement domicilié en France qu'avec l'autorisation du gouvernement : cet article, Treilhard l'a reconnu lui-même, n'a pour but que d'indiquer à quelle condition l'étranger est assimilé au Français au point de vue de la jouissance des droits civils, et non la condition exigée de lui pour qu'il ait un domicile en France (1).

La vérité est que, même en acceptant la distinction des droits des gens et des droits civils, il est impossible de refuser à l'étranger la faculté d'avoir un domicile en France, en faisant de cette faculté un droit de la seconde catégorie. La question de savoir où est le domicile d'une personne est une pure question de fait, dépendant, comme le dit l'art. 102 C. civ., de cette circonstance que le principal établissement de cette personne est dans tel lieu : comment, dès lors, faire intervenir, en pareil cas, la question de nationalité? Nous tirons enfin un nouvel argument de la loi du

(1) Locré, *Législ.*, t. II, p. 319.

23 août 1871 qui soumet aux droits de mutation les valeurs mobilières dépendant de la succession d'un étranger domicilié en France avec ou sans autorisation (1). Tout ce que l'on peut dire, quoique le contraire ait été parfois admis, c'est que le domicile de fait d'un étranger en France, quelque ancienne que soit l'époque à laquelle il remonte, ne pourra jamais assimiler cet étranger aux Français pour la jouissance des droits civils : l'art. 13 exige formellement l'autorisation du gouvernement pour que ce résultat soit obtenu (2).

En principe, la jurisprudence française paraît admettre que le domicile non autorisé de l'étranger en France ne vaut que comme domicile de fait, ne pouvant produire des conséquences juridiques. Mais les décisions de nos tribunaux sur cette question sont loin d'être en harmonie. Ainsi, tout en admettant que la succession mobilière se règle par la loi du domicile du défunt, on n'appli-

(1) V. *Contrà,* Cass., 5 fév. 1872, S., 72. 1. 190; 5 mai 1875, S., 75. 1. 409; Bordeaux, 24 mai 1876, S., 77. 2. 109; Paris, 29 juill. 1872, S., 73. 2. 148 et 10 juill. 1880, J. C., 1880, p. 474. [Toulouse, 2 mai 1880, S., 80. 2. 294; D. P., 81. 2. 93; Cass., 10 juill. 1880, J. C., 1880, p. 474; Trib. civ. Liège, 10 juill. 1886, *ibid.,* 1887, p. 215; Aix, 27 mars 1890, *ibid.,* 1891, p. 310; Trib. civ. Narbonne, 30 juill. 1890, *Revue prat. de dr. int. privé,* 1890-1891, I, p. 53; Cass. civ. rej., 8 mars 1909, *Gaz. des trib.* du 12 mars 1909 : par cet arrêt tout récent, la Cour suprême a décidé que la succession mobilière d'un étranger est régie, non par la loi française, applicable aux immeubles à raison de leur situation, mais par la loi nationale de cet étranger, lorsque celui-ci, résidant en France, n'y a point acquis, à défaut d'une autorisation du gouvernement français, son domicile légal (art. 13 C. civil). Et, rejetant, au rapport de M. le conseiller Durand et conformément aux conclusions de M. le procureur général Beaudoin, le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'Alger du 5 novembre 1904, elle a jugé que ce principe ne souffre point d'exception pour l'Algérie, où l'assimilation de la résidence au domicile n'a d'effet qu'au point de vue de la compétence judiciaire. La jurisprudence belge paraît fixée dans le sens de la possibilité de l'établissement d'un domicile légal sans autorisation gouvernementale. Cass. Belgique, 3 août 1848, Haus, *Du dr. privé qui régit les étrangers en Belgique,* n. 106; Trib. civ. Bruxelles, 5 janv. 1872, *R. D. I.,* 1872, p. 654; Bruxelles, 18 juin 1888, D. P., 88, 2. 249; Trib. civ. Mons, 16 janv. 1891, J. C., 1893, p. 443; Trib. civ. Bruxelles, 18 mars 1891, J. C., 1891, p. 593; Trib. civ. Namur, 18 juill. 1904, *R. D. I. P.,* 1905, p. 755; Trib. civ. Bruxelles, *ibid.,* 1905, p. 753. En ce sens Demante et Colmet de Santerre, t. I, n. 128 *bis*-II; Valette, *Cours de droit civil,* t. I, p. 126; Bonfils, *Compét. des trib. franç. à l'égard des étrang.,* 1865, p. 157 et suiv.; Gerbaut, *De la compét. des trib. franç. à l'égard des étrang.,* 1882, p. 32 et suiv.; Renault, J. C., 1875, p. 329 et 422; Glasson, J. C., 1881, p. 105 et suiv.; 1907, p. 593-595; Surville et Arthuys, *Droit int. privé,* 4e édit., 1904, n. 127, p. 163; Weiss, *Traité,* t. II, 2e édit., 1908, p. 428-437. Cpr. Chausse, *Du rôle intern. du dom.,* J. C., 1897, p. 5 et suiv.; Clunet, *Tables générales,* t. III, v° *Dom.,* p. 627.]

(2) *Contrà :* Rouen, 22 juin 1864, D. P., 65. 2. 13. — Aix, 28 août 1872, S., 73. 2. 65.

quera pas la loi française si le *de cujus* étranger n'avait en France qu'un domicile non autorisé (1); mais, en même temps, on attribuera compétence aux tribunaux français pour les questions relatives à cette succession, qui, dit-on, s'est ouverte au *dernier domicile du défunt en France* (2). En général, on admet aussi que le domicile de fait en France est attributif de compétence pour les actions personnelles et mobilières (3). On a décidé encore que le simple domicile de fait, c'est-à-dire non autorisé, pouvait servir à indiquer le régime de droit commun implicitement adopté par des époux étrangers se mariant en France sans faire de contrat (art. 1400 C. civ.) (4).

168. Le rôle que le domicile peut jouer dans le Droit international privé comme criterium servant à déterminer la loi applicable donne une importance particulière à deux questions qui sont discutées dans la doctrine : une personne peut-elle n'avoir pas de domicile? Peut-elle en avoir plusieurs? De Savigny accepte l'affirmative sur l'une et l'autre question, à l'exemple des jurisconsultes romains qui l'admettaient aussi, quoique à titre exceptionnel (5). En Amérique et en Angleterre, au contraire, on se prononce pour la négative sur l'un et l'autre point (6), du moins en principe.

En France, beaucoup d'auteurs pensent que la situation d'une personne qui n'aurait pas de domicile est antisociale et antijuridique, donne lieu à mille inconvénients et ne saurait, par conséquent, être acceptée. Il faudra donc, toutes les fois que le domicile d'origine d'une personne est connu, s'y référer, si cette personne n'en a pas acquis un nouveau, eût-elle d'ailleurs rompu toute espèce de relations avec le lieu où elle avait primitivement son domicile. On ne recourrait à la résidence, pour suppléer au domicile d'origine, que lorsque ce dernier serait inconnu (art. 69-8° Pr. civ. et 59, al. 1 Pr. civ.). Pothier, ajoute-t-on, estimait que l'on ne perd son domicile que si l'on en acquiert un nou-

(1) Cass., 12 janv. 1869, S., 69. 1. 138. — Cass., 5 mai 1875, D. P., 75. 1. 343. — [Cass., précité, 8 mars 1909, *Gaz. des Trib.* du 12 mars.]

(2) Req., 7 juil. 1874, D. P., 75. 1. 271.

(3) Cass., 19 mars 1872, S., 72. 1. 238. — Cass., 29 juil. 1890, *Rev. prat. de droit int. privé,* 1890-91, I, p. 11.

(4) Paris, 15 déc. 1853, D. P., 55. 2. 192; *id.,* 3 août 1849, D., 49. 2. 182.

(5) *Système,* t. VIII, p. 67-68.

(6) Lawrence, *loc. cit.,* t. III, p. 104-105; Story, *loc. cit.,* § 45, p. 42, note de Redfield; Dicey, *Statut personnel anglais,* trad. Slocquart, I, Code, art. 2 et 3 et p. 87, 90; mais la jurisprudence anglaise est incertaine.

veau (1); et le Code paraît bien reproduire la même idée en prévoyant le changement de domicile et non l'abandon pur et simple de celui que l'on possède déjà (art. 103 C. civ.) (2).

Il est peut-être plus conforme à la réalité des faits de reconnaître qu'un individu peut ne pas avoir de domicile, même d'origine : tel sera le cas d'un enfant de parents nomades, saltimbanques ou marchands ambulants, qui, depuis plusieurs générations peut-être, ne sont fixés nulle part d'une manière stable. Il est d'ailleurs puéril, comme le dit M. Valette, de recourir au domicile d'origine de quelque aïeul, avec lequel l'intéressé n'a plus la moindre relation. Cette façon de procéder a même quelque chose d'inique ; car elle conduit à rendre opposables à une personne des significations et autres actes judiciaires dont elle n'a pu avoir connaissance, puisqu'on les fera dans un lieu qu'elle a abandonné pour toujours. Ce lieu du reste ne mérite plus d'être qualifié celui du principal établissement, comme le dit l'art. 102, et n'est plus, dès lors, un vrai domicile. Au surplus, la loi prévoit si bien qu'il peut y avoir des gens sans domicile, qu'elle les punit comme vagabonds (art. 270 C. pénal).

En conséquence, il est plus sage de décider que, lorsque le domicile d'origine d'une personne est connu mais abandonné par elle, on y supplée par la résidence, comme dans le cas où le domicile est inconnu. Si cependant, cette personne veut accomplir des actes qui exigent la fixation d'un domicile, comme le mariage, elle devra se conformer à la condition de la loi et en acquérir un nouveau.

On est, au contraire, assez généralement d'accord pour reconnaître qu'une même personne ne peut avoir plusieurs domiciles à la fois. La solution contraire serait doublement en contradiction avec le code civil, qui suppose toujours que l'acquisition d'un nouveau domicile fait disparaître l'ancien (art. 103), et qui définit le domicile le lieu du *principal* établissement : or le mot principal exprime un superlatif qui exclut toute idée de concours et de parité. En fait, cependant, une personne peut paraître domiciliée en plusieurs endroits à la fois, parce qu'il est difficile, vu l'importance des établissements qu'elle a en différents lieux, d'affirmer quel est le principal. Cette personne supportera les conséquences de la situation qu'elle s'est faite et pourra être traitée par les tiers

(1) Introd. gén. aux Coutumes, n. 12.
(2) Cass., 12 décembre 1877, S., 78. 1. 18.

comme domiciliée dans ces différents lieux; par exemple, on pourra valablement l'assigner à l'un ou à l'autre. Cependant, s'il s'agit d'actes juridiques qui ne s'accomplissent qu'au véritable domicile, il y aura lieu de rechercher, par l'examen des circonstances de fait, quel est celui des divers établissements de la personne qui surpasse les autres en importance : c'est ce que l'on devra faire notamment pour déterminer l'endroit où la succession s'est ouverte (1).

CHAPITRE V

DE LA PROCÉDURE AU POINT DE VUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

169. Une question de droit international privé étant soumise à un tribunal, il y a lieu, pour ce dernier, de déterminer tout d'abord comment se régleront les questions de procédure, quelle loi il faudra suivre pour l'organisation même de l'instance. L'ensemble des points se rattachant à cet ordre d'idées constitue par conséquent une théorie préliminaire de l'étude du Droit international privé proprement dit, au même titre que la théorie de la nationalité ou du domicile.

Cette matière sera divisée en quatre sections : 1° des formes de procéder; 2° de la compétence; 3° des voies d'exécution; 4° des commissions rogatoires.

SECTION PREMIÈRE

DES FORMES DE PROCÉDER

170. Dans tout procès où se soulève une question de droit international privé, il faut soigneusement distinguer les points se rattachant à la procédure, à la marche de l'instance et à son développement devant le tribunal, de ceux qui concernent la solution même du litige, c'est-à-dire la détermination de la loi applicable parmi plusieurs qui sont en conflit. Les premiers sont qualifiés d'*ordinatoria litis*, les seconds de *decisoria litis :* ainsi la forme des assignations, la constitution d'avoué entrent dans les *ordina-*

(1) Locré, II, p. 175, n. 4, p. 167, n. 3; p. 188, n. 2. En pratique, les tribunaux anglais admettent la possibilité d'avoir plusieurs domiciles pour des objets différents (Dicey, trad. Stocquart, I, n. 40); V. code civil allemand, art. 7.

toria; au contraire, l'appréciation du statut personnel d'un étranger d'après sa loi nationale fait partie des *decisoria* (1).

Toutes les formes de procéder en justice doivent, d'après ce qui précède, être qualifiées d'*ordinatoria :* il ne reste plus qu'à déterminer la loi applicable pour les questions de cette nature. Le principe absolu à cet égard, incontesté et incontestable, c'est que les formes de procéder en justice sont exclusivement réglées par la loi du pays où le procès est engagé, la *lex fori*. Les lois de procédure ont pour but d'assurer la marche de la justice, l'organisation régulière et ordonnée d'un service public, la recherche et la connaissance de la vérité par la réglementation des débats devant les tribunaux. Or, à ces divers points de vue, les lois de procédure constituent des lois d'ordre public dont il est impossible de se départir, que les étrangers eux-mêmes doivent respecter. C'est donc par la *lex fori* que seront déterminés les formes des exploits, la constitution d'avoué, les délais, les voies de recours possibles, la rédaction et la prononciation des jugements, ainsi que le moment où ils ont l'autorité de la chose jugée, etc.

Le principe absolu qui vient d'être indiqué ne souffre d'exception que dans les Etats orientaux où les consuls exercent le droit de juridiction, en observant la procédure fixée par la loi de leur pays (2).

La règle générale s'applique encore à la péremption d'instance; bien que celle-ci puisse amener parfois la perte même du droit invoqué, par exemple quand il y a prescription d'une créance et que l'instance périmée ne peut plus compter pour en arrêter le cours, il ne faut pas croire qu'elle se rattache au fond même du droit, aux *decisoria litis*. Le délai de péremption est, en effet,

(1) [Cette distinction entre les *formes ordinatoires* et les *formes décisoires* du procès apparaît dès la fin du XIIIe siècle dans les écrits de Pierre de Belleperche, Lainé, J. C., 1887, p. 25. Elle est encore aujourd'hui universellement admise. H. Donnedieu de Vabres, *L'évolut. de la jurispr. franç. en mat. de conflits de lois*, 1905, p. 215 et s., p. 447 et suiv.; Weiss, *Traité*, t. V, *L'étranger et la justice*, 1905, p. 443 et suiv. — L'art. 55 de la convention de Berne du 14 octobre 1890 sur le transport des marchandises par chemins de fer s'inspire de la même idée : « Sauf les dispositions contraires contenues dans la présente convention, la procédure à suivre sera celle du juge compétent ». La deuxième convention additionnelle du 19 septembre 1906, ratifiée à Berne le 19 septembre 1908 et promulguée en France par le décret du 17 octobre 1908 (*J. off.* du 24 octobre 1908, p. 2277-2283) n'a pas modifié cette disposition de la convention primitive.]

(2) [Jug. du trib. consul. de France à Smyrne, 12 juin 1903. — Cpr. Pallamary, J. C., 1904, p. 58 et suiv.; Pélissié du Rausas, *Le régime des capitulations dans l'Empire ottoman*, t. I, 1901, p. 294; Weiss, *Traité*, t. V, 1905, p. 449, note 1.]

déterminé par chaque législateur comme mesure d'ordre pour éviter les procès interminables : il constitue, par conséquent, une règle d'ordre public dépendant exclusivement de la *lex fori* (1).

171. Des ajournements. — En France, les ajournements contre des personnes établies à l'étranger sont signifiés au procureur de la République, qui en transmet la copie au ministre des affaires étrangères ou à tout autre fonctionnaire désigné par les conventions diplomatiques; ce dernier s'efforce de la faire parvenir aux intéressés par la voie diplomatique (art. 69, n. 9 Pr. civ. et loi du 8 mars 1882) (2). Comme les délais courent du jour de la signification au parquet, le défenseur peut n'être averti que d'une façon tardive, si même il l'est jamais, malgré les prolongations de délai accordées par l'art. 73 Pr. civ. Cependant, on peut soutenir que les délais ne courent de l'assignation au parquet que si le défendeur n'a, en pays étranger, ni domicile ni résidence connus; sinon, le défendeur ne serait réputé assigné que s'il y a eu transmission de l'exploit et le ministère public serait, en pareil cas, responsable du défaut de transmission (3). Il paraît d'ailleurs résulter de l'art. 72 Pr. civ., que le président du tribunal ne peut pas permettre l'assignation à bref délai quand il s'agit des cas prévus par l'art. 73 (4). Une excellente innovation consisterait à assigner directement le défendeur à son domicile, en observant les formalités prescrites par la loi du pays où il se trouve, conformément à la règle *locus regit actum*. Cependant, les législations étrangères pouvant ne pas reconnaître la validité d'une assignation devant le tribunal d'un autre pays, on ne pourrait pas introduire cette règle comme un principe absolu dans notre code de procédure : c'est par la voie des traités que l'on devrait arriver à une

(1) [Asser et Rivier, *Droit int. privé*, n. 77, p. 165; Surville et Arthuys, *Droit int. privé*, 4e édit., 1904, n. 418, p. 514; Weiss, *Traité*, t. V, p. 472.]

(2) En dernier lieu, l'art. 69 Pr. civ. a été modifié comme suit par la loi du 11 mai 1900: ..... « N. 9. Ceux qui habitent le territoire français hors d'Europe et de l'Algérie, et ceux qui sont établis dans les pays placés sous le protectorat de la France, autres que la Tunisie, au parquet du procureur de la République près le tribunal où la demande est portée, lequel visera l'original et enverra directement la copie au chef du service judiciaire dans la colonie ou le pays de protectorat. N. 10. Ceux qui habitent à l'étranger, au même parquet qui, dans les mêmes conditions, enverra la copie au ministère des affaires étrangères ou à toute autre autorité déterminée par les conventions diplomatiques ». En Tunisie comme en Algérie et en France, la notification est faite par des huissiers locaux et à personne.

(3) Chausse, *Rev. crit.*, 1887, p. 287 et Surville, *ibid.*, 1895, p. 88; Nancy, 25 nov. 1893, J. C., *Questions et solutions pratiques*, 1901, p. 510 et suiv.

(4) Trib. civ. d'Orange, 20 nov. 1882, J. C., 1883, p. 609.

entente générale sur ce point (résolutions de l'Institut de Droit int., Zurich, 1877). [Comme nous le constaterons ci-dessous, les conventions de La Haye du 14 novembre 1896 et du 17 novembre 1905 sont entrées dans cette voie, en réglant les formes de la communication des actes judiciaires ou extra-judiciaires dans les rapports des puissances signataires.] En France, on admet l'ajournement signifié en la forme française d'après la règle : *locus regit actum*, pour assigner devant une juridiction étrangère quand elle est régulièrement compétente. On accepte même qu'en pareil cas l'ajournement signifié en France soit fait en la forme étrangère, en le considérant comme une partie de la procédure qui doit être régie par la *lex fori*, c'est-à-dire, dans l'espèce, par la loi étrangère (1).

La forme des assignations et modifications est parfois réglée par les traités. En vertu de la déclaration du 14 mars 1883, les assignations lancées de France contre un habitant du Luxembourg sont transmises par le procureur de la République (art. 69, n. 9 Pr. civ.) au procureur général de la cour de Luxembourg qui les fait parvenir aux intéressés. Du Luxembourg, on les expédie directement sous plis chargés aux personnes résidant en France. Il serait bon de généraliser ce dernier procédé, certains pays l'autorisant et ne permettant pas les assignations faites chez eux pour traduire devant une juridiction étrangère : c'est ainsi que, en Allemagne, on n'admet pas les assignations devant les tribunaux correctionnels étrangers, au moins en Alsace-Lorraine (2).

D'après le traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 20, les citations sont remises par l'agent diplomatique ou consulaire au magistrat du parquet, qui se charge de les faire parvenir aux intéressés et qui en délivre récépissé à l'agent diplomatique consulaire. — La déclaration franco-belge du 17 octobre 1902, remplaçant celle du 16 novembre 1900, organise la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires par la voie diplomatique (3).

(1) Toulouse, 29 janv. 1872, S., 73. 2. 18, D. P., 72. 2. 236; J. C., 1874, p. 78; [Trib. civ. Seine, 30 mars 1836, J. C., 1887, p. 614 et Paris, 17 février 1888, *Le Droit* des 16-17 août 1888; Trib. civ. Nantes, 25 novembre 1895, J. C., 1896, p. 625; Paris, 19 mars 1902, J. C., 1903, p. 634. Quoique l'art. 69 Pr. civ. ne vise que les *assignations*, il a une portée générale et s'applique à la signification des jugements et des autres actes judiciaires ou extra-judiciaires. Cass., 3 déc. 1844, S., 45. 1. 361, D. P., 45. 1. 44; Cass., 9 nov. 1903, J. C., 1904, p. 712]

(2) J. C., 1894, p. 805.

(3) J. C., 1901, p. 606; 1902, p. 408; [1904, p. 224; 1905, p. 260; *J. off.*, 5 déc. 1900, et 28 oct. 1902. La déclaration du 17 octobre 1902 ne modifie que sur un

[La question de la transmission internationale des actes judiciaires ou extrajudiciaires en matière civile et commerciale a été réglée, d'abord par la convention de La Haye du 14 novembre 1896, puis, l'expérience ayant fait apparaître la nécessité de quelques modificatiens, par celle du 17 novembre 1905. Cette dernière convention réglant, dans plusieurs matières de droit international privé relatives à la procédure, les rapports entre la France, l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse, entrée en vigueur le 27 avril 1909 (art. 28) et dont nous donnons le texte ci-dessous (n. 189), ne fait, comme sa devancière de 1896, qu'autoriser un nouveau mode de notification en pays étranger, sans interdire ceux qui étaient admis par les lois nationales des différents Etats signataires ou par leurs conventions internationales (art. 6) (1).

[Voici les idées essentielles qui se dégagent des art. 1-7 de la Convention du 17 juillet 1905, relatifs à la communication des actes judiciaires et extra-judiciaires. L'acte diplomatique du 14 octobre 1896, dans ses art. 1-4, relatifs au même objet, avait été interprété d'une manière différente par les autorités des Etats contractants en ce qui concerne le sens du mot *signification*. Et cette divergence tenait au fait que certains pays admettent la *signification à parquet ;* d'autres exigent la signification *à personne.* Plusieurs Etats, dont la France, ont adopté la première procédure (art. 69 Pr. civ.). Le ministère des Affaires étrangères, en possession de l'acte judiciaire *signifié* à parquet, s'efforce d'en assurer la remise au destinataire. Cette remise, simple communication de pièce, ne comporte aucune contrainte, et le consul chargé de

point la convention du 16 novembre 1900; les autorités belges auront la faculté, qui semblait leur avoir été retirée en 1900, de faire parvenir directement par la poste et sous pli recommandé, conformément à l'art. 1er de l'arrêté-loi du 1er avril 1814, les actes destinés à des personnes habitant la France et de ne recourir à l'intervention des parquets qu'autant que ce mode de communication aura été jugé par elle plus opportun. J. C., 1905, p. 260; Weiss, *Traité,* t. V, p. 451, note 2.]

(1) [Il a été jugé que la règle qui soumet les formes des exploits, ainsi que toutes les autres formes *ordinatoires* du procès, à l'empire exclusif de la *lex fori,* ne reçoit aucune atteinte du fait de la convention de 1896. Paris, 9 mai 1903, J. C., 1904, p. 950. — Il a été encore jugé par les tribunaux belges que cette convention n'a pas interdit les modes de notification admis par l'arrêté-loi du 1er avril 1814 et par la loi du 27 mars 1833. Liège, 30 oct. 1901, J. C., 1903, p. 409 et 899. — Trib. comm. d'Anvers, 20 déc. 1901, *Jurispr. Anvers,* 1902. 2. 21. — Asser, *Actes de la IIIe Conférence de La Haye,* 1900, p. 78.]

l'effectuer directement dans les pays avec lesquels nous n'avons pas de convention (ordonnance du 29 novembre 1833 sur les fonctions judiciaires des consuls en pays de chrétienté), comme l'autorité locale, lorsque le concours en est requis, doit se borner à constater l'acceptation ou le refus de la pièce qu'il présente au destinataire. Tout autre est le caractère de la *signification à personne*, prévu par certaines législations, telles que le code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne (art. 199, édit. de 1898; Cpr. art. 174, al. 2 et 175, art. 203 et suiv.) : l'intervention de l'autorité est alors indispensable; la signification dans ce cas n'est pas *faite*, elle est *à faire;* l'acte n'est pas *signifié*, il est *à signifier;* et cet acte d'autorité doit être accompli, d'après les règles du pays, par les personnes qualifiées à cet effet.

« A l'égard des Etats qui ont adopté le système français, a dit excellemment M. Asser, la communication a pour but de faire parvenir au destinataire un exploit qui lui *a déjà été légalement signifié* par la remise au parquet; et à l'égard des Etats qui ont adopté le système allemand, elle a pour but de faire opérer la *signification* légale par la remise au destinataire. On peut dire que, dans le premier système, l'intervention des gouvernements est surtout utile dans l'intérêt du destinataire, dans le second, au contraire, dans l'intérêt du requérant (1).]

[On a vivement critiqué le système de la signification à parquet, qui peut, il est vrai, entraîner de graves abus. Aujourd'hui que la convention fournit des moyens faciles et sûrs de faire parvenir un acte à une personne qui se trouve en pays étranger, les Etats qui ont adopté ce système auront à voir s'il ne convient pas d'y renoncer. Un *vœu* a été formulé en ce sens par la Conférence de 1904 (2), mais la convention du 17 juillet 1905 n'impose aucun changement de ce genre. Elle tient compte des différences entre les deux systèmes et, comme la convention de 1896, a posé des règles de nature à être adaptées à l'un et à l'autre, suivant la déclaration de M. Asser, président de la Conférence, dans la séance du 29 mai 1900. Elle fait de la remise à la suite de la signification à parquet la règle normale, de la signification à personne l'exception, alors qu'on avait pu croire, bien à tort, que l'acte

(1) [*Actes de la troisième conférence de La Haye,* 1900, p. 78. — Cpr. *Exposé des motifs,* Sénat, 1908, sess. extr., n. 343. Annexe au procès-verbal de la séance du 10 décembre 1908, p. 5, et *J. off.,* Sénat, *Doc. parl.,* 1908, sess. extr., p. 504].

(2) [*Protocole final, Actes de la quatrième conférence,* 1904, p. 222, note 1. — V. le texte de ce *vœu* ci-dessus, n. 17, p. 57].

diplomatique de 1896, adoptait, à notre désavantage, une thèse contraire].

[En second lieu, au lieu de la voie diplomatique, cause de tant de retard, la convention nouvelle institue la voie consulaire, plus rapide. Alors qu'un acte judiciaire partant du ministère français des Affaires étrangères devait, sous le régime de la Convention de 1896, passer par les mains de notre représentant hors de France, traverser les bureaux de deux ministères étrangers (celui des affaires extérieures et celui de la justice) avant de parvenir à l'autorité chargée de la remise, il pourra désormais être transmis directement à cette autorité par notre consul. L'usage exclusif de la voie diplomatique pourra, sur demande expresse des gouvernements, être maintenue, mais il est à croire qu'ils renonceront volontiers à une procédure aussi lente. Toutefois, c'est la voie diplomatique qui sera employée pour le règlement des difficultés que la pratique des communications internationales pourrait susciter. La simple remise des actes judiciaires sera donc effectuée dans la plupart des cas par l'autorité étrangère compétente sur la demande du consul, sans frais d'aucune sorte et sans obligation de traduction intégrale : le consul se bornera à transcrire dans la langue du pays les courtes indications indispensables pour la remise].

[En dehors de la voie consulaire, la convention de 1905 prévoit l'envoi de l'acte par la poste, la correspondance directe entre les autorités étrangères lorsqu'une entente est survenue entre les deux pays (V. Déclaration précitée franco-luxembourgeoise du 14 mars 1883, art. 2), à condition que « l'Etat sur le territoire duquel la signification doit être faite ne s'y oppose pas » (art. 6, dern. alin., convention de 1905). La convention de 1905 admet la *tolérance* ou la non opposition de l'Etat en question, alors que celle de 1896 exigeait, dans le même cas, un acquiescement explicite; « ...., la faculté n'existe que si les lois des Etats et les conventions intervenues entre eux l'admettent », déclarait l'art. 4 *in fine* de la convention de 1896, tandis que l'art. 6 de la convention de 1905 ajoute : « ou si, à défaut de conventions, l'Etat sur le territoire duquel la signification doit être faite ne s'y oppose pas ».]

[Enfin, comme la convention de 1896, celle de 1905 prévoit la possibilité, pour les Etats, de faire remettre les actes signifiés aux personnes résidant à l'étranger par l'entremise directe des agents diplomatiques ou consulaires, conformément à la procédure de l'ordonnance française du 25 novembre 1833. Mais la première

convention n'admettait ce mode de transmission que si les lois ou les conventions l'autorisaient, alors même que le destinataire était un ressortissant du consul; la seconde convention ne réserve aux Etats contractants la faculté d'interdire ce procédé de remise que dans le cas où l'acte est destiné à un de leurs nationaux.]

[Lorsqu'une autorité reçoit un acte judiciaire sans indication spéciale, on présume que la remise pure et simple à son destinataire est seule réclamée. Mais, si la législation du pays requérant exige la signification à personne, ou même si le plaideur, quoique ressortissant, comme le plaideur français, d'un pays où la signification à parquet est légale, a intérêt à ce que l'acte visant un étranger soit signifié régulièrement d'après la législation étrangère (et le cas se présentera lorsque le plaideur français aura l'intention de poursuivre dans ce pays l'exécution du jugement rendu en France), des règles spéciales sont édictées en vue de cette éventualité. C'était nécessaire, car on réclame alors non plus la remise pure et simple d'une pièce, mais une véritable signification qui ne peut être faite que par l'autorité compétente et dans les formes prescrites ou tolérées dans le pays où elle est effectuée.]

[L'autorité chargée d'exécuter ce mandat doit en connaître le texte : d'où la nécessité de l'accompagner, le cas échéant, d'une traduction. L'intervention d'un officier ministériel peut être nécessaire : d'où l'obligation de garantir le remboursement des frais que la signification peut occasionner dans ce cas ou bien lorsqu'elle doit être effectuée dans une forme spéciale inusitée dans le pays. Néanmoins, la convention de 1905, au titre de l'assistance judiciaire gratuite, prévoit la non-répétition des frais résultant de l'intervention d'un officier ministériel, lorsque la partie requérante a obtenu la gratuité de la justice (1).]

172. Des preuves. — Les preuves produites à l'appui des faits allégués devant un tribunal semblent présenter, au premier abord, un rapport étroit avec la marche même de l'instance, avec la procédure en un mot. Devra-t-on en conclure que la question de savoir quelles sont les preuves admissibles devant un tribunal, pour établir un fait accompli en pays étranger, dépend de la *lex fori* ?

Certains l'ont prétendu, en disant que les preuves en elles-mêmes, ainsi que les circonstances dans lesquelles chacune

(1) [*Exposé des motifs* précité, Sénat, 1908, sess. extr., Annexe n. 343 à la séance du 10 déc. 1908, p. 5-8, *J. off., loc. cit.*, p. 504-505.]

d'elles peut être utilisée, sont fixées par le législateur d'après des considérations d'ordre public : il écarte, en effet, les preuves qui lui paraissent dangereuses, soit d'une façon absolue, soit dans certains cas, comme par exemple la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr. Le juge ne peut donc, pour s'éclairer, qu'admettre les preuves qui, d'après la loi de son pays, sont de nature à former sa conviction et à ne pas donner à l'erreur ou au mensonge les apparences de la vérité.

Mais cette manière de voir est généralement rejetée, et, pour trancher la question, on distingue entre l'admissibilité même des preuves et la façon dont elles doivent être produites en justice.

Pour savoir si une preuve est ou non admissible, il faut consulter la loi du pays où s'est accompli le fait que l'on veut prouver, ou la loi d'après laquelle doit être apprécié le droit qui fait l'objet de la contestation, et non la loi du pays où le procès est engagé (1). Il y aurait lieu toutefois de s'en tenir à la *lex fori* toutes les fois que l'ordre public est en jeu, par exemple pour écarter les preuves admises par la loi étrangère et réputées immorales, et s'il s'agit de paralyser l'effet de certains écrits probatoires quand l'intérêt général le commande, notamment la force exécutoire d'un acte authentique attaqué comme faux (art. 1319, alin. 2 C. civ.) ou l'efficacité des contre-lettres à l'égard des tiers (art. 1321 C. civ.).

(1) Institut de Droit international, session de Zurich, 1877 (*Annuaire de l'Institut,* II, p. 151); Cass., 24 août 1880, J. C., 1880, p. 480; Cass., 23 mai 1892, J. C., 1892, p. 1176; Cour de justice civile de Genève, 31 août 1891, J. C., 1892, p. 306; [Cass., 14 juin 1899, J. C., 1899, p. 804 et le rapport de M. Fabreguettes; Amiens, 15 mars 1900, J. C., 1900, p. 977; Bois-le-Duc, 22 janvier 1901, J. C., 1904, p. 157.] V. Beauchet, *Du conflit des lois françaises et étrangères en matière de preuve testimoniale,* J. C., 1891, p. 697. — C'est la loi d'après laquelle doit être apprécié le fait objet du litige qui déterminera à qui incombe la charge de la preuve, par exemple la loi nationale en matière de contestation d'état. [Surville et Arthuys, *op. cit.,* 4e édit., 1904, n. 419, p. 516; Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., 1906, n. 463, p. 364; Weiss, *Traité,* t. V, 1905, p. 474 et suiv.; Asser et Rivier, *Droit int. privé,* n. 78, p. 167; Alb. Robin, *Principes de droit int. privé,* t. III, n. 1011, p. 6; Pillet, *Principes du droit int. privé,* 1903, n. 268-272, p. 489-493. — *Contra* De Vareilles-Sommières, *Synth. du droit int. privé,* t. II, n. 1095 et suiv., p. 282 et suiv., tout au moins pour la preuve des faits ou des actes qui ne se rapportent pas à l'état et à la capacité des personnes; Brocher, *Cours de droit int. privé,* t. II, n. 176, p. 124. — M. de Bar, qui avait partagé l'opinion qui attribue compétence absolue en matière de preuve à la *lex fori,* dans la première édition de son ouvrage (p. 123), s'est rallié au sentiment général (*Theorie und Praxis des int. Privatrechts,* 2e édit., t. II, n. 399, p. 383.]

Lorsque des personnes accomplissent un fait juridique, elles se préoccupent de le constater de manière à pouvoir le prouver plus tard en cas de contestation, et, pour cela, elles observent les formalités prescrites par la loi du pays où elles se trouvent : ce n'est qu'une application de la règle *Locus regit actum* qui sera développée plus loin. Imposer aux parties l'observation de la loi du pays où le procès est engagé serait déraisonnable et même inique, car elles ne peuvent prévoir quel sera le pays où ce procès naîtra. Ainsi, tandis que la plupart des législations étrangères ne restreignent pas l'emploi de la preuve testimoniale, ou ne le restreignent que dans des cas exceptionnels, notre code civil le rejette au-dessus de 150 fr. : si donc on suppose un contrat portant sur une valeur supérieure à cette dernière somme conclu dans un pays où les témoignages sont toujours écoutés, il faudrait n'en pas tenir compte devant les tribunaux français, s'il n'est pas constaté par écrit, alors que les parties ne s'attendaient nullement à ce que la contestation dût être un jour examinée par eux ! De même, un débiteur en France peut compter qu'il prouvera en tout pays sa libération, si le titre de la créance lui est remis, en vertu de la présomption légale établie par les art. 1282 et suivants C. civ. On verra enfin, dans l'étude qui sera faite plus loin de la règle *Locus régit actum*, que les conditions que doit remplir un acte écrit pour faire preuve d'un fait, ainsi que l'étendue de sa force probante, sont déterminées par la loi du pays où il a été rédigé.

L'application de la loi du pays où un acte s'est accompli pour déterminer les preuves de cet acte est admise par la jurisprudence ou la législation dans nombre d'Etats, notamment en Belgique (art. 11 du projet de révision du code civil) (1), en Espagne, en Italie (art. 10 C. civ., dispos. prélim.). Mais on s'en tient à la *lex fori* en Angleterre (2), en Ecosse (3), aux Etats-Unis (4), en Autriche (5) et en Allemagne (6).

(1) J. C., 1881, p. 467.

(2) [Foole, *Treatise on priv. int. jurisprudence,* 2e édit., 1890, p. 276 et suiv. ; Westlake, *Priv. int. law,* 4e édit., 1905, § 348, p. 392, pour le principe et §§ 124 et 208, p. 146 et 271, pour les applications.]

(3) [Asser, *R. D. I.*, 1875, p. 114.]

(4) [Story, *Conflict of laws,* § 635.]

(5) [Unger, *Syst. des œster. Privatrechts,* t. I, p. 208.]

(6) [Mittermaier, *Archiv für die civ. Praxis,* t. XIII, p. 315 ; Oppenheim, *Syst. des Vœlk.,* p. 377].

D'autre part, conformément à la deuxième partie de la formule que nous avons donnée ci-dessus, lorsqu'un enfant étranger voudra établir sa filiation, il pourra, dans les limites de l'ordre public tel qu'il est compris en France, la démontrer d'après les preuves admises par sa loi nationale qui régit sa filiation elle-même. Du reste, cette règle est très généralement admise pour toute espèce de preuves, même pour les présomptions.

Quant à la forme même dans laquelle une preuve doit être produite, il faut revenir à l'application de la *lex fori*, car il s'agit d'une véritable question de procédure. Ainsi, en admettant que la preuve testimoniale est acceptable en France au-dessus de 150 fr. (1) si le fait à établir s'est accompli dans un pays qui l'admet pour les litiges d'une valeur quelconque, il faudra cependant observer la loi française pour l'assignation, la comparution et la manière de déposer des témoins (2). De cette règle peut d'ailleurs résulter, en fait, l'exclusion de la preuve admise par la loi étrangère, si la *lex fori* ne la connaît pas et ne contient pas de dispositions pour en fixer les formes de production.

L'incapacité des témoins est motivée par des raisons d'ordre public, se ramenant toutes à cette idée que certaines personnes n'offrent pas de garanties suffisantes de véracité ou de raison, soit à cause de leurs antécédents, soit à cause de leur âge ou de leur état mental : il faudra donc déterminer la capacité des témoins d'après la *lex fori* (3). Les dispenses de témoigner, par exemple pour les prêtres, les médecins, sont aussi motivées par des considérations d'ordre public : elles seront donc réglées par la même loi (4).

Quant à la récusation, elle dépend de la volonté des parties, qui peuvent l'exercer ou n'en pas user : on en a conclu qu'il fallait

(1) [Cass., 24 août 1880, D. P., 80. 1. 447; J. C., 1880, p. 480 et les conclusions de M. Desjardins. V. aussi les observations de M. Renault, *Rev. crit.*, 1881, p. 486; Cass., 23 mai 1892, J. C., 1892, p. 1171; Cass., 14 juin 1899, J. C., 1899, *Gaz. du Pal.* du 18 juillet 1889; Cass., 20 octobre 1903, D. P., 1904. 1. 42. La jurisprudence est en ce sens, en Espagne, en Belgique et à Genève. Weiss, *Traité*, t. V, p. 484, note 2.]

(2) [Trib. civ. d'Audenarde, 10 avril 1901, J. C., 1903, p. 201.]

(3) [Asser et Rivier, *op. cit.*, n. 82, p. 170; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., n. 429; *Contrà* Fœlix et Demangeat, *Droit int. privé*, 4e édit., t. I, n. 325, p. 458; *Inst. de droit int.*, session de Zurich, 1877, *Ann.*, 1878, p. 44; Weiss, *Traité*, t. V, p. 487-488; Cpr. Alb. Rolin, *op. cit.*, t. III, n. 1034, p. 29 et suiv.]

(4) [Beauchet, J. C., 1892, p. 375; Asser et Rivier, *op. cit.*, n. 82 *in fine*, p. 170; Surville et Arthuys, *loc. cit.*; Weiss., *loc. cit.*, p. 489.]

déterminer les cas de récusation d'après la loi qui dispose si la preuve testimoniale elle-même est admissible. N'est-il pas plus exact de dire que la faculté de récusation est accordée par le législateur pour éviter des témoignages suspects, que cette faculté intéresse par conséquent l'ordre public et qu'il faut la régler d'après la *lex fori* (1)?

Des difficultés particulières se présentent pour la prestation de serment. Les uns soutiennent que la formule du serment est fixée par la loi du pays où s'est accompli le fait affirmé; d'autres estiment qu'il faut, sur ce point, s'en tenir à la *lex fori* ou, plus généralement, à la loi du lieu où le serment est prêté, par exemple dans le cas où il est recueilli par le juge en vertu d'une commission rogatoire adressée par une juridiction étrangère (Institut, session de Zurich, 1877) (2). Cette dernière solution paraît la plus sûre, étant donné que les formes dans lesquelles doivent être produites les preuves concernent la procédure et dépendent de la loi du pays où l'instance est ouverte; il n'est pas douteux, en effet, que la formule du serment est la forme même de ce mode de preuve. Au surplus, la formule fixée par la *lex fori* est la condition même de la valeur du serment pour le juge devant lequel il est prêté; cette formule est indispensable pour qu'il y ait délit en cas de parjure et pour que le serment ait sa sanction qui en est la garantie, c'est-à-dire la menace de la loi pénale (3).

Des difficultés particulières se soulèvent en ce qui concerne la preuve par les livres de commerce, les registres et papiers domestiques, les mentions libératoires mises par le créancier sur un titre (art. 1332 C. civ.). Bien que la question soit la même pour tous ces modes de preuve, elle a surtout de l'importance pratique relativement aux livres de commerce.

Tout d'abord, conformément à ce qui a été dit ci-dessus, il faut s'en tenir à la loi du pays où les livres de commerce sont tenus pour fixer la forme en laquelle ils doivent être rédigés, leur nombre, leur caractère matériel, les visas dont ils doivent être revêtus,

(1) [*Sic* Beauchet, J. C., 1892, p. 334; *Contrà* Asser et Rivier, *loc. cit.*; Surville et Arthuys, *loc. cit.*; Alb. Rolin, *op. cit.*, t. III, n. 1034 *in fine*, p. 32; Weiss, *loc. cit.*]

(2) Cass., 3 mars 1846, S., 46. 1. 193; [Trib. Tunis, 22 nov. 1886, *Le Droit* des 26, 27 et 28 déc. 1886.]

(3) [Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., n. 422, p. 517; Weiss, *Traité*, t. V, p. 489-490; *Contrà* Fœlix et Demangeat, *op. cit.*, 4e édit., t. II, n. 236, p. 459.]

ainsi que les modes de leur représentation ou de leur communication (art. 14 et 15 C. com.) (1).

Quant à la force probante de ces livres, on ne peut pas, bien que cette opinion ait été soutenue, s'en tenir à la loi du pays où ils sont tenus : dans un même débat, les deux parties auraient des situations très différentes au point de vue des preuves dont elles pourraient se servir, étant donnée la variété des lois quant à l'autorité des livres de commerce, si chacune tenait ses registres dans des pays distincts. Impossible encore de suivre la *lex fori*, car les parties n'ont pu savoir à l'avance où le procès serait engagé, et se mettre en règle avec la loi du pays où il est jugé.

Aussi l'opinion à peu près unanime aujourd'hui est qu'il faut suivre la loi qui régit la preuve de la convention ; c'est la loi du lieu du contrat, suivant la règle *Locus regit actum*, qui donne aux contractants une situation égale relativement à la preuve qu'ils pourront tirer de leurs livres de commerce.

L'obligation même de tenir des livres de commerce est une règle d'ordre public ; elle s'impose donc à tous ceux qui sont réputés commerçants d'après la loi du pays où ils font des opérations, sans distinction de nationalité, sans même tenir compte du siège principal du commerce. La loi territoriale veut, en effet, pour la sauvegarde du crédit public, que les livres soient tenus par quiconque fait, dans le pays, profession de commerçant d'après elle.

Pour savoir si la représentation ou la communication doivent être ordonnées, trois solutions ont été proposées : la loi du pays où le commerçant a le siège de ses affaires ; la loi qui régit l'acte juridique sur lequel on fonde la réclamation ; enfin la loi du pays où s'est passé l'acte. Cette dernière solution paraît la plus sûre, car il s'agit de savoir si un fait peut être prouvé par la représentation ou la communication des livres de commerce, et, conformément au principe en matière de preuves, la loi applicable est celle du pays où le fait à démontrer s'est accompli. Pratiquement, on peut admettre que, pour éviter les difficultés de déplacement, on se contentera d'un extrait notarié des livres qui sont à l'étranger (2).

(1) Trib. paix Groningue, 19 janv. 1885, J. C., 1887, p. 244 ; [Sénat de Russie, 15 janv. 1877, J. C., 1881, p. 89. — Cpr. Flamm, *De la force probante des livres de commerce en Pologne*, J. C., 1884, p. 496, et une note anonyme sur la force probante des livres autrichiens, *Zeitschrift für int. Privatrecht*, 1900, p. 422.]

(2) Trib. d'Empire allemand, 14 nov. 1885, J. C., 1887, p. 631. [M. Weiss, *Traité*, t. V, p. 482, estime que l'admissibilité de la preuve résultant des livres de com-

SECTION II

COMPÉTENCE

173. Pour fixer la compétence des tribunaux d'un pays, soit *ratione materiæ*, soit *ratione personæ*, il faut encore consulter uniquement la loi de ce pays, la *lex fori*, puisque le règlement de la compétence tient à l'organisation même du service de la justice et, par conséquent, à l'ordre public (1). A ce point de vue, il y a lieu de rechercher d'après quelle loi on decidera si un acte est de commerce et si un individu est commerçant : les législations

merce dépend de la loi qui régit le rapport juridique lui-même, que la force probante de ces livres est mesurée par la loi du pays où le commerçant les a tenus, conformément à la règle *Locus regit actum*, qu'enfin c'est la *lex fori* qui détermine les formes dans lesquelles leurs indications seront mises à profit par les plaideurs. La plupart des auteurs ne font aucune différence entre l'admissibilité des livres de commerce comme moyen de preuve et la détermination de leur force probante et appliquent dans tous les cas les mêmes lois : les uns, la loi du lieu où les livres ont été tenus (Fœlix, *op. cit.*, 4e édit., t. Ier, n. 238, p. 461; Laurent, *Droit civ. int.*, t. VIII, p. 65 et suiv.); d'autres, la *lex fori* (Mittermaier, *Archiv für civ. Praxis*, t. XIII, p. 316); d'autres, la loi du lieu du contrat (Asser et Rivier, *op. cit.*, n. 94, p. 190; Alb. Rolin, *op. cit.*, t. III, n. 1018 et 1019). Enfin on a proposé diverses combinaisons destinées à faire les parts de chacune de ces lois. V. en sens divers, Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 3e édit., t. III, n. 88, 89; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., n. 450, p. 551; de Bar, *Theorie und Praxis*, 2e édit., t. II, n. 398, p. 382.]

(1) [Alger, 7 mars 1898, D. P., 99. 2. 106; J. C., 1898, p. 1102; Fœlix et Demangeat, *op. cit.*, 4e édit., t. I, n. 126, p. 277; Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 147 et suiv.; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., n. 414, p. 107; Audinet, *op. cit.*, 2e édit., n. 412, p. 313; Weiss, *Traité*, t. V, p. 46; art. 10, Code civil italien, dispositions générales; art. 11, § 1er, projet de révision du Code civil belge; art. 15, projet de Code civil brésilien de 1902, *Zeitsch. für int. Privatrecht*, 1903, p. 195. — Suivant la remarque pénétrante de M. Bartin (*Etude sur les effets internationaux des jugements*, 1re étude, *De la compétence du tribunal étranger envisagée comme condition de l'exequatur du jugement étranger*, J. C., 1904, p. 5-6), pour déterminer le tribunal qui doit connaître d'une affaire, il faut résoudre successivement ces trois questions : 1° Aux tribunaux de quel Etat doit-on demander justice? C'est la question de compétence générale (dans le langage de M. Bartin) ou internationale; 2° A quel ordre de juridictions au sein de cet Etat faut-il s'adresser? C'est la compétence *ratione materiæ;* 3° Etant connu l'ordre de juridictions à saisir, par exemple le tribunal civil, devant lequel des tribunaux civils du pays (en France, devant lequel des trois cent soixante-trois tribunaux civils) doit-on intenter son action? C'est la compétence *ratione personæ* ou *ratione loci*, dit-on souvent. Or, les tribunaux commettent plus d'une fois des erreurs en ne distinguant pas nettement ces trois ordres de compétence. V. Paris, 9e ch., 18 juin 1907, J. C., 1908, p. 138 et la note de M. Perroud.]

varient, en effet, beaucoup sur ces points; c'est ainsi que le code de commerce italien de 1882, art. 3, répute acte de commerce le fait d'acheter des immeubles pour les revendre, tandis que chez nous on décide généralement le contraire.

On a dit que le caractère commercial d'une opération est d'ordre public par les conséquences qu'il entraîne, notamment pour la faillite, la compétence, la patente, et qu'il doit être toujours déterminé par la *lex fori*. Cette solution est fondée quand il s'agit des conséquences intéressant l'ordre public, comme celles qui viennent d'être indiquées, spécialement de la compétence *ratione materiæ*, de la pénalité pour le faux en écriture commerciale, de l'enregistrement des actes de commerce d'après la loi du 11 juin 1899. Nous verrons, au contraire, que les contrats sont régis, au point de vue de leurs effets en général, par la loi à laquelle les parties se sont référées et qui est, ordinairement, la loi du lieu du contrat, par exemple pour savoir si l'acte entraîne la solidarité de tous les obligés, comme nombre de lois le décident lorsqu'il est commercial, pour faire courir les intérêts de plein droit, etc. (1).

Quant à la qualité de commerçant, elle est, en principe, fixée par la loi du pays où le commerce est exercé, sauf à s'en tenir à la *lex fori* quand il s'agira des conséquences intéressant l'ordre public, en particulier l'application des règles de la faillite et la compétence des tribunaux de commerce.

Mais des règles particulières sont établies dans la plupart des législations pour fixer la compétence dans les procès où des étrangers sont engagés : ce sont des dérogations au droit commun qui vont être indiquées, surtout au point de vue de la loi française. Il ne s'agit d'ailleurs que de la compétence en matière personnelle et mobilière, car, en matière réelle et immobilière, le principe est toujours le même, quelle que soit la nationalité des parties : la compétence se détermine par la situation de l'immeuble objet du litige (arg. 59, al. 3 Pr. civ.). Pour les actions mixtes, on applique, soit cette règle, soit celles qui vont être indiquées pour la compétence en matière personnelle, suivant que l'on envisage l'action comme réelle ou comme personnelle (art. 59, alin. 4 Pr. civ.) (2).

(1) Cpr. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit comm.*, t. I, n. 183; Levillain, J. C., 1896, p. 41; de Boeck, D. P., 1890. 2. 253; Cour de Gand, J. C., 1890, p. 720.

(2) Bonfils, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, 1865; Gerbault, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale*, 1883; Moulier, *De la compétence des tri-*

La question ainsi restreinte aux actions personnelles et mobilières, il y a lieu de distinguer deux cas : contestations entre Français et étrangers, contestations entre étrangers seulement.

Mais, au préalable, il faut résoudre la question de savoir quelle est l'influence que le changement de nationalité des parties peut avoir sur les règles de compétence, étant donnée la différence de situation, à ce point de vue, entre les nationaux et les étrangers. D'une manière générale, on décide en jurisprudence qu'une fois l'instance engagée, il n'est plus possible à l'une des parties de modifier la compétence en changeant de nationalité, par exemple de dessaisir un tribunal français en se faisant naturaliser à l'étranger, le demandeur étant lui-même étranger, et nos tribunaux se déclarant en principe incompétents, comme nous le verrons, dans les contestations qui s'élèvent exclusivement entre étrangers. Pour justifier cette solution, on dit que l'autre partie a un droit acquis à la compétence telle qu'elle est fixée au début du procès, et que ce droit acquis ne peut lui être enlevé par un fait personnel de l'adversaire, pas plus que ce dernier ne peut, s'il est défendeur, changer la compétence pour une action personnelle ou mobilière en transportant son domicile dans un lieu autre que celui où il a été primitivement assigné. Du reste, ajoute-t-on, le changement de nationalité par la naturalisation n'a pas d'effet rétroactif, ni pour celui qui l'opère, ni pour les tiers; il laisse donc intactes les situations acquises. Cependant, suivant certaines décisions, on n'écarterait, en pareil cas, l'influence du changement de nationalité que si la naturalisation était obtenue frauduleusement et uniquement en vue de se soustraire à la juridiction déjà saisie (1).

Il est exagéré d'assimiler le changement de nationalité à celui du domicile; dans ce dernier cas, le tribunal déjà saisi reste compétent, parce qu'il ne s'agirait que d'aller devant un autre tribunal du même pays : mais, quand il y a changement de nationalité,

bunaux français à l'égard des étrangers d'après le projet de réforme du Code de Proc. civ., J. C., 1893, p. 331; Ch. Lachau, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, 1893.

(1) V. Cass., 19 juillet 1875, S., 75. 1. 289; 4 février 1891, affaire de Bari, J. C., 1891, p. 171; 4 janv. 1893, J. C., 1895, p. 92; 16 juillet 1894, aff. Menabrea, J. C., 1894, p. 1023; [Trib. civ. Seine, 1re ch., 6 juin 1905, J. C., 1907, p. 354 : il a été jugé que deux défenderesses, devenues françaises au cours de l'instance par leur mariage, pouvaient demander la caution *judicatum solvi* de l'étranger demandeur, ce que ne pouvaient faire l'un des demandeurs et l'une des défenderesses demeurés étrangers.]

il peut en résulter un droit nouveau permettant de réclamer la compétence des juridictions de l'Etat auquel on appartient désormais. Sans doute la naturalisation n'a pas d'effet rétroactif, mais elle donne au naturalisé une situation nouvelle dont il peut se prévaloir. Il n'y a pas d'ailleurs de droit acquis pour l'autre partie à maintenir l'ancienne compétence, puisque tout le monde reconnaît que, en cas d'annexion, dont l'effet n'est pas davantage rétroactif, les règles de compétence sont modifiées, même pour les procès déjà engagés (1). C'est du reste ce qui a été consacré dans la convention de Francfort du 11 décembre 1871, art. 3, comme nous le verrons en étudiant l'influence de l'annexion sur les jugements rendus dans les pays annexés.

§ I. *Contestations entre Français et étrangers.*

174. Distinguons suivant que l'étranger est demandeur ou défendeur.

I. Etranger demandeur.

175. Un étranger peut assigner un Français devant les tribunaux de France, même pour des obligations contractées en pays étranger (art. 15 C. civ.). Cette règle, de droit commun en général, est une dérogation à ce droit quand le Français est domicilié à l'étranger où il devrait, alors, être assigné : elle s'explique, dans ce cas, par la préférence donnée systématiquement aux tribunaux français, suivant l'esprit qui domine l'exception consacrée dans l'art. 14 C. civ. Malgré les termes, en apparence restrictifs, de l'art. 15, tout le monde reconnaît que sa disposition s'applique quelle que soit la cause de l'obligation du Français envers l'étranger, qu'elle vienne d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit (2). L'art. 15 est du reste applicable contre tout individu qui est Français au moment où l'action est née, ne l'aurait-il pas été avant ou après (3). La loi n'exige pas que le Fran-

(1) Grenoble, 27 janv. 1823, et Cass., 14 avril 1818, S. chr.

(2) Pau, 14 février 1882, S., 84. 2. 159. [L'art. 15 peut, le cas échéant, être invoqué entre deux Français, dont l'un aurait contracté envers l'autre une obligation. Lyon, 17 octobre 1886, J. C., 1887, p. 186; Bordeaux, 7 mars 1893, J. C., 1893, p. 354; Trib. civ. Rodez, 12 août 1903, *Pand. franç.*, 1904. 5. 13; J. C., 1904, p. 365; Trib. Genève, 6 juin 1894, S., 1897. 4. 20; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., p. 482, note 2; de Vareilles-Sommières, *Synth. du dr. int. pr.*, t. I, n. 617, p. 378.]

(3) Cass., 4 février 1891, S., 91. 1. 449; Paris, 14 mars 1895, D. P., 95. 2. 231.

çais défendeur soit domicilié en France, ni que la faculté réciproque soit accordée aux Français dans le pays auquel appartient l'étranger. L'art. 15 s'appliquerait donc, même si la loi du pays étranger refusait aux Français la faculté d'assigner les nationaux de ce pays devant leurs tribunaux. Mais l'étranger demandeur ne pourrait pas se prévaloir en France des avantages particuliers que donne aux demandeurs la loi de son pays, cette loi les accorderait-elle aux plaideurs français.

Quand un étranger assigne un Français conformément à l'art. 15, il doit se soumettre aux règles ordinaires de compétence pour la désignation du tribunal devant lequel l'action doit être portée (art. 59 et 420 Pr. civ.). Ainsi un Français établi dans une Echelle du Levant doit être assigné devant le tribunal consulaire français de son domicile (1). Remarquons enfin que, d'après l'opinion qui l'emporte aujourd'hui, le Français peut renoncer à la compétence du tribunal de notre pays et se laisser assigner devant un tribunal étranger, soit par convention formelle, soit d'une manière tacite; dans ce dernier cas, les tribunaux apprécient en fait les circonstances qui peuvent faire présumer cette renonciation à l'art. 15 (2).

176. Caution judicatum solvi (3). — Pour éviter que l'étranger demandeur, qui souvent n'a pas de biens en France, ne puisse se soustraire au paiement des frais et des dommages et intérêts s'il perd son procès, la loi (art. 16 C. civ. et 166 Pr. civ.) l'astreint à fournir la caution *judicatum solvi*. Cette caution, bien que généralement admise dans les lois des différents pays, n'est peut-être qu'un reste de la vieille méfiance envers les étrangers : elle tend à disparaître dans les législations les plus récentes; elle a été supprimée, par exemple, en Italie (4).

Sans entrer dans tous les détails d'une matière qui est réglée par le droit positif interne de la France, il suffira de rappeler sommairement les règles générales qui la concernent.

La caution ne répond que des frais et des dommages et intérêts dus pour une attaque injuste ou imprudente. Encore ne s'agit-il

(1) Marseille, 21 mai 1875, J. C., 1876, p. 271; Cass., 11 mai 1897, *Gaz. des Trib.*, 13 mai et J. C., 1898, p. 106.

(2) Cass., 13 août 1879, D., 80. 1. 85; Cass., 13 mars 1889, *Le Droit*, 24 mars 1889.

(3) V. De la Grasserie, *De la caution judicatum solvi*; J. C., 1898, p. 842; Mandy, *La caution judicatum solvi. Les étrangers devant la justice en droit intern. privé.*

(4) *Ann. de l'Institut de Droit intern.*, 1877, II, p. 44.

que des frais alloués au défendeur et non de ceux que ce dernier a pu faire pour son compte personnel, comme les honoraires d'avocat, ou qu'il a encourus par sa faute, comme l'amende de fol appel. [Le défendeur français, qui ne saurait être redevable des frais d'actes judiciaires enregistrés à l'occasion d'un procès qu'il n'a pas soulevé, n'est pas admis à réclamer l'appréciation de ces frais pour le calcul du montant de la caution *judicatum solvi*. Les droits de jugement sont poursuivis contre les parties (art. 37 de la loi du 22 frimaire an VII), c'est-à-dire contre celle qui bénéficie du jugement ou, s'il ne profite à personne, contre le demandeur seul qui a mis la justice en action (1).] La caution ne répond non plus que des dommages et intérêts correspondant à la demande principale et non aux autres, par exemple à une demande reconventionnelle du défendeur (Cpr. art. 16 C. civ., plus restrictif que l'art. 166 Pr. civ.) (2). De ce que la caution répond des dommages et intérêts qui viennent d'être indiqués et non pas seulement des frais, il devrait résulter qu'elle est due, à ce premier point de vue, par les étrangers qui ont obtenu l'assistance judiciaire en vertu d'un traité intervenu entre la France et leur pays; mais la plupart des conventions en dispensent d'une manière absolue tous ceux qui sont admis au bénéfice de l'assistance judiciaire (3).

Le jugement qui ordonne que la caution soit fournie fixe approximativement la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle doit s'engager (art. 167 Pr. civ.).

Tout étranger demandeur, principal ou intervenant, doit la caution. Mais l'étranger n'est pas demandeur et ne doit pas la caution, bien qu'il commence la procédure, quand il se défend contre une attaque, par exemple en demandant la validité d'une surenchère qu'il a faite, ou la levée d'une opposition ou d'une saisie pratiquée contre lui (4). Le défendeur est exempt de la caution, par cette raison, dit-on habituellement, que la défense est de droit naturel : comme si la réclamation de son droit n'était pas aussi de droit naturel! Peut-être cette différence s'explique-t-elle par cette idée que le défendeur est réputé libre d'obligation

(1) [Aix, 1re ch., 7 juillet 1905, réformant le jugement du Trib. de comm. de Marseille du 7 avril 1904, J. C., 1908, p. 476.]

(2) Trib. comm. Seine, 18 mars 1898, J. C., 1900, p. 333.

(3) V. notamment Conv. avec l'Allemagne, du 20 février 1880; avec l'Autriche, du 14 mai 1879; avec l'Italie, du 19 février 1870.

(4) Nancy, 6 déc. 1889, *Rev. prat. de droit intern. privé*, 1890-1891, I, p. 69; Bordeaux, 3 mars 1880, *Journ. des Arrêts de Bordeaux*, 1880, p. 78.

jusqu'à sa condamnation, ou que l'on suppose plus facilement une demande vexatoire qu'une résistance non justifiée. Du reste, le défendeur qui fait appel continue sa défense et ne doit pas la caution devant la seconde juridiction.

L'étranger demandeur en premier ressort qui fait appel doit la caution, sans qu'on puisse dire, lorsque la caution n'a pas été exigée en première instance, qu'il y a renonciation tacite de la part du défendeur à jamais la réclamer. Le défendeur a pu se montrer peu rigoureux pour les frais de minime importance et demander des garanties à raison de l'augmentation de ces frais par suite de l'appel interjeté par le demandeur (1). Dans tous les cas, les voies de recours extraordinaires, comme le pourvoi en cassation, constituent de nouvelles instances dans lesquelles la caution est exigible.

La caution est due en toute matière, même devant les tribunaux administratifs (2) et pour les actions civiles portées devant les tribunaux répressifs (3). L'art. 16 C. civ. établissait une seule exception en matière commerciale, pour des motifs d'ordre économique bien connus. Mais la loi du 5 mars 1895 l'a supprimée; il en est résulté des représailles fâcheuses en pays étrangers où les commerçants français étaient généralement dispensés de la caution, notamment en Allemagne (4). On aurait pu écarter les inconvénients résultant de la dispense de caution en matière commerciale, en la maintenant, sous la condition de la réciprocité législative, comme elle est maintenue dans le cas de réciprocité diplomatique (art. 11 C. civ.). [Heureusement, la caution *judicatum solvi* a été écartée, dans les rapports entre les ressortissants de la plupart des Etats d'Europe, par la convention de la Haye du 14 novembre 1896, remplacée aujourd'hui par celle du 17 juillet 1905 (V. ci-dessus, n. 176 *in fine* et n. 189).]

(1) Paris, 9 janv. 1884, J. C., 1884, p. 389; Nancy, 3 déc. 1895, J. C., 1897, p. 325; Paris, 15 fév. 1898, J. C., 1898, p. 717; *Contrà* Paris, 24 avril 1896, J. C., 1899, p. 344; Paris, 6 mai 1899, *Gaz. des Trib.*, 10 juin 1899.

(2) Avis du Conseil d'Etat, 23 janv. 1820.

(3) Cass., 18 fév. 1846, S., 46. 1. 320; *Contrà* Dijon, 13 juill. 1881, S., 84. 2. 3.

(4) J. C., 1895, p. 1161. [Il a été jugé que, pour l'exception de caution *judicatum solvi*, comme pour l'exception d'incompétence, le tribunal de commerce saisi du litige a pouvoir de statuer sur le fond du débat, alors même qu'il a rejeté l'exception proposée; *a fortiori*, il a la même faculté, s'il a accueilli cette exception et fixé le montant de la caution. En matière commerciale, l'appel du chef d'une exception n'est pas suspensif (art. 439 C. pr. civ. et 647 C. comm.). Trib. comm. Seine, 10 juill. 1907, J. C., 1908, p. 1117.]

Tout Français (1) et tout étranger autorisé à fixer son domicile en France (art. 13 C. civ.) ou en situation d'invoquer la réciprocité diplomatique (art. 11 C. civ.) peuvent exiger la caution.

En supposant résolue dans le sens de l'affirmative la question de savoir si les tribunaux français sont compétents dans les contestations entre étrangers, il y a lieu de se demander si le défendeur étranger peut exiger la caution du demandeur. On décide en général que cette faculté n'appartient pas à l'étranger défendeur, parce que l'art. 16 C. civ., qui la consacre, est placé au titre de la *jouissance des droits civils*, et ne se réfère qu'à ceux qui jouissent de ces droits, c'est-à-dire aux Français ou aux étrangers se trouvant dans les cas des art. 11 et 13 C. civ. De plus, dit-on, il y a lieu de protéger le Français contre l'insolvabilité de l'étranger qui ne possède peut-être rien en France, tandis qu'entre étrangers la situation à ce point de vue est parfaitement égale (2).

On commet une confusion en faisant de la faculté d'exiger la caution ce que l'on appelle un droit civil, c'est-à-dire un droit réservé aux nationaux : c'est plutôt la dispense de fournir la caution qui constituerait un droit de cette nature. De plus, dans l'ancien droit, on ne faisait pas de différence au point de vue de la faculté d'exiger la caution entre le défendeur étranger ou Français, et les codes civil (art. 16) et de procédure civile (art. 166) paraissent bien reproduire les mêmes errements, puisqu'ils n'indiquent aucune distinction entre les deux. Enfin, il semble peu juste de ne pas accorder aux défendeurs étrangers une garantie que l'on a jugée nécessaire pour les Français, alors que notre loi impose quelquefois aux étrangers la compétence des tribunaux

(1) [Un indigène musulman, né en Algérie, quoiqu'il soit sujet et non citoyen français, n'est pas tenu de fournir la caution tant que la preuve de son extranéité n'est pas rapportée. Just. de paix de Nogent-sur-Marne, 9 août 1907, J. C., 1908, p. 1116.]

(2) Cass., 15 avril 1842, S., 42. 1. 473; Paris, 27 juill. 1875, J. C., 1876, p. 357; Bordeaux, 27 juill. 1893, J. C., 1894, p. 186; Trib. comm. Seine, 13 nov. 1896, *Gaz. des Trib.*, 13 déc.; Paris, 13 avril 1899, J.C., 1899, p. 771; Paris, 16 avril 1902, J. C., 1903, p. 608; [Trib. civ. Seine, 6 juillet 1903, *Bull. prat. de dr. int. pr.*, 1903. 1. 273, *id.*, 6e ch., 13 nov. 1907, J. C., 1908, p. 1115 : une société étrangère admise à ester en justice en France, notamment une société anglaise autorisée à ester en justice en vertu de la convention franco-britannique du 30 avril 1862, n'a pas le droit d'opposer à tout plaideur étranger l'exception de caution *judicatum solvi*. Trib. civ. Anvers (ch. tempor.), 12 avril 1907, J. C., 1907, p. 1148; l'obligation de fournir caution est la condition de la faveur accordée aux étrangers par l'art. 16 C. civ. et concerne, par conséquent, le cas unique où le défendeur est indigène; *Sic* Weiss, *Traité*, t. V, p. 242-248.]

français, par exemple en matière réelle immobilière quand l'immeuble objet du litige est situé en France.

Il a été jugé qu'une société constituée en France d'après la loi française par des étrangers devait la caution; cette solution est erronée, car il faut considérer la nationalité de la personne morale qui est le vrai demandeur, et non celle des individus qui la composent (1).

C'est généralement par l'intervention d'un tiers s'engageant comme caution que l'étranger demandeur satisfait à l'obligation qui lui est imposée. La loi cependant accepte comme équivalents la consignation d'une somme fixée par le tribunal, ou un gage suffisant, ou enfin la possession en France de biens assez importants et libres (art. 16 C. civ., 167 Pr. civ., 2041 C. civ.). On pourrait même se contenter d'un droit d'usufruit ou de nue propriété sur des biens situés en France. Cependant le jugement qui constate que la valeur des biens offerts en garantie est suffisante n'emporte pas hypothèque, et, dans le silence de la loi, le défendeur ne pourrait pas exiger que cette hypothèque fût constituée.

On sait enfin que la caution *judicatum solvi* est demandée sous la forme d'une exception qui doit être présentée *in limine litis*, et même avant toute autre exception (art. 166 Pr. civ.) (2).

L'obligation de fournir la caution cesse pour les étrangers autorisés à fixer leur domicile en France (art. 13 C. civ.), et pour ceux qui peuvent invoquer la réciprocité diplomatique sur ce point (art. 11 C. civ.). Certains traités écartent formellement la caution *judicatum solvi* : avec l'Italie (24 mars 1760, art. 22), la Serbie (3),

(1) Trib. Seine, 26 mai 1884, J. C., 1885, p. 192; Périgueux, *ibid.*, 1891, p. 1183. — Cpr. S., 88. 2. 89.

(2) Trib. Nancy, 8 fév. 1886, et Trib. de la Seine, 2 juin 1886, J. C., 1888, p. 286 et 778.

(3) [Il n'en est pas de même du traité de commerce et de navigation franco-serbe du 23 décembre 1906-5 janvier 1907, qui n'assimile les ressortissants des deux pays respectifs aux nationaux qu'à certains égards (art. 3 et 10) et restreint la clause de la nation la plus favorisée à ce qui concerne le commerce et l'industrie (art. 4). Le traité franco-bulgare du 13 janvier 1906 en fait autant (art. 1er et art. 4). Il en est autrement du traité franco-roumain du 6 mars 1907, dont l'art. 2 stipule que les ressortissants de l'une des deux parties contractantes auront, dans le territoire de l'autre, « le droit, en se conformant aux lois du pays, d'ester en justice devant les tribunaux soit pour intenter une action, soit pour y défendre, *et à cet égard, jouissent de tous les droits* et immunités des nationaux... », J. C., 1907, p. 1236. Au surplus, la Roumanie ayant signé la convention de La Haye de 1896 et de 1905, il n'est pas douteux que les Roumains en France sont dispensés de la caution.]

(18 juin 1883, art. 5) (1), la Suisse (15 juin 1869, art. 13), le Mexique (27 novembre 1886, art. 3), l'Uruguay (23 mars 1885, art. 3). On interprète dans le même sens tous les traités qui contiennent, pour les nationaux respectifs des Etats contractants, la clause du libre et facile accès devant les tribunaux : Bolivie (9 décembre 1834, art. 3), Chili, 15 septembre, 1846, art. 3), Costa-Rica (12 mars 1848), Equateur (6 juin 1843, art. 4), Espagne (6 février 1882, art. 3), Guatémala (8 mars 1848, art. 4), Honduras (22 février 1856, art. 4), Nicaragua (11 avril 1859, art. 4), Nouvelle-Grenade (15 mai 1856, art. 4), Paraguay (4 mars 1853, art. 9), Pérou (9 mars 1861, art. 3), Portugal, (9 mars 1853, art. 1) (2), Russie (1er avril 1874, art. 2, et conv. des 15 juin-27 juillet 1896) (3), Saint-Domingue (8 mai 1852, art. 3), San-Salvador (2 janvier 1858, art. 4), Iles Sandwich (29 octobre 1857, art. 4). — Pour les traités qui contiennent la clause de la nation la plus favorisée, il faut apprécier, d'après l'objet de ces traités, s'ils se réfèrent à la condition générale des étrangers, ou si la faveur qu'ils contiennent doit être restreinte à la question particulière en vue de laquelle ils ont été conclus (4).

Nous pensons aussi que, en l'absence de disposition formelle, les traités de faveur relatifs à la propriété littéraire, artistique commerciale ou industrielle, tels que les traités généraux du

(1) [Trib. comm. Seine, 21 août 1901, J. C., 1904, p. 342.]

(2) La question de savoir si ce traité n'est pas abrogé par des traités postérieurs est discutée, mais la jurisprudence l'applique toujours : Trib. Seine, 8 mars 1890, J. C., 1890, p. 281. Depuis, par la dénonciation du traité de commerce en 1892, les Portugais sont astreints à la caution (V. J. C., 1897, p. 584). [Cpr., sous le régime de la convention de La Haye de 1896, Trib. Seine, 3 mai 1900, J. C., 1901, p. 345.]

(3) Sous l'empire de la convention de 1874, on avait jugé que cette convention ne donnait que le libre accès en justice sans dispenser de la caution. Mais la convention de 1896 écarte formellement la caution (V. erreur du trib. de la Seine du 12 juin 1900, *Gaz. des Trib.*, 29 juin 1900).

(4) Bastia, 29 avril 1873, D. P., 73. 3. 79; Trib. Seine, 10 mai 1883, J. C., 1883, p. 610; Cpr. J. C., 1886, p. 583. — Ainsi l'art. 11 du traité de Francfort, considéré comme ne visant que les droits de douane, n'écarterait pas la caution par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée : Paris, 6 mai 1899, *Gaz. des Trib.*, 10 juin 1899; Reichsgericht, 15 déc. 1896, J. C., 1897, p. 156; Trib. comm. Seine, 26 juin 1896, *ibid.*, 1898, p. 716; [Cpr. en ce qui concerne l'art. 14 C. civ., Trib. comm. Seine, 27 novembre 1908 et Paris, 4e ch., 27 nov. 1908, J. C., 1908, p. 460. Cpr. Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, 3e édit., t. I, n. 409 *bis*, p. 455. Mais depuis la convention de La Haye de 1896, la dispense de la caution est acquise aux Allemands en France. Trib. comm. Saint-Etienne, 5 février 1902, J. C., 1902, p. 553.]

20 mars 1883 et du 9 septembre 1886, ne dispensent pas, par eux-mêmes, les étrangers de l'obligation de fournir la caution. Il en est de même des traités relatifs à l'exécution des jugements (1). — La convention de Berne du 14 déc. 1890, art. 56, sur les transports internationaux par chemins de fer, écarte la caution pour les procès relatifs au contrat de transport (2).

D'autres traités ne dispensent de la caution *judicatum solvi* que les étrangers admis au bénéfice de l'assistance judiciaire : conventions avec l'Allemagne, du 20 février 1880; l'Autriche-Hongrie, 14 mai 1879; la Bavière, 11 mars 1870; le Luxembourg, 22 mars 1870; la Belgique, 22 mars 1870.

[Un assez grand nombre de ces traités font aujourd'hui double emploi avec la convention de La Haye du 17 juillet 1905, à laquelle ils n'ajoutent aucun bénéfice nouveau. Cette convention, qui a remplacé celle du 14 novembre 1896, confirme, en substance, les prescriptions de sa devancière, mais en précisant certains points importants. L'art. 17 de la convention contient une clause nouvelle concernant les versements exigés des demandeurs ou intervenants pour garantir les frais judiciaires. Ces versements, qui sont triplés aux termes de la législation allemande lorsque le demandeur est étranger, pouvaient ne pas être considérés comme une véritable caution *judicatum solvi;* et c'est à la demande, très loyale, de la délégation allemande, qu'ils ont été expressément visés. En ce qui concerne les facilités apportées au recouvrement des frais de justice à l'étranger, corollaires indispensables de la dispense de caution, la convention de 1905 établit le principe de la voie diplomatique, sauf entente contraire, et la gratuité de l'*exequatur* donné au jugement rendu dans le pays requérant. Enfin, alors que la convention de 1896 se bornait à énumérer les points sur lesquels devait se porter l'examen de l'autorité saisie d'une demande d'*exequatur*, la convention de 1905 entre dans plus de détails à la fois sur la procédure de cette décision judiciaire et sur les moyens qu'emploieront les intéressés pour prouver que la décision rendue est passée en force de chose jugée dans le pays d'où elle émane. La dispense de la caution *judicatum solvi* ne se justifie que si le défendeur qui gagne son

(1) Trib. Seine, 4 février 1888, et de Bruxelles, 28 décembre 1887, *Le Droit,* 16 février 1888; Nancy, 16 juin 1877, S., 78. 2. 15.

(2) [Cet art. 56 n'a pas été modifié par la deuxième convention additionnelle du 19 septembre 1906, promulguée en France par le décret du 17 octobre 1908 (*J. off.* du 24 octobre).]

procès a un moyen facile de rentrer dans les frais pour lesquels on l'a privé de la garantie légale du droit commun (1).]

[La Convention de 1896, qui a cessé d'être en vigueur le 26 avril 1909, a été appliquée en ce qui concerne la caution *judicatum solvi* par les tribunaux respectifs des pays signataires. Ainsi, il a été jugé que les Belges en France sont affranchis de cette caution par la convention franco-belge du 22 mars 1870, par celle du 8 juillet 1899 et par la Convention de La Haye du 14 novembre 1896, dont la Belgique et la France étaient signataires, comme elles le sont aujourd'hui de la convention du 17 juillet 1905 (2); que l'art. 11 de la convention de 1896 dispense de cette même caution une femme devenue Hollandaise par son mariage, quoiqu'elle réside à Berlin, séparée de fait de son mari avec lequel elle est en instance de divorce, la convention ayant été signée par l'Allemagne, les Pays-Bas et la France (3); qu'aux termes de cette même convention, le domicile et même la résidence en France suffit pour que l'exception de caution *judicatum solvi* ne puisse être opposée à l'étranger dont le pays (la Hollande) est signataire de la convention (4).]

II. Etranger défendeur.

177. D'après l'art. 14 C. civ., l'étranger débiteur d'un Français peut toujours être assigné devant les tribunaux français. Dans le projet primitif du code, cette règle n'était établie que lorsqu'il s'agissait de dettes contractées en France, ou quand, la dette ayant été contractée à l'étranger, le débiteur se trouvait sur le territoire français; mais toute distinction a été effacée, et l'art. 14 s'applique dans tous les cas. Ce texte déroge, comme on le voit, à cette règle de droit commun, qui est en même temps un principe d'équité : *actor sequitur forum rei.*

On a essayé de justifier cette exception en disant qu'elle est la conséquence naturelle de l'art. 15 C. civ., d'après lequel les étrangers peuvent assigner les Français en France. Mais on n'a pas pris garde, sans doute, que l'art. 15 n'est en principe que l'application

(1) [*Exposé des motifs,* Sénat, 1908, sess. extr., n. 343, Annexe au procès-verbal de la séance du 10 décembre 1908, p. 10-11, et *J. off.,* Sénat, 1908, sess. extr., *Doc. parl.,* p. 505.]

(2) [Trib. civ. Mirande, 29 décembre 1905, J. C., 1908, p. 458.]

(3) [Trib. civ. Seine, 1re ch. suppl., 11 janvier 1907, J. C., 1907, p. 749.]

(4) [Trib. comm. Marseille, 24 octobre 1906, J. C., 1907, p. 354 et la note. — Cpr. Clunet, *Tables générales,* t. III, vo *Caution judicatum solvi;* p. 292.]

du droit commun, tandis que l'art. 14 en est l'exclusion au préjudice des étrangers.

Aussi est-on à peu près unanime pour reconnaître que la disposition de l'art. 14 n'est qu'un reste de l'ancienne rigueur contre les étrangers, et de la méfiance que l'on avait envers la juridiction des autres Etats à laquelle on voulait soustraire les nationaux. Aujourd'hui, cette méfiance n'a plus sa raison d'être, étant donnée la façon dont la justice est organisée dans les pays civilisés; et, dans ceux où des craintes pourraient être fondées relativement à l'impartialité et à la science juridique des magistrats, des précautions ont été prises par l'attribution du pouvoir judiciaire aux consuls : c'est ce qui a été fait, comme on l'a déjà vu, dans les pays orientaux. Aussi la disposition de l'art. 14 C. civ. amène-t-elle des mesures de rétorsion dans les autres pays au préjudice des Français (1). Comme règle générale, on applique à peu près partout la maxime de droit commun : *actor sequitur forum rei*, sauf dans quelques cas exceptionnels où l'étranger est soumis à la juridiction du national demandeur. L'art. 14 de notre code civil n'est reproduit tel quel que par de rares législations (art. 127 du C. de pr. civ. des Pays-Bas et art. 13 C. civ. Roumanie). Même la Belgique, qui nous a emprunté notre code civil, a admis que les débiteurs étrangers des Belges seraient assignés, sauf quelques cas exceptionnels, devant les tribunaux de leur pays, pourvu que la loi des étrangers reconnaisse le même droit aux débiteurs belges. Le nouveau projet de code de procédure français, dans son art. 9, supprime la disposition de l'ancien art. 14; il ne laisse subsister la dérogation au droit commun contre les étrangers que lorsque ces derniers n'ont ni domicile ni résidence en France et que, d'après la loi de leur pays, les tribunaux de l'Etat auquel ils appartiennent sont incompétents, ou lorsque, dans les mêmes conditions, un Français pourrait être assigné par les étrangers devant les tribunaux de leur pays.

178. L'iniquité (2) même de la disposition contenue dans l'art. 14 C. civ. doit conduire à la restreindre le plus possible. Aussi, considérant qu'elle constitue un privilège dont les Français sont libres de ne pas se prévaloir, admet-on qu'un créancier est

(1) Art. 105 Code de pr. civile italien; rétorsion appliquée par la Cour de cass. de Turin, J. C., 1874, p. 177; [Astuni, *De l'exécution en Italie des jugements français rendus en vertu de l'art. 14,* J. C., 1904, p. 529; note sous Rennes, 3 février 1905, J. C., 1908, p. 1126.]

(2) [Pillet, *Principes,* p. 230; Weiss, *Traité,* t. V, p. 64.]

réputé y avoir renoncé toutes les fois qu'il a assigné son débiteur étranger devant les tribunaux de son pays, sauf aux magistrats français à apprécier si l'instance est suffisamment engagée devant la juridiction étrangère, pour qu'on puisse en induire l'intention de la part du créancier de ne pas invoquer l'art. 14 C. civ. (1). L'art. 14 n'étant pas d'ordre public, on peut y renoncer à l'avance (2); mais, s'il y a renonciation, le tribunal ne se déclare pas incompétent d'office; l'incompétence doit être soulevée par l'intéressé, et *in limine litis*, comme incompétence *ratione personæ* (3). Toutefois, la jurisprudence atténue considérablement la portée de cette règle, en décidant qu'on ne peut supposer chez le créancier la renonciation au bénéfice de l'art. 14 C. civ. quand l'assignation qu'il a faite devant la juridiction étrangère était nécessitée par les circonstances, par exemple par l'impossibilité d'obtenir une condamnation efficace en France, le défendeur n'y possédant rien (4). *A fortiori*, la renonciation à l'art. 14 n'est pas présumée si le Français a plaidé comme défendeur, même s'il a fait appel et conclu au fond devant une cour étrangère; on lui reconnaît le droit d'assigner en France, pour des demandes reconventionnelles ou autres se référant au procès, les aurait-il déjà portées à l'étranger (5). Il semble plus juste de dire que l'option faite par le créancier pour la juridiction étrangère est toujours motivée par une raison d'intérêt, et que si l'on ne voit pas dans cette option, quelle que

(1) Cass. req., 9 décembre 1878, J. C., 1879, p. 179; Cass., 16 mars 1885, *Le Droit,* 29 août 1885; Cass. req., 1er juillet 1896, J. C., 1896, p. 840; [Trib. comm. Seine, 19 août 1903, J. C., 1904, p. 898; Cpr. Trib. civ. Seine, 3e ch., 15 novembre 1907, p. 1123; Trib. comm. Lyon, 5 juin 1908, J. C., 1909, p. 463 et la note. La question de litispendance (art. 171, Pr. civ., qui vise uniquement deux ou plusieurs actions portées à la fois devant deux ou plusieurs tribunaux français), n'a rien à voir ici, quoique les deux dernières décisions citées s'en préoccupent en sens différents. V. Cass. précité, 13 février 1882 et 1er juillet 1896; Surville, observations sur Trib. civ. Seine, 18 janvier 1902, *Rev. crit.,* 1903, p. 149; Weiss, *Traité,* t. V, p. 222.]

(2) [Trib. comm. Seine, 17 juin 1907, J. C., 1908, p. 170 et la note de M. Perroud; Douai, 2e ch., 2 décembre 1905, J. C., 1906, p. 356 et la note.]

(3) Paris, 8 novembre 1865, S., 66. 2. 147; *id.,* 17 juin 1896, *Gaz. des Trib.,* 10 janvier 1897.

(4) Cass., 13 février 1882, S., 82. 1. 341; D. P., 82. 1. 129, J. C., 1896, p. 190; [14 mars 1883, S., 83. 1. 259; D. P., 83. 1. 377; 16 mars 1885, S., 85. 1. 313; D. P., 86. 1. 103; 1er juillet 1896, S., 1900. 1. 355; 13 janvier 1867, J. C., p. 1014; 12 avril 1897, S., 1900. 1. 356; Trib. Seine, 26 nov. 1901, *Bullet. prat. de dr. int. privé,* 1903. 1. 179.]

(5) Trib. Seine, 27 fév. 1884, J. C., 1884, p. 390; Paris, 3 juill. 1884, *ibid.,* 1884, p. 626; Paris, 26 janv. 1891; Orléans, 28 nov. 1896, J. C., 1897, p. 326.

soit la circonstance qui l'ait provoquée, une renonciation implicite à invoquer la compétence des tribunaux français, jamais cette renonciation ne pourra être présumée.

La renonciation à l'art. 14 peut être expresse, sous forme d'attribution de compétence à un tribunal étranger, et elle ne doit pas être confondue avec la clause compromissoire qui consiste à imposer l'arbitrage sans que ni les arbitres, ni le litige soient désignés à l'avance, clause qui est considérée comme nulle (art. 1006 Pr. civ.). D'ailleurs la clause compromissoire peut produire effet quand on traite avec des étrangers et que cette clause est valable d'après la loi du pays où elle doit produire ses effets (1).

Bien que le texte de l'art. 14 C. civ. ne semble établir de dérogation au droit commun qu'à propos des *obligations contractées*, il ne faut pas restreindre sa portée aux actions résultant des obligations conventionnelles : la loi a statué *de eo quod plerumque fit*, et on ne verra pas de bonne raison pour distinguer entre les sources des diverses actions, contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits, au point de vue de la compétence (2). On décide aussi, dans la pratique, qu'un Français peut assigner en partage son cohéritier étranger devant les tribunaux français, lorsque la succession s'est ouverte en pays étranger, malgré l'art. 59, n. 6 Pr. civ. qui donne compétence en pareil cas au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte (3). D'une façon générale, on considère que les dérogations à la compétence du droit commun contenues dans les art. 59 et 420 Pr. civ. ne s'appliquent qu'en cas de contestation entre Français et qu'à l'égard des étrangers, l'art. 14 reprend son empire. [L'art. 14 C. civ. a trait visiblement, de l'aveu de tous, à la compétence internationale. D'après notre jurisprudence, l'art. 420 Pr. civ. vise tantôt la compétence interne, tantôt la compétence internationale : il sera considéré comme un texte de compétence interne, lorsque les juridictions françaises sont compétentes, soit parce que le procès n'offre aucun élément international, soit parce que la compétence française résultant

(1) Cass., 24 août 1869, S., 70. 1. 201; Cass. req., 22 mai 1883, *Le Droit,* 25 mai 1883; V. Paris, 18 mars 1885; J. C., 1886, p. 580. V. Cohendy, D. P., 88. 2. 49. — [*Adde* Cass., 4 nov. 1891, *Rev. prat. de droit int. privé,* 1891, p. 214; Rouen, 10 août 1892, J. C., 1892, p. 1154; 5 août 1896, J. C., 1897, p. 523; Paris, 25 janv. et 28 juin 1899, J. C., 1899, p. 995 et 1906, p. 128; trib. comm. Seine, 4 oct. 1899, et Paris, 15 nov. 1900, J. C., 1901, p. 132.]

(2) Cass., 12 août 1872, S., 72. 1. 323.

(3) Paris, 1er fév. 1836, S., 36. 2. 173.

d'un texte formel (art. 14 ou art. 15 C. civ.), il s'agit seulement de rechercher quel est le tribunal français compétent. L'art. 420 Pr. civ. déterminerait, au contraire, la compétence internationale, quand les art. 14 et 15 C. civ. sont écartés, soit par un traité, soit par l'extranéité des deux plaideurs (1). Nous croyons que, dans tous les cas et invariablement, l'art. 420 Pr. civ. ne tranche qu'une question de compétence interne.] Il a été jugé, cependant, que la société étrangère doit être assignée à son siège social à l'étranger, en écartant l'art. 14, ce qui paraît plus conforme à l'esprit général des art. 59 et 420 Pr. civ. (2).

La généralité des termes de l'art. 14 doit conclure à l'appliquer même dans les actions d'état introduites par un Français contre des étrangers (3).

Un Français peut-il se prévaloir de l'art. 14 C. civ., quand il est cessionnaire de la créance qu'avait un étranger contre un autre?

Dans la pratique, on distingue. Si la créance est cessible par les modes commerciaux, par exemple par endossement, on se prononce pour l'affirmative, parce que le débiteur doit s'attendre à changer de créancier et sait bien qu'il ne peut invoquer à l'égard du dernier porteur de la créance que les moyens de défense et les exceptions qu'il a contre lui personnellement (4). Si la créance est civile et transmissible par la cession ordinaire, le débiteur pourra objecter au cessionnaire qu'il ne peut avoir que les droits à lui cédés par l'ancien créancier : or ce dernier était étranger et ne pouvait invoquer l'art. 14 (5).

(1) [Clunet, *Tables générales,* t. III, v° *Compétence,* p. 364 et v° *Compét. comm.,* p. 432; IV, v° *Litispendance,* p. 45. — En sens contraire, Douai, 2 déc. 1905, J. C., 1907, p. 353; même solution en ce qui concerne la non-application de l'art. 420 Pr. civ. au traité franco-belge de 1899, Trib. comm. Seine, 10 mars 1905, J. C., 1908, p. 1109, et au traité franco-suisse de 1869, Montpellier, 16 fév. 1906, J. C., 1907, p. 361. — V. note sous Trib. comm. Lyon, 5 juin 1908, J. C., 1909, p. 463.]

(2) Paris, 11 juill. 1890, *Rev. prat. de droit int. privé,* 91. 1. 316.

(3) Cass., 12 nov. 1872, S., 73. 1. 17; Cass., 10 juil. 1848, S., 48. 1. 529; J. C., 1881, p. 173, note; Cass., 13 déc. 1865, S., 66. 1. 157; Cass., 22 déc. 1874, J. C., 1874, p. 433; Paris, 1er août 1894, J. C., 94, p. 997; [Trib. Seine, 13 déc. 1898, J. C., 1902, p. 578; Montpellier, 19 fév. 1900, J. C., 1900, p. 955. V. aussi Duguit, J. C., 1885, p. 355; Weiss, *Traité,* t. V, p. 207.]

(4) Cass., 18 août 1856, S., 57. 1. 586.

(5) Cass., 26 janv. 1833, S., 33. 1. 100; Paris, 27 mars 1835, S., 35. 2. 218; Cass., 12 août 1872, D., 72. 1. 293; 5 nov. 1873, J. C., 1875, p. 114; J. C., 1895, p. 817 et 1896, p. 596; même distinction en Allemagne, Trib. supér. de comm. de Leipzig, J. C., 1874, p. 195. [Cpr. Trib. civ. Seine, 13 déc. 1901, J. C., 1902, p. 563 et les observations de M. Surville, *Rev. crit.,* 1903, p. 148.]

La première solution relative aux créances commerciales est admise par tout le monde : elle est la conséquence des principes généraux relatifs à la cession des créances de cette nature. Mais, pour les créances civiles, on a dit que l'art. 14 pouvait être invoqué par le cessionnaire français toutes les fois que le débiteur étranger réside en France, parce qu'il est impossible qu'un Français ne puisse pas obtenir justice devant les tribunaux de son pays.

Il faut aller plus loin et décider que le cessionnaire français peut toujours assigner le débiteur en France. Quelle que soit, en effet, la nature de la créance, il s'agit toujours d'un Français créancier d'un étranger : donc, d'après les termes très généraux de l'art. 14, les tribunaux français deviennent compétents. D'ailleurs, quelque critiquable qu'elle soit, on ne peut nier que la disposition de l'art. 14 a pour but de soustraire toujours les Français à la juridiction étrangère. On objecte, il est vrai, en ce qui concerne les créances civiles, que le débiteur a un droit acquis à ne pas être soustrait à ses juges naturels, puisqu'il a pour créancier un étranger, et que, par conséquent, le cessionnaire français ne peut lui enlever ce droit. Mais la compétence d'un tribunal ne constitue jamais un droit acquis pour les parties; une loi nouvelle peut la faire cesser, et l'on voit tous les jours les créanciers obligés d'assigner leur débiteur à un nouveau domicile, bien éloigné parfois de celui qu'il avait au moment où son obligation est née (1).

Pour les mêmes raisons, tirées du texte général et de l'esprit de l'art. 14, il faudra décider, malgré toutes les distinctions proposées, que l'héritier français d'un créancier étranger peut se prévaloir de la disposition de cet article (2).

On a prétendu que l'art. 14 ne s'appliquerait plus si le créancier français était domicilié à l'étranger. Il n'est plus nécessaire, a-t-on dit, d'épargner au Français l'inconvénient d'une assignation en pays étranger, puisqu'il peut la faire sans se déplacer. De plus, il serait inique de tromper le débiteur étranger qui a pu croire, en

(1) [*Contrà* Cass., 14 avril 1860, D. P., 61. 1. 196; Trib. civ. Seine, 26 oct. 1895, J. C., 1896, p. 595. — *Sic* Paris, 23 nov. 1883, J. C., 1884, p. 284; Testoud, *Rev. crit.*, 1877, p. 609 et suiv.; Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., n. 398, p. 284; Weiss, *Traité,* t. V, p. 74.]

(2) Cass., 2 août 1876, S., 77. 1. 97, D. P., 77. 1. 107; Cass., 17 fév. 1873, J. C., 1877, p. 423, D. P., 73. 1. 481; Trib. civ. Seine, 31 janv. 1882 et Paris, 12 mai 1882, J. C., 1883, p. 46 et D. P., 83. 2. 23; [Weiss, *Traité,* t. V, p. 75.]

contractant, que le Français établi dans son pays relèverait de la juridiction des tribunaux locaux en cas de contestation.

Mais il n'y a pas lieu de se préoccuper de la question d'équité à propos d'une disposition inique en elle-même. Il suffit de constater la généralité de ses termes, son esprit qui est d'attribuer aux tribunaux français seuls la connaissance des questions intéressant des Français, pour être convaincu qu'elle s'appliquera même dans cette hypothèse. Si d'ailleurs on décidait le contraire, le débiteur étranger n'aurait qu'à venir en France pour se soustraire à la condamnation des juges de son pays, et même à toute poursuite, puisque les tribunaux français seraient incompétents pour le condamner. Cette solution étant admise, l'art. 14 sera invoqué bien plus souvent par les Français domiciliés à l'étranger que par ceux qui y résident momentanément, parce qu'ils sont plus à même que ces derniers d'entrer en relations d'affaires avec des étrangers. En adoptant l'opinion contraire, on réduit à bien peu de chose l'application pratique de l'art. 14 en ce qui concerne les obligations contractées hors de France.

C'est encore en invoquant le texte absolu de l'art. 14 et son esprit qui est de soustraire toujours les Français, quels qu'ils soient, à la compétence des tribunaux étrangers, qu'il faudra en admettre l'application au bénéfice d'un créancier étranger devenu Français *au moment où le procès est engagé*. Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à ces objections que le débiteur va subir les conséquences d'un fait tout personnel au créancier, la naturalisation, et, que, d'après l'art. 14, il faut qu'il s'agisse d'une dette *contractée envers un Français*. La naturalisation est personnelle, sans doute, mais au point de vue du changement de nationalité seulement; elle donne aussi des droits nouveaux que l'on peut invoquer contre les tiers. Quant aux termes de l'art. 14, ils montrent simplement que la loi a statué sur le cas le plus ordinaire (1).

179. Un Français peut-il user du bénéfice de l'art. 14 contre un gouvernement étranger qui est son débiteur ?

Pour aborder utilement l'examen de cette question très controversée, certaines précisions préalables sont nécessaires.

Notons, tout d'abord, que cette question ne se pose pas quand il s'agit, non pas d'un Etat, mais d'une collectivité qui, même d'après la loi d'un pays où elle est reconnue, n'a pas le caractère d'une souveraineté indépendante : ainsi nos tribunaux ont pu se

(1) Paris, 20 fév. 1864, S., 66. 1. 157; Cass. rej., 16 janv. 1867, S., 67. 1. 159.

déclarer compétents dans les contestations ouvertes entre les consorts de Civry et la ville de Genève au sujet de la succession du duc de Brunswick (1).

Remarquons ensuite qu'elle se pose dans des conditions identiques, qu'il s'agisse des assignations contre les Etats étrangers représentés par leur gouvernement, ou de celles qui visent les souverains ou chefs d'Etats étrangers en tant qu'ils ont contracté des obligations pour le compte de leur pays. D'autre part, il n'y a pas lieu de distinguer suivant qu'il s'agit d'un Etat ayant gardé la plénitude de sa souveraineté, ou d'un Etat mi-souverain, par exemple vassal ou protégé : malgré la mi-souveraineté, un pays garde son existence propre et son indépendance à l'égard de tout autre que celui auquel il est subordonné, et les raisons qui peuvent faire soustraire un Etat quelconque à la juridiction étrangère ont la même force en ce qui le concerne.

Enfin suivant une règle générale de Droit international, on ne doit tenir compte que du gouvernement régulier des pays étrangers, sans que les tribunaux soient autorisés à attribuer ce caractère à un pouvoir insurrectionnel en lutte avec l'ancienne autorité. Il appartient au gouvernement lui-même, dans chaque pays, de constater si, en fait, un nouveau pouvoir a remplacé l'ancien dans les autres Etats, et, sans s'immiscer dans l'appréciation de sa légitimité, de le reconnaître expressément, ou tacitement en nouant des rapports avec lui. Avant qu'une décision ou une attitude équivalente ait été prise par le gouvernement de leur pays, les tribunaux ne peuvent attribuer un droit quelconque, notamment celui d'ester en justice, à un prétendu gouvernement étranger non encore reconnu par la seule autorité qui puisse diriger les relations diplomatiques d'après la constitution même de l'Etat. Aussi s'explique-t-on l'annulation d'une ordonnance de référé, rendue par un magistrat de la Seine le 18 juillet 1891, autorisant les représentants du parti insurrectionnel au Chili, dit des Congressistes, à faire opposition à la livraison des navires de guerre commandés par le président Balmaceda, alors que l'autorité de ce dernier était encore la seule reconnue, en fait, par le gouvernement de la France.

Ces précisions faites, il faut écarter du débat certains cas où, de l'avis de tous, les juridictions locales sont compétentes même à l'égard des Etats ou souverains étrangers.

(1) Cass., 1er juillet 1895, J. C., 1895, p. 1084.

1° Quand il s'agit d'actions réelles pétitoires ou possessoires, relatives à des immeubles situés sur le territoire du pays où l'action est introduite, et même d'actions réelles concernant des meubles qui se trouvent sur le territoire au moment où naît la contestation (1).

2° Quand l'Etat ou souverain étranger accepte la compétence des tribunaux locaux, soit expressément, soit tacitement, par exemple en introduisant l'action lui-même, ou en présentant une demande reconventionnelle, ou encore en étant intimé en appel sur une instance ouverte par lui. On admet toutefois que, tout en acceptant la juridiction étrangère, un Etat peut faire toutes ses réserves quant à l'exécution : en pareil cas, le jugement rendu à l'étranger contre le gouvernement d'un autre pays ne sera pas exécutoire en France : l'exécution n'en est possible que dans le territoire du pays condamné ou, ailleurs, dans la mesure où ce pays l'acceptera conformément à ses réserves préalables (2).

3° Tout le monde admet encore le droit de saisie et la compétence de la juridiction territoriale quant aux choses qui se trouvent dans le pays et qui ont été *spécialement et expressément* affectées comme gage ou comme hypothèque. Il y a alors acceptation tacite de la compétence étrangère par le gouvernement ou souverain étranger qui a conféré le droit de gage ou d'hypothèque.

En dehors des cas précités, la controverse est des plus vives (3). Dans la plupart des pays, spécialement en France, on pose comme principe l'incompétence des tribunaux à l'égard des Etats et souverains étrangers, en invoquant surtout l'indépendance de ces derniers qui ne sauraient être assujettis aux juridictions

(1) Cpr. cour suprême de Vienne, 3 janvier 1878, et critique de M. Ch. Lyon-Caen, J. C., 1883, p. 65.

(2) Cass., 21 janvier 1896, J. C., 1896, p. 849.

(3) V. les études de MM. Gabba, J. C., 1888, p. 180; 1889, p. 538; 1890, p. 26; de Holtzendorff, *ibid.*, 1886, p. 432; Von Bar, *ibid.*, 1885, p. 645; Spée, *ibid.*, 1876, p. 328 et 435; de Cuvellier, *R. D. I.*, 1888, p. 188; Hartmann, *ibid.*, 1890, p. 125; de Pæpe, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des Etats étrangers et de leurs agents politiques, diplomatiques et consulaires;* Féraud-Giraud, *Etats et souverains... devant les tribunaux étrangers,* 2 vol., 1896; pour la jurisprudence anglaise, italienne, belge, autrichienne, V. J. C., 1874, p. 36; 1875, p. 25; 1876, p. 125; 1878, p. 46 et 386; 1883, p. 67 et 75; 1886, p. 746; pour la Belgique, *R. D. I.*, IV, p. 153; XX, p. 119; XXII, p. 425; Audinet, *L'incomp. des trib. français à l'égard des Etats étrangers et la succession du duc de Brunswick, R. G. D. I.*, t. II, 1895, p. 385; [Palombo, *Della competenza dei tribunali respetto agli Stati stranieri;* Naples, 1896; Loening, *Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveræne,* Halle, 1903; Weiss., *Traité,* t. V, p. 79-112.]

relevant d'autres puissances. La Cour de cassation n'a même pas admis la validité d'une saisie-arrêt pratique contre un gouvernement étranger pour assurer l'exécution d'un jugement français (1).

Mais la plupart des publicistes modernes, et c'est une tendance qui s'affirme de plus en plus dans la jurisprudence des différents pays, reconnaissent qu'il doit y avoir entre les Etats un accord tacite, fondé sur la bonne foi et la justice, pour permettre les actions judiciaires contre les pays étrangers et leurs souverains, en tant que ces actions ne compromettent pas leur indépendance et sont justifiées par leur engagement implicite d'exécuter leurs obligations dans l'Etat où ils sont assignés. De là une distinction de plus en plus admise entre les actes d'un caractère privé et ceux qui se réfèrent à l'exercice de la souveraineté, les premiers seuls pouvant rentrer dans la compétence des tribunanx étrangers. Ainsi les tribunaux français se sont déclarés compétents pour une action en paiement de fourniture de bijoux à la reine d'Espagne, et incompétents pour une action en paiement de fourniture de décorations commandées par Maximilien, empereur du Mexique, introduite contre son héritier l'empereur d'Autriche. On admet aussi la compétence quand il s'agit d'actes commerciaux faits par un Etat, par exemple une vente de guano faite par le Pérou à la Belgique; et certaines décisions, comme quelques auteurs, vont jusqu'à adopter la même solution quand il s'agit d'actes civils ou commerciaux quelconques, même pouvant se rapporter à l'exercice de la souveraineté, par exemple de contrats relatifs à des fournitures d'armes (2).

Cette distinction est peut-être arbitraire au point de vue pratique, étant donnés la difficulté de discerner, dans nombre de cas, les obligations contractées par un souverain à titre privé de celles qui se rattachent à l'exercice de sa souveraineté, et le danger que peut présenter la partialité inévitable des tribunaux pour résoudre cette première question.

(1) Cass., 22 janv. 1849, D. P., 49. 1. 81; Cass., 5 mai 1885, J. C., 1886, p. 83.

(2) Cour de Paris, 15 mars 1872 et 3 juin 1873; J. C., 1874, p. 32 et 33, note de M. Chavegrin, S., 86. 1. 353. — Haute-Cour d'Amirauté d'Angleterre, 7 mai 1873, J. C., 1874, p. 36, et 1875, p. 25; Cour de Gand, 14 mars 1879, J. C., 1881, p. 82. — Paris, 14 déc. 1893, *Gaz. des Trib.*, 27 déc. 1893. — [Cass. Belgique, 11 juin 1903, S., 1904. 4. 16; D. P., 1903. 2. 401; *Pand. franç. pér.*, 1904. 5. 17; J. C., 1904, p. 417, et les conclusions de M. le premier avocat général Terlinden. — Weiss, *Traité*, t. V, p. 94-112.]

Au point de vue juridique, on peut se demander comment on concilie le respect de la souveraineté étrangère, sur laquelle on se fonde pour soustraire en principe les Etats et leurs souverains à la juridiction d'un autre pays, avec leur obligation de se soumettre à elle quand il s'agit d'actions réelles concernant des immeubles situés à l'étranger, et la possibilité, pour eux, de l'accepter volontairement au risque de compromettre leur indépendance. Au fond, l'Etat ou le souverain qui conclut une affaire dans des conditions telles que, en cas de contestation, il relève de la compétence des tribunaux étrangers, agit comme un simple particulier qui, malgré son extranéité, relève de la compétence des tribunaux locaux. Décider que ceux qui traitent avec des Etats étrangers ou leurs souverains se soumettent implicitement à leur juridiction, c'est aller contre la vraisemblance des faits et même contre l'esprit évident de toutes les lois de procédure qui n'admettent aucune distinction entre le cas où le débiteur est un particulier ou un gouvernement étranger. C'est ainsi que l'art. 14 de notre code civil, qui a d'ailleurs le tort de violer le principe équitable *Actor sequitur forum rei,* permet à tout Français d'assigner en France son débiteur étranger, simple particulier ou souverain. Il n'y a pas lieu davantage d'invoquer ici les privilèges diplomatiques et l'exterritorialité, puisque ces privilèges et cette fiction ne s'appliquent que lorsqu'il s'agit du représentant d'un Etat, souverain ou ambassadeur, qui, tant qu'il est en pays étranger, peut se prévaloir de l'immunité de juridiction à l'égard des tribunaux locaux, et qu'il s'agit ici du cas où l'on assigne, en exécution de ses engagements, un Etat étranger ou son chef résidant dans son pays. On objecte que l'on pourra compromettre ainsi l'administration et les finances de l'Etat étranger par une assignation intempestive; mais, comme on ne doit pas prêter à cet Etat l'intention de ne pas payer ses dettes, il faut reconnaître que son embarras viendra de ses obligations imprudemment contractées et non de la réclamation qui lui est faite.

On fait ressortir encore l'impossibilité d'obtenir l'exécution d'un jugement prononcé contre un Etat ou un souverain étranger qui n'a généralement pas de biens dans le territoire où la sentence est rendue; mais la difficulté d'exécution n'infirme en rien la valeur juridique de la condamnation prononcée, et il s'agit simplement de savoir si un Etat civilisé pourra moralement se soustraire, chez lui, aux effets d'une décision équitablement rendue contre lui par un tribunal étranger, compétent dans l'espèce.

C'est souvent sous la forme d'une saisie-arrêt que l'on fait valoir ses droits contre un État étranger ; si les tribunaux locaux peuvent être compétents pour autoriser cette mesure conservatoire, ils peut arriver qu'ils ne le soient plus pour valider la saisie elle-même et établir ainsi la dette de cet Etat, les lois de nombre de pays, comme la France, ne permettant pas aux tribunaux judiciaires de déclarer l'Etat débiteur, et cette question étant exclusivement réservée aux juridictions administratives, afin de sauvegarder la bonne gestion et l'ordre des finances. En pareil cas, la saisie-arrêt pratiquée en France, par exemple, contre un Etat étranger, devrait être suivie, au point de vue de la déclaration de validité et de l'autorisation de paiement, devant la juridiction compétente de cet Etat.

La doctrine générale sur la question que nous venons d'examiner a été résumée et précisée dans le rapport de M. von Bar à la session tenue à Hambourg, en 1891, par l'Institut de Droit international. Voici les résolutions essentielles qui ont été acceptées (V. Texte définitif des résolutions dans le tableau général de l'Institut, 1893, p. 117).

Les tribunaux sont compétents à l'égard des Etats et souverains étrangers : 1° pour les actions *réelles* et *possessoires* concernant des immeubles ou *même des meubles* situés sur le territoire ; 2° pour les actions fondées sur la qualité de l'Etat et du souverain étranger comme héritier ou légataire d'un ressortissant du territoire ou d'une succession qui s'y est ouverte ; 3° pour les affaires relatives à un établissement commercial ou industriel, par exemple à un chemin de fer, exploité par l'Etat étranger sur le territoire ; 4° dans le cas où l'Etat ou souverain étranger accepte volontairement la juridiction territoriale ; 5° pour les dommages et intérêts venant d'un délit ou quasi-délit commis par le souverain étranger ou ses agents sur le territoire ; 6° pour les actions fondées sur des contrats conclus avec l'Etat étranger dans le territoire, *si l'exécution complète dans le territoire en peut être demandée d'après les règles de la bonne foi*. Cette dernière règle repose sur cette idée que certains engagements des Etats sont de telle nature que les tiers contractants n'ont pu, de bonne foi, compter que l'Etat débiteur s'exécuterait à l'étranger et conformément aux dispositions d'une loi autre que la sienne. L'application la plus remarquable de cette idée se montre à propos des obligations venant d'emprunts par souscription publique. L'Etat débiteur se réserve toujours, en pareil cas, en vertu de son droit de conservation et des principes

qui régissent son droit public, un bénéfice de *compétence*, dans le sens romain de l'expression, c'est-à-dire la faculté de ne payer que dans la mesure où sa situation financière lui permet de le faire. Il lui est donc impossible d'accepter à l'avance, à ce point de vue, des décisions judiciaires rendues à l'étranger, qui ne tiendraient pas compte de ses nécessités budgétaires souverainement appréciées par lui. C'est là un élément de risque, variable suivant la situation économique des Etats, dont il est toujours tenu compte dans les conditions de l'émission et dont les porteurs de titres étrangers doivent, de bonne foi, supporter les conséquences.

Le projet de Hambourg déclare, au contraire, irrecevables, indépendamment des actions concernant les dettes des Etats contractées par souscription, ainsi que nous venons de le dire, celles en dommages et intérêts pour des *actes de souveraineté*, conformément à la doctrine générale déjà indiquée, y compris celles résultant d'un engagement du défendeur comme fonctionnaire de l'Etat. En cas de doute, l'action contre l'Etat étranger est réputée irrecevable (art. II, §§ 2 et 3).

[Comme l'Etat ou le souverain étranger, les agents diplomatiques accrédités en France par un gouvernement étranger échappent à la règle de l'art 14 C. civ. : même quand leurs propres intérêts sont en jeu, ils sont affranchis de la compétence exceptionnelle de l'art. 14 et en même temps de la compétence de droit commun ; ils ne sont *jamais*, en matière personnelle ou mobilière, justiciables de nos tribunaux (1). Sans insister sur cette immunité, relevons deux faits récents. D'une part, la loi du 2 décembre 1903 (*J. off.* du 6 décembre 1903) a étendu les privilèges et immunités diplomatiques aux membres *non Français* d'un tribunal arbitral siégeant en France, par application de la convention de La Haye du 29 juillet 1899. La convention du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux proclame cette immunité dans son art. 46 (2) et nous ne doutons pas que la loi de 1903 ne sanctionne cette immunité. D'autre part, la renonciation de l'agent diplomatique à son immunité, si elle est possible aux yeux de nos tribunaux, doit être expresse (Civ. cass., 19 janvier 1891, S., 91. 1, 297, D. P., 91. 1. 9 ; Paris, 8 avril 1900, S., 1902. 2. 105). Ne faut-il pas qu'elle soit, de plus, autorisée du gouvernement étranger et que cette autorisation soit produite devant le tribunal

(1) [Weiss, *Traité,* t. V, p. 113-145.]
(2) [Renault, *Les deux Conférences de la paix,* p. 80; cpr. p. 149.]

saisi? Soulevée par quelques décisions judiciaires (Trib. Seine, 6e ch., 4 avril 1906, *R. D. I. P.*, 1907, p. 552; Trib. Seine, 7e ch., 23 mars 1907, *ibid.*, p. 555; 25 avril 1907, *ibid.*, 1908, p. 154; 18 novembre 1907, *ibid.*, p. 615; Paris, 25 avril 1907, *ibid.*, 1907, p. 552), cette exigence est excessive : il y a lieu de présumer que l'agent diplomatique ne renoncera pas à son immunité sans s'être assuré l'assentiment de son gouvernement; et à une époque où ce privilège est contesté et critiqué devant l'opinion publique, il faut ouvrir l'accès du prétoire à l'agent qui veut faire juger rapidement la poursuite dirigée contre lui (1).]

180. L'art. 14 C. civ., en déclarant que le débiteur étranger d'un Français pourra être assigné devant les tribunaux de France, ne nous dit pas quel est celui de ces tribunaux que le créancier devra choisir.

Il n'y aura pas de difficulté si le débiteur a, en France, un domicile ou une résidence : on appliquera l'art. 59 Pr. civ. (2). Dans le cas contraire, certains auteurs distinguent : si l'obligation est née en France, le créancier invoquera l'art. 420 Pr. civ. et portera son action devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant celui du lieu où le paiement doit être effectué; si l'obligation est née hors de France, le demandeur s'adresse à tel tribunal qu'il lui convient, sauf à ne pas faire un choix vexatoire et de nature à augmenter les frais pour le débiteur en lui imposant des déplacements considérables (3).

Il est peut-être plus raisonnable de s'en tenir dans tous les cas, comme on le faisait dans l'ancien droit, au tribunal du domicile du demandeur. C'est la seule manière d'éviter le déplacement des deux parties (4).

(1) [Politis, note dans D. P., 1907. 2. 281; Leven, *R. D. I. P.*, 1908, p. 580 et suiv. — Cpr., sur l'immunité diplomatique en général, Fort-Dumanoir, J. C., 1908, p. 766-771; Tosi-Bellucci, *Archivio Giuridico*, 1908, p. 312-357.]

(2) Paris, 16 juin 1902, J. C., 1902, p. 1028.

(3) Jugé cependant que si, parmi les défendeurs étrangers il s'en trouve un Français, c'est au domicile de ce dernier en France que l'action doit être portée : Cass., 14 mars 1883, J. C., 1883, p. 498.

(4) Cass., 4 mars 1885, S., 85. 1. 169. — V. jurisprudence dans J. C., 1901, p. 97 et s.; Paris, 22 mars 1899, *id.*, 1900, p. 531. — Jugé que le demandeur français peut assigner devant le tribunal de son propre domicile le défendeur étranger en cas d'abordage. Paris, 15 nov. 1900, J. C., 1901, p. 132. Mais, malgré les déclarations erronées faites dans les travaux préparatoires, il faut s'en tenir à l'art. 407 C. com., modifié par la loi du 14 déc. 1897 : le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur, ou celui du premier port français de refuge, ou celui dans les eaux territoriales duquel l'abordage a eu lieu. V. J. C., 1901, p. 101.

181. Traités. — La disposition anormale de l'art. 14 C. civ. cesse de s'appliquer aux étrangers qui, en vertu d'un traité conclu entre leur pays et la France, peuvent invoquer la réciprocité diplomatique (art. 11 C. civ.). C'est le cas pour les Suisses, d'après le traité du 15 juin 1869, remplaçant celui du 18 juillet 1828 (1). Quant au point qui nous occupe, ce traité établit les règles suivantes :

1° Les actions personnelles et mobilières, en matière civile ou commerciale, sont portées devant les juges naturels du défendeur, c'est-à-dire devant le tribunal de son domicile, comme l'indiquent l'esprit du traité et les explications fournies dans les négociations (2). Il en est de même pour les demandes en garantie, quelle que soit la juridiction devant laquelle la demande originaire est pendante (art. 1er).

La disposition très générale du traité et son caractère absolu semblent indiquer qu'il est dans l'esprit de ce traité de suivre toujours la compétence déterminée par le domicile du défendeur, sans avoir égard aux particularités de la législation des deux Etats, par exemple aux règles spéciales contenues dans l'art. 59 de notre Code de procédure civile. Cet esprit est assez nettement indiqué par la règle spéciale concernant les demandes en garantie pour lesquelles on écarte l'art. 59 Pr. civ., d'après lequel elles devraient être portées devant la juridiction déjà saisie de la demande principale. On en conclut notamment que, dans le cas où il y a plusieurs défendeurs, chacun doit être assigné à son domicile, sans que l'on puisse les assigner tous au domicile de l'un d'eux ainsi que le permet l'art. 59 Pr. civ. (3). De même on ne pourrait écarter la compétence du juge naturel du défendeur en invoquant, en matière commerciale, les cas spéciaux de compétence prévus

(1) [Sur ce traité, qui a donné lieu à de très grandes difficultés d'interprétation, V. Ch. Brocher, *Commentaire théorique et pratique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compét. judic. et l'exécut. des jugements,* Genève, 1879; Curti, *Der Staatsvertrag zwischen Schweiz und Frankreich betreffend Gerichtsstand und Urtheilsvollziehung von 15 juin 1869,* Zurich, 1879; R. Vincent, Le traité franco-suisse du 15 juin 1869, dans la *Rev. prat. de dr. int. pr.,* 1890-1891: II, 1, 33, 85, 161; 1892, II, 16; E. Roguin, *Conflit des lois suisses en matière internationale et intercantonale,* Lausanne, 1891; Aujay, *Etude sur le traité franco-suisse du 15 juin 1869,* Paris, 1905.]

(2) Cass. req., 11 juin 1879, S., 80. 1. 33.

(3) Cpr. Cass., 1er avril 1873, D. P., 73. 1. 101; Chambéry, 10 avril 1880, *Le Droit,* 11 octobre 1880.

par l'art. 420 Pr. civ. (1). — S'il s'agit d'un être moral, comme une société, on pourrait interpréter la condition de domicile suivant le siège social, et la résidence suivant la représentation, dans le pays, de cet être moral par des agents ou une succursale. Mais il est peut-être plus conforme au texte du traité d'entendre la résidence de fait qui n'est possible que pour des individus, ce qui écarterait le cas des sociétés ayant des représentants dans le pays (2).

Cependant, on décide dans la pratique que, la compétence étant admise au lieu du domicile du défendeur, c'est la loi de ce domicile qui fixe le tribunal spécialement compétent eu égard à la nature de l'affaire : le traité ne contiendrait d'exception formelle que pour les demandes en garantie. Dans tous les autres cas, si le défendeur français ou suisse est domicilié en France, la compétence des tribunaux français étant établie en principe, on suivrait l'art. 59 de notre Code de procédure civile pour déterminer le tribunal spécialemeut compétent (3).

D'après le même art. 1er du traité, si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus en France ou en Suisse, le demandeur l'assigne devant le tribunal de son propre domicile.

Toutefois, s'il s'agit d'un contrat conclu hors du ressort du tribunal du domicile du défendeur, le demandeur peut, *s'il le préfère* (4), porter l'action devant le tribunal du lieu où le contrat est intervenu, pourvu que les deux parties résident dans ce lieu au moment où le procès est engagé. Il s'agit alors d'une véritable résidence et non d'un simple séjour momentané (5).

En cas d'élection de domicile, le juge compétent est celui du lieu où l'élection est faite (art 3). C'est là, du reste, une règle générale qui fournit aux parties, même en l'absence de traité, le moyen d'écarter l'application de l'art. 14 C. civ.

(1) Besançon, 12 mars 1902, *Bull. prat. de droit intern. privé,* 1902, I, p. 117; [Montpellier, 2e ch., 16 fév. 1906, J. C., 1907, p. 361; Besançon, 13 août 1906, J. C., 1907, p. 710; Cass., 18 nov. 1903, J. C., 1904, p. 374 et la note; *Contrà,* trib. comm. Seine, 15 nov. 1907, J. C., 1908, p. 1122.]

(2) Cpr. Paris, 7 avril 1897, *Gaz. des Trib.,* 11 juin et *Trib. fédéral suisse,* 4 mai 1888, S., 88. 4. 31; Cour de Genève, 27 avril 1874, D. P., 74. 2. 173; Paris, 26 oct. 1897, *Gaz. des Trib.,* 16 janv. 1898.

(3) Cass., 29 fév. 1883, *Rev. prat. de Droit int. privé,* 1890-91, I, p. 11; Cass. req., 25 fév. 1879, J. C., 1879, p. 396; 13 déc. 1881, J. C., 1882, p. 316; Nancy, 21 mars 1902, *Bull. prat. de droit intern. privé,* 1902, 1, p. 113.

(4) Trib. fédéral suisse, 4 juillet 1890, *Rev. prat. de Droit int. privé,* 1890-1891, I, p. 80; Cour de Genève, 27 avril 1874, D. P., 74. 2. 173.

(5) Cass., 4 mars 1885, S., 85. 1. 169 et note de M. Ch. Lyon-Caen.

Les mots « actions personnelles et mobilières, civiles et de commerce », dans l'art. 1er du traité franco-suisse, ainsi que dans l'art. 2 qui règle la compétence dans les contestations entre Suisses ou entre Français, doivent être entendus comme désignant les actions ayant un objet pécuniaire ou appréciable en argent, ce qui exclut les actions relatives à l'état des personnes et à leur statut personnel en général, par exemple les actions en séparation de corps, en divorce, en réclamation ou en contestation d'état, même celles en pétition d'hérédité fondées sur la qualité d'héritier du défunt. Outre que les termes des art. 1 et 2 montrent la portée du traité à cet égard, on peut remarquer que les art. 5 et 10, en attribuant compétence au tribunal du lieu d'ouverture de la succession pour les questions d'hérédité et à celui du pays auquel appartient le mineur pour les difficultés relatives à la tutelle, fournissent un argument *à fortiori* pour les questions d'état qui présentent un caractère bien plus personnel encore (1). Pour les actions relatives au régime matrimonial, il faut les faire rentrer dans le domaine des art. 1 et 2 du traité comme actions ayant un objet pécuniaire venant d'un contrat de mariage exprès, ou tacite, si les époux ont adopté, en ne faisant pas de convention, le régime de droit commun. — On s'est demandé également si la demande en liquidation du régime matrimonial, après décès de l'un des conjoints, est régie, quant à la compétence, par les art. 1 et 2 du traité, ou si elle est une demande relative à une succession pour laquelle compétence appartient au tribunal dans le ressort duquel la succession du conjoint prédécédé s'est ouverte, conformément à l'art. 5 du traité. Nous pensons que cette demande de liquidation est *recueillie* dans une hérédité, sans soulever elle-même une question d'hérédité, puisque la qualité d'héritier n'est pas elle-même en discussion, pas plus que la répartition même de la succession considérée comme telle : c'est donc l'art. 1 ou 2 du traité qu'il faut appliquer pour la compétence et non l'art. 5 (2).

(1) Paris, 28 avril 1882, J. C., 1884, p. 546; Seine, 12 août 1881, *ibid.*, 1882, p. 627; *id.*, 13 fév. 1883, *ibid.*, 1883, p. 294; *id.*, 4 janv. et 30 avril 1896, *ibid.*, 1896, p. 603; Paris, 12 mars 1889, *Le Droit*, 5 avril 1889; Trib. fédéral suisse, 18 oct. 1878, J. C., 1878, p. 116; Cass., 1er juill. 1895, *ibid.*, 1895, p. 1084. — *Contra :* Rouen, 12 mai 1874, J. C., 1875, p. 356; Cass. req., 1er juill. 1878, *ibid.*, 1879, p. 177; Cour de Genève, 6 mai 1876, J. C., 1876, p. 227.

(2) Cass., 3 juin 1874, D. P., 75. 1. 30; Paris, J. C., 1876, p. 187; Trib. Seine, 5 janv. 1882, J. C., 1882, p. 74; Trib. fédéral suisse, 10 juil. 1885 et 12 juil. 1889, J. C., 1890, p. 383.

Le traité ne s'applique certainement pas aux actions civiles portées accessoirement à l'action publique devant un tribunal répressif; mais on a prétendu qu'il vise, à raison de la généralité de ses termes, les actions civiles portées directement devant les tribunaux civils. Il semble cependant que le traité a laissé ces actions soumises aux règles de compétence de la loi du pays où s'est accompli le fait qui leur donne naissance, car il serait bien difficile de renvoyer à la loi d'un pays étranger, dans lequel le défendeur serait domicilié, des questions qui dépendent de l'ordre public d'un autre Etat (art. 3, alin. 1 C. civ.) (1). Nous adopterions la même solution, et pour une raison identique, en ce qui concerne les actions dérivant d'un quasi-délit. Au surplus, l'art. 1er du traité de 1869, surtout dans son dernier alinéa, ne parle que des actions résultant des obligations contractuelles (2).

2° Actions réelles immobilières.

Elles sont de la compétence du tribunal de la situation de l'objet litigieux (art. 4). Il en est de même des actions personnelles concernant la propriété ou la jouissance d'un immeuble, c'est-à-dire, suivant le protocole explicatif du traité, des actions personnelles exercées contre un propriétaire considéré comme tel, mais sans réclamation de droits réels : tels sont le recours d'un locataire troublé dans sa possession; les réclamations pour réparations à faire à l'immeuble loué, etc. (3).

[L'accord que la convention franco-suisse du 15 juin 1869 avait réalisé sur les question de compétence judiciaire, le traité du 8 juillet 1899 l'a consacré dans les rapports de la France et de la Belgique (4). Ce traité ne se contente pas d'affirmer la compétence

(1) En ce sens, Rapport de la commission du Conseil des Etats en Suisse, 24 juill. 1869, et Lyon, 13 déc. 1889, *La propriété industrielle,* 1er août 1891; [Cass. Vaud, 1er nov. 1878, J. C., 1878, p. 597; Curti, *op. cit.,* p. 27; E. Roguin, *op. cit.,* n. 551, p. 688; R. Vincent, *op. cit.,* n. 58; Aujay, *op. cit.,* n. 318, p. 411; Weiss, *Traité,* t. V, p. 151.]

(2) Cpr. trib. de Genève, *Revue prat. de droit int. privé,* 1891, p. 447; [Trib. comm. Seine, 9 août 1884, J. C., 1884, p. 498; Besançon, 29 juin 1885, S., 86. 2. 229; E. Roguin, *op. cit.,* n. 553, p. 689; Curli, *op. cit.,* p. 27; Aujay, *loc. cit.*; *Contrà* Lyon, 13 déc. 1889, J. C., 1892, p. 479; Weiss, *Traité,* t. V, p. 151-152.]

(3) V. J. C., 1875, p. 432; 1876, p. 268; 1885, p. 437.

(4) [M. Bernard, *De la compét. des trib. franç. à l'égard des étr. et de l'exéc. des jug. étr. en France, Etude de la convent. franco-belge du 8 juillet 1899,* Paris, 1900; *id.,* J. C., 1900, p. 940 et suiv.; 1901, p. 341 et suiv.; F. de Paepe, *Etude sur la compét. civ. à l'ég. des étr., avec un exposé sommaire de la loi qui leur est applicable, et mises en rapport avec la convent. franco-belge du 8 juillet 1899,* Bruxelles et Paris, 2 vol., 1900-1902; C. Laurent, *La convention franco-*

des *juges naturels* du défendeur en matière mobilière et personnelle : il pose en principe l'assimilation complète, au point de vue de la compétence, des Belges et des Français. « En matière civile et en matière commerciale, déclare l'art. 1er, les Français en Belgique et les Belges en France sont régis par les mêmes règles de compétence que les nationaux » (1). L'art. 14 C. civ. est donc abrogé à l'égard des Belges. Mais de l'égalité ainsi proclamée ne pourrait-on pas inférer que le demandeur belge a le droit d'attirer ses adversaires étrangers, quels que soient leur nationalité et leur domicile, devant les tribunaux français, comme le pourrait le Français lui-même? Les négociateurs du traité ont écarté cette prétention, dans le § 2 de l'art. 1er. « Les Belges ne peuvent invoquer en France l'art. 14 du code civil pour traduire d'autres étrangers devant les tribunaux français que s'ils ont été autorisés par le gouvernement français à établir leur domicile en France, et tant qu'ils continuent d'y résider ». Toutefois, le principe de l'assimilation établie entre les ressortissants des deux pays comporte quelques exceptions : des règles communes, supérieures aux deux législations ont été consacrées, prévenant les conflits et devançant les réformes à venir (2) (art. 2, § 1er; art. 3; art. 5; art. 6 et 9; art. 7, § 1er).]

L'application de l'art. 14 C. civ. peut encore être écartée par les étrangers invoquant la clause de la nation la plus favorisée, quand cette clause est contenue dans un traité relatif à la condition générale des nationaux des Etats contractants et non à une matière spéciale, comme les tarifs de douane (3). Il en serait de

belge du 8 juillet 1899, J. C., 1901, p. 500 et suiv.; H. Leclercq, *De quelques abus dans l'applicat. du traité franco-belge du 8 juillet 1899*, J. C., 1909, p. 41 et suiv.; Weiss, *Traité*, t. V, p. 181-199. — V. ci-dessous, n. 185.]

(1) [Cette règle s'applique non seulement aux actions qui ont un caractère pécuniaire, mais encore à celles qui concernent l'état des personnes, notamment aux demandes en séparation de corps ou en divorce. Douai, 5 janvier 1903, S., 1903. 2. 205; *Pand. franç. pér.*, 1904. 5. 5.]

(2) [Trib. comm. Caen, 13 août 1906, J. C., 1907, p. 708 et note de M. Audinet, S., 1904. 2. 221; Trib. comm. Seine, 15 novembre 1907, J. C., 1908, p. 1122; Trib. civ. Seine, 4 mars 1908, J. C., 1908, p. 475 et la note; Trib. comm. Seine, 18 oct. 1907, et Paris, 7e ch., 19 février 1908, J. C., 1908, p. 782, et les conclusions de M. Deshayes.]

(3) [Trib. comm. Seine, 29 mars 1884, J. C., 1888, p. 784; Cass., 3 juin 1885, *Gaz. des trib.*, 7 juin 1885. — *Contrà :* Trib. comm. du Havre, 6 mars 1878, J. C., 1878, p. 382. — [Sur la non-application aux Allemands en matière civile et commerciale de l'art. 11 du traité de Francfort à l'effet d'écarter l'art. 14 C. civ., v. Alger, 16 mai 1890, D. P., 90. 2. 293, et Paris, 27 nov. 1908, J. C., 1909, p. 460.]

même dans le cas de traités contenant la clause *du libre et facile accès en justice* pour des étrangers au même titre que pour les nationaux (1). De même aussi pour les traités assimilant les nationaux des Etats contractants quant à la jouissance des droits civils, tels que les traités du 6 février 1882 avec l'Espagne et du 18 juin 1883 avec la Serbie (2). Le traité d'union de Berne du 14 octobre 1890 [non modifié sur ce point par la deuxième convention additionnelle du 19 septembre 1906], pour le transport international par chemins de fer applique toujours la règle de droit commun *actor sequitur forum rei*, en écartant l'exception de l'art. 14 C. civ. (art. 27, 51 et 53). [Enfin d'autres traités, comme la convention franco-autrichienne du 11 décembre 1866, qui a été maintenue en vigueur par l'article additionnel au traité de commerce du 18 février 1884, écartent l'art. 14 C. civ. quant aux successions mobilières (3).]

§ II. *Contestations entre étrangers.*

182. La loi française est muette en ce qui concerne la question de compétence pour les contestations entre étrangers : aussi s'est-on demandé si les tribunaux français ont à connaître des litiges s'élevant entre personnes dont aucune n'est Française (4).

Les tribunaux français se refusent, en principe, à statuer sur les procès de cette nature (5). Mais les raisons alléguées pour justifier cette incompétence ne sont rien moins que concluantes; et Phillimore a pu qualifier la jurisprudence qui la consacre sous prétexte de souveraineté territoriale : la caricature de l'indépendance nationale.

On objecte, tout d'abord, que les magistrats français n'ont pour mission que de rendre la justice aux nationaux; ils n'ont pas été institués pour les étrangers. — Mais la justice est un devoir social qui s'impose envers tous ceux qui habitent le territoire d'un pays, sans distinction. L'ordre public de l'Etat commande l'intervention des magistrats dans les contestations entre tous les parti-

(1) V. cependant Trib. Seine, 22 fév. 1899, J. C., 1899, p. 354.

(2) Alger, 7 mars 1898, *Gaz. des trib.*, 2 juill. 1898. — [Cpr. Paris, 3e ch., 13 avril 1908, J. C., 1908, p. 1125 et la note.]

(3) [Cpr. Dijon, 3 juillet 1890, D. P., 90. 2. 121, et la note de M. de Boeck.]

(4) Pour la négative, v. Féraud-Giraud, J. C., 1880, p. 137 et 225; pour l'affirmative, Glasson, J. C., 1881, p. 105 [et 1907, p. 599] ; Vincent, *Les étrangers devant les tribunaux français*, 1888 ; Weiss, *Traité*, t. V, p. 296 et s.]

(5) Jurisprudence constante, V. Vincent et Penaud, *loc. cit.*, v° *Compétence*, n. 230; [Trib. comm. Seine, 17 août 1906, J. C., 1907, p. 357.]

culiers, pour éviter les iniquités et le désordre des vindictes individuelles : aussi, aux termes de l'art. 3, al. 1 C. civ., n'est-ce pas seulement un droit, mais bien une obligation pour les étrangers de se soumettre à la juridiction française, quand celle-ci est compétente d'après les principes généraux de notre code de procédure civile. Que l'on ne redoute pas le préjudice causé aux Français par le retard résultant de l'examen des contestations n'intéressant que des étrangers : il est chimérique de supposer que ces contestations seront jamais assez nombreuses pour entraver la marche prompte de la justice. D'ailleurs, si cet inconvénient se réalisait, on devrait, étant donné le principe indiqué plus haut, augmenter simplement le personnel des tribunaux.

Pas une loi, ajoute-ton, ne donne aux étrangers le droit d'accès devant la juridiction française (1). — Argument sans force si l'on pense, par interprétation de l'art. 11, que les étrangers ont tous les droits sauf ceux qui leur sont enlevés par la loi ; ou si, conformément à l'opinion commune, on leur reconnaît tous les droits des gens, sinon les droits civils : il est impossible, en effet, de ne pas considérer le droit d'obtenir justice comme un de ceux qui doivent être accordés à tout homme sans distinction de nationalité, comme un droit des gens en un mot. L'argument invoqué par la jurisprudence française à l'appui de sa manière de voir implique l'acceptation de la troisième opinion que nous avons exposée sur l'art. 11 C. civ., à savoir que les étrangers n'auraient que les droits qui leur sont positivement conférés par un texte de loi ; mais on a déjà vu que cette interprétation est généralement répudiée, et par la jurisprudence elle-même, comme conduisant à mettre les étrangers hors la loi, à les traiter plus rigoureusement que ne le faisait même notre ancien droit. En vain prétend-on

(1) En Algérie, les tribunaux sont certainement compétents pour les procès entre étrangers (Ord. du 10 août 1834, art. 27 et du 22 octobre 1842, art. 33). — [Il semblerait que les tribunaux algériens eussent compétence pour juger toutes les contestations qui peuvent s'élever entre étrangers. Alger, 15 octobre 1902, J. C., 1904, p. 895, et Audinet, *Rev. algér. et tunis. de législ. et de jurispr.*, 1887. 1. 232 et suiv. Mais les tribunaux algériens, s'autorisant des mots *affaires civiles* que contient l'ordonnance de 1840 et des décrets du 31 décembre 1859 (art. 1 et 17) et du 13 décembre 1866 (art. 1 et 4) se déclarent incompétents pour trancher une question d'état entre étrangers si ceux-ci ne sont pas d'accord pour leur attribuer juridiction (Alger, 25 juin 1877, *Journ. jurispr. algér.*, 1877, p. 180; 23 mai 1882, *ibid.*, 1882, p. 250; *Pand. franç. Rép.*, v° *Etranger*, n. 391 et suiv.), ou s'il existe à l'étranger un tribunal ayant qualité pour statuer sur le litige (Trib. civ. Oran, 4 février 1889, J. C., 1890, p. 646. Weiss, *Traité*, t. V, p. 313-314).]

que toute justice n'est pas refusée aux étrangers puisqu'on les renvoie devant les tribunaux de leur pays : souvent les étrangers n'auront conservé dans leur nation ni domicile ni résidence, et n'y trouveront, par conséquent, aucune juridiction compétente pour trancher le litige; on en vient ainsi à un déni de justice déguisé.

[La contradiction et l'iniquité sont si flagrantes que la jurisprudence elle-même a dû faire fléchir la rigueur de son système, lorsque le plaideur qui excipe de son extranéité pour se soustraire à la compétence des tribunaux français, ne justifie pas d'un domicile étranger attributif de compétence : en pareil cas, la compétence de nos tribunaux n'est pas *facultative;* elle devient obligatoire (1). Cette jurisprudence, aujourd'hui constante, a été étendue, après quelques hésitations, même aux questions d'état (2).]

Indépendamment de cette première contradiction qui consiste à donner, en ce qui concerne le droit d'ester en justice, une interprétation de l'art. 11 C. civ. différente de celle qu'on adopte en principe, on peut en signaler une seconde. On verra, dans le chapitre suivant, que, d'après la jurisprudence française, la force exécutoire n'est donnée aux sentences des tribunaux étrangers qu'après révision du procès quant au fond (art. 2123 C. civ.) : ainsi les juges français seront compétents pour examiner un procès qui n'intéresse que des étrangers, afin d'accorder l'exequatur, et ils ne le seront plus si le litige naît en France et leur est directement soumis.

Reste une dernière objection : les juges français vont être contraints, en statuant sur les affaires qui leur sont soumises par des étrangers, de tenir compte des lois étrangères; or ils ne les connaissent pas et risquent de ne pas apprécier justement les droits des parties.

Accepter cette objection, c'est réduire à néant tout le Droit international privé, qui repose en entier sur l'application de la loi

(1) [V. notamment Cass., 8 avril 1851, S., 51. 1. 331; Dijon, 7 avril 1887, J. C., p. 87; notes de MM. Glasson, D. P., 86. 2. 129, de Boeck, D. P., 88. 2. 113, Stocquart, D. P., 88. 2. 249; Paris, 13 juillet 1888, D. P., 89. 2. 93; 13 juill. 1889, J. C., 1889, p. 620, et 12 déc. 1893, J. C., 1894, p. 106; Montpellier, 14 nov. 1894, J. C., 1895, p. 586; Trib. civ. Seine, 9 mars 1903, *Bull. prat. de dr. int. privé,* 1903. 1. 132; Trib. civ. Marseille, 11 juillet 1906, J. C., 1907, p. 362.]

(2) [Caen, 29 janv. 1873, J. C., 1877, p. 145; Lyon, 19 mars 1894, J. C., 1894, p. 1031; Paris, 7 déc. 1894, 14 janv. 1896, J. C., 1895, p. 97, et 1896, p. 149; Trib. Seine, 24 mai 1897, J. C , 1898, p. 111; Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 5 août 1898, J. C., 1899, p. 548. — V. Weiss, *Traité,* t. V, p. 316-318.]

étrangère dans les cas où ses principes commandent qu'on fasse cette application. D'ailleurs, la loi positive elle-même ordonne souvent aux juges d'observer les lois étrangères, notamment pour l'application de la règle *Locus regit actum* (art. 47, 170, 999 C. civ.) et pour l'appréciation du statut personnel des étrangers (art. 3, al. 3 C. civ.).

En réalité, le code civil n'établit qu'une dérogation au droit commun pour la compétence des tribunaux français envers les étrangers : c'est celle de l'art. 14. Cambacérès ayant demandé que la question fût tranchée d'une façon spéciale en ce qui concerne les contestations entre étrangers, Tronchet répondit qu'il n'y avait, à cet égard, qu'à appliquer le droit commun ; que seulement, pour les procès ne relevant pas de leur compétence d'après le droit commun, les tribunaux pourraient en connaître, *s'ils le voulaient*, bien qu'il n'y eût que des étrangers engagés dans le débat (1).

Si donc le défendeur étranger a en France un domicile, le demandeur, étranger lui-même, pourra l'assigner devant le tribunal de ce domicile. Il suffit d'ailleurs d'un domicile de fait, l'autorisation de l'art. 13 C. civ. n'étant nécessaire, d'après ce qui a été déjà dit, que pour la jouissance des droits civils. Si le domicile du défendeur est inconnu en France et à l'étranger, l'assignation sera faite devant le tribunal de la résidence (art. 59 Pr. civ.). Ce n'est que dans le cas où le défendeur n'a sur le territoire français ni domicile ni résidence, ou, s'il y a une résidence, dans le cas où il justifie d'un véritable domicile en pays étranger, que les tribunaux devront se déclarer incompétents. Mais cette incompétence viendra des règles ordinaires en cette matière et non de l'extranéité des parties : les choses se passeraient de même, en effet, si le débat s'élevait entre deux Français et si le défendeur était domicilié à l'étranger ou aux colonies. De plus, pour les dérogations à la compétence ordinaire établies dans l'art. 59 Pr. civ., on ne tiendra pas compte de cette circonstance que des étrangers seulement sont intéressés dans le procès. C'est ainsi que les sociétés étrangères, reconnues en France d'après la loi du 30 mai 1857, seront assignées par des étrangers à leur siège social situé sur le territoire français.

(1) Locré, *Législ.*, II, p. 44. — Le projet de réforme du code de procédure civile, art. 10, établit le principe de la compétence entre étrangers. Cf. proposition de M. Bozérian, J. C., 1885, p. 718; J. C., 1893, p. 331.

183. La jurisprudence française apporte du reste un assez grand nombre d'exceptions à la règle générale admise par elle, exceptions dont quelques-unes sont peu justifiées et contredisent la règle elle-même. En voici l'énumération :

1° En matières d'actions immobilières, pétitoires, possessoires, réelles ou mixtes, quand les immeubles sont situés en France (art. 59 Pr. civ. n. 3). Mais une contestation née à propos de la détention d'un immeuble et qui ne touche ni à la propriété ni à la possession ne rentre plus dans les termes de l'exception admise par la jurisprudence (1).

2° Quand le défendeur a reçu l'autorisation de fixer son domicile en France (art. 13 C. civ.), il peut être assigné devant le tribunal de son domicile : réciproquement, le demandeur qui est dans le même cas peut assigner en France son débiteur étranger, car il bénéficie de la disposition de l'art. 14 C. civ. comme un Français (art. 15 C. civ. et 59 Pr. civ.) (2). On a déjà vu que la jurisprudence ne considère pas comme un domicile de droit susceptible d'entraîner des conséquences légales, notamment au point de vue de l'attribution de compétence, le domicile qu'un étranger établit en France sans autorisation (3). Mais, conformément à ce qui a été déjà dit à ce sujet, il faut considérer ce domicile de fait comme un domicile véritable, fixant par suite la compétence, d'après l'art. 59 Pr. civ. ; l'autorisation n'est nécessaire que pour donner la jouissance des droits civils.

Aujourd'hui, du reste, une évolution manifeste se révèle dans notre jurisprudence sur ce point. Après quelques hésitations, elle en est venue à considérer le domicile de fait de l'étranger défendeur en France comme attributif de compétence, au moins si cet étranger n'a plus de domicile dans son pays ; elle admet même que, à défaut de domicile, la résidence de l'étranger chez nous peut suffire pour rendre nos tribunaux compétents. Ces solutions sont consacrées même pour les questions d'état, à l'égard desquelles nos juridictions manifestaient une véritable répugnance pour se déclarer compétentes, quand elles n'intéressaient que des étrangers (4).

(1) Cass., 10 janv. 1883, D. P., 83. 1. 460; [Glasson, J. C., 1907, p. 600.]

(2) Cass., 23 juil. 1855, S., 56. 1. 148; [trib. Seine, 12 mai 1887, J. C., 1889, p. 623; Paris, 10 juillet 1890, J. C., 1892, p. 901.]

(3) Cass., 12 fév. 1869, S., 69. 1. 38; Cass., 5 mai 1875, S., 75. 1. 409; Paris, 13 mars 1879, S., 79. 2. 289.

(4) Cass., 8 avril 1851, S., 51. 1. 325; 7 mars 1870, S., 72. 1. 361; Cass., 29 juil.

3° Quand les étrangers ont fait élection de domicile en France (1).

4° Quand il s'agit d'une action civile ; si elle est portée concurremment avec l'action publique, parce qu'elle n'est que l'accessoire de cette dernière dont sont déjà saisis les tribunaux français ; si elle est intentée directement devant le tribunal civil ou correctionnel, parce que la réparation des délits et des quasi-délits est une règle d'équité et d'ordre public dont l'observation s'impose aux étrangers eux-mêmes (art. 3, al. 1 C. civ.) (2).

5° Quand le débat porte sur une matière de droit public ou sur un acte de souveraineté du gouvernement français, car la juridiction étrangère ne peut s'immiscer dans des questions semblables : ainsi, un étranger peut demander la nullité d'un brevet d'invention qui est une concession du pouvoir souverain, même contre un autre étranger (3).

6° En matière commerciale, on admet que les tribunaux français sont compétents pour les contestations entre étrangers, toutes les fois qu'il est possible d'invoquer un des trois cas de compétence *ratione personæ* énumérés dans l'art. 420 Pr. civ. (4).

Bien que l'on essaie de justifier cette exception en disant qu'elle était déjà admise dans l'ancien droit (ordon. de 1673, tit. 2, art. 17, et de 1681, tit. II, art. 5), et que, le commerce étant du droit des gens, il faut sanctionner, sans distinction de nationalité, les enga-

1890, J. C., 1890, p. 900; 7 juil. 1874, S., 75. 1. 19 ; Paris, 6 juil. 1886, J. C., 1886, p. 392 et 326; Paris, 27 fév. 1891 et 12 mars 1891, *Le Droit,* 18 et 19 mars 1891 ; Trib. Seine, 6 août 1884, J. C., 1885, p. 498 et 3 mai 1890, *ibid.*, p. 865; Paris, 14 janv. 1896, J. C., 1896, p. 149; [Trib. Seine, 24 mai 1897, J. C., 1898, p. 111; Trib. Boulogne-sur-Mer, 5 août 1898, J. C., 1899, p. 543; Trib. Seine, 9 mars 1903, *Bullet. prat. de Droit int. pr.,* 1903. 1. 132. V. ci-dessus, n. 182 *in fine.*

(1) Cass., 8 avril 1851, S., 51. 1. 335.

(2) Paris, 21 mars 1862, S., 63. 2. 411; Cass., 31 mars 1875, J. C., 1876, p. 272; Nancy, 9 fév. 1886, D. P., 87. 2. 31; [Rouen, 24 novembre 1897, J. C., 1898, p. 544; Grenoble, 26 octobre 1897, J. C., 1899, p. 124.]

(3) Trib. Seine, 25 juil. 1879, J. C., 1880, p. 100; [Lyon, 13 décembre 1889, J. C., 1892, p. 479; Douai, 26 février 1892, J. C., 1894, p. 809; en matière de marque de fabrique, Trib. Seine, 5 mars 1897, *La Loi* du 3 mai 1897; en matière de concurrence déloyale, Rouen précité, 24 novembre 1897, J. C., 1898, p. 344; Cpr. Trib. civ. Seine, 8 février 1906, et Paris, 4e ch., 15 novembre 1906, J. C., 1907, p. 358, écartant la compétence des tribunaux français en matière de concurrence déloyale (art. 1382), par application de la convention franco-suisse de 1869.]

(4) Cass., 10 juill. 1865, S., 65. 1. 350; 22 nov. 1875, S., 76. 1. 213; Cass., 9 mars 1863, D. P., 63. 1. 178. [Bordeaux, 1er juin 1898, J. C., 1898, p. 1056; Rennes, 30 mai 1899, J. C., 1899, p. 998; Trib. comm. Nantes, 27 juin 1902, J. C., 1903, p. 1056.]

gements qui en résultent, il est bien difficile d'expliquer cette dérogation à la règle que l'on adopte en principe. Si, en effet, on admet que l'art. 420 Pr. civ. peut être invoqué par les étrangers, pourquoi ne décide-t-on pas de même pour l'art. 59 Pr. civ. qui n'est que la règle de droit commun? Si, d'ailleurs, les engagements commerciaux sont du droit des gens, c'est-à-dire doivent être sanctionnés quelle que soit la nationalité des parties, ce n'est pas parce qu'ils sont commerciaux, mais bien parce qu'ils viennent de contrats et que la faculté de contracter est un droit naturel de l'homme : on ne voit donc pas de bonne raison pour distinguer entre les obligations civiles et commerciales.

7° Quand il s'agit de prendre des mesures urgentes commandées par l'ordre public (art. 3, alin. 1 C. civ.); par exemple, autoriser la femme d'un étranger à quitter le domicile conjugal quand il y a danger pour elle d'y rester, pourvoir à la garde d'enfants étrangers abandonnés ou maltraités par leurs parents, faire payer une dette alimentaire quand il y a urgence, prendre des mesures conservatoires pour les biens d'un absent, d'un aliéné, etc... (1)

Mais, dans tous ces cas, les décisions des tribunaux français n'ont qu'un caractère provisoire, elles ne tranchent jamais la question quant au fond. A ce dernier point de vue, on renvoie les étrangers devant les tribunaux de leur pays, alors qu'ils n'en trouveront peut-être pas de compétents, faute d'avoir gardé sur le territoire de leur nation un domicile ou, tout au moins, une résidence: C'est surtout dans les questions d'état que la jurisprudence française se déclarait incompétente par cette mauvaise raison, déjà réfutée, que ces questions doivent être tranchées par l'application de la loi étrangère ignorée des juges français (2). Or, c'est surtout dans des questions de ce genre qu'on en arrive à des dénis de justice particulièrement regrettables. En voici un exemple célèbre : une Française mariée à un Polonais demande la séparation de corps : on ne lui accorde que la faculté de quitter le domicile conjugal, en la renvoyant, pour la prononciation de la séparation, devant les tribunaux russes. Or, le mari, réfugié politique, était mort civilement en Russie et incapable d'ester en

(1) [Paris, 19 déc. 1833, S., 34. 2. 384; Douai, 17 nov. 1901, J. C., 1902, p. 1043 et 26 mars 1903, J. C., 1904, p. 355 et *Gaz. Pal.* du 30 oct. 1903. V. Weiss, *Traité*, t. V, p. 321-325.]

(2) Cass., 6 mars 1877, S., 79. 1. 305.

justice : la séparation de corps devenait donc impossible (1). Toutefois, on reconnaît, dans la pratique, la compétence des tribunaux français pour les questions d'état n'intéressant que des étrangers, quand ces questions se rattachent à une autre pour laquelle ils sont certainement compétents, et quand la femme française demande la nullité de son mariage avec un étranger : dans ce dernier cas, en effet, la nationalité même de la femme étant en cause (art. 19 C. civ.), on ne peut affirmer que le débat s'élève entre deux étrangers (2).

8° Enfin par application des règles de la procédure civile, on reconnaît que les tribunaux français sont compétents pour les demandes en intervention émanant d'étrangers et se rattachant à une demande dont ils sont déjà valablement saisis (3). De même, quand un créancier étranger a plusieurs débiteurs dont l'un est Français, il peut assigner ses débiteurs étrangers devant le tribunal du domicile de ce dernier (art. 59, al. 2 Pr. civ.) (4). Cependant, ce qui est difficile à concilier avec la première des deux solutions précitées, on n'admet pas qu'un tribunal compétent pour statuer sur la demande d'un Français contre un étranger puisse connaître de la demande en garantie exercée par le défendeur étranger contre un autre étranger (5).

183. La rigueur du système adopté par la jurisprudence, en ce qui concerne la compétence pour les contestations entre étrangers, est encore atténuée par le caractère qu'elle attribue à l'incompétence des tribunaux français en pareil cas. Il ne s'agit en effet, dit-on, que d'une incompétence relative et non absolue, *ratione personæ* et non *ratione materiæ*.

De là découlent les trois conséquences suivantes :

(1) Cass., 16 mai 1849, S., 49. 1. 478; V. aussi Trib. Seine, 23 fév. 1883, J. C., 1883, p. 398, V. Renault, 1885, *Examen doctrinal, Rev. critique,* p. 579-582. Cpr. Trib. Seine, 16 juill. 1886, J. C., 1886, p. 707.

(2) Lyon, 21 juin 1871, S., 72. 2. 206; Paris, 2 mars 1868, S., 69. 2. 332; Trib. Seine, 2 juin 1872, S., 72. 2. 248.

(3) Cass., 7 juil. 1845, S., 45. 1. 728; Lyon, 21 juin 1871, S., 72. 2. 201; [Cass., 1er août 1873, S., 1873. 1. 101].

(4) Aix, 25 janv. 1877, J. C., 1877, p. 227; Cass., 16 mars 1883, S., 83. 1. 259 et 2 août 1876, J. C., 1876, p. 360; Cass., 26 déc. 1899, *Gaz. Trib.,* 3 mars 1900; D. P., 1900. 1. 90; *Pand. fr. pér.*, 1900. 5. 8.

(5) Cass., 17 juil. 1877, S., 77. 1. 449; V. Demangeat, J. C., 1877, p. 109; Cpr. Montpellier, 6 juin 1895, J. C., 1896, p. 142. [M. Glasson a critiqué avec beaucoup de force cette jurisprudence, J. C., 1881, p. 129 et M. Weiss, *Traité,* t. V. p. 337, note 1, s'associe à ces critiques justifiées].

1° Les parties peuvent ne pas se prévaloir de cette incompétence par une renonciation expresse, ou même tacite, par exemple en contractant en France et en déclarant que l'obligation y sera exécutée (1);

2° Cette incompétence doit être invoquée *in limine litis*; en engageant l'instance quant au fond, les parties sont censées renoncer à l'invoquer; on ne pourrait donc la proposer pour la première fois en appel ou en cassation (art. 169 Pr. civ.) (2);

3° Enfin, si les parties ne font pas valoir cette incompétence, les tribunaux peuvent d'eux-mêmes se refuser à connaître de l'affaire (3). Du reste, pour les juges comme pour les parties, cette incompétence est couverte par le fait qu'elle n'a pas été invoquée au début de l'instance, devant le premier degré de juridiction.

Le caractère relatif de l'incompétence dont il s'agit est accepté par la majorité des auteurs comme par la jurisprudence; mais il faut avouer qu'il se concilie assez mal avec le système même adopté pour la question de compétence dans les contestations entre étrangers. Si, en effet, on refuse aux étrangers l'accès de nos tribunaux, c'est que l'on considère le droit de saisir la justice française comme un droit civil *stricto sensu*, dont la jouissance est réservée aux nationaux (art. 11 C. civ.); or, les règles relatives à la jouissance des droits civils sont d'ordre public, et l'on ne comprend pas qu'il puisse y être dérogé par le consentement des parties ou des magistrats. Aussi quelques arrêts, d'ailleurs isolés, ont-ils déclaré, logiquement avec le principe général admis par la jurisprudence, que l'incompétence à l'égard des étrangers est absolue et qu'on peut l'invoquer en tout état de cause (4).

En appliquant aux étrangers les principes de droit commun en matière de compétence, on décidera simplement que les tribunaux français seront incompétents si le défendeur n'a en France ni

(1) [Cass., 8 avril 1851, S., 51. 1. 335; Montpellier, 9 mai 1890, S., 92. 2. 240 et D. P., 91. 2. 197; Paris, 6 mai 1897, J. C., 1897, p. 792. — Cpr. Cass., 7 mars 1870, S., 1872. 1. 381 et D. P., 1872. 1. 326; Trib. sup. Monaco, 10 mai 1892, J. C., 1893, p. 453; Paris, 18 mai 1901, J. C., 1903, p. 613.]

(2) Cass., 5 mars 1879, S., 79. 1. 208; [Trib. Seine, 4 juillet 1902, 21 janv. 1903, 3 avril 1903, 24 juin 1903, *Bull. prat. de dr. int. privé*, 1902. 1. 261; 1903. 1. 87, 173 et 267.]

(3) Cass., 17 juil. 1877, S., 77. 1. 449; Cass., 10 mars 1858, S., 58. 1. 529; Cass., 4 fév. 1891, S., 91. 1. 449; [Trib. comm. Seine, 3 déc. 1895 et 15 sept. 1899; J. C., 1897, p. 1016, et 1901, p. 543; Douai, 9 août 1900, J. C., 1901, p. 346.]

(4) Alger, 4 mars 1874, S., 74. 2. 103; Paris, 24 août 1875, S., 75. 2. 212.

domicile, ni résidence, et, comme il s'agit bien en pareil cas d'une incompétence *ratione personæ*, on devra la faire valoir *in limine litis*, de même que si des Français étaient seuls engagés dans le débat (art. 169 Pr. civ.).

Mais, après le rejet du déclinatoire d'incompétence, l'étranger devra se borner à faire appel, sans recourir directement et *omisso medio*, à la Cour de cassation, afin d'obtenir un règlement de juges, ainsi que peuvent le faire les Français en vertu de l'ordonnance de 1737, art. 19, que l'on applique encore. La Cour de cassation ne peut, en effet, opérer un règlement de compétence entre les tribunaux français et étrangers, ces derniers ne relevant pas de son autorité. L'ordonnance de 1737 ne pourrait être invoquée par l'étranger défendeur que s'il soutenait qu'il a son domicile dans le ressort d'un tribunal français autre que celui devant lequel il a été assigné (1).

Le défendeur étranger ne pourrait pas non plus invoquer la litispendance, en se fondant sur ce que l'affaire est déjà portée devant un tribunal étranger : la litispendance n'est possible qu'entre deux tribunaux français. Cependant, en prouvant qu'il a son domicile dans le ressort du tribunal étranger déjà saisi de l'affaire, le défendeur pourra réussir dans son déclinatoire de compétence, bien qu'il ait qualifié à tort son exception de litispendance (2).

Si enfin le défendeur ne se prévaut pas de l'incompétence, le tribunal peut se refuser à connaître du litige sans déni de justice, puisqu'il n'est pas compétent *ratione personæ*, le défendeur n'ayant dans le ressort ni domicile ni résidence. Exceptionnellement, les juges de paix doivent accepter l'arbitrage que leur soumettent les

(1) [Cass., 25 janv. 1825, D. A., v° *Droits civils*, n. 326; 21 janv. 1847, S., 47. 1. 818; Cass., 24 déc. 1890, *Rev. prat. de dr. int. privé*, 1890-91. 1. 210.]

(2) [S'il paraît acquis que l'art. 171 Pr. civ. ne vise que la litispendance entre deux tribunaux français (Cass., 7 sept. 1808, Sir. chr.; Trib. comm. Lyon, 5 juin 1908, J. C., 1909, p. 463), il n'en est pas moins souhaitable qu'une entente internationale intervienne entre les Etats pour assigner à la compétence judiciaire des bases uniformes et pour admettre l'exception de litispendance entre les tribunaux des Etats contractants comme la convention franco-belge du 8 juillet 1899 (art. 4 § 1) l'a admise dans les rapports de la France et de la Belgique. V. Asser et Rivier, *Elém.*, p. 153; Pillet, *Principes*, p. 236 et suiv.; Weiss, *Traité*, t. V, n. 47-52; *Résol. de l'Inst. de droit intern.*; La Haye, 1875, *Ann. de l'Inst.*, t. I, p. 80 et 90; Traités de Montevideo en 1889, art. 56-66, J. C., 1896, p. 447; Ghirardini, *La litispendenza nel dir. civ. process. intern.*, *Rivista di dir. int.*, 1907, p. 229-250 et 318-334. V. ci-dessous, n. 200 *in fine*.]

parties qui ne relèvent pas de leur juridiction (art. 7 Pr. civ.); peu importe qu'il s'agisse d'étrangers ou de Français.

Il est à noter cependant que l'incompétence dont il vient d'être parlé, quoique relative en principe, peut devenir absolue en vertu des traités. Ainsi la convention franco-suisse du 15 juin 1869, art. 11, dispose que, dans les cas où les tribunaux des deux pays seront incompétents *d'après les règles contenues dans le traité*, ils devront se dessaisir d'office, le défendeur fût-il absent. La jurisprudence a appliqué cet article aux actions non prévues dans le traité, par exemple aux actions d'état : ainsi il a été jugé que les tribunaux français devaient se déclarer d'office incompétents, même en l'absence du défendeur, pour une action en divorce entre deux époux suisses (1). Mais l'art. 11 du traité de 1869 s'imposant aux tribunaux suisses comme aux tribunaux français, il en résulterait que, pour toutes les actions non prévues dans le traité, les magistrats des deux pays se déclareraient d'office incompétents et l'on aboutirait ainsi à un véritable déni de justice. En réalité, l'art. 11 ne s'applique qu'aux actions prévues dans le traité et, suivant ses propres termes, n'impose la déclaration d'incompétence aux tribunaux que dans le cas où ils sont saisis contrairement aux dispositions des *articles précédents*. Pour les actions non prévues dans le traité, telles que les actions d'état, on applique le droit commun de chaque pays.

On prétend que l'art. 11 s'imposerait comme une règle d'ordre public même si les parties acceptaient volontairement la compétence du tribunal dans une affaire dont il ne devrait pas connaître d'après le traité, car l'art. 11 de la convention de 1869 a eu pour but d'abroger l'art. 3 du traité de 1828, d'après lequel les juges devaient statuer quand les plaideurs n'invoquaient pas l'incompétence (2). Cependant on peut objecter que les règles de compétence ou de procédure fixées dans un traité, en tant qu'elles constituent une faveur par rapport au droit commun, ne s'imposent pas aux parties, qui peuvent ne pas en user si elles y trouvent un avantage. C'est ainsi que les parties peuvent préférer le droit

(1) Paris, 26 mars 1889, *Le Droit,* 5 mai 1889. V. toutefois l'évolution jurisprudentielle signalée ci-dessous, n° 184 *in fine,* p. 580, note 2.]

(2) Paris, 18 juill. 1870, S., 71. 2. 77; Paris, 26 mars 1889, *Le Droit,* 5 avril; Paris, 28 mai 1884, J. C., 1884, p. 614; Rennes, 21 fév. 1881, S., 82. 2. 111. — *Contrà :* Rouen, 12 mai 1875, J. C., 1875, p. 356; Trib. civ. de Genève, 15 mars 1879 et cour de Genève, 16 avril 1880, J. C., 1880, p. 399 et 400; Cour de Genève, 18 fév. 1889, *Le Droit,* 20 nov. 1889.

commun à un traité relatif à l'exécution des jugements (1). D'autre part, le protocole du traité de 1869 montre bien que le but de l'art. 11 est de faciliter au défendeur, même absent, le moyen de se prévaloir de l'exception d'incompétence, et non d'imposer cette exception aux parties comme une règle d'ordre public (2).

185. Traités. Les traités établissent parfois d'une manière formelle la compétence des tribunaux français dans les contestations entre étrangers de certains pays.

1° La convention franco-suisse du 15 juin 1869 dispose (art. 2) que, dans les procès entre Suisses domiciliés en France ou y ayant un établissement commercial, le demandeur peut saisir le tribunal du lieu où se trouve le domicile ou l'établissement du défendeur ; la réciproque existe pour les Français en Suisse.

La règle est la même si un Suisse poursuit un étranger d'un autre pays domicilié ou résidant en France, ou si un Français poursuit un autre étranger qui a en Suisse son domicile ou sa résidence (3).

Nous pensons que si le demandeur suisse n'a pas, comme le défendeur, également Suisse, son domicile ou un établissement commercial dans le pays où le procès est engagé, cela n'empêchera pas le tribunal du lieu où le défendeur a son domicile ou son établissement de commerce de se déclarer compétent; sinon en effet, les demandeurs suisses en France seraient plus mal trai-

(1) Cass., 5 mars 1888, S., 88. 1. 313.

(2) [Planteau, *De l'interprét. jurisprud. des dispositions de la conv. franco-suisse de 1869 sur la compét. judic.*, J. C., 1908, p. 24 et suiv. : le savant magistrat constate que la jurisprudence a parcouru trois étapes dans l'interprétation des art. 2 et 11 de cette convention; en 1870, la troisième chambre de la cour de Paris, par un arrêt du 8 juillet (S., 71. 2. 177; D. P., 71. 2. 11), déclare que l'incompétence résultant de l'art. 11 du traité est d'ordre public et qu'il n'appartient pas aux parties de modifier par leur adhésion le partage de juridiction que ce traité établit entre les tribunaux suisses et les tribunaux français; au contraire, en 1875, la cour de Rouen, le 12 mai (S., 77. 2. 105), décide que cette incompétence est une exception personnelle à laquelle les parties peuvent renoncer; enfin, en 1905, la 3e chambre de la cour de Paris, par arrêt du 26 mai 1905 (J. C., 1905, p. 993 et la note), affirme nettement que, si l'art. 11 impose aux tribunaux suisses et aux tribunaux français l'obligation de se déclarer incompétents dans les cas où les articles précédents ont exclu leur compétence, il n'en résulte pas qu'ils doivent se déclarer incompétents dans les espèces non prévues par ces articles de la convention franco-suisse. La cour de Genève a ainsi interprété la convention dès 1880. Souhaitons que la jurisprudence inaugurée en 1905 par la cour de Paris soit définitive.]

(3) Pour l'interprétation de ces clauses, V. jurisprudence dans Vincent et Penaud, v° *Compétence,* n. 467 et suiv.; V. ci-dessus, n. 182, p. 569.

tés que les autres étrangers. Au surplus, le traité de 1869 n'exige pas que le Suisse qui assigne en France un étranger appartenant à puissance tierce et domicilié ou faisant le commerce dans notre pays ait lui-même son domicile ou son établissement commercial sur notre territoire; *à fortiori,* ne faut-il pas se montrer plus exigeant quand, dans les mêmes conditions, il assigne un autre Suisse (1).

2° D'après tous les traités qui ont été déjà signalés comme abrogeant la nécessité de fournir la *cautio judicatum solvi* par la clause en vertu de laquelle les nationaux des deux pays auront *libre et facile accès auprès des tribunaux*, pour poursuivre et défendre leurs droits, à tous les degrés de juridiction, les tribunaux français sont compétents pour trancher les litiges s'élevant entre des nationaux des pays qui ont conclu avec la France ces traités, si le défendeur a en France son domicile ou sa résidence. Si le demandeur seul appartient à un pays ayant passé un traité avec la France, il faut, pour que nos tribunaux soient compétents, que le défendeur ait son domicile dans notre pays, sans quoi on donnerait à ce demandeur étranger le bénéfice de l'art. 14 C. civ. auquel il n'a pas droit (2). Les traités contenant *la clause de la nation la plus favorisée* peuvent aussi être invoqués comme accordant le libre et facile accès en justice avec les mêmes conséquences. Cela cependant ne peut être raisonnablement admis que pour les traités qui accordent cette faveur au point de vue de la condition générale des étrangers, et non pour ceux dont l'objet est limité à un point spécial, par exemple à la liberté du commerce et de la navigation ou à des avantages de douane (3).

Il a été jugé, avec raison, que le traité d'Utrecht du 11 avril 1713 n'accorde aux Anglais aucune faveur au point de vue de la compétence (4); mais, d'après le système qui a été déjà développé, il faudrait leur appliquer le droit commun de l'art. 59 Pr. civ.

( ) [V. Planteau, J. C., 1908, p. 29.]

(2) Paris, 18 fév. 1902, J. C., 1902, p. 573. — Cpr. Cass., 3 juin 1885, note J. C., 1885, p. 554.

(3) V. J. C., 1878, p. 382 et 1883, p. 610; Cass., 22 juillet 1886, J. C., 1886, p. 583; [Alger, 16 mai 1890, D. P., 90. 2. 293; Trib. comm. Seine, 27 novembre 1907 et Paris, 4e ch., 27 nov. 1908, J. C., 1909, p. 460 et la note : la Cour d'Alger refuse aux Allemands la faculté d'invoquer, en vertu de l'art. 11 du traité de Francfort, le traité franco-suisse de 1869, en matière civile; et la Cour de Paris étend cette solution aux matières commerciales et l'applique à une société allemande.]

(4) Cass., 27 janv. 1847, S., 57. 1. 161.

3° Le traité franco-badois du 16 avril 1846, étendu à l'Alsace-Lorraine par la convention de Francfort du 11 décembre 1871, règle ainsi qu'il suit les questions de compétence dans son art. 2 : *a)* en matière personnelle et mobilière, tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur; *b)* en matière réelle, celui de la situation de l'objet litigieux; *c)* en matière de succession, celui du lieu de l'ouverture de la succession; *d)* en matière de sociétés, celui du siège social; *e)* enfin celui du lieu où il a été fait élection de domicile.

De ce traité on devrait conclure que l'art. 14 C. civ. ne peut être invoqué par un Français contre un Badois ou un Allemand d'Alsace-Lorraine, si ce dernier n'a pas son domicile en France. Cependant, la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (1).

4° Le 8 juillet 1899 a été conclue entre la France et la Belgique une importante convention sur la compétence judiciaire et sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques (2). Nous ne nous occuperons, pour le moment, que des dispositions relatives à la compétence en général, pour traiter en leur lieu de celles qui sont relatives à la compétence en matière de tutelle, de succession, de faillite et à l'exécution des jugements.

En matière civile et commerciale, les Français en Belgique et les Belges en France sont régis par les mêmes règles de compétence que les nationaux (art. 6, § 1). De là résulte, à l'égard des Belges, la non application de l'art. 14 C. c., ainsi que de l'art. 15 (art. 1, § 3). Donc les tribunaux français doivent connaître des contestations entre Belges ou entre Belges et autres étrangers. Cependant, les Belges ne peuvent se prévaloir de l'art. 14 C. c. à l'égard des étrangers, que s'ils ont été autorisés à fixer leur domicile en France et tant qu'ils y résident (art. 13 C. c.). En principe, pour tous les cas où la Convention n'établit pas de règle de compétence commune pour les deux pays, la compétence est réglée, dans chacun, par sa législation propre (art. 10). Les règles de compétence commune acceptées par les deux Etats sont les suivantes :

(1) Paris, 20 mars 1879, *Gaz. des Trib.*, 29 mars 1879.

(2) *J. off.*, 1er août 1900 et J. C., 1900, p. 899. La convention est conclue pour cinq ans, avec tacite reconduction d'année en année. — V. article de M. Bernard, J. C., 1900, p. 940 et 1901, p. 324; de Paepe, *Etudes sur la compétence civile à l'égard des étrangers avec un exposé sommaire de la loi qui leur est applicable, et mises en rapport avec la convention franco-belge du 8 juill. 1899*, Paris et Bruxelles, 2 vol., 1900-1902 [et les ouvrages cités ci-dessus, n. 182, p. 567, note 4.]

a) Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence en France ou en Belgique, le demandeur belge ou français peut saisir de la contestation le juge du lieu où l'obligation est née, a été ou doit être exécutée (Règle empruntée à la loi belge du 25 mars 1876, art. 42 et 52, n. 3). Cependant les Belges conservent en France les droits que leur confère, en matière commerciale, l'art. 420 du Code de procédure civile tant qu'il restera en vigueur, de même que les Français peuvent invoquer en Belgique la loi du 25 mars 1876 tant qu'elle subsistera. De la combinaison de ces deux textes (art. 2, § 1er et 19, § 3) il résulte que la compétence du tribunal du domicile du défendeur prime, en France, celle du *forum contractûs;* tandis que, en Belgique, les Français peuvent assigner les Belges devant le tribunal du lieu où l'obligation est née ou dans lequel elle doit être exécutée, même si les défendeurs belges sont domiciliés en France (1). Au surplus, la présente convention ne dérogeait pas à la convention générale de la Haye du 14 novembre 1896 (art. 2 et 19), [pas plus qu'elle ne déroge aujourd'hui à la convention du 17 juillet 1905, qui a remplacé celle de 1896 depuis le 27 avril 1909.]

b) Quand il y a élection de domicile attributif de compétence, c'est la juridiction du domicile élu qui est seule compétente. Si cependant le domicile n'a été élu qu'en faveur de l'une des parties contractantes, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre juge compétent. D'ailleurs, tout industriel ou commerçant, toute société civile ou commerciale de l'un des deux pays, qui établit une succursale dans l'autre est réputé faire élection de domicile pour le jugement, au lieu où celle-ci a son siège (art. 3).

c) Comme conséquence de l'incompétence des tribunaux français dans les contestations entre étrangers admise par notre jurisprudence, ces tribunaux refusent de connaître des demandes en garantie ou reconventionnelles produites par un étranger contre un autre étranger, seraient-ils saisis de la demande originaire (V. n. 183 *in fine*). Au contraire, l'art. 4, § 2 de la convention franco-belge décide que les tribunaux des deux pays seront com-

(1) Cf. sur cette question, Trib. comm. de la Seine, 20 février 1901, J. C., 1901, p. 529; *id.*, 21 juin 1902, J. C., 1902, p. 1032 et Cour de Paris, 5 mars 1902, J. C., 1902, p. 565; Ch. Lachau, *Le Droit,* 2 mai 1902; L. Renault, *Bull. de la Société de législ. comp., Législation française,* XX, p. 128, note; [Trib. comm. Seine, 10 mars 1905, J. C., 1907, p. 1109; Trib. comm. Seine, 18 octobre 1907 et Paris, 19 février 1908, J. C., 1908, p. 782, et les conclusions de M. Desbayes, substitut du procureur général.]

pétents pour les demandes en garantie et reconventionnelles, lorsque la demande originaire sera pendante devant eux, à moins qu'ils ne soient incompétents à raison de la matière.

d) Les mesures provisoires ou conservatoires organisées par les législations française et belge peuvent, en cas d'urgence, être requises des autorités des deux pays, quel que soit le juge compétent pour connaître du fond (art. 9).

[En matière de saisie-arrêt, une jurisprudence constante affirme la compétence des tribunaux français pour valider, en vertu de l'art. 557 du code de procédure civile, au moins dans la première phase de la procédure où elle ne présente qu'un caractère conservatoire, la saisie-arrêt pratiquée en France par un étranger entre les mains d'un tiers pour avoir paiement de sommes qui lui sont dues par un autre étranger (1). Cette règle, déclarée applicable aux rapports de Français et de Suisses régis par le traité franco-suisse du 15 juin 1869 (2), est écartée par le traité franco-belge, dont l'art. 5 reconnaît la compétence internationale du *forum arresti*, c'est-à-dire du tribunal du pays où la saisie-arrêt a été pratiquée, pour statuer sur la demande en validité de la saisie-arrêt et sur l'existence même de la créance, à moins qu'il ne soit incompétent en raison de la matière, et sauf le cas de litispendance (3).]

186. Législation comparée. — On comprend d'autant mieux le peu de fondement de la pratique suivie par la jurisprudence française en ce qui concerne les contestations entre étrangers, qu'on voit la plupart des pays reconnaître les mêmes droits qu'à leurs nationaux aux sujets des autres Etats qui viennent réclamer justice devant leurs juridictions.

En Allemagne (4) et en Autriche-Hongrie (5), les lois nouvelles

(1) [Cass., 23 mars 1868, D. P., 1868. 2. 369, S., 1868. 1. 369; Bordeaux, 21 janvier 1895, J. C., 1897, p. 360; Trib. civ. Marseille, 3e ch., 11 juillet 1906, J. C., 1907, p. 362; Trib. civ. Auxerre (motifs), 13 janvier 1909, *Gaz. Trib.* du 17 février; Aubry et Rau, t. VIII, 4e édit., p. 149; Weiss, *Traité,* t. V, p. 325.]

(2) [Trib. civ. Auxerre, précité, 13 janvier 1909, *Gaz. Trib.* du 17 février.]

(3) [Trib. civ. Nice, 13 mars 1902, J. C., 1902, p. 796; *Bull. prat. de Droit int.,* 1902. 1. 169; Weiss, *Traité,* t. V, p. 194.]

(4) [C. pr. civ., édit. de 1898, art. 12 et 13; art. 15, § 1er; 16; 17, 24-27; 29, 30, 32; art. 23, instituant pour les plaideurs qui résident à l'étranger une compétence spéciale quant aux demandes d'intérêt pécuniaire; *Reichsgericht* de Leipzig, 21 mai 1891, 11 avril et 11 mai 1892, J. C., 1892, p. 1045, 1894, p. 569 et p. 356; Trib. rég. sup. Hambourg, 4 mars 1903, *Zeitschr. für int. Privatr.,* 1903, p. 410; Weiss, *Traité,* t. V, p. 360 et suiv.]

(5) [Loi autrichienne du 1er août 1875 sur la juridiction, art. 55; art. 88; art. 99;

sur la procédure ont laissé subsister les anciennes dispositions qui accordent aux étrangers comme aux nationaux le libre accès devant les tribunaux. Il en est de même en Angleterre et aux Etats Unis, à moins que le contrat conclu à l'étranger ne doive s'y exécuter et que le défendeur ne réside pas habituellement sur le territoire anglais ou américain (1); en Hollande, en vertu de l'art. 9 du code civil, qui assimile les étrangers aux nationaux pour la jouissance des droits civils (2) et en Espagne [(art. 51 du code de procédure civile de 1881).]

En Italie, les étrangers sont assimilés aux nationaux en ce qui concerne l'accès devant les tribunaux, en vertu de l'art. 3 du code civil, qui leur accorde tous les droits civils. Seulement, les art. 105 à 107 du code de procédure civile italien permettent d'assigner en Italie l'étranger qui n'y a pas son domicile ni sa résidence, dans quelques cas exceptionnels, notamment quand la loi du pays de cet étranger permet de procéder ainsi à l'égard d'un Italien : ainsi se manifestent contre les Français les représailles de l'art. 14 C. civ. (3).

La loi belge déclare les tribunaux de Belgique compétents pour les contestations entre étrangers dans dix cas, et spécialement si le défendeur a, en Belgique, son domicile ou sa résidence (loi du 25 mars 1876, art. 52, n. 2).

SECTION III

DES VOIES D'EXÉCUTION

187. Les voies d'exécution sont exclusivement régies par la loi du lieu où l'exécution s'accomplit, car elles se rattachent toutes à l'ordre public, soit en tant qu'elles assurent la garantie des

art. 101; art. 106-109; loi hongroise du 28 juin-1er juillet 1893 sur la procédure sommaire, art. 9; loi sur la procédure de succession du 24 juin 1894, art. 7 et 8.]

(1) Westlake, *R. D. I.*, 1874, p. 612; J. C., 1875, p. 23; [*Priv. int. law.*, 4e édit., 1905, chap. X, § 180 et suiv., p. 233 et suiv.; Cpr. Weiss, *Traité*, t. V, p. 389-391.]

(2) J. C., 1875, p. 368 et suiv.; [Trib. Amsterdam, 11 mars 1890, *Rev. prat. de Droit int. pr.*, 1890-1891. 1. 443; *id.*, 28 avril 1893, J. C., 1894, p. 184; Trib. comm. Anvers, 4 septembre 1893, J. C., 1895, p. 429; Cass. Pays-Bas, 21 juin 1901, J. C., 1903, p. 213 et 690; Cour d'appel de La Haye, 20 janvier 1902, J. C., 1903, p. 690.]

(3) [Contuzzi, *Diritto int. pr.*, 1889, p. 167 et suiv.; Cass. Turin, 30 juillet 1890, J. C., 1892, p. 288; Cass. Florence, 25 novembre 1895, J. C., 1903, p. 907; Cass., Rome, 4 avril 1891 et 9 juin 1899, J. C., 1893, p. 237 et 1902, p. 634.]

actes de justice et la sauvegarde du crédit, soit en tant qu'elles intéressent le principe de la liberté individuelle, comme la contrainte par corps. Aussi les étrangers pourront-ils user en France de toutes les mesures d'exécution organisées par notre loi, comme la saisie, et ne pourront-ils pas se prévaloir de celles qui, admises par leur législation, ne sont pas permises par la nôtre, par exemple de la contrainte par corps. Ils seront contraignables par corps en France, dans les mêmes conditions que les Français, quelles que soient les dispositions de leur loi nationale (1). Il y a lieu d'appliquer spécialement aux étrangers l'art. 822 Pr. civ., d'après lequel un créancier peut opérer, sans titre ni commandement, avec la permission du président du tribunal ou du juge de paix, la saisie-gagerie des meubles de son débiteur *forain*, c'est-à-dire domicilié ailleurs, qui se trouvent dans sa commune ; mais l'étranger ne mérite plus la qualification de forain s'il est domicilié, même sans l'autorisation de l'art. 13 C. civ., dans la même commune que le créancier, et l'art. 822 Pr. civ. est inapplicable.

Quelques difficultés se présentent pour les saisies-arrêts ou oppositions. Un étranger peut certainement pratiquer des saisies semblables contre un Français (2); mais le pourrait-il contre un autre étranger? On sait que, ces saisies une fois opérées, il faut assigner le débiteur en validité de saisie, dans un délai de huit jours augmenté d'après les distances, devant le tribunal de son domicile (art. 563, 565, 567 Pr. civ.). On en a conclu qu'entre étrangers cette saisie est impossible, car l'assignation en validité ne pourrait avoir lieu, les tribunaux français étant incompétents dans les contestations entre étrangers (3). Mais aujourd'hui, on décide généralement que les étrangers peuvent opérer des saisies-arrêts contre d'autres étrangers, parce qu'il s'agit d'une mesure conservatoire nécessaire pour sauvegarder le crédit et, par conséquent, l'ordre public (art. 3 C. civ., alin. 1er). Toutefois, on accorde au saisissant un délai pour obtenir devant le tribunal étranger la validation de la saisie; le jugement du tribunal étranger est ensuite revêtu de la formule exécutoire en France pour assurer le maintien de la saisie (art. 2123 C. civ.) (4).

(1) Cass., 3 avril 1897, J. C., 1897, p. 1017.

(2) V. J. C., 1882, p. 95 et suiv.

(3) Paris, 24 avril 1841, S., 41. 2. 637; Douai, 12 juill. 1844, S., 44. 2. 491.

(4) Cass., 23 mars 1868, S., 68. 1. 328; Paris, 8 avril 1874, S., 76. 2. 145. — V. ci-dessus, n. 185 *in fine*, p. 584.

Dans l'opinion qui a été adoptée ci-dessus pour la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, on décidera que l'assignation en validité de saisie-arrêt pourra et devra être portée devant le tribunal du lieu où le débiteur a son domicile ou sa résidence (art. 59 Pr. civ.); ce n'est que dans le cas où ce débiteur serait domicilié à l'étranger qu'il y aurait lieu d'employer le procédé suivi dans la pratique (1). D'après la convention franco-belge du 8 juillet 1899, art. 5, le juge belge ou français compétent pour statuer sur la demande en validité ou en main-levée d'une saisie-arrêt, l'est également pour connaître de l'existence de la créance, à moins qu'il ne soit incompétent à raison de la matière, et sauf le cas de litispendance (2).

SECTION IV

DES COMMISSIONS ROGATOIRES

188. On appelle commission rogatoire la requête qu'un juge adresse à un autre juge pour le prier de faire quelque acte judiciaire de procédure ou d'instruction, ou de fournir quelque renseignement dans l'intérêt de la justice. Parfois la loi d'un pays oblige les tribunaux à répondre à cette requête émanant d'un tribunal d'un autre pays; parfois cette obligation résulte d'un traité : c'est ainsi que la convention franco-suisse du 15 juin 1869, art. 21, contient l'engagement de faire exécuter les commissions rogatoires venant des juges respectifs des deux pays, à moins d'opposition d'après la loi du pays où la commission doit être exécutée, et dispose que ces commissions seront toujours transmises par la voie diplomatique (3). En dehors des deux cas

(1) V. pour l'examen direct par les tribunaux français de la validité des saisies-arrêts pratiquées par des étrangers contre des étrangers : Bordeaux, 21 janvier 1895, J. C., 1897, p. 360; Paris, 19 mai 1897, *id.*, 1898, p. 1088; Cpr. Rennes, 7 août 1891, *id.*, 1892, p. 720. — V. J. C., 1890, p. 348 et suiv.; [Trib. civ. Auxerre, précité, 13 janvier 1909, *Gaz. des trib.* du 17 février.]

(2) [Trib. Nice, précité, 13 mars 1902, J. C., 1902, p. 796.]

(3) L'Institut de Droit international a émis le vœu que les commissions rogatoires fussent transmises directement au tribunal étranger, sauf intervention ultérieure des gouvernements intéressés, s'il y a lieu (session de Zurich, *Annuaire de l'Institut,* II, p. 151). — En France, les magistrats ne pouvaient adresser de commissions rogatoires à l'étranger que par la voie diplomatique (circ. 13 nov. 1885, *Bull. Justice,* 1885, p. 208, [jusqu'au 27 avril 1909, date de l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 17 juillet 1907, qui a substitué à la voie diplomatique la voie consulaire. Chaque Etat signataire, la France en particulier,

précités, c'est volontairement et sans y être obligés autrement que par le désir de favoriser le service de la justice et les bonnes relations internationales, que les tribunaux d'un pays consentent à répondre à la requête qui leur est adressée par des juges étrangers (1). Cependant, en raison des avantages immenses que présente cette façon de procéder, par exemple pour interroger des témoins qui sont domiciliés dans un pays lointain ou pour avoir des indications sur une loi étrangère à appliquer, les commissions rogatoires sont universellement acceptées, sous la condition de réciprocité et pourvu que leur exécution ne soit pas contraire aux lois du pays où elle doit avoir lieu. Seuls, peut-être, les juges anglais et des Etats-Unis n'adressent pas de commissions semblables aux tribunaux étrangers : ils délèguent quelques-uns d'entre eux, ou même des citoyens anglais ou américains établis à l'étranger, pour accomplir les actes d'instruction qui leur sont nécessaires. Il va sans dire que les particuliers, par exemple les témoins appelés, n'ont pas l'obligation de se soumettre à ce que l'on demande d'eux ainsi, les autorités étrangères n'ayant aucun pouvoir sur le territoire où ils se trouvent. Les autorités locales pourraient même, à la rigueur, s'opposer à ces actes d'instruction judiciaire qui constituent un empiètement sur l'indépendance des Etats (2).

aura à examiner s'il ne conviendrait pas d'autoriser les parquets à communiquer directement avec les agents diplomatiques et consulaires, au moins dans les pays de langue française. V. *Exposé des motifs* du projet de loi portant approbation de la convention de La Haye du 17 juillet 1905 sur la procédure civile. Sénat, 1908, sesss. extr., n. 343, Annexe au procès-verbal du 10 décembre 1908, p. 8.]

(1) Trib. 1re inst. Tunis, 10 juin 1908, J. C., 1908, p. 463. C'est à bon droit que ce jugement affirme qu'un tribunal étranger (belge, dans l'espèce) qui accomplit une commission rogatoire n'est soumis à aucun contrôle de la part du juge qui l'a commis et que celui-ci ne peut fixer au tribunal étranger un délai pour exécuter la commission rogatoire. Mais, dans ses motifs qui insistent complaisamment sur « l'acte gracieux de courtoisie internationale » qu'accomplit le tribunal étranger qui accepte une commission rogatoire, le tribunal de Tunis ne paraît-il pas avoir un peu trop perdu de vue la convention de La Haye du 16 novembre 1896, en vigueur le 10 juin 1908 (date du jugement), dont l'art. 7, conforme en cela à l'art. 11 de la convention du 17 juillet 1905, déclare que « l'autorité judiciaire à laquelle la commission est adressée sera obligée d'y satisfaire » ?]

(2) [Devant le refus de témoins français, habitant Paris, de comparaître devant un commissaire nommé par un tribunal anglais, un *barrister* (avocat) ou *solicitor* (avoué anglais), comme cela se fait d'ordinaire, la Haute Cour de justice, division du Banc du Roi, a rendu une ordonnance contradictoire autorisant le demandeur à adresser des lettres de requête (commission rogatoire) à la cour d'appel de Paris pour entendre ces témoins (17 novembre 1905), J. C., 1907, p. 1052.]

Quant à la façon dont doivent agir les juges chargés d'une commission rogatoire, il y a lieu de rappeler les principes déjà indiqués. Pour les formes de procéder et la manière de produire les preuves, par exemple les formalités de l'audition des témoins, les *ordinatoria litis* en un mot, ils suivront leur propre loi. On peut signaler, à ce propos, l'art. 334 du code de procédure civile allemand de 1877, d'après lequel, si l'administration d'une preuve devant une autorité étrangère a eu lieu conformément aux lois du pays où siège le tribunal saisi du procès, on ne pourra se prévaloir de ce qu'elle serait défectueuse d'après les lois du pays étranger.

Pour les questions de fond, les *decisoria litis*, les juges commissaires appliqueront la loi qui régit le rapport juridique en question. Ils se bornent à exécuter les points qui leur sont soumis, et si une difficulté s'élève quant au fond du litige, ils renvoient les parties devant le tribunal étranger saisi du procès (V. code de procédure allemand, art. 331).

Dans la pratique, on peut adresser les commissions rogatoires, soit à des magistrats étrangers, soit aux agents diplomatiques ou aux consuls quand ceux-ci sont en mesure de les exécuter. Mais c'est à ces derniers qu'il faut s'adresser, à l'exclusion des magistrats locaux, dans les pays hors chrétienté soumis au régime des capitulations ou de conventions analogues (1).

SECTION V

TRAITÉ D'UNION DE LA HAYE (2)

189. [L'union internationale, établie en matière de procédure civile en 1896 et maintenue en même temps que perfectionnée en 1905, a pour objet d'instituer entre la plupart des États européens le régime international relatif à la communication des actes judiciaires et extrajudiciaires, à l'échange des commissions rogatoires

(1) Cass., 18 août 1836, S., 36. 1. 795.

(2) [Ce traité du 17 juillet 1905, destiné à remplacer à compter du 27 avril 1909 la convention du 14 novembre 1896 et le protocole additionnel du 22 mai 1897 que la France, l'Allemagne, l'Espagne et les Pays-Bas ont dénoncée et dont les effets ont cessé, en ce qui concerne ces pays, le 26 avril 1909, règle, dans plusieurs matières de droit international privé relatives à la procédure civile les rapports entre la France, l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Suisse. V. ci-dessus, n. 17, p. 56.]

en matière civile et commerciale, à l'assistance judiciaire gratuite, à l'exemption de la caution *judicatum solvi* et de la contrainte par corps.

Ces matières distinctes se rattachent au même ordre d'idées : il s'agit de faciliter les rapports internationaux au point de vue de la procédure et l'on peut concevoir, suivant la remarque ingénieuse qui a été présentée, que les diverses dispositions de la convention trouvent leur application dans la même affaire : un étranger fait un procès devant le tribunal de l'un des Etats contractants ; il invoque la dispense de la caution *judicatum solvi ;* il demande le bénéfice de l'assistance judiciaire ; au cours du procès, il peut y avoir des significations à faire ou des commissions rogatoires à exécuter dans un autre Etat contractant.]

[En chacune de ces matières, déjà réglées par la convention de 1896, la nouvelle convention de 1905 a apporté des changements sur la demande de la délégation française à la conférence de La Haye ou d'accord avec elle : M. L. Renault, l'un des délégués de la France, a été le président et le rapporteur de la commission qui s'est spécialement occupée, à la conférence de 1904, de la convention relative à la procédure civile. Les changements adoptés en 1904 et consacrés par la convention du 17 juillet 1905 ne peuvent qu'être avantageux à tous les Etats signataires.]

[Nous avons signalé et justifié ces changements en ce qui concerne la communication des actes judiciaires et extrajudiciaires et la caution *judicatum solvi* (v. ci-dessus, n. 171, p. 530 et n. 176, p. 549).]

[Quant aux commissions rogatoires en matière civile et commerciale, la plus importante modification apportée à l'état de choses établi en 1896 est la substitution, pour la transmission de ces mandats judiciaires, de la voie consulaire à la voie diplomatique, dans les mêmes conditions et pour les mêmes raisons qu'en ce qui regarde la communication des actes judiciaires ou extrajudiciaires. De quelle façon la communication parviendra-t-elle aux consuls? C'est une question de droit interne que chaque Etat règlera à son gré : la France aura à examiner s'il ne faudrait pas autoriser les parquets à correspondre directement en cette matière avec les agents diplomatiques et consulaires, au moins dans les pays de langue française.]

[D'autres additions donnent une existence officielle à des pratiques reconnues avantageuses. Ainsi, on a spécifié que les mêmes moyens de contrainte doivent être employés — sauf en ce qui

concerne la comparution des parties — tant pour l'exécution des commissions rogatoires étrangères que pour celle de mandats émanant des autorités de l'Etat requis. Ainsi encore, on a inscrit dans le texte de la convention l'obligation, pour l'Etat requis, de prévenir les autorités requérantes des dates et heures d'exécution des commissions rogatoires, ces renseignements étant réclamés dans certaines législations étrangères.]

[La convention de 1905 règle enfin deux points que celle de 1896 avait laissés dans l'ombre : l'exécution des commissions rogatoires décernées par les tribunaux étrangers aux agents diplomatiques et consulaires et le remboursement des frais occasionnés par l'exécution des mandats judiciaires. A l'égard du remboursement de ces frais, la lecture du texte de la convention se suffit à elle-même. Quant aux commissions rogatoires, certains pays, tels que le nôtre (ordonnance du 29 novembre 1833 sur les fonctions judiciaires des consuls en pays de chrétienté), admettent que les autorités judiciaires peuvent charger les consuls d'accomplir certains actes d'instruction à l'étranger. Cette pratique, très avantageuse dans certains cas, ne saurait être envisagée comme un empiètement sur la souveraineté territoriale, car nos agents n'accomplissent ces actes d'instruction que lorsque la commission rogatoire peut être exécutée sans contrainte. Il a été pourtant stipulé que le droit du consul ne serait indiscutable qu'au cas où le mandat judiciaire viserait un de ses ressortissants et que, pour que le consul puisse interroger un national du pays de sa résidence, il serait nécessaire que l'Etat où doit s'exécuter la commission rogatoire le tolérât.]

[En matière d'assistance judiciaire gratuite, la convention de 1905 innove sur deux points : 1° elle admet la délivrance, par les agents diplomatiques ou consulaires, du certificat d'indigence nécessaire à l'obtention de l'assistance judiciaire, lorsque les autorités du pays où se trouve l'indigent ne délivrent pas de semblables pièces; 2° elle étend à l'assistance judiciaire les dispositions relatives aux frais de commissions rogatoires et de significations. Elle est muette sur le mode d'obtention d'assistance judiciaire. « Il semble, a dit M. L. Renault, qu'il est conforme à l'esprit de l'institution que l'autorité qui est chargée de statuer puisse être saisie sans frais et sans formalités par une simple pétition de l'intéressé, que, spécialement, il ne soit pas besoin de la constitution d'un avoué ou d'un avocat ».]

[La modification contenue dans l'art. 24 de la convention relatif

à la contrainte par corps vise le cas tout particulier d'un étranger astreint à la contrainte par corps dans un pays qui admet cette mesure en matière civile et commerciale : un fait se produisant en dehors de ce pays et de nature à lever la contrainte par corps, la faillite, par exemple, aura, en ce qui concerne la contrainte, le même effet que s'il s'était produit dans l'Etat où se trouve l'intéressé.]

[Dans ses dispositions finales la convention du 17 juillet 1905 règle les conditions de sa ratification, de la durée de son application et des facultés d'adhésion et de dénonciation.]

[Des difficultés s'étaient élevées sur la question de savoir si la convention de 1896 était applicable aux colonies des Etats contractants et aux pays dans lesquels leurs consuls exercent la juridiction. La France avait toujours pensé que cet acte diplomatique était seulement applicable aux territoires européens des Etats signataires, rien dans son texte ni dans ses travaux préparatoires n'indiquant la volonté des contractants d'en étendre la sphère d'application. La convention de 1905 a adopté la thèse française en indiquant la procédure à suivre lorsqu'une des puissances signataires jugera bon d'étendre les dispositions de ce traité à ses colonies ou à ses juridictions consulaires.]

[L'Etat contractant qui désire la mise en vigueur de la convention nouvelle *dans ses territoires, possessions et colonies situés hors de l'Europe*, notifiera son intention à cet effet par l'intermédiaire du gouvernement néerlandais. Il pourra, naturellement, suivant ses convenances, faire une notification générale ou des notifications spéciales concernant telles possessions, telles colonies, la même solution pouvant ne pas convenir à toutes. Les notifications seront communiquées par le gouvernement néerlandais à chacun des autres Etats contractants, qui examinera s'il lui convient d'admettre cette extension de la convention : si le résultat de cet examen est favorable, il n'aura qu'à répondre par une déclaration affirmative à la notification.]

[Telles sont les modifications que la convention du 17 juillet 1905 a apportées dans les relations entre les Etats qui l'ont ratifiée ou qu'elle apportera dans les relations entre ceux qui y adhèreront quant aux matières de procédure civile qu'elle réglemente. Ces modifications constituent un réel progrès. « Cette convention, instrument d'une grande souplesse, dit l'*Exposé des motifs* précité, qui a tenu compte des différences de législation en cette matière, de façon que les mesures qu'elle édicte puissent s'appliquer,

sans contrarier aucune disposition législative ou conventionnelle, paraît de nature à améliorer les rapports internationaux, chaque jour plus fréquents, et à faciliter l'exécution rapide d'une meilleure justice dans tous les pays contractants » (1).]

[Voici le texte de la convention du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile.]

I. *Communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires.*

ARTICLE PREMIER. — En matière commerciale, les significations d'actes à destination de personnes se trouvant à l'étranger se feront, dans les Etats contractants, sur une demande du consul de l'Etat requérant adressée à l'autorité qui sera désignée par l'Etat requis. La demande contenant l'indication de l'autorité de qui émane l'acte transmis, le nom et la qualité des parties, l'adresse du destinataire, la nature de l'acte dont il s'agit, doit être rédigée dans la langue de l'autorité requise. Cette autorité enverra au consul la pièce prouvant la signification ou indiquant le fait qui l'a empêchée.

Toutes les difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de la demande du consul seront réglées par la voie diplomatique.

Chaque Etat contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres Etats contractants, qu'il entend que la demande de signification à faire sur son territoire, contenant les mentions indiquées à l'alinéa 1er, lui soit adressée par la voie diplomatique.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats contractants s'entendent pour admettre la communication directe entre leurs autorités respectives.

ART. 2. — La signification se fera par les soins de l'autorité compétente de l'Etat requis. Cette autorité, sauf les cas prévus dans l'art. 3, pourra se borner à effectuer la signification par la remise de l'acte au destinataire qui l'accepte volontairement.

ART. 3. — Si l'acte à signifier est rédigé, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux Etats intéressés, ou s'il est accompagné d'une traduction dans l'une de ses langues, l'autorité requise, au cas où le désir lui en serait exprimé dans la demande, fera signifier l'acte dans la forme prescrite par sa législation intérieure pour l'exécution de signifi-

(1) *Exposé des motifs* précité, p. 8 et 13.

cations analogues, ou dans une forme spéciale, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à cette législation. Si un pareil désir n'est pas exprimé, l'autorité requise cherchera d'abord à effectuer la remise dans les termes de l'art. 2.

Sauf entente contraire, la traduction prévue dans l'alinéa précédent sera certifiée conforme par l'agent diplomatique ou consulaire de l'Etat requérant ou par un traducteur assermenté de l'Etat requis.

ART. 4. — L'exécution de la signification prévue par les art. 1, 2 et 3 ne pourra être refusée que si l'Etat sur le territoire duquel elle devrait être faite, la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

ART. 5. — La preuve de la signification se fera au moyen, soit d'un récépissé daté et légalisé du destinataire, soit d'une attestation de l'autorité dé l'Etat requis, constatant le fait, la forme et la date de la signification.

Si l'acte à signifier a été transmis en double exemplaire, le récépissé ou l'attestation doit se trouver sur l'un des doubles ou y être annexé.

ART. 6. — Les dispositions des articles qui précèdent ne s'opposent pas :

1° A la faculté d'adresser directement par la voie de la poste des actes aux intéressés se trouvant à l'étranger;

2° A la faculté pour les intéressés de faire faire des significations directement par les soins des officiers ministériels ou des fonctionnaires compétents du pays de destination;

3° A la faculté pour chaque Etat de faire faire directement, par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires, les significations destinées aux personnes se trouvant à l'étranger.

Dans chacun de ces cas, la faculté prévue n'existe que si des conventions intervenues entre les Etats intéressés l'admettent ou si, à défaut de conventions, l'Etat sur le territoire duquel la signification doit être faite ne s'y oppose pas. Cet Etat ne pourra s'y opposer lorsque, dans le cas de l'alinéa 1er, n. 3, l'acte doit être signifié sans contrainte à un ressortissant de l'Etat requérant.

ART. 7. — Les significations ne pourront donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit.

Toutefois, sauf entente contraire, l'Etat requis aura le droit d'exiger de l'Etat requérant le remboursement des frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel ou par l'emploi d'une forme spéciale dans les cas de l'article 3.

II. *Commissions rogatoires.*

ART. 8. — En matière civile ou commerciale, l'autorité judiciaire d'un Etat contractant pourra, conformément aux dispositions de sa législation, s'adresser par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un autre Etat contractant pour lui demander de faire, dans son ressort, soit un acte d'instruction, soit d'autres actes judiciaires.

ART. 9. — Les commissions rogatoires seront transmises par le consul de l'Etat requérant à l'autorité qui sera désignée par l'Etat requis. Cette autorité enverra au consul la pièce constatant l'exécution de la commission rogatoire ou indiquant le fait qui en a empêché l'exécution.

Toutes les difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de cette transmission seront réglées par la voie diplomatique.

Chaque Etat contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres Etats contractants, qu'il entend que les commissions rogatoires à exécuter sur son territoire lui soient transmises par la voie diplomatique.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats contractants s'entendent pour admettre la transmission directe des commissions rogatoires entre leurs autorités respectives.

ART. 10. — Sauf entente contraire, la commission rogatoire doit être rédigée, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux Etats intéressés, ou bien elle doit être accompagnée d'une traduction faite dans une de ces langues et certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'Etat requérant ou par un traducteur assermenté de l'Etat requis.

ART. 11. — L'autorité judiciaire à laquelle la commission rogatoire est adressée sera obligée d'y satisfaire en usant des mêmes moyens de contrainte que pour l'exécution d'une commission des autorités de l'Etat requis ou d'une demande formée à cet effet par une partie intéressée. Ces moyens de contrainte ne sont pas nécessairement employés, s'il s'agit de comparution de parties en cause.

L'autorité requérante sera, si elle le demande, informée de la date et du lieu où il sera procédé à la mesure sollicitée, afin que la partie intéressée soit en état d'y assister.

L'exécution de la commission rogatoire ne pourra être refusée que :

1° Si l'authenticité du document n'est pas établie ;

2° Si, dans l'Etat requis, l'exécution de la commission rogatoire ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire ;

3° Si l'Etat sur le territoire duquel l'exécution devait avoir lieu la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

ART. 12. — En cas d'incompétence de l'autorité requise, la commission rogatoire sera transmise d'office à l'autorité judiciaire compétente du même Etat, suivant les règles établies par la législation de celui-ci.

ART. 13. — Dans tous les cas où la commission rogatoire n'est pas exécutée par l'autorité requise, celle-ci en informera immédiatement l'autorité requérante, en indiquant, dans le cas de l'article 11, les raisons pour lesquelles l'exécution de la commission rogatoire a été refusée et, dans le cas de l'article 12, l'autorité à laquelle la commission est transmise.

ART. 14. — L'autorité judiciaire qui procède à l'exécution d'une commission rogatoire appliquera les lois de son pays en ce qui concerne les formes à suivre.

Toutefois, il sera déféré à la demande de l'autorité requérante, tendant à ce qu'il soit procédé suivant une forme spéciale, pourvu que cette forme ne soit pas contraire à la législation de l'Etat requis.

ART. 15. — Les dispositions des articles qui précèdent n'excluent pas la faculté pour chaque Etat de faire exécuter directement par ses agents diplomatiques ou consulaires les commissions rogatoires, si des conventions intervenues entre les Etats intéressés l'admettent ou si l'Etat sur le territoire duquel la commission rogatoire doit être exécutée ne s'y oppose pas.

ART. 16. — L'exécution des commissions rogatoires ne pourra donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit.

Toutefois, sauf entente contraire, l'Etat requis aura le droit d'exiger de l'Etat requérant le remboursement des indemnités payées aux témoins ou aux experts, ainsi que des frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel, rendue nécessaire parce que les témoins n'ont pas comparu volontairement ou des frais résultant de l'application éventuelle de l'article 14, alinéa 2.

III. *Caution « judicatum solvi ».*

ART. 17. — Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé à raison soit de leur qualité

d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des Etats contractants, ayant leur domicile dans l'un de ces Etats, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces Etats.

La même règle s'applique au versement qui serait exigé des demandeurs ou intervenants pour garantir les frais judiciaires.

Les conventions par lesquelles des Etats contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution *judicatum solvi* ou du versement des frais judiciaires sans condition de domicile continueront à s'appliquer.

ART. 18. — Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans un des Etats contractants contre le demandeur ou l'intervenant dispensés de la caution, du dépôt ou du versement en vertu soit de l'article 17, alinéas 1 et 2, soit de la loi de l'Etat où l'action est intentée, seront, sur une demande faite par la voie diplomatique, rendues gratuitement exécutoires par l'autorité compétente dans chacun des autres Etats contractants.

La même règle s'applique aux décisions judiciaires par lesquelles le montant des frais du procès est fixé ultérieurement.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats contractants s'entendent pour permettre que la demande d'*exequatur* soit aussi faite directement par la partie intéressée.

ART. 19. — Les décisions relatives aux frais et dépens seront déclarées exécutoires sans entendre les parties, mais sauf recours ultérieur de la partie condamnée, conformément à la législation du pays où l'exécution est poursuivie.

L'autorité compétente pour statuer sur la demande d'*exequatur* se bornera à examiner :

1° Si, d'après la loi du pays où la condamnation a été prononcée, l'expédition de la décision réunit les conditions nécessaires à son authenticité;

2° Si, d'après la même loi, la décision est passée en force de chose jugée;

3° Si le dispositif de la décision est rédigé, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux Etats intéressés, ou bien s'il est accompagné d'une traduction faite dans une de ces langues et, sauf entente contraire, certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'Etat requérant ou par un traducteur assermenté de l'Etat requis.

Pour satisfaire aux conditions prescrites par l'alinéa 2, n. 1 et 2, il suffira d'une déclaration de l'autorité compétente de l'Etat

requérant constatant que la décision est passée en force de chose jugée. La compétence de cette autorité sera, sauf entente contraire, certifiée par le plus haut fonctionnaire préposé à l'administration de la justice dans le pays requérant. La déclaration et le certificat dont il vient d'être parlé doivent être rédigés ou traduits conformément à la règle contenue dans l'alinéa 2, n. 3.

IV. *Assistance judiciaire gratuite.*

ART. 20. — Les ressortissants de chacun des Etats contractants seront admis dans les autres Etats contractants au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite, comme les nationaux eux-mêmes, en se conformant à la législation de l'Etat où l'assistance judiciaire gratuite est réclamée.

ART. 21. — Dans tous les cas, le certificat ou la déclaration d'indigence doit être délivré ou reçu par les autorités de la résidence habituelle de l'étranger, ou, à défaut de celles-ci, par les autorités de sa résidence actuelle. Dans le cas où ces dernières autorités n'appartiendraient pas à un Etat contractant et ne recevraient pas ou ne délivreraient pas des certificats ou des déclarations de cette nature, il suffira d'un certificat ou d'une déclaration délivré ou reçu par un agent diplomatique ou consulaire du pays auquel l'étranger appartient.

Si le requérant ne réside pas dans le pays où la demande est formée, le certificat ou la déclaration d'indigence sera légalisé gratuitement par un agent diplomatique ou consulaire du pays où le document doit être produit.

ART. 22. — L'autorité compétente pour délivrer le certificat ou recevoir la déclaration d'indigence pourra prendre des renseignements sur la situation de fortune du requérant auprès des autorités des autres Etats contractants.

L'autorité chargée de statuer sur la demande d'assistance judiciaire gratuite conserve, dans les limites de ses attributions, le droit de contrôler les certificats, déclarations et renseignements qui lui sont fournis.

ART. 23. — Si le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite a été accordé au ressortissant d'un des Etats contractants, les significations relatives au même procès, qui seraient à faire dans un autre de ces Etats, ne pourront donner lieu qu'au remboursement par l'Etat requérant à l'Etat requis des frais occasionnés par l'emploi d'une forme spéciale en vertu de l'article 3.

Dans le même cas, l'exécution de commissions rogatoires ne

donnera lieu qu'au remboursement par l'Etat requérant à l'Etat requis des indemnités payées aux témoins ou aux experts, ainsi que des frais nécessités par l'application éventuelle de l'article 14, alinéa 2.

V. *Contrainte par corps.*

ART. 24. — La contrainte par corps, soit comme moyen d'exécution, soit comme mesure simplement conservatoire, ne pourra pas, en matière civile ou commerciale, être appliquée aux étrangers appartenant à un des Etats contractants dans les cas où elle ne serait pas applicable aux ressortissants du pays. Un fait qui peut être invoqué par un ressortissant domicilié dans le pays, pour obtenir la levée de la contrainte par corps, doit produire le même effet au profit du ressortissant d'un Etat contractant, même si ce fait s'est produit à l'étranger.

VI. *Dispositions finales.*

ART. 25. — La présente convention sera ratifiée et les ratifications seront déposées à La Haye, dès que six des hautes parties contractantes seront en mesure de le faire.

Il sera dressé de tout dépôt de ratification un procès-verbal, dont une copie certifiée conforme sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

ART. 26. — La présente convention s'applique de plein droit aux territoires européens des Etats contractants.

Si un Etat contractant en désire la mise en vigueur dans ses territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou dans ses circonscriptions consulaires judiciaires, il notifiera son intention à cet effet par un acte qui sera déposé dans les archives du gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme à chacun des Etats contractants. La convention entrera en vigueur dans les rapports entre les Etats qui répondront par une déclaration affirmative à cette notification et les territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, et les circonscriptions consulaires judiciaires pour lesquels la notification aura été faite. La déclaration affirmative sera déposée, de même, dans les archives du gouvernement des Pays-Bas, qui en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme à chacun des Etats contractants.

ART. 27. — Les Etats représentés à la quatrième conférence de droit international privé sont admis à signer la présente conven-

tion jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'article 25, alinéa 1.

Après ce dépôt, ils seront toujours admis à y adhérer purement et simplement. L'Etat qui désire y adhérer notifie son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra par la voie diplomatique une copie certifiée conforme à chacun des Etats contractants.

ART. 28. — La présente convention remplacera la convention de droit international privé du 14 novembre 1896 et le protocole additionnel du 22 mai 1897.

Elle entrera en vigueur le soixantième jour à partir de la date où tous les Etats signataires ou adhérents de la convention du 14 novembre 1896 auront déposé leurs ratifications de la présente convention et, au plus tard, le 27 avril 1909.

Dans le cas de l'article 26, alinéa 2, elle entrera en vigueur quatre mois après la date de la déclaration affirmative et, dans le cas de l'article 27, alinéa 2, le soixantième jour après la date de la notification des adhésions.

Il est entendu que les notifications prévues par l'article 26, alinéa 2, ne pourront avoir lieu qu'après que la présente convention aura été mise en vigueur conformément à l'alinéa 2 du présent article.

ART. 29. — La présente convention aura une durée de cinq ans à partir de la date indiquée dans l'article 28, alinéa 2, pour sa mise en vigueur.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auront adhéré postérieurement et aussi en ce qui concerne les déclarations affirmatives faites en vertu de l'article 26, alinéa 2.

La dénonciation devra être notifiée au moins six mois avant l'expiration du terme fixé aux alinéas 2 et 3, au gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats.

La dénonciation peut ne s'appliquer qu'aux territoires, possessions ou colonies situés hors d'Europe, ou aussi aux circonscriptions consulaires judiciaires, compris dans une notification faite en vertu de l'article 26, alinéa 2.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La convention restera exécutoire pour les autres Etats contractants.]

CHAPITRE VI

DE L'AUTORITÉ DES JUGEMENTS RENDUS EN PAYS ÉTRANGER

190. La matière qui fait l'objet du présent chapitre se rattache à la procédure à bien des égards, mais l'importance particulière qu'elle présente exige qu'il en soit fait une étude à part (1).

Dans tout jugement il faut soigneusement distinguer, spécialement au point de vue du Droit international privé, la *force exécutoire* et l'*autorité de la chose jugée*.

En vertu de la force exécutoire dont il est muni, un jugement peut être ramené à exécution, même *manu militari* si c'est nécessaire, avec le concours de certains agents. Cette force exécutoire résulte d'un commandement écrit en tête de l'expédition du jugement, dont la formule varie suivant les pays et, dans un même pays, suivant les gouvernements; on l'appelle : *formule exécutoire*, ou *pareatis* ou *exequatur* quand on l'appose sur un jugement émanant d'une juridiction étrangère.

Il est tout d'abord évident, et ce point n'a jamais été contesté, que l'autorité judiciaire d'un pays, dépourvue de tout pouvoir sur le territoire d'un autre Etat, ne peut adresser un commandement aux agents de la force publique de cet autre Etat pour qu'ils prêtent la main à l'exécution de ses sentences : admettre le contraire

(1) Consult. Moreau, *Effets en France des jugements en matière civile rendus par les tribunaux étrangers,* 1884; Christian Daguin, *De l'autorité et de l'exécution des jugements étrangers,* 1887; Ch. Lachau et Ch. Daguin, *De l'exécution des jugements étrangers, d'après la jurisprudence,* 1889; Ch. Constant, *De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays,* 1890; Thévenet, *De l'exécution et de l'autorité des jugements étrangers en France et des jugements français à l'étranger,* 1880; Asser, *R. D. I.*, I, p. 82, 408, 473; VII, p. 385; A. Lainé, *Considérations sur l'exécution forcée des jugements étrangers en France, Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1902, p. 612 et s., 1903, p. 86 et s., p. 230 et s., p. 491 et s., p. 533 et s.; 1904, p. 88 et s., p. 147 et s.; M. Bernard, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers et de l'exécution des jugements étrangers en France,* 1900; [E. Bartin, *Etudes sur les effets internationaux des jugements,* J. C., 1904, p. 5 et s., p. 802 et s.; 1905, p. 59 et s., p. 815 et s.; 1906, p. 27 et s., p. 995 et s.; Pillet, *Principes de dr. int. pr.*, 1903, n. 300-302, p. 536-544; Weiss, *Traité,* t. V, 1905, p. 542-544; de Bar, *Theorie und Praxis,* 2e éd., t. II, n. 412; Meili, *Das int. Zivilprocessrecht,* t. III, Zurich, 1906, p. 485 et s.; Galba, *Nuove questioni di diritto civile,* 2e éd., Naples, 1908, p. 197 et s.; Anzilotti, *Rivista di dir. int.*, 1906, p. 227 et s.; Bonelli, *ibid.*, 1906, p. 369 et s.; A. Diana, *La sentenza straniera e il giudizio di delibazione, ibid.*, 1908, p. 72-102 et s.]

serait ne tenir aucun compte du principe élémentaire de la souveraineté. Cependant par des considérations, non pas de courtoisie internationale, comme on l'a dit, mais bien de justice, en s'inspirant de cette idée que le droit acquis par une personne dans un pays doit être respecté partout quand il est réellement fondé, on en est arrivé, soit par des traités, soit par les usages internationaux, soit enfin par les dispositions des diverses lois positives, à assurer l'exécution dans les autres Etats des jugements rendus par les tribunaux d'un pays. Mais cette exécution n'a lieu que sur un ordre de l'autorité locale qui revêt le jugement étranger de l'*exequatur* : ainsi les agents de la force publique n'obéissent qu'à leurs supérieurs hiérarchiques, et le principe de la souveraineté est complètement respecté.

Un jugement qui a l'autorité de la chose jugée est celui qui est considéré comme définitif, de telle sorte qu'il n'est plus possible de revenir sur la décision des juges qui l'ont rendu : tels sont, en France, les jugements pour lesquels les délais d'appel et d'opposition sont expirés, et les arrêts contradictoires des cours d'appel. On sait d'ailleurs que les voies de recours extraordinaires, comme le pourvoi en cassation, donnant lieu à de nouvelles instances, n'empêchent pas une sentence d'avoir l'autorité de la chose jugée.

Pareille autorité peut-elle être reconnue en France aux décisions des tribunaux étrangers ? Ou bien, en langage pratique, les juges français peuvent-ils reviser le jugement étranger quant au fond, examiner à nouveau les droits des parties, avant d'accorder l'exequatur ? Telle est la seconde question qui se pose, complètement différente, on le voit, de celle qui concerne la force exécutoire.

Enfin, il faut distinguer encore la question de savoir si un jugement étranger entraîne en France hypothèque judiciaire : cette hypothèque, garantie de l'exécution, suppose au préalable la concession de l'exequatur ; mais le point de savoir dans quel cas l'exequatur lui-même l'entraînera pour les jugements étrangers sera examiné plus tard, dans l'étude consacrée aux hypothèques en droit international privé.

La question de principe étant résolue pour la force exécutoire, on voit, au contraire, que l'accord est loin d'exister sur le point de savoir si l'autorité de la chose jugée appartient aux jugements étrangers. Pour les uns, l'affirmative n'est pas douteuse ; la souveraineté de l'Etat est suffisamment respectée par l'observation des règles concernant la concession de l'exequatur ; d'autres

pensent que, le jugement tirant sa force, au point de vue de l'autorité de la chose jugée comme à celui de la force exécutoire, du pouvoir d'une juridiction étrangère, le tribunal du lieu où l'exécution va se réaliser doit intervenir sur le premier point comme sur le second; par conséquent, en accordant l'exequatur, examiner le bien fondé de la sentence étrangère en la revisant quant au fond. La question va être résolue dans la première section de ce chapitre, consacrée à l'étude du système suivi dans la législation française. Ensuite viendront : l'exposé sommaire des règles contenues dans les principales lois étrangères; l'indication des traités conclus par la France pour assurer l'exécution des jugements étrangers; les règles relatives aux jugements émanant des consuls, des tribunaux mixtes orientaux, des tribunaux organisés dans les pays annexés et envahis; enfin les principes particuliers aux sentences arbitrales.

SECTION PREMIÈRE

LÉGISLATION FRANÇAISE

191. Les art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ., les seuls qui traitent de notre matière, ne font qu'établir le principe général relatif à l'exécution des sentences étrangères, en vertu duquel cette exécution n'est possible qu'autant qu'un tribunal français a accordé l'exequatur. Notre loi garde le silence sur la question de l'autorité de la chose jugée et de là une grande divergence d'opinions dans la doctrine et la jurisprudence sur cet important problème.

192. Suivant une première opinion, il faudrait appliquer encore aujourd'hui l'art. 121 de l'ordonnance du 15 janvier 1629, dite Code Michaud, du nom de Michel de Marillac, son auteur : il est vrai que plusieurs parlements refusèrent d'enregistrer cette ordonnance que l'on peut considérer comme ayant suivi son auteur dans sa disgrâce; mais, étant donné qu'elle ne faisait que codifier d'anciens usages, on la réputa toujours en vigueur.

D'après l'art. 121 précité, un jugement étranger ne pouvait être exécuté en France que moyennant l'obtention préalable de l'exequatur. Quant à l'autorité de la chose jugée, le texte ajoutait que, si le condamné était Français, il lui était permis de demander la révision quant au fond : on en concluait, par argument *à contrario*, que, si le condamné était étranger, l'autorité de la chose jugée appartenait à la sentence étrangère. Or, dit-on, l'art. 2123 C. civ.

et l'art. 546 Pr. civ. ne reproduisent que la première partie de cette disposition, celle qui concerne la force exécutoire donnée par l'exequatur et l'hypothèque judiciaire qui en dérive : donc, pour l'autorité de la chose jugée, le législateur moderne s'en est implicitement référé aux anciens errements, et la révision, quant au fond, n'est possible que si le condamné est Français (1).

Cette manière de voir est généralement rejetée, car l'ordonnance de 1629 était une loi de procédure, et l'on sait que toutes les anciennes règles sur cette matière ont été abrogées par l'art. 1041 Pr. civ. On objecte, il est vrai, qu'il s'agit ici d'une question de droit civil autant que de procédure, et que le code civil n'a abrogé les anciennes lois qu'autant qu'elles sont contraires à ses dispositions (art. 7, loi du 30 ventôse an XII) : or, l'art. 2123 ne vise que la force exécutoire des jugements étrangers, sans parler de leur autorité comme chose jugée. Mais si le législateur moderne avait voulu maintenir la distinction établie par l'ordonnance de 1629, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer formellement : la différence établie entre le cas où le condamné est Français et celui où il est étranger n'est pas si rationnelle et si équitable en elle-même, qu'on la considère comme reproduite par un simple sous-entendu.

193. D'autres, au contraire, concluent du silence gardé par les rédacteurs du code civil sur la question de l'autorité de la chose jegée, qu'ils ont voulu abandonner l'ancienne distinction de l'ordonnance de 1629 et que toujours cette autorité doit être reconnue aux jugements étrangers. Les tribunaux français doivent donc se borner à accorder l'exequatur, sauf à examiner si la sentence des juges étrangers satisfait aux conditions nécessaires pour que son exécution soit possible en France, conditions qui seront indiquées plus loin, et dont la principale est que cette exécution ne viole pas les règles d'ordre public admises dans notre pays. Jamais, par conséquent, il n'y aura lieu de revoir à nouveau l'affaire quant au fond (2).

On a objecté, tout d'abord, contre cette opinion que, d'après

(1) [Cass., 7 janv. 1806, S. chr., Trib. Seine, 1er juin 1899 et 9 juin 1899, *Gaz. Pal.*, 1899. 2. 123 et J. C., 1900, p. 342; Paris, 8 mars 1901, *Gaz. Pal.* du 2 mai 1901. Cpr. Cass., 14 janv. 1901, J. C., 1901, p. 149.]

(2) On trouve dans ce sens quelques décisions : Trib. de la Seine, 1er avril 1879, J. C., 1881, p. 156; Versailles, 8 mai 1877, *ibid.*, 1877, p. 424; Trib. Seine, 16 nov. 1883, *ibid.*, 1883, p. 621; Paris, 19 août 1884, *ibid.*, 1885, p. 87; Laon, 21 juil. 1890, J. C., 1890, p. 909; Douai (motifs), 10 avril 1899, *ibid.*, 1899, p. 375.

l'art. 2123 C. civ., le tribunal tout entier doit intervenir pour donner l'exequatur aux jugements étrangers, tandis que pour les sentences arbitrales le président seul peut accorder la force exécutoire : or cela s'explique par cette raison que l'on ne revise pas les sentences arbitrales, tandis qu'il est nécessaire d'examiner complètement les prétentions des parties quand il s'agit des jugements (1). Mais les partisans de l'opinion exposée ci-dessus répondent assez facilement que l'examen de la question de savoir si le jugement étranger est régulier en la forme, si l'exécution n'en est pas contraire à l'ordre public tel qu'il est entendu en France, est souvent assez délicat pour que le législateur ne l'ait pas confié au président seul. Ils ajoutent, comme arguments positifs à l'appui de leur thèse, les considérations suivantes :

Si le tribunal français procède à une revision quant au fond, ce sera sa sentence, et non plus un jugement étranger, qui sera déclarée exécutoire en France, contrairement à ce que disent formellement les art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ. — A cela on peut répondre que c'est bien le jugement étranger qui est déclaré exécutoire, mais que la concession de l'exequatur est subordonnée à cette condition que ce jugement ne viole pas l'équité ou le droit, ce qui ne peut être constaté que par une révision quant au fond. Cette considération est d'autant plus juste, que le tribunal français, ainsi qu'on le verra plus loin, ne peut en rien modifier la décision des juges étrangers.

On ajoute qu'il est d'autant plus facile de reconnaître l'autorité de la chose jugée aux sentences étrangères rendues en matière civile, que l'art. 5 du Code d'instruction criminelle la reconnaît aux jugements émanant des juridictions répressives organisées dans les autres Etats : aux termes de cet article, en effet, un individu ne peut plus être poursuivi en France pour une infraction commise en pays étranger, s'il prouve qu'il a été définitivement jugé dans ce pays [et en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce (art. 5, § 3, modifié par la loi du 23 avril 1903).] — Mais on sait que l'art. 5 I. cr. n'est que l'application de la règle : *Non bis in idem*, dont on a fait une règle de droit criminel. [Et qui ne voit pas que la force de l'argument qui a été tiré de cet article 5 a été singulièrement émoussée par la modification qu'il a subie en vertu de la loi du 23 avril 1903 ?] Au surplus, la question est toute différente, puisqu'il ne s'agit pas de

(1) V. d'ailleurs l'opinion contraire, n. 209.

l'exécution en France d'un jugement rendu par un tribunal criminel étranger : la souveraineté des Etats s'oppose même à ce que l'exécution de sentences semblables se réalise jamais sur leur territoire.

On a allégué encore une sorte de quasi-contrat qui serait intervenu entre les parties, et en vertu duquel elles auraient implicitement accepté la décision du tribunal étranger qui a tranché leur différend : or, il est inadmissible que les juges français puissent aller à l'encontre de la volonté des parties ; cela serait tout aussi déraisonnable que de leur permettre de réviser un contrat. — Ce raisonnement pèche par la base : ce n'est pas, en effet, volontairement que l'un des plaideurs au moins, c'est-à-dire le défendeur, s'est soumis à la juridiction étrangère ; il y a été contraint par l'autorité de cette dernière, et cela est si vrai que, en cas de non comparution, il a pu être condamné par défaut. Le demandeur lui-même est bien forcé de s'adresser à la justice. Enfin, il y a si peu acceptation volontaire de la sentence, que la partie qui en est mécontente emploiera tous les moyens que lui offre la loi pour la faire réformer ou casser. La théorie du quasi-contrat judiciaire a été imaginée par les juristes pour expliquer les effets des jugements ; et, comme cela est arrivé pour la prétendue fiction d'exterritorialité, on a abusivement transformé en règle de droit ce qui n'est que l'explication plus ou moins exacte de certaines conséquences juridiques.

On a fait remarquer aussi l'assimilation établie par les art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ., au point de vue des formalités requises pour l'exécution, entre les jugements et les sentences arbitrales ; on ne révise pas ces dernières qui sont l'œuvre de la volonté des parties, et il doit en être de même des jugements. — L'assimilation établie par les articles précités entre les jugements et les sentences arbitrales s'explique par ce fait, qui a été déjà signalé, que ces articles ne parlent que de la force exécutoire et non de l'autorité de la chose jugée : or, il est bien certain qu'au premier point de vue aucune distinction n'est à établir, c'est toujours l'exequatur qui permettra l'exécution en France d'un jugement ou d'une sentence arbitrale.

Il reste à voir enfin si la méfiance que l'on manifeste envers les tribunaux étrangers, en révisant leurs sentences, n'est pas contraire aux bonnes relations qui doivent exister entre pays civilisés, de nature à provoquer des mesures de rétorsion préjudiciables aux intérêts français, et si la concession de l'exequatur, subordonnée à cette condition que l'exécution du jugement étranger est conforme à l'ordre public du pays où elle doit avoir lieu, n'est pas

suffisante pour sauvegarder le principe de la souveraineté. Mais l'examen de ces deux points va trouver sa place naturelle dans l'exposé de la troisième opinion.

194. La jurisprudence française et bon nombre d'auteurs interprètent les art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ. en ce sens que l'autorité de la chose jugée n'appartient pas aux jugements étrangers : les tribunaux français ne doivent donc pas se borner à accorder l'exequatur en s'assurant que l'exécution de la sentence étrangère n'est pas contraire à l'ordre public tel qu'il est entendu en France ; ils doivent revoir le litige quant au fond (1).

Cette solution semble juste et conforme aux vrais principes du Droit international privé. Sans doute, il serait désirable, pour éviter aux parties des frais et des lenteurs préjudiciables, que le jugement rendu dans un pays fût partout accepté comme définitif. On éviterait ainsi encore des mesures de rétorsion de la part des autres nations qui peuvent voir dans la révision des décisions rendues par leurs tribunaux une méfiance offensante. Mais, quoi qu'on en dise, le respect de la souveraineté commande que l'on procède autrement. Il ne suffit pas que l'exécution n'ait lieu que sur l'ordre des autorités locales et qu'elle ne viole pas l'ordre public; le devoir d'un gouvernement est de n'autoriser sur son territoire que l'exécution des jugements qui ne sont pas iniques en eux-mêmes ou mal fondés en droit : or, il est impossible de se rendre compte de ce dernier point si l'on ne révise pas le jugement rendu par la juridiction étrangère. Toutefois, l'organisation de la justice dans certains pays peut présenter suffisamment de garanties pour que cette révision soit considérée comme inutile, et pour qu'on se contente de la concession de l'exequatur après avoir examiné si l'exécution du jugement en elle-même ne viole pas l'ordre public. C'est ce qu'on réalise par des traités, qui sont comme le moyen de faire un choix parmi les différents pays en raison des lumières et de l'impartialité de leurs magistrats. A l'époque actuelle, ces traités pourraient être beaucoup plus nom-

(1) Cass., 19 avril 1819, S., 19. 1. 228; Cass., 11 décembre 1860, S., 61. 1. 336; Req., 16 juin 1875, S., 76. 1. 213; Cass., 28 mai 1881, J. C., 1882, p. 170; Cass., 14 janvier 1901, J. C., 1901, p. 149; [Paris, 8 mars 1901, J. C., 1901, p. 560, et 1902, p. 595; Cass., 9 décembre 1903, J. C., 1904, p. 391; Cass., 26 juin 1905, J. C., 1905, p. 1014 et les conclusions de M. le procureur général Beaudouin; Trib. civ. Seine, 21 juin 1906 et Paris, 1re ch., 20 décembre 1907, J. C., 1908, p. 808; *Contra* Trib. civ. Montbrison, 10 décembre 1904, J. C., 1905, p. 652, confirmé, sans adoption des motifs, par Lyon, 12 janvier 1906, J. C., 1906, p. 790.]

breux qu'ils ne le sont entre les Etats civilisés. Une tentative pour arriver à une entente à cet égard entre les principales nations a été faite en Hollande par le ministre des affaires étrangères; mais elle a échoué devant l'indifférence et le mauvais vouloir des autres gouvernements (1). C'est, du reste, à cette solution d'une entente internationale, établie par des traités et fondée sur la confiance réciproque qu'inspire l'organisation de la justice dans les pays contractants, que s'est rallié l'Institut du Droit international dans ses résolutions votées à Paris en 1878 (2).

195. La question de savoir si les jugements étrangers ont l'autorité de la chose jugée se pose le plus habituellement dans les termes où nous venons de l'examiner, c'est-à-dire quand il s'agit de savoir si elle sera reconnue à une sentence émanant d'une juridiction étrangère et dont on veut obtenir l'exécution en France en sollicitant l'exequatur. Mais elle peut se poser d'une façon plus absolue en quelque sorte et en dehors de toute demande d'exequatur, parce qu'il n'y a pas d'acte d'exécution à accomplir sur le territoire du pays où le jugement étranger est invoqué. C'est ce qui aura lieu, par exemple, si l'on oppose le jugement étranger pour écarter en France une nouvelle demande portant sur l'objet même de ce jugement qui a rejeté déjà la prétention du demandeur; ou si l'on fait valoir une sentence étrangère établissant la qualité de créancier, pour opposer la compensation contre une créance produite devant un tribunal français.

La tendance des auteurs les plus récents, et même de quelques décisions judiciaires, est d'accepter l'autorité de la chose jugée dans cette mesure (3). Il semble, en effet, bien inique et contraire

(1) V. J. C., 1874, p. 159, et 1889, p. 373; [Cpr. la dépêche du duc Decazes, alors ministre des affaires étrangères, en date du 30 mars 1874, L. Renault, *Les conventions de La Haye sur le droit int. pr.*, 1903, p. 16.]

(2) *Annuaire,* III, p. 96.

(3) V. P. Fiore, *Questioni di diritto internazionale privato,* 1892; J. C., 1881, VIII, p. 409 et 453; Beauchet, *ibid.,* X, 1883, p. 242; Lucques, 4 août 1885, *ibid.,* XIII, 1886, p. 669; [Trib. civ. Seine, 3e ch., 30 mars 1907, J. C., 1908, p. 155. Dans cette espèce intéressante, il s'agissait d'un jugement anglais, non revêtu d'exequatur, auquel le tribunal de la Seine a attribué cette valeur de ne pouvoir être tourné indirectement au moyen d'une contre-lettre : ce qui paraît avoir frappé le tribunal, c'est la contradiction entre le fait de se prévaloir du jugement anglais et le fait de se soustraire en même temps à ses exigences. En droit nous ne saurions qu'approuver cette affirmation énergique du jugement : un tribunal français ne saurait porter atteinte à l'autorité qui doit s'attacher à toute décision de justice, soit française, soit étrangère, pourvu qu'elle ne présente, dans ce dernier cas, rien de contraire à l'ordre public. Cpr. A. Diana, *loc. cit.,* p. 84-85.]

aux règles de raison aussi bien que d'intérêt pratique dans les rapports internationaux, que les solutions légitimement données par l'autorité compétente d'un pays puissent être incessamment remises en discussion, s'il plaît à l'une des parties de recommencer le procès dans un autre Etat. N'en viendrait-on pas ainsi, comme l'observe von Bar, à permettre à la partie condamnée d'exercer une *condictio ex injustâ causâ* devant les magistrats d'un autre pays et, si cette réclamation triomphait, à la partie contre laquelle elle a été admise d'exercer à son tour une réclamation semblable devant les tribunaux qui ont rendu la première sentence à son profit? Ce serait un cercle vicieux et la ruine de toute sécurité juridique dans les rapports internationaux ! Il est donc juste, en même temps que conforme au respect réciproque que les Etats se doivent et d'eux-mêmes et des juridictions qui les représentent, d'accepter l'autorité de la chose jugée pour les sentences étrangères, en dehors de toute confirmation au fond et de concession de l'exequatur, quand cette autorité n'est invoquée qu'à titre d'exception en justice et non pour aboutir à des actes d'exécution proprement dite.

Cependant nombre d'auteurs se refusent même à admettre cette concession, en faisant ressortir que la simple exception de la chose jugée, si elle est acceptée pour les jugements étrangers, conduit indirectement à permettre l'exécution de ceux-ci sans la formalité préalable et nécessaire de l'exequatur : ainsi, disent-ils, écarter une demande par l'exception tirée de la sentence étrangère, c'est, en fait, exécuter celle-ci.

Nous ne croyons pas l'objection fondée. On conçoit que la souveraineté d'un pays ne permette pas sur son territoire l'exécution matérielle d'un jugement étranger avant de l'avoir autorisée par l'exequatur et que, même, elle ne prête ainsi son concours à cette exécution qu'après avoir vérifié la valeur en droit et en équité de la sentence. Mais il ne s'agit pas ici d'aider à la réalisation de ce qui a été décidé par le juge étranger ; il s'agit de respecter la sentence en elle-même et de la laisser subsister dans son existence juridique. En ne tenant pas compte de cette sentence, en dehors de tout concours à lui fournir pour l'exécution, on ne se bornerait même pas à ne pas en assurer les effets, on la détruirait dans sa valeur juridique, et l'on irait ainsi à l'encontre, soit des droits acquis des parties, soit du respect qui est dû à la légitime compétence des tribunaux étrangers.

Il va sans dire que, pour accepter cette autorité de chose jugée à titre d'exception opposable en France, sinon en tant qu'il s'agit de l'exécution effective dans notre pays, il faut que le jugement étranger ait été rendu par un tribunal compétent, non seulement d'après sa propre loi, mais encore d'après la loi française : la décision étrangère ne peut avoir de valeur en France, même à titre d'exception de chose jugée, que si elle est rendue par une autorité qui avait le droit de la prononcer d'après notre propre législation.

Pour justifier l'attribution de l'autorité de chose jugée à tout jugement étranger, certains auteurs considèrent ce jugement comme une *lex specialis* étrangère, laquelle doit être acceptée en elle-même, comme on admet les lois étrangères générales dans les cas où, d'après les principes du Droit international privé, elles sont appelées à régler un rapport de droit (1).

Entre autres objections que l'on peut produire contre cette théorie, il en est une, décisive à notre avis. Quand un tribunal admet l'application d'une loi étrangère, c'est que sa propre législation, la *lex fori*, le lui commande formellement par son texte, ou tacitement en gardant le silence sur le conflit de lois et en l'invitant ainsi à suivre les principes du Droit international privé. Tandis que, lorsqu'il s'agit d'un jugement étranger, il est impossible de trouver une prescription légale directe ou indirecte qui oblige le juge à donner son concours à l'exécution, c'est, au contraire, la souveraineté territoriale qui seule doit intervenir dans l'exécution des sentences rendues en son nom, et il y aurait atteinte à cette même souveraineté si l'on procédait à l'exécution d'un acte de la souveraineté étrangère, avant qu'elle l'eût permis et qu'elle eût fait cet acte sien, en quelque sorte, en l'approuvant et en le revêtant de l'exequatur.

Toute difficulté semble disparaître avec la distinction que nous avons adoptée. S'agit-il d'une exécution proprement dite, le jugement étranger n'a de valeur, non seulement quant à la force exécutoire, mais même quant à l'autorité de chose jugée qui justifie alors les mesures d'exécution, que tout autant qu'il a été accepté par la juridiction territoriale au point de vue de sa régularité et de son bien fondé comme décision de droit et d'équité.

Le jugement étranger n'est-il invoqué que comme constatation d'un droit et à titre d'exception de chose jugée pour éviter la mise

(1) De Bar, *Theorie und Praxis,* 2e édit , n. 412.

en discussion nouvelle de ce qui a été déjà apprécié par le tribunal d'un autre Etat? Alors il ne s'agit plus que de respecter cette sentence dans son existence juridique, laquelle est incontestable, puisqu'elle est l'expression de l'autorité compétente de la juridiction étrangère : aussi l'admettra-t-on avec l'autorité de chose jugée qui lui est attachée et dont l'acceptation est la condition même du respect dû à son existence juridique.

196. Les principes qui viennent d'être exposés, soit en ce qui concerne la nécessité d'obtenir l'exequatur, soit en ce qui concerne la révision, pour les jugements étrangers, souffrent exception s'il s'agit de jugements ayant pour effet de modifier l'état des personnes, tels que ceux qui prononcent la nomination d'un conseil judiciaire, une interdiction ou la nullité d'un mariage. Ces jugements, en effet, étant constitutifs de l'état des personnes, du statut personnel desquelles ils forment des éléments, participent du caractère du statut personnel lui-même qui suit l'individu en tout pays. Comme d'ailleurs ils ne donnent pas lieu à une exécution proprement dite exigeant le concours des agents de la force publique, on s'explique très bien que leur acceptation sans condition ne compromette en aucune façon la souveraineté des Etats (1). On peut dire de ces jugements qu'ils sont la loi même qui régit le statut personnel, puisque le législateur, en réglant la condition juridique de ses nationaux, entend assujettir ces derniers et à ses dispositions générales et aux jugements rendus en conformité de ses dispositions.

Ajoutons que le jugement étranger modifiant l'état ou la capacité d'une personne n'aurait en France qu'une autorité relative par rapport aux individus qui ont été parties au procès, quelles

(1) Cass., 28 février 1860, S., 60. 1. 210; Cass., 15 juillet 1878, S., 78. 1. 320; Paris, 21 mai 1885, J. C., 1885, p. 542; [Cass., 9 mai 1900, J. C., 1900, p. 613; *Pand. pér. fr.*, 1900. 5. 53; D. P., 1905. 1. 101; Trib. Clermont (Oise), 27 février 1903, J. C., 1903, p. 833; Paris, 6 avril 1903, D. P., 1904. 2. 273; Trib. civ. Seine, 1re ch., 17 janvier 1908, J. C., 1908, p. 807. Jurisprudence constante, à la condition que le jugement étranger, même rendu sur une question d'état, n'entraîne aucune mesure d'exécution en France. V. Clunet, *Tables générales*, t. III, vo *Jugement étranger*, p. 1050 et 1087. Mais la plupart du temps, ce principe n'aura pas toute la portée pratique qu'il semble comporter. Les tiers ne seront pas forcés de reconnaître un jugement relatif à la condition civile des personnes : d'où, la nécessité de l'intervention du juge national par la voie de l'exequatur. C'est la raison du jugement d'expédient rendu par le tribunal civil de la Seine, 1re ch., le 12 février 1908, J. C., 1908, p. 482, qui « confirme en tant que de besoin les pouvoirs d'un tuteur et d'un subrogé tuteur » conférés par un tribunal belge.]

que soient sur ce point les dispositions contraires de la loi étrangère. L'art. 1351 de notre code civil est d'ordre public, et il serait étrange que l'on reconnût à un jugement étranger une portée que ne peut avoir un jugement français (1).

La solution doit être la même pour les jugements rendus en matière criminelle qui ont pour résultat de modifier l'état des personnes; par exemple pour une condamnation entraînant l'interdiction légale. Mais les déchéances prononcées par le tribunal étranger ne devront pas être contraires à l'ordre public du pays où on les invoque : c'est ainsi qu'en France, depuis la loi du 31 mai 1854, la mort civile est rejetée comme contraire à la morale et à l'humanité.

On objecte, en général, que les déchéances dont il s'agit constituent une peine et que l'application d'une peine est un acte de souveraineté dont l'exercice est impossible sur le territoire d'un autre Etat (2). Mais cela n'est vrai que d'une peine corporelle ou pécuniaire dont l'application exige le concours de la force publique; les déchéances résultant des condamnations ne présentent rien de semblable; elles sont, comme les jugements rendus par les tribunaux civils pour modifier l'état des personnes, constitutives du statut personnel, et doivent, par conséquent, suivre en tout pays l'individu qu'elles atteignent, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public de l'Etat sur le territoire duquel on les

(1) Aix, 27 mars 1890, J. C., 1891, p. 210.

(2) Cass., 14 avril 1868, S., 68. 1. 183. — Humbert, *Conséquences des condamnations pénales*, n. 209. [Par dérogation à ce principe, la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement (art. 4 et 5), pour la première fois dans notre droit français, a reconnu les effets des condamnations encourues par des Français en pays étranger sur leur situation militaire, en ce qui concerne soit leur exclusion de l'armée, soit leur incorporation dans les bataillons d'Afrique. Le but de cette innovation a été d'épargner à nos jeunes soldats le contact des individus condamnés, même si la condamnation a été prononcée par un tribunal étranger. Dans les cas prévus et énumérés par la loi du 21 mars 1905, le tribunal français du domicile de l'intéressé vérifiera la régularité et la légalité de la condamnation prononcée par le tribunal criminel étranger. Cet exequatur spécial, qui a des effets plus restreints que celui que nous avons étudié en matière civile, ne soulève pas les mêmes difficultés quant aux pouvoirs du tribunal qui sont expressément limités à la vérification de la régularité et de la légalité de la condamnation : régularité au point de vue de la forme, le prévenu ou l'accusé a-t-il été cité et mis à même de se défendre? le jugement émane-t-il de juges compétents d'après la loi du pays et a-t-il été rendu dans les formes prescrites? légalité de la condamnation : le fait, qui doit être prévu par la loi française était-il, au moment où il a été commis, réprimé par la loi étrangère? Dejamme, J. C., 1905, p. 891-899.]

invoque. Cependant cette solution n'est admissible que lorsque le jugement criminel entraînant des déchéances a été prononcé par la juridiction compétente du pays auquel le condamné appartient. Le statut personnel d'un individu ne peut être modifié par l'application d'une loi autre que sa loi nationale : ainsi un Français frappé d'interdiction légale en France reste sous le coup de cette déchéance à l'étranger ; mais, s'il était condamné en pays étranger, la déchéance ne le suivrait pas en France (1). On conçoit qu'un Etat règle la situation juridique de ses nationaux jusqu'en pays étranger (art. 3, al. 3 du C. civ.), même au point de vue de la privation de certains droits dont ils se sont rendus indignes ; mais, à l'égard d'un étranger, la déchéance de ces droits n'est qu'un acte de souveraineté de la part de l'Etat qui se prémunit, par l'application de son droit pénal, contre les attaques de ceux qui troublent l'ordre public, et cet acte de souveraineté ne peut plus avoir d'effet au delà des frontières.

De ce qui précède, il résulte qu'un national français condamné en pays étranger peut exercer tous les droits, même politiques, dans notre pays, sans qu'on puisse le poursuivre pour les faits à raison desquels il a été définitivement jugé en pays étranger. [lorsqu'en cas de condamnation il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce (art. 5, I. Cr., § 3, modifié par la loi du 23 avril 1903) (2).] Pour éviter le scandale résultant d'un pareil état de choses, il n'y aurait qu'un moyen ; c'est d'autoriser, sur la base de la condamnation prononcée à l'étranger contre un national français, une action spéciale pour obtenir la déchéance de cer-

(1) *Contrà :* Sénat dirigeant de Russie, 13 mai 1868, J. C., 1874, p. 47. Rapp. Colmar, 6 août 1814, S., 15. 2. 20. [*Sic,* Weiss, *Man. de dr. int. pr.,* 6e édit., 1909, p. 451-454.]

(2) J. C., 1899, p. 490. — Cependant, le jugement étranger déclaratif de faillite entraîne en France la déchéance des droits politiques pour un Français, quand il est revêtu de l'exequatur (décret du 2 février 1852, art. 15, n. 17 et loi du 8 déc. 1883, art. 2, n. 8 sur l'élection des députés ; loi du 21 novembre 1872, art. 2, n. 8, sur le jury). [On discute la question de savoir si le Français déclaré en faillite par un tribunal étranger est exclu de la Bourse et de l'escompte à la Banque de France. Pour l'affirmative, Aubry et Rau, 5e édit., t. I, § 31, p. 151 ; Weiss, *Traité,* t. V, p. 783-784 ; pour la négative, Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.,* 3e édit., t. VIII, n. 1249 et 1249 *bis,* p. 508 ; Pillet, *Principes,* p. 555 ; Paris, 14 nov. 1901, *Journal des faillites,* 1902, p. 103. Cpr. sur la question de savoir si un Français, condamné en France pour banqueroute frauduleuse, est capable d'exercer en Espagne les fonctions de tuteur, alors que l'art. 237, n. 6 du code civil espagnol fait résulter d'une telle condamnation l'exclusion de la tutelle, J. C., *Quest. et solut. pratiques,* 1903, p. 582.]

tains droits qui résulte, d'après la loi française, du fait pour lequel la condamnation a été prononcée à l'étranger. Cette façon de procéder est consacrée dans plusieurs lois étrangères (code pénal allemand de 1870, art. 37; de Hongrie, du 29 mai 1878, art. 15; de Finlande, chap. I, § 5; de Suède, chap. II, § 21; de Vaud, art. 31; projet du code pénal fédéral suisse, art. 30, § 3; projet russe, art. 9). Cette heureuse innovation n'a pas été introduite dans le projet actuel de réforme de notre code pénal.

197. Les jugements en matière contentieuse sont les seuls assujettis aux règles énoncées plus haut pour l'exequatur et la révision au fond. Ceux qui ne constituent que des actes de juridiction gracieuse, tels que ceux qui ont pour objet d'homologuer une adoption, d'autoriser l'aliénation des biens d'un incapable, ne sont que la constatation d'un acte juridique dont ils constituent une formalité : on devra donc, en ce qui les concerne, appliquer l'adage qui sera développé plus loin : *Locus regit actum*, et se contenter de l'observation des formalités prescrites par la loi du lieu où l'acte s'est accompli. Il ne serait nécessaire d'obtenir l'exequatur pour des jugements semblables que s'ils devaient conduire à des actes d'exécution proprement dite. D'ailleurs, la gestion d'un tuteur, curateur ou administrateur régulièrement nommé à l'étranger ne doit pas être regardée comme un acte d'exécution : il n'y a jamais lieu, en effet, en pareil cas, de recourir aux agents de la force publique, et la nécessité de l'exequatur ne se comprend pas (1). Il en serait différemment si l'on voulait procéder à de véritables actes d'exécution en vertu de jugements rendus en pays étrangers sur l'état des personnes; par exemple, si l'on voulait poursuivre le paiement des frais, procéder à la liquidation des conventions matrimoniales après un jugement de divorce (2), etc... Notons, à ce propos, que la conversion d'une séparation de corps en divorce n'est pas une exécution du jugement étranger et peut être obtenue sans exequatur. Les parties

(1) Paris, 13 mars 1850, S., 51. 2. 791; Trib. Seine, 3 avril 1883, J. C., 1883, p. 515. — *Contrà :* Pau, 6 janv. 1868, S., 68. 2. 100. Cpr. Cass. req., 9 mars 1853, S., 53. 1. 269. [Cpr. Trib. civ. Seine, 1re ch., précité du 12 fév. 1908, J.C., 1908, p. 482.]

(2) Trib. Seine, 25 janv. 1882, J. C., 1882, p. 74; Trib. Seine, 6 août 1885, J. C., 1885, p. 683; [2 juillet 1902, J. C., 1903, p. 177; Trib. civ. Dax, 16 janv. 1908, J. C., 1909, p. 154.] — L'exequatur, avec révision au fond, est exigé pour un jugement étranger ordonnant l'envoi en possession en vertu d'un testament, bien qu'il s'agisse d'un acte de juridiction gracieuse, Trib. Seine (référés), 29 mars 1898, J. C., 1898, p. 728; Cass., 9 mars 1853, S., 53. 1. 269; Paris, 2 février 1869, S., 69. 2. 103.

ne font qu'user d'un droit donné par leur loi nationale d'après une situation fixée par un jugement rendu en conformité de cette loi : il y aura donc lieu, pour accorder la conversion, de rechercher si le jugement de séparation de corps l'autorise d'après la loi nationale des époux, sans qu'il soit besoin d'exequatur. [Toutefois la jurisprudence exige que le jugement étranger qui a prononcé le divorce ou la séparation de corps soit déclaré exécutoire, en vue de sa transcription sur les registres de l'état civil français (1).]

198. Procédure pour obtenir l'exequatur. — Comment, tout d'abord, s'introduit la demande d'exequatur ?

Pour ceux qui estiment que le tribunal français n'a pas à réviser le jugement étranger, une simple requête suffit. La jurisprudence décide très logiquement, avec le système adopté par elle sur la question de l'autorité de la chose jugée pour les jugements étrangers, que, du moment qu'il s'agit de débattre à nouveau le fond même du litige, la partie condamnée doit être assignée devant le tribunal français (2). On ne pourrait procéder par simple requête que s'il s'agissait d'un de ces jugements qui, en France même, auraient pu être ainsi obtenus (3).

A quel tribunal peut-on demander l'exequatur ?

Les uns estiment que c'est au tribunal civil, quelle que soit la nature de l'affaire, parce qu'il ne s'agit que de l'exécution et non de la révision du jugement étranger. D'autres, et la jurisprudence avec eux, tout en reconnaissant la nécessité de réviser la sentence étrangère, adoptent la même solution, même pour les jugements

(1) [Trib. Seine, 2 août 1887, J. C., 1888, p. 86; Paris, 30 mai 1888, *Gaz. Trib.* du 8 juin 1888; Trib. Seine, 29 mai 1897, J. C., 1898, p. 129; 15 déc. 1897, D. P., 98. 2. 496; Paris, 23 juin 1898, J. C., 1898, p. 912. — V. cep. Trib. Seine, 4 déc. 1886, J. C., 1886, p. 712; Paris, 10 mai 1889, *ibid.*, 1891, p. 197; Trib. Seine, 4 fév. 1897, *ibid.*, 1898, p. 912; Paris, 6 avril 1903 (D. P., 1904. 2. 273) et les consultations de MM. Lainé et Weiss dans l'affaire du mariage du prince de Wrède en 1898, *Pand. fr. pér.*, 1900. 5. 33, en note, et Weiss, *Traité,* t. V, p. 582, note 2.]

(2) V. J. C., 1879, p. 65-66; Bordeaux, 2 juil 1888, D. P., 88. 2. 105; Cass. req., 20 nov. 1893, J. C., 1894, p. 311; [Nancy, 7 déc. 1872, S., 73. 2. 33, note de M. Lyon-Caen, D. P., 1873. 2. 27 et J. C., 1874, p. 242; Cass., 15 janv. 1896 et le rapport de M. le conseiller Marignan, J. C., 1896, p. 360; Douai, 17 mai 1900, *ibid.*, 1902, p. 593; Weiss, *Traité,* t. V, p. 616-619. — *Sic,* Reichsgericht de Leipsig, 30 avril 1901, J. C., 1902, p. 374. — *Contrà,* Gênes, 15 oct. 1895, J. C., 1896, p. 908; Cass. Turin, 14 juin 1894, J. C., 1899, p. 423.]

(3) Douai, 14 août 1845, S., 46. 2. 203; Colmar, 10 fév. 1864, S., 64. 2. 122; [Paris, 2 fév. 1869, S., 69. 2. 103; 30 nov. 1886, *Pand. fr. pér.*, 1887. 2. 170; Trib. Seine, 12 mars 1897, J. C., 1900, p. 543.]

rendus en matière commerciale, soit parce que les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs sentences (art. 442 Pr. civ.), soit parce que la concession de l'exequatur nécessite l'examen de questions d'ordre public et de droit international que les membres des tribunaux de commerce ne sont pas à même de bien connaître (1).

Pour écarter cette considération, il suffit de remarquer que le litige apprécié par le tribunal étranger aurait pu naître en France; or, s'il avait porté sur une question de droit commercial, les tribunaux de commerce auraient bien été compétents pour le trancher et supposés capables de le faire (2). Du moment d'ailleurs qu'il s'agit d'engager à nouveau le débat, puisque le jugement doit être révisé quant au fond, il est logique de suivre les règles ordinaires de la compétence *ratione materiæ* pour déterminer le tribunal qui doit être saisi.

A moins de disposition contraire contenue dans les traités, il n'y a pas lieu de s'adresser à un tribunal du même degré que le tribunal étranger duquel émane le jugement qu'on veut rendre exécutoire. C'est donc toujours à la juridiction du premier degré que l'on demandera l'exequatur : tribunal civil de première instance ou tribunal de commerce (3).

Les voies de recours contre la décision du tribunal français relative à l'exequatur sont les mêmes que celles qui existent contre toute décision de ce tribunal. Il n'est pas nécessaire que le jugement étranger soit susceptible d'appel à raison de la valeur du litige pour que l'appel soit possible : ce qu'il faut apprécier, c'est la décision du tribunal français sur la concession de l'exe-

(1) Paris, 16 avril 1855, S., 55. 2. 336; Bordeaux, 17 février 1887, S., 88. 2. 147 et D. P., 88. 5. 194; Dijon, 17 novembre 1874, *Rec. arr. Dijon,* t. IX, p. 332, et Weiss, *Traité,* t. V, p. 611; Aix, 9 février 1888, S., 90. 2. 389, D. P., 89. 2. 281, et J. C., 1890, p. 274; Cass., 5 mars 1888, S., 88. 1. 313; Cass., 30 juillet 1889, S., 91. 1. 389; [Trib. Seine, 1er février 1896, J. C., 1896, p. 621; 8 février 1898, J. C., 1898, p. 735 et *Pand. pér. fr.,* 98. 5. 29.]

(2) En ce sens Colmar, 17 juin 1847, S., 48. 2. 270.

(3) Lyon, 19 mars 1880, J. C., 1881, p. 255; [Chambéry, 18 mars 1885, J. C., 1886, p. 82; Trib. Seine, 25 juin 1885, *Gaz. Trib.* du 8 octobre et *Loi* du 2 octobre, avec les conclusions de M. Cruppi; Nancy, 2 février 1889, S., 89. 2. 136; D. P., 89. 2. 239; *Pand. fr. pér.*, 89. 2. 79 et J. C., 1889, p. 463; Alger, 12 janvier 1898, J. C., 1899, p. 133; Trib. civ. Dax, précité, 16 janvier 1908, J. C., 1909, p. 154 : ce jugement affirme que les tribunaux de première instance ont compétence pour ordonner l'exécution en France de décisions émanant de cours souveraines ou du second degré. — *Contrà :* Trib. civ. Nancy, 6 juillet 1877, S., 78. 2. 129, D. P., 78. 2. 220 et J. C., 1877, p. 234.]

quatur; or, cette dernière décision se rattachant à l'ordre public n'est pas appréciable au point de vue pécuniaire et peut toujours être déférée en appel (1).

Les frais de l'instance engagée pour obtenir l'exequatur seront à la charge du défendeur si l'exequatur est accordé, car ils proviennent de sa résistance à s'exécuter. C'est à tort que le contraire a été décidé, sous le prétexte que, l'exequatur étant une condition de la validité du titre du créancier, c'est à ce dernier à en supporter les charges (2).

199. Rôle du juge dans la concession de l'exequatur. — L'exequatur n'est accordé que si les quatre conditions suivantes se trouvent réunies :

1° Que l'exécution du jugement ne soit pas contraire à l'ordre public. Les effets du jugement sont d'ailleurs déterminés, sauf cette réserve de l'ordre public territorial, par la loi du pays où il a été rendu (3). Mais on discute sur le point de savoir s'il est nécessaire que le demandeur en *exequatur* indique expressément ces effets dans ses conclusions (4).

2° Que le jugement étranger soit valablement rendu dans la forme et par l'autorité compétente d'après la loi étrangère. Il faut aussi que le tribunal étranger ait pu être compétent d'après la loi du pays où l'on demande l'exécution du jugement, sinon le tribunal chargé d'accorder l'exequatur violerait les règles de compétence établies par la loi de son pays, c'est-à-dire de véritables lois d'ordre public (5). — On ne considère pas comme compétent le

(1) *Contrà :* Paris, 7 février 1880, J. C., 1880, p. 584; Cass. req., 21 août 1882, J. C., 1882, p. 625.

(2) Le Havre, 8 janvier 1875, J. C., 1876, p. 103.

(3) Cass., 2 juillet 1900, J. C., 1901, p. 787; Trib. Seine, 25 mars 1901, J. C., 1902, p. 116; Aix, 9 juillet 1903, J. C., 1904, p. 150. — V. Weiss, *Traité*, t. V, p. 582-583 et 592-594.]

(4) V. Cass., 9 février 1892 et Amiens, 18 janvier 1893, J. C., 1893, p. 548.

(5) Cass., 27 avril 1870, S., 71. 1. 91; Cass., 9 mars 1853, S., 53. 1. 269; [Trib. Seine, 4 juin 1885, J. C., 1885, p. 549 et les observations de M. Chausse dans la *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1886, p. 682. — Dans le sens de l'appréciation exclusive de la compétence du tribunal étranger d'après la loi de ce tribunal, v. Aix, 13 mai 1874, J. C., 1875, p. 188; Douai, 17 mars 1901, J. C., 1901, p. 785. — Les deux systèmes, d'ailleurs, aboutissent souvent aux mêmes conséquences, car ceux qui admettent que la compétence du tribunal étranger doit être appréciée d'après la loi étrangère écartent cette règle et y apportent des exceptions notables, au nom du respect de l'ordre public : par exemple, le tribunal français refuse l'exequatur dans le cas où, d'après la loi française, le litige aurait été de la compétence exclusive de nos juridictions. V. Aix, 22 juillet 1901, cité ci-dessous, p. 618, J. C., 1901, p. 976.]

tribunal étranger qui a connu de l'affaire en vertu d'une disposition anormale de sa loi établie dans l'intérêt de ses nationaux et contrairement aux principes de droit commun, comme l'art. 14 C. civ. qui écarte, au préjudice des étrangers, la règle : *Actor sequitur forum rei*, et l'art. 105, n. 2 du code de procédure italien (V. Cass. Turin, 30 août 1887 et 15 février 1889, J. C., 1889, p. 338 et 1890, p. 370; Lyon, 21 janvier 1897, J. C., 1897, p. 797; Aix, 22 juillet 1901, J. C., 1901, p. 976; [Lyon, 1re ch., 18 juin 1907, J. C., 1908, p. 158;] Cour de Trani, 7 mars 1896, J. C., 1903, p. 211. — Cpr. Paris, 12 août 1902, J. C., 1903, p. 169 et la note p. 170 [et les observations de M. Surville, *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1903, p. 154.]

3° Que le jugement soit susceptible d'être ramené à exécution d'après la loi étrangère (1). Suivant d'autres, il faudrait que le jugement fût, non seulement susceptible d'exécution immédiate, mais définitif d'après la loi du pays où il a été rendu (2). Cette exigence paraît excessive, car on respecte suffisamment les droits des parties en permettant l'exécution en France quand elle est déjà possible à l'étranger (3). Cependant les traités exigent parfois que les jugements soient définitifs pour être revêtus de l'exequatur (4). Ajoutons que les parties doivent avoir été régulièrement citées et légalement représentées ou défaillantes. Il ne suffira donc pas que les parties aient été citées dans les formes déterminées par la loi d'un pays, ces formes pouvant être très défectueuses et inefficaces; le tribunal à qui l'on demande l'*exequatur* aura le devoir de rechercher si, en fait, les citations ont permis aux intéressés de se défen-

(1) Bordeaux, 30 novembre 1869, D., 71. 2. 121; Cass. req., 28 février 1881, S., 82. 1. 33. — Cpr. Paris, 11 mai 1869, S., 70. 2. 10; Paris, 19 mars 1902, J. C., 1903, p. 634; [Toulouse, 4 février 1886, J. C., 1886, p. 332.]

(2) Cass., 16 mars 1862, *Gaz. des Trib.*, 25 mars 1862; Paris, 29 juillet 1886, *Le Droit,* 6 août 1886.

(3) [Tout en étant plus ou moins incertaine, notre jurisprudence paraît de plus en plus disposée à se fixer en ce sens. Paris, 16 mai 1869, S., 70. 2. 10; D. P., 1871. 2. 119; Chambéry, 19 janv. 1873, J. C., 1874, p. 307; Trib. Seine, 9 juill. 1880, J. C., 1881, p. 255; Paris, 3 juin 1881, D. P., 1882. 2. 66; Trib. Versailles, 17 août 1883 et Paris, 19 août 1884, J. C., 1885, p. 87; Trib. Seine, 3 nov. 1885, J. C., 1886, p. 447; 3 nov. 1888, *Pand. fr. pér.*, 1890. 5. 31; 21 fév. 1896, J. C., 1896, p. 631; 8 fév. 1898, *Pand. fr. pér.*, 1898. 5. 29, et J. C., 1898, p. 735; 18 janv. 1902, J. C., 1902, p. 312; Paris, 19 mars 1902, J. C., 1903, p. 634; Trib. Seine, 3 juill. 1903, *Bullet. prat. de dr. int. privé,* 1903. 1. 271; V. aussi Trib. civ. Anvers, 1er mars 1893, J. C., 1893, p. 945 et D. P., 1894, 2. 131.]

(4) Traités des 11 déc. 1871 et 9 janv. 1872 avec l'Allemagne pour l'Alsace-Lorraine; du 16 avril 1846 avec Bade et du 15 juin 1869 avec la Suisse.

dre d'une manière utile (1). Cette solution commandée par le devoir du tribunal français de ne pas autoriser l'exécution d'un jugement obtenu dans des conditions iniques et sans que le défendeur ait été mis en mesure de se défendre, est cependant combattue par bon nombre, en doctrine et en jurisprudence, qui veulent que les règles de compétence et d'assignation soient uniquement fixées par la loi du pays où le jugement est rendu et non par celle de l'Etat où il doit être exécuté (2).

4° Enfin, d'après l'opinion qui a été adoptée ci-dessus, le tribunal français doit s'assurer, par une révision du procès, que l'équité et le droit ne sont pas violés par le jugement étranger. Mais là se borne le rôle du tribunal qui accorde l'exequátur; il ne peut rien ajouter à la sentence étrangère, sinon il lui substituerait sa propre sentence qui seule recevrait exécution contrairement aux art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ. (3). Il peut, au contraire, examiner les moyens nouveaux survenus depuis que le jugement étranger a été rendu, et ceux qui ont été omis devant les juges étrangers ou repoussés par eux. S'il lui est impossible d'examiner une demande nouvelle, on reconnaît cependant qu'il doit tenir compte de celles qui ont été déjà présentées devant la juridiction étrangère et rejetées par elle; c'est la condition nécessaire pour se rendre compte de la valeur du jugement étranger au point de vue de l'équité. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que l'exequatur ne soit accordé que pour partie, l'ordre public ou l'équité étant violés par le surplus du dispositif de la sentence; mais, en pareil cas, le créancier ne pourra être contraint de délivrer quittance que pour la part qu'il obtient. Enfin, on considère que les faits et renseignements contenus ou visés par le jugement étranger peuvent être tenus pour vrais par le tribunal français et acceptés comme base de sa décision (4).

(1) [Aix, 8 déc. 1858, S., 59. 2. 60; Rennes, 26 déc. 1879, S., 81. 2. 83 et D. P., 80. 2. 52; Trib. Seine, 18 mai 1882, J. C., 1882, p. 620; Paris, 21 mai 1884, J. C., 1884, p. 624; Trib. Seine, 7 mai 1885, *Le Droit* du 13 mai 1885; Amiens, 26 nov. 1891, J. C., 1895, p. 360.]

(2) V. autorités dans J. C., 1895, p. 1050, note. [V. cep. Weiss, *Traité*, t. V, p. 593.]

(3) Cass., 9 fév. 1892, J. C., 93. p. 541.

(4) Sur tous ces points, V. Paris, 20 avril 1872, J. C., 74, p. 125; Cass., 20 août 1872, S., 72. 1. 327; Paris, 28 janv. 1837, S., 37. 2. 173; Cass., 6 janv. 1855, J. C., 1876, p. 104. [Cass., 9 décembre 1903, J. C., 1904, p. 391 et *Pand. fr. pér.*, 1904, 5. 40.] — Il va sans dire que l'on ne peut accorder l'exequatur à un jugement étranger en contradiction avec un jugement français déjà exécutoire : Cass.,

L'intervention du tribunal n'est pas d'ailleurs toujours néces saire au point de vue de la révision du jugement étranger. S l'exécution forcée de ce jugement en France n'est possible qu'aprè obtention de l'exequatur, par respect pour le principe de souve raineté, rien n'empêche les parties d'accepter volontairemen l'arbitrage d'une juridiction étrangère et de se soumettre à sa dé cision en l'exécutant volontairement (1). On reconnaît même que le Français qui assigne son débiteur étranger devant le tribunal étranger est censé abandonner le bénéfice de l'art. 14 C. civ. (2), accepter par conséquent la sentence des juges étrangers et renoncer à la faire réviser par un tribunal français. Toutefois, pour admettre cette présomption, la jurisprudence exige, nous l'avons vu, que l'assignation du défendeur devant le tribunal de son pays ne soit pas imposée au Français par la nécessité des circonstances.

200. Effet en France d'un jugement étranger non revêtu de l'exequatur. — Si l'instance est encore pendante devant le tribunal étranger, l'effet est nul en France; il n'y aurait pas lieu en effet d'invoquer cette instance pour en arrêter une autre ouverte devant un tribunal français, car l'exception de litispendance (art. 171 Pr. civ.) n'a été établie que pour éviter les contradictions entre les jugements français (3). Il n'y a pas non plus de règlement de juges possible en pareil cas, la Cour de cassation étant évidemment sans autorité sur les juridictions étrangères. Cependant, si l'instance est engagée dans un pays qui a conclu avec la France un traité pour l'exécution des jugements, on devra surseoir à l'ins-

14 juillet 1825, S., 26. 1. 376 et D. P., 25. 1. 364; Cass., 18 nov. 1891, le rapport de M. le conseiller Faure-Biquet et les conclusions de M. l'avoc. gén. Desjardins, J. C., 1892, p. 667 et D. P., 93. 1. 313; [Grenoble, 7 juillet 1894, J. C., 1895, p. 1147; Trib. Seine, 10 avril 1899, p. 796; Bordeaux, 8 décembre 1902, J. C., 1904, p. 913; Cpr. Catane, 30 décembre 1902, 1885, p. 455 et Trib. Seine, 19 déc. 1900, J. C., 1902, p. 601; 17 mars 1901, J. C., 1902, p. 116]; Labbé, sous Aix, 11 juillet 1881, S., 82. 2. 251; Renault, *Revue critique*, 1885, p. 597; [Weiss, *Traité*, t. V, p. 592-593.]

(1) Jugé cependant que les parties ne peuvent pas renoncer volontairement à la révision : Trib. Seine, 28 déc. 1898, J. C., 1899, p. 798. — *Contrà :* Toulouse, 29 janvier 1872, S., 73. 2. 18 et D. P., 72. 2. 236; Bordeaux, 29 juin 1893, J. C., 1894, p. 323; Trib. Seine, 28 décembre 1898, J. C., 1899, p. 798. — V. aussi Bruxelles, 26 juin 1894, J. C., 1897, p. 190.]

(2) [Cpr. Poitiers, 28 octobre 1907, J. C., 1908, p. 460.]

(3) Cass., 7 septembre 1868, Sir. ch.; Cass., 16 fév. 1842, S., 42. 1. 174; Req. rej., 11 déc. 1861, S., 61. 1. 331; Cass., 13 fév. 1882, S., 88. 2. 341; Bordeaux, 30 nov. 1896, J. C., 1897, p. 554; [Alger, 16 octobre 1902, J. C., 1904, p. 895; Trib. civ. Seine, 3e ch., 15 novembre 1907, J. C., 1908, p. 460.]

tance ouverte postérieurement devant le tribunal français : sinon, en effet, le jugement étranger ne pourrait plus être déclaré exécutoire en France après que le jugement français serait intervenu, et le traité serait violé (1).

Il en serait de même si la décision du tribunal français était subordonnée à la solution d'un procès déjà engagé à l'étranger, ou pouvait être éclairée par cette solution ; par exemple une plainte en adultère ne donnera lieu à une sentence qu'après que le tribunal étranger, valablement saisi d'une contestation sur la validité du mariage, aura lui-même statué (2).

Toutefois, soit pour respecter la légitime compétence des tribunaux étrangers, soit dans un but de justice et pour protéger les parties contre un cumul d'actions si préjudiciable à leurs intérêts, il se manifeste aujourd'hui une tendance très marquée à admettre l'exception de litispendance dans les rapports de juridictions de différents pays, comme elle est consacrée dans chaque Etat entre ses propres tribunaux. C'est déjà la pratique consacrée par la jurisprudence de l'Angleterre et des Etats-Uuis, et on trouve aussi des décisions en ce sens dans d'autres pays (3). L'Institut de Droit international a élaboré un projet de résolution pour consacrer l'effet international de l'exception de litispendance, au moins quand les jugements rendus dans le pays du juge saisi en premier lieu sont exécutoires sans révision du fond d'après la loi de l'Etat où l'exception est produite (4). — C'est en s'inspirant de cette idée que la convention franco-belge du 8 juillet 1899, qui supprime la révision au fond pour les jugements des deux Etats contractants, dispose ce qui suit dans son art. 4, § 1 : « Les tribunaux de l'un des Etats contractants renvoient, si l'une des parties le demande,

(1) Trib. de la Seine, 13 nov. 1874, J. C., 1876, p. 272, v° *Litispendance*. V. *contrà*, malgré le traité franco-suisse du 15 juin 1869, Paris, 29 juin 1888, J. C., 1890, p. 323. — V. ci-dessus, n. 184 *in fine*, p. 578.

(2) Trib. corr. Seine, 9 déc. 1879, J. C., 1880, p. 189; Paris, 4 janv. 1856, S., 56. 2. 170; Paris, 17 juin 1896, *Gaz. des Trib.*, 10 janv. 1897.

(3) V. Paris, 15 juillet 1877, J. C., 1878, p. 163; *id.*, 9 août 1881, *ibid.*, 1882, p. 202; *id.*, 15 janvier 1883, *ibid.*, 84, p. 65; Cour de Milan, 16 août 1867; de Turin, 17 avril 1869; Trib. supér. de l'empire allemand, 20 janvier 1892, J. C., 1893, p. 905; Cour suprême de Vienne, Autriche, 28 mars 1892, *ibid.*, 1893, p. 482. — Phear, *De l'exception de litispendance à raison d'une instance pendante devant un tribunal étranger*, d'après la jurisprudence anglaise, J. C., 1891, p. 459; Yseux, J. C., 1893, p. 862. V. ci-dessus, n. 184 *in fine*, p. 578, note 2.

(4) V. rapport de R. Sacerdoti, *Annuaire*, XV, session de Venise, p. 85; résolutions de la Haye, 1898, *Annuaire*, XVII, p. 290.

devant les tribunaux de l'autre pays les contestations dont ils sont saisis, quand ces contestations y sont déjà pendantes ou quand elles sont connexes à d'autres contestations soumises à ces tribunaux. Ne peuvent être considérées comme connexes que les contestations qui procèdent de la même cause ou portent sur le même objet ».

Il faut ensuite considérer le cas où le jugement étranger est rendu mais non encore revêtu de l'exequatur en France. Ce jugement n'est pas, en France, un titre exécutoire, et il ne peut pas servir à l'accomplissement des actes pour lesquels la loi exige un titre ayant ce caractère, tels qu'une saisie mobilière ou immobilière. Mais il n'en est pas moins un acte, même un acte authentique d'après la règle *Locus regit actum*, et peut être invoqué pour les cas où la loi ne demande pas un titre exécutoire, par exemple pour la séparation des patrimoines (art. 878 C. civ.). Nous déciderions de même pour la saisie-arrêt, qui n'est qu'un acte conservatoire, non d'exécution, et pour laquelle d'ailleurs la loi n'exige pas un titre exécutoire (557 Pr. civ.) (1). Au contraire, bien qu'il ne s'agisse que d'une mesure conservatoire, l'inscription de l'hypothèque judiciaire serait impossible car, aux termes de l'art. 2123 C. civ., cette hypothèque n'existe même que lorsque le jugement étranger a été revêtu de l'exequatur. [De même, la loi de finances du 25 février 1901 (art. 7 § 5), subordonne à une décision d'exequatur la prise en considération de dettes résultant d'un jugement étranger, pour la déduction du passif dans les déclarations de successions (2).]

SECTION II

LÉGISLATION COMPARÉE

201. Pour indiquer seulement le caractère essentiel des législations des principaux pays sur l'exécution des jugements étrangers, il suffira de signaler le principe général consacré par elles en cette matière. Nous renvoyons, pour les détails, aux monographies citées en note. A ce sujet, on peut classer les législations modernes en quatre groupes principaux.

(1) *Contrà :* Paris, 31 janvier 1873, J. C., 1874, p. 242; Trib. Seine, 15 fév. 1893, J. C., 1893, p. 892 et les renvois. En notre sens, Trib. Seine, 10 décembre 1896, J. C., 1897, p. 543; [Trib. civ. Marseille, précité, 3e ch., 11 juillet 1906, J. C., 1907, p. 362; Trib. civ. Auxerre, précité, 13 janvier 1909, *Gaz. des Trib.* du 17 février. Jurisprudence constante : Clunel, *Tables générales,* t. III, v° *Compétence,* p. 364, et t. IV, v° *Saisie-arrêt,* p. 622.]

(2) [V. sur ces deux points, Weiss, *Traité,* t. V, p. 624-626.]

A. Certaines législations tiennent pour non avenu le jugement étranger et obligent les parties à recommencer l'instance devant les tribunaux locaux, comme si rien ne s'était passé à l'étranger; cependant, dans le procès ainsi engagé à nouveau, le jugement étranger peut être produit comme preuve; parfois même il constitue une preuve décisive, ce qui réduit la nouvelle instance à une simple formalité. Tel est le principe adopté, avec de nombreuses variations, dans les pays suivants :

1° Angleterre (1); 2° Etats-Unis (2); 3° Monaco (3); 4° Pérou (4); 5° Russie (5); 6° Serbie (6); 7° Suisse (7); 8° Uruguay (Code civil, art. 752 et s.).

(1) Alexander, J. C., 1878, p. 22 et 1879, p. 135 et 516; Westlake, *R. D. I.*, VI, p. 612 et XIV, p. 302; J. C., 1875, p. 446; 1877, p. 248; *Priv. int. law.*, 4e édit., 1905, p. 311-340, §§ 367-389; G.-G. Phillimore, J. C., 1897, p. 98. En Angleterre, on admet que les jugements étrangers ont autorité de chose jugée quand ils sont rendu *in rem : Supreme court of justice (Court of appeal),* 24 juin 1897, J. C., 1899, p. 159. Sur l'effet de ces jugements *in rem* en Angleterre, v. Phillimore, J. C., 1897, p. 108. [Haute-Cour de justice, division du Banc de la Reine, 26 nov. 1892, J. C., 1893, p. 1234 et 1er mars 1902, J. C., 1904, p. 964; Haute-Cour de justice, Cour d'appel, 22 avril 1890, J. C., 1891, p. 266 et 16 février 1899, J. C., 1901, p. 821. Cpr. *Zeitschr. für int. Privatr.*, 1896, p. 133.

(2) Coudert, J. C., 1879, p. 21; *id.*, 1880, p. 313; [Story, *Conflict of laws*, § 608; arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, 3 juin 1895, J. C., 1896, p. 677.]

(3) De Loth, J. C., 1877, p. 121. D'après l'art. 232 du Code de procédure civile de Monaco, l'exécution n'avait lieu que sur ordonnance du prince d'après un rapport du procureur général. V. de Rolland, J. C., 1890, p. 50. [Mais les art. 472-477 du projet de révision du Code de procédure civile, détachés de l'ensemble de ce projet et mis en vigueur par l'ordonnance du 24 mai 1894, disposent en substance que les jugements étrangers devront être déclarés exécutoires par le tribunal supérieur de la Principauté, sans examen du fond, si la réciprocité est admise par les lois des pays où ces jugements ont été rendus. Il en est ainsi dans les rapports de la Principauté et de l'Italie. Trib. sup. Monaco, 12 mars 1895, J. C., 1896, p. 911, non dans ceux de la France et de la Principauté. Trib. sup. Monaco, 8 juin 1900, J. C., 1902, p. 394.]

(4) Pradier-Fodéré, J. C., 1879, p. 266.

(5) De Martens, J. C., 1878, p. 140. Cpr. J. C., 1884, p. 113, article de M. Enzelmann; pour la Pologne, v. M. Flamm, *ibid.*, 1884, p. 494. [A défaut de traités internationaux, les jugements étrangers ne sont pas exécutoires en Russie; or, il n'existe aucun traité général autorisant l'exécution réciproque des jugements ni entre la Russie et la France (J. C., 1900, p. 540), ni entre la Russie et l'Italie. Trib. de Saint-Pétersbourg, 11-25 janvier 1900, *ibid.*, 1900, p. 841.]

(6) Paulovitch, J. C., 1884, p. 153.

(7) Roguin, J. C., 1883, p. 113 et s.; [*Conflits,* n. 678 et s., p. 783 et s.; Trib. fédér. suisse, 1er mai 1903, J. C., 1904, p. 993; Grübler, *Die Vollstreckung ausländischer Civilurtheile in der Schweiz,* Bâle, 1906 et Gombeaux, *L'exécut. des jug. étr. en Suisse,* J. C., 1908, p. 85-94. La Suisse présente les trois variétés des

B. Dans d'autres Etats, on accorde l'exequatur sans révision, sans même exiger la réciprocité, pourvu que le jugement étranger soit régulier en la forme, émane de la juridiction compétente, et que l'exécution en soit compatible avec l'ordre public du pays, Telle est la règle :

1° Dans la République Argentine (1); 2° en Bulgarie (2); 3° en Italie (3); 4° en Portugal (4); 5° à Saint-Marin (5); 6° au Congo (arrêté du 7 mai 1898, J. C., 1898, p. 971).

C. Ailleurs, on adopte le système précédent, en y ajoutant la condition de réciprocité.

1° Autriche-Hongrie (6);

systèmes suivis en cette matière dans les différents pays : sauf les cas de traités spéciaux (par exemple, avec la France) ou généraux, tels que les conventions de 1896 et de 1905, la législation et la pratique cantonale régissent souverainement l'exécution des jugements étrangers en Suisse.]

(1) C. pr. civ., art. 558 à 562. V. Daireaux, J. C., 1886, p. 417; Palomeque, J. C., 1887, p. 539.

(2) [C. pr. des 15-27 décembre 1891, publié au *J. off.* de la Principauté, *Ann. de législ. étr.*, 1893, p. 851; *Zeitschr. für int. Privatr.*, 1895, p. 1954, art. 1209-1217. Les tribunaux bulgares, aux termes de l'art. 1215, n'entrent pas dans l'appréciation des circonstances d'après lesquelles la sentence étrangère a été bien ou mal rendue : ils examinent seulement si elle n'a rien de contraire à l'ordre public ou aux lois du pays].

(3) C. pr. civ., art. 941 et s., et C. civ., art. 10 et 12 du titre préliminaire; P. Fiore, *Effetti internazionali delle sentenze,* p. 40, 41 et 43; Chrétien, J. C., 1886, p. 688; C. Norsa, *R. D. I.*, 1877, p. 208; [Ottolenghi, J. C., 1902, p. 760 et s.; Ansaldi, *Dell'esecutorietà in Italia delle sentenze straniere di divorzio,* Florence, 1904; A. Diana, *La sentenza straniera e il giudicio di delibazione, Rivista di dir. int.*, 1908, p. 72-102; Cass. Turin, 30 août 1908, *Giurispr. ital.*, 1907, I, 1, 1023; Cass. Rome, 17 février 1908, *Foro ital.*, 1908, I, 777.].

(4) C. pr. civ. du 8 novembre 1876, art. 1087 à 1091; [Trib. sup. Lisbonne, 4 décembre 1891, *Rev. prat. de dr. int. privé*, 1892, I, 129.]

(5) Chr. Daguin, *op. cit.*, p. 339; [Giannini, *La Rép. de San-Marino*, J. C., 1899, p. 309.]

(6) [Pour l'Autriche, la loi du 27 mai 1896, sur la procédure d'exécution et de garantie, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1898 (*Ann. de législ. étrang.*, 1897, p. 254; analyse par M. Garsonnet; Schumacher, *Zeitschr. für int. Privatr.*, 1896, p. 486 et s.), consacre ses articles 79-86 à l'exécution des actes ou des titres d'origine étrangère et décide que ces actes ne peuvent être mis à exécution, que si la réciprocité résulte des traités internationaux ou de déclarations du gouvernement. En Hongrie, l'exécution des jugements étrangers est encore régie par la loi LX du 1er juin 1881 (*Ann. de législ. étrang.*, 1882, p. 368); à défaut de traité, l'exécution de ces jugements ne peut avoir lieu qu'au cas de réciprocité (art. 3 et 4); dans les questions qui intéressent le statut personnel des sujets hongrois, les décisions judiciaires rendues contre un sujet hongrois par un tribunal étranger ne peuvent être exécutées en Hongrie (art. 5); les jugements étrangers ne peuvent être exécutés sans que le défendeur ait fourni ses explications (art. 10).

2° Brésil (1); 3° Allemagne (2); 4° Egypte (3); 5° Espagne (4);

V. le Code de procédure civile pour la Croatie et l'Esclavonie, en date du 16 septembre 1852, art. 550, et pour la Bosnie et l'Herzégovine, art. 464, 466 et 467 du Code de procédure civile du 14 août 1883, *Zeitschr. für int. Privatr.*, 1898, p. 186. Cpr. Weiss, *Traité*, t. V, p. 682-687]

(1) Règlement du 27 juillet 1878 (*Ann. législ. étrang.*, 1879, p. 836) et décret du 27 juillet 1880 (*Ann. de législ. étrang.*, 1881, p. 734) aujourd'hui remplacés par la loi du 20 novembre 1894 sur l'organisation complémentaire de la justice fédérale (art. 12). Les juges de district ont qualité pour mettre à exécution les commissions rogatoires et les sentences des juges et tribunaux des autres pays, à la condition que les uns aient reçu l'exequatur du gouvernement fédéral et que les autres aient été au préalable homologués par le tribunal suprême fédéral, sous réserve des stipulations contraires des traités. V. Trib. suprême fédéral, 26 déc. 1900, J. C., 1902, p. 886 et 21 août 1901, J. C., 1902, p. 888.

(2) C. pr. civ. de 1877, art. 660 et 661; Lederlin, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, IV, p. 185; Keyssner, J. C., 1882, p. 25; 1883, p. 229 et Beschorner, *ibid.*, 1884, p. 43 et 600. Pour l'Allemagne, v. nouvelle ordonnance du 20 mai 1898, entrant en vigueur avec le Code civil de 1900, art. 328, 722 et 723. Cette ordonnance exige la réciprocité comme auparavant et, à cette condition, écarte la révision au fond (V. Keidel, J. C., 1899, p. 663 et s.; [L. Fuld, *Ausländische Urtheile und die deutsche Civilprozessordnung*, *Zeitschr. für int. Privatr.*, 1898, p. 396 et s.; Trib. rég. sup. de Dresde, 5 janv. 1900, *ibid.*, 1900, p. 224; *Reichsgericht* de Leipzig, 31 mars 1902, J. C., 1903, p. 880).] Toutefois, bien que la réciprocité ne soit pas établie, les jugements étrangers sont acceptés s'ils portent sur des intérêts non pécuniaires et s'il n'y a pas de tribunal compétent pour statuer sur ces intérêts en Allemagne. On a voulu respecter les droits de famille, faute de réciprocité quant aux jugements, quand les étrangers ne peuvent trouver de tribunal compétent en Allemagne. [C'est surtout aux jugements concernant le droit de la famille que l'exception ainsi apportée en 1898 au principe de la réciprocité (art. 328, § 5 du Code de proc. civ., édit. de 1898) s'applique; mais elle se limite en fait aux étrangers, et encore à ceux qui n'ont pas de domicile en Allemagne, car les art. 606 et 642 du Code de procédure civile (édit. de 1898, v. Weiss, *Traité*, t. V, p. 360, note 3) attribuent compétence aux tribunaux allemands pour juger les contestations relatives à l'état des personnes et aux rapports de famille dans lequelles les sujets de l'empire sont intéressés et les art. 12 et 13 de la loi d'introduction au Code civil font bénéficier des mêmes règles les étrangers domiciliés sur le territoire allemand (Keidel, *loc. cit.*, p. 684).] Des représailles sont autorisées (art. 24) contre les nationaux des pays qui soumettent à des conditions plus rigoureuses la reconnaissance des jugements allemands (Cpr. art. 4 sur les faillites (ordonn. de 1898) reproduisant l'art. 4 du Code des faillites du 10 fév. 1877. V. *infra*, n. 427. [Cpr. Weiss, *Traité*, t. V, p. 674-682.]

(3) Vidal-Bey, *De l'exécution en Egypte des jugements rendus à l'étranger*, J. C., 1887, p. 280; [art. 407 du Code de procédure civile et commerciale à l'usage des tribunaux indigènes et art. 467 du Code de procédure civile et commerciale pour les tribunaux mixtes, qui posent le principe de la réciprocité législative ou de fait; C. d'appel mixte d'Alexandrie, 2 mai 1901, J. C., 1903, p. 905.]

(4) Silvela, J. C., 1881, p. 20; [loi sur la procédure civile du 5 octobre 1855, révisée en 1881, art. 551-556, posant la règle de la réciprocité; Trib. suprême de

6° Mexique (C. pr. civ. du 15 mai 1884, art. 780 et 794); 7° Roumanie (C. Pr. civ. art. 374) (1).

D. Enfin, dans d'autres législations, on exige, comme en France, la révision du jugement avant d'accorder l'exequatur.

1° Belgique : la loi du 16 décembre 1851 a supprimé l'hypothèque-judiciaire et abrogé l'art. 2123 du code Napoléon adopté dans ce pays; la loi du 25 mars 1876 en a fait autant pour l'art. 546 du code de procédure civile. Actuellement, en cas de réciprocité diplomatique, l'exequatur est accordé sans révision; à défaut de réciprocité, la révision est exigée. Quant aux jugements français en particulier, ils avaient été déclarés sans valeur, de telle sorte qu'une nouvelle instance devait être recommencée en Belgique, par un arrêté-loi de Guillaume Ier du 9 septembre 1814. Cependant, les uns interprétaient cet arrêté dans ce sens strict qu'il ne fallait tenir aucun compte des jugements français, tandis que d'autres pensaient qu'il y avait simplement lieu de les réviser au fond (2). Aujourd'hui la question est réglée par le traité franco-belge du 8 juillet 1899 (V. n. 203).

2° Chili (3); 3° Danemark (4);

Madrid, 15 mai 1885, J. C., 1889, p. 144; p. 887, p. 366. V. pour les difficultés relatives à la succession dévolue à des Suisses dans les Antilles espagnoles (affaire Frasa, J. C., 1889, p. 599.]

(1) Petroni, J. C., 1879, p. 351; Suliotis, *ibid.*, 1887, p. 568; Djuvarà, *ibid.*, 1891, p. 452; [art. 374 du Code de procédure civile roumain, consacrant le principe de la réciprocité diplomatique, dans l'opinion qui prévaut en pratique. Petroni, J. C., 1879, p. 351. En fait, il n'y a, à l'heure actuelle, que l'Autriche-Hongrie (déclarations du 11 oct. 1870 et du 25 août 1871; ordonn. min. justice d'Autriche, 30 déc. 1897; C. suprême de Vienne, 30 août 1898, *Zeitschr. für. int. Privat.*, p. 79 et p. 497 et l'Italie (convention consulaire du 17 août 1880, art. 12; Weiss, *Traité*, t. V, p. 723, note 1) qui bénéficient des facilités accordées par la loi roumaine à l'exécution des jugements étrangers. Les négociations entamées avec la France, l'Allemagne, la Russie et avec la Serbie n'ont pas abouti jusqu'à ce jour. L'art. 2 du traité de commerce et de navigation franco-roumain du 23 juillet 1907 (art. 2) se borne à déclarer que les ressortissants de l'une des deux parties contractantes auront, dans le territoire de l'autre, le droit d'ester en justice soit pour intenter une action, soit pour y défendre, et à cet égard, jouiront de tous les droits et immunités des nationaux. J. C., 1907, p. 1236.]

(2) Humblet, J. C., 1877, p. 339; [Weiss, *Traité*, t. V, p. 688-693.]

(3) C. civ. chilien, art. 15 et 16; *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1877-1878, p. 508.

(4) Goss, J. C., 1880, p. 368; [en l'absence d'un texte, il est assez communément admis que les magistrats danois auxquels une sentence étrangère est présentée aux fins d'exequatur n'ont pas le pouvoir de la réviser au fond; C. d'appel de Viborg, 28 juill. 1890, J. C., 1892, p. 1055; Trib. comm. Copenhague, 19 juil. 1894,

4° Haïti (1); 5° Luxembourg (2); 6° Pays-Bas (3); 7° Suède et Norvège (4).

J. C., 1896, p. 665 ; C. d'appel de Copenhague, 8 août 1898, J. C., 1899, p. 1043, et 18 oct. 1900, J. C., 1902, p. 892.]

(1) C. pr. civ., art. 470.

(2) Art. 2123 de notre Code civil et 546 de notre C. pr. civ. ; [ces articles sont interprétés dans le sens d'un droit de révision absolu, au fond aussi bien qu'en la forme. Trib. Luxembourg, 15 janv. 1876 (*Pas. luxemb.*, t. I, p. 234), et 30 mars 1887, J. C., 1888, p. 558; Trib. Diekirch, 17 fév. 1881 (*Pas. luxemb.*, t. II, p. 295), et 16 nov. 1899 (*Pas. belge*, 1900. 4. 52).]

(3) C. pr. civ. art. 430 et 431 : [hors les cas expressément prévus par la loi, les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne sont pas exécutoires dans le royaume, et les procès (art. 431) pourront être instruits de nouveau devant le juge néerlandais et jugés par lui. Et parmi les cas exceptés et très peu nombreux, figurent ceux qui sont relatifs au droit de sauvetage dans un sinistre maritime (C. comm., art. 567) et aux règlements d'avarie (C. comm., art. 724, *in fine*). En vertu de cette règle très rigoureuse, il a été jugé qu'un jugement étranger, ne peut, par lui-même, servir de titre pour pratiquer une saisie-arrêt sur le territoire des Pays-Bas, 11 mars 1890, *Rev. prat. de dr. int. pr.*, 1890-1891. 1. 443.]

(4) [Pour la Suède, les jugements rendus à l'étranger n'y sont jamais exécutoires, ni en matière civile et commerciale, ni en matière criminelle. Il n'y a que deux exceptions à cette règle, toutes les deux se référant aux jugements en matière civile. L'une concerne les jugements et arrêts rendus par les tribunaux danois, une convention spéciale ayant été conclue à cet effet entre le Danemark et la Suède le 25 avril 1861 et promulguée en Suède le 15 juin 1861 ; l'autre a trait aux condamnations aux frais et aux dépens et résultait de la convention de La Haye du du 16 nov. 1896, qui assurait dans chacun des Etats contractants, au nombre desquels sont la Suède et la Norvège, l'exécution des condamnations aux frais et aux dépens prononcés par les tribunaux des autres (art. 12-13); elle résulte aujourd'hui de la convention du 17 juill. 1905 (art. 18-19) signée par les mêmes Etats. V. la loi suédoise du 6 mars 1899 (*Ann. de législ, étrang.*, 1900, p. 561), promulguée à la suite de la convention de 1896 ; Olivecrona, J. C., 1880, p. 83; Synnestvedt, *Le droit int. privé de la Scandinavie*, 1904, p. 300 et 302 ; Reuterskiold, J. C., 1906, p. 581. D'après cet auteur, les jugements étrangers qui sont définitifs en matière civile peuvent acquérir parfois l'autorité de chose jugée, procurant l'exception *rei judicatæ* devant les tribunaux suédois, à savoir si la décision est émanée d'une juridiction reconnue compétente par la loi suédoise, par exemple la juridiction en matière de divorce. — En ce qui concerne la Norvège, la question de savoir daus quelle mesure les tribunaux de ce pays doivent prendre en considération le jugement étranger qui leur est présenté à fin d'exequatur est discutée, en l'absence d'une disposition législative générale. La doctrine norvégienne est établie en ce sens que les jugements étrangers ont en Norvège l'autorité de la chose jugée, sans condition de réciprocité, s'ils sont : 1° prononcés par un tribunal compétent d'après la *lex fori* et aussi d'après la loi norvégienne; 2° définitifs d'après la loi étrangère; 3° compatibles avec les lois prohibitives norvégiennes, notamment s'ils ne comportent pas un mode d'exécution non admis par les lois de Norvège. La pratique des tribunaux, dont les décisions ne peuvent être résumées en termes aussi précis, concorde d'une manière

En Grèce, en particulier, d'après les art. 858-862 du Code d Procédure civile, on reproduit un système analogue à celui qu consacrait en France l'ordonnance de 1629. [Lorsque les partie intéressées à la procédure sont toutes de nationalité étrangère l'exequatur est délivré par le président du tribunal du lieu d l'exécution, sans aucun examen du contenu du jugement (art 859-1°). Lorsque, parmi les intéressés, il y a au moins un natio nal, l'exequatur est donné par le tribunal tout entier, après exa men du fond de l'affaire (art. 859-2°), et il doit être refusé si le jugement est en contradiction avec les faits établis ou s'il est con traire à des lois nationales d'ordre public (art. 860). En pareille circonstance, le procès doit recommencer devant les tribunaux helléniques (art. 861). Lorsqu'au contraire, le jugement est revêtu de l'exequatur, il est, quant à son exécution, assimilé à un juge ment national : à ce titre, il emporte hypothèque judiciaire (loi hypoth. du 11 août 1836, art. 14). La procédure de l'exequatur n'étant prévue que pour le cas où il s'agit de l'exécution forcée, on se demande si l'on doit reconnaître *de plano* aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée. Soutenue en doctrine, l'affirmative est loin d'être incontestée en jurisprudence. Nul traité n'est venu jusqu'à ce jour déroger au système du Code de procédure hellénique (1).]

SECTION III

TRAITÉS CONCLUS PAR LA FRANCE RELATIVEMENT A L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

202. L'art. 2123 C. civ., après avoir établi les conditions exigées pour que l'exécution d'un jugement étranger soit possible en France, ajoute : « sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités ».

essentielle avec l'opinion des auteurs. V. Flifet, *Des effets des jugements étrangers en Norvège,* J. C., 1907, p. 921-932. Il n'y a pas de traité spécial entre la Suède et la Norvège au point de vue des effets internationaux des jugements, sauf l'accord résultant de l'art. 22 de la loi suédoise du 6 juin 1883 et de la loi norvégienne du 2 juin 1883 (Synnestvedt, *op. cit.,* p. 301 et 303), qui rend exécutoires, dans les cas prévus, les jugements prononcés contre les Lapons dans l'autre pays. La Norvège a signé les conventions de la Haye relatives à la procédure de 1896 et de 1905.]

(1) Saripolos, J. C., 1880, p. 183; [Streit, *Système de dr. int. pr.,* t. I, Athènes, 1906 (en grec); Politis, *Le dr. int. pr. en Grèce,* J. C., 1908, p. 12-13.]

Comme loi politique dérogeant aux règles de droit commun, on ne peut citer que celle du 21 avril 1832. Cette loi avait été rendue en exécution de la convention du 31 mars 1832, renouvelée le 17 octobre 1868, qui était intervenue entre les puissances riveraines du Rhin pour régler les difficultés relatives à la navigation sur ce fleuve; ces difficultés devaient être jugées par des tribunaux mixtes. En vertu de l'art. 5 de la loi de 1832 précitée, les décisions de ces tribunaux étaient revêtues de l'exequatur par le tribunal civil de Strasbourg, sans révision au fond. Mais, depuis les événements de 1870-71, cette loi n'a plus d'application pour la France qui a perdu sa frontière du Rhin.

203. Les traités sont plus nombreux, quoique encore en nombre insuffisant.

A. Le traité franco-russe du 1er avril 1874, art. 10, sur le règlement des successions, dispose que les contestations relatives au partage des immeubles seront de la compétence exclusive des tribunaux du pays où les biens sont situés; pour les successions mobilières, compétence est reconnue aux tribunaux du pays où la succession est ouverte, quand un national de ce pays est intéressé dans le partage. Il suit de là que l'on reconnaît, dans les deux cas précités, l'autorité de la chose jugée aux décisions émanant des tribunaux russes, et que l'exequatur leur sera accordé sans révision au fond. Il en sera de même, réciproquement, pour les décisions des tribunaux français en Russie. — Cette interprétation du traité de 1874 est fondée sur ce qu'il est la reproduction exacte du traité franco-russe du 11 janvier 1787, art. 16, qui était interprété de même. On objecte, cependant, que l'attribution de compétence n'entraîne pas celle de l'autorité de chose jugée, puisque dans des traités d'une portée générale cependant, et non pas relatifs seulement aux successions, comme ceux avec la Suisse et avec le grand-duché de Bade, après avoir réglé la question de compétence, on a jugé nécessaire de stipuler formellement la reconnaissance de l'autorité de chose jugée (1).

B. La convention du 16 avril 1846, conclue avec le grand-duché de Bade, déclare aussi exécutoires dans chacun des deux pays

(1) V. Ch. Daguin. J. C., 1889, p. 59; [Surville et Arthuys, *op. cit.*, 4e édit., p. 538, note 1; Weiss, *Traité,* t. V, p. 636; cpr. J. C., 1900, p. 539. La même interprétation serait sans doute donnée par nos tribunaux aux conventions telles que celles avec l'Autriche-Hongrie du 11 décembre 1866 et avec le Mexique du 27 novembre 1885, qui contiennent des dispositions analogues sur le règlement des successions.]

contractants les jugements de l'autre, sans révision au fond. Pour obtenir l'exequatur, on doit produire une expédition légalisée du jugement, la preuve que la signification a été faite, et un certificat du greffier constatant qu'il n'y a ni appel ni opposition. L'exequatur est accordé par le tribunal ou la cour du domicile du débiteur ou du lieu de la situation des biens, suivant que la décision étrangère a été rendue par un tribunal du premier ou du second degré de juridiction.

La convention franco-badoise a été étendue à l'Alsace-Lorraine, dans les rapports de la France et de l'Allemagne, par la convention du 11 décembre 1871 (art. 18), additionnelle au traité de Francfort.

La convention de 1846 exige que le jugement soit rendu par un tribunal compétent et elle indique les règles de compétence. Ces règles sont considérées comme limitatives par la jurisprudence française, de telle sorte que les jugements rendus d'après les nouvelles règles de compétence, établies par le code de procédure allemand du 30 janvier 1877, ne peuvent bénéficier du traité. Il semble naturel, en effet, que le traité, véritable contrat, ne puisse être modifié par la loi d'un des pays contractants sans le consentement de l'autre (1). Mais la jurisprudence allemande adopte l'opinion contraire (2).

C. Le traité du 24 mars 1760, intervenu entre la France et la Sardaigne, avait donné lieu à des difficultés sur le point de savoir s'il accordait toujours aux jugements sardes la dispense de la révision au fond. D'une part, en effet, ce traité avait été abrogé, comme tous ceux conclus avec des Etats en guerre avec la France, par la loi du 1er mars 1793; d'autre part, il était visé et confirmé dans les traités du 15 mai 1793, de 1814 et de 1815. Mettant fin à tous les doutes, la déclaration du 11 septembre 1860 déclare les

(1) Paris, 3 février 1879, *Le Droit*, 17 mars; Toul, 31 octobre 1889, *ibid.*, 20 novembre; Vincent et Penaud, *loc. cit.*, v° *Jugement étranger*, n. 396 et suiv.; [Trib. rég. sup. Colmar, 17 déc. 1901, *Bullet. prat. de Dr. int. pr.*, 1902. 1. 299; cpr. Weiss, *Traité*, t. V, p. 644-650.]

(2) Beauchet, *De l'exécution des jugements français en Alsace-Lorraine*, J. C., 1888, p. 466 et suiv. Jugé que le défendeur ne peut s'opposer à l'exequatur pour incompétence du tribunal allemand d'après le traité de 1846, quand il n'oppose pas l'incompétence devant ce tribunal ou accepte implicitement la compétence en ne faisant pas appel après avoir été débouté, en première instance, de son exception d'incompétence. — Paris, 28 janv. 1898, J. C., 1898, p. 544; Besançon, 20 nov. 1889, S., 92. 2. 269. — *Contrà* Paris, 4 août 1877, *Le Droit*, 11 août 1877; [*Reichsgericht* de Leipzig, 10 juillet 1888, J. C., 1889, p. 129.]

jugements sardes exécutoires en France sans révision au fond (1). Il suffit, pour obtenir l'exequatur, que la sentence soit régulière en la forme, émane du tribunal compétent (2), et ne soit pas contraire à l'ordre public. L'exequatur doit toujours être demandé à une Cour d'appel, quel que soit le degré de la juridiction qui a rendu la sentence (3). On décide enfin que la déclaration de 1860 a laissé subsister la disposition du traité de 1760, en vertu de laquelle le tribunal étranger doit adresser des lettres rogatoires à celui qui est appelé à ordonner l'exécution (4).

Bien que l'art. 22 du décret de 1760 parle des *décrets* et jugements, il a été jugé que ce traité ne s'applique pas aux décrets émanant de la juridiction non contentieuse d'un magistrat italien, notamment à un décret du président du tribunal de Rome qui, le 29 janvier 1892, autorisait la saisie conservatoire des objets d'art appartenant au prince Colonna et vendus par ce dernier pour être expédiés en France, contrairement à la loi italienne du 28 juin 1871. On argumente de ce que les sentences italiennes doivent être l'équivalent des véritables jugements, les seuls dont parle l'art. 2123 de notre code civil, et de ce que la déclaration du 11 septembre 1860 exige que les parties aient été citées et légalement représentées ou défaillantes, ce qui n'a pas lieu dans le cas des décrets dont il s'agit. Il importe peu que le code de procédure

(1) [Jurisprudence constante : Cass., 7 juillet 1862, S., 62. 1. 831, D. P., 62. 1. 555; Bordeaux, 31 décembre 1877, J. C., 1878, p. 272; Bordeaux, 8 août 1887, D. P., 88. 2. 301, S., 89. 2. 35; Douai, 10 avril 1895, J. C., 1899, p. 375; Paris, 12 mai 1902 et Trib. Seine, 11 juin 1903, *Bull. prat. du dr. int. pr.*, 1903. 1. 289; — Milan, 19 juillet 1875, J. C., 1879, p. 305; Ancône, 12 août 1877, J. C., 1877, p. 515; Lucques, 19 février 1880, J. C., 1883, p. 88; Milan, 1er février 1887, J. C., 1888, p. 430.]

(2) [Cass. civ., 6 avril 1906, J. C., 1906, p. 791 : autre chose est l'incompétence, autre chose est une irrégularité de procédure qui ne permet pas de refuser l'exequatur d'une décision italienne en se fondant sur ce que le magistrat italien aurait à tort statué comme juge de commerce au lieu de procéder comme juge civil. Amiens, ch. r. (sur renvoi), 7 février 1907, J. C., 1909, p. 484.]

(3) [Paris, 29 mai 1869, *Le Droit* des 31 mai-1er juin 1869; Montpellier, 5 décembre 1889 et 11 novembre 1895, J. C., 1893, p. 402 et 1896, p. 1038.]

(4) Paris, 3 juin 1881, *Le Droit,* 20 et 21 juin 1881; Paris, 7 avril 1887, J. C., 1891, p. 533; Cass., 30 nov. 1893, J. C., 1894, p. 311. En Italie, au contraire, on considère les lettres rogatoires comme facultatives : Cass. Rome, 26 avril 1889; V. J. C., 1878, p. 7 et 112. Jugé, en Italie, que les lettres rogatoires ne sont plus exigées d'après l'art. 942 du nouveau Code de procédure : Milan, 27 janvier 1894, J. C., 1899, p. 868. La validité de la déclaration de 1860 est très critiquée en Italie au point de vue du droit constitutionnel de ce pays (V. Chr. Daguin, *op. cit.*, p. 225 et suiv.).

italien appelle décrets les actes de juridiction gracieuse, du moment que les conventions de 1760 et de 1860 ne donnent pas le même sens à ces mots (1).

Si les parties consentent à la révision au fond, on applique le droit commun et les lettres rogatoires ne sont pas nécessaires (2).

Bien que conclu avec la Sardaigne seulement, le traité de 1760 est considéré universellement comme applicable à toute l'Italie. Il est de principe, en effet, qu'un pays annexé prend la condition de l'Etat auquel il est incorporé au point de vue des relations internationales : or, le nouveau royaume d'Italie s'est formé par l'adjonction successive à la Sardaigne des autres Etats italiens, Deux-Siciles, Toscane, Parme, Etats-Pontificaux (3). Mais on refuse en Italie l'exequatur à un jugement français rendu en vertu de l'art. 14 C. civ., parce que cette dernière disposition est considérée comme contraire au Droit des gens en tant qu'elle soustrait le défendeur à ses juges naturels (4). En France, au contraire, on accepte souvent la compétence des tribunaux italiens quand, en vertu de l'art. 105 du code civil d'Italie, ils sont compétents à

(1) Paris, 27 avril 1892, *Le Droit,* 4 mai 1892, [D. P., 94. 1. 425, *Pand. fr. pér.,* 93. 5. 22, J. C., 1892, p. 973. Mais le traité de 1760 suppose et même dispose que l'exequatur peut être accordé à un *décret ;* or, en Italie, le décret n'est qu'une ordonnance sur requête. Si la déclaration interprétative de ce traité mentionne certaines conditions auxquelles un simple décret ne peut satisfaire, c'est qu'elle prévoit le cas habituel ; mais ces conditions ne s'imposent évidemment que dans la mesure où l'observation ne se heurte pas à une impossibilité. V. Cass., 20 nov. 1893, le rapport de M. Ballot-Beaupré et les conclusions de M. le procureur général Manau, D. P., 94. 1. 425 ; S., 94. 1. 445 ; *Pand. pér. fr.*, 94, 5. 41 ; J. C., 1894, p. 311. — Cpr. cep. Paris, 30 juillet 1903, J. C., 1904, p. 664.]

(2) Cass., 5 mars 1888, *Le Droit,* 8 mars 1888, S., 88. 1. 113. — Cpr. Montpellier, 5 décembre 1889, *Le Droit,* 6 et 7 janvier 1890, Montpellier, 29 mars 1891, J. C., 1893, p. 402 ; Paris, 15 mars 1894, *ibid.*, 1894, p. 533 ; [Trib. Seine, 5 janvier 1898, *Pand. fr. pér.,* 1898. 5. 28 ; Trib. civ. Seine, 5 janvier 1905, J. C., p. 1031 et la note ; Trib. civ. Seine, 9 mars 1906, J. C., 1906, p. 796. — Quelques décisions ont été rendues dans le même sens en Italie : Cass. Rome, 26 avril 1889, S., 1891. 4. 4 ; Milan, 27 janvier 1894, J. C., 1899, p. 868 ; Cass., Turin, 4 janvier 1895, J. C., 1896, p. 316 ; Cass. Rome, 19 mai 1899, J. C., 1904, p. 392.] V. aussi, J. C., 1898, p. 112.

(3) Paris, 13 février 1883, J. C., 1883, p. 286 ; Le Bourdellès, J. C., 1882, p. 389 et suiv. — Cpr. Renault, S., 81. 2. 145 ; *Rev. crit.*, 1881, p. 473 et suiv. et Cass., 30 janvier 1867, S., 67. 1. 117 ; 5 novembre 1878, S., 79. 1. 126.

(4) V. J. C., 1881, p. 542-543 ; Cass. Turin, 30 août 1887, J. C., 1889, p. 338 et la note ; [Catane, 21 avril 1890, J. C., 1892, p. 293 ; Cass. Palerme, 4 avril 1893, J. C., 1894, p. 1082 ; Gênes, 15 octobre 1895, J. C., 1896, p. 908 ; Trani, 7 mars 1896, J. C., 1903, p. 211 ; Astuni, *De l'exécut. en Italie des jug. fr. rendus en vertu de l'art. 14 C. civ.*, J. C., 1904, p. 529 et s.]

l'égard des Français dans les cas où la loi française admettrait la compétence des tribunaux de France pour des Italiens (1).

D. Le traité franco-suisse du 28 juillet 1828 (2), ayant donné lieu aussi à quelques difficultés, a été remplacé par la convention du 15 juin 1869, dont les dispositions relatives à la compétence ont été déjà signalées.

Pour l'exécution des jugements, l'art. 16 dispose que l'exequatur est accordé sur la production des pièces suivantes : 1° expédition légalisée du jugement; 2° original de l'exploit de signification; 3° certificat du greffier attestant qu'il n'y a ni appel ni opposition. L'art. 16 exige en outre une notification au défendeur, indiquant le jour et l'heure où il sera statué sur la concession de l'exequatur.

D'après l'art. 18, si le jugement ordonne la contrainte par corps, elle ne sera appliquée que si la loi du pays où l'exécution a lieu l'admet dans le même cas; or, en France, depuis 1867, la contrainte par corps n'existe plus en matière civile et commerciale.

Les difficultés relatives à l'exécution du jugement sont de la compétence du tribunal qui a donné l'exequatur (art. 19).

Une fois les pièces indiquées plus haut remises au tribunal, ce dernier, réuni dans la chambre du conseil, accorde l'exequatur sur le rapport d'un juge commis par le président (3), et le ministère public entendu. Sans se préoccuper d'apprécier la valeur de la sentence quant au fond, le tribunal n'a qu'à examiner les trois points suivants : 1° si le jugement émane de la juridiction compétente; la compétence est appréciée d'après les dispositions du

(1) Paris, 1er décembre 1879, S., 81. 2. 145; *id.*, 16 février 1883, *Le Droit,* 12 sept. 1883; [Trib. Le Havre, 8 janvier 1885, D. P., 1888. 1. 365; S., 1888. 1. 313; J. C., 1885, p. 293; Rouen, 22 déc. 1885, D. P., 1888. 1. 365; S., 1888. 1. 313; Chambéry, 13 août 1900, J. C., 1901, p. 151; Paris, 12 mai 1902, J. C., 1903, p. 165. — Quelques décisions françaises ont toutefois refusé l'exequatur des jugements italiens rendus contre des Français domiciliés ou résidant en France en vertu de l'art. 105 C. pr. civ. italien. Montpellier, 21 mars 1891, D. P., 1895. 2. 145; J. C., 1893, p. 402; Grenoble, 7 juillet 1894, J. C., 1897, p. 1047; Aix, 22 juillet 1901, J. C., 1902, p. 976. Cpr. Lyon, 1re ch., 18 juin 1907, J. C., 1908, p. 158 et la note. — V. ci-dessus n. 199, 2°, p. 617-618.]

(2) [Avant ce traité, celui du 28 mai 1777, traité d'alliance conclu à Soleure, dans son art. 12 et celui du 5 vendémiaire an XII (27 septembre 1803, traité d'alliance défensive signé à Fribourg, dans son art. 15, contenaient relativement à l'exécution réciproque des jugements en Suisse et en France, des clauses analogues à celles de l'art. 1er du traité du 28 juillet 1828 et aux art. 15 à 19 de la convention du 15 juin 1869. V. Weiss, *Traité,* t. V, p. 658, note 3.]

(3) Paris, 28 janvier 1893, J. C., 1893, p. 544.

traité pour les cas qu'il prévoit (art. 1, 2, 3, 5, 6) (1) et, en dehors de ces cas, par la loi du pays où le jugement est rendu ; 2° si les parties ont été citées devant cette juridiction ou ont fait défaut (2) ; 3° si l'exécution est compatible avec l'ordre public du pays où elle doit avoir lieu (art. 17) (3). L'art. 15 assimile, quant aux formalités à remplir, les sentences arbitrales aux jugements. De plus, d'après l'art. 17 *in fine*, la décision sur l'exequatur n'est pas susceptible d'opposition, mais seulement d'un recours devant l'autorité supérieure compétente suivant les délais et les formes de chaque pays, par exemple, chez nous, d'appel ou de pourvoi en cassation. Cette règle n'exclut pas d'ailleurs la possibilité de la tierce opposition pour les tiers intéressés (4). Enfin, d'après l'art. 12 du traité, l'opposition à un jugement par défaut ne pourra être formée que devant les autorités du pays où le jugement a été rendu.

E. Le titre II du traité franco-belge du 8 juillet 1899 est consacré à l'autorité de chose jugée et à l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques ; nous ne retiendrons ici que les dispositions relatives aux décisions judiciaires (5).

L'autorité de chose jugée est reconnue aux décisions judiciaires de Belgique en France et réciproquement aux conditions suivantes (art. 41) : 1° que la décision ne contienne rien de contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public du pays où elle doit être exécutée ; 2° qu'elle soit *passée en force de chose jugée*, d'après la loi du pays où elle a été rendue. Cela doit s'entendre en ce sens que la sentence puisse être ramenée à exécution et non qu'elle ne soit plus susceptible d'appel ou d'opposition (6) ; 3° Que,

(1) [Besançon, 29 juin 1885, J. C., 1888, p. 956 ; C. just. Genève, 14 février 1901, J. C., 1901, p. 857 ; Neuchâtel, 11 juin 1880, *Rec. off.*, p. 977 ; Trib. Genève, 25 février 1881, J. C., 1882, p. 234 ; Cass. Neuchâtel, 14 juillet 1887, J. C., 1887, p. 378 ; Trib. féd. Suisse, 9 février 1899, J. C., 1900, p. 846.]

(2) L'examen de la régularité de la citation ou du défaut doit se faire suivant la loi en vigueur au lieu du jugement. Cpr. Trib. Genève, 13 novembre 1883, J. C., 1886, p. 248 ; Trib. féd. suisse, 19 mars 1886, *Semaine judiciaire*, 1886, p. 209 ; Trib. Genève, 24 avril 1891, *Rev. prat. de dr. int. pr.*, 1892, 1. 202.]

(3) Cass., 18 juillet 1859, S., 1859. 1. 822, D. P., 1859. 1. 325 ; Trib. Seine, 21 novembre 1883, J. C., 1883, p. 620 ; Poitiers, 4 juillet 1887, S., 1888. 2. 194 ; Paris, 29 janvier 1902 ; J. C., 1903, p. 356 ; Cour just. Genève, 13 avril 1885, *Sem. jud.*, 1885, p. 444.]

(4) Cass., 27 juillet 1874, D. P., 76. 1. 129 ; Chambéry, 20 janvier 1877, D. P., 78. 2. 213 ; 5 juin 1874, J. C., 1885, p. 85.

(5) Pour les sentences arbitrales, v. n. 209 ; pour les actes authentiques, n. 213.

(6) *Exposé des motifs*, Chambre des députés, n. 1355. Annexe au procès-verbal

d'après la loi du pays où la décision a été rendue, l'expédition qui en est produite réunisse les conditions nécessaires à son authenticité; 4° que les parties aient été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes, ce qui s'apprécie d'après la loi du pays où l'instance a été engagée; 5° que *les règles de compétence rendues communes* aux deux pays par la convention n'aient pas été méconnues (1). De là il résulte que, pour les autres règles de compétence, chaque pays s'en rapporte à l'appréciation qu'en aura faite, dans l'autre pays, le tribunal saisi de la contestation (art. 11).

En limitant son examen aux points sus-indiqués, le tribunal civil dans le ressort duquel l'exécution doit se faire accorde l'exequatur, quelle que soit la juridiction, d'appel ou commerciale, qui a rendu la sentence dans l'autre pays. Il statue comme en matière sommaire et urgente (art. 12); il ordonne, s'il y a lieu, les mesures nécessaires pour que la décision étrangère reçoive la même publicité que si elle avait été prononcée dans le ressort où elle est rendue exécutoire (art. 13). Le jugement sur l'exequatur n'est pas susceptible d'opposition; mais l'appel est *toujours* possible dans les quinze jours; il est jugé sommairement et sans procédure (art. 14). Le traité ne les écartant pas, les autres voies de recours : pourvoi en cassation, tierce-opposition, requête civile, restent ouvertes contre le jugement relatif à l'exequatur.

Des termes des art. 11 et 12, qui parlent des *décisions des cours et tribunaux*, et des explications fournies dans les travaux préparatoires de la convention, il résulte que cette dernière vise toute décision émanant d'une autorité judiciaire, telle qu'une ordonnance de la juridiction gracieuse, et non pas seulement les juge-

de la séance du 22 janvier 1900, p. 11, *in fine;* [Trib. civ. Tournai, 1er décembre 1902, *Pas.*, 1903. 3. 76; Cass. Belg.; 6 juin 1907, J. C., 1908, p. 215 et la note de M. Perroud; Cpr. Barlin, *Etudes sur les effets extraterritoriaux des jugements,* I, *Compétence du tribunal étranger,* p. 171; Trib. civ. Seine, 1re ch., 6 décembre 1907, J. C., 1908, p. 486 et la note; Trib. civ. Seine, 1re ch., 1er février 1908, J. C., 1908, p. 491 et la note; Trib. civ. Seine, 1re ch. (affaire Hansens), 1er février 1908, J. C., 1908, p. 1144 et la note.]

(1) [Bruxelles, 24 nov. 1903, *Pasicrisie,* 1904. 2. 35, J. C., 1904, p. 730; Cass. belge, 1er juill. 1904, *Pas.*, 1904. 1. 293; Trib. civ. Bruxelles, 4 avril 1905, J. C., 1905, p. 689, et les conclusions de M. le substitut Em. de Le Court; Trib. com. Seine, 19 juill. 1906, J. C., 1907, p. 149; Douai, 2 déc. 1905, J. C., 1907, p. 355; Trib. comm. Caen, 11 août 1906, J. C., 1907, p. 708; Paris, 19 fév. 1908, J. C., 1908, p. 782, avec les conclusions du ministère public et la note; Trib. Nice, 6 juill. 1908, J. C., 1909, p. 480.]

ments proprement dits, à la condition, bien entendu, que la décision, quelle qu'elle soit, comporte un acte d'exécution (1).

F. [Rappelons que, d'après les art. 18 et 19 du traité d'union de La Haye du 17 juillet 1905 pour la procédure, les condamnations aux frais et dépens du procès contre les demandeurs dispensés de la caution *judicatum solvi* sont déclarées exécutoires gratuitement par l'autorité compétente de chaque pays de l'Union, aux trois seules conditions suivantes : 1° que, d'après la loi du pays où la condamnation a été prononcée, l'expédition de la décision réunisse les conditions nécessaires à son authenticité; 2° que, d'après la même loi, la décision soit passée en force de chose jugée; 3° que le dispositif de la décision soit rédigé dans la langue de l'autorité requise ou dans la langue convenue entre les deux Etats intéressés, ou bien qu'il soit accompagné d'une traduction faite dans l'une de ces langues et, sauf entente contraire, certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'Etat requérant ou par un traducteur assermenté de l'Etat requis (v. n. 189).]

G. D'après l'art. 56 de la convention de Berne du 14 octobre 1890 sur les transports internationaux par chemins de fer [non modifiée sur ce point par la deuxième convention additionnelle du 19 septembre 1906], les jugements rendus par les tribunaux compétents de l'un des Etats de l'Union sont revêtus de l'exequatur dans les autres sans révision au fond.

204. Les traités qui ont été cités, et tous autres semblables qui pourraient être conclus en pareille matière, donnent lieu à quelques remarques générales.

1° Malgré toute convention, un jugement étranger n'est jamais exécutoire que s'il est revêtu de l'exequatur par l'autorité du lieu où l'exécution se réalise. Le principe de souveraineté s'oppose à ce que les agents de la force publique d'un pays obéissent à un ordre émanant d'une autorité étrangère. Le traité ne peut donc avoir pour résultat que de faciliter la concession de l'exequatur au point de vue des formalités exigées, ou de dispenser de la révision quant au fond (2).

2° Les traités s'appliquent à tous les jugements rendus dans les

(1) [Il semble bien qu'après huit années d'application (1900-1908), la convention franco-belge n'ait pas réalisé toutes les espérances qu'on avait fondées sur elle. V. G. Bigwood, avocat à la Cour d'appel de Bruxelles, *La convention franco-belge et la pratique judiciaire, Journal des Tribunaux,* 26 et 30 juillet 1908, et J. C., 1908, p. 1069 et suiv.]

(2) Cass. req., 18 juill. 1859, S., 59. 1. 822.

pays contractants, quelle que soit la nationalité des parties. Les conventions dont il s'agit reposent, en effet, sur la confiance qu'inspirent les magistrats de certains pays, et cette confiance est évidemment la même, que ces magistrats jugent leurs nationaux ou des étrangers (1).

3° Enfin, suivant une opinion générale, en cas de guerre entre les pays contractants, les traités sont suspendus et même anéantis, de telle sorte que, la guerre terminée, une nouvelle convention serait nécessaire (2). Cette solution, générale d'ailleurs pour tous les traités quel qu'en soit l'objet, n'est pas justifiée, comme nous l'avons démontré. La guerre ne doit rationnellement mettre fin qu'aux relations internationales incompatibles avec le nouvel état de choses qu'elle crée, par exemple aux traités politiques; mais on ne voit pas de bonnes raisons pour décider de même en ce qui concerne les traités relatifs au droit privé qui ne touchent que les particuliers et non les Etats considérés comme corps politiques. On ne peut pas dire, par exemple, que la confiance dans les tribunaux d'un pays diminue par ce fait que la guerre éclate avec ce pays, et qu'il y a lieu désormais de réviser au fond leurs sentences auxquelles on reconnaissait auparavant l'autorité de la chose jugée.

4° Les traités relatifs à l'exécution des jugements n'accordent qu'une faveur à laquelle on peut renoncer pour en revenir au droit commun (3).

(1) [Consultation de M. L. Renault délibérée en 1904 au sujet de l'application du traité franco-belge (affaire Le duc d'Aumale contre Le Camrose); Weiss, *Traité*, t. V, p. 640-642; De Paepe, *Belgique judiciaire*, 1904, col. 1107 et suiv. La jurisprudence s'est prononcée plusieurs fois en ce sens pour les traités franco-italien de 1760 et de 1860, Aix, 13 mars 1879, J. C., 1880, p. 106; pour le traité franco-suisse de 1869, trib. féd. suisse, 15 juill. 1887, *Le Droit*, du 1er sept. 1887; trib. Zurich, 31 juill. 1898, J. C., 1898, p. 419; pour le traité franco-belge de 1899, trib. civ. Anvers, 11 juin 1904, *Journ. des trib.* (Bruxelles), 1904, n. 1916; Cass. belge, 1er juill. 1904, *Pasicr.*, 1904. 1. 293; *Contrà*, Bruxelles, 24 nov. 1903, J. C., 1904, p. 730.]

(2) Cass., 23 déc. 1854, S., 54. 1. 811.

(3) Cass., 5 mars 1888, S., 88. 1. 113, D. P., 88. 1. 365; Paris, 15 mars 1894, *Rev. crit.*, 1895, p. 90, et les observations de M. Surville; Cass. Rome, 26 avril 1889, *Monit. trib.*, 1889, p. 611; [*Contrà*, Nîmes, 19 nov. 1886, J. C., 1889, p. 295; Paris, 28 janv. 1893, J. C., 1893, p. 554; Weiss, *Traité*, t. V, p. 642-643.]

SECTION IV

JUGEMENTS RENDUS PAR DES TRIBUNAUX SPÉCIAUX OU PLACÉS DANS DES CONDITIONS PARTICULIÈRES

205. Jugements rendus dans un pays envahi par une armée étrangère. — L'invasion ne constitue par elle-même qu'un simple état de fait n'entraînant pas, en principe, de modifications dans la condition légale du pays occupé par l'ennemi. C'est par l'annexion seulement que se réalise le changement de souveraineté; jusqu'à ce qu'elle ait lieu, par conséquent, les tribunaux du pays envahi doivent continuer à rendre la justice au nom du souverain actuel. C'est avec autant de droit que de courage que la cour de Nancy a refusé de rendre ses arrêts au nom du gouvernement allemand, avant que l'annexion ait été accomplie (1). En conséquence, les jugements émanant des tribunaux du pays occupé militairement seront de plein droit exécutoires dans toute l'étendue de l'Etat dont une partie est envahie, et, dans le territoire de l'Etat qui fait l'invasion, ils seront réputés jugements étrangers, assujettis par suite à l'exequatur.

Cependant, pour ne pas compromettre les intérêts essentiels des habitants du pays qui subit l'invasion, on admet que, après la fin de celle-ci, il faut respecter les actes accomplis par l'Etat envahisseur en tant qu'il ne s'agit que d'actes administratifs et judiciaires touchant au droit privé, et non d'actes qui ont eu pour but de changer la constitution du pays et dont le caractère est politique. On en conclut que les jugements rendus par les tribunaux civils et commerciaux organisés par l'envahisseur doivent être respectés quand l'invasion a cessé; il serait trop dur, dit-on, alors que le service de la justice est désorganisé par l'occupation militaire, de priver les particuliers de la faculté de faire reconnaître leurs droits par ces nouvelles juridictions, et de les forcer à attendre, pour obtenir justice, que l'invasion ait pris fin. Mais on va beaucoup trop loin en acceptant *de plano* les décisions de ces tri-

(1) Délibération de la Cour de Nancy du 8 septembre 1870, *J. off.*, 21 sept. 1870; [Délibérations des trib. de Laon et de Versailles, 15 et 31 octobre 1870, D. P., 71. 2. 57 et 71. 3. 39. — Cpr. pour l'ancien droit international, I. Lameire, *Les occupat. milit. en Italie*, 1903, *præs.* p. 302 et s. et p. 378-381; *Les occupat. milit. en Espagne*, 1905, *præs.* p. 261-263, p. 457-459 et p. 731-735; *Les occupat. milit. de l'île de Minorque*, 1908, *præs.* p. 51, p. 141-147 (Edit du roi de mai 1757, art. 2), p. 262-267 et p. 755-758.

bunaux dans le pays envahi; au moins faudrait-il les assimiler à celles qui sont rendues par des tribunaux étrangers et les soumettre pour l'exécution à la formalité de l'exequatur (1).

Exceptionnellement, les armées en campagne ont une juridiction exclusive pour juger les infractions commises par leurs membres et les attentats des étrangers contre leurs soldats. Cette application de la loi martiale est commandée par la nécessité de sauvegarder l'armée et d'éviter qu'elle ne soit toujours contrainte de recourir à la violence pour repousser les attaques dirigées contre elle par des particuliers. Il en serait de même si l'invasion n'avait pas le caractère d'hostilité, c'est-à-dire si l'armée étrangère avait été appelée par le gouvernement du pays occupé par elle : c'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de cassation à maintes reprises, notamment à propos de l'occupation de Rome par l'armée française sur la volonté de Pie IX.

Il n'y a pas lieu de distinguer non plus suivant que le coupable d'un attentat contre l'armée d'invasion est ou non un national du pays occupé; c'est ainsi que la compétence des tribunaux militaires français a été reconnue, pendant l'occupation de la Tunisie, pour juger un Italien coupable d'agression contre un soldat français (2).

206. Jugements rendus avant ou après une annexion. — Deux principes, qui dominent toute la théorie de l'annexion, doivent servir de règles en ce qui concerne l'exécution des jugements rendus avant ou après une annexion.

1° Le changement de souveraineté n'a lieu qu'au moment où le traité est définitif; 2° l'annexion n'a pas d'effet rétroactif; il faut donc respecter tous les droits acquis au moment où elle se réalise et qui pourraient être modifiés par elle.

Ces principes une fois établis, deux cas sont à distinguer, suivant que le jugement est ou non définitif au moment où se réalise l'annexion.

(1) Cass., 16 mars 1841, S., 41. 1. 405; Cass., 6 janv. 1873, J. C., 1874, p. 243; Bastia, 27 déc. 1875, J. C., 1876, p. 104.

(2) *Instruction pour les armées des Etats-Unis* de Lieber, art. 7, dans Bluntschli, *op. cit.*, p. 483; V. J. C., 1882, p. 511; [Code de just. milit. français, art. 63, 204-208, 217-225, 230-265; Cass., 24 août 1865, D. P., 65. 1. 501. — L'incident de Casablanca en date du 25 septembre 1908 soulève entre autres la question de savoir quels sont les droits de l'occupant à l'égard des légionnaires déserteurs. Les questions de droit et de fait soulevées par cet incident sont soumises à un tribunal arbitral qui doit se réunir à La Haye le 1er mai 1909. V. la version officielle française du compromis du 24 novembre 1908, J. C., 1909, p. 322.]

A. Le jugement est définitif au moment de l'annexion.

Ce jugement constitue pour la partie qui l'a obtenu un droi acquis, sur lequel l'annexion, n'opérant que pour l'avenir, n'a pas d'influence. En conséquence, ce jugement est exécutoire *de plano* dans le pays annexé ou sur le territoire du pays démembré, quand il a été rendu dans le pays démembré ou dans le pays annexé. Cependant, si l'exécution doit se faire dans le pays annexé, la formule exécutoire doit être donnée au nom du nouveau souverain qui y domine. Donc, si un jugement est rendu dans un pays séparé de la France et se trouve définitif quand le démembrement a lieu, il est de plein droit exécutoire en France, la séparation de territoire n'ayant pas d'effet rétroactif (1).

A l'inverse, le perdant a le droit d'exiger l'exequatur, et même la révision au fond dans le système français, quand le jugement rendu dans le pays annexé doit être exécuté dans le pays annexant. L'exequatur devra d'ailleurs être refusé, si le jugement est contraire à l'ordre public du pays annexant, que l'exécution doive avoir lieu dans le territoire ancien de l'Etat annexant ou dans le territoire nouveau qui a été annexé (2).

Il devrait en être de même quand le jugement est rendu dans le pays annexant et exécutoire dans le pays annexé; mais on admet en pareil cas l'exécution *de plano*, parce que, dit-on, il serait irrationnel de demander l'exequatur à des juges établis par le souverain même du pays où l'exécution doit avoir lieu (3).

B. Le jugement n'est pas définitif au moment de l'annexion.

Si l'on veut employer une voie de recours, après l'annexion, contre un jugement rendu dans le pays annexé, il faudra s'adresser aux juridictions du pays annexant ou organisées par lui dans le pays annexé. Les décisions de ces dernières juridictions seront évidemment exécutoires *de plano* dans le pays annexé.

Si une voie de recours est déjà ouverte au moment où se fait l'annexion, trois hypothèses sont à distinguer : 1° Le recours est porté devant un tribunal du pays annexé : en pareil cas, la décision sera exécutoire *de plano* dans le pays annexé et dans celui qui réalise l'annexion, car elle est rendue au nom du souverain de ces deux pays.

(1) Cpr. Cass., 27 août 1812, S., 12. 1. 180; Nancy, 7 déc. 1872, S., 73. 2. 34. — Décret du 12 juin 1860 pour Nice et la Savoie.

(2) Paris, 20 nov. 1848, D. P., 49. 2. 239; conv. du 11 déc. 1871, art. 3 § 1.

(3) Paris, 9 juin 1874, J. C., 1875, p. 189. — Cpr. Cass., 7 juillet 1862, S., 62. 1. 831.

2° Si le recours est porté devant un tribunal du pays démembré, le jugement de ce dernier ne sera exécutoire dans le pays annexé ou dans le pays annexant qu'après l'obtention de l'exequatur.

3° Enfin, l'exequatur n'est pas nécessaire pour l'exécution, dans le pays annexé, de la sentence définitive émanant d'un tribunal du pays annexant, à qui la réformation du jugement en premier ressort a été demandée.

S'il y a pourvoi devant la Cour de cassation du pays démembré, au moment où l'annexion s'accomplit, le renvoi après cassation ne peut avoir lieu que devant un autre tribunal du pays démembré : le respect de la souveraineté s'oppose évidemment à ce que la Cour suprême d'un pays puisse saisir la juridiction d'un autre Etat. La sentence de ce tribunal du pays démembré, à qui l'affaire a été renvoyée après cassation, ne sera exécutoire dans le pays annexé, ou dans le pays annexant, qu'après concession de l'exequatur.

Les voies de rétractation, comme l'opposition, ne présentent généralement pas de difficultés, puisqu'elles sont portées devant le tribunal même qui a rendu la sentence attaquée. Cependant, il peut arriver que la loi du pays annexant n'admette pas une voie de rétractation organisée par la loi qui s'appliquait avant l'annexion dans le pays annexé. Si la voie de recours supprimée par la loi nouvelle est déjà ouverte quand l'annexion se réalise, elle ne devra pas être fermée, parce qu'elle constitue un droit acquis pour les parties et que l'annexion, qui n'opère que pour l'avenir, est sans influence sur les droits de ce genre. Si, au contraire, cette voie de recours n'est pas encore ouverte au moment de l'annexion, on ne pourra plus l'employer quand la loi du pays annexant ne la reconnaît pas. La Cour de cassation tient compte uniquement de la loi du pays démembré, de telle sorte que : 1° la voie de recours accordée par cette loi subsiste toujours comme droit acquis, quelle que soit la loi du pays annexant ; 2° les délais pour utiliser la voie de recours dépendent de la loi du pays démembré ; 3° la voie de recours est refusée si cette loi ne l'accorde pas, serait-elle organisée par la loi du pays annexant (1).

Il arrive parfois que, pour éviter les frais et les complications, on stipule dans les traités le maintien de tous les actes judiciaires antérieurs à l'annexion. (V. Convention franco-prussienne du 23 octobre 1829 pour fixer la limite des deux Etats).

(1) Cass., 13 fév. 1865, S., 65. 1. 122 ; 5 nov. 1862, S., 63. 1. 28 ; 2 janv. 1866, S., 66. 1. 82.

La convention du 11 décembre 1871, art. 3, additionnelle au traité de Francfort, contient sur notre matière des règles particulières (1). Conformément aux principes exposés ci-dessus, les jugements entre Français, qui étaient définitifs au 20 mai 1871, sont déclarés exécutoires *de plano* en Alsace-Lorraine; ceux qui ont été rendus en Alsace-Lorraine et qui étaient définitifs à cette même date ont pu être attaqués par un pourvoi devant la Cour de cassation de France. Mais, de plus, ceux qui n'étaient pas définitifs à la même époque ont été soumis aux Cours d'appel de France et non à celles d'Allemagne : cette dérogation au droit commun a été motivée par le désir de faire apprécier le jugement par des magistrats français comme ceux qui l'ont rendu, et connaissant bien la loi d'après laquelle l'affaire a été jugée (2).

Les appels et pourvois déjà commencés au 20 mai 1871 devaient continuer devant les juridictions qui en étaient saisies; cependant s'il s'agissait de statut personnel des individus que l'annexion atteignait, les tribunaux allemands étaient seuls compétents. Quant aux instances pendantes au moment de l'annexion, elles devaient continuer devant les juges allemands établis en Alsace-Lorraine, en matière réelle, et devant la juridiction du domicile du défendeur, en matière personnelle.

207. Jugements rendus par les consuls français à l'étranger. — Si les consuls n'ont qu'un pouvoir de juridiction très restreint dans les pays chrétiens, par exemple pour la nomination d'experts afin d'évaluer les pertes en cas de jet (art. 414 Co.) et pour rendre exécutoire la répartition de ces pertes entre les chargeurs et le propriétaire du navire (art. 416 Co., ordonnance du 29 octobre 1833), on a vu qu'ils ont au contraire une compétence très étendue dans les pays régis par les capitulations et dans certains Etats de l'Extrême-Orient. Dans tous les cas, les sentences émanant des consuls sont directement exécutoires en France, car elles sont rendues par un magistrat français qui les revêt lui-même de la formule en vertu de laquelle l'exécution peut avoir lieu, même *manu militari*. Néanmoins, la signature du consul doit être légalisée au ministère des affaires étrangères (ordonnance du 25 octobre 1833, art. 10). Le législateur s'exprime donc d'une manière inexacte en disant, dans l'art. 2123 C. civ., que l'exequatur

(1) [Cpr. art. 12 du traité de paix hispano-américain du 10 décembre 1898.]

(2) Cpr. décrets des 1er juin (art. 2) et 26 nov. 1860. et Cass., 21 sept. 1871, S., 71. 1. 108; [Chambéry, 5 juin 1867, S., 68. 2. 75; Trib. civ. Tunis, 14 et 17 mars 1887; 13 déc. 1888, J. C., 1889, p. 637; Cpr. Nancy, 7 déc. 1872, S., 73. 2. 34.]

est nécessaire pour les jugements *rendus en pays étranger;* plus justement, dans l'art. 546 Pr. civ., il n'impose cette formalité qu'aux jugements *rendus par les tribunaux étrangers* (1).

208. Jugements des tribunaux mixtes. — Les sentences des commissions mixtes, qui avaient été organisées en Turquie et qui sont aujourd'hui tombées en désuétude, devaient, d'après la convention de 1820, être revêtues de l'exequatur par le consul du condamné; cette condition remplie, elles étaient donc exécutoires dans le pays de ce dernier. Dans le système suivi par la jurisprudence française, le consul ne pourrait pas au contraire se contenter d'accorder l'exequatur à une décision d'un tribunal étranger : il devrait au préalable procéder à une révision quant au fond.

On a soutenu que les jugements des tribunaux mixtes d'Egypte n'avaient besoin, pour être exécutoires en France, que d'être revêtus de l'exequatur, sans être révisés quant au fond. Pour leur reconnaître ainsi l'autorité de la chose jugée, on se fonde sur ce que des magistrats français siègent dans ces tribunaux qui appliquent des lois absolument calquées sur nos codes : ce sont là, dit-on, des garanties qui rendent la révision inutile (2).

Mais il suffit de faire remarquer que les tribunaux en question sont étrangers, que leurs membres sont investis de leur autorité par le gouvernement égyptien, pour se convaincre que les jugements dont il s'agit rentrent dans les termes des art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ. : il serait donc arbitraire d'admettre une exception à leur égard, et il faut leur dénier l'autorité de la chose jugée si on la refuse aux jugements étrangers en général.

SECTION V

SENTENCES ARBITRALES

209. Les sentences arbitrales peuvent se présenter sous deux formes : elles sont volontaires ou forcées.

(1) [Il a été jugé que l'exequatur est inutile pour l'exécution d'un jugement français en Tunisie. Trib. civ. Tunis, 2e ch., 11 mai 1907, J. C., 1908, p. 157. De même, si le créancier européen peut exercer les actions qui appartiennent à son débiteur tunisien, il n'est pas fondé à soutenir qu'on ne peut pas lui opposer, sans exequatur, un jugement de la justice tunisienne qui a déboulé son débiteur tunisien des actions mêmes qu'il prétend exercer; les jugements compétemment rendus contre ce débiteur sont opposables à ses créanciers comme à lui-même. Trib. civ. Sousse, 23 janv. 1908, J. C., 1909, p. 153.]

(2) Fauchille, J. C., 1880, p. 457.

Volontaires, elles résultent de conventions appelées compromis, par lesquelles les personnes divisées par un différend s'en rapportent à l'appréciation d'un ou de plusieurs arbitres pour le trancher. Or, la volonté des parties étant leur loi, il n'y aura pas lieu de revenir sur la sentence des arbitres ni de la réviser; il suffira d'accorder l'exequatur pour que les agents de la force publique prêtent leur concours, si c'est nécessaire, à l'exécution de cette sentence. Le respect de la souveraineté ne commande plus qu'on examine si la décision rendue est équitable, comme dans le cas où il s'agit d'un jugement étranger, car les parties sont maîtresses de régler leurs droits comme elles l'entendent, tant qu'elles ne violent pas les principes d'ordre public; l'intervention de la justice serait déplacée, car elle a été écartée par les intéressés eux-mêmes à l'étranger et aussi en France : *Arbitri munus non est publicum ut judicis* (1).

L'exequatur sera donné aux sentences arbitrales par le président du tribunal seul, et le rôle de ce dernier se bornera à constater que l'exécution n'est pas contraire à l'ordre public (art. 1020 Pr. civ.).

Cette solution, généralement admise, est consacrée par la convention franco-belge du 8 juillet 1899, art. 15. Mais elle peut être combattue par des objections, à notre avis, décisives (2). D'abord, si l'on assimile la sentence arbitrale à un contrat, il faut, pour lui donner la force exécutoire, l'intervention du tribunal tout entier, comme pour les actes authentiques passés à l'étranger (v. n. 213, A). De plus, cette assimilation, établie par Merlin qui considérait l'arbitre comme le mandataire des parties en vertu du contrat de ces dernières (3), est en opposition avec les textes formels de la loi : il résulte, en effet, des art. 1006, 1009, 1010, 1013, 1014, 1016, 1019, 1020 à 1028 du Code de procédure civile que la mission de l'arbitre est considérée comme celle d'un véritable juge, puisque sa décision est qualifiée de jugement, susceptible d'appel,

(1) Cass., 16 juin 1840, S., 40. 1. 583; Cass., 28 décembre 1892, J. C., 1894, p. 99.

(2) V. Consultation de M. Lainé, à propos de l'affaire de la princesse Del Drago, J. C., 1899, p. 641; Trib. Seine, 16 mars 1899, J. C., 1899, p. 743; Paris, 10 déc. 1901, J. C., 1902, p. 315; Milan, 9 juin 1896, J. C., 1899, p. 863; Pierantoni, *R. D. I.*, 1900, p. 225. — *Contrà* Douai, 30 mai 1901, J. C., 1902, p. 1023; [Toulouse, 22 mai 1901 et 30 mai 1902, J. C., 1901, p. 965 et 1902, p. 1023; Liège, 7 novembre 1896, J. C., 1899, p. 104; Renault et Weiss, consultation dans le procès précité de la princesse Del Drago, Weiss, *Traité,* t. V, p. 569-575.]

(3) Conclusions devant la Cour suprême, le 15 juillet 1812, *Questions de Droit*, v° *Jugement*, § XIV, t. IX, p. 139 et 142, 4e édit.

de requête civile et de pourvoi en cassation. Il peut d'autant moins y avoir un mandat donné à l'arbitre, que le prétendu mandataire peut faire ce que les mandants n'auraient pas pu faire eux-mêmes, c'est-à-dire trancher le conflit par une sentence. Les parties ne donnent à l'arbitre que le *pouvoir de juger* : ensuite, elles n'ont plus sur lui le contrôle qu'auraient des mandants. Il faut donc en conclure que la sentence arbitrale rendue à l'étranger est un *jugement étranger* soumis à l'art. 2123 C. civ. et auquel l'exequatur doit être donné par le tribunal tout entier, avec possibilité même de révision au fond, suivant la jurisprudence française en ce qui concerne les jugements rendus par les tribunaux étrangers.

Pratiquement, il faut qu'il en soit ainsi, parce qu'il y a lieu d'examiner des questions de validité du compromis d'après la loi étrangère et de son harmonie avec l'ordre public français, questions qui ne peuvent être résolues par le président seul, et qui ne se présentent pas quand il s'agit d'une sentence arbitrale rendue en France. C'est pour cela que des traités, comme celui de 1760 avec la Sardaigne, exigent l'intervention du tribunal tout entier (ou de la cour), même en dispensant de la révision au fond. Il faut, par suite, décider de même pour les sentences arbitrales au sujet desquelles les tribunaux ont un pouvoir plus étendu que pour les jugements, puisqu'ils ont à examiner la validité même du compromis. D'ailleurs, si l'on appliquait l'art. 1020 Pr. civ., il suffirait d'une requête au président ; le ministère public ne serait pas saisi ; la partie adverse ne serait pas avertie ; et tout cela quand il s'agit de questions aussi délicates que celles que soulève l'exequatur à donner à une sentence arbitrale étrangère ! Enfin, pour l'exequatur des sentences arbitrales françaises, la partie adverse a les garanties des art. 1003, 1011 et 1016 Pr. civ., tandis que, pour les sentences arbitrales étrangères, cette partie ne pourrait pas réclamer contre leur inobservation, ne sachant pas quand l'exequatur serait demandé, puisqu'il serait obtenu, sans délai fixé, au lieu d'exécution et non au lieu où la sentence a été rendue.

La sentence arbitrale est dite forcée, quand les tribunaux ont imposé, conformément à la loi de leur pays, l'obligation aux parties de se soumettre à la décision d'arbitres, ou quand les parties, voulant faire un compromis, ont confié au tribunal la nomination des arbitres, ou enfin quand le tribunal est intervenu pour cette nomination, faute d'accord entre les parties (1). Dans tous ces cas,

(1) La loi du 17 juillet 1856 a aboli l'arbitrage forcé en France.

l'arbitre tient son pouvoir d'une délégation des magistrats étrangers et sa sentence doit être traitée comme si elle émanait de ces derniers : en conséquence, elle sera soumise, non seulement à l'exequatur, mais encore, d'après le système qui a été adopté en France, à la révision quant au fond.

CHAPITRE VII

DE LA LOI RÉGISSANT LA FORME DES ACTES JURIDIQUES

210. Si l'on reconnaît aux étrangers la capacité d'accomplir certains actes juridiques en France, la première question qui se pose est celle de savoir comment ils les accompliront, en d'autres termes, quelle loi ils observeront en ce qui concerne les formalités de ces actes. De plus, le juge appelé à apprécier un acte juridique accompli en pays étranger, soit par des Français, soit par des étrangers, et à déterminer la loi qui doit en régler les conséquences, devra tout d'abord se demander si l'acte est valable en lui-même au point de vue des conditions de forme, et, pour cela, rechercher quelle est la loi que les auteurs de l'acte ont dû suivre à ce dernier point de vue.

Ces diverses considérations expliquent le caractère préjudiciel de la matière du présent chapitre, et la nécessité de trancher d'abord les conflits de lois sur les questions de forme des actes juridiques, avant de s'occuper des conflits pour les conséquences de ces mêmes actes (1).

Mais que faut-il entendre par *formes* des actes?

Dans tout acte juridique, on distingue : 1° l'aptitude à le faire, ou la capacité; 2° les éléments essentiels qui constituent l'acte; par exemple le consentement, la cause et l'objet pour les contrats; 3° la manifestation extérieure de l'acte, c'est-à-dire l'ensemble de faits ayant pour but de le constater et de le prouver.

Les anciens auteurs désignaient ces trois choses sous le nom de formalités *habilitantes*, *viscérales* ou *internes*, et enfin *externes;* ils

(1) Cons. sur cette matière : *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*, Duguil, 1882; Buzzali, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, Turin, 1894; Despagnet, *La règle Locus regit actum et l'ordre public*, *Rev. prat. de Droit int. privé*, 1890-91, II, p. 52; A. Pillet, J. C., 1895, p. 929 et suiv.; [*Id.*, *Principes de Droit int. privé*, 1903, n. 251-272, p. 468-493; Lainé, *Esquisse d'une théorie de la forme des actes instrumentaires*, J. C., 1908, p. 321 et suiv. et p. 674 et suiv.]

ajoutaient à cette classification les formalités *d'exécution*, comprenant l'ensemble de mesures ayant pour but d'amener la réalisation des actes, comme la saisie.

Cette terminologie est complètement inexacte : il n'y a de vraies formalités, comme le mot le dit, que celles qui se rattachent à la forme de l'acte, à sa constatation et à sa manifestation, et l'on sent bien que les mots *formalités internes* jurent ensemble.

Par *formes* des actes, il faut entendre seulement ce qui sert à constater, à prouver le fait accompli, ce qui, suivant l'expression fort juste de Ihering, concerne la *visibilité* des actes. Ainsi entendues, les formalités comprennent : 1° les solennités exigées pour la constatation de certains actes, par exemple l'intervention d'un officier public ; 2° l'écrit rédigé pour le même objet ; 3° les preuves testimoniales ou autres, servant à établir l'existence de l'acte.

Pour les formes des actes ainsi strictement définies, il y a lieu d'examiner : 1° le principe servant à déterminer la loi qui les régit ; 2° la portée de ce principe ; 3° ses exceptions ; 4° son caractère facultatif ou obligatoire ; 5° la règle adoptée dans les principales législations ; 6° les particularités relatives aux actes reçus par les consuls.

SECTION PREMIÈRE

LE PRINCIPE

211. La règle générale, adoptée par l'usage traditionnel et formulée par quelques lois positives, en ce qui concerne la forme des actes juridiques, est résumée dans l'adage suivant : *Locus regit actum*. Le sens de cet adage est que les formes des actes sont déterminées par la loi du lieu où on les accomplit.

Quelque ancienne qu'elle soit, cette règle ne remonte pas jusqu'au droit romain. En vain a-t-on argumenté, pour soutenir le contraire, de nombreux textes et surtout de la loi 34 *de Reg. juris*, L, 17 au Digeste. Dans ce dernier texte, Ulpien, loin de trancher une question de conflit de lois à propos de la forme des actes, nous dit seulement que, pour déterminer les conséquences d'un contrat, on devra consulter les usages locaux auxquels les parties se sont vraisemblablement référées. Il résulte d'ailleurs de la loi 9 au Code *de Testam.*, VI, 23, que chacun pouvait tester en la forme particulière fixée par le *privilegium* ou droit local de sa *civitas* déterminée par son *origo* ou son *domicilium*. C'était, on

l'a déjà vu, la *personnalité des lois* adoptée plus tard par les Barbares (1).

Notre règle fut au contraire consacrée par les postglossateurs et précisée par Bartole et ses disciples ; plus tard, quand Dumoulin développa en France la classification des statuts, il distingua la *forma substantialis* et la *forma extrinseca*, c'est-à-dire les conditions de fond et de forme des actes : pour ces dernières seules il appliquait le principe *Locus regit actum* (2). Malgré l'opposition, d'ailleurs assez douteuse, de Cujas qui, fidèle au principe du Droit romain, voulait qu'on appliquât aux formes des actes la loi du domicile de leur auteur, le principe nouveau l'emporta dans la jurisprudence des parlements (3). Boullenois l'expliquait pittoresquement ainsi : l'acte juridique est un enfant citoyen du pays où il est né, et qui doit être vêtu à la manière de son pays.

On écarta une disposition du projet du code civil qui contenait la même règle, parce qu'il était dangereux, disait-on, d'encourager les Français à se rendre en pays étranger afin de se dispenser des conditions prescrites par la loi française pour l'accomplissement de certains actes, par exemple du consentement des parents pour le mariage. Portalis répondit avec raison que pareil danger n'était pas à craindre, car la règle *Locus regit actum* ne vise que les conditions de forme, et non celles de fond, comme la nécessité du consentement des ascendants pour le mariage (4). Mais il faut remarquer que, si l'on n'a pas maintenu la disposition du projet, c'est simplement parce qu'on l'a trouvée dangereuse à formuler, et non parce qu'on a voulu la rejeter. Du reste, on trouve trois applications importantes de la règle *Locus regit actum* dans les

(1) [M. Baviera, *Archivio giuridico*, 1898, t. LXI, p. 434 et suiv. s'est appuyé sur de nombreux textes pour soutenir que les Romains ont connu et pratiqué la règle *Locus regit actum*. V. notamment Ulpien, Dig., XXV, 4, loi 1, § 15 ; C., VI, 23, lois 9, 31, 32, § 2 ; VIII, 48, loi 1. Les papyrus gréco-égyptiens semblent confirmer, pour l'Egypte, l'application de cette règle. V. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891 (document romain constatant la vente d'une maison en l'an 159 après Jésus-Christ ; papyrus gréco-égyptien de l'an 153-154 constatant aussi une vente), p. 503-510.]

(2) *In lege primâ de Verb. Oblig.*, n. 39-40, *Opera*, III, p. 64 et 65, Paris, 1681. V. pour les vicissitudes de cette règle, Lainé, *Introd. au dr. int. pr.*, II, p. 328. [*Id.*, J. C., 1908, p. 322-323.]

(3) Cujas, *Observat.*, liv. XIX, ch. XII, Lyon, IV, col. 1710. — Jurisprudence citée par Bouhier, *loc. cit.*, I, ch. XXVIII, n. 41-44, 64-65. La formule *Locus regit actum*, déjà usitée dans la pratique, fut officiellement consacrée par l'arrêt du Parlement de Paris du 15 janvier 1721 (V. n. 217 ci-dessous, p. 664).

(4) Fenet, VI, p. 267 et VI, p. 309.

art. 47, 170 et 999 du code civil (V. aussi, art. 234, 245, 246, 414 C. comm.).

212. Comment se justifie cette règle consacrée par l'usage général et souvent par les lois positives?

On concevrait qu'un législateur n'admît que les formes autorisées par lui, car ce sont les seules qui, à ses yeux, sont de nature à établir l'existence des actes et à éclairer les tribunaux en cas de contestation : à ce point de vue, les règles de formes sont d'ordre public. Mais pareille exigence, logique en elle-même, compromettrait absolument le commerce international en enlevant toute valeur aux actes accomplis en pays étranger. On fait donc céder la rigueur de la souveraineté territoriale devant les nécessités pratiques de la vie internationale. Au surplus, en agissant ainsi, on ne compromet guère l'ordre public, puisque la plupart des lois prennent les précautions suffisantes, à leur point de vue, pour que les formes des actes offrent des garanties sérieuses eu égard aux circonstances particulières dans lesquelles les actes sont accomplis sur leur territoire. C'est donc, en somme, comme le remarquait Jean Voet, une raison de nécessité qui fait déroger en pareil cas au *summum jus* de la souveraineté territoriale.

Souvent en effet il est difficile, pour ne pas dire impossible, de connaître les formalités exigées par la loi du pays où l'acte doit produire ses effets. Deux Anglais font en Angleterre un contrat de donation portant sur un immeuble situé en France ; leur sera-t-il bien facile de connaître dans leurs détails les formalités exigées par les art. 931 et suiv. du code civil pour un acte semblable?

De plus, en supposant ces formalités connues, il sera souvent impossible de les observer en pays étranger. D'après la loi prussienne, le testament authentique se fait par déclaration devant le tribunal (1); si un Prussien veut tester en France pour ses biens situés en Prusse, il ne trouvera pas de tribunal qui consente à recevoir la déclaration de ses dernières volontés, car la loi française ne donne pas d'attribution semblable aux magistrats.

Sous peine de rendre impossibles les actes juridiques accomplis dans un pays et devant produire leurs effets dans un autre, sous peine, par conséquent, de paralyser les relations internationales, il faut bien accepter la règle *Locus regit actum*, et reconnaître la validité, au point de vue de la forme, des actes pour lesquels on

(1) Code civil allemand, art. 2231 et loi d'introduction, art. 141.

a observé les formalités prescrites par la loi du pays où on les accomplit.

Le principe admis conduit aux conséquences suivantes :

1° Pour les formes des actes, par exemple la nécessité d'un écrit, de l'intervention d'un officier public, il faut suivre la loi du lieu où l'acte est rédigé.

2° L'acte pour lequel on a observé les formes indiquées par la loi du lieu où on l'accomplit sera valable partout, et pourra même produire ses effets sur les immeubles situés dans un autre pays.

3° L'acte demeure valable malgré le retour de son auteur dans le lieu de son domicile ou dans sa patrie, sans que ce dernier soit contraint de le refaire suivant les formes prescrites par la loi en vigueur à son domicile ou dans son pays.

4° Si un acte juridique se décompose en plusieurs accomplis dans des pays différents, comme une lettre de change qui peut être créée dans un lieu, endossée dans un second et acceptée dans un troisième, on appliquera à chacun de ces actes individuellement la règle *Locus regit actum*.

Tels sont les principes généraux ; les délails seront indiqués au fur et à mesure que se présentera l'étude des divers actes juridiques.

SECTION II

PORTÉE DU PRINCIPE

213. Rechercher la portée de la règle *Locus regit actum*, c'est se demander à quels actes elle s'applique. Or, au point de vue de la forme, on distingue les actes authentiques, privés et solennels.

A. **Actes authentiques.** — L'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public compétent et dans les formes déterminées par la loi. Il est évident que, pour faire des actes de cette nature, il faut, de toute nécessité, se conformer à la loi du pays où l'on se trouve, car les officiers publics de ce pays ne prêteront leur ministère que pour les actes qui rentrent dans leurs attributions d'après la loi qui les régit, et observeront les diverses conditions de formes prescrites par cette même loi (1).

L'art. 2128 C. civ. dispose, contrairement à la règle générale, qu'une hypothèque ne peut être établie sur un immeuble situé en France par acte authentique passé à l'étranger ; mais on verra,

(1) [Lainé, J. C., 1908, p. 323-327. *Contrà*, Naquet, J. C., 1904, p. 53.]

dans l'étude qui sera faite plus loin des hypothèques considérées au point de vue du Droit international privé, combien cette dérogation au droit commun est peu justifiée.

D'après quelques législations, l'authenticité est parfois donnée aux actes sans l'intervention d'un officier public, par exemple, par une déclaration devant un certain nombre de témoins; mais il n'est pas moins nécessaire de suivre, en pareil cas, la règle *Locus regit actum*, car on ne trouverait pas, dans le pays où l'authenticité est ainsi donnée aux actes, un officier public qui pût jouer le rôle que remplirait en pareille circonstance un officier public français (1).

C'est la loi du pays où il est rédigé qui décide si l'acte authentique est ou non susceptible d'avoir la force exécutoire, et c'est dans le cas seulement où cette loi leur attribue semblable effet qu'il est possible de le conférer aux actes étrangers en France (2).

Il est d'ailleurs évident que les actes étrangers, pas plus que les jugements, n'ont pas par eux-mêmes la force exécutoire dans un autre pays. Comment procèdera-t-on pour la leur donner ?

Certains auteurs estiment que, à défaut de convention diplomatique, les actes authentiques étrangers ne peuvent avoir force exécutoire en France et qu'il est nécessaire d'obtenir un jugement en France pour avoir un titre revêtu de la formule exécutoire. Mais, dans la pratique, on décide en général que les actes authentiques rédigés par des fonctionnaires étrangers peuvent être directement revêtus de l'exequatur par le tribunal français, sans que, d'ailleurs, le concours du président seul soit suffisant pour cette formalité. Le rôle du tribunal se borne, en pareil cas, à rechercher si l'exécution de l'acte est contraire à l'ordre public, et il n'y a pas lieu de procéder à la révision quant au fond (3). S'il est

(1) Pour la légalisation des actes authentiques rédigés à l'étranger, voy. ordon. du 25 octobre 1833, art. 6 à 9. — V. circul. ministér. dans Clunet, 1903, p. 221 et 558-560. De plus, les actes passés à l'étranger ne peuvent être utilisés qu'après avoir été traduits (Instruct. du 30 juin 1833). Pour l'enregistrement en France des actes passés à l'étranger, loi du 28 avril 1816, art. 58, loi du 28 février 1872. L'enregistrement, en pareil cas, n'est assujetti à aucun délai. Cass., 25 mai 1864, D. P., 64. 1. 391.

(2) Trib. Seine, 28 déc. 1888, J. C., 1889, p. 59.

(3) Cass., 25 novembre 1879, S., 80. 1. 257; Labbé, S., 81. 2. 225; Bordeaux, 2 juillet 1888, D. P., 91. 2. 105; Résolutions de l'Institut de droit international, La Haye, 1898, *Annuaire,* XVII, p. 300. — *Contrà :* Lyon-Caen, S., 1880, I, p. 257; *id., Etudes de droit intern. privé maritime,* p. 29 à 30; Renault, *Rev. critique,* 1881, p. 485.

nécessaire de produire l'original d'un acte authentique retenu à l'étranger, par exemple d'un testament, on se contente d'une reproduction certifiée exacte par l'autorité compétente étrangère, notamment d'une reproduction photographique (1).

La concession directe de l'exequatur aux actes étrangers est consacrée par l'art. 16 de la convention franco-belge du 8 juillet 1899, avec cette particularité que l'exequatur est donné par le président du tribunal seul : ce magistrat n'a, d'ailleurs, qu'à s'assurer de l'authenticité de l'acte d'après la loi du pays où il a été reçu et de son harmonie avec l'ordre public du pays où il doit être exécuté. La possibilité, pour un tribunal français, de conférer directement l'exequatur à un acte authentique étranger résulte de l'art. 546 Pr. civ. qui renvoie aux art. 2123 et 2128 C. civ., en assimilant les jugements et les actes étrangers, bien que l'art. 2128 C. civ. ne se place qu'au point de vue de l'établissement de l'hypothèque et non à celui de l'exécution : c'est ce qui ressort du discours du tribun Favard au Corps législatif, le 21 avril 1806 (2). Dans l'ancien droit, l'ordonnance de 1629, art. 121, assimilait également les jugements et les actes étrangers quant à la force exécutoire, et Boullenois exigeait *le même sceau* pour les uns et pour les autres (3).

B. **Actes privés.** — Au premier abord on a pu soutenir, avec quelque apparence de raison, que la règle *Locus regit actum* ne s'applique plus pour les actes privés; car, pour ces actes, les parties intéressées, agissant seules, n'ont nullement besoin de recourir à un officier public qui ne peut qu'observer la loi de son pays : en conséquence, les auteurs des actes privés doivent se conformer aux conditions de formes prescrites par leur loi nationale, quand ils font, en pays étranger, un acte destiné à produire ses effets dans le pays même auquel ils appartiennent. La raison de nécessité qui a justifié la règle *Locus regit actum* disparaissant, la règle, dit-on, n'a plus d'application.

Mais, indépendamment de l'argument tiré de l'esprit de la loi qui sera indiqué dans un moment, on peut faire remarquer que la raison de nécessité qui a justifié notre règle se présente, la plupart du temps, avec autant de force pour les actes privés que pour

(1) Trib. Versailles, 26 mars 1891, J. C., 1891, p. 567; V. *ibid.*, 1889, p. 613; Trib. Seine, 13 janv. 1898, J. C., 1898, p. 761.

(2) Locré, *Législ. civile, commerciale et criminelle de la France*, XXII, p. 617, n. 2; V. Morand, *Conflits de lois en matière d'hypothèque maritime*, p. 143.

(3) Boullenois, I, p. 642.

les actes authentiques. C'est ce qu'avaient compris les anciens auteurs qui adoptaient l'ancienne règle pour toute espèce d'actes. Il est rare, dans la pratique, que les parties rédigent seules leurs actes, même privés; se méfiant de leur ignorance du droit et craignant de commettre quelque illégalité, elles s'adressent à des hommes de loi ou à des agents d'affaires, afin de s'éclairer de leurs lumières : or, les hommes compétents à qui les parties s'adressent ainsi observeront, au point de vue des conditions de formes, la loi du pays où ils se trouvent, la seule qu'ils connaissent peut-être.

Dans notre ancien Droit, beaucoup de jurisconsultes considéraient que les formes des actes juridiques rentraient dans le statut personnel, et ils en concluaient que le rédacteur de l'acte devait toujours, à ce point de vue, observer la loi de son domicile : c'est ainsi que, pour les actes authentiques, l'officier public suivait la loi du pays où il exerçait ses fonctions, et c'est en ce sens seulement que s'appliquait la règle *Locus regit actum :* tandis que, pour les actes privés, les parties devaient se conformer à la loi de leur domicile.

Quelques auteurs modernes, considérant que les rédacteurs du Code civil ont voulu simplement reproduire dans l'art. 3 la théorie traditionnelle de nos anciens jurisconsultes sur les statuts, ont conclu qu'il fallait, comme autrefois, restreindre la règle *Locus regit actum* aux actes authentiques, et exiger, pour les actes privés, l'observation de la loi nationale des parties qui a remplacé aujourd'hui la loi du domicile (art. 3 alin. 3 C. civ.).

Mais il importe de remarquer que les anciens jurisconsultes n'étaient nullement d'accord pour rattacher les questions de formes à la distinction des statuts. Les plus récents, ceux dont les rédacteurs du code auraient pu s'inspirer, les rangeaient les uns dans le statut personnel, comme Bouhier, les autres dans le statut réel, par exemple Boullenois. D'autres enfin, plus raisonnablement, laissaient les règles de formes en dehors de la distinction des statuts, et, parmi eux, on peut citer Froland, surtout Pothier (1), dont l'influence a été si grande sur les rédacteurs du code.

Sans examiner à nouveau la question de savoir si l'art. 3 C. civ. n'est que la reproduction de l'ancienne théorie des statuts, il suffira de remarquer que, dans cet article, il est question des immeubles, de la condition des personnes, des lois de police et de sûreté, mais nullement des formes des actes juridiques. On ne peut donc

(1) *Introduction générale aux coutumes,* n. 25.

rien induire de ce texte. D'autre part, dans le projet primitif du code, la règle *Locus regit actum* était consacrée d'une manière absolue et sans distinction entre les diverses espèces d'actes : si on l'a rejetée, ce n'est pas qu'on ait voulu l'écarter de notre droit, puisqu'il en a été fait des applications dans les art. 47, 170, 999 C. civ., mais parce que, bien à tort sans doute, on avait trouvé dangereux de la formuler. L'intention du législateur est donc de maintenir la règle d'une façon générale, et, comme d'après ce qui a été dit plus haut, la nécessité pratique la justifie presqu'autant pour les actes privés que pour les actes authentiques, il n'y a pas lieu d'établir la moindre distinction entre ces deux espèces d'actes. Au surplus, il serait déraisonnable de rattacher à la distinction des statuts réels et personnels une matière qui n'a pas plus rapport à la condition des biens qu'à celle des personnes : c'est ce que reconnaissent des auteurs qui, cependant, croient au maintien de la théorie traditionnelle dans notre droit moderne (1).

L'application de la règle *Locus regit actum* aux actes privés conduit notamment aux conséquences suivantes qui ont été confirmées par la jurisprudence française :

1° Les actes sous seing privé faits à l'étranger, sans que l'on ait observé les formalités des *doubles* et *du bon ou approuvé*, prescrites par les art. 1325 et 1326 C. civ., seront valables en France si la loi étrangère n'exige pas ces formalités. Il en serait ainsi, même si l'acte était fait par deux Français.

2° La lettre de change tirée sur la même place à Londres est valable dans un pays où la loi veut qu'il y ait remise de place en place, parce que la loi anglaise n'exige pas cette condition ; de même, l'endossement en blanc transférera la propriété de la lettre de change en France, quand il est fait en Angleterre où la loi y attache cet effet (2). Serait valable en France, et pour la même raison, un billet à ordre souscrit en Angleterre et ne contenant ni l'indication du porteur ni celle de la valeur fournie (3).

3° C'est encore d'après la loi du lieu où l'acte a été accompli que l'on détermine les preuves admissibles pour établir l'existence de cet acte, par exemple la preuve testimoniale quand il s'agit d'une valeur excédant 150 fr. (4).

4° Pour savoir si un acte est privé ou authentique, pour déter-

(1) [Lainé, J. C., 1908, p. 327-338.]
(2) Paris, 12 avril 1850, S., 50. 2. 333.
(3) Cass. req., 18 août 1855, S., 57. 1. 39.
(4) Cass., 23 février 1864, S., 64. 1. 385.

miner aussi sa force probante, pour résoudre, par exemple, la question de savoir si un acte fait foi de son contenu et si les assertions qu'il contient doivent être attaquées par la voie de l'inscription de faux, il faut encore consulter la loi du pays où il a été rédigé. Il en serait ainsi même si les actes étaient authentiques, d'après la loi étrangère, en vertu du concours de témoins et sans le ministère d'un officier public, y aurait-il d'ailleurs, dans le pays, des officiers publics pour recevoir les actes dont il s'agit (1).

5° Mais les conditions prescrites par l'art. 1328 C. civ. pour qu'un acte sous-seing privé ait date certaine sont établies dans l'intérêt général des tiers et constituent des dispositions d'ordre public. Par conséquent, on ne pourrait considérer comme ayant date certaine en France un acte rédigé à l'étranger et qui, d'après la loi étrangère, aurait date certaine sans qu'aucune des conditions indiquées dans l'art. 1328 C. civ. eût été remplie. Cependant, on peut se contenter d'équivalents : ainsi l'enregistrement ou une formalité analogue opérés à l'étranger donneraient date certaine comme l'enregistrement en France, conformément à la règle *Locus regit actum;* de même pour la mention de l'acte privé dans un acte authentique étranger qui fait foi de sa propre date par sa nature même (v. n. 4, ci-dessus, p. 654). La jurisprudence décide, au contraire, que l'acte qui fait foi de sa date d'après la loi du pays où il est rédigé, a le même effet en France, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des exigences de l'art. 1328 C. civ. (2).

[Dans la remarquable étude qu'il a consacrée à l'esquisse d'une théorie de la forme des actes instrumentaires en droit international privé, et qui est comme le testament juridique de ce maître éminent, M. Lainé propose l'application non seulement de la loi locale, à titre facultatif, d'ailleurs, et de la loi nationale de la partie ou des parties que l'acte intéresse, mais encore, ce que l'on ne fait pas d'habitude, d'une autre quelconque des lois avec lesquelles l'acte présente un point de contact, soit de la loi nationale ou domiciliaire de la personne ou des personnes intéressées, soit de la loi du lieu où sont situés les biens que l'acte a pour objet, soit de la loi du pays où siège le tribunal saisi du litige. Voici la conclusion de cette étude : « A part les actes publics, soumis à la loi du lieu où ils sont faits parce que leur auteur, l'officier public, y est

(1) Cass., 28 février 1854, S., 54. 1. 544, et 3 juillet 1854, S., 54. 1. 417.

(2) Cass., 23 février 1864, S., 64. 1. 385; 23 mai 1892, S., 92. 1. 521. — Cpr. Cass. Belgique, 4 juin 1891, S., 93. 4. 9; Beauchet, J. C., 1892, p. 359; note dans D. P., 92. 1. 473.

lui-même soumis, la forme des actes instrumentaires, en droit international, doit être régie suivant des vues très larges et très libérales. Tel acte est-il conforme à la loi du tribunal devant lequel il est produit pour servir de preuve, cela doit suffire; comme les autres modes de preuve reconnus par la même loi, il est par cela même admissible. Tel acte est-il contraire à cette loi, le tribunal doit encore l'admettre, si l'on y a observé quelqu'une des lois avec lesquelles il pouvait avoir des points de contact : loi nationale ou loi du domicile de l'une des parties, loi du lieu de l'acte, loi du lieu où l'immeuble objet de l'acte est situé. Tandis que des auteurs et des cours estiment que dans le pays où l'acte est fait l'intérêt de l'Etat, l'ordre public exige l'observation de la loi locale, ma conviction est au contraire que la forme de l'acte appartient à un domaine juridique où le bien de l'Etat, dans chaque pays, ne se distingue pas de celui des particuliers, n'en est que la conséquence, où, d'autre part, le bien général de la communauté humaine veut que les hommes aient la plus grande somme de liberté possible. C'est une matière qui sans doute ne peut être abandonnée aux volontés des particuliers au même degré que la substance des actes juridiques, puisque la forme des actes est légale, non conventionnelle. Mais les parties doivent y jouir, sinon d'une autonomie pleine et entière, du moins d'une autonomie qui, d'après les considérations et dans les bornes qui viennent d'être exposées et précisées, n'a rien d'illégitime ni d'excessif » (1).]

C. **Actes solennels.** — Les actes solennels sont ceux pour lesquels le législateur exige, à peine de nullité, l'accomplissement de certaines formalités : tels sont, en France, le mariage, les contrats de mariage, d'hypothèque, d'adoption, de donation, la reconnaissance d'enfant naturel.

Il est tout d'abord certain que les actes de cette nature peuvent être valablement faits en pays étranger, en observant les formalités prescrites par la loi de ce pays pour l'authenticité. Mais si la loi étrangère permet de faire les mêmes actes en la forme privée, pourra-t-on, les ayant faits sous cette forme, les invoquer en France comme valables?

On a soutenu que la règle *Locus regit actum* ne s'applique plus en pareil cas, parce que l'on ne peut invoquer la raison de nécessité qui la justifie d'ordinaire : en effet, dit-on, on trouve dans

(1) [Lainé, J. C., 1908, p. 680-693.]

tout pays des officiers publics qui pourraient donner à l'acte l'authenticité qu'exige la loi française. D'autre part, en imposant pour certains actes la solennité, le législateur s'inspire de graves raisons, par exemple du désir d'avertir les parties de l'importance de l'acte qu'elles accomplissent, d'éviter les surprises, et, pour lui, les actes dont il s'agit n'existent pas toutes les fois qu'on ne les entoure pas des garanties de l'authenticité. On comprend donc qu'il ne soit tenu aucun compte des actes solennels faits à l'étranger en la forme privée (1). C'est la solution adoptée dans la loi belge de 1851 sur le régime hypothécaire : d'après l'art. 77, il est possible, contrairement à l'art. 2128 C. civ., d'établir à l'étranger une hypothèque sur un bien situé en Belgique, mais l'acte doit être authentique conformément à la loi du pays où il est rédigé.

Cette manière de voir est généralement rejetée; l'application complète de la règle *Locus regit actum* aux actes solennels, la possibilité, par conséquent, de faire ces actes en la forme privée si la loi du pays où ils sont accomplis le permet, sont commandées par la nécessité même. Outre, en effet, qu'il est téméraire d'affirmer que partout on trouve des officiers publics pouvant donner l'authenticité aux actes, il faut remarquer que les officiers publics étrangers ne prêteront jamais leur concours pour la rédaction d'un acte, solennel d'après la loi française, qui ne rentre pas dans leurs attributions. Aussi accepte-t-on, dans la pratique, l'application la plus large du principe de droit commun aux actes solennels. C'est ainsi que l'on reconnaît valable en France le plus grave de tous, c'est-à-dire le mariage, quand il est fait à l'étranger sans formalité aucune, *solo consensu,* comme cela a lieu dans certaines localités d'Amérique (2).

214. Il peut se faire qu'une personne se rende en pays étranger pour accomplir plus commodément un acte qui, d'après sa loi nationale, devrait être entouré de certaines formalités : quelle sera la sanction de cette fraude ? Pour les uns, il est impossible, en l'absence d'un texte formel, de frapper de nullité l'acte ainsi accompli, car son auteur n'a fait qu'user de la faculté légale d'appliquer la règle *Locus regit actum.*

(1) Paris, 28 août 1876, J. C., 1877, p. 230.

(2) Paris, 20 janv. 1873, S., 73. 2. 117; Cass. req., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317; Cass. req., 8 juill. 1886, S., 87. 1. 449; Paris, 17 déc. 1883, J. C., 1884, p. 289; Cass., 24 déc. 1867, S., 68. 1. 134; [Trib. civ. Seine, 24 mars 1908, J. C., 1909, p. 487.]

D'autres déclarent l'acte toujours nul, soit par application de la maxime *Fraus omnia corrumpit*, soit parce que la règle *Locus regit actum* n'étant justifiée que par la nécessité, il n'y a plus lieu de l'appliquer quand on en recherche exprès le bénéfice.

Il est plus juste de n'admettre, en pareil cas, que la sanction attachée par la loi elle-même à l'inobservation des formalités qu'elle a prescrites. Du moment que la règle *Locus regit actum* n'est plus justifiée ici par la nécessité, on considèrera l'acte fait à l'étranger comme s'il était accompli en France : on ne le déclarera nul, par conséquent, que si les formalités prescrites par la loi française sont exigées à peine de nullité ; si ce sont des formalités purement fiscales, comme l'obligation de rédiger l'acte sur papier timbré, on appliquera l'amende édictée en pareil cas, mais l'acte demeurera valable.

SECTION III

EXCEPTIONS AU PRINCIPE

215. Il est certaines exceptions à la règle *Locus regit actum* qui s'expliquent par l'application de principes du Droit des gens.

1° Il est reconnu que les armées en campagne dans un pays étranger sont dans une situation que l'on a comparée à l'exterritorialité, et en vertu de laquelle leurs membres relèvent des autorités militaires du corps dont ils font partie, non des juridictions locales. De là les dispositions de nombre de lois, particulièrement de la nôtre (art. 93 et suiv. C. civ.), d'après lesquelles les actes de l'état civil intéressant les soldats en campagne à l'étranger sont reçus par des fonctionnaires militaires désignés à cet effet. On avait soutenu que la compétence de ces officiers était exclusive de celle des officiers de l'état civil dans le pays où l'armée se trouvait, ce qui aurait complètement écarté en pareil cas, la règle *Locus regit actum* consacrée d'une façon générale pour les actes de l'état civil par l'art. 47 C. civ. On arrivait à cette conclusion en prenant au pied de la lettre une simple métaphore de Napoléon qui n'avait pour but que d'expliquer les dispositions du code : « Là où est le drapeau, là est la France ». Mais, depuis les modifications introduites par la loi du 8 juin 1893, spécialement dans le nouvel art. 93, il est certain que l'application de la règle *Locus regit actum* n'est pas écartée pour les membres d'une armée en campagne à l'étranger, et que, à l'égard des personnes dont il s'agit, les actes

de l'état civil *pourront* seulement être aussi bien reçus par les officiers militaires. (V. art. 93, alin. 1 et 2) (1).

2° On déduit de la fiction d'exterritorialité, et d'une manière quelque peu abusive, que les ambassadeurs, étant considérés comme toujours domiciliés dans le pays qu'ils représentent, peuvent accomplir les actes juridiques dans la forme indiquée par la loi de ce pays, sans observer la règle *Locus regit actum*. Cette conséquence de l'exterritorialité, logique peut-être, mais peu justifiée, car elle n'a nullement pour effet de sauvegarder la dignité et la liberté d'action des ambassadeurs, est généralement considérée comme facultative, en ce sens que les représentants des puissances étrangères peuvent, s'ils le préfèrent, observer les formalités prescrites par la loi du pays où ils se trouvent. C'est ce que décide formellement une loi prussienne du 3 avril 1823 pour les testaments faits par les ambassadeurs. Du reste, il serait parfois difficile à ces derniers d'observer, dans le pays où ils exercent leurs fonctions, les formalités exigées par la loi du pays qu'ils représentent.

216. D'autres exceptions à la règle *Locus regit actum* sont la conséquence logique des idées sur lesquelles cette règle repose.

Nous avons vu que, à la rigueur, chaque législateur pourrait n'admettre que les formalités consacrées par lui-même pour la constatation des actes juridiques, puisque, à ses yeux, ces formalités sont les seules qui puissent assurer la connaissance de la vérité et éclairer les tribunaux sur l'exactitude de faits allégués par les parties : ce sont des règles d'ordre public en ce qui le concerne. Mais il est fait une exception générale à l'application de l'ordre public territorial ainsi rigoureusement compris, par suite de considérations de nécessités pratiques déjà signalées et pour ne pas rendre impossibles les relations juridiques internationales. De là, la concession exprimée par l'adage *Locus regit actum*, en vertu duquel on admet, en principe, les formalités déterminées par la loi du pays où l'acte juridique est accompli. Cependant, il peut se faire qu'un législateur trouve, dans certains cas, la concession dangereuse, et qu'il exige le retour au droit commun de l'ordre public tel qu'il le comprend. La règle *Locus regit actum* est alors mise de côté ; ce sont les formalités prescrites par le législateur qui doivent être observées, non celles du pays où l'acte a été réalisé.

(1) Même règle en ce qui concerne les testaments des militaires en campagne, art. 981 et suiv. C. civ., modifiés par la loi du 17 mai 1900.

Dans ce retour à ses propres prescriptions en matière de formalités, le législateur peut être dominé par la préoccupation de l'ordre public international ou interne, le premier opposable à tous, sans distinction de nationalité, le second applicable aux seuls nationaux, suivant la distinction que nous avons déjà signalée.

1° L'exclusion de la règle *Locus regit actum* fondée sur l'ordre public international concerne les formalités relatives aux actes intéressant la propriété et le crédit des tiers. Parfois le législateur, tenant compte de l'influence de ces actes sur la situation économique générale dans le pays, veut qu'ils ne puissent être accomplis que dans le pays même quant aux biens qui y sont situés ou, s'ils peuvent être faits à l'étranger, qu'ils soient accompagnés des formalités prescrites par lui.

Comme une pareille exigence est imposée quels que soient les auteurs des actes, nationaux ou étrangers, c'est bien d'une règle d'ordre public international qu'il s'agit.

Ainsi les actes relatifs à la sauvegarde du crédit public et ayant pour but d'assurer la publicité des opérations translatives de la propriété ou de ses démembrements doivent être faits dans le pays même où sont situés ces biens ou dont la loi les exige et, par conséquent, dans les formes prescrites par cette loi : telles sont la transcription, l'inscription des droits réels (1), la notification de la cession de créance.

D'autre part, la loi peut exiger, en se préoccupant de l'ordre public en tant qu'il s'agit de l'organisation de la propriété dans son territoire, que tous les actes au sujet des biens situés dans le territoire y soient également accomplis ou, accomplis à l'étranger, qu'ils le soient dans les formes qu'elle prescrit.

Par exemple, l'article 2128 C. civ., qui n'est d'ailleurs que le résultat d'une erreur législative comme nous le verrons, ne permet pas de constituer à l'étranger une hypothèque sur un immeuble situé en France, même en employant la forme authentique indiquée par la loi étrangère. Sans aller aussi loin, la loi belge du 16 décembre 1851, art. 77, al. 2, exige en pareil cas que l'acte

(1) [La loi récente du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce (*J. off.* du 19 mars), établit la publicité du privilège du vendeur d'un fonds de commerce et on prescrit l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité (art. 1er, art. 2). Elle organise la publicité du privilège résultant du nantissement d'un fonds de commerce au moyen d'une inscription sur le même registre (art. 10-12).]

soit fait en la forme authentique, la loi étrangère autoriserait-elle la forme sous seing privé.

En Angleterre et aux Etats-Unis, le testament ayant pour objet des immeubles doit être fait dans les formes prescrites par la loi du pays où les immeubles sont situés. D'autre part, suivant le *Statute of frauds*, les actes relatifs à des immeubles situés en Angleterre ou aux Etats-Unis doivent, à peine de nullité, être constatés par écrit authentique, seraient-ils passés à l'étranger et la loi du pays autoriserait-elle une convention verbale pouvant être prouvée par témoins. Il faut remarquer, toutefois, que ces règles de la coutume ou de la jurisprudence anglo-américaine ne doivent pas être expliquées par la préoccupation de sauvegarder l'ordre public territorial en ce qui concerne les transmissions des biens situés en Angleterre et aux Etats-Unis. S'il en était ainsi, en effet, les règles indiquées ci-dessus ne seraient imposées que pour les immeubles de ces deux pays : or on les applique aux actes concernant les biens dans n'importe quel Etat. La vérité est que, fidèles à la tradition des anciens statutaires réalistes, les Anglo-Saxons font dépendre de la *lex rei sitæ* tout ce qui se rapporte aux biens immobiliers, même les formes des actes qui ont ces biens pour objet. Leur règle s'applique donc à des immeubles situés hors de l'Angleterre et des Etats-Unis, et elle ne s'explique que par le caractère de *statut réel* donné même aux formes des actes portant sur des immeubles. Or nous savons déjà que cette manière de voir ne saurait plus se justifier aujourd'hui, la distinction des statuts réels et personnels ne pouvant plus comprendre que les règles relatives à la condition des biens ou à celle des personnes, et non celles qui sont tout à fait étrangères à l'un ou l'autre de ces deux points, comme les dispositions sur les formalités des actes juridiques.

2° Il arrive aussi qu'un législateur établisse, mais pour ses nationaux seulement, certaines règles obligatoires quant à la manière d'accomplir ou de constater certains actes juridiques. Ces règles, de rigueur pour les nationaux, ne visent pas les étrangers ; on peut donc les considérer comme d'ordre public interne. Plus exactement même, elles sont une restriction de la liberté des nationaux, établie dans leur intérêt même, et elles doivent être considérées à ce titre comme des modifications de leur capacité, comme de véritables règles de leur statut personnel. De là il résulte logiquement qu'elles suivent les nationaux partout, qu'elles doivent être observées par eux, même à l'étranger, et que, récipro-

quement, elles ne s'imposent pas aux étrangers dans les pays où la loi les établit pour les nationaux seuls, si leur loi nationale ne les y assujettit pas. Le caractère de règlement du statut personnel pour les dispositions qui semblent ne viser que des conditions de formalités des actes ne peut être déterminé qu'en en recherchant l'esprit. Il faut voir si, en les édictant, le législateur s'est préoccupé de sauvegarder l'intérêt de ses nationaux par des restrictions à leur capacité, en leur interdisant certaines formes pour accomplir des actes juridiques, ou en leur en imposant d'autres, ou enfin en leur défendant de faire des actes dans certaines conditions de circonstances ou de temps. On trouve, dans notre jurisprudence, de nombreux exemples de la confusion qui a été commise entre des règles de forme dominées par le principe *Locus regit actum* et des règles de capacité qui doivent être fixées par la loi nationale des parties.

Ainsi l'art. 968 C. civ. défend, afin d'assurer la liberté des dispositions de dernière volonté, de faire, dans un seul et même acte, des testaments réciproques ou au profit d'un tiers; cette prohibition s'impose aux Français, même à l'étranger, comme une règle d'ordre public interne, c'est-à-dire comme une restriction à leur capacité établie dans leur intérêt par le législateur national. C'est donc à tort que l'on a considéré comme valable en France un testament fait par des Français en Espagne dans les conditions prévues par l'art. 968, sous le prétexte que la loi espagnole autorise cette manière de tester et qu'il fallait appliquer l'adage *Locus regit actum* (1). Réciproquement, l'art. 968 ne serait pas applicable en France à des Espagnols dont la loi nationale ne contient pas une pareille prohibition. De même, l'art. 992 du Code civil néerlandais défend aux nationaux des Pays-Bas de tester à l'étranger autrement qu'en la forme authentique; d'après l'art. 982, le testament olographe, dans la forme prescrite par la loi hollandaise, n'est même permis que pour léguer des objets de peu de valeur : linge, bijoux, etc... (Rapprochez art. 669 et 733 C. civ. espagnol). Cependant, appliquant encore d'une manière abusive dans l'espèce la règle *Locus regit actum*, la cour d'Orléans a validé le testament fait en la forme olographe française par lequel

(1) Toulouse, 11 mai 1850, S., 50. 2. 529; Caen, 22 mai 1850, S., 50. 3. 566; Trib. Seine, 23 déc. 1881, J. C., 1882, p. 322; Trib. supérieur de l'Empire allemand, 1er mars 1881, J. C., 1882, p. 360; 24 avril 1895, J. C., 1895, p. 12. — Dans notre sens : Cass. Florence, 9 novembre 1896, J. C., 1902, p. 175.

une Hollandaise avait disposé de tous ses biens (1). Il n'est pas douteux cependant que le législateur des Pays-Bas a entendu restreindre la capacité de ses nationaux quant à l'emploi de la forme olographe, pour les prémunir contre les dangers de captation ou de falsification que présente cette manière de tester (2). C'est l'équivalent de l'art. 999 C. civ. français qui interdit à nos nationaux à l'étranger de tester en la forme olographe étrangère. Il va sans dire, du reste, que la prohibition doit nettement résulter de la loi nationale de l'auteur de l'acte, car les incapacités ne se suppléent pas. Ainsi on n'a pu critiquer la forme olographe employée par un juif tunisien en Italie, faute d'établir que cette forme est interdite par la loi hébraïque, loi personnelle du testateur (3).

Nous aurons occasion, dans la suite, de faire application de la loi nationale en écartant la règle *Locus regit actum,* pour les mêmes raisons, en ce qui concerne l'interdiction pour les Français d'employer la forme olographe étrangère différente de celle qu'indique l'art. 970 C. civ. (art. 999 C. civ.); la prohibition de légitimer un enfant par reconnaissance postérieure au mariage (art. 331 C. civ.); l'obligation de faire le contrat de mariage avant le mariage, sans pouvoir le modifier après (art. 1394 et 1395 C. civ.).

SECTION IV

CARACTÈRE DE LA RÈGLE *Locus regit actum.*

217. La règle *Locus regit actum* est-elle facultative ou obligatoire; par exemple, un Français, se trouvant en pays étranger, peut-il accomplir un acte juridique dans la forme indiquée par la loi française, ou doit-il nécessairement observer la loi du pays où il se trouve?

La question ne peut pas se poser pour les actes authentiques; la règle *Locus regit actum* s'impose en ce qui les concerne, car les officiers publics étrangers ne prêteront leur concours que dans les cas et dans les formes indiquées par la loi qui les régit. C'est ce que reconnaissaient déjà les anciens auteurs, notamment Bouthier (4).

(1) Orléans, 3 août 1859, D. P., 59. 2. 158; Cass., 9 mars 1853, S., 53. 1. 274.

(2) Amsterdam, 6 juill. 1886, J. C., 1889, p. 175. — Jurisprudence belge, *Rev. prat. de droit int. privé,* 1890-1891. 1. 155; J. C., 1887, p. 495; italienne, J. C., 1893, p. 955; 1894, p. 1083; *Contrà,* Pillet, *Principes,* n. 39, p. 104-105.]

(3) V. *Le Droit,* 13 juill. 1881.

(4) Lainé, J. C., 1908, p. 322-327; Cpr. *id.,* J. C., 1905, p. 456-475.]

Pour les actes privés, on admettait généralement, dans notre ancien Droit, au moins en dernier lieu, le caractère obligatoire de la règle *Locus regit actum*. Ainsi le Parlement de Paris, par arrêt du 15 janv. 1721, annula le testament fait en la forme olographe par M. de Pommereuil (ou de Pomereu, suivant les écrivains du temps), conformément à la coutume de Paris où il avait son domicile, parce que le testament avait été fait à Douai, dont la coutume n'admettait pas cette façon de tester. Cependant les jurisconsultes qui faisaient rentrer dans le statut personnel les formes des actes, écartaient la règle *Locus regit actum* pour les actes privés, et décidaient qu'il fallait observer, pour les formes de ces derniers, la loi du domicile de leur auteur.

Le caractère obligatoire donné à la règle *Locus regit actum* était jadis une conséquence naturelle de la Féodalité et de l'adage : « Toutes coutumes sont réelles ». Quiconque se rendait dans une seigneurie autre que celle où il avait son domicile, était réputé sujet temporaire de cette seigneurie et assujetti à sa coutume à tous les points de vue, même pour la forme des actes. Mais aujourd'hui les principes sont tout différents; la soumission *complète* à la loi d'un pays ne résulte que de la qualité de national de ce pays, et ce n'est que par la naturalisation que cette soumission se réalise.

En ce qui concerne la forme des actes juridiques il suffit de remarquer que, la règle *Locus regit actum* n'étant justifiée que par sa nécessité, il n'y a plus de raison pour l'imposer toutes les fois que les parties trouvent le moyen, à l'étranger, d'observer les formalités prescrites par leur loi nationale pour les actes privés. Boullenois lui-même semble l'avoir déjà compris. Mais cette solution ne se comprend que s'il s'agit d'un acte unilatéral, ou quand il s'agit d'un acte fait par plusieurs personnes (comme un contrat) qui toutes ont même nationalité : il serait arbitraire, en effet, d'appliquer la loi nationale de l'une plutôt que celle de l'autre (1).

En droit positif français, le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* pour les actes privés paraît nettement indiqué dans l'art. 999 C. civ. D'après ce texte, les Français peuvent tester à l'étranger en la forme olographe telle qu'elle est fixée par la loi française : on ne voit pas de bonne raison pour ne pas étendre cette règle à tous les actes privés (2).

(1) Cass. req., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317; Lainé, J. C., p. 339-343.]

(2) Douai, 13 janvier 1887, J. C., 1887, p. 57; Aubry et Rau, 5e édit., I, p. 172, note 79.

La conséquence logique du caractère facultatif reconnu à la règle *Locus regit actum* pour les actes privés, c'est qu'un Français qui fait un acte semblable à l'étranger en la forme française pourra invoquer en France la validité de cet acte. Réciproquement, on devrait tenir pour valable un acte fait en France par un étranger en la forme prescrite par la loi de son pays. Cependant la Cour de cassation impose en pareil cas la règle *Locus regit actum*, notamment pour la forme olographe française du testament, qui serait obligatoire pour les étrangers en France. Mais une heureuse réaction dans le sens du caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* se manifeste dans la jurisprudence (1). Les législations étrangères sont très variables sur ce point; la règle est réputée obligatoire en Portugal, Hollande, Serbie et dans les Etats de l'Amérique du Sud; elle est facultative en Italie, au Congo et dans la loi fédérale suisse du 25 juin 1891, art. 24, [qui est maintenue par l'art. 61 (titre final) du code civil suisse du 10 décembre 1907 (2).]

Lorsque l'acte doit produire ses effets dans un autre pays que celui où il est rédigé, quand par exemple il s'agit de l'aliénation d'un immeuble situé sur le territoire d'un autre Etat, on peut admettre que les parties observent, en ce qui concernent les conditions de forme, la loi du pays où l'acte doit produire ses conséquences juridiques, et non celle du lieu où l'acte est intervenu. Cette solution, obligatoire d'après la loi anglaise, doit être considérée comme facultative, étant donné que la règle *Locus regit*

(1) Req., 9 mars 1853, S., 53. 1. 274. — Cass., 24 août 1880, S., 80. 1. 413. — Cass. req., 28 déc. 1892, S., 96. 1. 211. — Cass., 23 mai 1892, S., 92. 1. 521. — Cass., 14 juin 1899, J. C., 1899, p. 804. — Paris, 2 déc. 1898, J. C., 1899, p. 584. La Cour de cassation a admis aussi l'application de la loi étrangère quand les parties, étrangères elles-mêmes, s'y sont référées. V. Req., 19 mai 1884, D. P., 84. 1. 286. — Cpr. Douai, arrêt précité. — Trib. Seine, 28 juin 1895, J. C., 1895, p. 784 et 847; Rouen, 7 mai 1898, J. C., 1899, p. 578. — [Cpr. Cass., 14 juin 1899, S., 1901. 1. 245 et la note de M. Pillet; Cass., 29 juillet 1901, S., 1903. 1. 173 et la note de M. Naquet; Orléans, 24 février 1904, J. C., 1904, p. 680. La chambre des requêtes a admis le 12 juillet 1905 le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'Orléans, et la chambre civile de la Cour de cassation est saisie de la question de savoir si la jurisprudence de nos cours doit être maintenue. J. C., 1905, p. 1045, et Lainé, J. C., 1908, p. 674-675.]

(2) [V. Catellani, *Il diritto internazionale privato nel Codice civile svizzero, Rivista di Dir. int.*, 1908, p. 31-32. Toutefois, pour le mariage, l'art. 61 du titre final du code civil suisse complète ainsi la loi du 25 juin 1891, art. 7 *c* : « Les formes à suivre pour la célébration d'un mariage en Suisse sont celles de la loi suisse ».]

actum ne s'impose plus quand la nécessité n'en commande pas l'application.

SECTION V

LÉGISLATION COMPARÉE

218. Un certain nombre de législations, à l'exemple de notre Code civil, ne consacrent pas formellement la règle *Locus regit actum;* elles se contentent de l'adopter d'une manière tacite, ou d'en faire quelques applications importantes, par exemple aux actes de l'état civil, au mariage, aux testaments, reproduisant ainsi les dispositions des art. 47, 170, 999 C. civ. : tels sont les codes du canton de Vaud, art. 19, 77, 659, de Haïti, art. 49, 155 et 805, et du Pérou, art. 49, 158 et 430.

La plupart des lois modernes, au contraire, contiennent une disposition spéciale pour formuler le principe : il suffira de signaler celles qui y apportent quelques dérogations particulières.

L'art. 6 du code de Zurich, après avoir établi la règle générale, ajoute que les actes que les parties auront passés en pays étranger pour éviter les formalités prescrites par la loi locale seront nuls.

Le code italien de 1866, art. 9, § 1^er^, tout en consacrant le principe, permet aux parties d'employer les formes indiquées par leur loi nationale pour les actes privés, quand elles ont même nationalité : c'est reconnaître le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum*. D'après le nouveau code civil allemand (loi d'introduction, art. 11), « la forme d'un acte juridique se détermine d'après les lois qui règlent le rapport juridique formant l'objet de l'acte. Il suffit néanmoins de l'observation des lois de la localité où l'acte est passé ». La règle *Locus regit actum* n'a ainsi qu'un rôle subsidiaire; en principe, la loi réglant la forme est celle qui régit le rapport juridique objet de l'acte. La fin de l'art. 11 écarte même la règle *Locus regit actum* pour les actes par lesquels on établit un droit sur une chose ou on dispose de ce droit : mais on n'indique pas quelle est la loi à suivre pour régler le rapport juridique, loi qui devrait aussi fixer la forme de l'acte (1).

Le code chilien de 1857, titre préliminaire, art. 18, contient sur notre matière une disposition tout anormale : quand la loi du Chili exige un acte public comme preuve à administrer, on ne

(1) [M. Lainé a souligné les termes généraux, vagues et obcurs de celle disposition. J. C., 1908, p. 330 et 335, p. 677.]

pourra produire un acte privé passé en pays étranger, quelle que soit la force probante de l'acte dans ce pays.

Mais les plus graves dérogations au droit commun se trouvent dans le droit coutumier de l'Angleterre et des Etats-Unis. La règle *Locus regit actum*, bien qu'acceptée en principe, est complètement écartée pour les actes relatifs aux immeubles, en vertu du *Statute of frauds* déjà cité (1). Cette règle a été adoptée par le Congrès de Montevideo de 1888-1889 : d'après l'art. 14 du traité relatif aux conflits des lois civiles, la forme des actes sous seing privé est fixée par la loi du pays où les biens sont situés. Pour les formes des testaments, il faut, suivant la jurisprudence anglo-saxonne, suivre la loi de la situation des biens, si les dispositions du défunt portent sur des immeubles; s'il s'agit de meubles, on applique la loi du dernier domicile du défunt; si, enfin, le testament porte tout à la fois sur des biens mobiliers et immobiliers, on doit se conformer à la fois aux deux lois, pour les deux parties du testament : l'une relative aux meubles, l'autre aux immeubles.

La règle admise pour les testaments portant sur des meubles conduit à cette conséquence fâcheuse que, si le testateur, après avoir disposé de ses biens, transporte son domicile dans un autre pays et y décède, son testament sera nul, car il n'aura pas observé les formes prescrites par la loi de son *dernier domicile*. Cet inconvénient subsiste encore aux Etats-Unis (2). Mais, en Angleterre, une grande amélioration a été réalisée par l'*Act* du Parlement du 6 août 1861, connu sous le nom de *lord Kingsdown's act* ou *Foreign Wills act*. Les testaments des étrangers portant sur des meubles sont valables en Angleterre, si le testateur a suivi, au point de vue de la forme, la loi de son dernier domicile ou celle du pays où il a fait son testament. Les Anglais qui testent en Angleterre doivent observer la loi anglaise; ceux qui testent à l'étranger doivent se conformer à la loi du pays où ils font leur testament,

(1) [Dicey, *Le statut personnel anglais*, trad. Stocquart, t. I, p. 258 : Story, *Conflict of laws*, §§ 474 et 478. Malgré les termes restrictifs de l'art. 7 C. civ. de la province de Québec, la Cour suprême du Canada a récemment jugé que la règle *Locus regit actum* n'est pas impérative. Lafleur, *The conflict of laws in the province of Quebec*, Montréal, 1908, p. 135 et suiv.; Cpr. Lainé, J. C., 1908, p. 687.]

(2) Lawrence, III, p. 121; [Story, § 479 *g*; Westlake, J. C., 1881, p. 319; *id.*, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 80-84, p. 112-113.] — Cour d'appel de New-York, 14 fév. 1874, J. C., 1874, p. 86 et suiv. — Cependant quelques Etats de l'Union admettent sans restriction la règle *Locus regit actum*, par exemple la Louisiane, art. 10 du Code civil.

ou bien à celle du pays soumis à la domination anglaise où ils ont leur domicile d'origine. Ces améliorations ne s'appliquent ni aux étrangers ni aux naturalisés anglais. On discute seulement sur le point de savoir si le changement de domicile entraîne pour eux la nullité du testament; les jurisconsultes anglais les plus libéraux se prononcent pour la négative (1).

SECTION VI

DES ACTES RÉDIGÉS PAR LES AGENTS DIPLOMATIQUES ET LES CONSULS

219. Au lieu d'observer les formalités indiquées par la loi du pays où ils se trouvent, les Français peuvent, à l'étranger, s'adresser à nos agents diplomatiques ou à nos consuls qui rédigeront pour eux les actes dans la forme prescrite par la loi française. Cette compétence des consuls et agents diplomatiques doit être étudiée pour les actes de l'état civil, les actes notariés et les actes de juridiction gracieuse.

A. Pour les actes de l'état civil, la compétence des consuls et agents diplomatiques est établie dans l'art. 48 C. civ. modifié par la loi du 8 juin 1893 et dans l'art. 55 du même Code, [modifié par la loi du 21 juin 1903;] et la façon dont ils doivent procéder en pareil cas est réglementée par l'ordonnance du 23 octobre 1833. Il faut remarquer que les actes de l'état civil ne peuvent être rédigés par les vice-consuls et agents consulaires qu'en vertu d'une autorisation spéciale du chef de l'Etat, autorisation qui doit être affichée dans les bureaux de ces fonctionnaires (Ordonn. du 23 octobre 1833, art. 7 et 8).

Un double des registres de l'état civil est adressé à la fin de chaque année au ministre des affaires étrangères qui en assure la garde et peut en délivrer des extraits (art. 48 C. civ., modifié par la loi du 8 juin 1893). Les actes rédigés par les consuls et agents diplomatiques font foi en France, ainsi que les expéditions qui en sont délivrées par le chancelier après avoir été visées par le consul ou l'agent diplomatique.

(1) Dicey, trad. Stocquart, *op. cit.*, II, p. 280. — [Cpr. Westlake, *op. cit.*, 4e éd., § 85-89, p. 113-116. — Sur la combinaison dans les différentes lois étrangères de la loi du lieu de l'acte et de la loi nationale de l'intéressé ou des intéressés, sur le système allemand de l'art. 10 de la loi d'introduction au Code civil allemand, sur la *Common law* américaine et l'*Act* de lord Kingsdown's, v. Lainé, J. C., 1908, p. 674-680.]

Par une juste réciprocité, les actes de l'état civil peuvent être dressés en France, en la forme étrangère, par les agents diplomatiques ou les consuls étrangers pour le compte de leurs nationaux (1). Mais ces actes ne peuvent faire foi en France que lorsque la signature du consul a été légalisée au ministère des affaires étrangères. De même, après semblable légalisation, on acceptera dans notre pays l'autorité des actes dressés par un consul étranger pour le compte de ses nationaux, en pays étranger : par exemple, d'un acte de naissance d'un Espagnol né en Angleterre, rédigé par le consul d'Espagne dans ce pays.

En ce qui concerne particulièrement les actes de mariage, les consuls ne peuvent, en principe, procéder à un mariage entre deux personnes dont une seule serait Française; mais la loi du 29 novembre 1901 a conféré aux agents diplomatiques et aux consuls français le droit de célébrer le mariage d'un Français avec une étrangère *dans les pays désignés par un décret du Président de la République*, et le décret du 29 décembre 1901 a désigné la Turquie, la Perse, l'Egypte, le Maroc, Mascate, le Siam, la Chine et la Corée, c'est-à-dire des pays hors chrétienté (2).] Les consuls devaient exiger [avant la loi du 21 juin 1907 qui a supprimé la seconde publication de mariage], outre les publications à la chancellerie, des publications en France, quand les futurs époux avaient en France des parents dont le consentement est nécessaire pour le mariage, ou quand ils étaient immatriculés depuis moins de six mois au consulat. Ils pouvaient dispenser de la seconde publication. [Aujourd'hui qu'il n'y a plus qu'une seule publication de mariage (art. 63 C. civ., loi du 21 juin 1907), les consuls doivent veiller à ce que cette unique publication soit faite. Pour les mariages célébrés en France, le procureur de la République peut dispenser, « pour des causes graves », de la publication et de tout délai (art. 169 C. civ., loi du 21 juin 1903) (3).] Même, dans les pays

(1) Bien que les consuls étrangers soient compétents en France pour recevoir les actes de naissance de leurs nationaux, la déclaration de naissance à l'officier de l'état civil français doit cependant être faite par mesure d'ordre public (art. 346 C. pén.; circul. du min. de la justice, 31 mai 1897, J. C , 1898, p. 205).

(2) [Bonfils-Fauchille, *Droit int. publ.*, 5e édit., 1908, n. 767, p. 448.]

(3) [Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 10e édit., t. I, 1908, n. 358 et 360 *bis*, p. 198-200. L'art. 170 C. civ. (loi du 21 juin 1907) exige que le mariage contracté par le Français en pays étranger soit précédé d'une publication faite en France suivant les formes et dans les lieux déterminés par la loi française (art. 166 et 168). Le consul, si le mariage doit être célébré devant lui, a-t-il le droit de dispenser le Français de cette publication « pour des causes graves », comme pourrait

situés au delà de l'Atlantique, les agents diplomatiques et les consuls généraux de droit, les consuls de première et de seconde classe en vertu d'une autorisation spéciale peuvent accorder des dispenses d'âge (Ordonnance du 23 octobre 1833, art. 15, 17 et 18). [Lorsqu'il était encore question dans notre droit des *actes respectueux* en matière de mariage, c'était le chancelier du consulat qui les établissait. On sait que, depuis la loi du 26 juin 1896, un acte respectueux suffisait (art. 151 C. civ., abrogation des art. 152 et 153 par la loi du 26 juin 1896). Aujourd'hui, il n'y a plus d'acte respectueux, même unique, depuis la loi du 21 juin 1907 (nouvel art. 151) : si l'enfant du sexe masculin ou féminin, d'ailleurs majeur de vingt-un ans, n'a pas trente ans révolus, il doit faire *notifier* l'union projetée à ses père et mère ou à celui des deux dont le consentement n'a pas été obtenu. Cette notification, dispose le nouvel art. 154, sera faite par un notaire instrumentant sans le concours d'un deuxième notaire ni de témoins. Il n'est pas douteux que le chancelier du consulat, qui avait qualité pour dresser l'acte respectueux, ne soit compétent pour établir l'acte de notification.]

B. Les actes notariés peuvent être faits par les chanceliers de consulat nommés par le gouvernement agissant seuls, et par les chanceliers nommés par les consuls ou le ministre des affaires étrangères avec l'assistance du consul (art. 988 C. civ., modifié par la loi du 8 juin 1893); mais, dans tous les cas, ces actes doivent être légalisés par le consul lui-même (1). Même, à défaut de chancelier de consulat, ils peuvent être reçus par le chancelier d'ambassade (2). Ces actes, qui sont rédigés en la forme française, sont exécutoires de plein droit en France et peuvent y établir des hypothèques, contrairement à ce que décide l'art. 2128 C. civ., pour les actes dressés par un officier public étranger.

Les consuls étrangers pourront de même dresser des actes notariés pour le compte de leurs nationaux en France ou en pays étranger; mais ces actes ne seront exécutoires sur le sol français que lorsqu'ils auront été revêtus de l'exequatur (art. 2123 C. civ., et 546 Pr. civ.).

Ce pouvoir réciproque des consuls français et étrangers pour

le faire en France le procureur de la République? L'affirmative ne paraît pas trop hardie : il pouvait dispenser de la seconde publication ; pourquoi ne pourrait-il pas aujourd'hui dispenser de l'unique publication?]

(1) Décret du 1er décembre 1869; Instruct. des aff. étrang., 30 nov. 1833.

(2) Cass., 23 janv. 1893, J. C., 1895, p. 127.

rédiger les actes notariés dans l'intérêt de leurs nationaux est consacré dans les conventions consulaires conclues par la France (1).

Quelques difficultés cependant se sont élevées sur le point de savoir si les consuls français peuvent rédiger des testaments authentiques. L'ordonnance de 1681 (liv. I, titre IX, art. 24 et ordonn. du 3 mars 1781) leur permettait de rédiger ces actes avec l'assistance de deux témoins. Mais l'art. 999 n'indique que deux manières de tester pour les Français à l'étranger : la forme authentique étrangère et la forme olographe de l'art. 970 du code civil; d'autre part, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII abroge toutes les anciennes lois portant sur des points prévus par le code.

On en a conclu, pendant quelque temps, que la compétence des consuls pour rédiger des testaments authentiques avait disparu comme les anciennes règles de l'ordonnance de 1681 sur le testament maritime, remplacées aujourd'hui par l'art. 988 C. civ.

Suivant d'autres, les consuls seraient toujours compétents pour recevoir des testaments authentiques, mais ils devraient se conformer aux dispositions nouvelles du code civil et de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, pour les formalités : par conséquent, ils devraient être assistés de quatre témoins, au lieu de deux seulement comme le prescrivait l'ordonnance de 1681.

On est à peu près unanime aujourd'hui pour reconnaître que l'art. 24 de l'ordonnance de 1681 demeure complètement applicable : les consuls peuvent donc recevoir des testaments authentiques avec l'assistance de deux témoins. L'art. 999 n'a pour but que de régler l'application de l'adage *Locus regit actum* aux testaments faits hors de France en la forme étrangère; il ne prévoit pas le cas où le testateur s'adresse au consul : cette dernière hypothèse est donc complètement régie par les anciens textes non abrogés (2). Mais, pour un testament mystique, le consul devrait se conformer aux art. 976 à 979 C. civ. De plus, même pour les testaments publics, on exige, dans la pratique, l'observation des formalités du code civil ou de la loi du 25 ventôse an XI complémentaires de celles de l'ordonnance de 1681; par exemple, la dictée par le testateur, la lecture faite aux parties, prescrites par

(1) Brésil, 10 décembre 1860, art. 6 et 21 juillet 1866, art. 16; Italie, 26 juillet 1862, art. 8, alin. 2; Espagne, 7 janvier 1862, art. 19, alin. 2; Portugal, 11 juillet 1866, art. 7, alin. 1; Grèce, 7 janvier 1876, art. 10, alin. 1; Russie, 1er avril 1874, art. 9, alin. 2, nº 1; Salvador, 6 août 1879, art. 10, alin. 2; Venezuela, 24 octobre 1856, art. 7.

(2) Instruct. des aff. étrang., 22 mars 1834.

l'art. 972 C. civ. et la mention que ces formalités ont été remplies (1).

La Cour de cassation est même allée jusqu'à décider que, dans les pays régis par les Capitulations, les consuls devaient, sans tenir compte de l'ordonnance de 1681, observer complètement les règles prescrites par le code civil et la loi du 25 ventôse an XI pour les formalités des testaments authentiques, parce que ces pays sont assimilés à la France, étant donné le bénéfice de l'exterritorialité dont y jouissent les consuls (2).

Cette décision repose sur une exagération des immunités accordées aux consuls dans les pays orientaux. Sans doute leur juridiction y est plus étendue que partout ailleurs, ils y sont garantis par des privilèges qui n'appartiennent d'ordinaire qu'aux ambassadeurs; mais la fiction même d'exterritorialité, allant jusqu'à faire considérer le territoire où ils sont comme une partie du sol français, sur laquelle s'appliqueraient toutes les lois promulguées en France, ne serait pas raisonnable en soi et n'est d'ailleurs confirmée par aucun texte. Aussi faut-il décider que l'ordonnance de 1681 continue à s'appliquer pour les testaments authentiques reçus par les consuls du Levant, comme pour tous ceux que rédigent les consuls français en pays étranger.

C. Les consuls peuvent encore remplacer les tribunaux pour les actes de juridiction gracieuse; par exemple, ils peuvent jouer le rôle du juge de paix pour l'adoption et l'émancipation. Les homologations qui sont parfois exigées du tribunal et de la cour, par exemple dans le cas prévu par les art. 354 et suiv. C. civ., sont données par le tribunal consulaire et la cour d'Aix pour les Echelles du Levant, par le tribunal et la cour les plus proches de la frontière du pays où le consul exerce ses fonctions pour les autres Etats.

220. Les Français ont en principe le choix entre l'application de la règle *Locus regit actum* et la rédaction de leurs actes par les consuls en la forme française. Cependant, contrairement à ce qu'a décidé la Cour de cassation (3), il semble que le ministère des consuls doive être obligatoirement employé dans les pays où s'appliquent les Capitulations et dans les Etats de l'Extrême-

(1) Cass., 20 mars 1883, J. C., 1883, p. 523, S., 83. 1. 249; Trib. de Châteaubriant, 9 novembre 1889, *Le Droit*, 13-14 janvier 1890; Cass., 3 juin 1891, J. C., 1891, p. 975; Cass. req., 23 janvier 1893, J. C., 1895, p. 127.

(2) Cass., 4 février 1863, S., 63. 1. 201.

(3) 18 avril 1865, S., 65. 1. 317.

Orient avec lesquels la France a conclu des traités semblables. Ces conventions ont eu en effet pour but de soustraire complètement les Français aux autorités locales dont l'impartialité et la compétence inspirent méfiance (1). Dans les pays dont il est question, l'application de la règle *Locus régit actum* ne serait peut-être acceptable que si les Français usaient des coutumes des chrétiens d'Orient, par exemple s'ils faisaient célébrer leur mariage par un religieux catholique : en pareil cas, en effet, les raisons qui ont motivé les dérogations au droit commun contenues dans les Capitulations ne se présentent plus (2).

221. Les consuls ne sont compétents que pour les actes intéressant exclusivement leurs nationaux; c'est ce qui résulte de l'opposition des termes des art. 47 et 48 C. civ., et de l'ordonnance du 23 octobre 1833 qui ne prévoit que le cas où ils rédigent des actes pour des Français seulement. [Pour le mariage, la loi du 29 novembre 1901 précitée a étendu la compétence de nos agents diplomatiques et consulaires dans la mesure ci-dessus indiquée (V. au surplus, ci-dessous n. 247.] En pratique, c'est dans ce sens que la question est fixée depuis l'arrêt de cassation du 10 août 1819 (3) annulant le mariage célébré à Constantinople par le vice-consul français entre une Turque et un Français. Réciproquement, les consuls étrangers en France ne peuvent dresser des actes quelconques que pour leurs nationaux seulement. C'est ainsi que le tribunal de la Seine a annulé un mariage célébré à Paris par le chapelain de l'ambassade d'Angleterre entre un Français et une Anglaise (4).

Toutefois, dans les pays régis par les Capitulations, étant donné le but de ces traités qui est de soustraire complètement les Français aux autorités locales, il semble que les consuls de France devraient être compétents pour les actes passés entre Français et étrangers (5). [Ce desideratum a été dans une très large mesure réalisé en ce qui concerne le mariage par la loi du 29 novembre 1901 et le décret du 29 décembre de la même année précités.]

Mais un très grand nombre de conventions consulaires ont

(1) Cpr. Aix, 22 déc. 1883, J. C., 1883, p. 170; Salem, J. C., 1889, p. 28; Trib. consulaire de Constantinople, 12 sept. 1890, J. C., 1890, p. 914.

(2) Aix, 20 mars 1862, S., 62. 2. 387.

(3) S., 19. 1. 111, *arrêt Sommaripa.*

(4) 2 juillet 1872, J. C., 1874, p. 71; Paris, 6 avril 1869, S., 70. 2. 178.

(5) *Contrà* Cass., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317; circul. des aff. étrang., 4 nov. 1833 et 22 juill. 1850.

accordé aux consuls le pouvoir de rédiger les actes passés entre leurs nationaux et les habitants du pays où ils résident, et même entre les habitants de ce dernier pays seulement, lorsque ces actes se réfèrent à des biens situés dans l'Etat auquel appartient le consul, ou à des affaires qui doivent y être traitées (1).

Dans tous les cas, le consul n'observe jamais que les formalités prescrites par la loi française, alors même que l'acte intéresserait des étrangers (2).

Quand les agents diplomatiques ou les consuls appartiennent à un pays composé ou complexe dont les diverses parties sont régies par des législations différentes, il est particulièrement délicat de décider sur le point de savoir quelle est celle de ces législations qui devra être suivie dans l'accomplissement des actes faits devant eux. Il semble assez naturel de suivre, sauf disposition formelle contraire, la loi du territoire où siège le gouvernement, qui est la règle pour ce gouvernement même et, par conséquent, pour les agents qu'il délègue et qui le représentent, agents diplomatiques, consuls, commandants de marine de guerre : par exemple, pour le Royaume-Uni, la loi anglaise proprement dite et non celle d'Ecosse ou d'Irlande, la loi du district fédéral de Colombie pour les Etats-Unis (3). La question peut du reste se poser aussi dans les pays qui ont l'unité législative, en ce qui concerne les habitants de certaines de leurs colonies auxquelles on a laissé leur législation nationale, par exemple pour les Arabes d'Algérie en tant qu'ils ont à relever de la juridiction de nos consuls à l'étranger (4). Dans ce dernier cas, pour rester d'accord avec les concessions faites par l'autorité centrale de leur pays, les agents diplomatiques et les consuls doivent appliquer la législation spéciale qui a été conservée aux sujets de leur patrie indigènes des colonies.

222. La compétence des agents diplomatiques et des consuls pour rédiger et recevoir des actes intéressant leurs nationaux ne peut pas s'expliquer par la fiction d'exterritorialité que quelques-

(1) Conventions avec la Russie du 1er avril 1874, art. 9, alin. 2, n. 2; la Grèce, 7 janv. 1876, art. 10, alin. 2; l'Espagne, 7 janv. 1862, art. 19, alin. 2; l'Italie, 26 juill. 1862, art. 8, alin. 3; le Portugal, 11 juill. 1866, art. 7, alin. 1; le San-Salvador, 6 août 1879, art. 10, alin. 2, 3, 4; le Venezuela, 24 oct. 1856, art. 7; la Rép. dominicaine, 25 oct. 1882, art. 10.

(2) Cass., 4 fév. 1863, S., 63. 1. 201.

(3) Valéry, *L'exterritorialité des lois et les Etats à formation composée*, R. D. I., 1897, p. 5.

(4) Féraud-Giraud, *Questions d'état des Algériens sujets français portées devant les tribunaux consulaires du Levant*, J. C., 1896, p. 547.

uns ont invoquée en pareil cas. Cette fiction, fort discutable en elle-même, n'a pour objet que de sauvegarder l'indépendance des agents diplomatiques et des fonctionnaires des légations, elle n'aurait donc d'influence que pour les actes intéressant ces seules personnes en tant qu'on voudrait les soustraire à l'obligation de recourir aux autorités locales; d'autre part, elle n'expliquerait pas la compétence des consuls auxquels l'exterritorialité n'est pas reconnue dans les États de la chrétienté. Aussi d'autres auteurs estiment-ils que les pouvoirs des agents diplomatiques et des consuls à ce sujet constituent une véritable atteinte à la souveraineté territoriale qui, seule, devrait intervenir dans les actes intéressant les particuliers étrangers en général. Il en est même qui vont jusqu'à dire que cette atteinte ne serait admissible que par une concession de la souveraineté du pays qui tolèrerait, en vertu d'un traité, la compétence des agents diplomatiques et des consuls des autres Etats. Nous croyons que cette compétence peut s'expliquer plus simplement par les principes déjà exposés comme étant la base de la règle *Locus regit actum*. Si chaque législateur peut strictement n'admettre la validité des actes que s'ils ont été accomplis dans les formes qu'il édicte, c'est par une considération de nécessité pratique et de justice qu'il est amené à accepter ceux qui ont été passés à l'étranger dans les formes déterminées par la loi locale. Mais, quand cette raison de nécessité n'apparaît plus, il est tout naturel que les intéressés en reviennent à l'observation de la loi de leur pays, ce qui justifie le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum*. Or, le moyen le plus sûr et le plus commode de permettre aux parties de suivre ainsi leur loi nationale à l'étranger, c'est de leur offrir le concours d'officiers publics nationaux qui pourront recevoir les actes, même authentiques, dans la forme de la loi de leur patrie. Cela explique, en même temps, que les agents diplomatiques ou consulaires ne soient compétents que pour les actes intéressant leurs nationaux, le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum*, le retour à la loi nationale, ne pouvant se comprendre que si les parties ont même nationalité. D'ailleurs, pratiquement, la compétence de ces fonctionnaires a le grand avantage de faire apprécier en connaissance de cause la capacité des parties lorsque celle-ci doit être examinée avant l'acte, par exemple dans le cas de mariage. Elle permet également de faire des actes qui seraient impossibles d'après la loi locale; par exemple, si deux Français de religion différente veulent se marier dans un Etat où ces unions

sont interdites, ils n'ont que la ressource de s'adresser à l'agent diplomatique ou au consul.

La reconnaissance par traité de la compétence de ces derniers fonctionnaires ne paraît donc s'imposer que lorsque, pour des considérations d'intérêt pratique, on veut l'étendre à des actes passés entre personnes dont toutes ou quelques-unes n'appartiennent pas à leur pays; alors aucun lien, ni même aucune raison juridique ne justifie leur compétence, qui ne peut être fondée que sur une concession volontaire de l'autorité territoriale (1).

(1) Cpr. Lehr, *De la compétence à attribuer aux agents diplomatiques et aux consuls comme officiers de l'état civil*, R. G. D. I., 1894, p. 97 et 441.

LIVRE II

Droit des personnes ou statut personnel.

---

223. D'après ce qui a été dit plus haut, le statut personnel ne doit plus comprendre que ce qui est relatif à la condition des personnes, sans qu'il soit possible d'y faire entrer des matières complètement étrangères, ainsi que l'admettaient nos anciens jurisconsultes, qui faisaient, par exemple, de la forme des actes juridiques un élément de ce statut. Ce livre deuxième sera donc consacré à l'étude des conflits de lois survenant à propos des dispositions législatives ayant directement pour objet la condition juridique des individus.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ÉTAT ET DE LA CAPACITÉ

224. On confond souvent avec le statut personnel tout entier l'état et la capacité des personnes qui n'en sont qu'un élément, le plus important il est vrai.

L'état d'une personne désigne l'ensemble de ses qualités juridiques : majeure, mariée, en tutelle, légitime ou enfant naturel, etc.

La capacité qui, la plupart du temps, n'est qu'une conséquence de l'état, signifie l'aptitude à accomplir des actes juridiques, à avoir des droits et à pouvoir les exercer, comme à être tenu d'obligations.

On a toujours reconnu la nécessité, si ce n'est peut-être dans les premiers temps de la Féodalité, de faire régir par une loi unique l'état et la capacité des personnes; il serait en effet déraisonnable qu'un même individu fût successivement majeur et mineur, capable et incapable, suivant les lois des divers pays où il se rendrait.

Mais quelle est la loi unique qu'il faut appliquer en pareille circonstance ? Telle est la question à résoudre, en théorie d'abord, puis au point de vue du droit positif en France et à l'étranger. En dernier lieu, il sera utile d'étudier les effets internationaux des actes de l'état civil qui servent, sur bien des points, à établir l'état des personnes et, par voie de conséquence, quelquefois leur capacité.

SECTION PREMIÈRE

DE LA LOI DEVANT RÉGIR L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ

225. Epoque ancienne. — Le criterium adopté pour déterminer la loi applicable en pareille matière a varié suivant les époques.

Les Romains, on l'a déjà vu, déterminaient le droit de chacun d'après son *origo* ou son *domicilium*, et il est vraisemblable qu'en cas de conflit entre l'*origo* et le *domicilium*, la première l'emportait sur le second. A Rome, on appliquait à chacun la loi spéciale de sa *civitas* (1).

Par suite d'une idée semblable, la personnalité des lois, les Barbares placèrent chaque individu sous l'empire du droit spécial à sa nation : et, de là, la coexistence, dans un même Etat, des lois propres aux Barbares et de celles qui avaient été rédigées pour les Gallo-Romains.

Après la naissance des coutumes locales, sous l'influence de la Féodalité, on voit apparaître le domicile comme criterium de la loi personnelle. L'idée de nationalité était en effet fort mal dégagée à cette époque, par suite du morcellement infini des Etats : d'autre part, étant donné le peu de développement des relations internationales, le conflit se présentait surtout entre coutumes régissant les diverses provinces d'un même pays. Or, les parties en cause étant toutes de même nationalité, on ne pouvait trouver d'autre criterium que leur domicile pour déterminer la loi dont elles relevaient plus particulièrement.

Cependant une divergence assez marquée divisa les anciens jurisconsultes : les uns voulaient appliquer, au moins pour ce qui

(1) Sur les rapports du *jus gentium* et des *jura propria peregrinorum*, v. De Boeck, *Essai sur le préteur pérégrin*, 1882, p. 135 et s.; Baron, *Peregrinenrecht und Jus gentium*, 1892, p. 3-40; Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891, *præs.* p. 19 et s., p. 58 et s., p. 110 et s.; Baviera, *Archivio giuridico*, 1898, t. LXI, *præs.* p. 243-278.]

concerne l'état de la personne en général, par exemple pour la fixation de la majorité, la loi du domicile d'origine; les autres s'en tenaient à la loi du domicile actuel, de sorte que l'état et la capacité variaient aussi souvent que la personne transportait son domicile sur un territoire régi par une coutume différente.

Cette dernière opinion paraît avoir rallié la majorité des anciens auteurs, soit en Italie, soit en France, soit surtout dans les Pays-Bas. Mais la première prévalut complètement au XVIII^e^ siècle, avec Froland, Boullenois et Bouhier, au moins en ce qui concerne les règles de la capacité générale (1).

Il est à remarquer que, si la théorie moderne d'après laquelle l'état et la capacité sont réglés par la loi nationale n'apparut pas à cette époque, étant donnée la nature du conflit des lois qui ne se présentait guère qu'entre coutumes d'un même pays, cependant on peut voir comme une origine de cette théorie dans le système des anciens auteurs qui faisaient dépendre le statut personnel de la coutume du domicile d'origine. La raison qui les déterminait à adopter cette opinion était, en effet, que les lois sont faites en vue de la situation particulière des habitants d'un pays et des influences diverses, climatériques, traditionnelles ou autres, sous lesquelles ils se trouvent placés : or, ainsi qu'on le verra bientôt, ce sont les mêmes considérations qui ont fait triompher de nos jours la théorie de la nationalité en matière de statut personnel. C'est en s'inspirant de ces idées que le Parlement de Normandie déclara, en 1666, que toute personne *née* en Normandie devait, en tout pays, être considérée comme majeure à vingt ans accomplis, conformément à la coutume normande. Cependant, cette conception si juste ne pouvait apparaître nettement ni être appliquée, avant qu'on eût obtenu l'uniformité de législation et que le conflit des lois fût devenu véritablement international. Entre coutumes d'un même pays, en effet, le criterium du domicile est le seul possible, la nationalité étant la même pour toutes les parties en cause; et le changement de domicile devait fatalement entraîner celui de statut personnel par application de la coutume du pays où l'on se fixait, comme le même résultat se produit aujourd'hui avec le changement de nationalité.

D'autre part, M. Lainé a justement observé que la théorie du

(1) Froland, I, 1re part., chap. VII, §§ 13, 14, 15. — V. cep. *contrà* : Polbier, *Introd. gén. aux cout.*, I, § 1, n. 13 et s.

statut personnel en matière d'état et de capacité a passé par trois phases bien distinctes :

1° La doctrine italienne fait dépendre le statut personnel d'une loi unique, celle du domicile, en regardant cette loi, en la matière, comme un *statut favorable* dont l'application extraterritoriale devait être acceptée, et aussi en s'inspirant de considérations de justice qui commandent que la condition juridique des personnes ne varie pas suivant le hasard des déplacements ou des localités dans lesquelles cette condition doit être appréciée.

2° La doctrine statutaire française arrive au même résultat, mais en le considérant comme une dérogation au principe fondamental de la territorialité des coutumes. De là une lutte entre les *réalistes* restreignant le plus possible cette exception, et les *personnalistes* s'efforçant de l'étendre pour des raisons, soit de justice, soit de courtoisie internationale. Au XVIII^e^ siècle, les derniers l'emportent, et ils ne justifient presque plus leur opinion que par des idées de justice, bien que quelques-uns et non des moindres, comme Froland et Boullenois, invoquent encore la *Comitas gentium*.

3° La doctrine hollandaise des Pays-Bas, spécialement représentée au XVII^e^ siècle par Ulric Huber, Jean et Paul Voet, s'en tient rigoureusement à la territorialité des lois et n'accepte l'exception du statut personnel que dans la plus étroite mesure possible. Elle l'explique d'ailleurs uniquement par des raisons d'intérêt sur lesquelles repose la *comitas gentium*, en s'en rapportant à l'appréciation utilitaire et arbitraire du juge pour chaque cas particulier, sans se soucier des considérations de justice (1).

226. Epoque moderne. — Actuellement, la doctrine est partagée en deux camps : les uns font régir l'état et la capacité par la loi nationale, les autres par celle du domicile.

Les partisans de la seconde opinion sont eux-mêmes divisés; les uns s'attachent au domicile d'origine, les autres au domicile actuel.

Mais la théorie d'après laquelle il faut appliquer en cette matière la loi nationale gagne tous les jours du terrain, et c'est la seule qu'il soit possible de justifier d'une manière rationnelle.

Ce sont en effet des lois relatives à la condition juridique des personnes qui doivent, ainsi que le dit Montesquieu pour les lois

(1) Lainé, *loc. cit.*, II, p. 199 s.

en général (1), être plus particulièrement conformes à la situation spéciale dans laquelle se trouvent placés les habitants d'un pays. Pour fixer la majorité, l'âge de la puberté, en un mot tout ce qui tient à l'état et à la capacité des personnes, un législateur obéit fatalement à certaines influences venant du climat, des traditions, de la religion, même des préjugés particuliers à son pays : il est donc logique que les lois de cette nature, faites pour certaines personnes placées dans telle condition déterminée, suivent ces dernières en tout lieu, sauf les exceptions qui seront indiquées ci-après. L'influence du domicile, qui jadis se justifiait par suite de la nature du conflit entre coutumes régissant les diverses parties du territoire d'un même Etat, n'aurait plus aujourd'hui sa raison d'être : si même on s'attache au domicile d'origine, ainsi que le font certains auteurs, il faut, étant donnés l'unité de la législation pour la plupart des Etats modernes et le caractère nouveau du conflit des lois privées qui est désormais *international*, appliquer la loi nationale, en vertu des mêmes raisons qui avaient fait adopter autrefois la coutume du domicile d'origine. Comme disait le président Hénault : « Les coutumes se sont introduites suivant la nature de chaque pays et les mœurs de ses habitants ».

Aussi n'est-il plus vrai de dire, ainsi que l'affirmait de Savigny, que la théorie du domicile forme une opinion commune, universellement acceptée dans les relations internationales. L'idée de la nationalité s'affirme dans tous les codes nouveaux, particulièrement dans le code civil d'Italie de 1866. L'Institut de Droit international, dans sa session d'Oxford en 1880, bien que composé de jurisconsultes de tous les pays et dont quelques-uns sont très attachés à la théorie du domicile, notamment les Anglais et les Américains, a conclu en faveur de la loi nationale comme devant régir l'état et la capacité. Remarquons, cependant, qu'aucun jurisconsulte des Etats-Unis n'a pris part à ce vote, et que, parmi les Anglais, les plus autorisés ont déclaré la solution de l'Institut inacceptable dans l'état actuel du Droit britannique, tout en s'y ralliant en théorie. Au surplus, cette adhésion doctrinale des jurisconsultes à l'application de la loi nationale, même dans les pays jusqu'ici fortement attachés à la loi du domicile, s'accentue tous les jours, notamment en Angleterre et en Allemagne (2).

(1) *Esprit des lois*, liv. I, ch. III, *in fine*. [Cpr. Barckhausen, *Montesquieu, ses idées et ses œuvres d'après les papiers de La Brède*, 1907, *præs.* p. 113-148.]

(2) Dicey, trad. Slocquart, *loc. cit.*, I, p. 362; Von Bar, J. C., 1895, p. 22, *Du conflit entre la loi du domicile et la loi de la nationalité;* loi allemande sur le

On ne devra recourir à la loi du domicile que lorsqu'il s'agira de trancher un conflit entre législations diverses d'un même Etat, comme cela avait lieu sous le Droit coutumier, ou quand la personne en question n'aura pas de nationalité, ou en aura deux (1).

On allègue cependant en faveur de la théorie du domicile certains arguments dont il est nécessaire d'apprécier la valeur.

Au domicile d'une personne, dit-on, est le centre de ses intérêts moraux et pécuniaires; c'est au domicile que se traitent la plupart des affaires : il est donc naturel que chacun soit considéré comme se soumettant implicitement à la loi en vigueur au lieu où son domicile est établi. Cela est d'autant plus vrai, ajoute-t-on, que le lien de la nationalité vient du hasard de la naissance et non de la volonté réfléchie de l'intéressé ; tandis que le domicile est le résultat d'un choix et la manifestation du désir que l'on a de vivre sous l'empire de telle loi déterminée.

Il est facile de répondre que l'établissement du domicile est bien plutôt un fait accidentel, provenant des nécessités de la vie, des diverses considérations d'intérêt ou de convenance qui engagent une personne à se fixer dans tel ou tel endroit. Quant à la prétendue soumission implicite à la loi du domicile, elle n'est, comme le fait observer M. Mancini, qu'un reste des vieilles idées féodales, d'après lesquelles tout individu venant dans une province était considéré comme sujet temporaire de l'autorité locale en vertu de l'adage : *Toutes coutumes sont réelles*. Aujourd'hui, l'idée de nationalité est nettement dégagée et il en résulte que la soumission à la loi d'un pays ne peut provenir, sauf l'observation des règles d'ordre public admises dans ce pays, que de la qualité

change, § 84; Résolution de la Société allemande des juristes à Wiesbaden en 1886; Mommsen, *Archiv. für civilist. Praxis*, LXI, p. 152; H. Jacques, *La loi du domicile et la loi de la nationalité en Droit int. privé, R. D. I.*, 1886, p. 563; Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, [*Diritto internazionale, Prelezioni*, 1873, *Prelezione* du 22 janvier 1851, p. 3-64; *id.*, J. C., 1874, p. 221 et suiv., p. 285 et suiv., *præs.* p. 391 et suiv.] Esperson, J. C., 1880, p. 246 et suiv.; Fedozzi, *Il principio di nazionalità*, 1895; [Pillet, *Principes du dr. int. pr.*, 1903, n. 142-159, p. 301-332 et n. 160-166, p. 333-346; Lainé, J. C., *præs.* 1905, p. 801 et s.; Cpr. ci-dessus, n. 17, p. 54-56.]

(1) Résolutions d'Oxford, *Annuaire de l'Institut*, 1882, V, p. 56. [Cpr. Pillet, *op. cit.*, n. 146, p. 312; Weiss, *Traité*, t. I, 2e édit., 1907, p. 324-326; loi d'introduction au Code civil allemand, art. 29; Code civil japonais, art. 8; Aix, 9 juill. 1903, J. C., 1904, p. 150; Trib. civ. Seine, 14 fév. 1908, J. C., 1908, p. 813; décisions helléniques sur le conflit de la loi grecque générale et de la loi ionienne, J. C., 1907, p. 844 et s., et Politis, 1908, p. 7-9; cpr. ci-dessus, n. 110, p. 368-370.]

de national : c'est, en effet, en vue des nationaux et eu égard à la situation particulière dans laquelle ils se trouvent, que les lois concernant l'état et la capacité ont été faites, comme il a été dit plus haut; d'où il résulte que la seule loi rationnellement applicable pour les questions de statut personnel est la loi nationale.

Ajoutons qu'on doit rechercher, autant que possible, à rendre le statut personnel fixe et stable : c'est même afin d'éviter les modifications en cette matière que l'on a toujours été d'accord pour reconnaître qu'une loi unique devait régler l'état et la capacité. Or, on change de domicile suivant son intérêt ou son caprice, et ce changement est très facile à réaliser; tandis que changer de nationalité est un acte grave que la plupart des gens n'accomplissent jamais, et que, dans tous les cas, on ne renouvelle pas souvent; c'est d'ailleurs un acte entouré de conditions que l'on ne peut toujours remplir et qui en rendent la réalisation plus difficile.

De plus, la nationalité est généralement facile à constater, et il n'en est pas de même du domicile qui peut se confondre avec la résidence. La conception même du domicile est fort délicate et très différente suivant les jurisconsultes des divers pays, et le criterium du statut personnel manque ainsi de fixité, comme l'observe justement M. Dicey.

Enfin, plusieurs difficultés relatives au domicile auront leur contre-coup sur la fixation de l'état et de la capacité, si l'on adopte le domicile pour criterium en pareille matière. Peut-on en effet avoir plusieurs domiciles, ou n'en avoir pas? Un étranger peut-il avoir un véritable domicile en France en dehors du cas où il a reçu l'autorisation, conformément à l'art. 13 C. civ.? Autant de questions douteuses (et il en est d'autres), qui apporteront l'indécision dans la détermination du statut personnel.

On objecte, il est vrai, que la théorie du domicile est plus libérale en permettant à chacun, par un simple changement de domicile, de modifier son statut personnel. Mais ce serait là plutôt une raison pour écarter ce système, car il est inadmissible qu'une personne puisse si aisément tourner cette règle d'ordre public en vertu de laquelle nul ne peut, de sa propre volonté, modifier son état et sa capacité (art. 6 C. civ.). D'autre part, le changement de domicile étant provoqué, la plupart du temps, par la nécessité des affaires ou une considération de convenance personnelle, n'ira-t-on pas à l'encontre de la volonté des parties que l'on veut si libéralement favoriser, en faisant résulter de ce changement de

domicile une modification dans leur statut personnel qu'elle n'avaient ni voulue ni prévue?

Il est indéniable, du reste, que l'application de la loi national présente aussi des inconvénients ; mais ils sont moins sensibles e moins nombreux. Tel individu peut avoir plusieurs nationalité ou n'en avoir aucune par suite de la contradiction des lois de différents pays à laquelle les traités seuls peuvent mettre fin. L personne considérée à la fois dans divers pays comme un nationa aura son statut personnel différemment apprécié dans chacun d ces pays ; pour celle qui n'a pas de patrie ou dont la nationalit est inconnue, on appliquera la loi de son domicile. Tel serait l cas d'un individu établi en France et qui, par le fait de son éta blissement, aurait perdu sa première nationalité (1). Cependant un étranger qui aurait conservé sa nationalité ne saurait être rég par la loi française, alors même qu'il serait définitivement fixé dans notre pays et qu'il y aurait un domicile autorisé, conformément à l'art. 13 C. civ. (2).

227. L'état et la capacité dépendant de la loi nationale, il s'ensuit qu'un changement de nationalité peut faire passer une personne de la capacité à l'incapacité ou réciproquement (3). On a cependant nié qu'une personne pût ainsi devenir incapable, de capable qu'elle était antérieurement, parce que la capacité constitue un droit acquis qui ne peut être perdu.

Mais il est si peu vrai que la capacité constitue un droit acquis, qu'une loi nouvelle peut la faire perdre, par exemple en reculant l'époque de la majorité. Il faut donc accepter toutes les conséquences logiques du principe, et reconnaître que la personne qui change de nationalité a son état et sa capacité réglés à tous égards par sa nouvelle loi nationale (4).

Toutefois, on sait que le changement de nationalité n'opère que pour l'avenir : aussi faudra-t-il respecter tous les actes accomplis sous l'empire de l'ancienne loi nationale qui constituent des droits acquis. Ainsi, un Français âgé de 22 ans se fait naturaliser en Hollande où la majorité est fixée à 23 ans : quoique devenu inca-

(1) Trib. d'appel des Deux-Ponts, 12 juin 1870, J. C., 1874, p. 120. — V. Trib. Seine, 16 juil. 1886, J. C., 1886, p. 707. La loi d'introduction du Code civil allemand, art. 29, applique aux *heimathlosen* la loi de leur dernière patrie connue.

(2) *Contrà :* Proudhon, *Etat des personnes,* I, p. 190 (théorie de l'incolat aujourd'hui abandonnée).

(3) Paris, 4 août 1853, D. P., 55. 2. 315.

(4) *Contrà :* Loi d'introd. du Code civil allemand, art. 7, 2e al.

pable pour un an encore, l'ex-Français pourra se voir opposer la validité d'une vente qu'il aurait faite en France à 21 ans accomplis. S'il s'agissait d'un testament fait dans les mêmes conditions, et que le naturalisé mourût avant sa vingt-troisième année, il en serait différemment : la capacité de tester est exigée en effet au moment du décès, et la validité du testament ne constitue un droit acquis qu'à la mort du testateur : or, à ce moment, le testateur est incapable en vertu de la loi hollandaise qui règle son nouveau statut personnel.

Dans le cas où le changement de nationalité n'est opéré que pour modifier l'état et la capacité, il faudra appliquer ce qui a été dit ci-dessus à propos de l'expatriation frauduleuse.

SECTION II

DROIT POSITIF FRANÇAIS

228. Il y a lieu de distinguer la condition des Français à l'étranger et celle des étrangers en France; de constater les exceptions au principe général consacré par notre loi; de préciser la portée exacte de ce principe.

§ I. *Français à l'étranger.*

229. L'art. 3, alin. 3 C. civ. consacre le principe de la nationalité en ce qui concerne les Français qui se trouvent à l'étranger : leur état et leur capacité demeurent, en effet, toujours régis par la loi française.

Cet état et cette capacité ne sont pas d'ailleurs seulement réglés par les dispositions générales de la loi française, mais encore par les jugements particuliers qui ont pu les modifier, soit en matière civile, comme les jugements d'interdiction, soit en matière criminelle, comme les condamnations entraînant la dégradation civique et l'interdiction légale; sauf, bien entendu, à la loi étrangère à ne pas reconnaître les déchéances prononcées contre des Français quand elles sont contraires à ses dispositions d'ordre public, ce qui ne peut guère arriver depuis l'abolition de la mort civile en France.

On reconnaît cependant que les déchéances qui ont le caractère de mesures politiques ne sont pas applicables hors du pays où elles ont été établies; c'est ainsi que les émigrés, frappés de mort civile par les lois de la Révolution, n'ont pas été considérés comme

tels dans l'exercice de leurs droits à l'étranger. Il s'agit en effet, alors, de mesures de souveraineté qui ont pour but, non la fixation de la condition juridique des personnes, mais la sauvegarde d'un intérêt national ou gouvernemental : aussi ne peuvent-elles avoir d'effet que dans le pays où elles sont édictées. Pour la même raison, on n'admet pas en France les incapacités qui frappent les étrangers d'après la loi de leur pays pour des raisons purement politiques, par exemple celle de contracter mariage sans autorisation du souverain pour les membres de sa famille, l'interdiction, pour les mêmes personnes, de souscrire des lettres de change. C'est dans la même pensée qu'on a écarté en France les effets de l'interdiction prononcée contre le duc de Brunswick pour des considérations d'intérêt politique (1).

§ II. *Etrangers en France.*

230. L'art. 3, alin. 3 C. civ. ne parle, au point de vue de la fixation de l'état et de la capacité, que des Français à l'étranger; mais la logique commande que la solution indiquée dans ce cas soit adoptée lorsqu'il s'agit des étrangers en France. Les considérations développées plus haut et qui justifient l'application de la loi nationale dans le premier cas ont évidemment la même force dans le second. Cette réciprocité est aussi un moyen d'assurer, pour les Français à l'étranger, l'application de leur propre loi dans la fixation de leur statut personnel; car, sinon, les législateurs étrangers pourraient leur imposer la loi locale, comme on le ferait en France pour leurs nationaux. On fait remarquer encore l'antithèse qui existe entre les alinéas 1 et 2 d'une part, et l'alinéa 3 d'autre part, dans l'art. 3 : les deux premiers imposent certaines règles aux étrangers comme aux Français, tandis que le troisième n'applique notre code civil qu'aux Français pour régler l'état et la capacité. Enfin, les travaux préparatoires sont concluants. Le titre préliminaire contenait, dans sa rédaction primitive, une disposition ainsi conçue : « La loi oblige indistinctement » tous ceux qui habitent le territoire ». Mais, sur les observations de Tronchet et du Tribunal, on en vint à la rédaction actuelle de l'art. 3, *pour ne pas paraître imposer aux étrangers les règles tou-*

(1) Req., 26 janv. 1807, S., 7. 1. 123; Paris, 16 janv. 1836, S., 36. 2. 70. Affaire du prince de Salerne, Paris, 26 nov. 1850, S., 50. 2. 666; affaire Potocki, Trib. Seine, 7 mai 1873, J. C., 1875, p. 20.

chant au statut personnel (1). D'ailleurs, l'état et la capacité de l'étranger devront être appréciés non seulement d'après les dispositions générales de sa loi nationale, mais encore d'après les jugements qui les auront modifiés, comme pour les Français à l'étranger. Cependant les déchéances prononcées à titre de peine contre l'étranger ne devront pas être contraires à l'ordre public tel qu'il est entendu en France, par exemple elles ne devront pas aller jusqu'à la mort civile.

Pour l'aptitude à être commerçant et, quand on l'est, à faire certains actes, par exemple, pour un mineur habilité à faire le commerce, à disposer de ses immeubles, il faut suivre aussi la loi nationale. Les mesures de publicité organisées pour annoncer l'autorisation de faire le commerce conférée à des incapables devraient être réglées par la loi territoriale si elles avaient pour but de sauvegarder le crédit des tiers, car elles seraient alors d'ordre public. Mais elles tendent plutôt à favoriser les intérêts de l'incapable et à lui donner plus de crédit en levant les doutes que l'on pouvait avoir sur son aptitude à faire le commerce; il faut donc les considérer comme des mesures de protection établies pour lui et fixées par sa propre loi nationale.

L'application absolue de la loi nationale pour trancher les questions d'état et de capacité d'après notre droit positif français n'a guère été contestée. On a prétendu cependant que l'art. 3, alin. 3 C. civ. déclarant que la loi française doit être suivie pour régler l'état et la capacité du Français *résidant* à l'étranger, il faut conclure, par argument *à contrario*, que la loi étrangère s'appliquerait si le Français était *domicilié* hors de France : notre droit moderne consacrerait en un mot la théorie du domicile pour le statut personnel.

De l'avis de tout le monde, c'est attacher trop d'importance au mot *résider* qui a été employé sans idée préconçue, et simplement parce qu'on n'était pas encore fixé sur la théorie du domicile, notamment sur le point de savoir si un Français pourrait avoir un véritable domicile à l'étranger (2).

Quant à l'art. 13 C. civ. que l'on invoque dans le même sens, en disant que la jouissance des droits civils et, par conséquent, l'état et la capacité dépendent du domicile, il suffit de répondre

(1) Locré, *Législ.*, I, p. 380, n. 3; p. 399, n. 10; p. 563, n. 9; Fenet, VI, p. 355.

(2) Paris, 20 janv. 1873, D. P., 75. 2. 59; [Trib. civ. Tunis, 3e ch., 25 janv. 1906, J. C., 1908, p. 161; Trib. civ. Sousse, 25 juill. 1906, J. C., 1908, p. 162.]

qu'il n'a qu'un sens : c'est que l'étranger n'est *assimilé* au Français, *pour la jouissance des droits civils*, qu'après avoir reçu l'autorisation de fixer son domicile en France.

230 *bis*. Si l'étranger appartient à un pays qui n'a pas l'unité de législation, quelle loi lui appliquera-t-on : celle du lieu de sa patrie où il est domicilié, ou celle du lieu dont il est originaire? Quelques-uns préfèrent cette dernière, l'origine devant l'emporter sur le domicile pour fixer l'état et la capacité; d'autres tiennent pour la loi du domicile. Mais l'une et l'autre solution ne sont-elles pas également arbitraires? Il s'agit, en somme, d'appliquer à l'étranger sa loi nationale ; c'est donc à la loi de son pays que l'on devra s'en rapporter pour décider quelle est, parmi les législations de ce pays, celle qu'il faut suivre, celle du lieu d'origine ou celle du domicile. C'est ainsi que l'on appliquera à un Suisse la loi fédérale du 25 juin 1891, art. 28, d'après laquelle les Suisses à l'étranger, s'ils ne sont pas régis par la loi étrangère, le sont par celle du canton helvétiqne dont ils sont originaires (1). [Cette loi fédérale sera maintenue, même après le 1er janvier 1912, date de la mise en vigueur du Code civil suisse du 10 décembre 1907, sauf les modifications qui y sont apportées par l'art. 61 du titre final de ce code et dont aucune ne concerne l'art. 28 de la loi du 25 juin 1891.] Il va sans dire, d'ailleurs, que la loi nationale de l'étranger n'est suivie qu'en tant qu'elle indique une des législations en vigueur dans le pays même de l'étranger : si elle renvoyait à une loi étrangère, il n'y aurait plus lieu de se soumettre à sa disposition, sous peine d'accepter *la théorie du renvoi* que nous avons déjà écartée (V. 106, p. 329-353 et suiv.).

§ III. *Exceptions au principe.*

231. Un premier point hors de doute, c'est que l'étranger ne pourra jamais invoquer les dispositions de sa loi nationale pour faire régler son état et sa capacité, quand ces dispositions seront contraires aux principes d'ordre public admis dans le pays où il se trouve. Cette exception est fondée sur le respect de la souveraineté des Etats, sur le droit qu'ils ont de maintenir leur bonne organisation, telle qu'ils la comprennent, et de sauvegarder par là leur existence même (2). L'exception dont il s'agit est de nature

(1) *Hoc sensu*, Résolutions de l'Institut de Droit intern., Oxford, 1880, *Annuaire*, V, p. 56.

(2) Cass. req., 25 mai 1868, S., 68. 1. 355 ; Cass., 25 oct. 1892, S., 93. 1. 505.

à se présenter surtout pour le mariage et la filiation : prohibition de la polygamie, du mariage entre proches parents, de la recherche de la paternité naturelle, etc...

Cependant, les indigènes de certaines colonies françaises ont conservé leurs lois spéciales, dont ils peuvent invoquer l'application, quelque contraires qu'elles soient aux principes d'ordre public admis en France; par exemple en tant qu'elles consacrent la polygamie et la répudiation.

Cette situation particulière résulte, pour les Musulmans de l'Algérie, du Sénatus-consulte du 14 juillet 1865, art. 1 et 2 (1); pour les habitants de nos possessions de l'Inde, d'un arrêté local du 6 janvier 1819 et de l'ordonnance du 7 février 1842. Pour les indigènes de la Cochinchine française, la loi du 3 octobre 1883 a rendu applicables les titres : préliminaire, I et III du C. civ.; le décret de la même date a fixé les règles à suivre pour constituer leur état civil; en même temps, a été rédigé un précis de droit annamite à l'usage des magistrats français.

On sait du reste que les indigènes de ces diverses colonies, quoique sujets français, ne sont pas citoyens français; ils n'obtiennent cette dernière qualité avec les droits politiques et ne sont, par suite, soumis à la loi française pour leur statut personnel, qu'autant qu'ils se sont fait naturaliser dans les formes abrégées qui ont été déjà indiquées.

Toutefois, il est admis que les indigènes de nos possessions de l'Inde, quoique vivant sous l'empire de leur loi particulière, sont citoyens français, par conséquent électeurs et éligibles, au moins dans leur pays d'origine (2), aucune disposition légale ne leur

(1) V. aussi ordonnance du 26 sept. 1842. — Par le décret du 24 oct. 1870, les Israélites sont citoyens français et assujettis à la loi française. — Pour Taïti, V. déclaration du 29 juin 1880; pour le Sénégal, décret du 20 mai 1877; [pour Madagascar, V. art. 1er du décret du 3 mars 1909 (*J. off.* du 10 mars) qui fixe l'accession des indigènes de Madagascar aux droits de citoyen français et rappelle qu'avant cette accession l'indigène malgache, sujet français, « conserve le statut indigène et continue à être régi par les lois et coutumes malgaches sous les réserves et sauf les exceptions prévues par la législation en vigueur ». S'il veut devenir citoyen français, il doit, notamment, déclarer qu'il entend être régi par les lois civiles et politiques de la France (art. 2.). V. ci-dessus n. 142 *in fine*, p. 456.]

(2) Cass., 3 janv. 1888, *Le Droit*, 8 et 9 janv. 1888. Cependant l'Hindou qui renonce à son statut personnel conformément à ce qui sera dit ci-après est considéré comme citoyen français en tout pays (V. Béquet, *Rép. d'admin.*, v° *Colonies*, n. 870; Cass., 29 juil. 1889, *Le Droit*, 14 août).

ayant enlevé ces prérogatives, comme l'a fait le Sénatus-consulte du 14 juillet 1865 pour les Arabes (1). La naturalisation pour les Hindous n'aura qu'un effet : celui de les soumettre à la loi française pour leur statuts personnel, sans leur donner la qualité de citoyens français qu'ils possèdent déjà. De même, les indigènes du Sénégal sont citoyens, mais dans la colonie seulement (2).

Mais, pour tous les indigènes de nos colonies qui conservent l'application de leur loi particulière, cette application n'est considérée que comme une simple tolérance dont les intéressés peuvent ne pas profiter, en se soumettant spontanément à la législation française (3). Les formes et les effets de cette renonciation à leur loi personnelle et de l'adoption de la loi française ont été réglés pour les Hindous par le décret du 21 septembre 1881. En vertu de ce dernier décret, la soumission à la loi française est irrévocable et produit ses effets, non seulement pour l'Hindou qui la demande, mais encore pour sa femme et ses enfants mineurs. Elle s'opère par déclaration devant le juge de paix ou devant un notaire (art. 1er *in fine*, 4, 5, 7 et 8) (4). En dehors d'une réglementation formelle comme celle qui a été établie pour les Hindous, la renon-

(1) *J. off.*, 4 nov. 1881; Cass., 6 mars 1883, D., 83. 1. 308. — V. Décret du 10 sept. 1899, art. 4, § 3, réglant le droit électoral des indigènes.

(2) Cpr. Cass., 6 mars 1883, D., 83. 1. 308; 29 juil. 1889, J. C., 1889, p. 816; 18 juin 1890, et note de M. Chausse, *Rev. crit.*, 1890, p. 394.

(3) Cass., 16 juin 1852, S., 52. 1. 417; Cass., 5 avril 1876, D., 77. 1. 217. — V. art. 37, ordonn. du 26 sept. 1842; Alger, 15 avril 1862, S., 62. 2. 177. Cette tolérance est attachée à la nationalité et non à la religion : donc, le statut musulman en Algérie n'est pas applicable à un individu élevé dans la religion de l'Islam et qui n'est pas de race arabe, ni à un indigène qui embrasse cette religion. V. *Jurisprudence* dans J. C., 1899, p. 128. [Cpr. Larcher, *Des effets juridiques du changement de religion en Algérie*, J. C., 1908, p. 375-395 et p. 989-1001.]

(4) La Cour de cassation, par arrêt de renvoi du 17 juin 1885 (*Le Droit*, 19 juin 1885), a été saisie des deux questions suivantes : 1° Un Hindou renonce-t-il à son statut personnel en accomplissant, dans une colonie française, des actes dans la forme française? 2° Les Hindous peuvent-ils invoquer leur statut personnel spécial ailleurs que dans l'Inde? — Il nous semble que, sur la première question, il n'y a pas à hésiter; un Hindou ne pouvant accomplir un acte dans une colonie française autrement qu'en observant les formalités prescrites par la loi française, ne peut être réputé avoir renoncé implicitement à son statut personnel en observant les conditions de forme indiquées par cette loi. Sur la seconde question, il suffit de remarquer que le trait caractéristique du statut personnel est d'être en tout pays régi par la même loi : on ne conçoit pas un statut personnel territorial. Mais, par un arrêt du 24 juil. 1888 (D. P., 89. 1. 417), la Cour de cassation a consacré des solutions contraires. [Cpr. Cass. civ., 30 juil. 1906, J. C., 1907, p. 403, et Cass. req., 19 mars 1907, J. C., 1907, p. 1099, ci-dessous mentionnés et appréciés, n. 20 *in fine*, p. 72, note 2.]

ciation au statut personnel peut être faite expressément ou tacitement; par exemple elle résulte, pour les Arabes d'Algérie, du fait d'accomplir un acte devant un officier public au lieu de s'adresser au magistrat arabe (1).

232. On a essayé d'apporter une autre exception au principe général d'après lequel l'état et la capacité des personnes sont réglés par leur loi nationale. Ce principe, a-t-on dit, ne s'applique plus lorsqu'il peut en résulter un préjudice pour les nationaux : ainsi, un Français, contractant avec un étranger incapable d'après la loi de son pays, mais capable d'après la loi française, ne peut pas se voir opposer l'incapacité de cet étranger lorsqu'il a intérêt au maintien de la convention (2).

D'autres, tout en acceptant la même idée, y apportent cependant un tempérament : le Français ne pourra se prévaloir de la validité du contrat, en prétendant que l'étranger, incapable d'après sa loi nationale, est au moins capable d'après la loi française, que si l'erreur qu'il a commise sur la véritable condition juridique de cet étranger est excusable : c'est ce qui aura lieu, par exemple, si l'étranger est établi en France depuis longtemps, s'il y a un établissement de commerce, ou quand on lui fait des fournitures pour son entretien personnel sans qu'on ait le temps de s'enquérir de sa capacité (3).

Les arguments produits à l'appui de ces deux opinions, qui ne sont que les nuances d'un même système, sont d'ailleurs à peu près les mêmes et peuvent être réfutés cumulativement.

On dit que, le Code civil n'ayant pas indiqué formellement la loi applicable pour régler l'état et la capacité des étrangers, comme il l'a fait pour les Français dans l'art. 3, alin. 3, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour donner la solution la plus conforme aux intérêts français. On dit encore que la concession gracieuse faite par le législateur français en acceptant sur son territoire l'application de la loi étrangère, a sa limite dans l'intérêt même des nationaux qu'il faut sauvegarder toutes les fois qu'ils sont excusables de s'être mépris sur la capacité de l'étranger. Mais ces

(1) Alger, 9 avril 1894, J. C., 1895, p. 1078. — V. Décrets 29 août 1874 et 10 sept. 1886 pour l'Algérie.

(2) Paris, 15 oct. 1834, S., 34. 2. 657.

(3) Cass., 16 janv. 1861, S., 61. 1. 305; Paris, 8 fév. 1883, D. P., 84. 2. 24; Paris, 20 mars 1890, *Rev. prat. de dr. int. privé,* 1890-1891, I, p. 126, et D. P., 92. 2. 79; Trib. Seine, 1er juil. 1886, J. C., 1887, p. 178; Paris, 16 nov. 1898, J. C., 1899, p. 364; [Cass. civ., 29 juil. 1901, J. C., 1901, p. 971].

considérations nous ramènent à la théorie de la *Comitas* qui a été déjà réfutée, et conduisent à donner aux juges un pouvoir discrétionnaire qui leur permettrait de faire la loi, alors qu'ils ne doivent que l'interpréter.

D'autre part, il suffit de faire remarquer que l'on se trouve fatalement placé en présence du dilemne suivant : ou bien notre code consacre implicitement, dans l'art. 3, alin. 3, l'application de la loi nationale des étrangers pour régler leur état et leur capacité, et alors cette loi doit toujours être suivie ; ou bien notre législateur a écarté la loi étrangère et, dans ce cas, il faut toujours s'en tenir au Code civil français : en toute hypothèse, la distinction admise, suivant que l'intérêt français est ou non lésé, est arbitraire, puisque aucun texte ne la justifie ; elle est, par suite, inacceptable.

En vain allègue-t-on la dureté et même l'iniquité qu'il y aurait à rendre un Français responsable de l'incapacité de l'étranger avec lequel il contracte, alors qu'il lui est impossible de connaître les dispositions de la loi étrangère et surtout les jugements qui ont modifié la condition de l'étranger. N'est-ce pas là en effet l'application du droit commun, d'après lequel chacun doit s'enquérir de la capacité de celui avec lequel il contracte et assumer la responsabilité de l'insuffisance de ses recherches à cet égard? « *Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus* ». (L. 19 pr., *De regulis juris*, Dig., L, 17). Les anciens jurisconsultes, depuis les postglossateurs italiens jusqu'à Rodenburg et Bouhier, appliquaient la loi du domicile pour régler le statut personnel, sans se préoccuper de l'intérêt des indigènes. Au surplus, il serait assez étrange de restreindre le bénéfice de la loi nationale, pour les personnes dont l'incapacité est établie en général dans leur propre intérêt, en se préoccupant de l'intérêt des individus qui traitent avec elles et que leur capacité place en dehors de la protection légale.

Dans les rapports entre Français, l'art. 1307 C. civ. décide même que le mineur peut demander la nullité des actes juridiques qu'il a accomplis, bien qu'il se soit faussement déclaré majeur : l'autre partie aurait dû contrôler l'exactitude de son affirmation.

En imposant d'ailleurs au juge l'examen du point de savoir si le Français a connu la véritable condition de l'étranger d'après sa loi nationale, on le contraint à des recherches toujours fort délicates et, la plupart du temps, impossibles. Enfin, le système proposé, s'il était appliqué d'une façon générale et constante en France, conduirait les autres nations à procéder de même pour-

les Français qui résideraient sur le territoire ; ainsi se trouverait paralysée dans son effet à l'étranger la disposition de l'art. 3, alin. 3 C. civ. qui fait dépendre de la loi française l'état de la capacité de nos nationaux en quelque pays qu'ils se trouvent.

Comme conclusion, il faut décider que le statut personnel des étrangers est fixé par leur loi nationale, excepté quand l'ordre public s'y oppose, dussent des Français souffrir de l'incapacité de l'étranger qu'ils ont ignorée (1). Il n'y aurait lieu de refuser à l'étranger le droit d'invoquer son incapacité d'après la loi de son pays que s'il avait employé des manœuvres frauduleuses pour tromper sur sa condition juridique : car la sanction des délits et quasi-délits est d'ordre public, ainsi qu'on le verra plus loin, et dépend, par suite, de la loi territoriale (1310 C. civ.) (2). Ainsi, tout en reconnaissant l'incapacité d'un étranger conformément à sa loi nationale, les tribunaux français peuvent déclarer qu'il est tenu à restitution comme ne devant pas s'enrichir aux dépens d'autrui, sans avoir à rechercher si cette restitution peut être imposée d'après la loi étrangère : il s'agit, en pareil cas, d'un principe d'équité qui est d'ordre public (art. 1312 C. civ.) (3).

S'il y a conflit de lois quant à l'attribution de la nationalité et que celle de la France soit en cause, c'est le statut personnel français qui sera appliqué, notre loi étant souveraine pour décider quels sont ceux qu'elle regarde comme ses nationaux. Si le conflit se produit, positif ou négatif, entre deux nationalités étrangères ou si la nationalité est inconnue, on applique la loi du domicile pour régler l'état et la capacité (4).

§ IV. *Portée du principe.*

233. Si l'état ou la capacité sont en tous pays régis par une loi unique, qui est aujourd'hui la loi nationale, les effets de cette

(1) [Donnedieu de Vabres, *L'évolut. de la jurispr. fr. en matière de conflits des lois,* 1905, p. 526-529, p. 540-541, p. 546 et p. 549-553; Weiss, *Man. de dr. int. pr.*, 6e édit., 1909, p. 391-398; *Contrà :* Lyon, 1re ch., 30 avril 1907, J. C., 1908, p. 146.]

(2) Trib. de la Seine, 2 juil. 1878, J. C., 1878, p. 502.

(3) Cass., 23 fév. 1891, *Rev. pratiq. du droit int. privé,* 1890-1891, I, p. 375.

(4) Résolution de l'Institut, Oxford, *Annuaire,* V, p. 45. — Trib. Seine, 23 fév. 1883, J. C., 1883, p. 188; *id.*, 16 juil. 1886, *ibid.*, 1886, p. 707. [L'art. 61 du titre final du code civil suisse du 10 décembre 1907 a complété ainsi l'art. 7 *a* de la loi du 25 juin 1891, à compter du 1er janvier 1912 : « Les personnes dont la nationalité ni le domicile ne peuvent être établis sont régies par le droit civil suisse. »]

loi se font-ils partout sentir au point de vue de l'aptitude à accomplir les actes juridiques?

On se rappelle que, sur ce point, les réalistes, tout en reconnaissant que l'état et la capacité dépendaient toujours de la coutume du domicile, exigeaient que l'on se conformât aux dispositions de la loi locale pour déterminer l'aptitude à faire un acte juridique. Ainsi la personne majeure d'après la loi de son domicile devait bien être considérée partout comme telle, mais elle n'aurait pu aliéner un immeuble situé dans le ressort d'une coutume d'après laquelle elle n'aurait pas encore atteint la majorité. Cette idée de d'Argentré et de ses disciples a été encore défendue dans les temps modernes.

Mais elle est très généralement rejetée; comme le dit en effet de Savigny, le droit n'est pas une abstraction, il faut toujours l'envisager dans ses conséquences pratiques, et, si le statut personnel est partout apprécié d'après une loi unique, ce n'est pas pour qu'il constitue une sorte de qualification juridique invariable de l'individu, mais bien pour qu'il produise partout les mêmes effets. C'est en ce sens que l'art. 3, alin. 3 C. civ. tranche la question, car il fait régir par la loi nationale non seulement l'état, mais encore la capacité, c'est-à-dire l'aptitude à accomplir les actes juridiques.

Les incapacités ou capacités spéciales dépendent-elles, comme celles qui ont un caractère général, de la loi nationale des parties? Par exemple, suivra-t-on cette loi pour décider si un mineur peut disposer d'une partie de ses biens par testament ou si une femme, d'ailleurs capable, ne peut pas se porter caution en vertu du Sénatus-consulte Velléien, aussi bien que pour savoir si une personne est majeure ou mineure?

Nos anciens jurisconsultes, en assez grand nombre, n'admettaient l'application générale de la loi du domicile que pour les règles de droit touchant à l'ensemble de la condition juridique des individus; quant aux capacités et incapacités spéciales, disaient-ils, elles constituent de véritables exceptions au statut personnel général; il faut donc, en ce qui les concerne, revenir à l'application de la loi territoriale, conformément au droit commun : l'exception à l'adage « *Toutes coutumes sont réelles* » n'ayant été établie que pour le statut personnel, on retombe sous l'empire du principe ordinaire toutes les fois que l'on n'est pas dans le domaine de l'exception qui est de droit étroit. La même manière de voir a été encore défendue par des auteurs récents.

Le point de départ de ce système est faux, car il n'est pas vrai de dire que les lois sont en principe territoriales et exceptionnellement personnelles ; c'est au contraire ce dernier caractère qui leur appartient en général et la loi locale ne s'impose que pour les questions d'ordre public : c'est un point qui a été déjà démontré. D'autre part, les capacités et incapacités spéciales sont, comme celles qui ont un caractère général, des éléments de la condition juridique des personnes, et les raisons qui ont fait régir les secondes par la loi nationale ont une égale force pour faire adopter la même solution en ce qui concerne les premières. C'est ce qu'avaient fini par admettre la plupart des anciens jurisconsultes au XVIII^e siècle.

Quant à notre code civil, il n'établit aucune distinction et déclare toujours régis par la loi nationale l'état et la capacité (art. 3, alin. 3).

SECTION III

LÉGISLATION COMPARÉE

234. Un grand nombre de législations, encore dominées par les anciennes idées, font dépendre l'état et la capacité de la loi du domicile. Le code civil d'Autriche de 1811 déclare les Autrichiens régis, à l'étranger, par leur loi nationale, pour leur statut personnel (§ 4) : quant aux étrangers établis en Autriche, ils sont soumis, à ce point de vue, à la loi de leur domicile (§ 34). Certains auteurs estiment cependant que les étrangers peuvent invoquer en Autriche l'application de leur loi nationale, comme les Autrichiens peuvent le faire à l'étranger (1).

La loi du domicile est encore admise en Danemark et dans le code, cependant récent, de la République-Argentine (art. 6 et 7, code du 29 septembre 1869). Le Congrès de Montevido entre plusieurs Etats de l'Amérique latine a consacré la même règle en 1889. Mais c'est surtout en Angleterre et aux Etats-Unis qu'elle se manifeste avec un caractère particulier. Les Anglais n'ont pas eu à s'occuper des conflits de lois dans l'intérieur de leur territoire, grâce à l'uniformité de leur droit commun qui a passé depuis aux Etats-Unis. Quant aux conflits de leur droit avec celui des pays étrangers, il semble qu'on ne s'en soit occupé judiciairement, pour la première fois, qu'au sujet d'une difficulté soulevée en

(1) Stoerk, J. C., 1880, p. 329. — *Contrà :* Cour suprême de Vienne, 18 février 1900, J. C., 1901, p. 164.

1753 (1). Depuis lors, la jurisprudence, assez confuse, a été résumée dans son ensemble par l'Américain Story, en 1834. Pour cet auteur, il faudrait s'en tenir à deux principes : 1° quand une personne fait un acte juridique au lieu où elle a son domicile, l'acte est valable partout, si cette personne a satisfait aux conditions de capacité prescrites par la loi de son domicile; 2° si l'acte est fait hors du lieu où son auteur a son domicile, il n'est valable que si celui-ci est capable d'après la loi du lieu où l'acte est accompli. Mais cet essai de synthèse de la jurisprudence anglo-américaine, et ceux qu'ont tentés depuis d'éminents jurisconsultes de l'Angleterre et des Etats-Unis, sont fort sujets à caution et ne paraissent rien moins qu'établis sûrement, comme l'avouent les plus récents et les plus autorisés parmi ces publicistes. Dès le début, en effet, la jurisprudence anglo-saxonne s'affranchit de toute influence de l'école italienne ou française et, conformément à la doctrine hollandaise du XVII^e^ siècle, se prononce pour la territorialité absolue des lois, mitigée suivant les circonstances par la *Comitas gentium* qu'elle appelle *Comity*. L'acceptation de la loi étrangère n'est jamais admise par elle pour des considérations de raison ou de justice, mais uniquement à titre accidentel et dans le cas où l'intérêt national la commande. De là l'impossibilité d'établir une règle générale, même pour le règlement du statut personnel, bien que, d'une façon générale, les tribunaux anglo-américains aient une tendance à appliquer, en cette matière, la loi du domicile.

[Malgré la *common law*, qui est la base de leur droit civil, de grandes diversités existent dans le droit privé des Etats de l'Union américaine comme dans le droit anglais, écossais et irlandais (2).]

Au fond, ces tribunaux nient plutôt la notion du statut personnel sous la forme d'une loi unique suivant l'individu en tout pays, pour s'en tenir, même pour les questions de capacité, à la loi territoriale, celle du lieu où l'acte est accompli. Mais cette règle elle-même subit des exceptions multiples et contradictoires, toutes provoquées par la préoccupation de la courtoisie internationale intéressée, exceptions qui se révèlent par l'application de la loi étrangère qui est la loi du domicile de l'auteur de l'acte. Il faut voir dans une pareille doctrine, si l'on peut donner ce nom à une jurisprudence aussi vague et aussi contingente, la persévérance de la

(1) Lawrence sur Wheaton, III, p. 61.

(2) [Lehr, *Etudes sur le droit civil des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, 1906; *Eléments de droit civil anglais*, 2e éd. par J. Dumas, 2 vol. in-8, 1906.]

tradition féodale qui domine encore le droit commun britannique et qui, de l'aveu de ses interprètes les plus importants, fait maintenir encore la règle de la territorialité absolue des lois, sauf de rares dérogations inspirées par les circonstances. D'ailleurs, ne se piquant d'aucune logique, les Anglo-Américains, tout en écartant souvent la loi du domicile pour le statut personnel des étrangers chez eux, exigent l'observation de la loi du domicile pour les personnes qui, domiciliées en Angleterre ou aux Etats-Unis, font un acte en pays étranger : telle est notamment la règle imposée en matière de capacité matrimoniale.

Il est, dans tous les cas, deux points au sujet desquels le statut personnel régi par une loi unique est formellement renié par la jurisprudence anglo-saxonne : 1° quand il s'agit d'actes relatifs à la disposition entre-vifs ou testamentaire d'immeubles situés en Angleterre et aux Etats-Unis, la capacité est exclusivement réglée par la loi du pays où les immeubles sont situés; 2° jamais on n'admet une règle concernant le statut personnel indiquée par la loi du domicile et qui est inconnue dans le droit britannique; ainsi un Français prodigue ne peut avoir sa capacité restreinte en Angleterre en vertu du jugement qui l'a pourvu d'un conseil judiciaire en France, parce que la loi de la Grande-Bretagne ne connaît pas de mesure semblable (1).

235. C'est la loi nationale qui l'emporte dans plusieurs Etats, égaux à peu près en nombre à ceux qui consacrent l'application de la loi du domicile. Citons spécialement les pays suivants : Belgique (art. 3 C. Napoléon, précisé dans le projet de révision préparé par M. Laurent); code du Congo, art. 2; Portugal; Saxe (code, art. 7, 13, 15, 16); Italie (code de 1866, art. 6); Pays-Bas (code, art. 6); Russie, sauf dans les provinces baltiques où l'on s'en tient encore à la territorialité des lois (*R. D. I.*, VII, p. 401); Espagne (code de 1869, art. 9 et J. C., 1882, p. 405).

Il est à noter d'ailleurs que, dans plusieurs pays, la législation, à l'effet de sauvegarder les intérêts des nationaux traitant avec des étrangers, décide que la capacité de ces derniers sera toujours appréciée dans le sens le plus favorable à la validité de l'acte, de telle sorte que l'étranger, incapable d'après sa loi nationale, peut être considéré comme capable, s'il satisfait aux conditions de

(1) V. Dicey, trad. Stocquart, code de la jurisprudence anglaise, *op. cit.*, I, p. 3-35; Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, *præs.* §§ 156-179, p. 202-218; Story, *op. cit.*, § 499; [Wharton, *Conflict of laws*, §§ 273-296;] A. Lainé, J. C., 1890, p. 401 et suiv.; [Lainé, J. C., 1908, p. 678-680.]

capacité exigées par la loi de ces pays. C'est, on le voit, le même système que celui qui est consacré par notre jurisprudence et que nous avons déjà réfuté. Cette règle se trouve dans la loi fédérale suisse sur la capacité civile du 22 juin 1881, art. 10 et dans le code fédéral des obligations, art. 822 (*Ann. législ. étrang.*, 1882, p. 520); dans le code civil grec, art. 4 (*Rev. prat.*, 1876, p. 431); dans celui de la République Argentine (*R. D. I.*, 1873, p. 591); dans les codes autrichiens §§ 35 et 36 et prussien, § 35; dans le code de Proc. civile d'Allemagne, art. 53; dans la loi allemande sur le change, art. 84; dans le code saxon, art. 7 et 8; dans le code civil allemand, loi d'introduction, art. 7, al. 3.

236. Un rapide coup d'œil sur les transformations législatives récentes des différents pays permet de constater que, si le principe de la loi nationale a gagné du terrain, celui de la loi du domicile a fait aussi des progrès marqués. Le premier est consacré par l'art. 7 de la loi d'introduction du nouveau code général de l'Allemagne qui était jusque là attachée, sauf la Saxe, à la loi du domicile (v. notamment code prussien de 1794, §§ 28 et 33) (1). Pour la capacité matrimoniale, l'art. 13 de la loi d'introduction du code civil allemand et la loi hongroise XXXI de 1894 appliquent aussi la loi nationale. Mais la loi du domicile a prévalu dans les rapports des Etats de l'Amérique latine qui ont participé au Congrès de Montevideo de 1888-1889 (2), et elle a été consacrée pour nombre de questions touchant le statut personnel, dans les rapports intercantonaux et même internationaux de la Suisse, par la loi du 22 juin 1881, art. 10, qui règle l'état et la capacité des étrangers d'après leur loi nationale (3).

[L'art. 62 du titre final du code civil suisse du 10 décembre 1907 abroge expressément la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile, « à partir de l'entrée en vigueur du présent code », c'est-à-dire du 1er janvier 1912 et maintient l'art. 822 du code fédéral suisse des obligations du 14 juin 1882, avec la plupart des autres articles de ce code. L'art. 61 du même titre final a complété ainsi l'art. 7 *b* de la loi fédérale du 25 juin 1891 : « Les

(1) Stoerk, *Condition légale des étrangers en Prusse*, J. C., 1883, p. 6.

(2) V. Pradier-Fodéré, *R. D. I.*, 1889.

(3) *Ann. lég. étrang.*, 1892, p. 664; A. Lainé, *Bull. de la Société de législ. comp.*, 1894, p. 209 et suiv. — [Nous rappelons que l'art. 61 du titre final du code civil suisse de 1907 a complété, comme il est dit au texte (p. 698-699), l'art. 7 *b* de la loi du 25 juin 1891 et que l'art. 62 du même titre a abrogé la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile.]

étrangers qui ne possèdent pas l'exercice des droits civils et qui font des actes juridiques en Suisse ne peuvent y exciper de leur extranéité si, aux termes de la loi suisse, ils étaient capables à l'époque où ils se sont obligés. Cette règle ne s'étend pas aux actes rentrant dans le droit de famille et de succession ni aux actes de disposition sur un immeuble situé à l'étranger. »]

Ces nouvelles tendances législatives trouvent un appui dans une partie de la doctrine contemporaine qui émet des doutes sur la valeur et sur l'avenir du criterium de la nationalité pour fixer la loi applicable au statut personnel (1). On objecte surtout que les rapports internationaux deviennent de plus en plus fréquents, par suite des affaires conclues avec des étrangers tous les jours plus nombreux qui se fixent dans les divers pays, et qu'il faut avoir le souci de ne pas favoriser les surprises en permettant à ces derniers de se prévaloir de leur loi nationale quand on a compté sur l'application de la loi du pays où ils sont établis. On dit encore que, contrairement à ce qui est affirmé dans la théorie de la loi nationale, il est de moins en moins vrai que les lois soient faites dans chaque pays eu égard à la condition particulière des nationaux, ce qui justifierait l'application de la loi nationale en tout pays. On voit, en effet, nombre d'Etats recevoir de l'étranger une législation civile qui ne correspond nullement à leur condition particulière; c'est ainsi que le Code Napoléon a été importé dans des régions fort disparates, telles que Haïti et la Pologne. Enfin, on fait ressortir que les influences locales sont loin d'avoir l'action prépondérante qu'on leur attribue : par exemple, l'âge matrimonial est souvent plus reculé dans des pays chauds que dans des Etats septentrionaux; il est de 18 et 15 ans en France et en Italie, de 14 et 12 ans en Angleterre.

Toutes ces objections et d'autres encore que l'on pourrait produire ne sont pas sans portée; il est vrai que le criterium de la nationalité a ses imperfections et qu'il manque dans bien des cas de la justification rationnelle sur laquelle on le fait reposer : ainsi le caractère personnel de la loi nationale fondé sur ce que, dans chaque pays, les lois sont faites eu égard à la condition particulière des nationaux, ne se comprend guère quand il s'agit d'individus récemment naturalisés, et peut-être à un âge avancé, alors qu'ils ont subi toute l'influence des conditions de fait dans lesquelles les avait placés leur origine nationale.

(1) V. Jitta, *Méthode du Droit intern. privé;* Rogain, *Conflit des lois suisses;* Chausse, *Du rôle international du domicile,* J. C., 1897, p. 5.

Mais il n'en est pas moins certain que la nationalité, dans la plupart des cas, explique et justifie l'application de la loi du pays auquel on appartient, et que surtout elle constitue un criterium plus stable que le domicile, en même temps que plus sûr, principalement aujourd'hui que les déplacements de domicile d'un pays dans un autre sont plus fréquents et donnent lieu à de plus grandes difficultés de fait pour savoir où se trouve exactement le principal établissement d'une personne (1).

SECTION IV

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

237. L'état des personnes se constatant sur bien des points, et les plus importants, par les actes de l'état civil, il y aura souvent lieu, au point de vue international, de rechercher quelle est l'autorité en France de ces actes rédigés à l'étranger, soit pour des Français, soit pour des étrangers. Dans la présente section il sera plus spécialement traité des actes de naissance et de décès, les actes de mariage devant être étudiés quand il sera question du mariage en Droit international privé.

§ I. *Autorité des actes de l'état civil rédigés en pays étranger.*

238. Si les actes ont été rédigés par les consuls, pour le compte de leurs nationaux, leur autorité est incontestable, et il suffit, pour ce premier cas, de se référer à ce qui a été déjà dit à propos de la règle *Locus regit actum*.

Si ces actes ont été rédigés par des officiers publics étrangers dans les formes indiquées par la loi locale, il y aura lieu d'appliquer la règle *Locus regit actum*, avec les conséquences logiques qui en découlent. Notamment :

1° Ces actes pourront être produits en France, quelque différentes que soient de celles que prescrit la loi française les conditions de forme exigées par la loi étrangère; ainsi, d'après la loi locale, un acte de baptême peut tenir lieu d'un acte de naissance (2);

2° Pour les délais dans lesquels la rédaction de ces actes doit

(1) [Cpr. Pillet, *Principes*, 1903, n. 143-145, p. 303-311.]
(2) Pau, 19 février 1873, S., 73, 2. 85; Paris, 2 août 1876, S., 79. 2. 250.

avoir lieu, on suivra encore la loi locale ; par exemple, en Angleterre, la déclaration de naissance doit être faite dans les 40 jours, tandis qu'en France on ne doit pas attendre plus de 3 jours (1);

3° Comme il s'agit d'un acte authentique, il faudra nécessairement suivre la loi étrangère pour les conditions de forme, à moins que l'on ne s'adresse au consul : outre, en effet, que l'officier public étranger se conformera toujours à sa propre loi, l'art. 47 C. civ. décide que l'acte sera valable en France *s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le pays étranger ;*

4° La règle *Locus regit actum* étant observée, l'acte de l'état civil sera ou ne sera pas cru jusqu'à inscription de faux, sera même ou ne sera pas susceptible d'être combattu par une preuve contraire, suivant ce que décidera sur ce point la loi étrangère : c'est à elle en effet qu'il appartient de déterminer la confiance que méritent les officiers publics qu'elle a créés et dont elle a réglementé les fonctions (2).

Les actes de l'état civil dressés par des officiers publics étrangers pour des Français peuvent être rectifiés par les tribunaux français, qu'ils aient été ou non transcrits sur les registres de l'état civil en France (3).

Il peut se faire que l'on ne puisse pas présenter les actes de l'état civil, soit parce qu'il n'ont jamais été rédigés, soit parce qu'ils ont été détruits par cas fortuit. En pareille circonstance, l'art. 46 C. civ. autorise l'emploi de la preuve par titres ou par témoins. Mais si le décès, la naissance ou le mariage que l'on veut prouver ont eu lieu en pays étranger, quelle loi suivra-t-on pour déterminer les modes de preuve pouvant remplacer les actes de l'état civil qui font défaut ?

Les uns s'attachent à la loi du tribunal saisi de la question ; mais l'application de la *lex fori* paraît peu justifiée ici, car cette loi ne règle que la procédure et il s'agit de déterminer les preuves admissibles.

Dans la pratique, on se réfère à la loi nationale de la personne que concerne le fait pour lequel on ne peut présenter d'acte de l'état civil : on donne pour raison qu'il s'agit ici d'une question ayant un lien intime avec le statut personnel et, de plus, que

(1) Cass., 8 déc. 1851, S., 52. 1. 161.

(2) Cass., 14 déc. 1880, J. C., 1882, p. 85.

(3) Bressolles, S., 1874. 2. 57 ; Paris, 4 février 1892, D. P., 92. 2. 537 ; Chausse, *Revue critique,* 1893, p. 490. — Cpr. Toulouse, 26 avril 1893, J. C., 1893, p. 816.

c'était l'opinion suivie dans l'ancien droit (1). Cette manière de voir conduit aux conséquences suivantes :

1° Un Français voulant prouver son mariage ou sa naissance survenus en pays étranger devra, avant d'être admis à produire des titres et des témoins, établir, conformément à l'art. 46 C. civ., qu'il ne peut présenter d'acte de l'état civil, parce qu'il n'a pas été rédigé ou qu'il a été détruit par cas fortuit; cette obligation lui est imposée, la loi étrangère admettrait-elle *de plano* et sans cette démonstration préalable la production des preuves pouvant remplacer les actes de l'état civil (2) ;

2° S'il s'agit d'un étranger, on suit la loi de son pays; sauf à rejeter les preuves qui ne se concilient pas avec notre ordre public, par exemple les témoignages pour prouver une filiation paternelle naturelle;

3° Les juges auront un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les preuves produites par un Français afin de remplacer son acte de l'état civil (art. 46 C. civ.); s'il s'agit d'un étranger, leur pouvoir d'appréciation sera fixé par la loi nationale de ce dernier.

Mais la meilleure solution consiste à suivre toujours, pour déterminer les preuves pouvant remplacer les actes de l'état civil, la loi du pays où s'est passé le fait que l'on veut établir. C'est, en effet, en considérant la loi du pays où ils résident, que les individus prennent leurs précautions pour prouver les actes qu'ils accomplissent ou les faits qu'ils ont intérêt à constater; leur imposer l'observation d'une autre loi, c'est bien souvent les priver de toutes preuves, parce qu'ils n'ont à leur disposition que celles qui sont organisées par la loi du pays où ils se trouvent : il suffit, pour s'en convaincre, de supposer un individu se mariant dans un pays dont la loi n'exige pas d'acte de l'état civil et qui, d'après sa loi nationale, ne peut produire d'autre preuve de son mariage qu'un acte de l'état civil (3).

§ II. *Transmission des actes de l'état civil.*

239. Les actes de l'état civil rédigés en pays étranger peuvent intéresser des Français ou des étrangers.

A. S'ils intéressent des étrangers, ceux-ci ne peuvent les produire en France qu'après les avoir fait légaliser par le consul fran-

(1) Bouhier, *loc. cit.*, II, ch. XXI, n. 205, p. 404.
(2) Cass., 9 juillet 1873, S., 73. 1. 405.; Bordeaux, 26 mars 1878, S., 78. 2. 204.
(3) Trib. Seine, 15 mars 1883, *Le Droit*, 9 avril 1883.

çais du lieu où les actes ont été rédigés; il faut, de plus, que la signature du consul soit légalisée au Ministère des affaires étrangères (1). Cette légalisation n'est d'ailleurs qu'une garantie de l'authenticité de l'acte et n'a pas d'influence sur la validité. En vertu d'une déclaration, intervenue le 18 octobre 1879 entre la France et la Belgique, toutes les pièces exigées pour le mariage des Français en Belgique, ou réciproquement, sont acceptées moyennant une simple légalisation donnée par le président du tribunal ou du juge de paix, ou enfin son suppléant (2). Une convention semblable a été conclue, mais pour tous les actes de l'état civil sans distinction, entre la France et l'Allemagne, en ce qui concerne l'Alsace-Lorraine (14 juin 1872).

B. Si les actes de l'état civil intéressent des Français, les formalités exigées sont les mêmes que dans le cas précédent. Mais il arrive souvent que les Français, nés ou mariés à l'étranger, se refusent à produire leurs actes de l'état civil, à cause de l'intérêt qu'ils peuvent avoir à dissimuler leur condition juridique; on a même vu, surtout depuis la loi sur le recrutement du 27 juillet 1872, des femmes habitant les communes voisines de la frontière aller accoucher dans l'Etat limitrophe pour empêcher l'inscription de leur fils sur les listes de la conscription. Pour éviter ces abus, il a été convenu avec certains Etats que chacun des deux pays contractants transmettait à l'autre, par la voie diplomatique et tous les six mois, les actes de l'état civil rédigés sur son territoire pour les nationaux de cet autre pays (3).

(1) Ordonn. 25 oct. 1833, art. 6 et suiv.; Circ. min. 19 mai 1880, J. C., 1881, p. 563.

(2) J. C., 1879, p. 591. V. Arrangement entre la France et la Belgique du 12 déc. 1888 pour le mariage des indigents. V. Convention semblable avec le Luxembourg, 24 déc. 1867.

(3) Italie, 13 janv. 1875; Luxembourg, 14 juin 1875; Belgique, 25 août 1876; Chili, 24 août 1899; Monaco, 24 mai 1881; Autriche, 29 août 1902; [Norvège, 21 déc. 1906, J. C., 1907, p. 558; circulaire du 4 août 1906 concernant l'état civil du Français résidant à l'étranger, J. C., 1907, p. 861; circulaire de la même date relative à l'application de la convention de La Haye du 12 juin 1902 aux actes de mariage, J. C., 1907, p. 860; circulaire du 18 avril 1907 relative aux expéditions d'actes de naissance destinées aux gouvernements étrangers ou aux ambassades ou légations étrangères, J. C., 1907, p. 1257;] Déclaration avec l'Allemagne du 4 nov. 1872, concernant l'exemption des droits de timbre pour tous les actes de l'état civil. V. Rouard de Card, *Echange des actes de l'état civil entre nations par la voie diplomatique*, 1879; [Weiss, *Man. de droit int. privé*, 6e édit., 1909, p. 428-430.] Dans ces conventions, les puissances contractantes s'engagent à se communiquer réciproquement, à des époques déterminées, tous les trois ou tous

Dans les conventions consulaires, il est souvent stipulé aussi, afin que chaque Etat soit informé du décès de ses nationaux survenu en pays étranger, que les autorités locales doivent prévenir le consul quand un de ses nationaux vient à mourir; de même, s'il est le premier informé, le consul doit aviser les autorités locales (').

CHAPITRE II

DE L'ABSENCE

240. Au point de vue juridique, l'absence est caractérisée par l'incertitude sur la vie d'une personne. Dès qu'il y a des doutes sur le point de savoir si un individu est vivant ou décédé, presque toutes les législations modernes se préoccupent de pourvoir à un triple intérêt : celui de l'absent dont le patrimoine est abandonné; celui des tiers, par exemple des enfants mineurs de l'absent qui sont sans protection, des créanciers et des héritiers qui ont des droits à faire valoir sur les biens de l'individu disparu; enfin celui de la société elle-même qui pourrait souffrir de la perte ou de la dépréciation de biens formant un élément de la richesse publique.

les six mois, et sans frais, les actes de naissance, de mariage et de décès qui concernent leurs ressortissants respectifs. En général, on se borne à stipuler la transmission réciproque des actes de naissance, de mariage et de décès. Cependant, l'art. 3 du traité franco-belge du 25 août 1876 oblige « les officiers de l'état civil en France et en Belgique à se donner mutuellement avis par la voie diplomatique des reconnaissances et légitimations d'enfants naturels inscrites dans les actes de mariage ». Et par l'art. 1er de la convention franco-norvégienne du 21 déc. 1906, les deux gouvernements s'engagent à se remettre réciproquement et sans frais, des expéditions, dans la mesure où il sera possible, des actes de reconnaissance d'enfants naturels dressés sur le territoire français et le territoire norvégien respectivement et concernant des citoyens de l'autre Etat. La convention du 3 juin 1908 signée à Mexico entre la France et le Mexique, pour assurer la validité des mariages de leurs ressortissants célébrés par devant leurs agents diplomatiques et consulaires respectifs, stipule, dans son art. 2, que « le ministre ou le consul devant lequel aura été célébré le mariage remettra, par copie certifiée, l'acte constatant cette union respectivement au ministère des affaires étrangères ou au département des relations extérieures, pour être transmis à l'officier ou au juge de l'état civil compétent, qui l'enregistrera sans aucun frais pour les intéressés ». *Exposé des motifs,* Sénat, 1909, session ord., n. 9, Annexe, séance du 28 janv. 1909.]

(') Italie, 26 juill. 1862, art. 9; Espagne, 7 janv. 1862, art. 20; Brésil, 10 déc. 1860, art. 7, et déclaration interprétative du 21 juill. 1866; Grèce, 7 janv. 1866, art. 12, etc.

Les mesures prises afin de pourvoir à ce triple intérêt s'accentuent au fur et à mesure que l'absence se prolonge ; les probabilités de mort devenant de plus en plus fortes, l'administration confiée à des tiers, ordinairement aux héritiers, tend de plus en plus à se rapprocher d'une véritable attribution des biens de l'absent par voie de succession. Aussi, partout à peu près, et sous des noms très variés, trouve-t-on une division de l'absence en deux périodes correspondant à ce que l'on appelle en France la présomption et la déclaration d'absence : dans la première, on ne prend que des mesures conservatoires dans l'intérêt du patrimoine de l'absent ; dans la seconde, on attribue les biens d'une manière plus ou moins complète aux héritiers de la personne disparue (1).

SECTION PREMIÈRE

PRÉSOMPTION D'ABSENCE

241. Quand une personne disparaît, il peut être urgent de prendre certaines mesures pour la conservation de ses biens ; d'après l'art. 112 C. civ., cette mission appartient au tribunal de première instance. Mais s'agit-il du tribunal du domicile ou de celui dans le ressort duquel les biens sont situés ?

On avait proposé, au Conseil d'Etat, de charger le premier de la constatation de l'absence, et le second des mesures conservatoires nécessitées par l'état des biens. Mais cette idée n'ayant pas été consacrée dans la rédaction définitive, on décide généralement que, conformément au droit commun (art. 59 Pr. civ.), le tribunal compétent pour l'un et l'autre point est celui du domicile de l'absent. Ce dernier tribunal pourra seulement demander des renseignements au tribunal dans le ressort duquel les biens sont situés, ou le charger de prendre les mesures nécessaires, au moyen d'une commission rogatoire.

Quand l'absent a des biens dans différents pays, rien ne s'oppose à ce que le tribunal du domicile, après avoir constaté l'absence, adresse, au même effet, des commissions rogatoires semblables aux tribunaux étrangers dans le ressort desquels se trouvent les biens de l'individu disparu. Mais, de plus, tout tribunal peut, d'office et en se conformant à la loi de son pays, prendre les

(1) [V. Boivin, *De l'absence, Etude de Droit comparé, R. D. I.*, 1907, p. 489 et suiv. ; Clunet, *Tables générales*, t. III, v° *Absence*, p. 30 ; Weiss, *Man. de Dr. int. pr.*, 6e éd., 1909, p. 430-432.]

mesures nécessaires pour sauvegarder les biens abandonnés; il s'agit en effet, en pareil cas, d'un intérêt économique pour l'Etat tout entier et, par conséquent, d'une règle d'ordre public.

SECTION II

DÉCLARATION D'ABSENCE

242. Lorsque l'absence se prolonge, la plupart des législations décident qu'il y a lieu, après un délai qui varie suivant les pays, de constater officiellement l'incertitude sur la vie de l'absent et de prendre certaines mesures en conséquence : c'est ce qu'on appelle, en France, la déclaration d'absence.

§ I. *Tribunal compétent pour déclarer l'absence.*

243. Le tribunal du domicile de l'absent, et, dans le cas où le domicile est inconnu, celui de sa résidence, est compétent pour prononcer la déclaration dont il s'agit, car lui surtout pourra avoir à sa disposition les éléments nécessaires pour se renseigner sur la vie de l'absent (1). C'est d'ailleurs la loi nationale qui fixe les délais et les conditions de la déclaration d'absence. Les autres tribunaux étant, par la force même des choses, incompétents pour déclarer l'absence, ne le sont pas moins pour contredire la déclaration faite par le tribunal du domicile : d'où il résulte que la déclaration émanant de ce dernier tribunal sera acceptée en tout pays où l'on n'aura pas d'ailleurs des preuves certaines, soit de la mort, soit de l'existence de l'absent.

§ II. *Quelle loi régira les effets de la déclaration d'absence.*

244. Les effets de cette déclaration sont déterminés, par la loi française et la plupart des autres législations, en ce qui concerne les biens, la dissolution de la société pécuniaire entre époux, le maintien ou la rupture du mariage, la protection des enfants mineurs. Pour le moment, il suffira d'examiner ces effets en ce qui concerne les biens, les autres points devant être traités à propos du mariage, du contrat de mariage et de la tutelle.

(1) *Contrà :* Douai, 2 août 1854, S., 54. 2. 700. — La Cour de cassation admet la compétence pour déclarer l'absence d'un étranger domicilié de fait en France, sur la demande d'un Français : Cass., 1er mai 1897, *Le Droit,* 2 mai ; 27 décembre 1897, J. C., 1898, p. 334. — V. aussi loi d'introd. du code civil allemand, art. 9.

L'absence étant déclarée par le tribunal du domicile, il s'agit de savoir si l'on appliquera la loi personnelle de l'absent ou celle de la situation de ses biens pour déterminer les personnes à qui ces biens seront remis, les droits qu'elles auront sur eux, le temps pendant lequel elles les conserveront, etc...

Deux opinions bien tranchées ont été émises sur cette question.

A. Dans un premier système, on applique la loi de la situation des biens, *lex rei sitæ* : mais on justifie cette solution de différentes manières.

Les uns disent que l'envoi en possession des biens de l'absent constitue une sorte d'ouverture anticipée de la succession de ce dernier; il y aurait donc lieu d'appliquer la loi de la situation pour les immeubles et celle du domicile de l'absent pour les meubles, conformément à la doctrine admise par les jurisconsultes statutaires en matière de succession et que le Code civil consacre encore, dit-on, dans son art. 3.

En supposant que l'envoi en possession qui suit la déclaration d'absence fût une ouverture anticipée de la succession, il serait encore douteux que l'ancienne théorie des statuts dût s'appliquer en pareil cas, étant donné que rien n'est moins certain que le maintien de cette théorie dans l'art. 3 C. civ.

Mais il y a mieux : au moins au point de vue de notre droit positif français, il est certain que l'envoi en possession n'est pas comparable à l'ouverture de la succession. Si les envoyés en possession étaient de véritables héritiers, leur droit serait définitif et ne serait pas qualifié de *dépôt* par la loi, pendant l'envoi en possession provisoire (art. 126 C. civ.); après l'envoi en possession définitif, ils n'auraient pas à rendre les biens qu'ils ont conservés (art. 132 C. civ.). En réalité, d'après notre droit, la succession de l'absent ne s'ouvre qu'à sa mort (art. 130 C. civ.), et toute assimilation de la déclaration d'absence au décès véritable est une fiction arbitraire qu'aucun texte ne justifie.

D'autres auteurs, tout en reconnaissant, pour les raisons qui viennent d'être indiquées, qu'il n'y a pas lieu d'établir d'assimilation entre les effets de la déclaration d'absence et ceux de l'ouverture d'une succession, n'en maintiennent pas moins l'application de la loi de la situation pour les immeubles et de la loi du domicile de l'absent pour les meubles. En effet, disent-ils, il s'agit d'opérer une modification dans la condition des biens, et l'on doit suivre les règles consacrées en pareil cas par les jurisconsultes statutaires dont l'art. 3 C. civ. reproduit la théorie.

On peut encore objecter contre cette seconde manière de voir le doute qui a été déjà émis au sujet du maintien, dans l'art. 3 C. civ., de l'ancienne théorie des statuts. Mais, de plus, il est aisé de démontrer, comme on va le voir plus loin, que les mesures prises pour les biens de l'absent, après la déclaration d'absence, n'ont aucun rapport avec la condition juridique de ces biens et dépendent de la loi personnelle de l'individu disparu.

B. Pour justifier l'application de la loi nationale de l'absent en ce qui concerne les mesures à prendre à l'égard de son patrimoine après la déclaration d'absence, on a dit que l'absence constitue une modification dans l'état juridique des personnes et, à ce titre, rentre dans le statut personnel. La raison n'est pas fondée, car l'absent, s'il est vivant, conserve la condition juridique qu'il avait avant sa disparition, ou bien cette condition ne s'est modifiée que par suite de circonstances indépendantes de l'absence, par exemple l'arrivée de sa majorité; s'il est mort, il ne peut plus être question de son état au point de vue du droit.

La vraie raison qui doit faire considérer les effets de la déclaration d'absence comme régis par la loi nationale de l'absent, c'est que les mesures édictées par le législateur en pareil cas ont pour but la protection de l'absent, la sauvegarde de ses intérêts et de ceux de sa famille, à laquelle il ne peut pourvoir lui-même. On se trouve ici en présence de dispositions législatives analogues à celles que l'on rencontre en matière de tutelle. Or, comme on le verra plus loin, tout ce qui a trait à la protection des incapables et des personnes qui, en fait, ne peuvent défendre elles-mêmes leurs intérêts, est de la compétence naturelle du législateur national des individus qu'il s'agit de protéger. Quelle considération pourrait-on faire valoir à l'effet d'imposer l'application de la loi de la situation des biens pour régler les conséquences de la déclaration d'absence, alors que la loi nationale de l'absent pourvoit suffisamment à la conservation de ces biens? Le législateur du pays où les biens sont situés n'aura aucun intérêt à intervenir, si ce n'est lorsqu'il s'agira de questions se rattachant à l'ordre public : par exemple, quand il faudra décider si les biens de l'absent sont ou non susceptibles de prescription, ou si l'on peut faire des conventions ayant ces biens pour objet, avant que la succession de l'absent soit ouverte; dans le premier cas une considération de crédit public, dans le second, une raison de morale, en vertu de laquelle on prohibe les pactes sur succession future, devront faire appliquer toujours la loi territoriale. Mais, à part

cette exception en matière d'ordre public, l'application de la loi nationale de l'absent se trouve justifiée par cette raison décisive que les mesures prises après la déclaration d'absence, l'attribution provisoire ou définitive des biens aux parents de l'absent, dépendent des rapports de famille qui font partie du statut personnel et que le législateur national a lui-même réglementés.

Au point de vue pratique, l'application de la loi nationale de l'absent présente des avantages considérables. Si, en effet, on suppose un absent ayant des immeubles dans différents pays, on suivra, dans l'opinion contraire, des lois différentes ; il pourra y avoir lieu aussi d'appliquer la *lex rei sitæ* pour les immeubles, et la loi personnelle pour les meubles. Or, étant donnée la grande variété des mesures indiquées dans les diverses lois en cas d'absence, on se trouvera aux prises avec des difficultés inextricables. En voici quelques exemples. Les délais pour prononcer la déclaration d'absence étant plus ou moins longs d'après les législations, dans un pays il pourra y avoir envoi en possession, tandis que dans un autre cet envoi sera encore différé : de là des différences dans la gestion des diverses parties du patrimoine, des complications, et aussi une moins bonne administration par suite du défaut d'unité et d'entente.

Parfois, les biens seront confiés à un curateur, comme en Autriche (code civil, art. 277) ; tandis qu'ailleurs, par exemple en France, les héritiers seront envoyés en possession, et l'on retombera dans les inconvénients signalés pour le cas précédent.

Dans quelques pays (1), on répute l'absent mort dans certaines circonstances et sa succession est ouverte ; en France, pareil résultat ne se produit qu'après constatation du décès (2) : tel individu pourra donc être réputé mort dans un pays et pas dans un autre, et sa succession ne sera ouverte que pour une partie de ses biens.

On peut multiplier à l'infini les exemples de ces complications qui sont toutes évitées par l'application d'une loi unique, celle du pays auquel l'absent appartient.

(1) Loi autrichienne du 16 février 1883, sur la procédure en matière de déclaration ou de preuve de décès d'un absent (*Ann. de législ. étrangère*, 1884, p. 334 et suiv.) : Code des Pays-Bas, art. 523, 524, 526 ; Code prussien, art. 82 ; Code civil allemand, art. 13 à 18, loi d'introduction, art. 9 ; pour les conflits de lois relatifs à l'absence, V. Olivi, *R. D. I.*, 1887, p. 425 et 520 ; 1888, p. 136.

(2) [Trib. civ. Langres, 9 mars 1906, D. P., 1906. 3. 49 ; J. C., 1907, p. 700 ; Cass. Turin, 5 juin 1908, J. C., 1909, p. 560.]

CHAPITRE III

DU MARIAGE

245. Le mariage est une des matières qui provoquent les plus graves conflits de législations, car il soulève fréquemment des questions touchant à l'intérêt général de la société, à la morale, en un mot à l'ordre public : de là la difficulté de concilier l'application de la loi étrangère avec la souveraineté de la loi territoriale. D'autre part, ces conflits sont de nature à se présenter souvent, le développement des relations internationales rendant de plus en plus nombreuses les unions célébrées à l'étranger ou entre personnes de nationalité différente (1).

SECTION PREMIÈRE

DU MARIAGE QUANT AUX CONDITIONS DE FORME

246. Il y a lieu de distinguer et d'étudier séparément le mariage des Français à l'étranger et celui des étrangers en France.

§ I. *Mariage des Français à l'étranger.*

247. Les formalités à observer par les Français qui se marient en pays étranger peuvent être celles que fixe la loi française, s'ils font consacrer leur union par l'agent diplomatique ou le consul de France (art. 48 C. civ.); il est bon de rappeler que les consuls ne sont compétents, en principe, que pour célébrer les mariages entre Français seulement. Il est d'ailleurs possible que la loi étrangère n'admette pour le mariage que l'observation des formes qu'elle prescrit en écartant la compétence des consuls des autres pays, même pour leurs compatriotes. En pareil cas, le mariage entre Français devant le consul de France, valable en France,

(1) Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés,* 1899; [C. Jordan, *Mariage à l'étranger des déserteurs et des insoumis, R. D. I. P.*, 1907, p. 129 et suiv., p. 905 et suiv.; 1908, p. 571 et suiv., p. 880 et suiv.; Kebedgy, *Du mariage des juifs,* J. C., 1908, p. 742 et suiv.; Naquet, *Du mariage et du divorce des juifs étrangers en France,* J. C., 1908, p. 732 et suiv.; Cluzel, *Le mar. et le div. confessionnels des étr. en Fr.,* J. C., 1909, p. 5 et suiv.; Botel, *Mariages célébrés devant les consuls argentins, Bullelin argentin de dr. int. pr.*, 1907, p. 273 et suiv.; Orescu, *Le mariage quant aux conditions intrinsèques et aux formalités extérieures en dr. int. pr.*, 1908.]

sera nul dans le pays où il a été célébré (V. loi d'introduction du code civil allemand, art. 13 *in fine;* pour l'Autriche, *Ann. législ. étrang.*, 1876, p. 495; pour la Suisse, J. C., 1893, p. 664; [art. 61 du titre final du code civil suisse du 10 décembre 1907, complétant l'art. 7 *c* de la loi du 25 juin 1891 (1);] pour les Etats-Unis, *R. D. I.*, 1879, p. 71 et 1888, p. 290).

La compétence des agents diplomatiques et des consuls restreinte au mariage entre Français seulement peut avoir pour résultat de rendre le mariage impossible entre personnes dont l'une est de nationalité française et l'autre de nationalité étrangère, dans les pays où la loi locale, par suite de certains préjugés, surtout de préjugés religieux, refuse son concours pour consacrer l'union de personnes étrangères, soit entre elles, soit avec une personne nationale de ces pays. Le même inconvénient se présente dans les pays où l'état civil n'est pas organisé et dans ceux où les autorités locales n'offrent aucune garantie. Tel est le cas, notamment, dans les pays hors chrétienté où des Français, voulant épouser une personne d'une autre nationalité ou de nationalité indigène, ne peuvent pas s'adresser à l'agent diplomatique ou au consul incompétent en pareil cas, et pas davantage aux autorités locales qui exigeraient la soumission aux principes religieux sur lesquels leur législation repose. Aussi la loi du 29 novembre 1901, modifiant l'art. 170 C. civ., a-t-elle donné compétence aux agents diplomatiques et aux consuls pour célébrer le mariage *entre un Français et une étrangère*. La loi ne s'applique donc pas au cas du mariage d'une Française avec un étranger : on a pensé que, la femme prenant la nationalité de son mari, il n'y avait pas lieu de se préoccuper de la fondation d'une famille qui doit être étrangère à la France. L'extension de compétence des agents diplomatiques et des consuls n'est consacrée que dans les pays désignés par décrets. En exécution de cette disposition, le décret du 29 décembre 1901 a désigné comme pays où s'appliquerait la loi nouvelle : la Turquie, la Perse, l'Egypte, le Maroc, Mascate, le Siam, la Chine et la Corée (2).

(1) [Cette loi sur le droit civil des citoyens établis ou en séjour continue, déclare l'art. 61 du titre final du nouveau code, à régir les Suisses à l'étranger et les étrangers en Suisse, et l'art. 7 *c in fine* de cette loi est ainsi complété à compter du 1er janvier 1912 : « Les formes à suivre pour la célébration d'un mariage en Suisse sont celles de la loi suisse ».]

(2) Cpr. loi belge du 20 mai 1882 dont le législateur français s'est inspiré, *infrà*, n. 250. — Sur la loi du 29 novembre 1901, V. Delpech, *R. G. D. I.*, 1901, p. 762 et s., et ci-dessus, n. 219, p. 669.

Le mariage peut avoir lieu aussi en la forme déterminée par la loi étrangère conformément à la règle *Locus regit actum* (art. 170 C. civ.). Il importe peu, du reste, que les formalités indiquées par la loi étrangère soient complètement différentes de celles que prescrit la loi française. La règle *Locus regit actum* est absolue, et c'est la loi étrangère qu'on devra suivre pour tout ce qui concerne les formalités du mariage, par exemple pour les pièces à produire, les publications, la compétence de l'officier public, le domicile exigé pour que le mariage puisse avoir lieu dans une localité, etc... C'est ainsi que le mariage peut être célébré en la forme purement religieuse en Portugal, où cette forme est indiquée pour les catholiques, tandis que les personnes d'une autre religion ont le mariage civil (Code civil de 1868, art. 1056 et 1057); ou bien en Norvège, où le mariage religieux seul existe pour les luthériens (loi du 16 juillet 1845). Les Français ne seraient même pas forcés de suivre la forme civile, quand ils ont le choix entre elle et la forme religieuse, comme cela a lieu en Espagne (décret du 9 février 1875); ni de préférer la forme authentique à la forme privée quand la loi locale leur offre les deux (1). Enfin, le mariage peut être valablement contracté sans formalité et *solo consensu*, conformément à la loi de certains pays, par exemple de plusieurs Etats de l'Union américaine, comme celui de New-York, et de l'Ecosse (2). (V. pour les pays où les conditions du mariage sont réglées par une loi unique, malgré le défaut d'uniformité de la législation civile : Allemagne, [Code civil (art. 1297 et suiv.), qui a remplacé depuis le 1er janvier 1900 la loi fédérale du 6 février 1875]; Suisse, loi fédérale du 24 décembre 1874 [qui cessera d'être en vigueur le 1er janvier 1912, date de l'application du nouveau code civil suisse du 10 décembre 1907 (art. 61 du titre final).] Malgré cette application absolue de la règle *Locus regit actum*, il y aurait lieu de faire des réserves pour les unions contractées par des nationaux dans des pays sauvages avec des personnes indigènes. Malgré l'observation des rites locaux, il faudrait voir s'il y a eu mariage sérieux ou simple union passagère et dépourvue du

(1) Trib. de la Seine, 14 mars 1879, J. C., 1879, p. 547; Cass., 20 janv. 1879, S., 79. 1. 417.

(2) V. Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, 2e édit., 1880; Olivi, *R. D. I.*, 1883, p. 209 et 357; Guillaume, *Le mariage en Droit international privé d'après la conférence de La Haye de 1894*; Pic, *Du mariage en Droit international*, 1885; Lawrence, *R. D. I.*, 1870, p. 53 et 243.

caractère que notre civilisation attache au véritable mariage (1).

C'est d'ailleurs la forme indiquée par la loi étrangère qui s'impose toutes les fois que l'on ne recourt pas au ministère des consuls. Il en est ainsi, non pas parce que la règle *Locus regit actum* est impérative, mais parce qu'il s'agit d'un acte authentique pour l'accomplissement duquel l'officier public étranger suivra nécessairement sa propre loi. Si le mariage se fait à l'étranger en la forme privée, la raison n'est plus la même; mais il est impossible d'observer les formalités exigées par la loi nationale des parties, quand cette loi exige une forme authentique qui n'a pas d'équivalent à l'étranger, et dès lors la forme locale s'impose. Si la loi nationale des parties autorise le mariage en la forme privée, par exemple *solo consensu* ou par déclaration devant témoins, cette forme ne peut être employée dans un pays qui exige un acte authentique par devant un officier public, car cette exigence est alors établie comme mesure d'ordre public local. Cependant la jurisprudence des Etats-Unis admet comme valable un mariage contracté dans ces conditions, même dans un pays dont la loi veut un acte solennel et entre nationaux de ce pays, par exemple l'union *solo consensu* de deux Français en France, en y voyant le mariage chrétien suffisant pour tout pays de la chrétienté (2).

Notre législation actuelle, voulant assurer complètement la liberté du mariage, n'admet plus la validité de l'obligation de se marier venant du contrat de fiançailles; en vertu des principes du statut personnel, des Français ne pourraient donc être liés par un contrat de fiançailles conclu par eux en pays étranger conformément aux dispositions de la loi locale, comme en Allemagne et dans les pays Scandinaves, sauf la question des dommages et intérêts qui pourraient être dus à raison d'une rupture injustifiée, d'après la règle générale de l'art. 1382 C. civ. Mais si, d'après la loi étrangère, les fiançailles entraînent les effets du mariage, le lien qui en résulte peut être invoqué en France lorsque la loi locale a été observée au point de vue des conditions de forme, sans parler des conditions de capacité qui dépendent de la loi nationale

(1) Jurisprudence britannique en ce sens : J. C., 1889, p. 129; 1890, p. 713. Les fameux mariages écossais, *solo consensu,* dits mariages de *Gretna-Green,* nom du premier village d'Ecosse sur la route de Londres à Edimbourg, ne sont plus permis aux Anglais qu'à la condition de séjourner au moins 21 jours en Ecosse (*Act* dit de lord Brougham, du 31 décembre 1856).

(2) Cour suprême des Etats-Unis, J. C., 1874, p. 216; Cour de New-York, 6 mars 1883, J. C., 1884, p. 428.

des parties. Tel est le cas du *Verlöbniss* allemand, ou mariage imparfait, donnant cependant aux enfants la légitimité. Mais, sur la base de ces fiançailles suivies de cohabitation, les tribunaux français ne pourraient pas, comme en Allemagne, recevoir une action en vue d'obtenir un jugement *déclaratif* de mariage, car ils n'ont pas, d'après notre législation, compétence pour constater des mariages. D'ailleurs, le nouveau code allemand (art. 1297 et suiv.) réduit l'action pour rupture de fiançailles au droit de demander des dommages et intérêts, en écartant celui de réclamer le mariage. [Le code civil suisse du 10 décembre 1907, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912 (art. 90-95), déclare également que « la loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse » et autorise le juge « lorsque la rupture porte une grave atteinte aux intérêts personnels d'un fiancé sans qu'il y ait faute de sa part, à lui allouer une somme d'argent à titre de réparation morale, si l'autre partie est en faute. »]

Il peut se faire qu'un mariage soit nul à l'étranger pour vices de forme (code italien, art. 94); devra-t-on considérer ce mariage comme nul en France ? On a dit que l'art. 76 C. civ. n'exigeant aucune formalité à peine de nullité, le mariage devra être réputé valable en France, parce que les parties sont toujours libres d'observer leur loi nationale, étant donné le caractère facultatif de la loi *Locus regit actum*. Mais, d'après ce qui a été dit plus haut, l'observation des formalités prescrites par la loi française est impossible pour un mariage célébré en pays étranger à moins que l'on n'use du ministère des consuls. La règle *Locus regit actum* s'imposant en pareil cas, il faut en conclure que le mariage, nul pour vices de forme d'après la loi étrangère, est nul aussi en France.

L'application complète de la règle *Locus regit actum* doit conduire aussi à décider que les nullités de l'acte de mariage ne pourront être couvertes par la possession d'état qu'autant que la loi étrangère le décide ainsi. Cependant la jurisprudence se prononce pour l'application de l'art. 196 C. civ., sans se préoccuper des dispositions de la loi étrangère (1).

On a même décidé qu'il fallait suivre la loi étrangère pour savoir si un mariage, nul pour vices de forme, pouvait valoir comme mariage putatif, à raison de la bonne foi des époux. Mais la ques-

(1) Cass., 26 juill. 1865, S., 65. 1. 393; Trib. de la Seine, 21 juin 1883, J. C., 1884, p. 67; J. C., 1898, p. 1086, note 1.

tion de savoir si un mariage, nul en lui-même, peut valoir comme putatif, dépend de l'appréciation qui est faite de l'erreur commise par les époux ; or, comme il sera dit plus loin à propos des conventions, les vices du consentement se rapportent à la capacité des parties et doivent, par conséquent, être appréciés d'après leur loi nationale (1).

248. Exceptions à la règle *Locus regit actum* pour les formalités du mariage. — 1° On a soutenu que le mariage célébré dans les formes déterminées par la loi étrangère ne serait plus valable, si les parties s'étaient rendues en pays étranger pour frauder leur loi nationale et éviter l'observation des formalités qu'elle prescrit. Mais il suffit de rappeler ce qui a été déjà dit à ce propos ; on ne saurait, sans arbitraire, établir une sanction plus rigoureuse pour la violation indirecte de la loi que celle qui est indiquée pour sa violation directe. Or, notre loi française n'exigeant l'accomplissement d'aucune formalité à peine de nullité (art. 76 C. civ.), il faut en conclure que le fait de se rendre en pays étranger, pour célébrer un mariage dans des conditions de forme plus faciles à remplir, ne peut amener la nullité.

2° Une véritable exception se présente au profit des agents diplomatiques, comme conséquence de l'exterritorialité qu'on leur attribue.

3° L'art. 170 (loi du 21 juin 1907) signale une autre exception, en exigeant des Français qui se marient à l'étranger l'observation de l'art. 63 C. civ. pour l'unique publication qu'ils doivent faire en France, indépendamment de celles qui leur sont demandées à l'étranger conformément à la règle *Locus regit actum*. Le but de cette disposition est d'éviter qu'un mariage ne soit célébré à l'étranger sans que les personnes qui sont le mieux à même d'y faire opposition d'une manière utile en soient informées.

La nécessité de la publication préalable en France donne lieu à plusieurs questions importantes.

Quelle est la sanction du défaut de publication en France?

Sur ce point trois opinions ont été émises.

On a d'abord soutenu que le mariage célébré à l'étranger sans publication préalable en France est nul. Cela résulte, a-t-on dit, du texte même de l'art. 170 C. civ. (loi du 21 juin 1907) qui déclare ce mariage valable *pourvu qu'il ait été précédé* de cette publication (argument d'analogie de l'art. 686 C. civ.). D'autre part, quand le

(1) Bordeaux, 5 fév. 1883, S., 83. 2. 137; [Alger, 14 avr. 1908, J. C., 1909, p. 489.]

mariage est célébré en France, on a, comme garantie de l'observation des règles prescrites par la loi pour la publication, l'amende qui frappe les parties et l'officier de l'état civil (art. 192 C. civ.); quand le mariage a lieu à l'étranger, cette garantie fait défaut, et il faut recourir à celle de la nullité. Enfin les mariages clandestins sont nuls; or, en France, la publication n'est qu'un élément de la publicité et les juges conservent, quand elle fait défaut, un droit d'appréciation pour décider si le mariage est clandestin (art. 191 C. civ.); tandis que, lorsque le mariage a lieu à l'étranger, la seule façon de le rendre public en France est de faire la publication prescrite par l'art. 170 (1).

On a objecté, avec raison, contre cette manière de voir, que les nullités ne se suppléent pas, surtout dans une matière aussi grave que celle du mariage, et que les termes de l'art. 170 ne sont pas assez formels pour en établir une. Sinon, en effet, il faudrait voir une nullité dans le défaut de notification et dans l'inobservation des dix mois de viduité, puisque, d'après les art. 64, 65 et 228 C. civ., le mariage *ne pourra être célébré* que si ces conditions sont remplies. Il faut remarquer en outre que, malgré le défaut de publication en France, le mariage célébré à l'étranger peut être connu par d'autres renseignements, et ainsi tombe l'argument tiré de l'art. 191.

Aussi a-t-on admis, dans une seconde opinion, que le mariage est toujours valable, et que le défaut de la publication exigée par l'art. 170 (loi du 21 juin 1907) ne peut donner lieu qu'à la sanction ordinaire de l'amende indiquée dans l'art. 192.

Mais, dans la pratique, on s'est rallié aujourd'hui à une troisième solution. Si les parties n'ont pas fait faire la publication prescrite par l'art. 170 (loi du 21 juin 1907), elles sont présumées avoir voulu frauder la loi et les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour décider si, en fait, leur mariage est clandestin en France (art. 191 C. civ.). Si, d'ailleurs, on n'a pas eu connaissance de l'union contractée par elles à l'étranger, cette union sera annulée comme clandestine (2). En pareil cas, la jurisprudence admet que le mariage peut valoir comme putatif pour l'époux étranger

(1) Cass., 17 août 1841, S., 41. 1. 682. V. ci-dessous, n. 248 *in fine*, p. 717-719.

(2) Cass., 28 décembre 1874, S., 75. 1. 347; Cass., 14 décembre 1880, S., 81. 1. 349; Trib. de la Seine, 7 juillet 1881, J. C., 1882, p. 308; Cass., 15 juin 1887, *Le Droit*, 27-28 juin 1887. — Même jurisprudence en Belgique où s'applique notre code civil, et en Hollande en vertu de l'art. 138, semblable à notre art. 170 (texte antérieur à la loi du 21 juin 1907). V. J. C., 1882, p. 64.

qui a ignoré la condition imposée à son conjoint français par l'art. 170 C. civ. (1). Mais nous avons déjà dit que le caractère putatif du mariage, suivant la bonne foi de l'un des époux, doit être déterminé d'après la loi nationale de ce dernier.

On peut émettre un doute sérieux sur l'exactitude de la solution suivie dans la pratique. Le défaut de la publication exigée par l'art. 170 amène la nullité du mariage pour fraude à la loi française ou pour clandestinité : quelques arrêts paraissent même exiger que les deux faits soient réunis (2). Or, en ce qui concerne la fraude, il a été déjà établi qu'elle ne pouvait amener une sanction plus rigoureuse que celle qui est indiquée par la loi pour violation directe de ses prescriptions. D'autre part, il semble difficile de faire résulter la clandestinité du défaut de publication, car la loi ne l'établit que si le mariage n'est pas célébré publiquement et devant un officier compétent (art. 191 et 165 C. civ.) : si ces deux dernières conditions sont remplies en pays étranger, comment affirmer la clandestinité du mariage?

Il semblerait donc plus juste d'en revenir à la seconde opinion exprimée plus haut, et de n'appliquer que la sanction de l'amende contenue dans l'art. 192 contre les parties, l'officier public étranger échappant à l'application de la loi française (3). Il n'y aurait pas lieu, du reste, d'opposer en pareil cas l'art. 5 du code d'instruction criminelle qui exige, pour la punition en France d'un délit commis à l'étranger par un de nos nationaux, que ce délit soit prévu à la fois par la loi française et par la loi étrangère, car c'est en France que cette publication aurait dû avoir lieu, et c'est en France, par conséquent, que le délit d'omission a été accompli.

La publication de l'art. 170 est-elle toujours exigée?

Par application de la règle générale contenue dans les art. 166 et 168 C. civ., le Français qui se marie en pays étranger ne sera plus contraint de la faire, toutes les fois qu'il n'aura pas de domicile en France et que les parents, sous la puissance desquels il se trouve au point de vue du mariage, n'y seront pas non plus domiciliés.

On a même prétendu, en se fondant sur les travaux préparatoires, que lorsqu'un Français est depuis longtemps établi à l'étranger, il est dispensé de faire faire la publication à son ancien

(1) Orléans, 10 janvier 1894, J. C., 1894, p. 536.
(2) Paris, 24 avril 1874, J. C., 1875, p. 190.
(3) V. Cass. req. (*Contrà :* Chambre civile), 30 novembre 1866, S., 66. 1. 442 ; [Weiss, *Man. de Dr. int. pr.*, 6e édit., 1909, p. 466-469.]

domicile en France (1). C'est aller trop loin : car celui qui se marie en France doit faire faire la publication au dernier domicile qu'il a abandonné depuis de longues années, ainsi qu'à son domicile actuel établi au point de vue du mariage par six mois de résidence (art. 167). On ne verrait pas de bonne raison pour distinguer entre celui qui se marie à l'étranger et celui qui se marie en France, étant donné que l'art. 170 renvoie aux règles ordinaires de la publication, en se référant à l'art. 63 [(textes du 21 juin 1907).]

Il est à noter, à ce propos, que l'observation de l'art. 170 (texte primitif) pour les Français qui se marient en Espagne est assurée par la loi espagnole du 18 juin 1870, qui exige de tout étranger voulant se marier un certificat légalisé de l'autorité de son pays, constatant que les publications ont été faites au lieu où il avait son domicile dans l'année qui précède son arrivée en Espagne, toutes les fois qu'il est établi dans ce dernier pays depuis moins de deux ans. Cependant cette loi est beaucoup trop exigeante en demandant (art. 15) que ce certificat soit authentique d'après la loi espagnole, alors que l'authenticité d'un acte se détermine d'après la loi du lieu où il est rédigé, conformément à la règle *Locus regit actum*. D'autre part, l'étranger peut appartenir à une nation dont la loi n'exige pas de publication, et être dans l'impossibilité de produire le certificat qu'on lui demande.

Qui peut invoquer le défaut de la publication exigée par l'art. 170 (loi du 21 juin 1907)? Il est généralement admis que la nullité venant du défaut de publication est absolue et peut être invoquée par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel. Cependant, pour quelques-uns, elle n'est que relative et ne peut être soulevée que par les ascendants dont le consentement est nécessaire pour le mariage et par l'époux qui devait l'obtenir. On estime, en même temps que cette nullité est couverte par les ratifications expresses et tacites indiquées dans l'art. 182 C. civ. pour la nullité provenant du défaut de consentement des ascendants (2).

Mais, si l'on déclare un mariage célébré à l'étranger nul pour défaut de publication préalable en France, il faut logiquement le considérer comme frappé d'une nullité absolue qui pourra être invoquée par toute personne intéressée. Cette nullité est en effet fondée, soit sur la fraude dont toute personne intéressée peut se

(1) Locré, *Législ.*, IV, p. 351, n. 19.

(2) Rouen, 13 juillet 1880, J. C., 1881, p. 256 ; Amiens, 22 juillet 1886, J. C., 1887, p. 188 ; Paris, 25 juillet 1881, J. C., 1882, p. 551 ; Cass., 14 juin 1845. S., 45. 1. 726 ; Cass., 22 mai 1850, S., 52. 2. 566.

prévaloir, soit sur la clandestinité qui, d'après l'art. 191 C. civ., conduit an même résultat.

D'ailleurs, si l'on fonde la nullité dont il s'agit sur la clandestinité, on devra admettre qu'elle sera couverte par la possession d'état des époux, d'après l'interprétation qui est généralement donnée de l'art. 196 C. civ.

Si enfin on n'admet la nullité du mariage, avec la jurisprudence, qu'autant qu'il y a eu intention de frauder la loi française, il va sans dire que le mariage non précédé de publication en France ne pourra valoir comme putatif, ce qui supposerait la bonne foi (1). Cependant, si l'époux étranger était de bonne foi et si sa loi nationale reconnaissait les mariages putatifs, le mariage dont il s'agit pourrait valoir comme tel, ainsi que nous l'avons dit.

249. Preuve du mariage des Français célébré à l'étranger. — Ce mariage sera prouvé par la production en France des actes de l'état civil rédigés en pays étranger, avec les légalisations qui ont été déjà indiquées. On suppléera aux actes de l'état civil qui feront défaut par les preuves indiquées dans la loi du pays où le mariage a eu lieu. C'est ainsi que le mariage conclu par des Français en Amérique pourra être établi en France par la possession d'état, bien que l'art. 195 C. civ. exclue ce mode de preuve. Du reste, les éléments de la possession d'état devront être appréciés d'après la loi étrangère et non d'après notre code civil (2).

Le législateur lui-même a pris la précaution d'assurer en France la preuve des mariages célébrés à l'étranger pour des Français L'art. 171 C. civ. (loi du 29 novembre 1901) impose à ces derniers l'obligation de faire transcrire, dans les trois mois de leur retour en France, leur acte de mariage sur les registres de l'état civil de la commune où ils ont leur domicile. Cette obligation cesse dans deux cas :

1° Quand le mariage a été célébré devant le consul; ce dernier transmet en effet un des registres au ministre des affaires étrangères, chaque année, et le ministre doit veiller à ce que la transcription commandée par l'art. 171 (loi du 29 novembre 1901) soit exécutée (3).

(1) Trib. civ. Seine, 28 décembre 1876, J. C., 1877, p. 43.

(2) Cass., 13 janv. 1857, S., 57. 1. 81; Paris, 20 janv. 1873, S., 73. 2. 177; [Haute-Cour de justice d'Angleterre, *Divorce division*, 27 février 1906, J. C., 1907, p. 790; *Suprême Cour des Etats-Unis*, 2 janv. 1906, J. C., 1907, p. 832.]

(3) Ordonnance du 23 octobre 1833, art. 9; art. 48 C. civ. complété par la loi du 8 juin 1893.

2° Quand le mariage a eu lieu dans un pays où il n'existe pas d'actes de mariage.

Le délai de trois mois ne court que du jour où le Français est revenu en France. Les conventions conclues pour assurer la transmission internationale des actes de l'état civil ont remédié en partie à l'inconvénient qu'il pourrait y avoir à ne pas connaître le mariage contracté par des Français qui ne reviennent pas en France.

Au surplus, ce délai de trois mois n'est point fatal; mais, quand il est expiré, on considère la transcription comme une modification aux actes de l'état civil et on ne la permet plus qu'en vertu d'un jugement (1).

On a cru, pendant assez longtemps, que le défaut de transcription exigée par l'art. 171 C. civ. pouvait amener la nullité du mariage, au moins en France, et l'on attribuait à cette nullité, suivant les opinions, une portée plus ou moins étendue.

Mais on est unanime aujourd'hui pour reconnaître que l'art. 171 n'a pas de saction; c'est ce que démontrent les travaux préparatoires. Dans le projet primitif du code, l'observation de notre règle était assurée par un double droit d'enregistrement et une amende de 100 à 1.000 fr. Dans la rédaction définitive, l'amende avait été supprimée : on en demanda la raison, et Réal répondit que le double droit d'enregistrement constituait une sanction suffisante (2). Or ce double droit n'existe pas; le décret du 25 septembre 1792, tit. II, art. 7 dispense même les actes de l'état civil de l'enregistrement.

La seule sanction consistera donc dans la difficulté qu'éprouveront les Français à prouver leur mariage contracté à l'étranger : ce sera la peine de leur négligence. D'autre part, les tiers qui établiront que le défaut de transcription exigée par l'art. 171 leur a causé un préjudice, par exemple en ne leur permettant pas d'apprécier la capacité d'une femme avec laquelle ils ont traité, pourront demander des dommages-intérêts, d'après le droit commun (art. 1382 C. civ.) (3). Les codes italien (art. 101) et haïtien (art. 157) reproduisent l'art. 171 C. civ., mais ils en sanctionnent

(1) Avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI et art. 99 C. civ. — Décision ministérielle du 7 mai 1882. — Trib. Seine, 12 avril 1882, J. C., 1882, p. 615; Cass., 16 juin 1829, S., 29. 1. 261.

(2) Fenet, IX, p. 37.

(3) Cass., 28 décembre 1875, S., 75. 1. 347; Trib. Seine, 17 juin 1880, J. C., 1880, p. 396; [Weiss, *op. cit.*, 6e édit., 1909, p. 469-474]

la disposition, l'un par une amende (1), l'autre en enlevant tout effet au mariage célébré à l'étranger et non transcrit au domicile des époux. Du reste, aujourd'hui, grâce à la communication internationale des actes de l'état civil organisée par les traités (V. n. 239 B) et à la délivrance par le ministère des affaires étrangères d'expéditions d'actes intéressant les Français et qui y sont déposés (art. 47 C. civ. modifié par la loi du 8 juin 1893), il sera souvent facile d'être renseigné sur les mariages contractés par les nationaux à l'étranger. [La convention franco-mexicaine du 8 juin 1908 (citée ci-dessus n. 239 *in fine*, p. 703, note 2) assure la communication respective des actes de mariage pour les unions célébrées devant les agents diplomatiques ou consulaires.]

Il a déjà été établi que les militaires en campagne peuvent, à leur choix, recourir, pour la rédaction des actes qui les intéressent, au ministère des officiers français ou à celui des fonctionnaires étrangers. Il faut ajouter que, bien que remplissant un rôle analogue à celui des consuls, les officiers français peuvent, à la différence de ces derniers, célébrer des mariages entre des militaires français et des personnes étrangères. Etant donné le but des art. 93 et suiv. du C. civ. (loi du 8 juin 1893) qui est de donner le plus de facilité possible aux militaires en campagne pour la rédaction de leurs actes de l'état civil, cette solution se trouve parfaitement justifiée.

§ II. *Mariage des étrangers en France.*

250. Les étrangers peuvent en France, comme les Français en pays étranger, faire célébrer leur mariage par le consul ou l'agent diplomatique de leur nation, si, d'après la loi étrangère, ces derniers ont le pouvoir de consacrer l'union de leurs nationaux. Cette solution, qui n'était consacrée par aucun texte [avant la loi du 29 novembre 1901], est la conséquence logique, la juste réciprocité, du pouvoir que la loi française attribue à nos consuls à l'étranger (2). [Aujourd'hui, elle n'est plus contestable, en présence de la modification que la loi du 29 novembre 1901 a apportée à

(1) [Cour de cass. de Palerme, 5 août 1905, *Riv. di dir. int.*, 1903, p. 586; S., 1907. 4. 8; J. C., 1907, p. 849-850. — La jurisprudence française considère que le défaut de transcription peut être un élément de clandestinité et entraîner ainsi la nullité du mariage: Cass., req., 5 juillet 1905, J. C., 1906, p. 1145 et 3 janvier 1906, J. C., 1906, p. 1149. Cpr. Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Mariage*, p. 77.]

(2) V. Circul. ministre de la justice, 31 mai 1897, J. C., 1898, p. 205.

l'art. 170 C. civ. en vue d'admettre éventuellement la compétence diplomatique ou consulaire, même pour les mariages entre un Français et une étrangère. La convention de Mexico du 8 juin 1908 a assuré la validité des mariages des ressortissants de la France et du Mexique célébrés par-devant leurs agents diplomatiques ou consulaires respectifs. Art. 1er : « Les mariages entre Français établis au Mexique par-devant le ministre de France ou par-devant les consuls qui de par la loi française ont la faculté d'agir comme officiers de l'état civil français auront au Mexique la même valeur que s'ils avaient été célébrés devant un juge de l'état civil mexicain. Les mariages célébrés entre Mexicains établis en France par-devant le ministre du Mexique ou les consuls de la République mexicaine, dans le cas où la loi de leur pays leur reconnaîtrait la faculté d'agir comme juges de l'état civil, auront en France la même valeur que s'ils avaient été célébrés devant un officier de l'état civil français ». L'art 3 déclare la convention applicable dans les colonies françaises. V. *Exposé des motifs* cité, Sénat, *sess. ord.*, 1909, n. 9, p. 3 et 4.]

Mais on n'admet pas que les consuls étrangers, quelles que soient les dispositions de la loi qui règle leurs attributions, puissent célébrer des mariages entre des personnes de leur pays et des personnes appartenant à une autre nation. On ne veut pas que les consuls étrangers aient en France un pouvoir plus considérable que celui des consuls français à l'étranger. Ainsi serait nul, au moins en France, le mariage célébré par un consul d'Allemagne entre un Allemand et une personne de nationalité différente, bien que la loi allemande du 4 mai 1870 donne aux consuls le pouvoir de consacrer de pareilles unions (1).

(1) [De même, serait nul en France un mariage célébré dans notre pays par le consul britannique entre un sujet britannique et une personne de nationalité française. Trib. civ. Seine (1re ch.), 2 juillet 1872, J. C., 1874, p. 71 ; 21 juin 1873, J. C., 1874, p. 73 ; Trib. civ. Angers (1re ch.), 2 juillet 1896, confirmé sur ce point par la cour d'Angers, 31 mai 1898 et par la Cour de cassation, 30 juillet 1900, J. C., 1897, p. 802 ; 1898, p. 911 ; 1900, p. 969 ; Douai (2e ch.), 2 fév. 1899, J. C., 1899, p. 825. Cet arrêt a bien déclaré que le mariage célébré entre un Anglais et une Française par le consul anglais est nul suivant nos lois. Mais il ne tire aucune conséquence de cette constatation ni pour déclarer le mariage nul, ni pour y voir un mariage putatif à raison de la bonne foi ; il tire seulement du fait que les époux ont recouru au ministère du consul anglais une présomption en faveur de l'adoption du régime matrimonial anglais. C'est la première fois qu'une cour d'appel française reconnaît, même implicitement, l'existence d'un mariage, nul devant la loi française, mais valable selon la loi étrangère et proclame le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* en matière de mariage, alors que l'un des conjoints est Fran-

Ce point est d'autant plus important à noter que les lois des différents pays adoptent des idées très différentes sur les pouvoirs des consuls en matière de mariage. En Angleterre, est réputé valable le mariage entre Anglais et personnes de nationalité différente célébré devant un ministre de l'église anglicane à la légation de la Grande-Bretagne en pays étranger; mais, sans se soucier de la réciprocité, on déclare nul le mariage contracté en Angleterre, à la légation d'un pays étranger, entre une personne de nationalité anglaise et une autre nationale de ce pays. L'Angleterre est aussi un des rares pays qui admettent que leurs consuls peuvent célébrer les mariages à l'étranger entre leurs nationaux et des personnes de nationalité étrangère (*Act* du 28 juillet 1849). Cependant, l'*Act* du 18 août 1890, tout en maintenant cette règle, donne au gouvernement le droit de l'écarter (art. 9) quand il en résulte des inconvénients au point de vue des conflits de lois, du respect de la *Comitas gentium*, ou quand l'application pratique n'en paraît pas nécessaire. Cette disposition est reproduite par l'art. 21 de l'*Act* du 27 juin 1892 relatif au mariage des sujets anglais à l'étranger.

Un pareil pouvoir est attribué aux consuls allemands, mais seulement en vertu d'une concession spéciale du gouvernement (Lois du 4 mai 1870, art. 10 et du 6 février 1875, art. 85). On peut rapprocher de ces lois celles d'Italie (C. civ., art. 368; loi consulaire du 28 janvier 1866, art. 29), et de Hollande (loi du 25 juillet 1871, art. 12). La loi belge, plus restrictive, a voulu seulement faciliter les mariages et prévenir les unions irrégulières dans les pays où les formalités de la loi locale, civiles ou religieuses, sont d'une observation impossible ou très difficile, par exemple dans les pays hors chrétienté. A cet effet, les consuls peuvent recevoir des pouvoirs spéciaux pour célébrer les mariages entre des Belges et des *femmes étrangères* (loi du 10 mai 1882. V. aussi lois hongroises XXXI et XXXIII de 1894, *Ann. législ. étrang.*, 1895, p. 355 et 387). La Suisse n'admet pas la validité des mariages célébrés sur son territoire par un agent diplomatique ou un consul étranger, même entre nationaux de ce fonctionnaire (1). Cependant, les Suisses peuvent se marier devant les consuls d'autres pays chargés de leur

çais. En Autriche et en Italie, comme en France, la jurisprudence a déclaré nul un mariage célébré à l'ambassade britannique entre une Anglaise et un Autrichien ou par un consul américain entre une Italienne et un Américain, J. C., 1907, p. 340-341.]

(1) [Rapport présenté à l'assemblée fédérale par le conseil fédéral, en 1892, J. C., 1893, p. 664.]

protection à l'étranger, par exemple devant les consuls allemands dans les pays d'outre mer. Quant aux consuls suisses, ils n'ont le pouvoir de marier qu'en vertu d'une autorisation spéciale du Conseil fédéral qui est accordée dans les cas de nécessité, par exemple quand les différences confessionnelles ou l'absence d'autorité locale offrant des garanties sérieuses rendraient le mariage impossible [loi fédérale du 14 décembre 1874, art. 17, aujourd'hui abrogée par l'art. 62 (titre final) du code civil suisse du 10 décembre 1907, mais qui restera en vigueur jusqu'au 1er janvier 1912 (1).]

L'Institut de Droit international a consacré la compétence des agents diplomatiques et des consuls pour les mariages entre leurs nationaux seulement (Sessions de Munich et Lausanne, *Annuaire*, 1887-1888, p. 126) (2).

Si des étrangers se marient en France devant l'officier de l'état civil, ils doivent observer les formalités prescrites par la loi française, d'après la règle *Locus regit actum* (3).

On a bien essayé de soutenir que des étrangers pouvaient employer les formes admises par la loi de leur pays quand cela leur est matériellement possible, par exemple contracter un mariage *solo consensu* si leur loi nationale le permet. Mais cette solution est inadmissible, étant donné que notre loi impose les formes solennelles du mariage comme des règles d'ordre public, réserve faite du cas où les étrangers se marient sur notre territoire devant leurs agents diplomatiques ou leurs consuls. (V. Loi d'introduction au Code civil allemand, art. 13, alin. 3; cpr. Beauchet, J. C., 1885, p. 275; P. Fiore, *ibid.*, 1886, p. 301; [convention précitée du 3 juin 1908 entre la France et le Mexique, art. 1er] (4).

Certaines législations ne reconnaissent que le mariage religieux : on peut se demander quel sera le sort d'un mariage civil conclu en France par des nationaux d'un pays dont la loi n'admet pas cette forme du mariage. Pour beaucoup d'auteurs, cette disposition

(1) [Le conseil fédéral n'a pas usé de la faculté que lui accorde l'art. 17 de la loi du 24 décembre 1874 et il n'a conféré aux agents diplomatiques et consulaires suisses à l'étranger aucune attribution relative à la célébration des mariages. *R. G. D. I.*, 1901, p. 764, note 1; J. C., 1898, p. 436 et 1904, p. 1024. Cpr. Audinet, *Dr. int. pr.*, 2e édit , 1906, p. 406, note 1 et p. 432, note 4.]

(2) Stocquart, *Du principe de l'exterritorialité, spécialement dans ses rapports avec la validité des mariages célébrés à l'ambassade et au consulat*, R. D. I., XX, p. 260; J. C., 1874, p. 70; Lehr, *ibid.*, 1885, p. 659.

(3) Circ. minist. 4 mars 1831.

(4) [Paris, 3 mars 1898, J. C., 1898, p. 366; Trib. Seine, 27 juillet 1897, *ibid.*, 1897, p. 1029.]

concerne le statut personnel des nationaux étrangers, et, si elle n'est pas observée, le mariage est nul (1). Nous pensons au contraire qu'il ne s'agit là que d'une question de forme, dépendant de la loi du pays où le mariage est célébré, d'après la règle *Locus regit actum*. Sinon, en effet, le mariage serait impossible, pour les nationaux des pays dont la loi n'admet que le mariage religieux, en France et dans tous les Etats où la célébration du mariage religieux avant celle du mariage civil constitue un délit et, par conséquent, la violation d'une règle d'ordre public (art. 199, 200 C. pén., J. C., 1881, p. 85) (2).

D'ailleurs, il est toujours possible de faire célébrer le mariage religieux après le mariage civil, et de satisfaire ainsi aux exigences de la loi nationale des époux, en même temps qu'à celle de la loi locale (3). Dans tous les cas, serait-il nul d'après la loi nationale des époux qni n'admet que la forme religieuse, le mariage civil doit être réputé valable d'après la loi du pays de célébration et des puissances tierces, comme régulièrement contracté conformément à la règle *Locus regit actum*. En France, en particulier, la célébration civile s'imposant avant la célébration religieuse à titre de règle de droit pénal, par conséquent d'ordre public, il n'est pas douteux que la même disposition s'applique aux étrangers,

(1) [Tel est le point de vue de la Russie. L. Renault, *Les Conventions de La Haye,* 1903, p. 46-49. Tel est aussi le point de vue de la 1re ch. du Trib. civ. de la Seine, qui, le 25 novembre 1907 (affaire Edinson, J. C., 1908, p. 1148) a déclaré inexistant le mariage de deux israélites russes contracté en France, suivant la loi française, mais non devant un ministre de leur culte, par application de leur statut personnel russe, d'après lequel le mariage des israélites est exclusivement régi par la loi religieuse et consiste essentiellement dans la consécration par un ministre du culte judaïque. *Contrà* : note de M. Perroud, J. C., 1908, p. 1149-1152. Cpr. *Sur le mariage et le divorce des juifs étrangers en France,* Kebedgy et Naquet, J. C., 1908, p. 732 et 742; Cluzel, *Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France,* J. C., 1909, p. 5-37. V. ci-dessous, n. 255 *bis*-II, p. 745.

(2) Cass., 12 février 1895, D. P., 96. 1. 377. — [Depuis la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, le ministre d'un culte quelconque qui célèbre un mariage exclusivement religieux tombe encore, d'après une jurisprudence très catégorique, sous le coup des art. 199-200 Code pénal, quoique l'Etat ne reconnaisse aucun culte. Nancy, 26 avril 1906, J. C., 1906, p. 797 et la note; pourvoi rejeté, Cass., 9 décembre 1906, J. C., 1907, p. 97. Pendant les troubles vilicoles du Midi en 1908, l'évêque de Carcassonne a été condamné à 50 francs d'amende avec sursis pour avoir célébré le mariage de Mlle F... sans qu'elle fût mariée civilement : il alléguait pour sa défense que la mairie se refusait à la célébration du mariage. V. J. C., *Quest. et sol. prat., Quest.* 158, 1907, p. 95-96 et p. 97-98.]

(3) Lettre du garde des Sceaux au procureur de la Seine, 11 mai 1892, J. C., 1892, p. 1242. [Cette mesure est sage et conciliatrice.]

quelles que soient les prescriptions contraires de leur statut personnel (1).

Souvent leur loi nationale impose aux étrangers l'obligation d'accomplir certaines formalités dans leur pays, par exemple d'y faire faire une ou plusieurs publications comme celle qu'exige l'art. 170 C. civ. pour les Français. C'est ainsi que des publications préalables sont exigées par les codes italien (art. 100), autrichien (art. 4), hollandais (art. 158); les lois allemandes du 4 mai 1870, art. 5, et du 6 février 1875, art. 47; la loi belge du 20 mai 1882 (art. 170 Code Napoléon). La loi espagnole du 18 juin 1870 dispose que tout mariage contracté par un Espagnol à l'étranger doit être transcrit dans les quinze jours sur les registres du consul d'Espagne le plus proche. Mais toutes ces formalités n'ont pas d'influence sur la validité du mariage *en France*, validité qui sera toujours reconnue pourvu que l'on se soit conformé aux dispositions de la loi française. D'ailleurs nombre de lois, par exemple le code italien, n'imposent pas les publications à peine de nullité.

SECTION II

DU MARIAGE QUANT AUX CONDITIONS DE FOND

251. Les conditions de fond du mariage sont celles qui concernent l'aptitude à pouvoir se marier, soit en général, soit avec telles personnes déterminées. Or, cette aptitude à accomplir cet acte

(1) Trib. corr. Toulouse, 7 mai 1890, J. C., 1891, p. 225. — Comp. A. Laurent, J. C., 1895, p. 268; Stocquart, *Des lois espagnoles sur le mariage et de leur effet extraterritorial, R. D. I.*, 1891, p. 134; Olivi, *R. D. I.*, 1883, p. 229. V. consultation anonyme, J. C., 1892, p. 417; Affaire Mielvaque-Martinez-Campos, J. C., 1887, p. 451; [Weiss, *Man. de dr. int. pr.*, 6e édit., 1909, p. 475. — *Contrà* : Savigny, *Système*, t. VIII, p. 381 *in fine*, trad. Guenoux, p. 355; Champcommunal, *Rev. crit.*, 1896, p. 588; Pillet, *Principes*, 1903, p. 479; Surville et Arlbuys, *Dr. int. priv.*, 4e édit., 1904, p. 310; X., J. C., *Quest. et solut. prat.*, *Quest.* 158, 1907, p. 93-102; Lettre du Grand-Juge, ministre de la justice, du 16 mai 1810, au pasteur Goepp, président du Consistoire de l'Eglise chrétienne de la confession d'Augsbourg; lettre du garde des Sceaux, ministre secrétaire d'Etat de la justice, en 1815 (D. A., v° *Mariage*, n. 195-1°); lettres ministérielles reproduites presqu'*in extenso* dans l'acte de mariage du 24 août 1819, entre le sieur Schuchart (Hessois) et la demoiselle Ernouf (Française), transcrit dans l'arrêt de la Cour de Paris du 18 décembre 1837 (S., 1838. 2. 114), qui a annulé le mariage en question célébré en France par un ministre protestant; Trib. civ. Seine, 1re ch., 25 nov. 1907, J. C., 1908, p. 1148 et la note de M. Perroud en sens contraire. Pour les israélites autrichiens ou russes, V. Trib. Seine, 28 avril 1906, J. C., 1906, p. 1146; 26 février 1907 (Levinçon), J. C., 1907, p. 760. Pour les juifs roumains, V. Trib. Seine, 14 février 1908, J. C., 1908, p. 813.]

particulier, le mariage, n'est qu'une manifestation de la capacité générale; aussi les raisons qui ont été déjà développées, et qui conduisent à soumettre à leur loi nationale la capacité des personnes, doivent faire décider que cette même loi règlera l'aptitude à pouvoir contracter mariage. Le principe posé dans l'art. 3, alin. 3 C. civ. reçoit, conformément à cette idée, son application particulière au mariage dans l'art. 170 *in fine*.

On sait que la loi nationale cesse de s'appliquer toutes les fois qu'elle est en contradiction avec l'ordre public du pays où elle est invoquée; cette restriction se présentera fréquemment à propos du mariage, qui, sous tant de rapports, touche à la morale et à l'intérêt général de la société. Il est d'ailleurs impossible de préciser en une seule formule la portée de la restriction à l'application de la loi nationale des parties venant de l'ordre public : il faut, en cette matière essentiellement relative, tenir compte des idées particulières à chaque législateur et se demander, à propos de chaque condition de fond du mariage, si elle est ou non d'ordre public.

On doit, du reste, se garder de considérer toutes les conditions indiquées par la loi locale pour pouvoir contracter mariage comme étant d'ordre public : il faut distinguer entre elles et ne pas assimiler, par exemple, le consentement des ascendants ou la nécessité des actes respectueux à la prohibition de l'inceste et de la polygamie. C'est ce que n'a pas fait le code italien de 1866, qui, dans son art. 102, impose aux étrangers l'observation de *toutes* les conditions prescrites par la loi italienne pour le mariage.

Cependant, des auteurs italiens estiment que cette disposition ne vise pas les conditions d'âge et de consentement qui dépendraient uniquement de la loi nationale des époux; mais ce point est controversé en Italie (1). En Suisse, la loi du 24 décembre 1874 [abrogée à partir du 1er janvier 1912 par l'art. 61 du titre final du nouveau code civil suisse du 10 décembre 1907], art. 25, reproduisant l'art. 54 de la constitution fédérale de 1874, et répétée dans la loi genevoise du 4 avril 1876, art. 135, exige de tout étranger les conditions de capacité matrimoniale imposées à la fois par sa loi nationale et par la loi helvétique. Cette règle ne semble s'appliquer qu'au futur étranger; pour la femme étran-

(1) Esperson, J. C., 1880, p. 342; Cimbali, *Il matrimonio dello straniero*, I, ch. I, p. 49 et suiv. — Suivant cet auteur, la loi italienne ne s'imposerait que pour les règles d'ordre public.

gère, on n'exigerait que la capacité prescrite par la loi suisse, au mépris de son statut personnel fixé par sa loi nationale. De plus, l'art. 54 de la constitution fédérale, reproduit par l'art. 25, alin. 3, de la loi de 1874, conduit à ce résultat, condamné par les écrivains suisses eux-mêmes, que le Suisse marié à l'étranger n'aurait qu'à remplir les conditions de capacité prescrites par la loi locale, sans avoir à se préoccuper de sa loi nationale. Un mariage contracté à l'étranger, même contrairement aux règles d'ordre public consacrées en Suisse, serait réputé valable dans ce dernier pays, puisque la nullité ne pourrait provenir que des dispositions et de la loi étrangère et de la loi helvétique : cette dernière solution n'est pas cependant acceptée par tous les juristes suisses (1).

[A partir du 1er janvier 1912, date de l'abolition de la loi du 24 décembre 1874 sur le mariage (art. 62 du titre final du code suisse du 10 décembre 1907), l'art. 7 *f* de la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, complété par l'art. 61 du titre final du même code, entrera en vigueur : « La validité d'un mariage célébré à l'étranger conformément aux lois qui y sont en vigueur est reconnu en Suisse, à moins que les parties ne l'aient conclu à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les causes de nullité prévues par la loi suisse. Le mariage qui n'est pas valable à la teneur de la loi étrangère sous l'empire de laquelle il a été contracté ne peut être annulé en Suisse que s'il est annulable à teneur de la loi suisse ».]

Il est d'ailleurs inutile de revenir sur la théorie d'après laquelle la capacité s'apprécie d'après la loi du domicile et dont les partisans font aussi l'application au mariage ; la réfutation en a été déjà faite. Cependant, une variante a été apportée à cette opinion générale par quelques auteurs : pour eux, la capacité de la femme pour contracter mariage dépendrait, comme celle du mari, de la loi du lieu où ce dernier est domicilié ; parce que, dit de Savigny, c'est en ce lieu que se trouve *le siège du lien conjugal*. Quant aux jurisconsultes anglo-américains, fidèles à la tradition féodale de la réalité des lois, ils font dépendre, en principe, de la loi du lieu

(1) V. Dicey, trad. Stocquart, *loc. cit.*, II, p. 39; E. Lehr, J. C., 1884, p. 52; P. Fiore, *ibid.*, 1886, p. 164; Esperson, *ibid.*, 1880, p. 343; Roguin, *loc. cit.*, p. 56; A. Martin, *De la capacité civile selon la législation suisse*, J. C., 1883, p. 33. — [L'art. 1er *in fine* de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 vise cette disposition de l'art. 25 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874. V. L. Renault, *op. cit.*, p. 38-39. V. ci-dessous, n. 255 *bis*.]

où le mariage se réalise, l'aptitude à le contracter. Cette application de la *lex loci contractus*, qui conduit jusqu'à la négation du statut personnel, s'explique par la confusion que commettent la plupart de ces jurisconsultes entre les conditions de fond et celles de forme : la règle *Locus regit actum* est vraie, pour eux, en ce qui concerne les unes et les autres. Du reste, la jurisprudence américaine manque de logique : étant donné le principe admis par elle, elle devrait considérer comme valable le mariage contracté par des Anglais contrairement à la loi de leur pays, mais conformément à celle de l'Etat où ils se sont mariés ; néanmoins elle a annulé l'union célébrée en Danemark, et valable d'après la loi danoise, entre un Anglais veuf et sa belle-sœur, parce que les statuts 5 et 6 de Guillaume IV prohibent les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs (1). Il est juste d'ajouter, du reste, qu'on a expliqué cette décision par l'application de la loi du domicile, étant donné que les Anglais mariés en Danemark avaient conservé leur domicile en Angleterre et devaient être régis par la loi de ces dernier pays.

Cependant les représentants les plus éminents de la doctrine anglo-américaine en viennent peu à peu à répudier ces idées surannées : sans aller jusqu'à adopter l'application de la loi nationale, ils finissent par reconnaître que l'aptitude à contracter mariage dépend de la loi du domicile, reconnaissant ainsi le statut personnel et écartant l'ancienne règle de la territorialité absolue des lois. Tel est le dernier état de la jurisprudence anglo-américaine, au dire des publicistes les plus autorisés. Cependant on continue à regarder le consentement des ascendants comme une condition de forme dépendant de la loi du lieu de la célébration et on n'admet jamais la nullité du mariage pour cause de fraude de la part des époux allant se marier à l'étranger afin d'esquiver l'application de la loi de leur pays. Il résultait de là des conflits regrettables entre la France et l'Angleterre, quand des Français se mariaient dans ce dernier pays sans le consentement de leurs parents. Le gouvernement anglais se contentait, en effet, d'un certificat général du consul, établissant que les Français avaient la capacité de se marier d'après la loi nationale (2).

(1) [V. *Act* du 4 août 1906 sur les mariages coloniaux entre beau-frère et belle-sœur, *Ann. législ. étr.*, 1907, p. 11.]

(2) [La situation a été notablement améliorée depuis l'accord du 26 juin 1905 entre la France et l'Angleterre relativement au mariage des Français dans ce pays (*R. D. I. P.*, 1905, p. 930) et surtout depuis la loi anglaise du 29 nov. 1906 sur

§ I. *Mariage des Français à l'étranger.*

252. Le Français qui veut contracter mariage en pays étranger doit satisfaire aux conditions d'aptitude déterminées par sa loi nationale, conformément au principe théorique développé ci-dessus, consacré d'une manière générale par l'art. 3 alin. 3 C. civ. et spécialement appliqué au mariage par l'art. 170 C. civ. Il faut donc que le Français ne viole aucun des empêchements dirimants ou prohibitifs énoncés dans notre loi : on sait du reste que l'inobservation d'un empêchement prohibitif ne donne lieu qu'à une sanction qui varie suivant les cas et n'amène pas la nullité du mariage.

Le défaut de la notification qui a remplacé les actes respectueux de 1804 et l'acte respectueux unique de la loi de 1896 constituant un empêchement prohibitif, l'art. 170 C. civ., par application de l'idée rappelée plus haut, commande que cette notification soit faite en France par le Français qui veut se marier à l'étranger (art. 170 *in fine* et art. 151 C. civ., loi du 21 juin 1907). On a cependant soutenu que la notification n'est qu'une formalité du mariage et on en a conclu qu'il fallait observer, en ce qui la concerne, la loi du lieu où le mariage est célébré, d'après la règle *Locus regit actum ;* mais, ajoute-t-on, l'art. 170 déroge à l'application ordinaire de cette règle, en exigeant de plus, comme pour la publication, qu'on fasse aussi la notification en France. Pour établir que la notification n'est qu'une formalité, on fait remarquer que l'époux obligé de la présenter peut se marier malgré le défaut de consentement de ses parents et que, par suite, sa capacité n'est nullement atteinte : il ne s'agit pas d'une condition *de fond* du mariage. La notification, étant donné ce point de vue, ne serait qu'une manière d'informer les parents du mariage, imposée par le législateur par déférence pour eux et parce qu'il serait peu convenable que les ascendants ne fussent avertis de l'union qui va être contractée que par la publicité générale.

Cette façon de comprendre la notification ne correspond nullement à sa nature ni au but que s'est proposé le législateur en l'exigeant. Comprenant que le mariage des descendants ne pouvait dépendre indéfiniment du consentement des ascendants, il a

les mariages entre sujets anglais et étrangers (*Ann. législ. étr.*, 1907, p. 30. Addison Smith, *Juridical Review,* Edinburg, janvier 1908; J. C., *Mariages contractés à l'étranger selon le droit anglais,* 1908, p. 429-431 ; Haute Cour de Justice, *Probate, Divorce and Admiralty division,* 7, 8 et 10 décembre 1906, J. C., 1908, p. 547.]

cependant voulu que les futurs époux sollicitassent d'une manière spéciale ce consentement, quel que fût leur âge, pour les contraindre à tenir compte des observations qui pourraient leur être présentées par ceux dont l'affection est une garantie d'impartialité. Mais, en imposant ainsi aux futurs époux l'obligation d'attendre et de réfléchir si leurs ascendants s'opposent à la célébration immédiate du mariage, le législateur montre bien qu'il se méfie de leur entraînement et qu'il les place dans une sorte d'incapacité momentanée. Cependant, comme il ne s'agit ici que d'une simple précaution à prendre, la loi n'est pas allée jusqu'à déclarer le mariage nul pour défaut de notification (1). D'ailleurs, cette précaution est assez critiquable; dans la pratique, elle n'arrête guère de mariages et ne paraît avoir pour résultat que de rompre les bonnes relations entre ascendants et descendants : voilà pourquoi la plupart des législations modernes l'ont supprimée, [accentuant l'évolution qu'a accusée notre droit de 1896 à 1907.]

La notification étant ainsi considérée comme une condition de fond du mariage et non comme une formalité, il faut en conclure que les Français qui se marient à l'étranger doivent la faire présenter conformément à la loi française, sans se préoccuper des dispositions de la loi locale (2).

Si les parents à qui la notification doit être présentée se trouvent en pays étranger, on leur adressera cet acte en observant la loi française [pour le contenu de l'acte et pour les délais]; mais on suivra la loi locale pour les formes mêmes de la présentation, par exemple le code hollandais (art. 101-104) qui indique des formalités différentes de celles de notre code civil. Si cette loi locale n'a rien fait pour organiser ces formalités parce qu'elle n'exige pas les actes respectueux, comme la loi espagnole du 18 juin 1870, on se dispensera de cette condition par l'excellente raison qu'à l'impossible nul n'est tenu, ou bien on recourra au ministère du consul qui remplace le notaire français (Décision ministérielle, 11 janvier 1894, J. C., 1895, p. 688).

Parfois, en vertu de règlements spéciaux motivés par des néces-

(1) [Trib. civ. Tunis, 1re ch., 28 fév. 1907, J. C., 1908, p. 496 : jugé que le défaut d'actes respectueux pour un mariage contracté par un Français à New-York le 25 octobre 1902, n'est pas de nature à vicier ce mariage, à moins qu'il ne soit démontré que leur omission est intentionnelle et a eu pour but de faire fraude à la loi française ; Bruxelles, 7e ch., 6 mai 1908, J. C., 1909, p. 237.]

(2) Trib. Seine, 21 déc. 1885, J. C., 1886, p. 449 [pour les actes respectueux, aujourd'hui remplacés par la notification.]

sités pratiques, les Français qui se marient dans les colonies son dispensés de certaines conditions de forme ou de fond prescrite par le code civil. Par exemple, en Cochinchine, ils n'ont pas fournir certaines pièces, comme leur acte de naissance ou l'act de décès de leur premier conjoint, quand d'autres pièces son jugées suffisantes pour les remplacer; ils sont dispensés des acte respectueux [aujourd'hui de la notification] quand leurs parent habitent la métropole; enfin les autorités coloniales peuvent n pas exiger les publications [aujourd'hui l'unique publication] e suppléer au consentement des ascendants (V. décret du 27 janvie 1883).

253. L'obligation, pour le Français qui se marie en pays étran ger, de se conformer à la loi française pour toutes les conditions d fond conduit à distinguer deux cas, suivant que la loi étrangèr est plus large ou plus rigoureuse que notre code civil pour auto riser le mariage.

A. La loi étrangère est-elle plus large, le Français ne pourra pas bénéficier de ses dispositions contraires à la loi qui régit son statut personnel. C'est ainsi qu'il ne pourra contracter mariage, en invoquant les dispositions de la loi locale, avant l'âge exigé par notre législation; ni avec une personne qui est unie à lui par le lien de parenté au degré prohibé par le code civil; ni enfin se remarier quand son conjoint est absent (art. 189 C. civ.), bien que, en pareil cas, certaines législations autorisent le mariage au bout d'un certain temps, en s'inspirant des raisons fort sages données par Montesquieu (1) : tels sont le code hollandais qui fixe le délai de dix ans (art. 549 à 551), et le nouveau code allemand (art. 1348 et suiv.).

Quant à l'influence des vices du consentement sur la validité du mariage, il faudra suivre aussi la loi nationale des parties, car il s'agit d'une appréciation de la capacité. Il y aurait lieu cependant de tenir compte de la loi territoriale dans le cas de dol ou de violence, car ces faits constituent des délits ou des quasi-délits et leur réparation, y compris la nullité du mariage, est une règle d'ordre public. La loi nationale doit être enfin suivie pour déterminer l'influence de l'interdiction ou de l'aliénation mentale sur la validité du mariage. On sait seulement que, pour l'erreur sur la personne et l'effet de l'interdiction au point de vue du mariage, il se présente de sérieuses difficultés qui autorisent les tribunaux

(1) *Esprit des lois*, XXVI, 9.

français ou étrangers chargés de les trancher à adopter telle opinion qu'ils jugent convenable.

B. Si la loi étrangère est plus rigoureuse que notre code civil au point de vue des conditions exigées pour le mariage, le Français qui ne l'aura pas observée, mais qui se sera conformé à sa loi nationale, contractera une union valable en France; mais son mariage sera-t-il nul en pays étranger? Cette question dépend de celle de savoir si les conditions prescrites par la loi étrangère et auxquelles le Français ne s'est pas conformé sont ou non considérées comme étant d'ordre public par le législateur étranger. Or, cette dernière question, on l'a déjà vu, est toute relative et dépend des idées particulières adoptées à cet égard dans chaque pays. C'est ce dont on peut se rendre compte par quelques exemples.

Si un Français, ayant l'âge requis par le code civil, veut se marier dans un pays où l'on fixe à un âge plus avancé le moment de la puberté, pourra-t-on s'opposer à son mariage : par exemple en Danemark où le mariage n'est possible qu'à 20 ans, tandis que notre législation le permet à 18 ans ?

Plusieurs auteurs estiment que l'âge de la puberté est fixé par chaque législateur par suite de certaines considérations de morale et d'intérêt social, afin d'éviter des unions prématurées, dangereuses pour les mœurs, la bonne organisation de la famille et le développement de l'espèce humaine au point de vue physiologique : ils en concluent que la loi locale est absolument impérative à cet égard et qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des dispositions contraires de la loi nationale des époux. Mais peut-être est-il plus juste de remarquer que chaque législateur, en fixant l'époque de la puberté, s'inspire du développement physique et moral plus ou moins rapide de ses nationaux, provenant de l'influence de la race et du climat, et que, dès lors, il y a lieu de se référer dans ce cas à la loi nationale des parties. Il ne s'agit pas, en pareille matière, d'une règle de morale ou d'intérêt social absolue, étant donné le point de vue particulier auquel se place chaque législateur, mais d'une disposition législative toute contingente et relative, provoquée par la situation spéciale des habitants d'un pays. On pourrait objecter les dispositions de la loi pénale et d'ordre public qui punit l'attentat à la pudeur, même sans violence, sur des personnes d'un âge moins avancé que celui qui est fixé par la loi étrangère pour permettre le mariage. Mais on ne saurait assimiler sérieusement à un crime le mariage régulièrement contracté par des étrangers à l'âge que le législateur de leur pays a reconnu

suffisant, en tenant compte de la situation de ses nationaux (1).

Au point de vue des liens de parenté entraînant une prohibition de mariage, nombre de lois sont plus sévères que la nôtre. En Autriche, le mariage est interdit entre cousins germains et alliés au même degré (loi du 1er janvier 1857, art. 65 et 66); en Espagne (loi du 18 juin 1870) et en Portugal jusqu'au quatrième degré canonique, exclusivement; en Angleterre, jusques et y compris le troisième degré en ligne collatérale, d'après la computation du droit romain; en Russie, jusqu'au quatrième degré canonique, d'après la décision du concile de Latran de 1215, adopté par l'église grecque (Svod, ou Digeste russe, liv. I, tit. I, art. 14, 51). Pour savoir si ces prohibitions s'imposent à des étrangers dont la loi nationale est moins rigoureuse, quelques auteurs, à l'exemple de Montesquieu, distinguent entre l'inceste du Droit des gens et celui du Droit civil (2). Le premier, consistant dans l'union entre parents en ligne directe ou entre frère et sœur, est tellement contraire à la morale et au sentiment intime de la conscience qu'il devrait être prohibé par tous les peuples civilisés. Les autres prohibitions, au contraire, présenteraient un caractère plus ou moins arbitraire, dépendraient des idées particulières admises dans chaque pays, de telle sorte qu'il n'y aurait pas lieu de les imposer à des étrangers dont la loi nationale ne les contient pas.

Cette distinction entre les deux espèces d'inceste présente quelque chose de fictif qui ne semble guère conforme aux idées de chaque législateur quand il édicte une prohibition de mariage fondée sur les liens de parenté. A tort ou à raison (c'est un point qu'il n'y a pas lieu d'examiner), chaque législateur croit avoir, en cette matière, le monopole de la morale absolue, et c'est parce qu'il regarde une union entre certains parents comme contraire à la nature elle-même, qu'il la prohibe. Aussi la loi locale s'imposera-t-elle toujours en pareil cas. Il en est ainsi même pour les mariages qui sont permis moyennant dispense, car le législateur se réserve d'apprécier certaines considérations graves qui peuvent parfois autoriser une dérogation à sa rigueur ordinaire.

Si la loi étrangère se montrait plus exigeante que la nôtre au point de vue du consentement des ascendants, le Français n'aurait pas à en tenir compte, puisqu'il ne s'agit, en pareil cas, que

(1) Cpr. Conseil permanent de révision d'Alger, 12 février 1891, *Le Droit*, 1er mai 1891, et Cour d'assises d'Alger, 3 mai 1899, *Gaz. des trib.*, 8 et 9 mai 1899.

(2) *Esprit des lois*, XXVI, 14.

d'une question de capacité ne pouvant pas intéresser l'ordre public tel qu'il est compris par la loi étrangère (1).

Quelques législations contiennent des prohibitions non seulement plus sévères que celles édictées par notre code, mais encore inconnues dans notre législation : par exemple, prohibition de mariage entre chrétiens et non chrétiens en Autriche (code de 1811, (art. 65); entre grecs ou catholiques et non chrétiens en Russie; entre chrétiens de confessions différentes en Serbie; entre gens de couleur et blancs à la Louisiane (code, art. 95) (2); entre tuteur et pupille en Prusse (code général, IIe part., tit. 1, §§ 14 et 917 à 984, disposition abrogée par la loi du 6 février 1875, art. 37, *Ann. de législ. étrang.*, 1876, p. 229) et en Espagne (loi du 18 juin 1870, art. 6). Il est tout d'abord certain que des Français ne pourront pas épouser, dans les pays où la loi consacre de pareils empêchements au mariage, des personnes étrangères placées sous le coup de ces prohibitions par leur loi nationale. S'il s'agit d'un mariage entre Français, il est possible que les tribunaux étrangers maintiennent ces prohibitions comme étant d'ordre public, bien qu'on puisse soutenir qu'elles tiennent à des raisons toutes locales qui n'en justifient plus l'application aux étrangers, par exemple à la religion d'Etat dont l'observation de la part des étrangers importe peu, même au point de vue du législateur qui l'a établie.

En ce qui concerne particulièrement la prohibition de mariage entre tuteur et pupille, l'application de la loi nationale des parties semble tout naturellement indiquée, car cette prohibition est motivée par le désir de protéger les pupilles contre l'influence de

(1) [En ce qui concerne le consentement des ascendants requis du descendant qui se marie à l'étranger, nos tribunaux, comme les tribunaux italiens, en affirment la nécessité, sous peine de nullité, conformément à la loi nationale : Trib. civ. Seine, 1re ch., 5 mars 1907, J. C., 1908, p. 814 et la note; 24 mars 1908, J. C., 1909, p. 487; Cour d'appel de Florence, 7 août 1907, J. C., 1908, p. 601; Cass., Florence, 27 avril 1908, J. C., 1909, p. 275. Seulement, comme le défaut de consentement est souvent accompagné du défaut de publication, nos tribunaux, pour échapper à la courte prescription de l'action en nullité pour défaut de consentement des ascendants (art. 183 C. civ.), voientvolontiers dans le défaut de publication un élément de clandestinité et déclarent le mariage entaché d'une nullité absolue, qui peut être invoquée indéfiniment. V. Trib. civ. Seine, précités, 5 mars 1907 et 24 mars 1908, J. C., 1908, p. 814 et 1909, p. 487.]

(2) Disposition abrogée depuis 1868, comme conséquence de la suppression de l'esclavage. Certains Etats persistent à faire un crime de l'union entre blancs et gens de couleur, par exemple le Texas. Mais la Cour fédérale ne tient pas compte des lois locales contraires à la constitution. V. *Le Droit*, 1884, 13 septembre.

leur tuteur et, comme il sera établi dans la suite, toutes les mesures de protection rentrent dans le statut personnel.

Quant à l'engagement dans les ordres, si on le regarde comme constituant un empêchement au mariage d'après notre droit français, il conservera le même effet pour le prêtre français qui voudrait se marier à l'étranger (1). Si l'on se prononce en sens contraire, ce qui est beaucoup plus conforme à l'esprit de notre législation (2), le prêtre français peut se voir objecter l'empêchement tiré de son caractère et formellement établi par la loi étrangère (Espagne, décret du 9 février 1875, art. 6; Russie, Svod, liv. I, tit. I, du mariage, addition à l'art. 1; Autriche, code civil, art. 62 et 63). Il est probable que les tribunaux étrangers considèreront cet empêchement comme motivé par une raison de morale absolue et l'imposeront aux Français.

Peu à peu d'ailleurs ces prohibitions, basées sur des considérations religieuses qui perdent de leur influence chaque jour au point de vue de la loi et de l'organisation sociale, tendent à disparaître (3).

En définitive, c'est toujours la loi nationale des parties qu'il faudra suivre pour déterminer leur aptitude à pouvoir se marier, sauf à appliquer la loi territoriale pour les points qui touchent à l'ordre public. Le code autrichien déroge à ce principe, en disposant (art. 51) que les mineurs étrangers qui ne pourront produire le consentement de leurs parents pour le mariage seront autorisés par un curateur nommé par le tribunal autrichien. Valable en Autriche, le mariage contracté dans ces conditions par un mineur français serait nul en France pour violation du statut personnel (art. 170 C. civ. *in fine*).

254. Pour que l'étranger, par exemple le Français, établisse sa capacité au point de vue du mariage d'après sa loi personnelle, un certain nombre de législations se contentent des preuves de droit commun sans en exiger de spéciales dans ce cas (code autrichien, art. 24, et loi espagnole du 18 juin 1870, art. 15). Dans d'autres pays, on demande à l'étranger qui veut se marier de produire un certificat émanant des autorités de sa nation et attestant qu'il satisfait à toutes les conditions exigées par sa loi personnelle.

(1) Cass., 26 février 1878, S., 78. 1. 241.

(2) Cass., 23 janvier 1888, *Le Droit* du 29 janvier 1888.

(3) Pour l'engagement dans les ordres : loi allemande du 9 mars 1874, art. 56; en Italie, code de 1866, art. 162; Mexique, loi du 14 décembre 1874. — Pour différence de religion : Espagne, loi du 18 juin 1870.

Cette exigence est bien rigoureuse, car souvent l'étranger sera dans l'impossibilité de donner le certificat qu'on lui demande, aucune autorité n'étant compétente dans son pays pour rédiger un acte semblable. Aussi la loi prussienne du 13 mars 1854, modifiée depuis par celle du 31 mars 1864, qui, dans son art. 1er, impose aux étrangers la production de ce certificat, a-t-elle été abrogée en 1858, en ce qui concerne les Français, parce que ces derniers ne pouvaient pas le fournir. Pareille dispense a été accordée en Prusse, pour la même raison, aux Anglais et aux Américains des Etats-Unis. Mais le certificat est exigé par la loi de l'Empire du 6 février 1875 et, spécialement pour l'Alsace-Lorraine, par celle du 16 mai 1892 (*Ann. législ. étrang.*, 1876, p. 215 et 1893, p. 307). D'ailleurs, l'art. 1315 du nouveau code civil réserve sur ce point l'application de la loi des Etats confédérés.

Il a été convenu, en 1877, par un accord diplomatique avec la Suisse, que le certificat de capacité pour le mariage, exigé des étrangers par la loi fédérale du 24 décembre 1874, art. 31 et 37, serait délivré aux Français par l'ambassadeur de France à Berne (1). [Ce certificat ne sera plus exigé à compter du 1er janvier 1912, la loi fédérale suisse sur le mariage étant abolie par l'art. 62 du titre final du nouveau code civil, appelé à entrer en vigueur à cette date; art. 7 *e*, loi fédérale du 25 juin 1891.]

§ II. *Mariage des étrangers en France.*

255. D'après l'interprétation qui est généralement adoptée de l'art. 3, alin. 3 C. civ., la capacité de l'étranger est fixée par sa loi nationale, comme celle du Français en pays étranger. Il n'y aura lieu d'exclure l'application de la loi étrangère pour s'en tenir à la loi française que s'il s'agit d'une règle d'ordre public. Il va sans dire, d'ailleurs, que si les futurs époux sont de nationalité différente, la capacité de chacun, au point de vue de la faculté de contracter mariage, devra être appréciée d'après les dispositions spéciales de sa loi nationale (2).

Etant donné ce principe général et par application de ce qui a été dit ci-dessus, on suivra la loi nationale de l'étranger pour les

(1) V. aussi loi génevoise du 5 avril 1876, art. 54, J. C., 1877, p. 573 et circ. min. du 5 août 1884, J. C., 1884, p. 567. On a proposé la création d'un office international pour trancher ces difficultés, comme il en existe un pour la propriété littéraire ou industrielle. V. Lehr, J. C., 1884, p. 49.

(2) Paris, 28 mai 1880, J. C., 1880, p. 300; Olivi, *loc. cit.*, p. 221.

dispositions relatives au consentement des ascendants (circ. min. des 26 janvier 1876 et 10 mars 1883, J. C., 1883, p. 221, et du 24 août 1884, J. C., 1884, p. 568, pour les Suisses dispensés du consentement des ascendants par la loi fédérale de 1874), aux vices du consentement et aussi à l'âge requis pour le mariage : cependant des circulaires du ministre de la justice du 10 mai 1824 et du 28 avril 1832 imposent aux étrangers l'obligation de solliciter des dispenses d'âge toutes les fois qu'elles sont exigées par la loi française, ce qui revient à écarter sur ce point la loi étrangère. Suivant la circulaire du 10 mai 1824, les dispenses de parenté sont exigées des étrangers comme des Français, même si leur loi nationale ne les impose pas. Mais, d'après les circulaires des 26 février 1840 et 4 juillet 1844, ils doivent les obtenir des autorités de leur pays, ce qui leur sera bien difficile, leur loi nationale n'ayant pas prescrit les dispenses dans les mêmes cas que la loi française.

La loi française devra être au contraire strictement observée pour la prohibition de la polygamie et les empêchements venant de la parenté. Quant aux empêchements résultant du lien de parenté fictive créée par l'adoption, il est plus juste de s'attacher à la loi nationale ; il ne semble pas que ces prohibitions de l'art. 348 C. civ. intéressent l'ordre public international, puisque leur violation, d'après l'opinion générale, n'amène pas la nullité du mariage. Le mariage sera également interdit à l'étranger dont le conjoint est absent, lui fût-il permis de se marier en pareil cas d'après sa loi nationale. Des doutes ont été émis pour le cas où la loi étrangère établit une présomption de mort à l'égard de l'époux disparu, situation qui pourrait être assimilée à celle du divorce. Mais il suffit qu'il y ait possibilité de bigamie, dans le cas où la présomption de mort serait démentie par les faits, pour que, en vertu de l'ordre public, le mariage ne soit pas permis d'après notre législation. D'autres prétendent que l'art. 139 C. civ. n'a pour objet que de mettre un obstacle à l'action en nullité du second mariage tant qu'on ne produit pas la preuve de l'existence de l'époux disparu, et non d'empêcher ce second mariage. Mais si l'art. 139 constitue une précaution à l'égard des attaques faites à la légère contre la validité du second mariage quand il a été contracté, il n'en est pas moins vrai que celui-ci n'est pas permis en principe, au nom même de l'ordre public.

Si la loi étrangère est plus rigoureuse que la loi française, on acceptera ses dispositions en tant qu'elles ne violent pas l'ordre

public : par exemple, on respectera la loi qui prohibe le mariage entre parents à un degré plus éloigné que celui fixé par notre code; mais non celle qui est contraire à nos principes de liberté religieuse et d'égalité sociale en interdisant le mariage entre personnes de religion différente, ou entre blancs et gens de couleur, ou, d'après la jurisprudence actuelle, celle qui défend aux prêtres catholiques de se marier (1); ni celle qui paraîtrait immorale en France, par exemple en autorisant la demande en nullité du mariage pour impuissance naturelle du mari, ainsi que le font la loi espagnole du 18 juin 1870, art. 4 et l'art. 107 du code civil italien (2).

Quant aux prohibitions venant des condamnations prononcées à l'étranger, il y aurait lieu d'appliquer les principes déjà indiqués. Sans doute les déchéances pénales peuvent être invoquées en tous pays, puisqu'elles constituent une modification du statut personnel; mais, depuis l'abolition de la mort civile en France, toute condamnation ayant pour effet de rendre le mariage impossible est réputée immorale et doit être écartée par respect pour l'ordre public. C'est pour cette raison seulement qu'il faudrait rejeter à cet égard l'application de la loi étrangère, et non en disant, comme certaine décision judiciaire, que les empêchements édictés par la loi étrangère doivent être aussi consacrés par la loi française pour être acceptés en France (3).

Il y a lieu de se rappeler du reste que les indigènes de plusieurs colonies peuvent se prévaloir des dispositions de leur loi personnelle, quelque contradictoires qu'elles soient avec les règles d'ordre public admises dans la métropole.

Pour constater la capacité des étrangers d'après leur loi nationale au point de vue du mariage, une circulaire du garde des sceaux du 4 mars 1831 (S., 36. 2. 342) exigeait la production d'un certificat semblable à celui que demandent certaines législations

(1) Pontoise, 6 août 1884, J. C., 1885, p. 296.

(2) [Malgré l'irrecevabilité de la preuve « de l'impuissance manifeste et perpétuelle » dont parle l'art. 107 du code civil italien, le tribunal de première instance de Tunis, 1re chambre, a cru pouvoir ordonner, le 27 novembre 1907, entre époux italiens, une expertise médicale à l'effet de vérifier si, comme le prétendait la demanderesse en nullité du mariage, le mari se trouvait « dans un état manifeste et permanent d'impuissance virile ». J. C., 1908, p. 811. Nous estimons que cette preuve qu'admettait le statut personnel italien aurait dû être écartée pour raison d'ordre public. Cpr. Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Mariage*, p. 7; v° *Ordre public*, p. 363; v° *Preuve*, p. 449. V. cep. ci-dessous, n. 275, I, *in fine*.]

(3) Affaire Becker, Caen, 16 mai 1846, D. P., 47. 2. 33.

étrangères. La difficulté pratique que présentait l'obtention de cette pièce détermina le Procureur près le Tribunal de la Seine, le 7 juillet 1833, à la remplacer par l'attestation de sept témoins, compatriotes du futur époux étranger, rédigée dans les formes indiquées par les art. 70 et 71 C. civ. pour l'acte de notoriété servant à remplacer l'acte de naissance. Mais cette façon de procéder conduisit à des abus fâcheux : on se procurait sept témoins qui ne connaissaient même pas le futur époux, mais qui affirmaient toujours qu'il était capable de se marier d'après sa loi nationale; il s'organisa même des agences pour fournir les sept compatriotes dont on avait besoin.

Il vaut beaucoup mieux assurer la communication internationale des pièces nécessaires pour le mariage, au moyen d'un accord diplomatique semblable à celui qui est intervenu entre la France et la Belgique le 18 octobre 1879, et à celui qui a été promulgué le 30 mai 1889, pour le mariage des indigents, entre les mêmes pays.

La nécessité d'une autorisation préalable de son gouvernement pour pouvoir contracter mariage à l'étranger est un des éléments constitutifs de la capacité, dont l'absence doit entraîner la conséquence prévue par la loi nationale des futurs qui impose cette autorisation, cette conséquence serait-elle la nullité du mariage (1). Cependant, si cette autorisation a un caractère exclusivement politique, par exemple si elle n'est obligatoire que pour les membres de la famille royale ou pour les nobles, comme cela a lieu en Italie et en Espagne (2), elle ne peut être exigée dans un autre pays qui n'a pas à respecter les dispositions de la loi étrangère ayant un caractère semblable et relatives à un pays déterminé; surtout si la validité du mariage est invoquée dans un Etat tel que la France, qui considère comme d'ordre public l'égalité des citoyens devant la loi, sans distinction de naissance (3).

255 *bis*. Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage (4). — Cette convention n'a consacré que d'une manière incomplète et trop souvent imparfaite les principes précédemment exposés : la raison

(1) Trib. Bordeaux, 18 janv. 1882, J. C., 1882, p. 539; A. D., 1887, 3, p. 317.

(2) Code civil italien, art. 69 et Lehr, *Eléments de droit civil espagnol,* p. 61 et suiv.

(3) Cpr. Trib. de l'Empire allemand, 7 mai 1880, J. C., 1883, p. 312.

(4) V. sur la formation, la portée, la ratification de cette convention et sur les Etats qui l'ont signée, n. 17, p. 53-54 [et *R. D. I. P.*, 1907, p. 509 et suiv.]

en est que, pour aboutir, il a fallu faire d'importantes concessions aux principes législatifs et aux idées religieuses de certains Etats.

I. **Conditions de fond.** — Art. 1er : « Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi ».

[La partie initiale de cet article est la consécration du principe général qui fait dépendre le statut personnel de la loi nationale : ce principe a triomphé à La Haye et a été appliqué au mariage, sans autres réserves que celles des Pays scandinaves. Ainsi, dans les Etats contractants, le mariage des étrangers sera régi, lors de sa formation et pour les conditions intrinsèques de validité, soit par la loi étrangère commune, en tant que loi nationale, aux deux époux, soit, si les époux sont de nationalité différente, par les deux lois étrangères en présence, chacun des époux étant soumis à sa propre loi nationale. Pour les Français qui veulent se marier à l'étranger, ce n'est que la reconnaissance des dispositions expresses de notre législation (art. 3, al. 3, art. 170 C. civ.); pour les étrangers qui veulent se marier en France, la jurisprudence et la doctrine appliquent la même règle. Il est intéressant de constater au point de vue français que les pays dont la législation s'attache au domicile pour déterminer le statut personnel se sont obligés, en signant la convention du 12 juin 1902, à abandonner cette règle pour les nationaux des pays qui s'attachent au contraire à la loi nationale. Les Français, dans les divers Etats contractants, seront donc uniquement régis par la loi française pour le droit de contracter mariage. L'empire de notre loi se trouve ainsi assuré dans une matière d'une importance capitale. L'art. 3, al. 3, et l'art. 170 ne liaient que le juge français, notre législateur ne pouvant adresser un ordre quelconque aux magistrats étrangers; l'art. 1er de la convention de La Haye s'impose à l'observation des tribunaux dans tous les Etats signataires (1).]

Les derniers mots de l'art. 1er : « à moins que..... » sont une concession à la *théorie du renvoi* qui a été réfutée plus haut (V. n. 106, p. 335, note 2 *in fine*). Cependant, il a été admis (2) que le

(1) [*Actes de la Ire Conférence*, 1893, rapport de M. L. Renault, Annexe au procès-verbal n. 5, p. 45-48; *Actes de la IIIe Conférence*, 1900, rapport de M. L. Renault, Annexe au procès-verbal n. 7, p. 167-170; L. Renault, *Les Conventions de La Haye*, 1903, p. 37-39.]

(2) [V. Rapport de M. L. Renault, [*Actes de la IIIe Conférence*, Annexe au procès-verbal n. 7, p. 168-169; L. Renault, *Les conventions de La Haye*, 1903, p. 38-

mariage serait valable si les époux ont observé leur loi nationale et non la loi que cette loi nationale déclare applicable dans la circonstance.

Les art. 2 et 3 contiennent les exceptions à l'application de la loi nationale commandées par le respect de l'ordre public du pays où le mariage est célébré. On n'a pas parlé de la bigamie comme étant universellement condamnée par tous les Etats signataires, et l'on a voulu préciser, en les limitant, les cas où l'ordre public local écarterait la loi nationale des futurs époux (1).

Art. 2 : « La loi du lieu de célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant : 1° les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels il y a une prohibition absolue; 2° la prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultère à raison duquel le mariage de l'un d'eux a été dissous (2); 3° la prohibition absolue de se

39. — L'art. 1er *in fine* vise l'art. 25 al. 3 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 qui déclare *expressément* que : « Sera reconnu comme valable dans toute la Confédération le mariage conclu dans les cantons ou *à l'étranger*, conformément à la législation qui y est en vigueur ». Et la même solution est consacrée par l'art. 7 *f* de la loi du 25 juin 1891, complétée par l'art. 61 du titre final du Code civil suisse qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912. V. ce texte ci-dessus, n. 251, p. 728. Il n'y a pas de clause légale spéciale en Danemark ni en Norvège, suivant la remarque de M. L. Renault, *loc. cit.*, *Actes*, p. 169. La législation de ces deux pays est muette sur les Norvégiens et les Danois qui sont établis à l'étranger; c'est par analogie que la règle du domicile posée pour les étrangers dans le pays est étendue aux sujets établis au dehors. Il n'est pas difficile à ces deux pays d'édicter une loi pour régler expressément la situation de leurs nationaux à l'étranger; ils écarteront ainsi toute incertitude. En attendant, si l'on suppose que les conditions de la loi du domicile ont été méconnues et que les conditions de la loi danoise ou norvégienne ont été observées, est-il à croire qu'en Danemark ou en Norvège on annulerait un pareil mariage et qu'ainsi on punirait des Danois ou des Norvégiens pour s'être fidèlement à l'étranger conformés aux lois de leur patrie? « Cela nous semblerait un peu extraordinaire, déclare M. L. Renault, surtout si, au lieu de la célébration, la loi réglait la condition des époux d'après leur loi nationale, et c'est pour cela que nous pensons qu'il n'existe guère de loi ayant un renvoi obligatoire, dans le sens que l'on donne ordinairement à cette expression. Dans le cas d'étrangers dont la loi nationale ne connaît pas le renvoi en ce qui touche ses nationaux, par exemple d'Allemands, de Français ou d'Italiens qui se marieraient dans un pays comme le Danemark, leur loi nationale sur les conditions du mariage devrait naturellement leur être seule appliquée, sous les tempéraments admis par les articles 2 et 3 ». En somme, ceux qui condamnent le renvoi en général l'ont accepté dans un cas unique, parce que le résultat en est de diminuer les causes de nullité du mariage.]

(1) Ces limitations sont arbitraires; il appartient toujours à la loi locale d'écarter toute règle qui, à son point de vue, est contraire à l'ordre public.

(2) Le caractère absolu de cette prohibition est fort contestable, v. n. 264.

marier, édictée contre des personnes condamnées pour avoir de concert attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles ».

» Le mariage célébré contrairement à une des prohibitions mentionnées ci-dessus ne sera pas frappé de nullité, pourvu qu'il soit valable d'après la loi indiquée par l'art. 1er (ce qui veut dire que, dans les trois cas prévus, il ne peut y avoir, dans le pays de célébration, qu'empêchement prohibitif et non dirimant, si d'ailleurs les époux sont en règle avec leur loi nationale).

» Sous la réserve de l'application du premier alinéa de l'art. 6 de la présente convention, aucun Etat contractant ne s'oblige à faire célébrer un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La violation d'un empêchement de cette nature ne pourrait pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui où le mariage a été célébré ».

Cela signifie que, dans un pays où le mariage est interdit à cause d'une union antérieure réputée existante malgré le divorce prononcé à l'étranger, comme en Espagne, ou à cause d'un engagement dans les ordres ou d'une différence de religion, comme en Autriche, les autorités locales refuseront de marier les étrangers dont les lois nationales ne contiennent pas ces prohibitions. Si le mariage est célébré quand même, on aurait dû ne pas en déclarer la nullité, comme dans les trois cas de prohibition beaucoup plus graves prévus par le commencement de l'art. 2. Cependant, pour répondre aux exigences de l'Autriche, on a vu, dans ces derniers cas, un empêchement dirimant entraînant la nullité du mariage, mais seulement dans le pays où la prohibition venant d'une union antérieure ou d'un obstacle religieux a été violée (1).

Toutefois, l'art. 6, al. 1, apporte une restriction à cette règle : « Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des parties contractantes n'est ressortissante de l'Etat où le mariage a été célébré et si cet Etat ne s'y oppose pas. *Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle religieux, serait contraire à ses lois* ». Donc, pour ces deux prohibitions, on peut échapper à la nullité du mariage édictée par la loi

(1) [L. Renault, *Les Conventions de La Haye*, p. 42 : en constatant « ce manque de logique certain », M. L. Renault ajoute qu'il a été commandé par l'opposition irréductible de plusieurs Etats.]

locale en faisant célébrer le mariage par l'agent diplomatique ou consulaire (1). [C'est une solution ingénieuse due à l'initiative de M. Asser, président de la Conférence, « que les jurisconsultes romains, nos maîtres, a dit M. L. Renault, auraient qualifiée *d'élégante*. Elle satisfait, dans la mesure du possible, aux exigences des souverainetés respectives. L'Etat d'origine pourvoit aux intérêts de ses nationaux, en leur procurant, par ses agents, le moyen de se marier là où ils résident, l'Etat où est célébré le mariage ne coopère pas à un acte qui répugne à ses idées. Les Etats signataires de la Convention de La Haye ne peuvent s'opposer sur leur territoire aux mariages diplomatiques et consulaires quand il s'agit d'unions que leurs autorités ne veulent pas célébrer à raison d'un obstacle d'ordre religieux ou d'un mariage antérieur » (2). Toutefois, quelles qu'en soient l'élégance et l'ingéniosité, cette solution ne satisfait pas les pays qui, comme la Suisse, ne reconnaissent pas à leurs consuls le droit de célébrer des mariages (3).

En sens inverse, la loi nationale des futurs époux peut contenir des prohibitions contraires à l'ordre public du pays de célébration : par exemple, les prohibitions fondées sur la différence de race ou de religion, qui sont inadmissibles dans des pays consacrant l'égalité devant la loi et la liberté de conscience. Les réserves générales que la France et la Belgique formulèrent à ce propos ne furent admises qu'au point de vue religieux dans l'art. 3 : « La loi du lieu de célébration peut permettre le mariage des étrangers nonobstant les prohibitions de la loi indiquée à l'art. 1er, lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux ». En pareil cas, le mariage est nul pour le pays des époux qui ont violé leur loi nationale, et valable pour celui de la célébration (4). Mais l'art. 3 ajoute : « Les autres Etats ont le droit de

(1) [*Actes de la troisième conférence,* 1900, séance du 15 juin, p. 161-162, et rapport de M. Renault, p. 169-173.]

(2) [L. Renault, *op. cit.*, 43-44 et p. 49-50.]

(3) [Déclaration de M. Roguin, delégué de la Suisse à la séance du 15 juin 1900, *Actes de la troisième conférence,* p. 161.]

(4) [V. cep. Trib. suprême de Vienne, 11 janvier 1905, J. C., 1908, p. 1210 : cette décision a déclaré valable, et par suite ne pouvant être dissous par le divorce, le mariage contracté civilement devant l'officier de l'état civil d'une ville étrangère entre deux Autrichiens de religion catholique, et en conséquence a annulé le second mariage contracté par l'un de ces époux, bien qu'un tribunal étranger ait déclaré le premier mariage dissous par le divorce et que le dit époux se soit ensuite converti à la religion réformée. La Cour suprême de Vienne a, le 21 fé-

ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances ». Pourquoi cela? En quoi les puissances tierces, dont la loi n'est pas violée, ont-elles intérêt à déclarer ce mariage nul? Alors surtout que, dans les cas prévus par l'art. 2, le mariage, nul d'après une loi, ne l'est que par rapport au pays où cette loi existe ! [Il n'y a pas de raison sérieuse pour que les Etats autres que l'Etat d'origine aient la faculté de tenir pour nul le mariage dont il s'agit dans l'art. 3. Les délégués français ont vainement essayé de faire écarter cette règle. « Ce qui permet de l'accepter plus aisément, c'est que, suivant la remarque de M. L. Renault, la situation envisagée sera souvent celle d'individus qui, sans avoir perdu leur nationalité d'origine, sont établis définitivement dans un pays étranger et n'ont de relations que dans ce pays. Ce qui leur importe, c'est que le mariage soit possible et valable dans le pays où ils sont de fait. L'incertitude sur le sort du mariage aura, dans la plupart des cas, des inconvénients plutôt théoriques. Il n'y en a pas moins là une disposition regrettable qu'on peut espérer voir amender plus tard » (1).]

L'art. 4 est purement réglementaire : « Les étrangers doivent, pour se marier, établir qu'ils remplissent les conditions nécessaires d'après la loi indiquée par l'art. 1er. Cette justification se fera, soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires du pays des contractants, soit par tout autre mode de preuve, pourvu que les conventions internationales ou les autorités du pays de la célébration reconnaissent la justification comme suffisante ».

II. **Conditions de forme.** — Art. 5 : « Sera reconnu partout

vrier 1906 (J. C., 1908, p. 1217), déclaré nul en Autriche le mariage contracté à l'étranger, suivant le rite évangélique, entre un catholique autrichien et une étrangère non catholique divorcée, alors que le mari de celle-ci vivait encore : ce mariage a été annulé parce qu'il devait produire des effets juridiques en Autriche, la femme par son remariage devant acquérir la nationalité autrichienne et cette nationalité appartenant aussi aux quatre enfants issus de cette nouvelle union; d'après les art. 4 et 37 du code civil autrichien, le mari, sujet autrichien, au moment du second contrat, devait observer les lois autrichiennes, et la validité de son mariage doit être appréciée d'après ces lois. Cpr. Cour suprême d'Autriche, 18 juin 1907 et 17 décembre 1907, J. C., 1908, p. 1218 et p. 212. V. sur l'empêchement au mariage résultant de la différence de culte en Autriche, J. C., 1906, p. 1188 et s. ; 1907, p. 460 et s., p. 197 et s.]

(1) [L. Renault, *op. cit.*, p. 45; *id.*, *Rapport, Actes de la troisième conférence*, 1900, p. 173-174 : dans ce document, l'éminent délégué de la France a déclaré avec beaucoup de force et de netteté que de pures considérations de fait « permettent d'accepter *avec moins de répugnance* le résultat de la transaction *laborieuse* qui est consigné dans l'art. 3 ».]

comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a lieu. — Il est toutefois entendu que les pays dont la loi exige une célébration religieuse pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée. — Les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront être respectées ; mais le défaut de publications ne pourra entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aura été violée. — Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux ».

Au sujet de l'alinéa 2, la France, la Belgique et la Suède, tout en reconnaissant à la loi du pays qui exige la forme religieuse la faculté de déclarer le mariage nul quand ses nationaux ne l'ont pas observée à l'étranger, jugeaient inutile pour les autres Etats de reconnaître cette nullité, même au point de vue de cette loi. La Russie exigeait, au contraire, que le mariage fût nul partout, [même dans le pays où il aurait été contracté. Et les délégués de ce pays qui avaient accepté en 1893 la transaction consacrée en 1900 et non remise en question par eux en 1894, demandèrent à la conférence de 1900 que le texte de 1893, maintenu sans objection en 1894, fût ainsi amendé. « Il est toutefois entendu que les mariages contractés à l'étranger, si l'une des deux parties contractantes appartient à la nationalité d'un pays dont la législation exige une célébration religieuse, ne seront reconnus comme valables que si, indépendamment des prescriptions de la loi locale, ils ont été célébrés par le clergé compétent ».] Mais, les autres pays se contentant de la règle *Locus regit actum* en ce qui concerne leurs nationaux mariés en Russie en la forme religieuse locale, il était excessif de demander que, pour les Russes à l'étranger, on écartât la forme civile pour imposer la forme religieuse; [d'autant plus que, dans la plupart des pays représentés, en France, notamment, le droit public s'y opposait d'une manière absolue. Nous ne pouvons admettre qu'un mariage célébré sur notre territoire conformément à nos lois devra être annulé par nos tribunaux pour ce motif qu'une célébration religieuse n'est pas intervenue (1).] On se

(1) [*Contrà* : Trib. civ. Seine, précité, 25 novembre 1907, J. C., p. 1148 : ce jugement a été justement critiqué par M. Perroud, *loc. cit.* Cpr. Cluzel, *Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France*, J. C., 1909, *præs.* p. 5-14. La loi bulgare ne reconnaît que le mariage célébré devant un prêtre de l'Eglise orthodoxe grecque; des mariages contractés en France devant l'officier de l'état civil entre des Bulgares et des Françaises ont été déclarés nuls par les tribunaux

contenta alors de la disposition qui forme l'alinéa 2 de l'art. 5, [qui, la Russie s'abstenant, fut adoptée à l'unanimité par les délégués des autres pays (1).]

Art. 6 : « Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des deux parties contractantes n'est ressortissante de l'Etat où le mariage a été célébré et si cet Etat ne s'y oppose pas. Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La réserve du second alinéa de l'art. 5 est applicable aux mariages diplomatiques ou consulaires ».

Ainsi l'agent diplomatique ou consulaire peut célébrer le mariage même entre un de ses nationaux et une personne d'autre nationalité, pourvu qu'elle ne soit pas du pays où le mariage est célébré. Encore faut-il que la loi locale admette ces mariages par les agents diplomatiques ou consulaires étrangers. Rappelons qu'elle ne peut pas s'y opposer dans le cas de l'art. 2, dernier alinéa.

L'art. 7 contient une disposition générale : « Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale à chacun des époux a été observée ». Ce texte prévoit le cas d'un mariage religieux ou devant le consul, conforme à la loi des époux, mais contraire à la loi locale. On décide qu'il est nul dans le pays de célébration et valable dans le pays des époux et partout ailleurs. C'est un grave échec à la règle *Locus regit actum*, par exemple pour le mariage religieux des Russes en France, malgré le Code pénal qui le défend chez nous en dehors du mariage civil ; [pour le mariage d'un Suédois avec une Norvégienne, célébré par un pasteur suédois ou

bulgares. En attendant la négociation et la conclusion d'une convention franco-bulgare sur ce point, il faut attirer l'attention des familles françaises sur le manque absolu de garanties que présentent des unions de ce genre avec les Bulgares. Tout en reconnaissant que la loi bulgare ne sanctionne pas ces unions, le chargé d'affaires de Bulgarie a fait savoir, dans une communication adressée aux journaux, qu'il n'était pas exact « que des étrangères unies civilement à des sujets bulgares aient été molestées ou aient dû abandonner leur dot, ainsi qu'on l'a laissé entendre ». *Moniteur oriental,* 21 sept. 1908, J. C., 1909, p. 342.]

(1) [L. Renault, *op. cit.*, p. 46-49; *id., Rapport, Actes de la troisième conférence,* p. 174-176; séance du 15 juin 1900, *Actes,* p. 160-161.]

norvégien; pour un mariage célébré par un consul dans un pays dont la législation s'oppose à l'intervention des consuls en cette matière. Ce qui a décidé la Conférence de 1900 à admettre la disposition de l'art. 7 de la convention de 1902, c'est que, d'une part, un tel mariage ne sera pas déclaré nul dans le pays d'origine dont la loi a été respectée; pourquoi les pays tiers n'en admettraient-ils pas également la validité? D'autre part, il y a dans l'art. 7 une contrepartie de la disposition de l'art. 5, al. 2 : cet art. 5, al. 2 reconnaît au pays d'origine le droit de prononcer la nullité d'un mariage non religieux qui est valable dans le lieu de la célébration; ici, on lui garantit le droit de reconnaître la validité d'un mariage religieux qui est nul dans le pays de la célébration où même le ministre du culte qui le célébrerait serait exposé à des peines correctionnelles (1).]

L'art. 8 indique la portée de la convention : « La présente convention ne s'applique qu'aux mariages célébrés sur le territoire des Etats contractants entre personnes dont une, au moins, est ressortissante d'un de ces Etats. Aucun Etat ne s'oblige, par la présente convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant ». [C'est sur les observations du délégué d'Allemagne que le champ d'application de la convention a été délimité : si un Américain épouse à Berlin une Anglaise, la convention ne s'appliquera pas; elle s'appliquera, au contraire, si, dans cette même ville, un Français veut épouser une Anglaise. Il faut et il suffit que l'un des futurs époux soit le ressortissant d'un Etat contractant. Par suite si les ressortissants des Etats contractants se marient hors du territoire de ces Etats, ou si des ressortissants des Etats non contractants se marient sur ce territoire, la convention ne s'appliquera pas. On recourra aux règles sur les conflits de lois qui peuvent se trouver dans la législation, les précédents judiciaires ou la doctrine. Enfin l'art. 8 contient une réserve sur la loi applicable. Il y a dans les Etats contractants, des législations qui renvoient à la loi du domicile : ce renvoi pourrait conduire à l'application de la loi d'un pays d'une civilisation toute différente dans le cas du mariage d'un ressortissant avec un non-ressortissant. De là, la disposition de l'art. 8, al. 2 (2).]

(1) [*Actes de la troisième conférence,* séance du 15 juin 1900, p. 164-165; Rapport de M. Renault, p. 177-178; L. Renault, *op. cit.*; p. 50-51.]

(2) [*Actes,* Rapport de M. L. Renault, p. 178-179.]

SECTION III

DES EFFETS DU MARIAGE

256. Le mariage produit des effets au point de vue des relations de famille et au point de vue pécuniaire : ces derniers seront examinés plus tard dans l'étude du contrat de mariage en droit international privé (n. 324). En ce qui concerne les premiers, il faut se demander quelle est la loi qui les régit et faire l'application de cette loi aux principaux effets du mariage.

§ I. *Loi régissant les effets du mariage.*

257. D'après une première opinion, qui est la plus ancienne, la loi applicable pour régler les effets du mariage serait celle du domicile du mari. La raison en est, dit de Savigny, « que le véritable siège du lien conjugal est au domicile du mari, et que ce domicile détermine, par conséquent, le droit local du mariage ». Indépendamment de cette considération générale, on allègue certains textes du Droit romain : l. 5 *de ritu nuptiarum*, XXIII, 2; l. 65 *de judiciis*, au Digeste, V, 1; l. 13 *de dignitatibus*, XII, 1, au Code. Mais ces textes nous disent simplement que la *deductio uxoris* se fait au domicile du mari et non de la femme; que celle-ci a son domicile chez son mari et que la dot peut être réclamée par elle à ce même domicile. Pour écarter cette première opinion, sans parler des raisons qui seront indiquées plus bas pour démontrer que les effets du mariage dépendent naturellement de la loi nationale du mari, il suffit de faire remarquer que le domicile matrimonial n'est pas nécessairement celui qu'a le mari au moment du mariage, mais bien celui où il a l'intention de se fixer une fois le mariage célébré. Il dépendrait donc du mari, en fixant son domicile dans tel ou tel pays, de modifier presque à sa guise les effets du mariage; d'étendre, par exemple, sa puissance maritale en se plaçant sous l'empire d'une législation qui restreint davantage l'indépendance de la femme. Pareille conséquence est, *à priori*, inacceptable.

La jurisprudence anglo-américaine, fidèle à son principe traditionnel de la réalité des lois, fait dépendre les effets du mariage de la loi du pays où ils se produisent.

On a encore proposé d'appliquer la loi présomptivement acceptée par les parties. Cette idée, généralement vraie dans les con-

trats, qui sont l'œuvre de la volonté des parties, est inapplicable au mariage. Bien que le mariage repose sur le consentement des époux, il produit des effets moraux d'un caractère tellement grave, se rattachant si intimement à l'organisation sociale du pays auquel les époux appartiennent, qu'il est impossible de permettre à ces derniers de réglementer comme ils l'entendent ce que leur loi impose d'une façon absolument impérative ou prohibitive.

L'opinion qui rallie aujourd'hui le plus de partisans et qui est la seule justifiée, est celle d'après laquelle les effets du mariage sónt réglés par la loi nationale du mari.

Par le mariage, en effet, la femme et les enfants prennent la nationalité du mari et deviennent, comme lui, des éléments de la société à laquelle il appartient. Cette famille tout entière, par conséquent, va relever, au point de vue de sa condition juridique, d'une même loi nationale, celle qui, d'après ce qui a été déjà dit, est seule compétente pour régler le statut personnel et, par suite, les rapports de famille. Mieux que toutes autres, en effet, les dispositions législatives concernant cette matière sont édictées en vue de la condition particulière des nationaux d'un pays, et ainsi s'explique l'application de la loi nationale. Il n'y aura lieu de tenir compte de la loi territoriale que lorsque l'ordre public sera intéressé (1).

§ II. *Application de la loi nationale aux effets du mariage.*

258. 1° Droits et devoirs respectifs des conjoints. — Les conflits de législations sur cette matière ne sont guère fréquents, car dans tous les pays civilisés on trouve une disposition semblable à l'art. 212 de notre code civil, imposant aux époux, dans leurs rapports respectifs, l'obligation de fidélité, de secours et d'assistance (2). Les différences peuvent se manifester dans la

(1) [L. Renault, rapport de la première Commission sur les effets du mariage à l'égard des personnes et des biens des époux, *Actes de la deuxième Conférence,* 1894, *Annexe au procès-verbal n° 7,* p. 81-83; Lainé, rapports sur le même objet, *Actes de la troisième Conférence,* 1900, p. 225-232, et *Actes de la quatrième Conférence,* 1904, p. 177-188.]

(2) [Cpr. *Corte suprema* (Cass. civ.) du Chili, 19 avril 1907, J. C., 1908, p. 231, décidant, en conformité des art. 234 et 321 du code chilien, analogues à l'art. 212 de notre code civil, que le mari doit entretenir sa femme conformément aux besoins de celle-ci et à ses propres ressources et que les tribunaux ont le droit de le contraindre à fournir à sa femme une pension mensuelle dont il leur appartient de déterminer le chiffre.]

sanction de cette obligation, et la sanction indiquée par la loi étrangère ne sera applicable en France qu'autant qu'elle se conciliera avec l'ordre public. Par exemple, un mari anglais ne pourrait restreindre la liberté de sa femme pour faute grave; ni un mari portugais infliger à sa femme la prison domestique.

De même, la sanction de l'adultère ne pourrait être plus sévère que celle qui est déterminée par notre législation : elle ne pourrait non plus atteindre le mari, quelle que soit à cet égard la disposition de la loi étrangère, que s'il a tenu sa concubine dans la maison commune : sinon, en effet, il n'y a pas délit d'après notre loi pénale. Il n'est pas d'ailleurs douteux que l'adultère est un délit punissable par la loi française malgré l'extranéité des époux, en vertu de l'ordre public local (1).

L'obligation pour la femme d'habiter avec son mari doit être considérée aussi comme étant d'ordre public, et une femme ne pourrait s'y soustraire en invoquant sa loi nationale (2). La possibilité pour le mari de faire rentrer sa femme au domicile conjugal *manu militari* consacrée par la loi étrangère devra être acceptée en France, si on la considère comme consacrée par notre loi elle-même, ainsi que le fait la jurisprudence. Si l'on regarde cette façon de procéder comme contraire au respect de la liberté, ce qui est plus exact, on écartera l'application de la loi étrangère qui l'autorise.

2° **Incapacité de la femme.** — Les limites de cette incapacité, les moyens et autorisations nécessaires pour y suppléer, les conséquences qui en dérivent dépendent de la loi nationale des époux, conformément au principe qui a été déjà indiqué (art. 3, alin. 3 C. civ.), et qui a remplacé l'ancienne théorie de la loi du domicile (art. 223 coutume de Paris) (3). Cependant nos tribunaux autorisent souvent des femmes étrangères à ester en justice, à défaut de l'autorisation maritale, sans tenir compte de la loi nationale des époux (4). Les législations contiennent d'ailleurs des

(1) Cass., 17 mai 1900; J. C., 1901, p. 420.

(2) Trib. de la Seine, 31 août 1878, J. C., 1879, p. 66; Paris, 20 avril 1880, J. C., 1880, p. 300.

(3) Trib. Seine, 6 août 1878, J. C., 1879, p. 62; Cass., 20 avril 1869, S., 69. 1. 359; Chambéry, 9 janv. 1884, J. C., 1884, p. 180.

(4) Paris, 27 avril 1891, *Rev. prat. de dr. int. priv.*, 1890-91. 1. 309. [Mieux inspiré, le tribunal de l'empire allemand a décidé, le 20 mars 1906, que, lorsqu'il s'agit d'époux français, la femme plaidant devant les tribunaux allemands doit être autorisée par son mari, alors même que son action est relative à ses biens propres. J. C., 1908, p. 187. V. Clunet, *Tables générales*, t. III, v° *Autorisation*

règles très variées sur la situation des femmes mariées au point de vue de la capacité civile. En France, elles sont incapables en principe, sauf exception (art. 215 et suiv.); presque partout ailleurs on tend à étendre de plus en plus leur capacité. Ainsi le code italien de 1866 a pris le contre-pied du système français : la femme mariée est capable en principe, sauf exceptions limitativement indiquées, par exemple pour aliéner des immeubles, hypothéquer, emprunter, etc. (code italien, art. 124) (1). En Autriche, en Prusse, en Russie, la loi n'établit pas de différence entre la femme mariée ou veuve ou fille majeure (2). [Le code civil de l'Allemagne subordonne entièrement au régime des biens la capacité de la femme mariée (3).]

D'après le droit commun anglo-américain, la femme mariée est dépourvue de presque toute capacité civile; son mari est le maître de sa fortune et Blackstone a pu dire avec raison que la vie juridique de la femme anglaise est suspendue pendant le mariage. Divers Etats de l'Union ont apporté d'importantes restrictions à cette législation rigoureuse (4). En Angleterre l'*Act* du 9 août 1870, connu sous le nom de *Married women's property bill* (loi sur la propriété des femmes mariées), et surtout les lois du 18 août 1882 et du 5 décembre 1893 ont rendu aux femmes mariées une capacité très étendue (5).

maritale, p. 195. Dans une espèce assez curieuse, le tribunal de première instance de Rotterdam a jugé, le 21 mars 1903, « qu'il n'est pas permis d'affirmer d'une part que l'on n'est pas mariée et, d'autre part, de nier cette affirmation et de prétendre que, tout au contraire, on est vraiment mariée et même dûment autorisée à plaider par son mari ». J. C., 1908, p. 1273.]

(1) [Sur l'incapacité de la femme mariée italienne, v. cour de justice civile de Genève, 1er février 1908, J. C., 1908, p. 1285. — Sur l'incapacité de la femme mariée d'après le droit de la République de Saint-Marin, V. Cass. Rome, 2 mai 1908, J. C., 1909, p. 563.]

(2) [Sur la situation de la femme mariée russe qui peut s'obliger personnellement envers ses fournisseurs mais n'oblige son mari que dans la mesure des dépenses normales faites au cours de la vie commune pour les besoins du ménage, v. Trib. civ. Seine, 5e ch. suppl., 17 juin 1908, J. C., 1909, p. 476.]

(3) [V. Lainé, Rapports, *Actes de la troisième confér.*, p. 225 et *Actes de la quatrième confér*, p. 182-185; L. Lyon-Caen, *Bull. Soc. législ. comp.*, 1908, p. 77-115.]

(4) Lawrence, *loc. cit.*, III, p. 465 et suiv.; V. *Ann. de législ. étrang.*, 1879, p. 708; 1880, p. 808; 1881, p. 675; 1873, p. 73; 1876, p. 856; 1894, p. 9; [Wharton, *Conflict of laws*, §§ 118-121; Cpr. Lehr, *Etudes sur le droit civil des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, 1906, p. 15-73.]

(5) Lawrence, *loc. cit.*, III, p. 464; *Ann. législ. étrang.*, 1883, p. 329; V. Gide, *Essai sur la condition privée de la femme*, édit. de 1885, p. 237 et suiv.; [Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 3, p. 44-45; Cpr. Lehr, *Elémenls de droit civil anglais*, 2e édit. par J. Dumas, 1906, p. 77-107.]

3° Droits et devoirs respectifs des enfants et des parents. — Les règles sur cette matière se rattachant intimement à l'organisation de la famille dépendent de la loi nationale. C'est ainsi que la fille d'un Autrichien pourra intenter une action contre son père pour forcer ce dernier à la doter, contrairement à la disposition contenue dans l'art. 204 C. civ. (code autrichien, art. 1220).

Mais le respect de l'ordre public commandera l'observation de la loi locale, sans tenir compte des dispositions de la loi étrangère, pour l'application de l'art. 371 C. civ. imposant aux enfants à tout âge l'obligation de déférence envers leurs parents, si tant est que cette règle ait une sanction pratique, ce qui est peu probable, et pour l'application de l'art. 203 forçant les parents à nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Il est certain encore que la limitation légale du travail des enfants dans les usines, mines et manufactures doit être respectée par les étrangers comme par les nationaux (1).

Des dificultés se présentent au contraire en ce qui concerne l'application de la loi du 28 mars 1882 sur l'instruction primaire obligatoire. Une lettre du ministre de l'Instruction publique, adressée au préfet de Seine-et-Marne, impose l'observation de la loi aux étrangers admis à fixer leur domicile en France conformément à l'art. 13 C. civ., et pas aux autres (V. aussi lettre minist. à l'administrateur de Belfort, du 7 octobre 1882). Il est difficile de justifier cette distinction arbitraire : si, en effet, la loi de 1882 est d'ordre public international, et c'est le point à examiner, elle s'impose à tous ceux qui habitent le territoire (art. 3, al. 1 C. civ.).

Certains ont pensé que dans l'esprit du législateur français, l'obligation pour les parents de faire instruire leurs enfants n'est qu'une sanction d'un devoir naturel dont la violation porterait atteinte à la morale, au même titre que celle de l'art. 203 C. civ. qui commande aux parents de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Ce point de vue se trouve confirmé par ce fait que la loi de 1882 est sanctionnée par des peines et que généralement les lois pénales sont d'ordre public international.

On peut cependant objecter que l'obligation de l'instruction primaire a été motivée par des considérations d'un caractère tout national : désir d'élever le niveau intellectuel et moral de la population française et de la mettre à même de pouvoir user utile-

(1) Loi du 19 mai 1874; C. d'Aix, 7 fév. 1884, J. C., 1884, p. 408. Loi du 2 nov. 1892, art. 1er, § 2; [Loi du 30 mars 1900; loi du 13 juillet 1906, art. 18.]

ment du droit de suffrage universel. Or, si tels sont les seuls motifs de la loi, les étrangers échappent à son application. Mais, sans nier que ces dernières raisons aient provoqué dans une large mesure l'obligation de l'instruction primaire, il est difficile de méconnaître que le législateur l'ait en même temps considérée comme l'accomplissement d'un devoir naturel imposé par la morale elle-même. La notion des devoirs des parents envers leurs enfants s'est élargie avec le progrès général des idées, et la France s'est simplement conformée à cette notion plus étendue et plus juste, à l'exemple des nombreux pays qui ont déjà consacré l'obligation de l'instruction primaire. Il faut en conclure que la loi du 28 mars 1882 doit être observée par les étrangers, au moins s'ils résident en France assez longtemps pour que leurs enfants puissent profiter de l'instruction primaire (1). Mais cette manière de voir n'est pas adoptée par l'administration (V. *J. off.* du 13 juin 1888, Débats parlementaires; déclarations du ministre et du rapporteur du projet de loi pour la ratification de la convention du 14 décembre 1887 avec la Suisse).

4° **Puissance paternelle.** — Cette puissance se manifeste par des droits sur la personne et sur les biens des enfants (2) : les premiers seuls doivent nous occuper pour le moment; les seconds, notamment l'usufruit légal établi par l'art. 384 C. civ., seront étudiés quand il sera question de la propriété et de ses démembrements au point de vue du Droit international privé.

En ce qui concerne les droits des parents sur la personne de leurs enfants, on suivait dans l'ancien droit, et quelques-uns veulent encore l'appliquer, la loi du domicile. Mais, pour les uns, il faut s'attacher au domicile qu'a le père au moment de la naissance de l'enfant, parce que c'est dans ce lieu que se fixent et que naissent les droits inhérents à la puissance paternelle. De cette première opinion découle logiquement cette conséquence inacceptable que, chaque enfant pouvant naître dans un pays différent, les droits du père varieront à l'égard de chacun de ses enfants.

(1) La convention franco-suisse du 14 décembre 1887 a réglé la fréquentation des écoles par les enfants de chacun des deux pays établis sur le territoire de l'autre (*J. off.*, 14 juin 1888). Cpr. Trib. de simple police de Ressons sur Matz (Oise), 13 juil. 1883, *Moniteur des juges de paix*, 1883, p. 358; Kammergericht de Berlin, J. C., 1893, p. 191; J. C., *Questions et solutions pratiques*, 1902, p. 91.

(2) [V. Lehr, *De la puissance et de la tutelle paternelle en droit comparé*, *R. D. I.*, 1907, p. 52 et p. 71; M. Travers, *De la puissance paternelle et de la tutelle sur les enfants naturels, Etude de législation comparée*, 1 vol. in-8°, 1907.]

Suivant d'autres, il faudrait suivre la loi du domicile conjugal. Mais le même inconvénient subsiste, car le père peut changer son domicile conjugal et faire ainsi varier ses droits ; il est vrai que l'on a proposé de considérer la situation de l'enfant, telle qu'elle est déterminée par la loi du domicile conjugal, comme un droit acquis que le père ne peut plus modifier : mais comment distinguer les droits acquis à l'enfant sous l'empire de la loi du premier domicile de ceux qui naissent à son profit après que le père a fixé son domicile dans un nouveau pays ? On se trouve aux prises avec une série de complications qui faisaient dire à Boullenois, à propos de cette question : « quel affreux mélange ! et que d'embarras » (1) !

La seule loi dont l'application soit parfaitement justifiée est la loi nationale de la famille ; la puissance paternelle n'est en effet qu'une partie de l'organisation de la famille, et cette organisation a été établie par chaque législateur pour ses nationaux et eu égard à leur situation particulière (2).

On appliquera cette loi nationale pour déterminer les personnes à qui la puissance paternelle appartient : c'est ainsi que le code d'Autriche, suivant le principe romain, ne l'accorde jamais à la mère, et que le nouveau code civil allemand (art. 1707) la refuse à la mère naturelle. [Selon le statut personnel musulman, le droit de garde des enfants (hadanah) appartient à la ligne maternelle plutôt qu'à la ligne paternelle : le fait qu'un enfant aurait été confié à la grand'mère paternelle n'implique pas une renonciation au droit de garde qui appartient à la mère (3).]

De même pour fixer la durée de cette puissance : c'est ainsi qu'en Autriche elle cesse par le mariage, l'émancipation et par le consentement du père homologué par le tribunal (code autrichien, art. 174).

Les droits du père dépendent de la même loi ; il a été jugé par

(1) Boullenois, *loc. cit.*, II, p. 35.

(2) Cass., 6 fév. 1875, S., 75. 1..193 et la note de M. Labbé ; Cass., 14 mars 1877, S., 79. 1. 125 ; [cpr. Trib. civ. Seine, 1re ch., 4 mars 1908, J. C., 1908, p. 475. Par arrêt du 5 août 1908, la 7e chambre de la cour de Paris, faisant application de ce principe et invoquant l'art. 1668 du code civil allemand, a décidé que le conflit entre le père et les grands parents au sujet du droit de visite devait être régi par la loi nationale de l'enfant, qui était en même temps celle du père, et, affirmant le pouvoir régulateur des tribunaux, ordonné au père de faire conduire l'enfant allemand chez les grands parents français deux fois par mois, J. C., 1909, p. 173.]

(3) [Cour d'Alexandrie, 20 fév. 1908, J. C., 1908, p. 1244 ; cpr. sur la question de compétence, même cour, 30 janv. 1908, J. C., 1908, p. 1242.]

la Cour de Paris, le 2 août 1872, qu'un enfant italien pouvait être éloigné de la maison paternelle pour justes motifs, d'après l'art. 221 du code civil d'Italie (J. C., 1874, p. 32). Réciproquement un père anglais ne pourrait pas exercer contre son enfant le droit de détention qui n'est pas organisé par la loi anglaise. Quoi qu'on en ait dit, ce droit n'est pas d'ordre public en France, puisqu'il est facultatif; il se rattache à l'organisation particulière de la famille dans chaque pays.

Mais l'ordre public commande qu'on observe toujours la loi territoriale pour l'exercice de certains droits inhérents à la puissance paternelle et qui touchent au respect de la personne humaine. C'est ainsi qu'un père prussien ne pourrait frapper son enfant *modicis vergis* (art. 86 de la Puiss. patern., code prussien, et C. civ. allemand, art. 1631), s'il dépassait les limites d'une punition humaine; son droit de correction en France serait limité par les art. 376 et 377 C. civ.

Il va sans dire enfin que les restrictions apportées à la capacité des enfants et l'obligation pour eux d'obtenir le consentement de leurs parents pour accomplir certains actes, par exemple pour se marier, dépendent aussi de la loi nationale (art. 3, alin. 3 C. civ.) (1).

Quelques législations, quand les parents ont une religion différente, indiquent à l'avance quelle est celle dans laquelle les enfants seront élevés : en Autriche, par exemple, en cas de mariages mixtes, les garçons suivent la religion du père, les filles celle de la mère, sauf convention contraire des époux (loi du 25 mai 1868 sur les rapports interconfessionnels). En Hongrie, toute convention contraire était nulle (loi LIII de 1868); la nouvelle loi XXXII de 1894 sur la religion des enfants, autorise les parents à régler par avance le culte dans lequel leurs enfants seront élevés (*Ann. législ. étrang.*, 1895, p. 384) (2). Ces dispositions ne peuvent être acceptées dans un pays qui, comme le nôtre, consacre la liberté de conscience et en fait une règle d'ordre public : le père, directeur naturel de l'éducation de ses enfants, est seul juge de la question de savoir dans quelle religion ils doivent être élevés, et toute limitation apportée à son droit aurait pour résultat de

(1) [Trib. civ. Tunis, 3e ch., 25 janvier 1906, J. C., 1908, p. 161; Trib. civ. Sousse, 5 juillet 1906, J. C., 1908, p. 162; Cass. Florence, 27 avril 1908, J. C., 1909, p. 275.]

(2) Eisenmann, *Bull. Soc. législ. comp.*, 1908, p. 399.

favoriser une religion plutôt qu'une autre (1). Il est d'ailleurs probable que des Français se verraient imposer en Autriche, au nom du principe contraire de la religion d'Etat, les règles qui viennent d'être indiquées (2).

La déchéance de la puissance paternelle peut être édictée dans un pays à titre de peine et, en même temps, en vertu de considérations de moralité supérieure, de telle sorte qu'elle constitue une mesure de police et d'ordre public opposable aux étrangers comme aux nationaux. Tel est bien, en particulier, l'esprit de la loi française du 24 juillet 1889 sur cette matière (3).

Cette loi serait donc applicable aux pères étrangers en France; d'ailleurs, notre jurisprudence, avant la loi nouvelle, n'hésitait pas à faire de la déchéance de la puissance paternelle, dans les cas prévus par notre code pénal, une mesure d'ordre public s'imposant aux étrangers eux-mêmes (4). Seulement, la déchéance une fois prononcée conformément à la loi française, il faudrait respecter le statut personnel des enfants, en appliquant leur loi nationale quant à la détermination des pouvoirs de la mère ou à l'organisation de la tutelle.

Le père étranger échappera, en fait, à la déchéance prononcée en France et qui ne peut avoir qu'un effet territorial, en revenant, avec ses enfants, dans sa patrie ou dans tout autre pays. On ne pourra avoir action contre lui que s'il veut faire exécuter en France un jugement qu'il aurait obtenu à l'étranger en sa qualité de père investi de la puissance paternelle : l'*exequatur* devra être refusé à ce jugement étranger, obtenu par celui qui, aux yeux de l'ordre public français, n'avait plus qualité pour le solliciter.

(1) [Mais, si la puissance paternelle, instituée dans l'intérêt même de l'enfant, comporte pour le père un droit d'éducation, il appartient à l'enfant, non encore majeur, mais parvenu à l'âge du discernement, de choisir librement la doctrine qui répond aux aspirations de sa conscience, et le père ne serait pas fondé, en dehors du cas de dol, de fraude ou de contrainte, à se plaindre de ce qu'à son insu le baptême ait été administré à sa fille, âgée de douze ans, sur le désir de celle-ci et avec le consentement de deux proches parents, son oncle et son aïeul, « qui, de l'aveu du demandeur lui-même, n'étaient pas suspects de ferveur religieuse ». Trib. civ. Dinart, 14 février 1907, J. C., 1908, p. 801 et la note.]

(2) Cpr. J. C., 1881, p. 326 s.

(3) V. A. Pillet, J. C., 1892, p. 5 s.; Cordier, *Le Droit,* 29 nov. 1894.

(4) Paris, 2 août 1872, J. C., 1874, p. 32; Aix, 8 mars 1897, J. C., 1897, p. 569; Aix, 15 nov. 1897, J. C., 1898, p. 558; Paris, 25 avril 1899, J. C., 1899, p. 823. — Cpr. Douai, 10 déc. 1894 et trib. de la Seine, 20 juin 1896, J. C., 1896, p. 1055; Circ. garde des sceaux, 3 fév. 1897.

Si un Français subit à l'étranger une de ces condamnations qui, d'après la loi du 24 juillet 1889, art. 1 et 2, § 1 à 4, entraînent la déchéance de la puissance paternelle, quel en sera l'effet en France? Ce serait une erreur que d'assimiler la déchéance de la puissance paternelle aux pertes de droits résultant des condamnations spéciales et qui, suivant l'opinion commune, ne sont pas maintenues en dehors du pays où les condamnations ont été prononcées. Elle est plutôt, dans la pensée du législateur, une mesure de protection à l'égard des enfants. Ce qui le montre, c'est qu'elle dépend, non de la gravité, mais de la nature des infractions, en raison du danger qu'elles font courir à la bonne éducation des enfants, et qu'elle peut être prononcée par le juge en dehors de toute condamnation pénale (loi de 1889, art. 2, 5, 6). Aussi faut-il faire dépendre cette déchéance, en quelque lieu que la condamnation qui la provoque ait été rendue, de la loi nationale des enfants, au statut personnel desquels elle se rattache comme mode de protection de leurs intérêts. Au surplus, on admet que les instances en déchéance de la puissance paternelle ont un caractère purement civil et non pénal, ce qui confirme la solution que nous adoptons (1).

Aussi, sur la base d'une condamnation prononcée contre un Français à l'étranger pour l'un des faits prévus par les art. 1 et 2 de la loi de 1889, la déchéance de la puissance paternelle pourra être demandée en France. Réciproquement, en dehors de tout délit, le juge étranger devrait admettre la déchéance contre un Français, dans les cas prévus par la loi de 1889, et par application du statut personnel des enfants. Le jugement étranger prononcé dans ces conditions devrait être déclaré exécutoire en France, car il ne constitue pas une sentence pénale, mais bien une décision purement civile. Il n'y aurait lieu d'écarter que les déchéances spécialement édictées par la loi étrangère et inconnues en France, car elles ont le caractère d'ordre public local qui ne s'impose plus en dehors du territoire où cet ordre public est en vigueur.

Pour obtenir en France l'effet de la déchéance s'il n'y a pas eu condamnation à l'étranger contre un Français, deux façons de procéder son possible. Si le délit commis ne peut être poursuivi en France, la déchéance sera directement demandée; car rien dans la loi de 1889 ne paraît exiger que l'infraction ait eu lieu dans notre pays, et cette exigence serait même contraire à son

(1) Cass., 23 fév. 1891, S., 91. 1. 168.

esprit et à son but. Si, d'après les art. 5 et 6 Inst. crim., le fait peut être poursuivi en France, l'action en déchéance sera portée accessoirement à l'action pénale, conformément aux art. 3 à 7 de la loi de 1889, devant les tribunaux répressifs.

On peut même soutenir que, étant donnés l'objet et le but de cette loi, suivant laquelle la déchéance est indépendante de la condamnation pénale, la puissance paternelle pourrait être enlevée, alors même que le père coupable aurait subi ou prescrit sa peine, aurait été gracié ou amnistié, à l'étranger.

Pour l'étranger déchu de la puissance paternelle en vertu d'un jugement étranger, nous accepterons ou non l'effet de la déchéance en France, suivant qu'elle a été prononcée par un tribunal du pays auquel les enfants appartiennent ou par celui d'un autre Etat : dans le premier cas, c'est un élément du statut personnel qu'il faut respecter partout où est le père, pour respecter également partout le statut personnel des enfants; dans le second, ce n'est plus qu'une mesure d'ordre public d'une portée territoriale. D'ailleurs, il serait possible que, au nom de l'ordre public local, on déclarât déchu de la puissance paternelle l'étranger, même à raison des faits commis par lui à l'étranger et qui, suivant la loi nationale des enfants, n'entraîneraient pas la perte de la puissance paternelle.

De notre manière de voir, il résulte que les changements de nationalité du père sont sans influence sur la déchéance de la puissance paternelle qu'il a encourue. Sa naturalisation est-elle individuelle? Il ne peut changer la condition de ses enfants. Est-elle collective? La situation des enfants, quant à l'organisation de la puissance à laquelle ils sont soumis, constitue un droit acquis sur lequel ne peut agir la naturalisation qui n'a pas d'effet rétroactif.

5° **Dette alimentaire** (1). — L'obligation de fournir des aliments est encore une conséquence du mariage, lorsqu'elle existe entre époux ou alliés. Quand la dette alimentaire existe entre ascendants et descendants ou entre parents naturels, la source en est dans la filiation ; mais cette dette dépend toujours de la loi nationale, car, comme nous l'établirons plus loin, la filiation elle-même et ses conséquences sont régies par la loi nationale.

Suivant quelques auteurs, cette obligation serait considérée par le législateur comme une règle de morale stricte, de telle sorte

(1) [V. Lehr, *De l'obligation alimentaire d'après les principaux codes de l'Europe*, *R. D. I.*, 1906, p. 689 et suiv.]

qu'il y aurait toujours lieu de suivre, en pareille matière, la loi territoriale (1). D'autres distinguent : en ligne directe, l'obligation de fournir des aliments s'impose comme règle d'ordre public ; mais entre alliés ou collatéraux, la très grande variété des législations autorise à penser que les dispositions législatives diverses tiennent à l'organisation particulière de la famille dans chaque pays et qu'il faut suivre la loi nationale des parties (2).

La première opinion est trop absolue, la seconde est arbitraire.

En principe, la dette alimentaire est réglée par la loi nationale des parties, car elle tient à l'organisation de la famille. Mais il est certain que tout législateur, en l'établissant entre certains parents, croit traduire et sanctionner un devoir de morale stricte dont l'observation est nécessaire pour la bonne organisation de la société ; sinon, en effet, quelle raison peut-on donner des distinctions, souvent critiquables du reste, qu'il établit entre les parents et les alliés au point de vue de la dette alimentaire?

Par conséquent, si la loi étrangère est plus large que la loi territoriale, on l'appliquera sans difficulté, étant donné le principe signalé plus haut : par exemple, un Italien pourra exiger des aliments de son frère italien devant un tribunal français (code italien, art. 141) (3). Mais si la loi étrangère est plus restrictive, on ne tiendra pas compte de ses dispositions contraires à la loi territoriale, car le législateur estime avoir fixé un minimum pour

(1) [Tel paraît être le point de vue auquel s'est placé le Tribunal suprême de Vienne, lorsqu'il a décidé, le 1er mars 1905, que la pension alimentaire due à un enfant naturel né en Autriche de parents étrangers domiciliés en Autriche, est réglée suivant la loi autrichienne : étant donnés ces motifs, le Tribunal suprême de Vienne aurait sans doute donné la même solution à l'égard de l'enfant légitime car il affirme que le droit de l'enfant a un fondement local et que, par suite, les tribunaux autrichiens doivent appliquer la loi autrichienne, lorsqu'ils sont sollicités d'assurer leur protection à l'enfant, sans se préoccuper ni de la nationalité de l'enfant, ni de son auteur, ni de la manière dont, dans les mêmes circonstances, les citoyens autrichiens sont traités à l'étranger. Ainsi s'exprime le tribunal d'appel dont le Tribunal suprême s'approprie les motifs. J. C., 1908, p. 1208.]

(2) Olivi, *Du conflit des lois en matière d'obligation alimentaire, R. D. I.*, 1885, p. 55 et suiv. — Renault, *Rev. crit.*, 1883, p. 722.

(3) [La Cour suprême d'Autriche, le 20 juin 1906, a jugé que la demande d'aliments doit s'apprécier d'après la loi nationale du défendeur. En conséquence, quand une semblable demande est formée contre deux frères devant un tribunal autrichien et que l'un d'eux est Allemand tandis que l'autre est Autrichien, c'est la loi allemande qui doit déterminer l'obligation du premier et la loi autrichienne celle du second. J. C., 1908, p. 863. Peut-être n'est-il pas aisé de concilier cette décision avec celle du 1er mars 1905 précitée. V. Clunet, *Tables générales*, t. III, v° *Aliments*, p. 100, n. 1 et s.]

l'obligation de fournir des aliments, minimum au-dessous duquel on ne peut descendre, à son avis, sans violer l'ordre public. Ainsi des aliments pourront être demandés en France, entre beau-père ou belle-mère et gendre ou belle-fille anglais ou américains, bien que la *common law* n'impose pas la dette alimentaire entre alliés. La jurisprudence comprend si bien le caractère d'ordre public de l'obligation alimentaire dans les limites fixées par notre code, qu'elle se déclare compétente pour en connaître même entre étrangers (1).

Le problème se complique quand les parties sont de nationalité différente. Ainsi, en 1869, le tribunal de la Seine condamna deux époux américains à payer une pension alimentaire à leur gendre français; mais la cour du circuit de New-York refusa de laisser exécuter la sentence en Amérique parce que la *common law* n'établit pas la dette alimentaire entre alliés (2). Vu la difficulté presque inextricable de trancher un pareil conflit, on a proposé d'appliquer toujours la loi du juge saisi de la demande (3).

Mais, d'après ce qui a été dit plus haut, on appliquera la *lex fori* toutes les fois que les parties seront parentes ou alliées au degré fixé par la loi locale, car alors la dette alimentaire est d'ordre public. Si le demandeur invoque une loi étrangère qui impose l'obligation de fournir des aliments entre parents à un degré plus éloigné que celui qui est indiqué par la loi locale, on suivra la loi nationale du débiteur. Une obligation ne peut venir, en effet, que de la volonté des parties ou de la loi; dans le cas présent, la loi, qui est la source de la dette alimentaire, ne peut s'imposer à un individu qui ne relève pas d'elle : il est donc logique de tenir compte de la loi nationale du débiteur (4). C'est ainsi qu'un Italien demandant des aliments à son frère en France ne les obtiendra que si son frère est italien lui-même : on ne pourrait imposer à un Français une obligation venant d'une législation à laquelle il n'est pas assujetti. En sens inverse, on appliquerait

(1) Trib. Seine, 3 mai 1879, J. C., 1879, p. 489; Douai, 26 mars 1902, J. C., 1903, p. 599.

(2) J. C., 1874, p. 45-47.

(3) Demangeat, *Cond. des étrangers*, p. 361.

(4) Il est vrai qu'en ne tenant compte que de la loi du débiteur, on peut enlever à la dette son caractère de réciprocité, car il peut arriver que la loi du créancier ne lui donne pas droit à des aliments à l'égard du débiteur; mais la réciprocité de la dette alimentaire est une règle de droit interne qui peut être écartée par les principes de droit international. [*Sic*, cour suprême d'Autriche, précité, 20 juin 1906, J. C., 1908, p. 863.]

en Italie la loi italienne, car la dette alimentaire y est considérée comme d'ordre public entre frères, quelle que soit leur nationalité (1). Du reste, beaucoup d'auteurs se prononcent pour la loi nationale du créancier, en disant que l'obligation de fournir des aliments est une mesure de protection qui doit être réglée par la loi nationale de l'individu à protéger. Mais cette raison ne nous paraîtrait juste que s'il s'agissait d'une mesure de protection motivée par l'incapacité qui dépend, il est vrai, de la loi nationale. Or, le droit à la pension alimentaire repose sur une idée d'humanité, étrangère au principe du statut personnel.

[**258** *bis*. **Convention de La Haye du 17 juillet 1905, relative aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux.** — Cette convention réglant les rapports personnels et pécuniaires des époux a été signée à La Haye, le 17 juillet 1905, par la France, l'Allemagne, la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie et la Suède et ratifiée le 24 avril 1905. La question a été étudiée dès la seconde Conférence de La Haye en 1894. Dans l'avant-projet du programme de cette Conférence communiqué par le gouvernement des Pays-Bas à ceux des autres Etats représentés, conformément au vœu exprimé par la première conférence en 1893, figurait en première ligne la question des effets du mariage par rapport aux personnes et aux biens des époux, à laquelle étaient jointes celles de la dissolution et de la nullité du mariage et de la séparation de corps. Dans sa séance du 26 juin 1894, la conférence nomma une commission chargée d'étudier les questions concernant le *mariage*. Le 9 juillet, cette commission, composée de MM. L. Renault (*France*), président et rapporteur, van den Buckle (*Belgique*), Oliver y Esteller (*Espagne*), Beelaerts van Blokland (*Pays-Bas*) et Meili (*Suisse*), déposa son rapport et un avant-projet de *dispositions relatives aux effets du mariage, au divorce et à la séparation de corps*. Elle ne s'était donc pas occupée de la *nullité du mariage*, expressément visée dans le programme néerlandais. Le motif de cette abstention était que la Conférence avait implicitement tranché les questions de nullité par les dispositions concernant le mariage déjà votées. La Conférence avait, dès 1893, déterminé d'une manière précise la loi régissant le droit de contracter mariage et la forme de la célé-

(1) Olivi, *loc. cit.*, p. 58 et suiv. ; Cass. Rome, 22 avril 1887, J. C., 1889, p. 162 ; Trib. Pontoise, 15 mai 1895, *ibid.*, 1896, p. 627.

bration. La loi, compétente pour fixer les conditions de validité du mariage, les formalités à observer pour la célébration, l'est aussi pour tirer les conséquences de l'inobservation de ses prescriptions. C'est elle qui édicte la nullité, s'il y a lieu et qui en indique les caractères : la sanction de la loi ne doit pas être séparée de la loi elle-même.]

[Laissant de côté pour le moment la partie du rapport qui concerne le divorce et la séparation de corps, indiquons les grandes lignes de ce rapport quant aux effets du mariage à l'égard de l'état de la femme et des enfants au point de vue non pécuniaire.]

[Les diverses législations de l'Europe n'attachent pas au mariage les mêmes conséquences en ce qui concerne l'état de la femme ou des enfants qui seraient nés avant le mariage. La femme devient-elle, par le fait même du mariage, incapable, et dans quelle mesure? Les enfants nés avant le mariage seront-ils légitimés par le mariage et à quelles conditions? Les futurs époux pouvaient n'avoir pas la même nationalité; ils ont pu se marier dans le pays de l'un d'eux ou dans un pays qui n'était la patrie ni de l'un ni de l'autre; là où ils se sont mariés, ils avaient un domicile véritable ou une simple résidence. Voilà des éléments de fait très variés qui pourraient influer sur la détermination de la loi compétente pour régler les effets du mariage. S'il s'agissait d'un contrat ordinaire, on pourrait et même on devrait s'attacher à la volonté expresse ou présumée des contractants et faire régir le mariage par la loi qu'aurait désignée cette volonté. Mais le mariage ne saurait être assimilé à un contrat ordinaire pour lequel la liberté des contractants est la règle. Les conditions et les effets du mariage sont déterminés impérativement par chaque loi et il ne dépend pas de la volonté des parties de les modifier. Il faut donc écarter les considérations tirées du fait que les époux auraient entendu se soumettre à la loi de tel pays en s'y mariant ou même en y fixant leur domicile matrimonial : la loi *nationale* doit ici prédominer abstraction faite des circonstances du domicile, de la résidence des époux ou du lieu de la célébration.]

[Si, au moment du mariage, les époux n'avaient pas la même nationalité, leurs lois nationales sont respectivement compétentes pour fixer les conditions auxquelles le mariage sera valable et il faut que chacun des futurs époux ait satisfait à sa loi sur ce point. Mais le mariage une fois célébré, pour en déterminer les effets, il ne saurait être question d'un pareil dualisme de législations. Suivant la règle admise dans les pays représentés à la

Conférence, la femme, par le fait même du mariage, acquiert la nationalité du mari. Les époux ont donc la même nationalité, même loi nationale; c'est cette loi qui tranchera les questions posées plus haut quant à l'état de la femme et des enfants.]

[Les solutions ainsi données par la loi nationale devront être respectées dans les autres pays. On n'aperçoit pas de raison suffisante pour écarter ces solutions en leur substituant celles de la *lex fori*. Par exemple, d'après la loi nationale des époux, la femme peut librement contracter, s'obliger, aliéner, sans avoir besoin du consentement de son mari ou de la justice. Elle est dans un pays dont la loi établit l'incapacité générale de la femme et lui impose la nécessité d'une autorisation pour contracter valablement. Peut-on dire que le droit public de ce pays exige l'observation de cette incapacité, même en ce qui concerne les femmes étrangères? Ce serait tout à fait excessif. Il faudrait en dire autant du cas inverse, c'est-à-dire de celui où la femme, incapable d'après sa loi nationale, se trouverait dans un pays dont la loi ne fait résulter du mariage aucune incapacité pour la femme. « Dans cet ordre d'idées, contentons-nous, a dit excellemment M. L. Renault, de régler le sort de nos nationaux respectifs de notre mieux, n'imposons pas nos règles aux étrangers, respectons leurs lois dont l'application, sur ce point, ne paraît pas de nature à entraîner de notre part le sacrifice de principes essentiels ».]

[Mais il ne faut pas méconnaître les droits légitimes de la souveraineté territoriale. Celle-ci devra être respectée notamment quand il s'agira des moyens à employer par le mari pour sanctionner l'autorité que lui confère sa loi nationale. Le mari ne pourra recourir qu'aux moyens de contrainte que cette loi lui donne, mais il sera quelquefois empêché de le faire par la loi du pays où il se trouve. L'intérêt de la question est plus théorique que pratique, à raison de la disparition d'anciennes mesures coercitives particulièrement rigoureuses sous l'action de la loi ou des mœurs. Cependant on peut rappeler que, d'après la jurisprudence de certains pays, le mari peut faire appel à la force publique pour contraindre la femme à réintégrer le domicile conjugal. Il ne pourrait le faire évidemment dans un autre pays où ce mode de contrainte ne serait pas admis; ce qui touche à la liberté individuelle fait partie du droit public, et il ne peut y être porté atteinte par un étranger sous un prétexte quelconque. A l'inverse, même dans un pays dont la législation permettrait au mari ce recours à la force publique, un mari étranger dont la loi nationale ne

connaîtrait pas ce procédé coercitif, ne pourrait l'employer; le droit public du pays n'exige pas la généralisation de ce mode de contrainte. Cet exemple montre que les droits et les devoirs respectifs des époux sont bien déterminés par la loi nationale du mari, mais qu'ils ne peuvent être sanctionnés que par les moyens que permet la loi du lieu de la résidence des époux.]

[Le statut des époux dépendant de leur nationalité n'est pas plus immuable que celle-ci : il change donc avec elle. Aucune difficulté, quand les deux époux acquièrent en même temps une nouvelle nationalité; leurs rapports sont régis par la nouvelle loi nationale commune. Mais, quand l'un des époux seul, en fait le mari, change de nationalité, quelle loi présidera désormais aux rapports des époux? Sera-ce la loi du mari, comme lorsqu'il s'agissait de déterminer les effets produits par le mariage au moment de sa célébration? Il serait injuste, semble-t-il, de permettre au mari de changer gravement, par un acte de sa volonté, la situation de sa femme, de la rendre, par exemple, capable d'incapable qu'elle était. Cette situation doit rester réglée par la dernière loi nationale commune des époux, qui sera le plus souvent, mais non pas nécessairement, la loi nationale du mari au moment du mariage; on pourrait supposer en effet que les deux époux aient changé de nationalité après le mariage, puis que le mari acquière seul une nouvelle nationalité.]

[Quelques-uns ont pensé que, tout en maintenant pour la femme le droit de se prévaloir de la dernière loi nationale commune, on pourrait lui accorder la faculté de réclamer l'application de la loi nouvelle du mari, si elle y trouvait avantage. Quoique cela paraisse, au premier abord, assez raisonnable, c'est contraire aux principes. L'application absolue de la dernière loi commune ou de la loi nouvelle du mari se comprend, mais non l'application facultative, au gré de la femme, de l'une ou de l'autre. Comment et dans quelle forme se manifesterait ce choix individuel? Aurait-il un effet général? Pourrait-il se produire à l'occasion d'un acte déterminé? Si oui, ce serait tantôt une loi, tantôt l'autre, qui s'appliquerait, suivant le caprice ou l'intérêt de la femme! A quelles difficultés ne se heurterait pas l'abandon d'un principe général? Si la femme préfère la loi nouvelle du mari à celle sous l'empire de laquelle vivaient précédemment les époux, elle n'a qu'a acquérir la même nationalité que son mari : c'est le seul moyen logique d'atteindre le but. Il ne saurait être question, d'ailleurs, de maintenir la dernière loi nationale commune des

époux à l'égard des enfants qui peuvent naître depuis le changement de nationalité du mari; ces enfants auront, conformément aux règles ordinaires, la nouvelle nationalité de leur père, et leur état sera, en conséquence, régi par la loi nationale nouvelle de celui-ci.]

[Telles sont les grandes lignes du rapport présenté par M. L. Renault à la conférence de 1894 sur les effets non pécuniaires du mariage : ce rapport constitue le commentaire anticipé, lumineux et précis, des dispositions essentielles qui, discutées d'abord en 1894, puis en 1900, et enfin adoptées après remaniments en 1904, ont été consacrées dans la convention du 17 juillet 1905 (1).]

[Dans le projet de programme établi en vue de la Conférence de 1900 figuraient, après les *Dispositions concernant le mariage*, des *Dispositions relatives aux effets du mariage sur l'état de la femme et des enfants et sur les biens des époux*. Elles furent l'objet d'un examen particulier que firent, sous la présidence de M. van den Buckle, délégué de Belgique, un certain nombre de membres de la commission chargée de l'étude du mariage. M. Lainé, délégué de France, résuma leurs travaux dans un rapport que la conférence discuta en séance plénière, mais sans émettre aucun vote (2).]

[Après une révision effectuée par la commission royale néerlandaise, la matière, déduction faite de ce qui était relatif aux enfants, fut de nouveau soumise à la conférence de 1904, sous la forme d'un avant-projet concernant : 1° *Les effets du mariage sur l'état et la capacité de la femme;* 2° *Les effets du mariage sur les biens des époux.*]

[La commission nommée par la conférence pour faire une étude préparatoire de cet avant-projet (3) fut d'avis qu'il n'y avait pas lieu de statuer dans la convention sur l'état de la femme, « parce que les quelques diversités qui peuvent exister à ce point de vue, entre les législations en présence relèvent du droit public ou, dans le domaine du droit privé, n'offrent point d'intérêt » (4). La Con-

(1) [Rapport de M. L. Renault, *Actes de la deuxième conférence*, 1894, p. 81-83; avant-projet, art. 1-3, *ibid.*, p. 87; discussion en séance plénière le 9 juillet 1894, *ibid.*, p. 71-73.]

(2) [*Actes de la troisième conférence*, 1900, p. 225-232 et p. 218-223.]

(3) [Cette commission était composée de MM. Hammarskjold, délégué de Suède, président; Lainé, délégué de France, rapporteur; Dungs, délégué d'Allemagne; de la Vallée-Poussin, délégué de Belgique; Pierantoni, délégué d'Italie; Heemskerk, délégué des Pays-Bas; Roguin, délégué de Suisse.]

(4) [Rapport de M. Lainé, *Actes de la qualrième conférence*, 1904, p. 177.]

férence approuva cette manière de voir, et, pour le reste, en délibéra sous quatre chefs : 1° les droits et devoirs des époux dans leurs rapports personnels; 2° les biens des époux; 3° la capacité de la femme; 4° les dispositions générales. Mais, en ce qui concerne la capacité de la femme, la commission ne put aboutir à une entente et, le désaccord ayant persisté en séance plénière pour des raisons qui ont été sommairement indiquées plus haut (V. ci-dessus, n. 258, p. 750), la Conférence a dû provisoirement écarter ce sujet (1). C'est ainsi qu'après l'élimination de ce qui touche à l'état et à la capacité de la femme mariée, le projet de convention élaboré par la Conférence de 1904 et devenu la convention de La Haye du 17 juillet 1905 est réduit aux *Effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux*. Il est divisé en trois chapitres : I. *Les droits et les devoirs des époux;* II. *Les biens des époux;* III. *Les dispositions générales.*]

[Renvoyant l'exposé du chapitre deuxième, consacré au régime matrimonial, à l'étude du contrat de mariage en droit international privé, nous allons indiquer et expliquer brièvement les dispositions des chapitres I et III.]

[I. *Les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels*. C'est l'objet d'une seule disposition, de l'art. 1^er^ ainsi conçu : « Les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels sont régis par leur loi nationale. Toutefois, ces droits et ces devoirs ne peuvent être sanctionnés que par les moyens que permet également la loi du pays où la sanction est requise ». Du rapport de la commission et des brèves observations échangées dans la séance plénière de la Conférence, il résulte que les expressions « droits et devoirs des époux dans leurs rapports personnels » ont été choisis pour faire antithèse aux rapports *pécuniaires* dont il est traité dans les articles suivants : les rapports des époux tenant à l'union conjugale, voilà ce que l'on a eu en vue.

Le principe qui fait l'objet du premier alinéa de l'article, se comprend de lui-même. M. Renault l'avait déjà justifié, dans son remarquable rapport de 1894, ainsi que le tempérament que le principe reçoit dans l'alinéa deuxième. M. Lainé, dans son rapport de 1904, justifie à son tour en ces termes le tempérament dont il s'agit : « La règle posée dans le deuxième alinéa de l'article répond à une double idée; les droits et les devoirs personnels

(1) [Lainé, J. C., 1907, p. 899.]

des époux étant régis par leur loi nationale, il est logique de rattacher à cette loi le mode selon lequel ils sont sanctionnés; mais, d'autre part, comme on suppose qu'il est fait usage de la sanction dans un autre pays que la patrie des époux, réserve est faite du droit, pour les autorités du pays, d'écarter les mesures incompatibles avec les lois ou les mœurs locales. Au reste, il n'est pas nécessaire que les moyens de sanction soient, dans les deux pays, identiques; il suffit qu'ils soient analogues; c'est en ce sens qu'il faut entendre le mot « également » écrit dans le texte » (1).]

[II. *Les biens des époux.* V. ci-dessous, n. 324 et suiv.]

[III. *Les dispositions générales.* Le projet de la Commission comprenait sous cette rubrique les art. 9 et 10, 11 et 12. Les art. 10 et 11 exprimaient des réserves au principe posé par l'art. 9 (2). La convention ne contient que deux articles, les art. 9 et 10.]

[L'art. 9 est ainsi conçu : « Si les époux ont acquis, au cours du mariage, une nouvelle et même nationalité, c'est leur nouvelle loi nationale qui sera appliquée dans les cas visés aux articles 1, 4 et 5.

» S'il advient, au cours du mariage, que les époux n'aient pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précités, être considérée comme leur loi nationale ».]

Art. 10. [« La présente convention n'aura pas d'application lorsque, d'après les articles précédents, la loi qui devrait être appliquée ne serait pas celle d'un État contractant ».]

[Quant à l'article 10, relatif au champ d'application de la Convention du 17 juillet 1905 sur les effets du mariage, on ne peut que s'en référer aux explications nettes et décisives qu'a données M. L. Renault au sujet de l'art. 8 de la Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage (3).]

[En ce qui concerne l'art. 9, il ne saurait qu'être approuvé, à notre avis, dans ses deux dispositions qui visent le cas de l'art. 1er, c'est-à-dire les rapports personnels des époux : lorsque les deux

(1) Lainé, Rapport, *Actes de la quatrième conférence,* 1904, p. 178; *id.*, J. C., 1907, p. 900. Cpr. L. Renault, Rapport, *Actes de la deuxième conférence,* 1894, p. 82. V. ci-dessus n. 258 *bis,* p. 762.]

(2) Lainé, Rapport, *Actes de la quatrième conférence,* 1900, p. 184-185; projet de Convention, *ibid.*, 187-188.]

(3) L. Renault, Rapport, *Actes de la troisième conférence,* 1900, p. 178-179. V. ci-dessus, n. 255 *bis,* p. 740.

époux acquièrent une nouvelle et même nationalité, leurs rapports personnels seront régis par leur nouvelle et commune loi nationale; si l'un des époux seul, c'est-à-dire, en fait, le mari, change de nationalité, ces rapports continueront à être régis par leur dernière législation commune (1).]

[Mais, qu'il en soit de même dans les cas visés par les art. 4 et 5, c'est-à-dire de conventions matrimoniales, cela nous paraît très contestable. Et la Conférence l'a vivement contesté. Déjà, en 1900, l'entente avait été impossible au sein de la Commission, au sujet de la possibilité d'une mutation des conventions matrimoniales au cas où le contrat de mariage postérieur au mariage aurait lieu entre époux dont la loi nationale contemporaine du mariage le prohiberait, tandis que leur loi nouvelle après un changement de nationalité, le permettait. En 1904, on a résolu cette difficulté dans l'art. 9 du projet de convention devenu la convention du 17 juillet 1905, grâce à un sacrifice douloureux qu'ont accompli les délégués de Belgique, de France et de Suède. Plusieurs membres de la Commission, entre autres MM. de Hammarskjold, de Paepe, Töry, Lainé, étaient d'avis que, dans le cas où la loi nationale des époux, lors du mariage, impose l'immutabilité des conventions matrimoniales, cette immutabilité doit persister, même après un changement de nationalité et sous l'empire d'une nouvelle loi nationale permettant, soit de faire pour la première fois un contrat de mariage, soit de modifier un contrat de mariage préexistant. M. Dungs, délégué d'Allemagne, soutint l'opinion contraire. M. Matzen, délégué de Danemark, s'y rallia. De la discussion il résulte qu'il était impossible de concilier deux systèmes aussi nettement et profondément opposés. « Aujourd'hui, par esprit de conciliation, dit M. Lainé dans son rapport à la conférence de 1904, les délégués de Belgique, de France et de Suède acceptent le système allemand. A leurs yeux, ce point est de ceux où les transactions sont possibles et par conséquent désirables » (2).]

(1) L. Renault, Rapport, *Actes de la deuxième conférence*, 1894, p. 82-83.

(2) [Lainé, Rapport, *Actes de la qualrième conférence*, 1904, p. 184; Cpr. *ibid.*, p. 180; *Exposé des motifs* du projet de loi portant approbation de la convention, Sénat, *Doc. parl.*, 1909, session ordinaire, séance du 28 janvier 1909, annexe n. 10, p. 3; rapport de M. Leroux, Sénat, session ordinaire, annexe n. 28, séance du 9 févr. 1909; *Exposé des motifs*, Chambre, 9e législ., 1909, n. 2331, ann., 2e séance du 24 févr. 1909; rapport de M. Drelon, n. 2421, ann., séance du 30 mars 1909. — Loi du 7 avril 1909 portant approb. de la Conv. du 17 juill. 1905, *J. off.*, 9 avril.]

SECTION IV

DE LA SÉPARATION DE CORPS, DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET DU DIVORCE

259. Séparation de corps. — La séparation de corps, étudiée au point de vue du Droit international privé, donne lieu à trois questions principales.

A. Quelle est la loi qui décidera si la séparation de corps est possible?

C'est la loi nationale des époux, car il s'agit d'une matière touchant à l'organisation particulière de la famille et à la condition juridique des époux. Ainsi des conjoints allemands peuvent demander en France la séparation de corps, dans la mesure déterminée par l'art. 1575 du nouveau code de l'Empire, tandis que des époux prussiens ne pouvaient pas être séparés de corps et devaient demander le divorce, suivant la législation de la Prusse.

Les tribunaux français pourraient aussi prononcer entre des époux étrangers une séparation de corps temporaire quand elle est organisée par leur loi nationale (1) : tel est le cas pour les Suisses, la loi fédérale de 1874, art. 47, autorisant des séparations pour deux ans. [Les jours de cette loi sont comptés : le terme en est fixé au 31 décembre 1911. Le nouveau Code civil suisse qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912 autorise le juge, lorsqu'une cause de divorce est établie, à prononcer le divorce ou la séparation de corps. Le juge ne peut prononcer le divorce, si l'action ne tend qu'à la séparation de corps; lorsque l'action tend au divorce, la séparation de corps ne peut être prononcée que si la réconciliation des époux paraît probable (art. 146). La séparation de corps est prononcée pour une durée d'un à trois ans ou pour un temps indéterminé (art. 147-148).]

B. Quelle loi fixera les causes autorisant la demande en séparation de corps?

C'est encore la loi nationale des époux, et pour les mêmes raisons qui font appliquer cette loi quand il s'agit de savoir si la séparation elle-même est possible. Ainsi des Italiens et des Autrichiens pourraient la demander pour dissentiment mutuel (code italien, art. 158 et code autrichien, art. 103). Si toutefois la loi

(1) Glasson, *loc. cit.*, p. 356 et 449; Olivi, *R. D. I.*, 1883, p. 370. — Trib. Seine, 23 mai 1900, J. C., 1900, p. 993, application de la loi chilienne.

étrangère n'autorisait pas la séparation dans un des cas où notre législation la permet, les juges français pourraient ordonner, au nom de l'ordre public, une séparation de fait comme il sera dit plus loin.

C. Quelle loi règlera les effets de la séparation de corps?

Encore la loi nationale, car ces effets se rattachent à la modification apportée dans la capacité des époux. Ainsi une femme italienne séparée était dispensée de l'autorisation maritale pour l'accomplissement des actes juridiques, sans être soumise aux restrictions de l'art. 1449 C. civ., avant la loi du 6 février 1893 qui, modifiant l'art. 311 C. civ., a donné à la femme française séparée de corps la même capacité qu'à la femme divorcée (code italien, art. 135, § 2).

La loi territoriale ne s'imposerait que pour les points touchant à l'ordre public, par exemple pour fixer la sanction pénale de l'adultère commis par le mari ou par la femme (art. 308 C. civ. et 339 C. pén.).

260. Dissolution du mariage. — Toutes les causes de dissolution du mariage admises par les diverses législations peuvent se ramener à trois : la mort naturelle, la mort civile et le divorce. Aucun conflit de lois n'est possible en ce qui concerne la première, qui, par la force des choses, est admise partout. Pour la mort civile, elle constitue, d'après ce qui a été déjà dit, un élément du statut personnel qui doit être réglé en tout pays par la loi nationale des parties : mais dans les Etats qui, de même que la France, repoussent cette institution comme contraire à l'ordre public, ses effets, par exemple la dissolution du mariage, ne seront pas acceptés. Reste le divorce qui donne lieu à des conflits de législations assez fréquents, à cause des idées très différentes des législateurs sur l'indissolubilité du lien matrimonial, et très graves, à raison du rapport étroit qui existe entre cette question et les principes de morale et d'organisation sociale.

Recherchons d'abord quelle est la loi applicable au divorce; en second lieu, quelle est la règle consacrée à cet égard par les principales législations étrangères; nous parlerons ensuite de la question de compétence.

§ I. *De la loi qui régit le divorce.*

261. Il est nécessaire de rechercher la loi applicable à trois points de vue : 1° pour savoir si les époux peuvent divorcer;

2° pour fixer les causes qui autorisent la demande en divorce;
3° pour régler les effets du divorce.

262. I. **Quelle loi détermine l'aptitude à divorcer?** — Sur ce premier point le conflit peut être fréquent, le divorce étant consacré par certaines législations et répudié par d'autres. Cependant, par suite de l'affaiblissement des préjugés religieux, cette institution fait chaque jour de nouveaux progrès; la France l'a rétablie par la loi du 27 juillet 1884, et on ne peut guère citer, en Europe, que l'Espagne, le Portugal et l'Italie qui la prohibent encore. En Italie même, un projet d'organisation du divorce est actuellement à l'étude et ne tardera pas, vraisemblablement, à être voté, malgré l'opposition qu'il rencontre. En Autriche, le divorce n'est pas admis pour les époux dont l'un était catholique au moment du mariage (art. 111 C. civ. de 1811).

Cependant, l'accord n'étant pas encore fait entre toutes les législations sur l'admission du divorce, il y a lieu de se demander si les nationaux d'un pays qui n'admet pas le divorce peuvent divorcer dans un pays qui consacre cette institution, et, réciproquement, si les nationaux de ce dernier Etat pourraient divorcer dans le premier.

Au point de vue théorique, la question est aisée à résoudre. Le mariage, ses effets, et, par conséquent, ses causes de dissolution sont régis par la loi nationale du mari qui est aussi celle de la famille : tous ces points se rattachent en effet à l'organisation de la famille en vue de laquelle ont été écrites les dispositions de cette loi nationale et qui, rationnellement, doit relever de cette loi. On peut faire observer, de plus, que le divorce modifie l'état et la capacité des époux en leur rendant leur liberté au point de vue matrimonial; or l'état et la capacité sont des éléments du statut personnel et sont réglés, par conséquent, par la loi nationale des parties.

Dans notre droit positif, la solution théorique qui précède se trouve pleinement confirmée par l'art. 3, alin. 3 C. civ., d'après lequel toutes les matières rentrant dans le statut personnel sont réglées par la loi nationale.

La procédure de divorce ou de la demande de conversion de la séparation en divorce est fixée par la *lex fori;* c'est ainsi que, en France, les art. 310 et suiv. C. civ. seront applicables aux étrangers. Mais le délai prescrit pour autoriser la conversion de la séparation en divorce ne se rattache plus à la procédure; il dépend des règles d'organisation de la famille telles

qu'elles ont été établies par le législateur national des époux (1).

Des principes ci-dessus découlent deux conséquences qu'il faut examiner.

A. Deux époux appartenant à un pays où le divorce n'est pas admis ne peuvent divorcer dans un Etat où cette institution est consacrée.

Le divorce et le second mariage qui l'aurait suivi, nuls dans le pays de ces époux comme contraires au statut personnel de ces derniers, le seraient-ils aussi dans le pays où ils auraient eu lieu?

On peut dire que, dans le pays où il est organisé, le divorce est une institution d'ordre public, établie comme nécessaire pour la bonne organisation de la famille et comme le seul moyen de mettre fin à des unions qui ne sauraient subsister plus longtemps : ainsi considéré, le divorce s'imposerait, comme toute règle d'ordre public, aux étrangers eux-mêmes, quelles que fussent les dispositions de leur loi nationale.

Ce caractère donné au divorce est très certainement exagéré. On comprend, sans doute, qu'un législateur prohibe le divorce, en obéissant à certaines considérations d'ordre religieux ou moral, même pour les étrangers dont la loi nationale l'autorise; mais on conçoit moins bien qu'un législateur l'impose à des étrangers contrairement à leur statut personnel. L'indissolubilité du mariage est en effet une règle *impérative*, imposée d'une manière absolue; tandis que la disposition légale qui établit le divorce n'est que *permissive* : elle autorise l'emploi de ce moyen de dissolution du mariage, mais elle ne le rend obligatoire pour personne. On arrive d'ailleurs à sauvegarder l'ordre public, qui pourrait se trouver compromis par le maintien d'une union dangereuse pour la sécurité ou la dignité de l'un des époux, en prenant certaines mesures ayant pour résultat la séparation de fait des époux, ou même en prononçant leur séparation de droit conformément à leur loi nationale. En procédant ainsi, on respecte le statut personnel des époux et on maintient l'ordre public. Mais imposer le divorce à des étrangers dont la loi nationale ne l'admet pas, c'est amener des conflits de législations déplorables, favoriser des seconds mariages qui, dans le pays des époux remariés, seront considérés, non seulement comme nuls, mais comme de véritables cas de bigamie; c'est provoquer enfin la naissance d'enfants

(1) Humblet, *De la conversion en divorce d'une séparation de corps prononcée à l'étranger*, J. C., 1888, p. 464; *ibid.*, 1887, p. 469 à 577.

traités comme adultérins dans le pays de leur père ou de leur mère (1). De là il résulte qu'un étranger ne peut demander en France la conversion de sa séparation de corps en divorce que dans les cas et sous les conditions fixés par sa loi nationale (2).

On objecte quelquefois contre cette manière de voir une décision célèbre de la Cour de cassation du 22 mars 1806, rendue dans l'espèce suivante. Le major irlandais Mac-Mahon ayant émigré, sa femme, Française d'origine, M^me^ de Latour, demanda et obtint le divorce pour absence non justifiée de son mari, conformément aux lois révolutionnaires. Sur la demande du mari qui fit valoir que, étant étranger, la loi française ne lui était pas applicable dans une question de statut personnel, la cour d'Orléans annula le divorce, le 11 thermidor an XIII. Mais la cour suprême, dans l'arrêt précité, cassa cette décision sur le réquisitoire de Merlin. On aurait tort d'en conclure que la Cour de cassation considérait le divorce comme une règle d'ordre public s'imposant aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux : sa sentence est motivée par la loi du 26 germinal an XI qui, dans la crainte d'une réaction violente contre les lois de la Révolution, défendit d'attaquer aucun des divorces prononcés antérieurement. Cette loi, d'un caractère tout politiqne, était évidemment d'ordre public et s'imposait aux étrangers.

B. La deuxième conséquence à déduire des principes exposés plus haut serait que les nationaux d'un pays où le divorce est admis doivent pouvoir divorcer, en invoquant leur statut personnel, dans un Etat où le divorce n'est pas consacré. Mais la restriction de l'ordre public s'impose ici ; à tort ou à raison, dans les législations qui ne l'admettent pas, le divorce est considéré comme inacceptable au point de vue moral, social ou religieux : c'est dans cet esprit, par exemple, qu'a été promulguée en France la

(1) Trib. Pau, 16 janv. 1897, J. C., 1897, p. 535 et la note p. 536; Loi hongroise de 1894, sur le mariage, art. 118, *Ann. législ. étrang.*, 1895, p. 378; [Trib. suprême de Vienne, 8 nov. 1904, J. C., 1907, p. 463; 11 janv. 1905, J. C., 1908, p. 1210; 21 fév. 1906, J. C., 1908, p. 1217; Trib. synodal du diocèse de Barcelone, 24 janv. 1906, J. C., 1907, p. 190 : est sans effet en Espagne le jugement étranger qui accorderait le divorce à un mari espagnol domicilié à l'étranger; et la seconde union contractée à l'étranger ne peut être considérée que comme un concubinage, un adultère et un fait de bigamie ouvrant au profit du conjoint demeuré en Espagne le droit à la séparation de corps; Cpr. *Aréopage*, 1^re^ ch., 1904, n. 230, J. C., 1908, p. 1195.]

(2) Cpr. Lyon, 23 février 1887, J. C., 1887, p. 469; [Weiss, *Man. de dr. int. pr.*, 6^e^ éd., 1909, p. 503.]

loi du 8 mai 1816 qui abolit le divorce. En conséquence, deux époux étrangers ne peuvent divorcer dans un pays où le divorce n'est pas admis, en invoquant les dispositions de leur loi nationale qui l'autorise.

En Autriche, le divorce est interdit aux catholiques et permis à ceux qui ne le sont pas (C. civ. art. 111 et 115). De là des détours employés par les catholiques, sous forme de conversions ou de naturalisations, pour obtenir le divorce de certains tribunaux, notamment des juridictions ecclésiastiques protestantes de Transylvanie, ce qui a fait donner aux unions contractées après le divorce ainsi obtenu le nom de *mariages transylvaniens* (1).

En Italie, où l'on admet, non le divorce, mais seulement la séparation, celle-ci est même refusée aux étrangers quand elle peut être pour eux un moyen d'arriver au divorce suivant leur loi nationale, par exemple par la conversion au bout de trois ans d'après la loi française (2). Mais il semble que les tribunaux italiens devraient se borner à refuser cette conversion en divorce en Italie, et qu'il ne leur appartient pas de régler le statut personnel des étrangers, en tant que ceux-ci invoqueraient, plus tard, dans leur patrie, leur loi nationale pour obtenir la conversion de la séparation en divorce.

263. II. **Des causes du divorce.** — Les raisons qui commandent l'application de la loi nationale des époux pour déterminer leur aptitude à divorcer doivent conduire à appliquer la même loi pour fixer les causes autorisant le divorce. Du reste, le conflit sur ce dernier point ne peut se présenter, d'après ce qui a été dit dans le numéro précédent, qu'autant que les époux appartiennent à un

(1) V. Lyon-Caen, J. C., 1880, p. 260 et suiv.; [1888, p. 113; Cour suprême d'Autriche, 18 juin 1907, J. C., 1908, p. 1218.]

(2) V. *R. D. I.*, 1875, p. 102; Trib. d'Ancône, 22 mars 1882, J. C., 1884, p. 551. — Jugé cependant, en Italie, que le divorce peut être prononcé entre étrangers dont la loi nationale l'admet : Cour d'Ancône, 22 mars 1884 (Fiore, *Droit int. privé*, 3e édit., t. II, p. 192); Trib. Milan, 2 juin 1897, J. C., 1899, p. 409; Gênes, 7 juin 1894, J. C., 1898, p. 412. [Bien que l'arrêt de la Cour d'Ancône ait été vivement critiqué par la plupart des jurisconsultes italiens, il n'est pas resté isolé et M. Pierantoni a déclaré, à la Conférence de La Haye en 1900, que la jurisprudence italienne était fixée en ce sens : pour que les pays dont la législation admet le divorce et dont les nationaux divorceraient en Italie puissent reconnaître cette jurisprudence, l'art. 3 *in fine* de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps y a fait allusion. V. L. Renault, rapport, *Actes de la deuxième conférence*, 1894, p. 85; *id.*, rapport, *Actes de la troisième conférence*, 1900, p. 209; *id.*, *Les conventions de La Haye*, 1903, p. 56.]

pays où le divorce est admis, et se trouvent dans un autre où il est consacré aussi : sinon le divorce serait impossible. C'est de même la loi nationale qui devra être suivie pour la possibilité de convertir la séparation en divorce. [Aussi faut-il refuser à l'étranger judiciairement séparé dans son pays la faculté d'obtenir en France un jugement de conversion en dehors des cas où sa loi personnelle la lui accorde et des conditions auxquelles elle la subordonne. Par exemple, le Hollandais dont la séparation de corps remonte à trois ans ne pourra pas invoquer l'art. 310 du code civil pour la faire convertir en divorce, son statut personnel n'admettant la conversion qu'après un laps de cinq ans, et seulement si les deux époux séparés y consentent (1). Il ne saurait invoquer l'art. 310, § 1er, Code civil (loi du 6 juin 1908), ainsi conçu : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de plein droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux ».]

Les législations diffèrent d'ailleurs beaucoup au point de vue des causes qui justifient la demande en divorce : si certaines sont, avec raison, assez restrictives à cet égard, comme les lois française et belge, il en est d'autres qui se montrent beaucoup plus larges, comme le code prussien qui admet un très grand nombre de causes du divorce dont quelques-unes sont même peu sérieuses (2). En principe, il faut suivre la loi nationale des époux pour déterminer les causes du divorce qu'ils peuvent invoquer : ainsi des Belges ne pourraient fonder leur demande de divorce en Prusse sur les infirmités de l'un des époux, conformément à la loi prussienne. En sens inverse, il semble que des époux prussiens pour-

(1) Weiss, *Droit int. pr.*, 6e édit., 1909, p. 503.]

(2) Landrecht (code général prussien), IIe part., tit. I, sect. 8, art. 668 et suiv. ; Anthoine de St-Joseph, III, p. 200. La loi allemande du 6 février 1875 a permis le divorce quand une loi particulière d'un Etat allemand admet la séparation de corps. Le nouveau code civil de l'Empire indique des causes de divorce qui peuvent toutes rentrer dans celles que prévoit notre loi, sauf le cas de maladie mentale de l'un des époux, ayant duré trois ans et sans espoir de guérison (art. 1569). [Le code civil suisse de 1907 (art. 141) admet la même solution ; ce code admet aussi le divorce pour causes indéterminées (art. 142) « lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable ». L'ordonnance souveraine de la principauté de Monaco, en date du 3 juillet 1907, relative au divorce et à la séparation de corps, autorise le divorce lorsque l'un des époux est atteint d'aliénation mentale, d'épilepsie, de délire alcoolique ou de syphilis (art. 5). V. Ordonnance souveraine du 3 juillet 1907, 1 broch. in-8°, Monaco, 1907; J. C., 1908, p. 278. La République de San Salvador admet le divorce par consentement mutuel (loi du 19 avril 1902), *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1908, p. 249.]

raient faire valoir cette cause en France et en Belgique ; mais la dérogation au principe de l'indissolubilité du mariage étant de droit étroit, et la limitation des cas où le divorce est permis étant d'ordre public dans chaque Etat, il faut décider que des époux étrangers ne peuvent invoquer une cause de divorce qui, admise dans leur pays, ne l'est pas dans celui où ils se trouvent (1).

264. III. **Effets du divorce.** — Ces effets, en tant qu'ils se rattachent à la condition juridique des époux, dépendent encore de la loi nationale des époux comme l'aptitude à divorcer, les causes du divorce, et pour les mêmes motifs.

De tous les effets du divorce, envisagés à ce point de vue, le plus remarquable est celui qui rend aux époux leur liberté et leur permet de contracter un nouveau mariage. A ce propos, se pose la question de savoir si des époux valablement divorcés en leur pays conformément à leur statut personnel peuvent contracter un mariage nouveau, du vivant de leur premier conjoint, dans un Etat où le divorce n'est pas admis. La question s'est fréquemment posée en France avant le rétablissement du divorce par la loi du 27 juillet 1884.

Pendant quelque temps, on s'est prononcé pour la négative. Sans doute, disait-on, le divorce et ses effets se rattachant à l'organisation de la famille dépendent de la loi nationale des époux ; mais l'ordre public s'oppose, dans un pays où le divorce n'est pas admis, à la célébration d'un mariage avant la dissolution du premier par la mort de l'un des époux. Permettre le mariage d'un étranger divorcé, surtout avec une personne du pays où le divorce n'est pas consacré, c'est autoriser un véritable scandale, une bigamie légale, et, en fait, reconnaître le divorce dans une de ses conséquences les plus graves (2).

Aujourd'hui, l'opinion contraire l'emporte, et c'est avec raison. Il s'agit, en effet, non de déclarer le divorce dans un pays qui le repousse, mais simplement de déterminer la situation des époux étrangers au point de vue de leur aptitude à contracter mariage. Or cette question d'état et de capacité s'apprécie d'après leur loi nationale (art. 3 C. civ., alin. 3); si ces époux, divorcés

(1) Pic, *Mariage et divorce en droit intern. privé,* p. 230; de Nobele, J. C , 1887, p. 575; Jurisprudence belge, *ibid.,* 1891, p. 273. La loi d'introduction du Code civil allemand, art. 17, exige que la loi du mari qui détermine la cause du divorce soit d'accord avec la loi allemande qui doit admettre la même cause. [Cpr. Trib. civ. Pau, 2 nov. 1907, J. C., 1908, p. 473.]

(2) Paris, 4 juil. 1859, D. P., 59. 2. 153, affaire Bulkley.

d'après leur loi nationale, peuvent contracter une nouvelle union, les tribunaux n'ont qu'à constater leur condition juridique sans pouvoir la critiquer. Du reste, en vertu de la loi française elle-même, le résultat que l'on considère comme contraire à l'ordre public a dû se produire : les personnes divorcées avant la loi du 8 mai 1816 ont pu se remarier en France, du vivant de leur premier conjoint, cette loi n'ayant pas d'effet rétroactif. Aussi la jurisprudence était-elle devenue unanime, dès avant la loi du 27 juillet 1884, pour permettre le second mariage en France d'époux étrangers valablement divorcés dans leur pays (1).

D'autre part, régulièrement prononcée par un tribunal compétent à l'étranger conformément à la loi nationale des époux, la dissolution du mariage est irrévocable en France : on refusera donc en France l'exequatur à un jugement étranger validant le mariage déclaré nul ou dissous régulièrement par un autre tribunal étranger compétent et conformément à la loi nationale des époux (2).

Indépendamment de ce premier effet, le divorce peut en produire d'autres. Tout d'abord, il crée quelquefois des empêchements au mariage, par exemple entre les époux divorcés quand l'un d'eux a contracté une nouvelle union depuis le divorce (art. 295 C. civ.), entre l'époux adultère et son complice (art. 298, [aujourd'hui abrogé par la loi du 15 décembre 1904]) ; ces empêchements tiennent au statut personnel et dépendent de la loi nationale, l'ordre public d'un autre pays n'étant nullement compromis par leur application. Ils constituent d'ailleurs si bien des règles propres à chaque législation et provoquées par le caractère national, sans être des principes de morale générale, qu'on voit, en Angleterre, l'opinion publique imposer comme un point d'honneur au complice l'obligation d'épouser la femme coupable d'adultère et divorcée pour cette cause [et que la loi du 15 décembre 1904 a abrogé l'art. 298 C. civ. portant prohibition du mariage entre l'époux adultère et son complice]. On n'était même pas d'accord, en France, sur le point de savoir si la prohibition du mariage entre l'époux adultère et son complice constituait un empêchement dirimant ou prohibitif : en lui donnant ce dernier caractère, on affaiblissait considérablement l'opinion de ceux qui faisaient de la disposition

(1) Cass , 28 février 1860, D. P., 60. 1. 57; 15 juillet 1878, D. P., 78. 1. 340, J. C., 1878, p. 499; Amiens, 15 avril 1880, S., 80. 2. 172.

(2) Cass., 9 mai 1900, J. C., 1900, p. 613.

de l'art. 298 une mesure d'ordre public international (1). [Ce qui confirme notre manière de voir, c'est que la loi du 15 décembre 1904 a abrogé l'art. 298 du code civil (2).]

On a soutenu que la défense faite à la femme divorcée de se remarier avant l'expiration du délai fixé par l'art. 296 C. civ. [loi du 13 juillet 1907] s'impose comme règle d'ordre public, quelles que soient les dispositions de sa loi nationale, car elle a pour but d'éviter la *turbatio sanguinis* compromettante pour le bon ordre social. D'ailleurs, il s'agit ici d'une règle de droit pénal (art. 194 C. pén.) (3). — Tel n'est pas l'avis de la Chancellerie, qui invoque un argument très puissant : l'art. 296 (ancien texte) relatif aux dix mois de viduité est une conséquence de l'art. 315 sur la présomption de légitimité; or, comme on le verra plus loin, cette présomption rentre dans le statut personnel régi par la loi nationale et n'est pas d'ordre public international. Quant à l'art. 194 du Code pénal, il ne vise que l'officier de l'état civil et l'on ne peut rien en conclure, pas plus que de l'art. 50 C. civ. qui n'est pas d'ordre public international et qui édicte cependant une peine contre l'officier de l'état civil (4).

C'est enfin sa loi nationale qui fixera la capacité de la femme divorcée : ainsi une femme française, mariée avec un Allemand et divorcée, peut librement contracter en France sans autorisation de son mari ni de justice, conformément à la loi allemande (5).

Cette acceptation complète du jugement étranger prononçant le divorce, quant aux effets qu'il doit produire dans un pays qui n'admet pas ce mode de dissolution du mariage, n'a pas cependant conduit la jurisprudence française, avant le rétablissement du divorce par la loi de 1884, à considérer ce jugement comme susceptible d'être exécuté en France. Ainsi l'*exequatur* a été refusé à un jugement étranger pour le paiement des frais d'une instance en divorce ouverte en pays étranger. La raison alléguée est que l'*exequatur* ne peut être accordé à un jugement dont le dispositif

(1) Glasson, *Le mariage civil et le divorce,* 2e édit., p. 320. Cpr. Hubert-Valleroux, *Bull. de la Soc. de législ. comp.,* 1882, p. 159. Cpr. Paris, 27 février 1897, *Gaz. Trib.,* 13 mars ; Trib. de Versailles, 16 juin 1896, *ibid.,* 29 oct. 1896.

(2) [Cpr. L. Renault, *Les conventions de La Haye,* 1903, p. 41; Weiss, *Droit int. priv.,* 6e édit., 1909, p. 500.]

(3) Paris, 13 fév. 1872, D. P., 72. 2. 160; [Weiss, *op. cit ,* 6e éd., 1904, p. 504.]

(4) Lettre du garde des sceaux, au procureur général de Pau, 30 nov. 1898, J. C., 1899, p. 218. [Cet argument a conservé toute sa portée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1907 qui a remanié l'art. 296 C. civ.]

(5) Trib. civ. Nogent-le-Rotrou, 7 juin 1878, J. C., 1879, p. 277.

est contraire à l'ordre public, ce qui était le cas, en France, pour un jugement prononçant le divorce avant la loi de 1884 (1). Cette solution peut se concilier avec celle qui a été précédemment indiquée et d'après laquelle l'époux étranger divorcé peut se remarier dans un pays qui n'admet pas le divorce, parce que, dans ce cas, il s'agit simplement d'apprécier le statut personnel de cet époux, tandis que, dans le cas présent, il faudrait *exécuter* un jugement étranger considéré comme contraire à l'ordre public (2).

On a décidé que le divorce prononcé à l'étranger ne peut produire effet en France que s'il est transcrit sur les registres de l'état civil conformément aux art. 251 et 252 C. civ. (loi du 18 avril 1886) et que cette transcription ne peut avoir lieu que si le jugement de divorce a été rendu exécutoire (3). A cela nous objecterons que les jugements étrangers fixant l'état des personnes produisent leur effet *de plano* et sans être revêtus de l'exequatur (V. n. 197). D'autre part, la transcription exigée par la loi du 18 avril 1886 n'a eu pour but que de remplacer la prononciation du divorce par l'officier de l état civil, prononciation qui n'a pas sa raison d'être pour les divorces résultant de jugements étrangers. Enfin, les art. 251 et 252 C. civ., en réglant cette transcription, supposent toujours qu'il s'agit de divorces prononcés en France (4).

§ II. *Législation comparée.*

265. Nous trouvons les principes exposés ci-dessus, au sujet du divorce apprécié au point de vue du Droit international privé, consacrés dans un certain nombre de législations, par exemple en Belgique (5), où notre code civil est en vigueur, et en Italie. Dans

(1) Paris, 20 nov. 1848, D. P., 49. 2. 239.

(2) Trib. Seine, 25 janv. 1882, J. C., 1882, p. 74.

(3) Besançon, 28 février 1900, J. C., 1900, p. 597 ; *id.*, 9 janvier 1901, *ibid.*, 1901, p. 545; [Trib. civ. Pau, 2 nov. 1907, J. C., 1908, p. 473]; Circul. du Parquet de la Seine, 25 juil. 1887, J. C., 1887, p. 653. [*Contrà,* Weiss, *op. cit.,* 6e édit., 1909, p. 500-501.]

(4) [Cpr. sur la pratique récente de la chancellerie qui prescrit la mention en marge des actes de mariage « à titre de simple renseignement » des décisions rabbiniques prononçant des divorces entre israélites autrichiens ou russes et sur la transcription de divorce ainsi obtenue sur les registres de l'état civil de Paris (par exemple la transcription opérée à la mairie du IXe arrondissement le 27 mars 1906) en vertu de réquisitions formelles du parquet de la Seine, Weill, *Le divorce des Israélites en France, R. D. I. P.,* 1908, p. 761 et Cluzel, *Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France,* J. C., 1909, p. 23.]

(5) Cour de cass. de Belgique, 9 mars 1882, *Pasicrisie,* 1882, 1, p. 62.

ce dernier pays notamment, le divorce est considéré comme réglé par la loi nationale, soit quant à son admission, soit quant à ses causes et à ses effets. Cependant on ne permet pas aux étrangers de divorcer en Italie, parce que la législation italienne, au moins encore, prohibe le divorce pour des considérations d'ordre public (1). Mais deux époux étrangers, valablement divorcés dans leur pays, peuvent se remarier en Italie (2).

En Suisse, l'art. 56 de la loi fédérale du 24 décembre 1874 permet aux tribunaux de prononcer le divorce entre époux étrangers, pourvu qu'il soit établi que l'Etat auquel les époux appartiennent reconnaîtra le jugement qui sera prononcé, et on trouve la même règle dans la loi saxonne du 4 mars 1879, art. 3 (*Ann. législ. étrang.*, 1880, p. 312). En fait, c'est admettre l'application du statut personnel, puisque l'Etat étranger n'acceptera l'autorité du jugement rendu que s'il est conforme à la loi nationale des parties. Cependant, les tribunaux suisses décident qu'ils ne doivent appliquer que leur loi en matière de mariage et de divorce. Il ne faudrait exiger la preuve préalable que le jugement rendu conformément à la loi helvétique sera accepté par l'Etat étranger qu'en prévision du refus possible de ce jugement par cet Etat. Mais il est pratiquement bien difficile d'obtenir d'un Etat qu'il reconnaisse un jugement rendu dans un autre pays et dont il ne connaît encore ni les motifs ni le dispositif : aussi la disposition de la loi suisse sur ce point est-elle fort critiquée par les jurisconsultes de la Suisse eux-mêmes (3). D'ailleurs, en Suisse, la compétence en matière de divorce est déterminée par le domicile du mari (loi fédérale, art. 43), et l'on peut croire que la loi locale s'impose, pour le divorce, aux époux étrangers domiciliés dans la République Helvétique, puisque cette même loi leur est imposée pour les conditions du mariage. Un seul correctif apparaîtrait en ce que

(1) Cass. Turin, 21 nov. 1900, J. C., 1901, p. 292 et suiv. — V. projet de loi sur le divorce en Italie, J. C., 1902, p. 410. — V. cep. p. 775, note 2.

(2) Esperson, J. C., 1880, p. 334 et 339 ; Ancône, 23 mars 1882, J. C., 1884, p. 551. — Exceptionnellement la Cour de cass. de Turin n'admet pas le divorce prononcé à l'étranger à propos d'un mariage célébré en Italie (V. arrêt précité). Cpr. de Rossi, J. C., 1903, p. 263 et suiv. — *Contrà* Cass. Florence, 6 déc. 1902, *La Legge*, 6 fév. 1903, col. 382.

(3) V. Barilliet, J. C., 1880, p. 347 et s. ; Trib. fédéral, 4 avril 1879, *ibid.*, p. 403 ; 18 oct. 1878, *ibid.*, 1879, p. 96 ; 6 oct. 1883, *ibid.*, 1884, p. 643 ; A. Martin, *Divorce des étrangers en Suisse*, *R. D. I.*, XIII, p. 604-611 ; [L. Renault. *Les conventions de La Haye*, p. 62-63.]

l'art. 56 de la loi fédérale empêche de prononcer le divorce s'il ne doit pas être accepté par la loi nationale des époux (1).

[L'art. 62 du titre fédéral du code civil suisse de 1907 déclare abrogée, à partir de l'entrée en vigueur du présent code, c'est-à-dire du 1er janvier 1912, la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil et le mariage; et l'art. 61 du même titre complète ainsi la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour qui continue à régir les Suisses à l'étranger et les étrangers en Suisse. — Art. 7 *g* : « Le conjoint suisse habitant l'étranger peut intenter une action en divorce devant le juge de son lieu d'origine. Dans ce cas, les règles de la loi suisse sont seules applicables. Lorsque le divorce d'époux suisses habitant l'étranger a été prononcé par le juge qui est compétent aux termes de la loi de leur domicile, ce divorce est reconnu en Suisse, même s'il ne répond pas aux exigences de la législation fédérale ». — Art. 7 *h* : « Un époux étranger qui habite la Suisse a le droit d'intenter son action en divorce devant le juge de son domicile, s'il établit que les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce invoquée et reconnaissent la juridiction suisse. La cause de divorce qui date d'une époque où les conjoints étaient régis par une loi différente de leur loi actuelle ne peut être invoquée que si elle est consacrée aussi par la législation sous l'empire de laquelle cette cause s'est produite. Lorsque ces conditions sont remplies, le divorce d'époux étrangers est d'ailleurs prononcé selon la loi suisse ». — Art. 7 *i* : « Les actions et les jugements relatifs à des étrangers en Suisse ou à des Suisses à l'étranger peuvent, selon que la loi applicable le permet, tendre au divorce ou à la séparation de corps. La loi qui régit le divorce s'applique également à la séparation de corps, comme à toute institution équivalente du droit étranger ».]

En Ecosse, le divorce est considéré comme une peine qui frappe l'époux coupable et qui, par conséquent, peut être imposée aux étrangers sans qu'on ait à se soucier de leur loi nationale. Dans ce pays, le divorce peut même être prononcé d'office par les tribunaux, en dehors de toute demande des parties intéressées.

Le caractère de peine ainsi attribué au divorce entraîne la compétence du tribunal du lieu où les époux ont leur simple *résidence* et l'application exclusive de la loi de ce lieu.

Suivant la doctrine anglo-américaine, le divorce dépendrait de

(1) Roguin, *Conflit des lois suisses*, p. 77 et suiv.

la loi du *domicile* des époux ; c'est conformément à cette idée que, aux Etats-Unis, le juge compétent, c'est-à-dire celui du domicile des parties, n'applique que sa propre loi, la *lex fori*, soit parce que le divorce est une peine qui s'impose aux étrangers et qui peut leur être appliquée par le juge local quand il est compétent, c'est-à-dire quand ils sont domiciliés dans le pays, soit, comme dit Kent, parce qu'il constitue une mesure d'ordre public local (1).

En Allemagne, le juge compétent pour prononcer le divorce est également celui du domicile du mari au moment où l'action est intentée, et il ne peut appliquer que sa propre loi (2). Mais la loi d'introduction du nouveau code civil allemand, art. 17, décide que le divorce est réglé d'après la loi du pays auquel le mari appartient quand l'action est intentée. Cependant on applique les lois allemandes si le mari a perdu la nationalité de l'Allemagne et si la femme l'a conservée (3). D'ailleurs, le divorce ne peut être prononcé, pas plus que la séparation, suivant la loi étrangère, que s'il est recevable d'après les lois allemandes aussi bien que d'après la loi étrangère.

En Angleterre, on se prononce pour l'application de loi du domicile; seulement, il faut que le domicile des époux ait été établi *bonâ fide*, c'est-à-dire sans l'intention de se donner le droit de divorcer en échappant à l'autorité de sa loi nationale (4). Toutefois, le divorce n'existe véritablement en Angleterre, comme institution de droit commun, que depuis la loi du 28 août 1857 (5). Auparavant, la dissolution du mariage était prononcée par une loi, et, comme les frais de procédure pour saisir le Parlement étaient énormes, en fait le divorce était le privilège de l'aristocratie opulente. De plus, les Anglais ne pouvant divorcer qu'en vertu d'une loi votée par le Parlement britannique, il en résultait

(1) Dicey, trad. Stocquart, *Statut personnel anglais*, II, appendice, n. VI, p. 348; Cour du Massachussetts, Story, *op. cit.*, §§ 229 et 230, a, p. 256, 7e édit.; Kent, *Commentaries on american law*, IV, p. 133-136.

(2) J. C., 1885, p. 316 ; Code de proc. civile, § 568; Trib. supér. d'Iéna, 23 juin 1894, J. C., 1897, p. 179; Cour des Deux-Ponts, 27 juin 1870, J. C., 1875, p. 120. — Pour la conversion de la séparation en divorce suivant la jurisprudence actuelle de l'Allemagne, V. Beauchet, J. C., 1884, p. 271.

(3) [Cpr. trib. rég. sup. de Stuttgart, 31 mars 1905, J. C., 1907, p. 451.]

(4) Westlake, J. C., 1881, p. 316; [*Id.*, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 44 et suiv., p. 85 et suiv.;] Chambre des lords, 31 nov. 1882, J. C., 1884, p. 193; Dicey et Stocquart, I, n. 128.

(5) Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, 2e édit., p. 308 et suiv. ; Huber-Valleroux, *Bulletin Soc. législ. comp.*, 1882, p. 150 et suiv

que les jugements de divorce obtenus par eux à l'étranger étaient réputés sans effet en Angleterre. Cet état de choses amena des conflits très graves, notamment entre l'Angleterre et l'Ecosse dont la législation a toujours consacré le divorce. On cite le cas célèbre de l'Anglais Lolley, qui, divorcé en Ecosse, se remaria en Angleterre et fut condamné comme bigame (1). Mais, depuis 1857, les divorces sont prononcés en Angleterre par un tribunal spécial (2) et, dès lors, on accepte les jugements étrangers qui sont intervenus entre époux anglais pourvu qu'ils soient conformes à la loi du domicile des époux, d'après le principe indiqué plus haut.

[En conséquence, la cour d'appel de Londres, les 17-30 mars 1906, a jugé que deux époux anglais, domiciliés à l'étranger, sont valablement divorcés au regard de la loi anglaise par un jugement émané des tribunaux du pays où ils ont leur domicile, si du moins ces tribunaux ont été régulièrement saisis et ont statué dans les limites de leur compétence; un tribunal étranger, statuant dans la cause de sujets anglais, peut accorder le divorce sur des griefs que ne reconnaîtrait pas la loi anglaise. Le juge anglais de première instance, sir Gorell Barnes, a rappelé qu'il y avait des précédents. « Il a été jugé par la Chambre des Lords (Hawey contre Farnia) que les tribunaux anglais doivent reconnaître le divorce prononcé en pays de chrétienté par un tribunal compétent sans soupçon de collusion ou de fraude, alors même que le mariage dissous a été contracté en Angleterre et que les motifs de divorce ne seraient pas considérés comme valables par la loi anglaise. Le point est aujourd'hui certain et l'opinion contraire produirait des résultats absurdes. Il n'est pas possible que ceux qui ont cessé d'être mari et femme de par la loi de leur domicile se retrouvent mari et femme en réintégrant leur pays d'origine ». Sur appel, Lord Collins, maître des rôles, se demande s'il est possible d'admettre qu'un jugement étranger fasse état pour accorder le divorce de griefs que ne reconnaît pas la loi anglaise? Et il répond qu'il y a lieu de se référer au précédent cité : « Il est juste et raisonnable de soumettre les gens mariés à la loi de la communauté au milieu de laquelle ils ont leur domicile, pour éviter le scandale de voir les mêmes individus considérés ici comme mari et femme, et là comme

(1) Story, *op. cit.*, § 218, p. 236.

(2) *Court of divorces and matrimonial cases*, aujourd'hui rattachée, depuis 1873, à la Haute-Cour de justice, avec le titre de : *The probate, divorce and admiralty division.*

étrangers ». Lord Romer est du même avis et ne voit aucune raison pour tenir comme non avenu un jugement étranger qui fait état de griefs que ne reconnaît pas la loi anglaise. « La célébration du mariage en Angleterre n'a pas une nature spéciale, plus de sainteté ou d'effets que dans les autres pays de chrétienté : quand deux époux vivent à l'étranger et y ont leur domicile, pourquoi les tribunaux anglais se refuseraient-ils à admettre la validité du jugement régulièrement rendu par un tribunal compétent d'après sa loi propre »? Enfin Lord Cozens-Hardy approuve et déclare que « les précédents mettent hors de doute que le divorce a pu être prononcé sur des griefs qui n'auraient pas été admis en Angleterre ». Il ajoute « qu'il serait dangereux d'admettre qu'un jugement définitif de divorce, modifiant l'état des parties, pût être remis en question en Angleterre, alors qu'il ne peut plus l'être devant le tribunal qui l'a rendu » (1).]

[Toutefois, si le divorce peut être considéré comme clandestin, ayant eu lieu sans que la défenderesse non présente eût reçu ni assignation ni notification personnelle quelconque, le mari demandeur, établi d'ailleurs depuis six mois seulement en Amérique dans l'Etat de Nebraska, s'étant borné à faire la publicité, seule exigée par la loi locale, résultant de l'insertion d'un extrait de la demande dans un journal judiciaire quotidien qui se publie à 200 exemplaires dans le comté de Douglas, les tribunaux anglais doivent considérer comme nulle la procédure de divorce et comme entaché de bigamie le second mariage contracté en Amérique, à la suite d'un divorce qui peut être tenu pour clandestin (2).]

Mais cette application de la loi du domicile en matière de

(1) [Cour d'appel, 17-30 mars 1906, J. C., 1907, p. 173-178. — S'appuyant sur cette jurisprudence britannique, la première chambre du tribunal civil de la Seine a prononcé par défaut, le 7 mai 1908 (J. C., 1909, p. 474), le divorce au profit de la femme d'un Anglais qui l'avait abandonnée et s'était installé en France chez une maîtresse : d'après la loi anglaise, en effet, l'état des personnes, et spécialement les causes de divorce, se déterminent, non d'après la loi nationale des époux, mais d'après la loi de leur domicile au moment de l'exercice de l'action, et cela sans distinguer entre les mariages contractés à l'étranger et les mariages contractés en Angleterre. Le jugement ayant été rendu par défaut, on n'a pas discuté la question de savoir si le tribunal français devait accepter le renvoi fait par la loi anglaise à la loi française. V. sur cette question célèbre ci-dessus n. 106 (p. 329-353) et notamment Pau, 11 juin 1906, J. C., 1907, p. 56 et la note; Clunet, *Tables générales*, t. III, v° *Divorce*, p. 587.]

(2) [Haute Cour de justice, *Probate, Divorce and Admiralty Div.*, 17 juin 1908 (Coke contre Coke), J. C., 1909, p. 22 et suiv.]

divorce, en d'autres termes de la loi du juge, car c'est celui du domicile qui est compétent, ne saurait être acceptée étant donné le caractère qui a été déjà reconnu au divorce (1). Il s'agit, en effet, d'une institution ayant un rapport intime avec l'organisation de la famille et dépendant, par suite, de la loi nationale, sauf les restrictions d'ordre public. En appliquant la *lex fori* et en méconnaissant le statut personnel des parties, on arrive à des conflits déplorables comme celui auquel donna lieu l'affaire Lolley citée plus haut. On a déjà vu, d'ailleurs, qu'il est toujours possible, dans un pays où le divorce est consacré, de sauvegarder l'ordre public, en prenant certaines mesures pour mettre fin à une vie commune considérée comme intolérable. De plus, l'application de la loi du domicile conduit à admettre que le mari pourra se donner le droit de divorcer ou l'enlever à sa femme, en transportant son domicile dans un pays qui admet le divorce ou dans un autre dont la législation le prohibe. [La loi du domicile ne saurait être admise que pour l'individu dont la nationalité ne peut être déterminée (2).]

§ III. *Compétence en matière de divorce et de séparation de corps.*

266. Le système général de notre jurisprudence, suivant lequel les tribunaux français sont incompétents, en principe, dans les contestations qui n'intéressent que des étrangers, présente un intérêt particulier quand il s'agit des demandes en séparation de corps et en divorce introduites par des époux dont aucun n'a la nationalité de la France.

Tout d'abord il est certain, soit en doctrine, soit en jurisprudence, que les tribunaux français peuvent statuer, dans les rapports entre étrangers, sur les mesures urgentes et d'un caractère provisoire que commandent la sécurité et la dignité des époux et qui intéressent l'ordre public. C'est ainsi que, toutes les fois

(1) Il est à noter cependant que, d'après nombre de législations, le tribunal compétent pour trancher les questions d'état, de capacité, de validité ou de dissolution du mariage, est celui du lieu dans lequel les parties ont leur domicile d'origine ou actuel dans leur propre pays : aussi, en fait, l'application de la *lex fori* se confondra, la plupart du temps, avec celle de la loi nationale des parties. — V. C. allemand de proc. civile, § 568.

(2) [Alger, 1re ch., 7 juin 1906, J. C., 1907, p. 147; Trib. de l'Empire allemand, 19 octobre 1907, J. C., 1908, p. 1186; Trib. civ. Seine, 1re ch. (Gottlieb), 14 février 1908, J. C., 1908, p. 813.]

que les époux étrangers se trouvent dans un des cas où notre code civil permet la séparation de corps ou le divorce, les tribunaux français peuvent les autoriser à vivre séparés (art. 268 et 269 C. civ.); condamner l'un d'eux à fournir une pension alimentaire à l'autre; prescrire des mesures pour la garde des enfants, ou pour la sauvegarde des intérêts pécuniaires de la femme, telles que apposition des scellés sur les biens de la communauté, remise des objets personnels à la femme, vêtements, bijoux, etc. (1).

Cependant, la jurisprudence est divisée sur le point de savoir si les tribunaux français peuvent condamner l'un des époux étrangers à fournir à l'autre une provision *ad litem*, afin de pouvoir intenter l'action en divorce ou en séparation de corps devant la juridiction étrangère compétente (2); mais c'est bien là, nous semble-t-il, une mesure provisoire commandée par l'urgence, au même titre que la condamnation de l'un des époux à payer une pension alimentaire à l'autre, pour laquelle les tribunaux français se reconnaissent unanimement compétents. Dans tous les cas, la question ne peut pas faire de doute quand la pension *ad litem* est destinée à couvrir les frais exposés en France (3).

En ce qui concerne le fond même de l'instance en séparation de corps ou en divorce, on reconnaît la compétence des tribunaux français lorsque l'une des parties est autorisée à fixer son domicile en France, conformément à l'art. 13 C. civ. (4). Dans le cas contraire, il faudrait, conformément au principe que nous avons déjà établi, appliquer le droit commun de notre pays, et déclarer les tribunaux français compétents à la seule condition que le défendeur ait son domicile *de fait* en France ou, si son domicile est inconnu, qu'il y ait sa résidence (5).

(1) Cass., 16 avril 1878, J. C., 1878, p. 506; Paris, 28 juin 1853, D. P., 53. 2. 200; Paris, 9 mars 1883, *Le Droit*, 26 juillet 1883; Trib. Seine, 21 février 1885, J. C., 1885, p. 185; Paris, 26 mars 1889, *Le Droit*, 5 avril 1889; [Glasson, J. C., 1907, p. 600; Paris, 5e ch., 12 juin 1907, J. C., 1908, p. 148; Trib. civ. Constantine, 13 novembre 1907, J. C., 1908, p. 468; Bruxelles, 1re ch., 13 février 1907, J. C., 1908, p. 209. V. cep. Trib. civ. Seine, 26 fév. 1907, Levinçon, J. C., 1907, p. 760.]

(2) Cpr. J. C., 1881, p. 626; 1882, p. 627; 1880, p. 194; 1888, p. 786-787; Paris, 8 août 1890, J. C., 1890, p. 890; *id.*, 31 octobre 1890, *ibid.*, 1890, p. 878.

(3) Paris, 9 mars 1883, *Le Droit*, 16 juillet 1883.

(4) Cass., 23 juillet 1855, S., 56. 1. 148.

(5) Glasson, J. C., 1881, p. 105. La jurisprudence semble commencer à se dessiner dans ce sens, Paris, 14 janv. 1896, J. C., 1896, p. 149. Paris, 8 août 1890, *Rev. prat. de dr. int. privé*, 1890-1891. 1. 49; 4 nov. et 5 déc. 1890, *ibid.*, 1890-1891. 1. 119 et 120 et J. C., 1890, p. 877; Trib. Seine, 27 janv. 1892, *Le Droit*,

Mais la jurisprudence française se déclare incompétente en pareil cas, tout en reconnaissant qu'il s'agit d'une incompétence relative qui doit être invoquée, à peine de déchéance, *in limine litis* (1). On n'est même pas d'accord pour savoir si l'époux qui comparaît en la chambre du conseil pour la tentative de conciliation renonce, par ce fait, à décliner la compétence des tribunaux français (2). Nous pensons que le président étant compétent, même à l'égard des étrangers, pour statuer sur les mesures urgentes et d'ordre public, le *limen litis* pour soulever l'exception d'incompétence ne devrait être apprécié qu'au moment de l'ouverture de l'instance devant le tribunal. Mais la jurisprudence semble se prononcer en sens contraire (3).

C'est surtout dans ces questions d'état que les tribunaux français se déclarent d'office incompétents, au début de l'instance, si les parties ne déclinent pas la compétence de la juridiction de notre pays (4). Il n'est admis d'exception à cette pratique que si les étrangers peuvent invoquer la compétence des tribunaux français en vertu des traités, par exemple lorsque les traités leur accordent le droit *de libre accès* devant les tribunaux, ou contiennent la clause de la nation la plus favorisée (5).

Indépendamment des raisons que nous avons déjà invoquées pour prouver que les étrangers peuvent se prévaloir en France des principes ordinaires de compétence, il est facile de faire voir que la jurisprudence de nos tribunaux aboutit à des résultats très regrettables. Renvoyés devant la juridiction de leur pays, les époux étrangers se trouveront peut-être dans l'impossibilité d'obtenir justice parce que leur première nationalité sera douteuse,

12 fév. [Cpr. Trib. civ. Seine, précité, 7 mai 1908, J. C., 1909, p. 474; *Sic* Bruxelles, 7e chambre, 6 mai 1908, J. C., 1909, p. 237.]

(1) Cass., 16 mai 1849, S., 49. 1. 478; Aix, 4 mai 1885, J. C., 1886. p. 206; Féraud-Giraud, J. C., 1885, p. 379 et 383.

(2) Aix, 3 janv. 1894, J. C., p. 553 et les décisions à la note, p. 555.

(3) Paris, 5 août 1885, J. C., 1886, p. 585; *id.*, 26 fév. 1891 et Cass., 1er juin 1891, *Rev. prat. de dr. int. privé*, 1890-1891. 1. 403; Paris, 17 fév. 1898, J. C., 1898, p. 755; [Trib. civ. Lyon, 16 novembre 1905, J. C., 1906, p. 781; *Contrà :* Trib. civ. Seine, 3e ch., 24 mars 1908, J. C., 1908, p. 1128.] — Il y a du reste désaccord quant au point de savoir si le président doit statuer sur l'incompétence. Cpr. Glasson, D. P., 87. 2. 117; Lyon, 17 mars 1891, *Le Droit*, 27 mai; Cass., 24 oct. 1890, *Rev. prat. de dr. int. privé*, 1890-91. 1. 210.

(4) Paris, 7 mai 1875, J. C., 1876, p. 270; Trib. Seine, 16 juil. 1886, *ibid.*, 1886, p. 707. — Cpr. Trib. Seine, 20 déc. 1886, *ibid.*, 1886, p. 710.

(5) Cass., 5 juin 1885, D. P., 85. 1. 354.

ou parce qu'ils l'auront certainement perdue sans qu'ils aient d'ailleurs acquis la nationalité française. Dans ces divers cas, afin d'éviter de commettre indirectement un déni de justice en renvoyant les parties devant les juges de leur prétendue patrie qui ne voudront probablement pas les écouter, les tribunaux français en viennent peu à peu à déroger à leur principe habituel d'après lequel ils se déclarent incompétents dans les contestations entre étrangers surtout lorsqu'il s'agit de questions d'état (1).

D'autre part, il faut remarquer que le système suivi par notre jurisprudence peut encore aboutir à un déni de justice quand les parties ont une nationalité bien déterminée si, d'après la loi de leur pays, compétence appartient aux tribunaux de l'Etat où elles sont domiciliées, ce qui est admis notamment par les législations de la Belgique et des Pays-Bas. Des époux, nationaux de ces Etats et domiciliés en France, ne trouveront pas accès devant la juridiction de leur pays, si les tribunaux français refusent de connaître de leur demande en divorce ou en séparation de corps (2).

En ce qui concerne les jugements étrangers prononçant le divorce ou la séparation de corps, et, plus généralement, statuant sur une question relative à l'état des personnes, on admet ordinairement qu'ils sont nuls et non avenus en France s'ils sont prononcés à l'égard d'individus qui ne sont pas nationaux du pays où ces jugements ont été rendus ; notamment, on n'admet pas que,

(1) Aix, 3 juill. 1873, J. C., 1875, p. 273 ; Lyon, 23 fév. 1887, *Le Droit*, 7 mai 1887 ; Dijon, 7 avril 1887, *Le Droit*, 9 juin 1887 ; Trib. Seine, 23 juill. 1885, J. C., 1885, p. 205 ; *id.*, 16 juill. *ibid.*, 1886, p. 707 ; Féraud-Giraud, J. C., 1885, p. 370 ; [Trib. civ. Seine, 21 janv. 1897 et 24 mai 1897, J. C., 1898, pp. 111 et 112 ; Trib civ. Seine, 3e ch., 23 mars 1908, J. C., 1908, p. 1128 : le tribunal se déclare compétent pour statuer sur une demande en divorce entre un mari anglais et une femme russe, alors que la femme défenderesse ne justifie pas que son mari ait un domicile en Angleterre, et que, tout au contraire, celui-ci paraît n'avoir de domicile qu'à Paris ; Trib. civ. Marseille, 1re ch., 7 mai 1908, J. C., 1909, p. 189, dans ses motifs : « Attendu que la dame Caracanda actionne son mari en séparation de corps devant le tribunal de céans ; Attendu qu'il appartient en effet, au tribunal d'en connaître à raison de la *double circonstance*, d'une part, qu'une convention internationale entre la France et la Grèce accorde aux sujets de ce dernier pays libre accès des tribunaux de justice français, et, d'autre part, que Carancada *doit être, ainsi qu'il appert de décisions antérieures, considéré comme n'ayant conservé aucun domicile légal dans son pays d'origine* ».] — *Contrà :* Trib. Seine, 16 juill. 1883, J. C., 1883, p. 298 et 5 janv. 1887, *Le Droit*, 10 janv. 1887. — [La compétence des tribunaux français entre étrangers, même en matière de question d'état, ne fait plus de doute en jurisprudence, quand le défendeur n'a pas de domicile ni de résidence certains à l'étranger.]

(2) V. J. C., 1882, p. 64 ; Renault, *Rev. crit.*, 1885, p. 379.

pour des questions de cette nature, des Français puissent valablement saisir une juridiction étrangère en se soumettant volontairement à sa compétence (1).

Cependant, si l'on admet, comme nous l'avons fait, que les règles de droit commun en matière de compétence doivent s'appliquer aux étrangers en France, il n'y a aucune bonne raison pour ne pas accepter la décision des tribunaux étrangers relative à l'état des Français, notamment en ce qui concerne la séparation de corps ou le divorce, quand ces tribunaux sont compétents d'après la loi étrangère et que, d'ailleurs, les tribunaux de notre pays n'ont pas compétence d'après la loi française; quand, par exemple, le défendeur est domicilié en pays étranger. Il va sans dire, d'ailleurs, que les tribunaux étrangers devront apprécier les questions d'état intéressant des Français d'après la loi nationale de ces derniers (2).

De même, en ce qui concerne les jugements sur des questions d'état, telles que des questions de séparation de corps ou de divorce, rendus dans un pays tiers, la compétence doit être appréciée d'après la loi du pays où ces jugements ont été rendus et d'après la loi du pays auquel les étrangers appartiennent. On ne saurait accepter une décision qui, dans l'Etat auquel appartiennent les parties, serait réputée sans valeur comme émanant de juges incompétents.

Il est à noter que nos tribunaux autorisent les femmes étrangères à plaider en divorce dans tous les cas, par le fait seul que l'autorisation de justice peut remplacer celle du mari en pareille circonstance, suivant la loi française. Il faudrait, croyons-nous, suivre sur ce point relatif à la capacité la loi nationale de la femme, comme on suit celle des mineurs en ce qui concerne les homologations judiciaires pour les actes à accomplir dans leur intérêt (3).

266 *bis*. — Convention de la Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps (4).

[Cette convention est le complément nécessaire et naturel de

(1) Trib. Seine, 30 juin 1876, J. C., 1877, p. 146; Paris, 28 mai 1884, *ibid.*, 1884, p. 623.

(2) Trib. Seine, 4 juin 1885, J. C., 1885, p. 458; 11 février 1886 et 2 août 1887, *ibid.*, 1888, p. 86; [Bruxelles, précité, 6 mai 1908, J. C., 1909, p. 237.]

(3) Cpr. Paris, 27 avril 1891, J. C., 1891, p. 1199.

(4) V. n. 17, p. 53-54. [Cette convention, comme celles qui sont relatives au mariage et à la tutelle des mineurs, a été signée par les Etats suivants : l'Allema-

celle qui a pour objet le mariage et ses conditions de validité. De nombreux procès ont prouvé qu'il était urgent de régler les conflits qui peuvent se produire entre les lois et la juridiction des divers pays en matière de divorce et de séparation de corps. « La passion et le caprice se donnent libre carrière, a dit M. L. Renault, et avec le secours d'habiles agents d'affaires, arrivent à se jouer, pour un temps tout au moins, des lois qui les gênent. Avant la loi de 1884, qui a rétabli le divorce en France, des époux français sont arrivés à faire prononcer le divorce entre eux par un tribunal étranger, quelquefois sans déplacement, comme on obtint des diplômes de certaines Universités » (1). S'il n'est pas raisonnable que deux personnes puissent, par une résidence ou même par un simple voyage à l'étranger, écarter les empêchements que les lois de leur patrie mettent à leur mariage, il n'est pas juste qu'elles puissent de la même façon rendre leur mariage plus ou moins facilement dissoluble. Il doit y avoir des règles fixes et non des règles dépendant du hasard des déplacements et des juridictions saisies. Ce sont ces règles stables que les Conférences de 1894 et de 1900 ont cherchées et qu'a consacrées la convention du 12 juin 1902.]

[L'entente a été obtenue non sans peine, en une matière où les conflits de lois sont d'autant plus graves que les législations sur le divorce et la séparation de corps s'inspirent de considérations d'ordre supérieur, religieux, social ou moral, ayant par suite un caractère impératif. La Conférence de 1900 a su tenir compte des susceptibilités nationales ou religieuses. Les délégués russes eux-mêmes ont déclaré n'avoir pas à faire d'objection de principe au projet adopté; mais, du moment qu'ils rejetaient la convention sur le mariage, ils ne pouvaient se borner à accepter la convention sur le divorce. Il faut même constater que, si les représentants

gne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse. Cpr. *R. D. I. P.*, 1908, p. 509-549 : lois, décrets et circulaires relatifs à cette convention. Tous ces Etats l'ont ratifiée, sauf l'Autriche-Hongrie. — Sur l'esprit et la teneur de cette convention, V. les rapports de M. L. Renault, *Actes de la deuxième conférence,* 1894, p. 83-85 et *Actes de la troisième conférence,* 1900, p. 207-215. Ces remarquables rapports, comme tous ceux qui, soit aux conférences de droit international privé, soit aux conférences de la Paix, soit ailleurs, sont dus à la plume autorisée de M. L. Renault, « profitent dans une très large mesure à la science et aux tribunaux », comme l'a dit M. Asser, président de la conférence de 1900 (séance du 16 juin). *Actes,* p. 197.]

(1) [L. Renault, *Les conventions de La Haye,* 1903, p. 51.]

des divers Etats étaient d'opinions divergentes sur le divorce, si même parmi ceux dont la législation nationale l'admet, il y en avait de résolument hostiles à ce mode de dissolution du mariage, il est impossible de dire que la Convention est favorable ou défavorable au divorce : comme la Convention sur le mariage qui n'est ni favorable ni défavorable au mariage religieux ou au mariage civil, la Convention sur le divorce est neutre, et s'est uniquement préoccupée de laisser libre jeu à la législation regardée comme compétente pour trancher la question de savoir si les époux pouvaient recourir au divorce ou à la séparation de corps.]

[La Conférence a écarté, comme radicalement fausse, suivant l'expression énergique de M. L. Renault, l'opinion d'après laquelle le mariage devrait être traité comme un contrat ordinaire, pour la formation ou la dissolution duquel la volonté expresse ou présumée des parties est prépondérante. Les conditions et les effets du mariage sont déterminés par chaque loi d'une manière impérative et il ne dépend pas de la volonté des parties de la modifier. Il faut donc écarter les considérations tirées du fait que les époux auraient entendu se soumettre à la loi de tel pays en s'y mariant ou même en y fixant leur domicile matrimonial. La Conférence est partie de l'idée que la loi nationale des époux, qui régit la formation du mariage et les conditions de sa validité, en régit aussi la dissolution. La question de savoir si le lien conjugal peut être rompu par le divorce ou seulement relâché par la séparation de corps concerne bien l'état et la capacité des personnes, appartient au statut personnel qui, suivant une opinion de plus en plus dominante en Europe, dépend de la loi nationale. Mais s'ensuit-il qu'il n'y ait à tenir compte que de cette loi? Peut-on faire abstraction de la loi du lieu où l'action est intentée ? La Conférence se trouvait ici en présence d'une difficulté analogue à celle qu'elle avait rencontrée pour la combinaison de la loi nationale des futurs époux et de la loi du lieu où ils veulent contracter mariage. Voici comment elle l'a résolue.]

1. *Cas où les époux ont même nationalité.* — Art. 1er : « Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre. — Il en est de même de la séparation de corps ». — Art. 2 : « Le divorce ne peut être demandé que si, dans le cas dont il s'agit, le divorce est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où la demande est formée. — Il en est de même de la séparation de corps ». Dans une forme un

peu subtile et obscure, cette disposition signifie qu'il n'est pas nécessaire que la cause du divorce soit la même dans les deux lois, mais qu'il suffit que chacune d'elles permette le divorce pour deux causes différentes, si d'ailleurs ces deux causes existent.

[De l'article premier il résulte que, si la loi nationale des époux ne reconnaît pas le divorce, les époux ne peuvent pas obtenir le divorce dans un pays étranger où le divorce serait admis. Si la loi nationale des époux reconnaît le divorce, cela suffit-il pour qu'ils l'obtiennent même en dehors de leur pays ? Non : des réserves sont ici nécessaires, comme pour le cas où des étrangers rencontrent dans la loi du pays où ils veulent se marier des empêchements que ne connaît pas leur loi nationale; on ne peut imposer à un pays dont la législation ne connaît pas le divorce le devoir de laisser ses tribunaux l'ordonner même entre étrangers conformément à leur loi nationale. La jurisprudence de la plupart des pays où la séparation de corps est seule admise est fixée en ce sens ; c'est en ce sens que se prononçait notre jurisprudence jusqu'en 1884. De là, la règle fondamentale de la Convention : nécessité de la concordance de la loi nationale des époux et de la loi du pays où l'action judiciaire est intentée (art. 1er, al. 1). Des époux espagnols ou italiens ne pourront ainsi divorcer en France, et pour une raison différente, des époux français ne pourront invoquer notre loi pour obtenir le divorce dans un pays dont la législation n'admet que la séparation de corps. Cette dernière conséquence n'est cependant pas absolue, car il peut se faire que, dans certains pays, la loi ou la jurisprudence soit assez tolérante pour accorder aux étrangers, conformément à leur loi nationale, le bénéfice du divorce refusé aux indigènes. Tel serait le cas en Italie, d'après les explications données à la Conférence de 1900, et l'art. 3 y fait allusion.]

[La nécessité de la concordance de la loi nationale des époux et de la loi du pays où l'action judiciaire est intentée s'applique à la séparation de corps comme au divorce (art. 1er al. 2). C'est une règle absolue posée en 1900, contrairement à ce qui avait été admis un peu hâtivement en 1894. Un époux belge peut demander en France le divorce ou la séparation de corps, un époux espagnol ne peut y demander que la séparation de corps et un époux allemand que le divorce. Les exigences de la loi nationale et de la loi du lieu où s'engage le procès (*lex fori*) sont ainsi satisfaites. Mais la situation est plus difficile pour les époux dont la loi nationale est en contradiction absolue avec la loi du pays où, en fait,

ils sont établis, par exemple pour les époux espagnols en Allemagne ou pour des époux allemands en Espagne. Pour ce dernier cas, admettre, comme l'avait fait la Conférence de 1894, que la séparation de corps peut être demandée si la loi nationale n'autorise que le divorce et si la loi du lieu où l'action est intentée n'autorise que la séparation de corps, c'était consacrer une solution contraire à l'idée fondamentale qui attribue compétence à la loi nationale; c'était établir entre les époux une situation que ne connaît pas leur loi nationale et qui ne sera pas reconnue par elle, car c'est une erreur, résultant d'une vue superficielle, de croire que le législateur qui admet le divorce doit admettre la séparation de corps, *le plus comprenant le moins*. Dans un pays qui consacre à la fois le divorce et la séparation de corps, il se peut que celle-ci soit *moins* que celui-là; mais dans un pays où il n'existe que le divorce, la séparation de corps n'est pas *moins* que le divorce, *c'est autre chose*. Dans ce pays, le législateur, à tort ou à raison, pense que le divorce est le seul moyen de faire cesser la vie commune et écarte tout autre moyen, soit sur son territoire pour tous, nationaux et étrangers, soit en pays étranger pour ses nationaux, en ce sens qu'il ne tiendra pas compte d'une séparation de corps prononcée entre ceux-ci conformément à la *lex fori* (1). Dès lors, pourquoi permettre aux tribunaux du domicile de la prononcer? En pareil cas, les époux qui veulent faire cesser la vie commune n'ont qu'à s'adresser à leur juridiction nationale. Sans doute, en fait, cela ne leur sera pas toujours aisé; souvent même, cela leur sera impossible, car les parties intéressées ne trouveront pas dans leur patrie, abandonnée peut-être depuis longtemps, une juridiction compétente, les législateurs ayant eu rarement la prévoyance du législateur allemand qui a déterminé avec précision la juridiction nationale compétente pour les Allemands qui sont à l'étranger (C. pr., § 606, al. 2). La Convention n'a pu qu'atténuer les inconvénients de cette situation en permettant aux époux qui

(1) [Pour ces considérations, nous tenons pour erronée la tendance de notre jurisprudence à considérer la séparation de corps comme un divorce de deuxième qualité. Le tribunal de la Seine est allé encore plus loin dans cette voie en décidant que toute demande en divorce contient virtuellement une demande subsidiaire en séparation de corps et qu'en conséquence une demande en divorce formée entre époux irlandais devant les tribunaux français, irrecevable comme telle à cause du statut personnel des époux, doit être considérée *de plano* comme contenant une demande implicite et subsidiaire en séparation de corps et peut être accueillie comme telle. Trib. civ. Seine, 1re chambre, 8 août 1906, J. C., 1907, p. 373.]

ne peuvent former une demande en séparation de corps ou en divorce dans le pays où ils sont domiciliés, de s'adresser à la juridiction compétente de ce pays pour solliciter des mesures provisoires en vue de la cessation de la vie commune (art. 6).]

[Il ne suffit pas qu'il y ait concordance entre la loi nationale et la loi du domicile en ce sens que l'une et l'autre admettent le divorce; ces deux lois peuvent, en effet, l'admettre pour des cas très différents. Que décider, si le divorce est demandé pour une cause qui n'est prévue que par l'une des législations? Cette question est plus délicate et elle a longtemps arrêté la Conférence. Finalement, les exigences de la loi nationale des époux et celles de la *lex fori*, ont été jugées à bon droit également irréductibles, et on a voulu les satisfaire toutes les deux à la fois. On a allégué que le divorce serait ainsi rendu impossible, parce qu'on ne trouvera pas de causes identiques dans les deux législations. Cette affirmation est excessive : les causes sérieuses de divorce se retrouvent partout; c'est pour celles qui sont très discutables en elles-mêmes que la divergence existe, et c'est pour de pareilles causes que la loi nationale ne peut abdiquer. La *lex fori*, d'autre part, ne peut laisser prononcer un divorce pour des causes qu'elle rejette. Il faudra donc satisfaire les deux lois en présence.]

[Ce système rigoureux, mais logique, a triomphé en 1894, et plus facilement encore en 1900, avec un léger tempérament qui vise une hypothèse un peu subtile. Une femme a deux causes de divorce; l'une est admise par la loi nationale et non par la *lex fori*, l'autre par la *lex fori* et non par la loi nationale. Avec la règle posée en 1894, le divorce ne pourrait être demandé, puisqu'il n'y a pas une cause admise à la fois par les deux lois dont il s'agit. Ce serait excessif, car, dans le cas prévu, le divorce est admis simultanément par les deux législations, bien que ce ne soit pas pour la même cause. Cela suffit pour donner satisfaction au principe dirigeant. De là, l'article 2 de la Convention, qui n'est pas arrivé sans peine à sa forme actuelle (1).]

Art. 3 : « Nonobstant les dispositions des art. 1 et 2, la loi nationale sera seule observée si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet ».

Cette disposition fait allusion au cas peu probable, malgré quelques décisions de la jurisprudence italienne (2), où la loi locale,

(1) [L. Renault, *Les conventions de la Haye*, p. 54-60.]
(2) [V. n. 262, *in fine*, p. 775, note 2.]

n'admettant pas le divorce, accepterait cependant la demande en divorce d'époux étrangers conformément à leur loi nationale.

Art. 4 : « La loi nationale indiquée par les articles précédents ne peut être invoquée pour donner à un fait qui s'est passé alors que les époux, ou l'un d'eux, étaient d'une autre nationalité le caractère d'une cause de divorce ou de séparation de corps » (1).

II. *Juridiction compétente.* — Des Etats n'acceptant pour le divorce ou la séparation de corps que la compétence des tribunaux nationaux, on a donné la préférence à ceux-ci, en n'admettant que subsidiairement le tribunal du domicile. Art. 5 : « La demande en divorce ou en séparation de corps peut être formée : 1° devant la juridiction compétente d'après la loi nationale des époux ; 2° devant la juridiction compétente du lieu où les époux sont domiciliés. Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile, la juridiction compétente est celle du domicile du défendeur. Dans le cas d'abandon et dans le cas d'un changement de domicile opéré après que la cause de divorce ou de séparation de corps est intervenue, la demande peut être aussi formée devant la juridiction compétente du dernier domicile commun (2). — Toutefois, la juridiction nationale est réservée dans la mesure où cette juridiction est seule compétente pour la demande en divorce ou en séparation de corps. La juridiction étrangère reste compétente pour un mariage qui ne peut donner lieu à une demande en divorce ou en séparation de corps devant la juridiction nationale compétente ». — La dernière phrase vise le cas prévu par l'art. 5, n. 2, de la convention relative aux conditions du mariage et qui est le suivant : la loi nationale ne reconnaît pas le mariage célébré à l'étranger en la forme civile, elle n'admet donc pas la possibilité de divorce pour une union qui, à ses yeux, n'existe pas ; si, d'autre part, elle n'admet pas la compétence des tribunaux étrangers, le divorce deviendrait impossible ; il faut donc, de toute nécessité, attribuer compétence aux tribunaux étrangers.

(1) Cpr. *infrà*, n. 268, p. 817-819.

(2) [La Cour de justice civile de Genève a décidé, le 28 avril 1906 (J. C., 1907, p. 525), que cette disposition relative au dernier domicile commun est applicable au cas où l'un des époux a été expulsé à cause de sa mauvaise conduite du lieu où se trouvait ce dernier domicile : « Ce changement de domicile, dit la Cour, s'il eût été volontaire, n'empêcherait pas la demanderesse de s'adresser aux tribunaux genevois ; il doit en être de même, à plus forte raison, alors qu'il a été la conséquence d'une décision administrative nécessitée précisément par les actes dont le mari s'est rendu coupable et sur lesquels sa femme base sa demande en divorce ».]

Art. 6 : « Dans le cas où les époux ne sont pas autorisés à former une demande en divorce ou en séparation de corps dans le pays où ils sont domiciliés, ils peuvent néanmoins l'un et l'autre s'adresser à la juridiction compétente de ce pays pour solliciter les mesures provisoires que prévoit sa législation en vue de la cessation de la vie commune. Ces mesures sont maintenues si, dans le délai d'un an, elles sont confirmées par la juridiction nationale; elles ne dureront pas plus longtemps que ne le permet la loi du domicile ». — Cet article est applicable quand la loi nationale ne permet que le divorce, tandis que celle du domicile ne permet que la séparation.

[La détermination de la juridiction compétente en matière de divorce et de séparation de corps est d'une importance capitale et d'un grand intérêt pratique. Pour les délégués français, la juridiction du domicile des époux est en cette matière la juridiction du droit commun. Après bien des tâtonnements notre jurisprudence incline en ce sens : trop longtemps nos tribunaux se sont systématiquement abstenus et se sont déclarés incompétents pour les demandes formées par des étrangers dans leurs rapports mutuels, surtout dans les questions d'état. Mais à la Conférence de La Haye, il a fallu tenir compte d'autres idées. La législation de certains Etats dénie, d'une manière plus ou moins absolue, aux autorités étrangères le droit de statuer, en matière de divorce ou de séparation de corps, à l'égard de leurs nationaux (1). La Conférence a dû renoncer à tout principe absolu pour arriver à une entente ici bien indispensable : s'il est fâcheux qu'un mariage valable daus un pays soit nul dans un autre, il est non moins regrettable qu'un divorce prononcé dans un pays soit non avenu dans un autre; il en résulte toute espèce d'inconvénients et même de scandales (2). Voici, en définitive, la solution à laquelle on s'est arrêté : d'une manière générale, on a laissé le choix entre la

(1) [Cpr. Cour suprême d'Autriche, 16 mai 1907, J. C., 1908, p. 1215 : les tribunaux autrichiens sont incompétents pour statuer sur la validité d'un mariage contracté à l'étranger par des étrangers, alors même que les deux époux avaient autrefois leur domicile commun en Autriche et que ce domicile n'a pas encore été abandonné par l'un des deux conjoints.]

(2) [V. les motifs de la décision de la Cour suprême de Vienne, en date du 17 décembre 1907 (J. C., 1908, p. 1212), déclarant valable en Autriche le second mariage de l'un des conjoints catholiques autrichiens séparés de corps en Autriche, puis divorcés en Hongrie après acquisition de la nationalité hongroise par l'un d'eux, qui, après divorce prononcé par le tribunal hongrois, s'était remarié en Hongrie.]

juridiction nationale et celle du domicile, les époux ayant la faculté de s'adresser à l'une ou à l'autre.]

[Toutefois, ce choix entre les deux juridictions n'existe pas invariablement. « La juridiction nationale est réservée dans la mesure où cette juridiction est seule compétente pour la demande en divorce ou en séparation de corps ». La portée de cette réserve sera différente suivant les lois, comme il a été expliqué à la Conférence. Ainsi, la législation hongroise admet, d'une manière exclusive, la compétence de la législation hongroise pour les actions concernant le mariage, la séparation de corps et le divorce des Hongrois; la législation espagnole réserve la juridiction religieuse espagnole pour les mariages canoniques espagnols. La législation suédoise n'admet pas que les causes de divorce ou de séparation de corps réservées au roi puissent être soumises à des tribunaux étrangers; il en est de même en Norvège et en Danemark. Si donc un procès en divorce ou en séparation de corps concernant des époux étrangers établis en France est porté devant un tribunal français, l'incompétence de ce tribunal pourra être soulevée, à raison du caractère exclusif qu'aurait la juridiction nationale. Cependant, il est un cas intéressant et curieux où ce caractère exclusif ne pourrait être invoqué pour décliner la juridiction du domicile. Un mariage a été célébré devant les autorités locales, contrairement à la loi nationale des époux qui exige une cérémonie religieuse : le pays d'origine seul peut ne pas reconnaître le mariage comme valable (art. 5, 2e al., Convention du 12 juin 1902 sur le mariage). L'application aux époux de leur loi nationale qui exclut toute juridiction étrangère en matière de divorce conduirait à ce résultat qu'un tel mariage serait particulièrement solide, puisqu'on ne pourrait en demander la dissolution, ni dans le pays d'origine pour lequel il est inexistant, ni dans les autres pays à raison de la réserve générale de la juridiction nationale. De là, cette disposition finale de l'art. 5 de la Convention du 12 juin 1902 sur le divorce et la séparation de corps : « La juridiction étrangère reste compétente pour un mariage qui ne peut donner lieu à une demande en divorce ou en séparation de corps devant la juridiction nationale compétente ».]

[La France n'a pas à se préoccuper de ces complications pour ses nationaux : notre législation ne contient aucune réserve analogue à celles qui viennent d'être indiquées. Si donc des époux français sont établis dans l'un des pays contractants, ils pourront saisir à leur gré la juridiction de leur domicile ou un tribunal

français. Cette faculté d'option n'existerait pas toutefois pour les Français établis en Belgique : la Convention franco-belge du 8 juillet 1899 a posé des règles spéciales de compétence, d'après lesquelles la juridiction du domicile serait seule compétente (V. ci-dessus, n. 185 *in fine*, p. 582) (1).

[La question du divorce des israélites autrichiens et russes a soulevé en France de graves difficultés au point de vue de la compétence de nos tribunaux. Un tribunal français est-il compétent pour prononcer le divorce en vertu de causes prévues par la loi française entre deux israélites, Autrichiens d'origine, mariés en France devant l'officier de l'état civil seulement? Il n'est pas douteux, répond le tribunal de la Seine (jugement du 18 mai 1903, Mosticzker, J. C., 1904, p. 383), que la loi autrichienne subordonne la dissolution du mariage à une question confessionnelle et que, si elle autorise le divorce des juifs, elle les contraint à se conformer aux rites de la loi mosaïque qui exigent l'intervention d'un rabbin ; aussi, bien qu'il ne le dise pas en termes exprès, le tribunal n'hésiterait pas sans doute à appliquer, en l'espèce, les règles de la loi talmudique, si, à ses yeux, un mariage contracté devant l'officier de l'état civil seul n'impliquait pas la volonté de faire abandon de la qualité d'israélite soumis à la loi mosaïque, abandon qui entraîne application des formes laïques du mariage français. Après avoir estimé, en 1903, que le fait de contracter un mariage purement civil implique renonciation des époux au bénéfice des lois hébraïques relatives au mariage, le même tribunal saisi en 1906, non plus d'une demande en divorce, mais de la question de la validité de leur mariage, par les mêmes israélites autrichiens, prononça la nullité du mariage contracté uniquement devant l'officier de l'état civil français, comme contraire à leur statut personnel (2).]

[Mais la cour de Paris, à laquelle le jugement du 18 mai 1903 fut déféré, émit sur les conséquences du mariage civil un avis tout différent : à ses yeux, le défaut de célébration religieuse, quand il demeure un acte isolé, n'étant précédé ni suivi d'aucun acte analogue, ne constitue qu'une présomption insuffisante, qui ne saurait remplacer la déclaration formelle d'abandon de religion prévue par la loi autrichienne. Puis, se reconnaissant compétente pour

(1) [L. Renault, *Les conventions de La Haye*, p. 60-62.]

(2) [Trib. civ. Seine, 28 avril 1906, Mosticzker, J. C., 1906, p. 1146; Cpr. Cluzel, *Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France*, J. C., 1909, p. 6-14 et p. 14-15; Weill, *Le divorce des Israélites russes en France*, *R. D. I. P.*, 1908, p. 765-766.]

examiner et trancher la question au fond, elle fit application des art. 133 à 135 du code civil autrichien, en vertu desquels la femme israélite ne peut jamais demander le divorce contre son mari, et déclara non recevable la demande de la femme. A son tour, la Cour de cassation estima que la cour d'appel avait bien jugé en appliquant aux israélites autrichiens leur loi nationale et en se déclarant compétente pour procéder à cette application (1).]

[Ces décisions, on l'a fait justement remarquer, étaient faites pour causer quelque surprise. En effet, quelque temps auparavant, dans un débat qui commençait alors et qui s'est perpétué entre deux époux dont a pu dire spirituellement que, pour peu qu'ils persévèrent, ils paraissent devoir parvenir à faire établir seuls une jurisprudence complète sur ces délicates questions, la cour de Paris, saisie de l'appel d'un jugement du tribunal de la Seine en date du 5 mars 1901 qui avait ordonné la preuve des faits articulés par une israélite russe contre son mari de même religion et de même nationalité, proclamait, le 17 mars 1902, l'incompétence absolue des juridictions françaises dans les questions de cette nature. D'une part, alléguait la cour de Paris dans cet arrêt du 17 mars 1902, aux termes de la loi nationale des époux, le divorce est un acte essentiellement religieux qui ne peut être accompli que par l'autorité religieuse. Le juge civil en France ne peut se substituer à cette autorité, tant à cause de la séparation que notre législation a établie entre les matières civiles et religieuses que de son inaptitude intégrale à accomplir les rites prévus par la loi étrangère; il ne peut même pas contraindre les parties ou l'une d'elles à faire accomplir les formes rituelles par l'autorité religieuse compétente. Il ne peut que déduire du divorce confessionnel, le cas échéant, les conséquences juridiques créées par la loi religieuse : en effet, la séparation des matières civiles et religieuses n'est que d'ordre public interne dans notre législation; elle ne saurait être invoquée à l'encontre des étrangers dont les règles de statut personnel sont d'ordre public international et absolu. D'autre part, il n'était pas douteux, constatait la Cour, qu'en l'espèce le statut des époux n'autorisait le divorce qu'en cas de consentement mutuel des époux et ne permettait pas, notamment, la dissolution du mariage contre la volonté du mari. Enfin, une telle loi étrangère ne se heurtait en France ni à la théorie d'après laquelle le

(1) [Paris, 9 mars 1904, Mosticzker, J. C., 1904, p. 678; Cass., 30 octobre 1905, Mosticzker, J. C., 1905, p. 410; D. P., 1906. 1. 305, et note de M. Binet.]

divorce et les questions qui s'y rattachent devraient être régies par la loi du lieu où la demande est formée, ni à celle qui envisage le divorce comme une mesure d'ordre public réglée par cette loi, car ces théories ne sont pas admises en France, où l'on considère la matière du divorce comme appartenant au statut personnel. En d'autres termes, d'après la cour de Paris, la loi russe, se confondant en l'espèce avec une loi religieuse, doit être observée et respectée en France ; mais le tribunal français ne peut accomplir les formalités qu'elle institue et se trouve par suite incompétent pour prononcer le divorce ; il ne peut qu'apprécier, soit l'accomplissement de ces formalités, soit les conséquences de cet accomplissement (1).]

[Que pensa la Cour de cassation de cette doctrine que la demanderesse jugea à propos de lui soumettre? Il est exact, déclara-t-elle dans son arrêt du 29 mai 1905, que les règles de compétence et les formes de procédure déterminées par la loi française sont applicables quand un tribunal français est saisi d'un litige intéressant l'état d'un étranger ; mais ce litige n'en reste pas moins soumis à l'observation des règles de la loi nationale des parties. Si donc la dite loi impose, soit une juridiction particulière, soit des conditions de forme et de fond telles qu'elle se trouve en opposition avec l'ordre public français, l'instance doit nécessairement aboutir à une déclaration d'irrecevabilité, puisqu'elle ne peut être jugée « ni d'après la loi étrangère qui ne peut recevoir son application en France, ni d'après la loi française qui ne peut lui être substituée. Or la loi applicable aux israélites russes réserve la connaissance des actions en divorce à l'autorité religieuse et fait de cette règle une prescription du statut personnel ; en outre, elle soumet la dissolution du mariage à des rites confessionnels que ne peuvent accomplir nos tribunaux ». Pour ces deux motifs, la demande doit être effectivement déclarée non recevable. Enfin, la Cour de cassation répète, après la cour d'appel, mais en termes différents, que la neutralité de l'Etat français entre les divers cultes ne saurait être invoquée en l'espèce, car elle ne s'applique qu'aux mariages soumis à la loi française et ne s'oppose pas d'ailleurs à ce que nos tribunaux déduisent d'une union religieuse les conséquences juridiques qu'elle comporte (2).]

(1) [Paris, 17 mars 1902, Levinçon, J. C., 1903, p. 342; D. P., 1903. 2. 49 et la note de M. Barlin.]

(2) [Cass., 29 mai 1905, Levinçon, J. C., 1905, p. 1006; S., 1906. 1. 161, note de M. Pillet; cpr. Cluzel, *loc. cit.*, J. C., 1909, p. 15-19, p. 24-37; Weill, *loc. cit.*, *R. D. I. P.*, 1908, p. 760-771.]

[Une contradiction paraît donc bien exister entre l'arrêt de la cour de Paris du 9 mars 1904 et celui de la Cour de cassation du 30 octobre 1905 qui l'a confirmé, d'une part, et l'arrêt de la cour de Paris du 17 mars 1902 et l'arrêt de cassation du 29 mai 1905, d'autre part. D'un côté, ces juridictions se déclarent compétentes pour examiner au fond et repousser, par application des règles de fond proprement dites du statut étranger, une demande en divorce; de l'autre côté, une telle demande est qualifiée d'irrecevable en raison de l'incompétence des juridictions françaises. Pourtant, dans les deux espèces qui ont donné lieu à ces deux séries d'arrêts divergents en apparence, les actions étaient élevées entre personnes appartenant à des Etats dont les législations contiennent, quant à l'application de la loi religieuse en matière de divorce, des prescriptions également absolues. Pourrait-on alléguer ce fait que, dans la première espèce (affaire Mosticzker), les deux époux ne s'étaient mariés que devant l'officier de l'état civil, alors que, dans la seconde (affaire Levinçon) ils s'étaient mariés à la fois devant l'officier de l'état civil et devant le rabbin? Mais les deux juridictions ont expressément déclaré que le mariage devant l'officier de l'état civil seul n'avait pu modifier l'application ultérieure de leur statut personnel. Songerait-on à chercher une raison de distinguer en constatant que dans la première espèce, les époux avaient gardé après le mariage célébré le statut personnel qui leur appartenait auparavant, tandis que, dans la seconde, le statut d'israélite russe n'avait été conféré à la femme que par son mariage? Mais cette circonstance aurait été plutôt de nature à inciter, en fait, la cour à se déclarer compétente par égard pour la demande d'une femme Française d'origine, qui avait très probablement été abusée, au moment de son mariage, sur les conséquences de droit infiniment fâcheuses pour elle que cette union allait entraîner. Serait-ce, enfin, que l'exception d'incompétence n'eût pas été soulevée dans la première espèce? Mais la cour d'appel et la Cour de cassation l'ont déclaré dans la seconde espèce, l'incompétence dont il s'agissait « touchant à la nature des juridictions », était d'ordre public et par suite aurait dû être prononcée d'office.]

[Aussi est-il sage de penser, étant donnée l'incertitude des motifs qui ont pu dicter les derniers arrêts analysés; que par son arrêt du 30 octobre 1905 la cour n'a pas entendu s'écarter délibérément de la jurisprudence affirmée dans son arrêt du 29 mai de la même année, si attentivement motivé et concordant avec les décisions antérieures de la justice en cette matière.]

[Le tribunal civil de la Seine, puis la cour de Paris, et enfin le tribunal civil de Marseille ont eu l'occasion d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation. Le tribunal de la Seine, puis la cour de Paris, ont été saisis d'une demande en séparation de corps formée par une israélite française, devenue Russe par son mariage, dont la demande en divorce avait été déclarée irrecevable pour cause d'incompétence du juge français (1). Cette fois — nouvelle surprise éprouvée par l'historien de ces péripéties judiciaires — ni le tribunal, ni après lui la cour, ne se sont déclarés incompétents. Pourtant le tribunal a eu soin de rappeler les différentes phases judiciaires de la demande en divorce, mais il n'a pas hésité à rechercher si la loi russe admet la séparation de corps et il n'a rejeté la demande que parce qu'il lui a été démontré que cette institution n'existe pas dans le droit russe (2). La cour agit de même, mais son arrêt contient une précision qui fait défaut dans le jugement et qui explique pourquoi l'incompétence n'a pas été déclarée d'office. C'est que la demanderesse prétendait que la séparation de corps était admise dans le droit russe, sans distinction de culte et sans aucune formalité confessionnelle; si elle avait pu en rapporter la preuve, il est évident que la juridiction française n'aurait plus eu aucune raison de ne pas examiner cette demande au fond et de ne pas y faire droit. Ce premier point élucidé, il faut remarquer que la cour a écarté, comme dépourvue de toute portée juridique, une décision du tribunal rabbinique de Paris, rendu le 24 décembre 1906, dont se prévalait la demanderesse et qui déclarait notamment que le mariage religieux célébré à la synagogue de cette ville ne pouvait produire aucun effet au point de vue civil. Et, en dernière analyse, la cour a rejeté la demande au fond pour des motifs que l'on peut ainsi résumer : la règle *locus regit actum* ne soumet à la loi française que la procédure même de la séparation de corps; la recevabilité de la demande demeure régie par la loi personnelle des parties. C'est là, dit la cour, une application du principe du droit international admis par la Convention de La Haye du 12 juin 1902, qui a définitivement réglé les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps. Or le statut personnel des parties israélites russes interdit absolument la séparation de

(1) [Arrêts précités de la cour de Paris, 17 mars 1902 et de la Cour de cassation, 29 mai 1905 (Levinçon).]

(2) [Trib. civ. Seine, 26 février 1907, Levinçon, J. C., 1907, p. 760.]

corps. La cour ajouta, d'ailleurs, donnant ainsi une véritable indication à la demanderesse, que cette dernière, qui semblait jusqu'ici avoir suivi une voie défectueuse, ne justifiait pas qu'elle fût dans l'impossibilité de porter sa demande devant un tribunal ou une juridiction quelconque, alors que son mari possédait en Russie un domicile réel où il pouvait être valablement assigné (1). La Cour de cassation ne paraît pas avoir été appelée à se prononcer sur cet arrêt de la cour de Paris.]

[Enfin, le tribunal civil de Marseille, appelé à connaître d'une demande en séparation de corps entre époux de nationalité hellénique, unis en mariage à Marseille, lieu de leur domicile, suivant les formes religieuses usitées dans leur pays d'origine et dont l'union célébrée par l'autorité ecclésiastique résidant à Marseille avait été ensuite enregistrée au consulat compétent de la même ville, s'est déclaré compétent à raison de ces deux circonstances, d'une part, qu'une convention internationale entre la France et la Grèce accorde aux sujets de ce dernier pays libre et facile accès auprès des tribunaux français et, d'autre part, que le mari défendeur doit être, ainsi qu'il appert de décisions antérieures, considéré comme n'ayant conservé aucun domicile légal dans son pays d'origine. Mais en même temps, le tribunal a déclaré irrecevable la demande en séparation de corps formée par la femme contre son mari, pour ces deux motifs : la séparation de corps, avec les caractères qui la distinguent dans la loi française, n'est pas admise dans le droit hellénique, cette loi régie quant au divorce par le droit romain de la période byzantine ne reconnaissant pas la séparation de corps, bien qu'il existe un code de procédure pour en réglementer les causes et les effets; la matière du divorce relève elle-même de l'autorité religieuse, qui, seule, peut prononcer la rupture du lien conjugal formé avec l'observation des solennités rituelles. Dès lors, un tribunal français est sans qualité ni pouvoir pour statuer dans un cas comme celui de l'espèce, les règles du statut personnel auxquelles la demande est soumise s'y opposant, alors surtout qu'il n'est pas établi que les formalités préalables à la demande et nécessaires aient été remplies auprès de l'autorité religieuse compétente (2).]

(1) [Paris, 31 décembre 1907, Levinçon, J. C., 1908, p. 518. — Cpr. Cluzel, *loc. cit.*, J. C., 1909, p. 11, p. 18-19 et p. 21-22.]

(2) [Trib. civ. Marseille, 1re ch., 7 mai 1908, Caranda, J. C., 1909, p. 189. — Cpr. Clunet, *Tables générales*, t. III, v° *Divorce*, p. 587 et t. IV, v° *Séparation de corps*, p. 662.]

[Cette jurisprudence doit être examinée au point de vue de ses conséquences pratiques, et au point de vue des principes. Procédons aussi brièvement que possible à ce double et nécessaire examen.]

[Au premier point de vue, elle soulève trois difficultés extrêmement graves. D'abord, quelle serait l'autorité compétente pour prononcer le divorce entre deux époux dont l'un seulement serait soumis par son statut personnel à des prescriptions confessionnelles? Le cas peut se présenter si les deux époux n'ont pas la même nationalité, soit que la femme n'ait pas pris la nationalité de son mari par le fait du mariage, soit que la nationalité de l'un des époux ait été seule modifiée au cours du mariage par naturalisation ou autrement. Sur cette première difficulté, bien que ni l'Autriche ni la Russie n'aient adhéré à la Convention de La Haye du 12 juin 1902 relative au divorce (1), ni en général les pays, comme la Grèce, dans lesquels la législation attribue une importance capitale aux formes confessionnelles, il serait possible de chercher dans cette Convention, non une injonction comme semble le dire la cour de Paris, mais une indication en faveur de l'application de l'art. 8, qui s'est imposée aux Etats signataires, à la France en particulier, comme règle supérieure de droit et d'équité, sans que, d'ailleurs, cette règle comporte une réciprocité nécessaire. Mais cette règle même ne concerne que les causes du divorce, en prescrivant l'observation de la dernière législation commune aux époux. Quant aux conditions de forme, la juridiction française se trouvant en présence de deux règles contraires, de la règle étrangère qui impose le concours de l'autorité religieuse et de la règle française qui impose celui de l'autorité civile, les deux règles étant considérées comme d'ordre public international, ne pourrait sans doute que se déterminer pour la seconde.]

[En second lieu, quelle serait l'autorité compétente, si le demandeur justifiait de l'incompétence des tribunaux étrangers pour connaître de sa demande? Il semble bien que, dans les motifs de son arrêt précité du 31 décembre 1907, la cour de Paris ait tranché par *a contrario* cette seconde difficulté : il paraît résulter de ces motifs qu'elle aurait dû se déclarer compétente, s'il avait été établi que seul le tribunal de la résidence du demandeur pouvait

(1) [La Russie, on le sait, n'a pas cru pouvoir adhérer à la convention sur le divorce n'ayant pas accepté celle qui est relative au mariage, l'Autriche-Hongrie, après avoir signé l'une et l'autre, n'a ratifié ni l'une ni l'autre. *R. D. I. P.*, 1908, p. 510.]

connaître du litige en raison du refus de juger opposé par les tribunaux nationaux du demandeur.]

[Enfin, une troisième difficulté se présente : quelle décision rendrait un tribunal français, si un divorce ayant été prononcé en France par un ministre du culte compétent en vertu du statut personnel des parties, il était appelé à apprécier la validité d'un tel divorce? La question n'est pas gratuite : en fait, des divorces ont été prononcés à Paris par le tribunal rabbinique de cette ville, auquel s'étaient adressés les israélites russes, convaincus qu'ils saisiraient vainement les tribunaux français; la chancellerie a connu ces faits; le parquet de la Seine, sur les instructions de la chancellerie elle-même, fait transcrire ses divorces en marge des actes de mariage à titre de renseignement, il est vrai : parfois même des seconds mariages sont célébrés (1). La jurisprudence paraît hésitante. D'une part, le jugement du tribunal civil de la Seine en date du 10 août 1905 a considéré comme valable en France le divorce prononcé par un rabbin à Amsterdam et déclaré régulier par le grand rabbin de France, entre deux israélites roumains considérés comme étrangers par la constitution roumaine et forcément régis, dit le tribunal, par la loi talmudique, comme au temps où la Roumanie faisait partie intégrante de l'Empire ottoman, d'après les considérations développées par l'avocat du demandeur (2). D'autre part, le tribunal correctionnel de la Seine, par jugement du 21 novembre 1908, a dénié toute validité à un divorce prononcé à Paris entre étrangers par un rabbin (3)]

[A nos yeux, on ne saurait admettre que le ministre étranger d'un culte quelconque, considéré, soit en cette qualité, soit en qualité de fonctionnaire étranger, accomplisse en France des actes de juridiction intéressant ses nationaux, par exemple prononce un divorce, envisagé soit comme la dissolution religieuse d'une union religieuse, analogue à ce qu'était la *diffarreatio* romaine à l'égard de la *confarreatio*, soit comme la dissolution civile, par l'organe d'une autorité religieuse, d'une union civile, car on conçoit que,

(1) Cluzel, *loc. cit.*, J. C., 1909, p. 22-23; Weill, *loc. cit.*, *R. D. I. P.*, 1908, p. 761-762.]

(2) [*R. D. I. P.*, 1906, p. 181-183. Mieux inspiré, croyons-nous, le tribunal de la Seine a décidé, le 14 février 1908, affaire Gottlieb, qu'un israélitie *heitmathlos* (sans patrie) ne pouvait se réclamer de la loi mosaïque. J. C., 1908, p. 813. Même solution pour un israélite né en Tunisie et domicilié en Algérie. Alger, 7 juin 1906, J. C., 1907, p. 147.]

(3) [*Gaz. des Trib.*, 22 novembre 1908.]

dans une société où la sécularisation de l'état civil n'existe pas, on confie à une autorité religieuse un rôle purement civil et qu'à cause de son caractère sacré, on fasse intervenir cette autorité dans une circonstance importante de la vie juridique (1). L'ordre public, dont on a souvent étendu démesurément l'empire, mais que parfois l'on est tenté de sacrifier indûment, s'oppose d'une façon impérative au fonctionnement, sur notre sol, d'organismes étrangers, fussent-ils religieux, prononçant des sentences entre leurs nationaux, comme les tribunaux consulaires des Échelles du Levant ou d'Extrême-Orient.]

[Il y a plus encore, au point de vue pratique. Nos tribunaux ont le souci très noble d'éviter, autant que possible, que les étrangers accomplissent en France des actes intéressant leur statut personnel qui pourraient n'être pas considérés comme valables dans leur pays d'origine : à cet effet, ils poussent le respect du statut étranger jusqu'à ses extrêmes limites, même dans ce qu'il peut offrir de choquant ou de déconcertant pour nos mœurs et nos idées françaises. C'est peut-être exagéré. Mais, du moins, ces règles du statut personnel dont on tient tellement à assurer le respect intégral, sont-elles bien en réalité ce qu'elles paraissent être à nos tribunaux ? Il est permis d'en douter. Ainsi, à plusieurs reprises, les tribunaux autrichiens ont déclaré valables des mariages entre catholiques autrichiens célébrés exclusivement dans la forme civile prescrite en pays étranger, c'est-à-dire dans les conditions mêmes que le tribunal de la Seine par jugement précité du 28 avril 1906 a déclarées contraires au prétendu statut personnel autrichien : ainsi, le mariage que le tribunal de la Seine jugeait nul aurait été valable en Autriche, le soi-disant statut personnel des parties de nationalité autrichienne n'étant pas tel que le comprennent et l'appliquent les tribunaux d'Autriche (2).]

En ce qui concerne la Russie, l'art. 63, tit. 1, div. 1 du Code des lois de l'Empire affirme qu' « une loi légalement promulguée

(1) [Weill, *loc. cit.*, *R. D. I. P.*, 1908, p. 770-771; Cluzel, *loc. cit.*, J. C., 1909, p. 29-30; Cpr. Basdevant, sous Cour suprême d'Autriche, 12 juillet 1904, *R. D. I. P.*, 1908, p. 285.]

(2) [Cour suprême d'Autriche, 11 janvier 1905, J. C., 1908, p. 1210. En sens inverse, la même cour avait considéré comme nul un mariage contracté en Allemagne par des sujets autrichiens ou hongrois devant un ministre du culte, avant la célébration devant l'officier de l'état civil, c'est-à-dire contrairement à la loi allemande : 10 février 1891, J. C., 1891, p. 1005; 8 nov. 1904, *Zeitschr. für int. Privatr.*, 1905, p. 389; Cpr. 12 juillet 1904, *R. D. I. P.*, 1908, p. 285.]

doit être strictement et rigoureusement observée par tous et chacun, tant nationaux qu'étrangers résidant en Russie, dans la mesure où elle peut les concerner et sans distinction de titre, grade ou sexe ». Et le gouvernement interprète ce texte précis avec une inflexible rigueur : il assujettit aux lois russes les étrangers quant à leur personne et quant à leur patrimoine; il affirme que reconnaître en Russie, même indirectement, la validité du mariage civil serait modifier un principe essentiel de la législation russe; il exige de tous ses ressortissants qui se marient à l'étranger la célébration religieuse (1). L'attitude des délégués russes aux conférences de La Haye en 1893, en 1894 et en 1900 a été significative. Et c'est devant ce dédain outrancier des autres lois que nos tribunaux professent un tel respect à l'égard de la loi russe! Il est vrai que la manière de voir du gouvernement russe n'est pas uniformément acceptée en Russie : en s'appuyant sur les textes mêmes, un auteur a soutenu que la législation russe ne s'oppose pas à ce que le mariage des sujets russes non orthodoxes, contracté en Russie, soit dissous par les tribunaux étrangers, ni à ce que le mariage des sujets russes, contracté à l'étranger, soit dissous par les mêmes tribunaux; et, d'après le même auteur, en ce qui concerne spécialement les Israélites russes, la forme du mariage devant le rabbin ne serait pas obligatoire pour ceux qui se marient à l'étranger; la validité du mariage dépendrait uniquement des lois locales (2).]

[On peut donc et l'on doit se demander si, au point de vue purement pratique, notre jurisprudence a atteint le but qu'elle s'était proposé et a obtenu les heureuses conséquences qu'elle attendait du respect, même excessif, de la législation étrangère. « Tantôt, comme le dit très bien M. Cluzel (3), les étrangers dédaignent ce soi-disant respect de la loi française pour leur propre loi; appliquant les principes que repoussent nos juridictions, ils les placent dans cette situation anormale d'avoir sacrifié l'ordre public français, les règles de notre droit public à une chimérique application d'un statut qui n'existe pas. Tantôt ils l'acceptent ou du moins paraissent l'accepter. Mais ils se trouvent ainsi avoir acquis, sans sacrifice de leur part, la situation qu'ils n'avaient pu obtenir de négociations internationales où leurs prétentions

(1) [Maudelstam, *Du mariage et du divorce dans les rapports internationaux au point de vue du droit russe*, J. C., 1902, p. 243 et p. 463.]

(2) [Maudelstam, *loc. cit.*, J. C., 1902, p. 474 et p. 492.)

(3) [*Loc. cit.*, J. C., 1909, p. 36.]

avaient été repoussées comme constituant d'inadmissibles exigences » (1).

[Contestable au point de vue pratique, la jurisprudence de nos tribunaux est-elle fondée en droit? Nous ne rechercherons pas, avec M. Pillet (2), si la Cour de cassation a commis une contradiction en permettant à des Russes de se marier civilement en France, alors qu'elle n'admet pas qu'un tribunal civil puisse y prononcer le divorce; nous ne nous demanderons pas non plus, comme l'a fait M. Cluzel (3), si la jurisprudence n'a pas, en cette matière, cédé à sa prédilection pour la théorie du *renvoi*, ni si elle n'a pas méconnu cette vérité générale que, dans le cas de conflit de *qualifications*, c'est-à-dire de conflit sur la question de savoir si une règle doit être considérée comme une règle de fond soumise par la loi française à la loi étrangère, ou de forme soumise à la loi française par la loi étrangère, c'est encore à la législation de notre pays qu'il appartient de décider. Nous apprécierons seulement les deux propositions qui se dégagent de l'arrêt de cassation du 29 mai 1905. La doctrine de la Cour se ramène à une distinction entre la simple application des lois étrangères de caractère religieux qu'elle autorise et la substitution qu'elle prohibe de la justice française à une autorité religieuse statuant en des formes rituelles entre ses nationaux. D'un côté — première proposition — les lois étrangères qui règlent en matière de statut personnel les intérêts civils de leurs ressortissants d'après leur confession religieuse peuvent être invoquées en France devant les tribunaux français, le principe de neutralité de l'Etat français entre les différents cultes n'étant pas d'ordre public absolu ou international. D'un autre côté — seconde proposition — pleinement compétents à l'effet d'apprécier, d'après la loi religieuse qui les régit, les intérêts civils de ces étrangers dans le domaine du statut personnel, les tribunaux français ne sauraient agir à leur égard en qualité d'autorité religieuse suivant des formes rituelles.]

[La première proposition a été attaquée avec vigueur et l'on a déclaré incontestable le caractère d'ordre public absolu du principe de neutralité de l'Etat français entre les différents cultes en matière civile, surtout au point de vue des questions de forme, et en particulier des formes de la célébration et de la dissolution du

(1) [Lainé, *La Conférence de La Haye relative au droit international privé*, J. C., 1901, p. 25 et suiv. ; L. Renault, *Les conventions de La Haye*, 1903, p. 46-49.]

(2) [Pillet, Note sous Cass., 29 mai 1905, S., 06. 1. 161.]

(3) [Cluzel, *loc. cit.*, J. C., 1909, p. 25-27.]

mariage (1). Sans insister sur ce fait que ce qui est déclaré incontestable se trouve formellement contesté à la fois en jurisprudence et en doctrine (2), on peut se demander en quoi les principes fondamentaux de notre droit public seront atteints si nos tribunaux admettent l'exercice des droits des ressortissants étrangers en France suivant les conditions de fond et de forme d'une loi religieuse quelconque qui régit ces étrangers dans leur propre pays. Nous avons obtenu, non sans des efforts séculaires, que les intérêts civils des Français fussent réglés en dehors de toute considération confessionnelle, mais nous ne pouvons pas méconnaître ce fait que tous les peuples du monde ne sont pas arrivés à ce stade de leur évolution. Vainement essaierait-on de prétendre que nous ne connaissons en matière civile que des étrangers sans épithète : nous connaîtrons des étrangers catholiques, orthodoxes, protestants, israélites ou mahométans, si les lois étrangères compétentes que nous sommes tenus d'appliquer en France connaissent des catholiques, des orthodoxes, des protestants, des israélites ou des mahométans. Nous ne devons pas aux étrangers d'égalité civile, malgré leur différence de culte.]

[Nous leur devons la liberté de conscience et de culte : c'est le principe fondamental, universel, applicable aux nationaux comme aux étrangers, inscrit dans la première Déclaration des droits de l'Homme en 1789 et proclamé de nouveau par la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat. Et ce principe entraîne la conséquence indirecte que voici : les étrangers sont libres, en principe, de suivre les formes religieuses de leur loi nationale ou de recourir aux formes civiles de la loi locale; cette option paraît le seul moyen de concilier le respect de leur statut personnel avec les règles essentielles de notre droit public. Seulement, en fait, si des mariages purement religieux entre étrangers peuvent être couverts en quelque sorte par la règle qui admet les mariages diplomatiques ou consulaires, il n'en est pas de même des divorces : ceux-ci, à notre avis, ne sauraient être prononcés en France par des autorités religieuses étrangères y résí-

(1) [Barlin, note sous Paris, 17 mars 1902, D. P., 03. 2. 49; Pillet, note sous Cass., 29 mai 1905, S., 06. 1. 161; Cluzel, *loc. cit.*, J. C., 1909, p. 26-32. — *Contrà :* Weill, *loc. cit.*, *R. D. I. P.*, p. 762-766.]

(2) [J. C., *Quest. et sol. prat.*, quest. 158, 1907, p. 93. — Trib. Seine, 28 avril 1906, J. C., 1906, p. 1146, et *R. D. I. P.*, 1906, p. 738 et 751. — Trib. Seine, 25 nov. 1907 (affaire Edinson), J. C., 1908, p. 1148 et la note en sens contraire de M. Perroud.]

dant; les intéressés devront recourir à leurs autorités religieuses nationales siégeant dans leur pays, et si la loi de ce pays leur reconnaît pleine compétence en la matière, nos tribunaux français tireront de ces sentences ecclésiastiques les conséquences civiles que leur attribue le statut personnel des intéressés, dans la mesure où de telles conséquences seront compatibles avec l'ordre public français. La Cour de cassation reconnaît, avec raison, croyons-nous, ce droit à nos tribunaux.]

[Mais elle leur dénie — et c'est la seconde proposition —, la faculté de se substituer à l'autorité religieuse pour accomplir des solennités rituelles. Et ici vraiment il semble bien que toute controverse soit impossible. Lorsque le statut personnel étranger impose l'observation de formes rituelles pour la dissolution du mariage, un tribunal laïque quelconque, français ou étranger, ne saurait accomplir ces rites confessionnels. Nul doute sur ce point. La seule question débattue est celle de savoir si le tribunal français saisi de la demande doit la déclarer irrecevable ou prononcer la dissolution civile du mariage. Dans le sens de l'irrecevabilité, on a invoqué parfois de singuliers arguments : on a allégué un ordre public international étranger, suivant le national partout où il se transporte ; jusqu'ici, tous les auteurs, y compris les plus récents (1), avaient cru qu'une règle d'ordre public international était une règle qui s'imposait à tous sur un territoire déterminé, mais qui n'avait pas la prétention de déborder sur les territoires voisins. Or, la jurisprudence paraît, aujourd'hui, considérer qu'une règle d'ordre public international doit s'appliquer non seulement sur le territoire de l'Etat qui l'a instituée, mais encore sur le territoire des autres Etats. En d'autres termes, comme l'a dit M. Pillet (2), de territoriale qu'elle était jusqu'ici, cette règle devient personnelle et suit le national en pays étranger. Cette notion nouvelle, dit à son tour M. Cluzel (3), n'est pas de nature à simplifier les problèmes que font naître les conflits de lois. Malgré le caractère défectueux de l'argument invoqué, la solution doit être retenue : la soumission aux lois françaises s'oppose assurément à la prononciation de sentences de divorce par les autorités ecclésiastiques, étrangères, d'ailleurs, ou nationales, siégeant en France; nos tribunaux tiendront pour non avenus des divorces

(1) [Fiore, *De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public*, J. C., 1908, p. 351 et suiv.]

(2) [Note sous Cass., 29 mai 1905, S., 1906. 1. 161.]

(3) [Cluzel, *loc. cit.*, J. C., 1909, p. 31].

ou des séparations de corps prononcés chez nous par ces autorités ; mais, s'ensuit-il qu'ils doivent statuer eux-mêmes et prononcer des divorces ou des séparations de corps purement laïques, dont la nullité serait sans doute proclamée par les tribunaux étrangers? Non. Ils renverront les étrangers devant les juridictions, ecclésiastiques ou laïques, de leur pays; et ce n'est que devant la preuve de l'absence de tout lien entre les juridictions, confessionnelles ou non, de leur pays d'origine, que nos tribunaux, pour éviter un déni de justice et mettre un terme aux abus déjà existants à Paris, où des rabbins prononcent des divorces transcrits aux mairies de ses vingt arrondissements, statueront au fond et, dans la mesure compatible avec l'ordre public français, appliqueront la loi étrangère en matière de divorce, cette loi fît-elle des distinctions d'ordre purement religieux.]

[Telle est la solution qui nous paraît concilier, dans la mesure du possible, les conflits de lois et de juridictions dans la grave et délicate question du divorce confessionnel.]

III. *Sanction des règles précédentes.* — Elle est déterminée conformément aux principes généraux par l'art. 7 : « Le divorce et la séparation de corps, prononcés par un tribunal compétent aux termes de l'art. 5, seront reconnus partout, sous la condition que les clauses de la présente Convention auront été observées et que, dans le cas où la décision aurait été rendue par défaut, le défendeur ait été cité conformément aux dispositions spéciales exigées par la loi nationale pour reconnaître les jugements étrangers » (1).

Mais il y a des pays où le divorce peut être prononcé par décision administrative, notamment par ordonnance royale dans les Etats scandinaves; de là la disposition finale de l'art. 7 : « Seront reconnus également partout le divorce et la séparation de corps prononcés par une juridiction administrative, si la loi de *chacun* des époux reconnaît ce divorce et cette séparation ».

[Si les Etats contractants se sont entendus au sujet de règles de fond et de compétence, c'est manifestement pour que les jugements rendus en conformité de ces règles soient reconnus partout. et l'art. 7, al. 1 de la Convention pose en ce sens une règle bienfaisante qui fera disparaître des difficultés d'ordre très divers que la pratique présente assez fréquemment. Ainsi la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 sur l'état civil et le mariage dispose, dans son art. 56 : « Quant au mariage entre étrangers, aucune

(1) [Cass. Turin, 20 mars 1908, J. C., 1909, p. 272.]

action en divorce ou en nullité ne peut être admise par les tribunaux, s'il n'est pas établi que l'Etat dont les époux sont ressortissants reconnaîtra le jugement prononcé ». Cette disposition, inspirée par le louable désir d'empêcher les tribunaux suisses de rendre, en une matière aussi grave, des sentences qui auraient été méconnues dans le pays d'origine des époux, a eu en fait pour résultat d'exclure la compétence des tribunaux suisses à l'égard des étrangers, parce qu'il était impossible à ceux-ci d'établir que leur pays d'origine reconnaîtrait le jugement prononcé. Des époux établis depuis de longues années en Suisse, entre lesquels la vie commune était devenue insupportable, ne pouvaient donc s'adresser au tribunal de leur domicile, et ils se heurtaient à de grandes difficultés, quelquefois à de véritables impossibilités, pour trouver dans leur patrie un tribunal qui voulût accueillir leur demande. Ils étaient ainsi victimes d'un déni de justice caractérisé. Par l'adoption de la Convention, il est désormais prouvé que le jugement de divorce régulièrement rendu en Suisse sera reconnu dans les autres pays contractants, et il est ainsi satisfait à l'exigence de la loi fédérale suisse, comme il sera satisfait à celle de l'art. 7 *h* de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour complété par l'art. 61 du titre final du nouveau code civil suisse qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912 et remplacera sur ce point la loi de 1874 abolie, à partir de cette date, par l'art. 62 du titre final du même code. Cet art. 7 *h* de la loi du 25 juin 1891 est ainsi conçu : « Un époux étranger qui habite la Suisse a le droit d'intenter son action en divorce devant le juge de son domicile, s'il établit que les loi ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce invoquée et *reconnaissent la juridiction suisse* ». La même observation peut être faite à propos d'une disposition de la loi hongroise de 1894 (art. 116).]

[L'art. 43 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 prévoit la situation inverse de celle qui est visée dans l'art. 56 de la même loi, c'est-à-dire le cas de deux époux suisses domiciliés à l'étranger : « Les actions en divorce ou en nullité de mariage doivent être intentées devant le tribunal du domicile du mari. Est réservé le recours au tribunal fédéral, en conformité de l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 27 juin 1874. A défaut d'un domicile dans la Confédération, l'action peut être intentée au lieu d'origine (bourgeoisie) ou au dernier domicile du mari en Suisse ». Ce texte exclut-il la compétence des

tribunaux étrangers? Deux époux suisses ne peuvent-ils pas, étant domiciliés en Allemagne, par exemple, intenter une action en divorce devant le tribunal allemand de leur domicile? Le tribunal supérieur régional de Dresde, le 28 novembre 1907, a résolu négativement la question : tout en reconnaissant qu'il faut combiner l'art. 5 de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 avec la législation suisse, il estime que l'art. 43 précité attribue compétence exclusive aux tribunaux suisses et écarte la compétence des tribunaux allemands (1). Cette solution nous paraît extrêmement douteuse. En tout cas, elle ne sera plus soutenable à compter du 1er janvier 1912, date à laquelle cet article 43 sera remplacé par l'art. 7 *g* de la loi fédérale du 25 juin 1891, ainsi complété aux termes de l'art. 61 du titre final du nouveau code civil suisse : « Le conjoint suisse habitant l'étranger peut intenter une action en divorce devant le juge de son lieu d'origine. Dans ce cas, les règles de la loi suisse sont seules applicables. Lorsque le divorce d'époux suisses habitant l'étranger a été prononcé par le juge qui est compétent aux termes de la loi de leur domicile, ce divorce est reconnu en Suisse, même s'il ne répond pas aux exigences de la législation fédérale ».]

[Dans la plupart des pays le divorce et la séparation de corps sont prononcés par une sentence judiciaire proprement dite; dans les pays scandinaves, ils peuvent résulter d'une décision administrative, notamment d'une sentence royale. Une sentence de cette nature ne doit-elle pas être reconnue partout, sous les conditions indiquées ? Les divers Etats contractants ne doivent-ils pas respecter mutuellement l'organisation de leurs juridictions commandée par leurs mœurs et leurs traditions quelconques ? Telle était l'opinion très nette des délégués français; mais la résistance absolue de certains autres délégués a imposé la solution transactionnelle de l'art. 7, al. 2, qui subordonne la reconnaissance, dans tous les pays contractants, d'un divorce ou d'une séparation de corps prononcés par une juridiction administrative à la condition que la loi nationale de chacun des époux reconnaisse ce divorce et cette séparation. Par exemple, on reconnaîtra partout le divorce prononcé par le roi de Suède entre deux Suédois ou entre un Sué-

(1) [J. C., 1907, p. 447. En revanche, le tribunal de l'Empire allemand, le 7 janvier 1906, s'est déclaré compétent pour statuer sur une demande en divorce formée entre deux Anglais domiciliés en Allemagne et, en vertu de la théorie du renvoi, a prononcé le divorce conformément au droit allemand. J. C., 1907, p. 533.]

dois et une Danoise, mais le divorce prononcé ainsi entre étrangers établis en Suède ne sera pas nécessairement reconnu dans le pays d'origine. Les délégués d'Allemagne et de Belgique ont affirmé à la Conférence qu'un pareil divorce ne serait pas reconnu dans leurs pays respectifs. Peut-être nos tribunaux, dans le silence de la loi, estimeraient-ils qu'ils n'ont qu'à s'incliner, devant la juridiction compétente, si différente qu'elle puisse être de la nôtre (1).]

IV. *Cas où les époux sont de nationalité différente.* — C'est le cas où l'un des époux change de nationalité au cours du mariage; on s'en tient alors à la précédente loi nationale commune aux deux époux (2). Art. 8 : « Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale ».

V. *Portée de la convention.* — Art. 9 : « La présente convention ne s'applique qu'aux demandes en divorce ou en séparation de corps formées dans l'un des Etats contractants, si l'un des plaideurs au moins est le ressortissant de l'un de ces Etats. — Aucun Etat ne s'oblige, par la présente convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant ».

[Cette disposition correspond à celle qui figure dans l'art. 8 de la convention du 12 juin 1902 sur le mariage et se justifie par les mêmes raisons (3).]

(1) [L. Renault, *Les conventions de La Haye*, p. 62-64.]

(2) V. n. 269, III, p. 821-826.

(3) [Toutefois, la convention de 1902 sur le divorce et la séparation de corps, si elle ne lie pas directement les Etats qui n'y ont pas participé, peut, comme tout traité diplomatique, en modifiant la conception de l'ordre public, avoir une portée indirecte plus ou moins générale. Ainsi, le 13 juin 1908, la cour d'appel de Naples a jugé que, depuis la loi du 7 septembre 1905, qui a rendu exécutoire en Italie la convention de la Haye relative au divorce prononcé dans les Etats adhérents à cette convention, le divorce ne peut être considéré comme contraire au droit public interne, à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. Par suite, même si le divorce a été prononcé dans un Etat non adhérent à la susdite convention, dans le cas où une femme étrangère, après avoir épousé un Italien, renonce à la nationalité du mari, obtient contre son mari dans sa nouvelle patrie un jugement régulier et contradictoire de divorce et une fois ce jugement passé en force de chose jugée, contracte un nouveau mariage, l'autorité judiciaire pénale en Italie peut retenir le divorce comme élément de la bonne foi qui exclut l'incrimination de bigamie. J. C., 1909, p. 271.]

SECTION V

INFLUENCE DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ SUR LES RAPPORTS DE FAMILLE

267. Les rapports de famille dépendant, d'après ce qui a été dit ci-dessus, de la loi nationale du mari, qui est aussi, du moins ordinairement, celle de tous les membres de la famille, il y a lieu de se préoccuper de la modification qui peut être apportée à cette règle par le fait que la femme ou les enfants n'ont pas la même nationalité que le mari. Il n'y a guère de difficulté lorsque tous les membres de la famille changent en même temps de nationalité; la question se complique au contraire beaucoup, lorsque ce changement ne se réalise que pour quelques-uns d'entre eux. Voilà pourquoi, dans la plupart des législations, la naturalisation du père est considérée comme collective pour tous ceux qui relèvent de son autorité, et non comme individuelle pour lui seul. Malgré cela, la difficulté n'est pas écartée, car, si le père appartient à un pays où le changement de nationalité est individuel, sa femme et ses enfants seront réputés avoir conservé leur ancienne nationalité dans le pays auquel ils appartiennent, tandis qu'ils seront traités comme des nationaux dans le pays où le chef de famille s'est fait naturaliser.

§ I. *Cas où toute la famille change de nationalité.*

268. Ce premier cas peut se présenter, soit lorsque tous les membres de la famille participent au changement de nationalité, soit lorsque la loi du pays où le chef de famille s'est fait naturaliser considère sa naturalisation comme s'étendant à sa femme et à ses enfants mineurs. En pareille hypothèse, tous les rapports de famille seront régis par la nouvelle loi nationale, absolument comme ils l'étaient auparavant par l'ancienne, et il y aura lieu d'appliquer cette loi à la puissance maritale, paternelle, à la pension alimentaire, etc.

Quant aux actes déjà accomplis sous l'empire de l'ancienne législation, ils auront pu donner naissance à des droits acquis sur lesquels le changement de nationalité n'a pas d'influence, puisqu'il n'est pas rétroactif.

Le mariage lui-même, valable au point de vue des conditions de forme, d'après l'ancienne loi, restera tel sous l'empire de la

nouvelle, en vertu de la règle *Locus regit actum*. Ainsi, deux Autrichiens catholiques s'étant mariés dans leur pays, le mari se fit naturaliser en Russie où il obtint du Saint-Synode la nullité de son mariage comme n'ayant pas été célébré en la forme religieuse orthodoxe, ce qui était une violation de notre règle. La femme, se considérant comme libre, se maria en France avec un Bavarois. Mais ce dernier obtint en Bavière la nullité de son union, la décision du Saint-Synode n'ayant pu annuler le premier mariage valable d'après la loi autrichienne et réputé tel partout suivant le principe *Locus regit actum*. La décision bavaroise a été acceptée en France et elle devait l'être (1).

Il en sera de même en ce qui concerne les conditions de fond, sauf le cas où la loi ancienne est incompatible avec la nouvelle au point de vue de l'ordre public (2). Tel serait le cas d'un mariage contracté par un Turc avec une seconde femme, du vivant de la première : naturalisé en France, ce Turc ne pourrait invoquer que la validité de sa première union. Mais il n'en serait bien entendu ainsi que des conséquences contraires à l'ordre public français, c'est-à-dire de celles qui résulteraient du maintien des unions postérieures conclues avant la dissolution de la première. Les droits acquis, indifférents d'ailleurs à l'ordre public, tels que la légitimité des enfants nés, avant la naturalisation, des seconds mariages, devraient être respectés.

La faculté de divorcer peut être aussi donnée ou enlevée à la suite du changement de nationalité des époux, qui amène une modification dans leur statut personnel. Quant au divorce prononcé d'après la première loi nationale, il subsiste comme droit acquis sous la nouvelle, même si cette dernière n'admet pas l'institution du divorce.

Mais un individu, appartenant à un pays où le divorce n'est pas consacré, peut-il, une fois naturalisé dans un autre où le divorce est possible, invoquer une cause de divorce qui s'est réalisée avant sa naturalisation ? On a prétendu que non, en alléguant que la naturalisation n'a pas d'effet rétroactif. Mais ce point n'est pas à considérer dans l'espèce : la loi nouvelle autorise le divorce pour une cause qu'elle indique, sans exiger qu'elle se soit réalisée à telle ou telle époque, et la raison d'être de sa disposition, c'est-à-dire la nécessité de rompre une union malheureuse ou immorale,

(1) Cass., 26 juin 1899, *Gaz. des Trib.*, 27 juin.
(2) Chambéry, 7 février 1885, J. C., 1888, p. 796.

subsiste sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de cette dernière circonstance. En adoptant cette solution, on ne fait nullement échec à la non-rétroactivité de la naturalisation, puisque le droit de demander le divorce *ne naît* que sous l'empire de la loi nouvelle; il naît seulement en vertu d'une cause antérieure (1).

Cependant, la loi d'introduction du nouveau Code civil allemand, art. 17, al. 2, décide que « le fait qui s'est produit pendant que le mari était sujet d'un autre Etat ne peut être invoqué comme cause du divorce, que lorsque ce fait, *même d'après les lois de cet Etat*, est une cause de divorce ou de séparation ». Dans ce sens, loi hongroise sur le mariage, de 1894, art. 115 (*Ann. législ. étrang.*, 1895, p. 378).

[La convention de La Haye de 1902 sur le divorce et la séparation de corps (art. 4, V. *supra*, n. 266 *bis*, p. 796) a consacré, dans les rapports des pays contractants, le point de vue de la loi d'introduction du Code civil allemand, à la demande même du gouvernement allemand. Voici l'hypothèse : deux époux sont Français, puis deviennent Allemands. Pendant qu'ils étaient Français, il s'est produit un fait qui ne pouvait donner lieu au divorce d'après la loi française, mais ce fait est une cause de divorce d'après la loi allemande. La nouvelle loi nationale ne peut donner rétroactivement au fait un caractère qu'il n'avait pas au moment où il est intervenu. Cette règle écarte certaines fraudes auxquelles pourrait donner lieu un changement de nationalité. Un amendement du Danemark avait pour but d'empêcher ces fraudes dont la femme peut être surtout victime. Comme d'après les lois de certains pays la naturalisation du mari produit de plein droit effet à l'égard de la femme, la situation des époux peut se trouver gravement modifiée par suite de leur nouvelle législation commune. Les époux étaient mariés sous l'empire d'une loi n'admettant pas le divorce et ils se trouvent soumis à une loi qui l'admet, ou bien c'est l'inverse. Il est grave qu'un tel changement puisse se produire par la volonté seule du mari, qui a ainsi le pouvoir de nuire grièvement à la femme. Pour tenir compte de ces considérations, l'amendement danois avait été ainsi formulé : « Un changement de nationalité ayant eu lieu sans le consentement de la femme ne peut être invoqué contre elle ». Cet amendement aurait comporté deux applications en sens inverse : le changement de nationalité ne pouvait donner au mari le droit de demander le divorce, s'il ne

(1) Labbé, S., 76. 1. 291.

l'avait pas auparavant; il ne pouvait priver la femme du droit qu'elle aurait eu de le demander. On ne peut contester qu'un tel amendement, accueilli avec faveur par la majorité de la commission, réponde à une pensée d'équité. Mais, à la réflexion, des difficultés ont surgi. Souvent il sera très difficile de savoir si le changement de nationalité a eu lieu avec ou sans le consentement de la femme, surtout si la question de divorce ne se présente qu'assez longtemps après. En outre, le consentement de la femme a pu être obtenu, alors qu'elle ignorait qu'il se fût produit un fait de nature à donner lieu au divorce. On peut regretter que la femme se trouve, dans quelques pays, naturalisée de plein droit par la naturalisation de son mari; mais la Conférence n'avait pas qualité pour proposer quoi que ce soit en cette matière. En définitive, la commission, que présidait M. L. Renault, et la Conférence, après elle, s'en sont tenues à la disposition de l'art. 4, aux termes duquel la loi nationale ne peut être invoquée pour donner à un fait qui s'est passé alors que les époux ou l'un d'eux étaient d'une autre nationalité, le caractère d'une cause de divorce ou de séparation de corps. Cette disposition satisfait dans quelques cas les légitimes préoccupations qui avaient suggéré l'amendement danois, au moins en ce que le changement de nationalité ne pourra donner au mari le droit de demander le divorce, s'il ne l'avait pas auparavant (1).]

Souvent d'ailleurs, à propos du divorce, on recherchera si le changement de nationalité n'a pas pour but d'éviter l'application de la loi nationale. Il faudra appliquer, en pareil cas, les principes déjà indiqués au sujet de l'expatriation frauduleuse (2).

§ II. *Cas où quelques membres de la famille changent de nationalité.*

269. Ce cas ne peut se présenter, au moins en ce qui concerne la femme mariée et les enfants mineurs, et lorsque le père change de nationalité, que dans une législation qui considère la natura-

(1) [L. Renault, Rapport, *Actes de la IIIe Conférence*, 1900, p. 211-212.]

(2) [L'idée même de l'expatriation frauduleuse est écartée comme dangereuse et arbitraire par le conseil d'Etat italien. V. note sous Cour d'appel de Naples, 13 juin 1908; J. C., 1909, p. 271. Elle est rejetée absolument dans des cas où il est avéré que le changement de nationalité n'a été accompli qu'en vue du divorce, par les tribunaux autrichiens. Cour suprême d'Autriche, 18 juin 1907, J. C., 1908, p. 1218.]

lisation du chef de famille comme individuelle et non comme collective. Quand cette hypothèse se présente, il est nécessaire de déterminer la loi applicable aux rapports de famille.

I. **Puissance maritale.** — Dans l'ancien droit, on suivait, pour régler la puissance maritale et la capacité de la femme, comme pour toutes les questions de statut personnel, la loi du domicile. On s'attachait, dans l'espèce, à la loi du domicile actuel du mari, de sorte que ce dernier pouvait modifier l'étendue de sa puissance en changeant de domicile. Boubier cependant maintenait l'application de la loi du domicile du mari au moment du mariage (1). Aujourd'hui que la loi nationale est substituée à celle du domicile pour régler le statut personnel, il faut, dans une législation qui considère la naturalisation du mari comme individuelle, fixer par la loi nationale de la femme, c'est-à-dire par la loi nationale du mari au moment du mariage (art. 12 et 19 C. civ.), l'étendue de l'autorité maritale et de l'incapacité de la femme. En appliquant la loi nationale nouvelle du mari, on ferait subir à la femme les conséquences de la naturalisation qui ne peut produire que des effets individuels (2). Si c'est la femme qui change de nationalité, on pourrait soutenir que sa situation juridique, notamment au point de vue de sa soumission à l'autorité maritale, est fixée par sa nouvelle loi nationale. Mais il faut remarquer que, à la différence des autres incapacités en général, celle de la femme mariée est établie, non pas dans l'intérêt de l'incapable, mais bien dans l'intérêt de la famille pour assurer l'unité d'administration du patrimoine. Or, le changement de nationalité de la femme étant individuel, il ne pourra pas avoir pour effet de modifier la situation du mari et de la famille tout entière : par conséquent, la loi nationale du mari continuera à régler l'étendue de sa puissance maritale.

II. **Puissance paternelle.** — Dans l'ancien droit, on réglait la puissance paternelle d'après la coutume du domicile actuel du père; cependant Boullenois, contrairement à l'opinion suivie par lui en ce qui concerne la puissance maritale, s'attachait toujours à la coutume du domicile qu'avait le père au moment de la naissance de l'enfant (3).

(1) Froland, *loc. cit.*, I, chap. VII, n. 15, p. 172; Boullenois, *loc. cit.*, II, p. 10-25; Boubier, *loc. cit.*, chap. XXII, n. 22 et suiv., I, p. 621.

(2) D'après la loi du 26 juin 1889, la femme peut profiter de la naturalisation de son mari, mais on ne la lui impose pas (nouvel art. 12, alin. 2 C. civ.).

(3) Boullenois, *loc. cit.*, II, p. 32.

Dans notre législation, depuis la loi de 1889, quand se maintient le caractère individuel de la naturalisation du père, il faut appliquer la loi nationale de l'enfant et non celle du père. La puissance paternelle doit d'ailleurs être regardée comme une institution protectrice de l'enfant, et l'on verra que toutes les mesures de protection des incapables dépendent de la loi nationale de ces derniers (1).

III. **Divorce.** — Lorsque l'un des époux seulement change de nationalité, quelle est l'influence de ce fait sur la faculté de divorcer? Cette question est encore pratique dans notre droit, malgré le rétablissement du divorce par la loi du 27 juillet 1884, à raison de la grande variété qui existe entre les législations au point de vue des causes du divorce.

Distinguons deux hypothèses, suivant que c'est le mari ou la femme qui change de nationalité.

A. Il est tout d'abord certain que le mari seul, et sans l'autorisation de la femme, peut changer de nationalité (2); quant à la femme, elle gardera son ancienne nationalité ou prendra celle de son mari, suivant que l'on se place au point de vue d'une législation qui considère la naturalisation du mari comme individuelle, ou d'une législation qui lui donne un effet collectif.

Si l'on suppose que le mari, national d'un pays où le divorce est admis, se fait naturaliser dans un Etat où cette institution est rejetée, il est certain qu'il ne pourra plus divorcer, en vertu de son nouveau statut personnel.

Duns le cas inverse, passant de l'empire d'une loi qui prohibe le divorce sous celui d'une autre qui le consacre, pourra-t-il divorcer? La solution affirmative s'impose, en présence du principe fondamental d'après lequel les règles de droit faisant partie du statut personnel, par conséquent celles qui, comme le divorce, se rattachent à l'organisation de la famille, dépendent de la loi nationale des intéressés (art. 3, alin. 3 C. civ.) (3).

(1) *Contrà* Cass., 13 janvier 1873, S., 73. 1. 13; Cass., 14 mars 1877, S., 78. 1. 125; Bordeaux, 23 juillet 1897, J. C., 1897, p. 1028. — [Cpr. Paris, 7e ch., 5 août 1908, J. C., 1909, p. 173.]

(2) Labbé, S., 76. 1. 289.

(3) Cour de Bruxelles, 31 déc. 1866 et 31 déc. 1878, *Pasicrisie*, 67. 2. 87; 1878, 2. 114; J. C., 1878, p. 513; Olivi, *R. D. I.*, 1883, p. 382. — Cpr. Alger, 2 déc. 1893, J. C., 1894, p. 120, et *id.*, 19 fév. 1896, *ibid.*, 1896, p. 606; Paris, 12 mai 1893, *ibid.*, 1893, p. 847 (Aff. Manabrea); Trib. Seine, 18 juin 1896, J. C., 1896, p. 842; Trib. Nice, 9 déc. 1896, *ibid.*, 1897, p. 333; Trib. Seine, 29 juil. 1897, J. C., 1898, p. 728, note; Alger, 13 déc. 1897, *ibid.*, 1898, p. 723; Montpellier, 19 fév. 1900,

Cette solution a été très vivement combattue. De même, a-t-on dit, que, pour se marier, il est nécessaire que les deux époux soient capables d'après leur loi personnelle respective, de même ils doivent l'être tous les deux pour divorcer : or, il n'en est pas ainsi, dans l'espèce, puisque la femme est restée sous l'empire de la loi nationale du mari au moment du mariage, loi qui, par hypothèse, prohibe le divorce. On a fait ressortir aussi l'iniquité d'une solution qui permettrait au mari de divorcer, alors que la femme, engagée irrévocablement dans sa première union, ne pourrait se remarier. On en viendrait, a-t-on ajouté, à consacrer une bigamie légale et à tolérer le spectacle scandaleux d'un mari qui pourrait cyniquement se présenter avec sa seconde femme devant celle qui, aux yeux de la loi, aurait conservé le titre d'épouse (1).

Mais l'argumentation la plus forte contre l'opinion indiquée plus haut a été développée par M. Labbé (2). Dans un contrat, dit l'éminent jurisconsulte, la capacité de chaque partie peut être fixée par des lois différentes, si elles n'ont pas la même nationalité ; mais le contrat lui-même, sa validité et ses effets dépendent d'une seule législation qui s'impose à tous les contractants. Dans le mariage, cette loi est celle du pays auquel le mari appartient

J. C., 1900, p. 956 ; Trib. Seine, 1er juillet 1902. J. C., 1903. p. 163. — [Un grand nombre de ces décisions, et quelques autres qu'on pourrait y ajouter, avaient en vue des demandes intentées par l'un des époux ayant obtenu à l'étranger la séparation de corps et ayant été ultérieurement naturalisé Français, à l'effet de faire convertir en France la séparation de corps en divorce. Plusieurs décisions judicieuses ont repoussé ces demandes : Alger, 27 janvier 1892, J. C., 1892, p. 662 ; Trib. civ. de Nice précité, 9 déc. 1896, J. C., 1897, p. 333 ; Montpellier précité, 19 fév. 1900, J. C., 1900, p. 955 ; Trib. Seine précité, 1er juillet 1902, J. C., 1903, p. 163. Cependant un autre courant d'idées semblait depuis quelques années prévaloir et un assez grand nombre de décisions judiciaires ont admis, avant la Convention de la Haye de 1902 sur le divorce et la séparation de corps, que l'époux naturalisé Français a le droit d'invoquer toutes les dispositions de la loi française qui constituent à partir de la naturalisation son statut personnel et qu'il n'est pas permis de neutraliser en France le statut personnel du conjoint devenu Français par le statut personnel du conjoint étranger. Alger précité, 2 déc. 1893, J. C., 1893, p. 120, et 19 fév. 1896, précité, J. C., 1896, p. 606 ; Trib. civ. Seine précité, 18 juin 1896, J. C., 1896, p. 842 ; Alger, 13 déc. 1897 précité, J. C., 1898, p. 723. V. A. Droz, *De l'influence de la Convention de la Haye sur les questions de divorce*, J. C., 1907, p. 21-24.]

(1) Chausse, *Rev. critiq.*, 1886, p. 691 ; Trib. Seine, 28 août 1878, J. C., 1878, p. 602 et 4 fév. 1882, *ibid.*, 1882, p. 544 ; Renault, *Revue critiq.*, 1883, p. 721 ; Holtzendorff, J. C., 1876, p. 13 ; Pic, *Mariage et divorce en droit int. privé*, p. 241.

(2) J. C., 1877, p. 20 et suiv. — Alger, 27 janv. 1892, J. C., 1892, p. 662 ; Nice, 10 janv. 1894, *ibid.*, 1894, p. 132.

lorsque l'union est contractée ; c'est cette loi que la femme accepte avec ses conséquences. Or, de même que, dans un contrat ordinaire, une des parties ne peut se soustraire directement ou indirectement aux suites de la convention, de même l'un des conjoints ne peut seul, et au moyen d'un changement de nationalité, éviter l'un des effets de la loi qui régit le mariage, c'est-à-dire l'indissolubilité de l'union conjugale. On ne concevrait pas d'ailleurs que l'un des époux fût régi, à cet égard, par une loi différente de celle de son conjoint : qu'est-ce qu'une société, en effet, où l'une des parties est liée et pas l'autre ? Il est vrai que les époux ne peuvent pas compter sur l'indissolubilité du mariage comme sur un droit acquis qui ne peut leur être enlevé, puisque le législateur peut établir le divorce applicable aux mariages déjà conclus, ainsi que l'a fait en France la loi du 27 juillet 1884. Mais il est facile d'écarter cette objection en remarquant que, en pareil cas, la dissolution du mariage n'est pas l'œuvre de l'une des parties, mais celle de la loi qui régit le mariage et que les deux époux ont acceptée dans ses dispositions actuelles et à venir : loin donc d'être une dérogation au contrat, le divorce n'est, en pareille circonstance, que la conséquence du consentement des parties.

Quelle que soit la force de ce raisonnement, quels que soient aussi les inconvénients qui résultent de ce que l'un des époux seul a la faculté de divorcer, il n'en est pas moins certain que l'on ne saurait apporter, sans un texte formel, une exception au principe général d'après lequel le statut personnel est régi par la loi nationale (art. 3, alin. 3 C. civ.) (').

[Ce texte se trouve dans l'art. 8 de la convention de La Haye du 12 juin 1902 sur le divorce et la séparation de corps (v. ci-dessus, n. 266 *bis*, p. 815). Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra être considérée comme leur loi commune. Il s'agit ici du cas où le mari, pour prendre l'hypothèse la plus fréquente, se fait naturaliser à l'étranger, et où cette naturalisation ne modifie pas la situation de la femme. Par exemple, de deux époux italiens l'un, le mari, se fait naturaliser Français, l'autre, la femme, restant Italienne. Le mari demande à un tribunal français de prononcer le divorce contre sa femme ; il allègue que la loi française, qui est sa loi nationale, admet le divorce ; la femme répond que la loi Italienne, qui est restée sa loi nationale, le rejette. L'art. 8 écarte le divorce, que prohibe la

(') Trib. Seine, 7 janvier 1885, J. C., 1885, p. 177.

loi italienne, la dernière législation commune des époux. Cette disposition n'a pas été admise sans de vives discussions au cours desquelles, comme l'a dit M. L. Renault, « des hypothèses un peu compliquées ont été très ingénieusement construites et opposées les unes aux autres ». Comme la règle de l'art. 4, celle de l'art. 8 a été inspirée par une pensée de justice et elle a aussi pour objet d'éviter des fraudes. Il ne peut dépendre de la volonté d'un seul des époux, spécialement du mari, de modifier gravement leur situation commune et de changer ainsi le caractère de l'union conjugale. L'application de la règle aura pour conséquence tantôt d'empêcher, tantôt d'admettre le divorce. Elle l'empêche dans le cas qui a été prévu. Mais si l'on suppose deux époux français ou belges, la naturalisation du mari en Espagne ou en Italie n'empêchera pas la femme de demander le divorce devant un tribunal français ou belge. « C'est toujours la même idée, dit excellemment M. L. Renault : rechercher la loi qui est naturellement compétente pour décider, sans s'inquiéter de savoir si cette loi admet le divorce ou le rejette » (1).]

[Depuis que la Convention de 1902 sur le divorce et la séparation de corps est exécutoire en France, les hésitations de nos tribunaux ont été levées dans les rapports de la France et des autres pays contractants, et l'art. 8 de cette convention a été scrupuleusement appliqué, soit aux demandes en divorce formées à titre principal, soit aux demandes en conversion d'une séparation de corps en divorce (2).]

[Une question intéressante et délicate est celle de savoir si, en dehors des cas où elle s'impose impérativement parce qu'il s'agit de rapports entre deux époux ressortissants des Etats signataires de la Convention de La Haye, la règle de l'art. 8 doit être admise comme l'expression d'un principe rationnel et équitable. La ques-

(1) [L. Renault, Rapport, *Actes de la troisième conférence,* 1900, p. 213-214; *id., Les conventions de La Haye,* p. 64-65. Cpr. A. Droz, *loc. cit.,* J. C., 1907, p. 25-26.]

(2) [Trib. civ. Dieppe, 19 juin 1905, J. C., 1905, p. 1009; Amiens, 21 mars 1906, *Le Droit,* 23 mai 1906; Trib. civ. Seine, 1re ch., 3 mars 1908, *Gaz. des Trib.,* 4 mars 1908, et J. C., 1908, p. 1130; Milan, 21 nov. 1906, J. C., 1908, p. 1267; A. Droz, J. C., 1907, p. 24-26; Trib. civ. Marseille, 21 juin 1907, J. C., 1908, p. 1129 : ce jugement motive en raison la solution qu'il adopte, sans invoquer l'art. 8 de la Convention de La Haye pourtant applicable à deux époux italiens, dont le mari, naturalisé Français, demandait le divorce. — Sur le mariage putatif et ses effets, v. Trib. civ. Suisse, 1re ch., 16 juin 1906, *J. C.,* 1907, p. 142 et les conclusions de M. le substitut Morizot.]

tion s'est posée devant nos tribunaux, qui l'ont diversement résolue. D'une part, le tribunal civil de Dieppe, par jugement du 19 juin 1905, a décidé que, lorsqu'un mariage a été conclu entre deux époux de nationalité différente, spécialement entre un Anglais et une Française, le décret qui réintègre la femme dans la nationalité française laisse les époux, en ce qui touche leurs relations matrimoniales, sous l'empire de la loi à laquelle ils étaient tous deux soumis au moment de leur mariage, dans l'espèce, la loi anglaise. C'est ce principe, déclare le tribunal de Dieppe, qui a été consacré par la Convention de La Haye du 12 juin 1902, promulguée en France par décret du 17 juin 1904. En conséquence, conclut le tribunal, la femme française mariée à un Anglais qui, par application de la loi anglaise, a échoué dans une demande en divorce et n'a obtenu que la séparation de corps et qui, par décret, est ultérieurement réintégrée dans la qualité de Française, n'est pas recevable à demander à la justice française la conversion en divorce de la séparation de corps (1).]

[D'autre part, le tribunal civil de Bône, par jugement du 14 mai 1907, a décidé à l'égard d'époux originairement Anglo-Maltais, dont le mari était devenu Français, que, quoique le divorce n'existât ni en Italie, patrie de la femme, ni à Malte, dont la législation était la dernière législation commune aux époux, le mari, devenu Français sans dol ni fraude à l'égard de la femme, par décret du 31 mai 1890, pouvait bénéficier des dispositions du code civil relatives au divorce, et a déclaré sa demande en divorce recevable (2).]

[Assurément, la Grande-Bretagne n'ayant pas pris part aux travaux de la Conférence de La Haye et n'ayant pas signé la Convention du 12 juin 1902 sur le divorce et la séparation de corps, le jugement du tribunal de Bône n'est pas contraire à l'art. 8 de cette Convention, qui décide qu'en matière de divorce, si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra être considérée comme leur loi nationale. Mais il reste à savoir si cette règle de l'art. 8, qui ne lie pas la France

(1) [Trib. civ. Dieppe, précité, 19 juin 1905, J. C., 1905, p. 1009; Cpr. dans la même affaire, un autre jugement du même tribunal se déclarant incompétent parce qu'à la date de l'assignation, le décret réintégrant la femme dans la qualité de française n'avait pas été publié au *Bulletin des Lois*. Trib. civ. Dieppe, 5 mai 1904, J. C., 1908, p. 465. En 1905, le tribunal de nouveau saisi et cette fois compétent, a statué au fond et a rejeté la demande en conversion.]

(2) Trib. civ. Bône, 4 mai 1907, J. C., 1908, p. 467.]

à l'égard des Etats non signataires, ne peut pas et ne doit pas être admise par nos tribunaux comme un principe supérieur de droit et d'équité. La décision du tribunal civil de Dieppe nous paraît plus équitable, si celle du tribunal civil de Bône peut être défendue *stricta juris ratione*.]

B. Lorsque la femme seule change de nationalité, la même question se pose, et on décide, suivant que l'on adopte l'une des deux opinions indiquées ci-dessus, qu'elle peut ou non divorcer en vertu de son nouveau statut personnel, alors que son mari ne le peut pas. Mais il faut observer, conformément à ce qui a été déjà dit, que la femme ne peut jamais changer de nationalité sans l'autorisation de son mari, sauf le cas de divorce déjà prononcé, ou même de séparation de corps, depuis la loi du 8 février 1893 modifiant l'art. 311 C. civ. D'ailleurs, un des considérants de l'arrêt du 17 juillet 1876, rendu par la cour de Paris dans l'affaire de Beauffremont, semble indiquer que, dans l'opinion de la cour, la femme valablement naturalisée à l'étranger avec l'autorisation maritale ne pourrait divorcer d'après son nouveau statut personnel, son mari étant sous l'empire d'une loi qui prohibe le divorce (1). [L'art. 8 de la convention de La Haye s'applique à la femme comme au mari, quoiqu'il vise et atteigne surtout celui-ci.]

IV. **Dette alimentaire.** — Il a été jugé que la dette alimentaire prend naissance au jour où celui qui la réclame tombe dans le besoin et qu'elle doit être réglée d'après la loi dont ce dernier relève au moment où il formule sa demande (2). Mais il est plus exact de décider que la dette alimentaire provient des relations de famille qui sont déterminées par la loi nationale d'origine des parties, et qui ne peuvent être modifiées par un changement de nationalité ultérieur. La situation des parties au point de vue de la pension alimentaire constitue un droit acquis, définitivement fixé par leur première loi nationale et que la naturalisation, qui n'a pas d'effet rétroactif, ne peut pas changer. Ainsi un père français, se faisant naturaliser aux Etats-Unis où l'obligation alimentaire n'est pas reconnue, doit toujours des aliments aux enfants qu'il a eus étant encore Français, conformément à la première loi nationale qui a fixé la situation respective des parties à ce point de vue (3).

(1) Labbé, J. C., 1877, p. 23, note 1 ; [Cpr. Trib. civ. Dieppe, précité, 19 juin 1905, J. C., 1905, p. 1009.]

(2) Cass., 13 déc. 1865, S., 66. 1. 157.

(3) Trib. Seine, 22 mai 1877, J. C., 1877, p. 428 ; Paris, 2 août 1866, S., 66. 2. 342 ; [Cpr. trib. Emp. allem., 15 fév. 1986, J. C., 1907, p. 443.]

CHAPITRE IV

LA FILIATION

SECTION PREMIÈRE

FILIATION LÉGITIME

270. Conditions de la légitimité. — Jadis, on déterminait les conditions de la filiation légitime paternelle ou maternelle d'après la coutume du domicile du père ou de la mère, en quelque lieu que ce fût, puisqu'il s'agissait d'une question dépendant du statut personnel (1). La jurisprudence anglaise elle-même, si attachée pourtant au principe de la réalité des lois, reconnaît en cette matière l'existence du statut personnel, en ce sens qu'elle applique toujours la loi du domicile; parfois, elle s'est même prononcée pour l'application de la loi nationale (2).

Aujourd'hui il faudra suivre la loi nationale : la filiation appartient en effet au statut personnel, soit parce qu'elle se rattache à l'organisation de la famille, soit parce qu'elle fixe l'état juridique des personnes. C'est ainsi que, pour apprécier la situation d'un Français au point de vue de la légitimité, il faudrait tenir compte des présomptions établies par les art. 312 à 315 C. civ., même en pays étranger. A l'inverse, on suivrait la loi étrangère, s'il s'agissait d'apprécier, au même point de vue, la situation d'un étranger en France.

Il peut se faire que l'enfant ait une autre nationalité que celle de ses parents : en pareil cas, quelle loi devra-t-on suivre pour fixer les conditions de la légitimité?

Si l'enfant obtient une autre nationalité que celle de ses parents, il faut s'en tenir à la loi nationale d'origine de cet enfant, c'est-à-dire à celle de son père : l'état juridique d'une personne, au point de vue de la légitimité, s'établit en effet au moment de sa conception ou de sa naissance, suivant le système que l'on adopte en ce qui concerne la détermination de la nationalité d'origine, et ne peut se trouver modifié par un arrangement ultérieur de nationalité qui n'a pas d'effet rétroactif (3).

(1) Bouhier, *loc. cit.*, ch. XXIV, n. 122, I, p. 688.

(2) Alexander, J. C., 1881, p. 498 à 501; [Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, p. 96; Wharton, *Conflict of laws*, § 35.]

(3) Sur les conflits de lois en matière de filiation, v. Duguit, J. C., 1885, p. 333.

Si le père seul change de nationalité, la légitimité de l'enfant devra s'apprécier encore d'après sa loi nationale. Il doit en être ainsi, tout d'abord, dans les législations qui considèrent la naturalisation du père comme individuelle et ne pouvant produire aucune modification dans la condition juridique de l'enfant. Mais il faudrait aussi décider de même sous l'empire d'une loi d'après laquelle la naturalisation du chef de famille est collective; malgré ce caractère reconnu à la naturalisation, il n'en est pas moins certain qu'elle n'est pas rétroactive, et qu'elle ne peut avoir pour effet de modifier une situation qui constitue déjà un droit acquis (1).

Si, dès le principe et sans qu'il y ait changement de nationalité, soit de la part du père, soit de la part de l'enfant, ces derniers ont une nationalité différente, beaucoup d'auteurs estiment que la filiation doit être régie par la loi du père, qui est la loi applicable à tous les effets du mariage, donc à la filiation. Mais il nous paraît plus juste d'appliquer la loi nationale de celui dont l'état est en cause, conformément au principe du statut personnel, c'est-à-dire la loi de l'enfant (2). La nouvelle législation allemande ne considère que la loi nationale du père, avec la préoccupation de faire prévaloir, avant tout, ses propres dispositions. Elle règle, en effet, la filiation légitime d'après les lois allemandes lorsque le père est Allemand lors de la naissance de l'enfant, ou, s'il est décédé avant la naissance, lorsqu'il était Allemand lors de son décès (loi d'introd. du code civil, art. 18).

271. Recherche de la filiation légitime. — Au point de vue du droit international privé, la recherche de la filiation légitime donne lieu à deux questions : d'après quelle loi fixera-t-on les preuves admissibles pour établir la filiation légitime ? quelle loi appliquer encore, en ce qui concerne les délais dans lesquels les actions relatives à l'état des personnes pourront être exercées?

A. En matière de filiation, les preuves sont limitées et réglementées par chaque législateur d'après l'organisation qu'il a établie pour la famille dans son pays, et en tenant compte des précautions plus ou moins grandes qu'il a cru devoir prendre pour éviter l'introduction d'étrangers dans son sein ou le trouble que pourraient y apporter des réclamations d'état non solidement établies. C'est donc d'après la loi nationale des intéressés que l'on fixera les preuves qu'ils pourront invoquer pour faire constater

(1) [Weiss, *Man. de dr. int. pr.*, 6e édit., 1909, p. 510.]
(2) [*Sic* Weiss, *op. cit.*, p. 509-510; *Contrà :* Laurent, *Droit civ. int.*, t. V, p. 508.]

leur filiation (¹). Ainsi un Français doit pouvoir produire, devant les tribunaux étrangers, les preuves de la maternité légitime indiquées par les art. 319 à 325 C. civ.; il ne doit pouvoir désavouer ses enfants que dans les cas prévus par les art. 312 à 313 C. civ.

L'application de leur loi nationale est réciproquement de droit pour les étrangers en France. Ainsi il a été jugé qu'un Russe pouvait établir sa filiation légitime en France au moyen des listes de recensement, conformément à la loi moscovite (art. 123 des lois civiles russes, édition de 1842), et que, d'après l'art. 130 des lois civiles russes, ces listes n'auraient que la valeur d'un simple renseignement susceptible d'être contredit par une enquête. On a encore admis que la filiation légitime d'un Américain des Etats-Unis peut se prouver par l'attestation d'un médecin qui a assisté à l'accouchement et de deux témoins (²).

Toutefois on devrait rejeter les preuves admises par la loi étrangère pour établir ou contester la filiation, lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public. Un étranger, par exemple, ne pourrait, en invoquant sa loi nationale, désavouer un enfant en France à raison de son impuissance naturelle et non accidentelle, la loi française n'admettant pas sur ce point une enquête immorale et scandaleuse (art. 313 C. civ.) (³).

La question de compétence est aussi d'ordre public et dépend exclusivement de la *lex fori;* les étrangers devraient donc nécessairement porter devant les tribunaux civils les contestations relatives à leur filiation, sans pouvoir les faire trancher incidemment par les tribunaux criminels (art. 326 et 327 C. civ.). Cette solution nous paraît s'imposer, puisqu'il s'agit de règles de compétence, quelque erronés que soient, comme on le sait, les motifs qui ont inspiré les art. 326 et 327 C. civ. La jurisprudence applique aux étrangers l'art. 197 C. civ., aux termes duquel la possession d'état peut, dans certaines conditions, remplacer l'acte de mariage

(¹) [Bouhier, *Observ. sur la coul. de Bourgogne,* chap. XXIV, n. 132; Asser et Rivier, *Droit int. pr.*, p. 167; Weiss, *op. cit.*, p. 507.]

(²) Trib. de la Seine, 14 mars 1879, J. C., 1879, p. 544; Cour de Paris, 20 janv. 1873, S., 73. 2. 177.

(³) [Sur un cas curieux de désaveu de paternité par le mari de pure race blanche d'une femme de pure race blanche aussi à l'égard de filles mulâtresses, V. le jugement, très critiquable au point de vue de la loi brésilienne elle-même, du tribunal de district d'Entre-Rios en date du 22 janvier 1894, J. C., 1897, p. 816. — Cpr. un jugement précité du Trib. civ. de Tunis en date du 27 nov. 1907, déclarant, à tort, nous semble-t-il, recevable la preuve de l'impuissance du mari italien, à l'effet de faire annuler ce mariage. J. C., 1908, p. 811. V. cep. ci-dessous, n. 274, p. 834.]

pour faire preuve de la filiation légitime. Mais nous avons déjà établi que les preuves supplétoires des actes de l'état civil sont fixées par la loi du pays où l'acte à prouver s'est réalisé, suivant la règle *Locus regit actum* (1).

B. Les délais pour exercer les actions en désaveu ou en contestation d'état ne se rattachent pas à la procédure et ne dépendent pas, par conséquent, de la *lex fori;* ils sont établis par chaque législateur, avec une limitation plus ou moins grande, selon les précautions qu'il prend pour sauvegarder l'organisation de la famille dans son pays, et doivent, par suite, être réglés par la loi nationale. Il en serait de même s'il s'agissait de fixer l'imprescriptibilité (2) ou la durée de la prescription des actions en réclamation ou en contestation d'état. C'est ainsi que le délai pour la contestation de légitimité d'un Allemand sera d'un an, à compter du jour où le père a appris la naissance, d'après l'art. 1594 du nouveau code de l'empire, même en France, sans qu'on puisse objecter le délai d'un mois ou de deux mois fixé par les art. 316 et 317 C. civ. (3).

SECTION II

FILIATION NATURELLE (4)

§ I. *Reconnaissance volontaire.*

272. I. **Formes de la reconnaissance.** — Elles dépendent de la loi du lieu où la reconnaissance est faite, conformément au principe *Locus regit actum* qui s'applique aux actes solennels comme aux autres. Par application de cette idée, on a déclaré exécutoire en France un jugement rendu en Espagne et approuvant une reconnaissance faite par acte sous-seing privé, bien que

(1) V. n. 238, p. 701-702. — Cpr. Trib. Seine, 2 janv. 1863, *Gaz. des Trib.*, 1863, 9-10 janvier.

(2) [Il paraîtrait, d'après le jugement du tribunal de district d'Entre-Rios précité, du 22 janvier 1894 (J. C., 1907, p. 816) que l'action en désaveu de paternité serait imprescriptible en droit brésilien.]

(3) [Weiss, *op. cit.*, p. 508-509.]

(4) [Cons. Anzilotti, *Legge regolatrice della filiazione naturale, quando padre e figlio appartengono a Stati diversi, Riv. di dir. int. pr.*, 1907, p. 116 et suiv.; Lavallée, *De la reconnaissance en France par un étranger d'un enfant naturel né à l'étranger, R. D. I. P.*, 1907, p. 241 et suiv.; Bromberg, *Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder nach rüssischen und italienischen Recht, Zeitschr. für int. priv. und œffent. Recht*, 1907, p. 224 et suiv.; Halewycle, *La recherche de la paternité et la condition des enfants naturels en Allemagne*, Bruxelles, 1 vol. in-8, 1907; Crémieu, *Des preuves de la filiation naturelle non reconnue*, Paris, 1 vol. in-8, 1907.]

l'art. 334 C. civ. exige un acte authentique (1). De même, est valable en France une reconnaissance résultant de la simple possession d'état d'enfant naturel d'après la loi de Californie (2). — Pour l'action en contestation d'une reconnaissance d'enfant naturel, par exemple pour savoir qui peut l'exercer, il faut suivre la loi nationale de l'enfant (3).

273. II. **Capacité.** — L'aptitude à reconnaître un enfant naturel dépend de la loi nationale, comme toutes les questions d'état et de capacité. Un Français mineur; une femme française mariée pourront donc, en tout pays, reconnaître un enfant naturel sans autorisation; un Hollandais ne le pourra qu'à l'âge de 19 ans (art. 337 code hollandais). Pour un Anglais, la reconnaissance sera impossible, la loi anglaise permettant seulement de faire établir que tel homme est *putativement* le père de l'enfant, afin de lui imposer l'entretien de ce dernier, qui, sinon, tombe à la charge de la paroisse (4). De même la loi allemande ne consacre pas la reconnaissance volontaire; elle écarte seulement les objections que le père pourrait opposer à la recherche de la paternité, quand il a accepté celle-ci dans un acte public après la naissance de l'enfant (C. civ. allemand, art. 1718). [En droit musulman, l'enfant de la femme non mariée n'a pas et ne peut avoir de père

(1) Pau, 17 janv. 1872, S., 72. 2. 233; Chambéry, 23 fév. 1885, J. C., 1885, p. 665; Pau, 13 mai 1888, J. C., 1893, p. 858; Paris, chambres réunies, 24 fév. 1896, J. C., 1897, p. 337.

(2) Besançon, 25 juillet 1876, J. C., 1877, p. 228. — *Contrà :* Paris, 2 août 1875, J. C., 1877, p. 230. — Trib. Bordeaux, 26 février 1886, J. C., 1887, p. 316.

(3) Cass., 17 janv. 1899, J. C., 1899, p. 546, affaire de Bari. [Cpr. Cass., 9 janv. 1906, J. C., 1906, p. 1155 : on trouvera en note de cet arrêt toutes les décisions auxquelles a donné lieu la situation de famille des Bourbon-Bari. Le tribunal civil de la Seine, 1re ch., le 16 janvier 1907 (J. C., 1907, p. 1112), affaire de Caserte-Bari c. Marconnay, a décidé que la reconnaissance émanée du père naturel doit, au cas où le père et le fils appartiennent à deux nationalités différentes, être apprécié d'après la loi nationale du père. En ce sens Trib. civ. Bruxelles, 2e ch., 31 déc. 1907, J. C., 1908, p. 873 : toutefois, ce jugement a plutôt esquivé la difficulté qu'il ne l'a résolue, car il affirme que l'intéressée était devenue Brésilienne par la reconnaissance suivie de légitimation émanée d'un père brésilien qui contestait ensuite cette reconnaissance; la validité de la légitimation étant en cause, on ne pouvait admettre que par l'effet de cette légitimation l'intéressée fût devenue Brésilienne. Pour la preuve d'une filiation naturelle adultérine, la Cour de cassation de Turin, le 10 mars 1905 (J. C., 1907, p. 1205) a admis que l'on doit tenir compte du statut personnel du demandeur en pension alimentaire, et non de celui du prétendu père défendeur]. — Cpr. Paris, 14 mars 1895, J. C., 1895, p. 589 et critique de M. Pillet dans S., 99. 1. 177.

(4) Stephen, *Comm. on the law of England*, II, 296-300, 7e édit.; J. C., 1878, p. 10-13. — Cpr. Bordeaux, 27 août 1877, S., 79. 2. 105.

aux yeux de la loi et la reconnaissance par celui-ci demeure sans effet : il en résulte que la reconnaissance faite par un musulman indigène de l'Afrique Occidentale et soumis à la loi coranique en ce qui concerne l'état civil, le mariage et les successions, ne peut avoir aucun effet légal (1).] Lorsque la loi nationale est muette sur la question de capacité en matière de reconnaissance d'enfant naturel, il faut se prononcer dans le sens le plus favorable à la possibilité de cette reconnaissance, car il s'agit moins, en pareil cas, de l'exercice d'un droit que de l'accomplissement d'un devoir. C'est ce que l'on fait en France où, dans le silence de la loi, on accorde à un mineur la capacité de reconnaître seul un enfant naturel.

Pour les raisons indiquées ci-dessus, on déterminera aussi par la loi nationale de l'enfant son aptitude à être reconnu. Il faut donc que la reconnaissance soit possible d'après la loi nationale de l'enfant et d'après celle de son auteur qui veut le reconnaître. Néanmoins, la loi étrangère sera écartée quand elle est contraire à l'ordre public : ainsi des enfants prussiens, incestueux ou adultérins, ne pourraient être reconnus dans des pays qui prohibent cette reconnaissance comme immorale, par exemple en France (art. 335 C. civ., combiné avec l'art. 331, loi du 7 novembre 1907) et en Italie (art. 180 C. civ.), bien que la loi prussienne ne contienne aucune disposition à cet égard (2).

§ II. *Recherche de la filiation naturelle.*

274. I **Recherche de la paternité naturelle.** — La recherche de la paternité est un problème de législation des plus délicats qui est diversement résolu suivant les pays : les codes allemand (art. 1717), autrichien (art. 163), de Vaud (art. 182 et suiv.), de la Louisiane (art. 226), les lois d'Angleterre, d'Espagne et de Portugal admettent cette recherche; [le nouveau code civil suisse du 10 décembre 1907, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912, accorde à la mère et à l'enfant naturel, contre le père ou ses héritiers, une action en recherche de paternité (art. 307); l'action peut être intentée avant ou après la naissance de l'enfant; elle doit l'être, au plus tard, un an après la naissance de l'enfant (art. 308);

(1) [Cour d'appel de l'Afrique Occidentale, 20 mars 1908, J. C., 1909, p. 149.]

(2) [Weiss, *op. cit.*, p. 511-512. — Aujourd'hui, depuis la loi du 7 novembre 1907, les enfants incestueux et les enfants adultérins, dans les cas où l'art. 331 en permet la légitimation, peuvent être reconnus par leurs auteurs, tout au moins dans l'acte de célébration du mariage. Baudry-Lacantinerie, *Précis,* 10e édit., 1908, p. 1033.]

l'action tend, soit à des prestations pécuniaires du père en faveur de la mère et de l'enfant, soit, en outre, dans les cas prévus par la loi, à la déclaration de paternité avec ses effets d'état civil (art. 309). Le juge, sur les conclusions de la partie demanderesse, déclare la paternité du défendeur, lorsque ce dernier avait promis le mariage à la mère ou lorsque la cohabitation a été un acte criminel ou un abus d'autorité; il ne peut déclarer la paternité, si le défendeur était déjà marié lors de la cohabitation (art. 323). L'action en paternité est rejetée lorsque la mère vivait dans l'inconduite à l'époque de la conception (art. 315). Lorsque la mère était mariée à cette époque, une action ne peut être intentée qu'après que la filiation illégitime de l'enfant a été déclarée par le juge; dans ce cas, le délai pour intenter l'action court à partir du jour où l'enfant a été déclaré illégime (art. 316). Lorsque la mère et l'enfant sont domiciliés hors du pays, l'action en paternité peut être intentée, contre un Suisse habitant aussi l'étranger, devant le juge de son lieu d'origine (art. 313).] Elle est prohibée au contraire par les codes français (art. 340), italien (art. 189) et hollandais (art. 341-343), sauf dans des cas exceptionnels, par exemple ceux de rapt ou de viol. Comme il s'agit encore ici d'une règle d'organisation de la famille, il faudra suivre la loi nationale des parties pour savoir si cette recherche est possible. Donc elle ne pourra être faite par un Français devant les tribunaux allemands (art. 340 et 3, alin. 3, C. civ.). A l'inverse, il semble que des Allemands devraient pouvoir établir judiciairement leur filiation paternelle naturelle devant les tribunaux français; mais, comme dans les pays où elle n'est pas admise la recherche de la paternité est considérée comme immorale, scandaleuse et contraire à l'ordre public, il faudra ne pas accepter sur ce point la loi étrangère et s'en tenir à la loi territoriale. On peut critiquer cette manière de voir, estimer que la recherche de la paternité est plus morale que la facilité donnée aux hommes sans conscience de se soustraire aux devoirs que la nature leur impose; il n'en est pas moins certain que les raisons qui ont motivé l'art. 340 du code civil font de cette règle une disposition d'ordre public qui s'impose aux étrangers. Aussi un arrêt célèbre a-t-il repoussé la prétention d'une femme qui voulait établir, conformément à sa loi nationale, qu'elle était fille naturelle du duc de Brunswick (').

(') Cour de Paris, 2 août 1866, S., 66. 2. 342. — V. Pau, 13 mai 1888, *Le Droit*, 7 octobre 1888; Cass., 25 mai 1868, S., 68. 1. 365; Trib. Seine, affaire de Civry

On a même jugé que la recherche de la paternité doit être écartée si, d'après la loi nationale de l'enfant, il doit être légitime, du moment que, d'après la loi française, loi nationale du père, l'enfant doit être naturel. C'est, croyons-nous, donner à tort la préférence à la loi nationale du père, quand il s'agit de fixer le statut personnel de l'enfant (1).

Il est remarquable que, en Tunisie, les tribunaux français doivent admettre la recherche de la paternité par des étrangers conformément au statut personnel de ces derniers, car ils ont reçu simplement la compétence qui appartenait aux consuls, sans modification quant à la loi applicable aux étrangers (2).

Il y aurait lieu d'écarter en France, pour le même motif, une action exercée conformément à leur loi nationale par des étrangers et qui, sans tendre directement à prouver la paternité naturelle, violerait cependant d'une manière indirecte notre art. 340. Une femme anglaise ne pourrait donc intenter une action à l'effet d'établir que tel homme est le père *putatif* de son enfant naturel. Il est possible, du reste, que cette action soit intentée en Angleterre contre un Français, malgré l'art. 340 C. civ., car elle a pour but d'imposer au père putatif l'entretien de son enfant présumé et de soulager ainsi le budget des paroisses; elle paraît donc être d'ordre public en Angleterre.

Un étranger pourrait d'ailleurs être actionné, comme un Français, à raison de l'engagement qu'il aurait pris, par contrat, envers une femme, d'entretenir son enfant dont il avoue être le père; il ne s'agit pas, en effet, en pareil cas, de la recherche de la paternité, mais bien de l'exécution d'une obligation (3). On sait aussi que la jurisprudence admet le bien fondé d'une action en dommages et intérêts intentée par une fille mère contre le séducteur qui a employé des manœuvres frauduleuses, telles qu'une promesse de mariage (art. 1382), ce qui est peut-être violer d'une manière assez ouverte l'art. 340 C. civ. La législation

contre ville de Genève au sujet de l'héritage du duc de Brunswick, 26 nov. 1896, J. C., 1897, p. 137. — La possession d'état admise par la loi étrangère comme preuve de la paternité naturelle est également écartée en France : Aix, 27 mars 1890, J. C., 1891, p. 210. — En Allemagne, on suit la loi du père, sans tenir compte de la loi locale, Cologne, 10 fév. 1890, J. C., 1894, p. 154. — [Cpr. Weiss, *op. cit.*, p. 513-514.]

(1) Trib. Seine, 13 janv. 1898, J. C., 1898, p. 556.

(2) Tunis, 27 déc. 1897, J. C., 1898, p. 358 ; [Cpr. *supra*, n. 271, p. 829.]

(3) Caen, 5 juill. 1875, S., 75. 2. 331 ; [Weiss, *op. cit.*, p. 514.]

allemande (C. civ., art. 1300) organise, en pareil cas, une action spéciale : *Defloralionsanspruch*. En tant qu'elle aboutit à la réparation d'un quasi-délit sans atteindre le statut personnel des Français et sans fixer les rapports de filiation entre les parents et les enfants naturels, cette action pourrait être introduite contre des Français en Allemagne, par application de l'ordre public local.

Si la paternité naturelle a été établie judiciairement à l'étranger conformément à la *lex fori* et à la loi nationale des parties, cette filiation ainsi constatée pourra être invoquée en France : l'ordre public n'est en effet nullement compromis, puisque le scandale que notre législateur a voulu éviter est dans la recherche même de la paternité, et que cette recherche n'a pas été faite en France. Il ne s'agit plus, dans l'espèce, que de constater l'état d'une personne, état qui s'apprécie d'après la loi nationale et les jugements rendus par les tribunaux du pays auquel cette personne appartient. On n'écarterait le jugement dont il s'agit que si la dispositif en était contraire à notre ordre public ; par exemple, s'il constatait une filiation incestueuse ou adultérine (1).

Si une personne change de nationalité, c'est d'après sa loi nationale d'origine que l'on déterminera son aptitude à rechercher sa paternité naturelle, car le changement de nationalité n'a pas d'effet rétroactif et la condition d'une personne, au point de vue de la filiation, se fixe à sa naissance ou à sa conception, suivant le système que l'on adopte pour préciser la nationalité d'origine (2). Cette recherche de la paternité ne sera d'ailleurs possible que si elle est permise aussi par la nouvelle loi nationale, étant donné que la prohibition de cette recherche est d'ordre public (3).

275. II. **Recherche de la maternité naturelle.** — Admise dans toutes les législations, cette recherche dépendra, en ce qui concerne les preuves que l'on pourra invoquer, de la loi nationale des parties ; un Français pourra donc, en tout pays, faire valoir en pareil cas les preuves indiquées dans l'art. 341 C. civ. Réciproquement un étranger pourra se servir, en France, des preuves autorisées par sa loi nationale, pourvu, bien entendu, qu'elles soient organisées par nos lois sur la procédure et puissent être

(1) Pau, 17 janv. 1872, S., 72. 2. 233 ; [art. 331 C. civ., loi 7 nov. 1907.]

(2) Cass., 25 mai 1868, S., 68. 1. 365. — Cpr. Trib. Seine, 30 mai 1879, J. C., 1879, p. 390.

(3) V. affaire Brunswick, arrêt précité ; affaire Lambertini, J. C., 1880, p. 108-119 ; Cass. Rome, 23 mars 1887, J. C., 1888, p. 671.

présentées devant nos tribunaux (1). Mais il serait impossible d'accepter une loi étrangère qui autoriserait la recherche d'une maternité incestueuse ou adultérine (art. 342 C. civ.).

Les effets de la filiation naturelle établie en justice ou par reconnaissance volontaire seront encore réglés par la loi nationale, puisqu'ils se rattachent à l'état des personnes et à l'organisation de la famille. Un enfant naturel français ne sera donc relié, au point de vue juridique, qu'à ceux qui l'auront reconnu, et verra ses droits successoraux limités s'il est reconnu pendant le mariage (art. 337 C. civ.), en quelque pays qu'il se trouve. De même l'enfant naturel allemand, dont la filiation est établie envers son père et sa mère, n'aura de lien de parenté qu'à l'égard de celle-ci, et non à l'égard de son père et de la famille de ce dernier (code allemand, art. 1589 et 1705 et suiv.).

Mais, s'il s'agit de l'attribution de la nationalité, ce serait tomber dans un cercle vicieux que de s'en tenir à la loi nationale de l'enfant naturel, cette loi dépendant de la nationalité qui est précisément à déterminer. Nous pensons, malgré les divergences d'opinions sur ce point, que chaque législateur appréciera à son point de vue exclusif l'attribution de nationalité résultant de la filiation naturelle, car cette attribution de la nationalité fait partie du Droit public de chaque Etat, sans qu'on ait à se préoccuper des dispositions contraires des lois étrangères. Ainsi un enfant naturel dont la filiation paternelle est établie à l'égard d'un Allemand et qui est né d'une Française, sera Allemand aux yeux de la France dans les termes prévus par l'art. 8, n. 1 C. civ., tandis qu'il sera Français pour l'Allemagne, la loi de ce dernier pays ne le rattachant qu'à sa mère et nullement à son père (2).

(1) Bordeaux, 26 mars 1878, S., 78. 2. 215; [art. 331, loi 7 nov. 1907.]

(2) [Il a été jugé que l'enfant naturel né en Suisse d'une Néerlandaise qui ne l'a pas reconnu, n'a acquis ni la nationalité néerlandaise ni la nationalité suisse, mais qu'il devient Français par la reconnaissance régulière émanée du père qui est lui-même Français; la reconnaissance faite ultérieurement par la mère n'a aucune influence sur la nationalité acquise par l'enfant, et c'est la loi française qui déterminera les droits et les obligations de cet enfant à l'égard de ses parents naturels. Trib. civ. Bruxelles, 26 juin 1906, J. C., 1907, p. 474. Il a été jugé aussi qu'en cas de reconnaissance d'un enfant naturel simultanément faite, même à l'étranger, par un Français et une étrangère, l'enfant est Français. Trib. civ. Seine, 1re ch., 4 mars 1908, J. C., 1908, p. 475; Cpr. trib. civ. Bruxelles, précité, 31 déc. 1907, J. C., 1908, p. 873, et ci-dessus, n. 273, p. 831, note 3 *in medio*, et ci-dessous, n. 278, p. 839, note 2 *inilio*.]

CHAPITRE V

LÉGITIMATION (1)

SECTION PREMIÈRE

LÉGITIMATION PAR MARIAGE

276. Généralement admise par les diverses législations, cette légitimation est cependant écartée dans quelques pays, par exemple en Angleterre où elle fut repoussée par les lords dans le fameux statut du Parlement de Merton au XIII^e^ siècle (1236), malgré l'insistance des évêques qui ne purent obtenir que l'on abandonnât les principes de l'ancien droit coutumier sur ce point : « *Nolumus leges Angliæ mutare* », répondirent les lords anglais. En Écosse, et dans nombre de possessions britanniques, îles de Man, de Jersey, Guernesey, Maurice, Sainte-Lucie, Trinité, Ceylan, au Canada, au Cap, etc..., au contraire, la légitimation est consacrée par la loi. Quelques Etats de l'Union américaine ont conservé en cette matière la *common law* anglaise. La légitimation n'avait lieu en Russie que par rescrit du tsar; une loi du 12 mars 1891 l'a admise par le mariage des parents (*Ann. législ. étrang.*, 1892, p. 827).

Malgré cette diversité des législations, il est certain que la légitimation dépend d'une loi unique, car elle appartient naturellement au statut personnel puisqu'elle a pour effet de modifier l'état des personnes (2).

Dans l'ancien droit, on la faisait dépendre de la loi du domicile et, dans l'espèce, on entendait par la loi du domicile celle du lieu où le mariage qui opère la légitimation était célébré. Cette opinion a été admise en Angleterre (3). Aujourd'hui, la jurisprudence britannique tient compte de la loi du domicile du père au moment de la naissance de l'enfant, et, depuis 1889, elle exige le concours de cette loi et de celle du lieu où le mariage opérant la légitimation

(1) [Cons. Lehr, *La légitimation en droit int. privé*, J. C., 1883, p. 145 et s.; Despagnet, J. C., 1888, p. 592 et s.; de Boeck, notes sous Rouen, 7 janv. 1887, D. P., 1887. 2. 145 et sous Bruxelles, 24 déc. 1887, D. P., 1889. 2. 97; Stocquart, J. C., 1888, p. 205 et s.; Barlin, note sous Cass., 27 janvier 1899, D. P., 1899. 1. 329; Pillet, note sous le même arrêt, S., 1899. 1. 178.]

(2) Bouhier, *loc. cit.*, ch. XXIV, n. 123, 124; Boullenois, *loc. cit.*, I, p. 61, 63.

(3) Huber, *De conflictu legum*, I, ch. I, tit. 3, § 9; Story, *op. cit.*, § 93 *b* et suiv.; Stocquart, J. C., 1888, p. 205 et suiv.

est célébré (1). D'ailleurs, malgré ces concessions, l'enfant légitime ne peut hériter des immeubles situés en Angleterre, la qualité d'héritier n'appartenant qu'à ceux qui sont *nés* légitimes (2).

Mais il suffit, pour écarter cette manière de voir, de remarquer que le lieu où s'accomplit un acte juridique ne peut avoir d'influence qu'en ce qui concerne la fixation des conditions de forme, d'après la règle *Locus regit actum*, et non eu égard aux conditions de fond et aux effets de cet acte.

Suivant de Savigny, il faudrait suivre la loi du domicile du père au moment du mariage, et, suivant Schæffner, celle de son domicile au moment de la naissance de l'enfant légitimé (3). Mais ces deux opinions conduisent également à une conséquence inacceptable : c'est que le père pourra arbitrairement se donner ou s'enlever la faculté de légitimer son enfant, en changeant l'assiette de son domicile au moment de son mariage ou de la naissance de l'enfant.

La seule loi applicable à la légitimation, comme à tout ce qui tient au statut personnel, est la loi nationale des parties : c'est la solution fondée en théorie, ainsi qu'on l'a vu à propos de l'état et de la capacité ; c'est aussi celle que consacre l'art. 3, alin. 3, C. civ.

277. La question se complique lorsque les parties sont de nationalité différente. Suivant une première opinion, il faudrait, lorsque les époux n'appartiennent pas au même pays, ou quand ils n'ont pas la même nationalité que leurs enfants, appliquer toujours la loi nationale du père au moment du mariage, parce que c'est cette loi qui règle les effets du mariage et, par conséquent, la légitimation qui en résulte (4).

Pour nous, il n'y a pas à tenir compte de la différence de nationalité entre époux : en effet, si l'aptitude à contracter mariage doit être appréciée au point de vue de la loi nationale de chaque époux, les effets du mariage, notamment la légitimation, ne se produisent que par le fait du mariage, à un moment où la femme a déjà pris la nationalité de son mari, et sont exclusivement régis

(1) Dicey et Stocquart, *Le statut personnel anglais*, t. 1er, p. 402 et 412, et Dicey, *A Digest on the conflict of laws;* [Westlake, *Priv. int. law*, 3e édit., 1905, §§ 54-58, p. 98-100; Wharton, *Conflict of laws*, §§ 240-245; Cpr. de Boeck, D. P., 89. 2. 97.]

(2) [Westlake, *op. cit.*, § 58, p. 100; Wharton, *op. cit.*, § 242.]

(3) *Système*, VIII, § 380, p. 334; Schæffner, *loc. cit.*, § 37.

(4) Duguit, J. C., 1886, p. 516; Caen, 18 nov. 1852, S., 52. 2. 432; Bordeaux, 27 août 1877, S., 79. 2. 105.

par la loi nationale de ce dernier, comme nous l'avons déjà démontré.

La difficulté apparaît quand le père et les enfants à légitimer ont une nationalité différente. En pareil cas, il nous semble insuffisant de ne considérer que la loi nationale du père pour résoudre la question de savoir si la légitimation est possible (1). En effet, si la capacité de légitimer chez le père doit être appréciée d'après la loi nationale de celui-ci, l'aptitude à être légitimé, élément du statut personnel, se rattachant directement à l'état juridique, ne peut être fixée que par la loi nationale de l'enfant. Aussi la possibilité de la légitimation nous paraît-elle subordonnée au concours de la loi nationale du père qui lui donne la faculté de légitimer et de la loi nationale de l'enfant qui le déclare susceptible d'être légitimé (2).

278. L'application de la loi nationale conduit à décider qu'un Français pourra légitimer ses enfants en Angleterre, bien que la loi anglaise n'admette pas la légitimation (3).

(1) Cpr. loi d'introduction du Code civil allemand, art. 22 : « La légitimation d'un enfant naturel, ainsi que l'adoption, se règlent d'après les lois allemandes lorsque le père, lors de la légitimation, ou l'adoptant, lors de l'adoption, possède la nationalité de l'Empire. Si le père ou l'adoptant est sujet d'un Etat étranger, tandis que l'enfant possède la nationalité de l'Empire, la légitimation ou l'adoption est sans effet si le consentement de l'enfant ou d'un tiers avec lequel l'enfant a des relations de famille, exigé par les lois allemandes, n'a pas été donné ».

(2) [Weiss, *op. cit.*, 6e édit., 1909, p. 514-515. — Cpr. Trib. de Bruxelles, précité, 31 déc. 1907, J. C., 1908, p. 873 : la validité de la légitimation d'une enfant naturelle née en Belgique d'une mère belge étant en cause, le tribunal n'aurait pas dû, semble-t-il, admettre que cette enfant fût devenue Brésilienne par l'effet de la légitimation émanée d'un Brésilien et que contestait plus tard l'auteur de cette reconnaissance. Sans doute, comme l'affirme le jugement, foi est due au titre, et la reconnaissance doit, en principe, produire ses effets jusqu'à ce qu'elle ait été annulée. Mais, suivant la remarque de M. Perroud (note dans J. C., 1908, p. 879), cela n'est plus vrai, notamment quand il s'agit de déterminer la loi ou la juridiction compétente pour statuer sur l'action en nullité. Ainsi, la jurisprudence admet qu'un contrat ne peut être invoqué pour fixer la compétence quand il est lui-même argué de nullité. Au surplus, ici, la loi belge et la loi brésilienne, c'est-à-dire celle de l'enfant et celle du père, concordaient, et, comme la loi française, admettaient que l'auteur d'une reconnaissance mensongère est recevable à en établir la fausseté, bien qu'il ne puisse invoquer ni le dol, ni l'erreur, ni la violence qui auraient vicié son consentement. — Quant à la question de savoir quelle est la loi applicable à la légitimation, lorsque le statut personnel du père n'est pas celui de l'enfant, v. les notes de M. Bartin, D. P., 99. 1. 329, et de M. Pillet, S., 99. 1. 178, sous Cass., 27 janv. 1899; Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Légitimation*, p. 5, notamment n. 6 et 18.]

(3) Bordeaux, 27 août 1877, J. C., 1878, p. 39, D. P., 78. 2. 193.

En sens inverse, un Anglais ne pourrait légitimer ses enfants naturels en France. C'est ce qu'avait justement décidé la cour d'Orléans; mais la Cour de cassation a mis à néant son arrêt, en posant comme principe que le pouvoir de légitimer est une faculté imposée par la morale et que l'on ne saurait dénier à un homme, fût-il étranger, sans violer l'ordre public (1). L'opinion de la Cour suprême est exagérée : sans doute, la légitimation est organisée dans un but de moralité, afin de permettre la réparation d'une faute; mais il n'y a pas là une règle de morale absolue, puisque des pays civilisés, comme l'Angleterre, n'admettent pas la légitimation dans un but de moralité aussi, afin de ne point encourager au désordre par la perspective d'une réparation possible. Il y a là une divergence de vues complète qui doit suffire pour avertir qu'il ne faut pas être trop absolu dans la détermination du caractère que l'on donne à notre institution. En ce qui concerne le droit français, il faut remarquer d'ailleurs que le législateur n'impose pas la légitimation, il la permet et la favorise : or, le propre des règles d'ordre public est d'être impératives. En fait, il y a quantité d'enfants naturels non légitimés en France, sans que l'ordre public soit compromis; pourquoi ne pourrait-il y en avoir quelques-uns de plus en vertu de leur statut personnel réglé par la loi étrangère? En outre, si l'on admet que l'enfant légitimé prend la nationalité de son père, on fera de lui un individu ayant deux patries, puisque l'Angleterre le répudiera comme national, ne l'admettant même pas comme légitimé : aux yeux de l'Angleterre il gardera sa première nationalité, et il sera réputé, en France, avoir pris celle de son père Anglais. La légitimation, avec sa conséquence quant à l'attribution de nationalité, ne serait admise en Angleterre, suivant la jurisprudence adoptée dans ce pays, que si le père, marié en France, y était domicilié lors de la naissance de l'enfant (V. n. 276) (2).

279. Les conditions de la légitimation dépendent aussi de la loi nationale, à moins que la loi territoriale ne puisse se concilier

(1) Orléans, 17 mai 1856, S., 56. 2. 625. — Cass., 22 nov. 1857, D. P., 57. 1. 423. — Bourges, 26 mai 1858, D., 58. 2. 178. — Rouen, 5 janv. 1887, J. C., 1887, p. 183; [D. P., 87. 2. 143, et la note de M. de Boeck]; S., 88. 2. 75. — Paris, 23 mars 1888, S., 88. 2. 131. — [Bruxelles, 24 déc. 1887, D. P., 89. 2. 97, et la note de M. de Boeck. — Cet arrêt a admis la théorie du renvoi combattue ci-dessus, n. 106, p. 329-353.]

(2) [Sur ce point, V. note de M. de Boeck, sous Bruxelles, 24 déc. 1887, D. P., 1889. 2. 97.]

avec elle au point de vue de l'ordre public : on ne pouvait donc jamais légitimer en France des enfants incestueux ou adultérins (art. 331 C. civ., texte primitif), comme le permet le nouveau code civil allemand, sauf dans un cas (art. 1731); [on le pourrait aujourd'hui seulement dans la mesure que prévoit le texte nouveau de l'art. 331 C. civ. remanié par la loi du 7 novembre 1907, en ce qui concerne les enfants adultérins (1).]

Parmi les conditions de la légitimation, notre droit indique la reconnaissance de l'enfant faite, au plus tard, au moment de la célébration du mariage (art. 331 C. civ.).

Ailleurs, par exemple en Espagne et en Italie, la légitimation est possible bien que la reconnaissance soit postérieure au mariage (2). [En Suisse, d'après le nouveau code civil du 10 décembre 1907, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912, l'enfant né hors mariage est légitimé de plein droit par le mariage de ses père et mère (art. 258). Les père et mère sont tenus de déclarer à l'officier de l'état civil de leur domicile ou du lieu de la célébration les enfants qu'ils ont eus ensemble avant le mariage; cette déclaration se fait lors de la célébration ou immédiatement après. Les enfants sont légitimés même sans déclaration (art. 259).]

On a prétendu, tout d'abord, que la nécessité de la reconnaissance antérieure au mariage est une simple condition de forme de la légitimation pour laquelle il faut suivre la loi du lieu où la légitimation s'opère, c'est-à-dire où le mariage est célébré, d'après la règle *Locus regit actum*, sans se préoccuper des dispositions de la loi nationale des parties (3).

Tel n'est pas, croyons-nous, le caractère de la règle contenue dans l'art. 331 C. civ. Cette règle, qui n'existait pas dans l'ancien

(1) [Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, 10e édit., t. I, *Supplément*, p. 1023-1034. La loi du 7 novembre 1907 a soulevé de très graves difficultés d'interprétation. La Chambre des députés a adopté un projet de loi admettant sans aucune distinction la légitimation des enfants adultérins. — La reconnaissance et la légitimation d'un enfant adultérin étant licites d'après le code civil allemand dès que le mariage de ses parents a été rendu possible par la rupture de l'union qui créait l'adultérinité, la Cour de Bruxelles, 1re ch., a jugé, le 19 juin 1907 (J. C., 1907, p. 1154), que rien ne s'oppose à ce que la situation légalement acquise à un étranger par la loi de son pays en matière de filiation soit constatée en marge de l'acte de naissance de cet étranger en Belgique, du moment que l'on ne demande pas à tirer de cette constatation des conséquences incompatibles avec les lois d'ordre public en vigueur en Belgique.]

(2) Lehr, *Elém. de dr. civ. espagnol*, p. 135; C. civ. italien, art. 191.

(3) Besançon, 25 juill. 1876, J. C., 1877, p. 238; S., 79. 2. 249; Trib. Seine, 4 juin 1901, J. C., 1902, p. 334.

droit, a été introduite dans l'intérêt des familles françaises, afin d'empêcher la possibilité de se créer une postérité fictive par une reconnaissance postérieure au mariage, quand l'union des époux français a été stérile. Cette considération suffit pour montrer que la règle dont il s'agit constitue une restriction de la capacité des Français, qui les suit en tout pays comme un élément de leur statut personnel, et qui constitue pour eux une règle d'ordre public à laquelle ils ne peuvent se soustraire en se soumettant à la loi d'un autre pays. La disposition de l'art. 331 C. civ. doit donc être envisagée au même point de vue que celle de l'art. 968 C. civ. qui, comme nous l'avons déjà remarqué, a été confondue à tort avec une simple règle de forme dépendant du principe *locus regit actum* (1).

De ce que nous venons de dire, il résulte logiquement que l'art. 331 C. civ., [en tant qu'il exige la reconnaissance antérieure ou au plus tard concomitante à la célébration du mariage, disposition laissée intacte par la loi du 7 novembre 1907] ne serait pas opposable en France à des étrangers dont la loi nationale ne contient pas une semblable disposition. Il appartient à chaque législateur de régler comme il l'entend l'organisation de la famille pour ses nationaux (2).

La question que nous venons d'examiner se complique encore quand les parties ont une nationalité différente. A notre point de vue, il n'y a pas lieu de se préoccuper de la nationalité de la mère, car la légitimation ne s'opère que par le mariage, donc à un moment où sa nationalité est devenue celle de son mari. S'il y a différence de nationalité entre le père et l'enfant, c'est la loi du premier que nous suivrons, car, d'après ce que nous avons dit, la règle contenue dans l'art. 331 C. civ. [quant à la date de la reconnaissance] est une restriction de la capacité de celui qui doit réaliser la légitimation. Si le père change de nationalité, il faudra suivre sa loi nationale au moment où il fait la reconnaissance de son enfant, le mariage étant déjà célébré par hypothèse. En effet, la légitimation n'est un droit acquis par l'enfant que par la réunion des deux faits qui la constituent, la reconnaissance et le

(1) Paris, 2 août 1896, J. C., 1897, p. 230. — Bordeaux, 27 août 1897, *ibid.*, 1898, p. 39.

(2) V. Despagnet, J. C., 1888, p. 592; Trib. de la Seine et Cour de Paris, 21 août 1876, *ibid.*, 1877, p. 330; Trib. d'Avesnes, *ibid.*, 1880, p. 472; Cass. req., 20 janv. 1879, S., 79. 1. 417. — Cons. fédéral suisse, *Feuille fédérale*, 1890. 2. 143.

mariage. Si l'un de ces faits seulement est accompli, quel que soit d'après les diverses lois l'ordre dans lequel ils doivent se produire, la légitimation n'est que commencée et non réalisée; elle ne constitue donc pas encore un droit acquis pour l'enfant qui ne peut se prévaloir du défaut d'effet rétroactif du changement de nationalité obtenu par son père, pour invoquer la première loi nationale de ce dernier qui lui serait plus favorable (1). Il en serait de même, croyons-nous, dans le cas de changement de nationalité involontaire par le fait d'une annexion. La naturalisation n'a ni plus ni moins d'effet rétroactif dans ce cas que dans tout autre, et l'aptitude à légitimer par une reconnaissance postérieure au mariage n'est pas, dans ce cas ni dans un autre, un droit acquis. C'est donc toujours le nouveau statut personnel du père résultant de sa loi nationale actuelle au moment où, étant déjà marié, il voudra reconnaître son enfant, qui devra être consulté pour savoir si la légitimation est possible (2).

SECTION II

LÉGITIMATION AUTREMENT QUE PAR MARIAGE

280. Dans nombre d'États, la légitimation peut être obtenue par un rescrit du prince comme dans le Bas-Empire romain (codes italien, art. 199-200; hollandais, 329-332; autrichien, art. 162, et loi du 9 août 1854; prussien, 601-604; loi russe du 6 février 1850; nouveau code civil allemand, art. 1723 et suiv.). [Le code civil suisse du 10 décembre 1907, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912, admet une légitimation par autorité de justice. L'enfant de père et mère qui se sont promis le mariage, mais qui n'ont pu le célébrer par suite du décès de l'un des fiancés ou de perte de la capacité requise pour contracter mariage, sera légitimé par le juge, à la demande de l'autre fiancé ou de l'enfant lui-même. La demande n'est recevable que du consentement de l'enfant, s'il est majeur. Après la mort de l'enfant, le droit de demander sa légitimation passe à ses descendants (art. 260). Le juge compétent est celui du domicile du demandeur. Il est tenu de communiquer la demande à la commune d'origine du père, pour que celle-ci soit en mesure de sauvegarder ses intérêts (art. 261).]

(1) Duguit, J. C., 1886, p. 522.

(2) Cpr. Duguit, *loc. cit.*, p. 522; Lehr, J. C., 1883, p. 143; [Barlin et Pillet, notes sous Cass., 27 janv. 1899, D. P., 99. 1. 329, et S., 99. 1. 178.]

La légitimation ainsi obtenue produira ses effets en tout pays, puisqu'elle a pour effet de déterminer la condition juridique d'une personne et appartient par conséquent au statut personnel. On pourrait objecter qu'il s'agit ici d'un acte du souverain, qui ne peut produire d'effet à l'étranger; mais il suffit de remarquer que cet acte intervient en vertu de la loi étrangère qui doit s'appliquer pour fixer la condition juridique de tous les nationaux, soit qu'elle statue directement, soit qu'elle autorise certains actes qui ont pour résultat de modifier cette condition juridique, par exemple un jugement d'interdiction ou un rescrit de légitimation.

D'autre part, la légitimation par rescrit du prince est régie par la loi nationale et ne pourrait être obtenue par des étrangers, dont la loi nationale ne l'admet pas, dans les pays où elle est consacrée. Cela résulte de ce qu'il s'agit ici d'une question rentrant dans le statut personnel, qui doit être appréciée d'après la loi nationale des intéressés.

Si la légitimation par rescrit du prince est possible d'après la loi nationale de l'enfant et d'après celle du père, on a prétendu qu'elle pourrait être toujours accordée même à l'égard d'étrangers. Mais si les parties, le père et l'enfant, ont même nationalité, il semble impossible qu'un souverain étranger intervienne dans une question qui doit toujours être appréciée par le souverain de leur pays, à qui il appartient de juger les motifs qui justifient la légitimation dans l'intérêt de ses nationaux. Si le père et l'enfant ont une nationalité différente, d'après quelle loi appréciera-t-on les effets de la légitimation? Par exemple, d'après la loi de l'enfant, s'il est Allemand, le rescrit ne le rattachera pas aux parents de son père (code allemand, art. 1736); tandis qu'il en pourrait être différemment d'après la loi du père, si celui-ci est d'une autre nationalité. L'enfant invoque sa loi nationale qui fixe sa condition comme enfant légitimé par rescrit du prince, tandis que le père pourra toujours invoquer l'intention du prince qui a accordé la légitimation en réglant sa concession d'après la loi de son pays. En résumé, ce mode de légitimation ne nous paraît possible que pour des personnes de même nationalité et dans le pays auquel elles appartiennent.

CHAPITRE VI

ADOPTION (1)

281. L'adoption est une institution juridique par laquelle deux personnes créent entre elles, au moyen d'un contrat, des relations analogues à celles qui existent entre ascendant et descendant, de manière à attribuer, au moins en partie, à l'une d'elles envers l'autre, des droits semblables à ceux qu'un enfant peut invoquer à l'égard de son père ou de sa mère. Essentielle à Rome, à défaut de descendants, pour perpétuer le culte et les traditions de la famille, elle produisait, au moins sous le droit classique, tous les effets de la parenté civile, dans ses deux formes de l'adoption proprement dite et de l'adrogation. Délaissée pendant le moyen âge, cette institution a revécu sous le droit intermédiaire; reproduite par le code civil, elle a été acceptée par la plupart des législations modernes. Mais nulle part elle ne produit les mêmes effets absolus qu'en droit romain; elle n'est partout qu'une imitation très imparfaite de la nature.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS DE L'ADOPTION

282. L'adoption étant une imitation de la situation résultant des rapports naturels de famille, il en résulte qu'elle doit logiquement être régie par la même loi qui réglemente l'organisation de la famille, c'est-à-dire la loi nationale des parties. Elle a en effet pour résultat de modifier la condition juridique des personnes, et c'est pour cela qu'elle se trouve placée, dans notre code, entre le mariage et la filiation.

De là découle cette première conséquence que, régulièrement accomplie conformément à la loi nationale des parties, l'adoption doit produire ses effets en tout pays, même dans un Etat dont la loi n'a pas consacré cette institution : si, en effet, un législateur repousse l'adoption comme inutile ou nuisible pour ses nationaux, il ne peut se refuser à en reconnaître les conséquences

(1) [V. sur l'évolution de cette institution les remarquables développements de M. Ch. Beudant, *Cours de Code civil* publié par son fils M. R. Beudant, t. III, n. 658-666, p. 294-301.]

pour les étrangers, car elles ne compromettent en rien l'ordre public.

L'aptitude à adopter ou à être adopté est une question de capacité qui dépend de la loi nationale de chacun (1). Le bénéfice de cette institution ne pourra donc être invoqué par des étrangers appartenant à un pays où elle n'est pas admise : c'est ce qui a lieu en Angleterre, généralement aussi aux Etats-Unis où cependant un certain nombre d'Etats l'ont organisée aujourd'hui, en Hollande et dans le canton de Vaud dont la loi n'en parle même pas (2). Un Français, se trouvant dans un des Etats qui viennent d'être cités, devrait pouvoir faire un contrat d'adoption d'après son statut personnel ; mais il s'en trouvera empêché en fait, faute de trouver dans la loi locale les formalités qu'il devrait observer, à moins qu'il ne s'adresse au consul de France. Il est cependant possible qu'un pays se refuse à reconnaître les effets de l'adoption réalisée par des Français d'après leur statut personnel, surtout si elle a lieu sur son territoire, en la considérant comme contraire à l'ordre public (3). Mais cette manière de voir serait, à notre avis, erronée, car il s'agit là d'une institution qui peut ne pas convenir aux intérêts ni au caractère d'un peuple, mais qui ne peut avoir rien de compromettant pour son ordre public quand elle n'est pratiquée que par des étrangers.

283. En France, se pose la question de savoir si un étranger,

(1) [Toutefois les partisans de la théorie du renvoi (V. *suprà*, n. 105, p. 329-353) admettront l'application de la loi du domicile pour apprécier la capacité des ressortissants des Etats qui font dépendre du domicile, et non de la nationalité, le statut personnel de leurs nationaux. Ainsi, la Cour supérieure du district fédéral du Venezuela, le 24 novembre 1906 (J. C., 1907, p. 527), a décidé que la capacité d'adopter se détermine d'après la loi personnelle de l'adoptant; que la loi personnelle d'un sujet autrichien en matière d'état et de capacité est la loi de son domicile ; que c'est donc la loi vénézuélienne (Code civil, art. 226, 231, 232, 233 et 234) qui détermine la capacité d'adopter d'un sujet autrichien domicilié au Venezuela, et que l'adoption accomplie d'après ses prescriptions sera valable en Autriche aussi bien que sur le territoire vénézuélien. Cette décision admet le système du renvoi sans le discuter, pour le motif que « du moment que l'Autriche-Hongrie fait partie du groupe de nations qui considèrent la loi du domicile d'un individu comme sa loi personnelle, l'adoption projetée par les consorts de Schunck conformément à la loi vénézuélienne sera certainement tenue pour valable dans le pays auquel ils appartiennent par leur origine ». V. Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Renvoi* (Théorie du), et t. III, v° *Adoption*, n. 1, p. 70.]

(2) [Le Code civil suisse du 10 décembre 1907, qui sera exécutoire le 1er janvier 1912, consacre l'adoption (art. 264-269).]

(3) Lehr, J. C., 1882, p. 291 ; [Weiss, *Man.*, 6e édit., 1909, p. 518.]

dont la loi consacre l'adoption et lui reconnaît capacité pour adopter ou être adopté, pourra user de cette aptitude dans notre pays.

Cette question se rattache directement à l'interprétation de l'art. 11 dont elle n'est qu'une application. Si l'on décide, comme nous l'avons fait, que les étrangers jouissent de tous les droits civils, sauf de ceux qui leur sont enlevés par un texte et pour la concession desquels un traité est nécessaire, on reconnaîtra aux étrangers la faculté d'adopter ou d'être adoptés, car aucune disposition de notre législation ne les prive de ce droit.

En suivant l'opinion de la majorité des auteurs et de la jurisprudence, d'après laquelle on doit distinguer entre les droits civils et les facultés du droit des gens, on refuse aux étrangers le bénéfice de l'adoption, car, dit-on, il s'agit d'un droit rentrant dans le *jus civile* et qui ne peut, par conséquent, leur appartenir qu'en vertu d'une convention diplomatique, ou s'ils sont admis à domicile, conformément à l'art. 13 C. civ. Pour donner ainsi à l'adoption le caractère d'institution du droit civil, on fait valoir les considérations suivantes. D'une part, l'adoption n'est pas admise, bien s'en faut, dans toutes les législations modernes; elle n'a donc pas ce caractère de généralité qui distingue ordinairement les institutions du droit des gens. D'autre part, elle repose sur une fiction en vertu de laquelle une convention produit des résultats analogues à ceux qui résultent de la filiation légitime; or, dit-on, cette fiction n'est établie par chaque législateur que pour ses nationaux, comme une règle de droit civil qui leur est propre et dont des étrangers ne peuvent bénéficier (1).

Même en acceptant la distinction classique entre les facultés du droit des gens et les droits civils, on peut fort bien soutenir que l'adoption rentre dans les droits de la première catégorie et que, par suite, elle est accessible aux étrangers. A Rome, où l'adoption se faisait, au moins primitivement, par trois mancipations et une *cessio in jure*, actes du *jus civile*, où elle entraînait l'*agnatio* et la *patria potestas*, institutions du droit civil aussi, on comprend qu'elle fût refusée aux pérégrins qui ne pouvaient invoquer que le *jus gentium* : mais, de nos jours, l'adoption est un contrat qui, à part la question de forme puisqu'elle constitue un acte solennel, dépend absolument de la volonté des parties; or les contrats sont du droit des gens, et rien ne s'oppose à ce que des étrangers puis-

(1) Cass., 5 août 1823, S., 23. 1. 353; 7 juin 1826, S., 26. 1. 330; Trib. de la Seine, 4 août 1883, J. C., 1884, p. 179; Renault, *Rev. crit.*, 1884, p. 705.

sent les conclure, s'ils ont d'ailleurs pour cela la capacité exigée par leur loi nationale. Au point de vue du Droit français, on peut invoquer dans le sens de cette opinion la constitution du 24 juin 1793 qui accordait la qualité de citoyen *à tout étranger qui avait adopté un enfant.*

284. Les diverses conditions requises pour la validité de l'adoption, soit de la part de l'adoptant, soit de celle de l'adopté, dépendent de la loi nationale respective de chacun d'eux. Toutefois, il y a lieu de combiner les deux lois lorsque des conditions imposées à l'adoptant par la loi de l'adopté sont établies par cette dernière pour la protection de l'adopté, ou, réciproquement, sont exigées de l'adopté, pour la protection de l'adoptant ou de sa famille, par la loi nationale de l'adoptant. Ainsi l'adoptant doit avoir un certain âge d'après sa propre loi; si la loi de l'adopté exige que l'adoptant ait un âge plus avancé, ou ait, de plus que l'adopté, un nombre d'années supérieur à celui que fixe la loi de l'adoptant, c'est la loi plus rigoureuse de l'adopté qu'il faudra suivre. Ces conditions, chez l'adoptant, sont en effet des conditions de l'adoption pour l'adopté, d'après sa loi nationale qui a voulu des garanties particulières pour lui dans l'âge absolu et relatif de l'adoptant. Peut-être même l'exigence des soins donnés par l'adoptant à l'adopté, durant un certain temps, devrait-elle être réglée par la plus rigoureuse des deux lois en présence : si c'est là, en effet, une garantie pour l'adopté au point de vue de l'affection que lui voue l'adoptant, c'en est une aussi pour ce dernier, en vue de l'empêcher de faire une adoption à la légère, avant d'en avoir apprécié les charges et bien reconnu ses sympathies pour l'adopté. Au contraire, le consentement des parents n'intéresse que l'adopté et doit être réglé par sa seule loi nationale; de même, l'absence d'enfants de l'adoptant n'intéresse que celui-ci et sa famille, et doit être jugée, comme condition de l'adoption, suivant la loi de l'adoptant.

L'ordre public territorial peut écarter l'application de la loi nationale des parties en matière d'adoption. Ainsi, en Italie, l'adoption des enfants naturels est interdite comme immorale, en tant qu'elle permet de tourner les dispositions de la loi relative aux enfants illégitimes (code civil d'Italie, art. 204), tandis qu'en France cette adoption est permise (1). Dans certains pays, l'adoption est interdite aux prêtres catholiques, au nom de la religion

(1) Cass., 1er avril 1846, S., 46. 1. 273; *ibid.*, 13 mai 1868, S., 68. 1. 338.

d'Etat considérée comme institution d'ordre public : cette prohibition ainsi comprise s'imposerait, dans ces pays, à des prêtres français capables d'adopter d'après leur loi nationale (1).

Quant aux nationaux des États où cette défense est en vigueur, ils devront l'observer même dans un pays où elle n'est pas reproduite, puisqu'il s'agit d'une restriction à leur capacité contenue dans leur loi nationale. On a objecté que, dans les Etats où la loi est complètement sécularisée, une pareille disposition est incompatible avec l'ordre public. Mais il ne s'agit pas ici de l'exercice d'un droit essentiel dont la privation pourrait être considérée comme contraire à la liberté individuelle dans un pays où ne dominent pas les considérations d'ordre religieux, ainsi que le serait, par exemple, la privation du droit de se marier. Un homme peut être dépouillé de la faculté d'adopter sans que, ni la morale, ni la bonne organisation sociale aient à en souffrir : c'est le cas de tous ceux qui appartiennent à des pays où l'adoption est inconnue (2).

285. Les formes de l'adoption dépendent complètement de la loi du pays où cette adoption se réalise, conformément à la maxime *Locus regit actum,* qui s'applique même aux actes solennels. Les homologations qui sont souvent exigées à l'étranger pour l'acte d'adoption, comme chez nous (art. 354 à 358 C. civ.), pourront produire leur effet en France, sans l'intervention des tribunaux français et sans la concession de l'*exequatur* : il ne s'agit pas, en effet, de jugements proprement dits, mais bien d'actes de juridiction gracieuse qui, régulièrement accomplis d'après la loi locale, produisent leur effet partout d'après la règle *Locus regit actum* (3).

Si l'adoption est faite à l'étranger par des Français, en la forme locale où devant le consul, les homologations seront fournies par les tribunaux français; sauf dans les pays hors chrétienté où les juridictions consulaires les remplacent.

En France, les étrangers, capables d'après leur loi nationale et appartenant au même pays, pourront faire le contrat d'adoption devant les autorités diplomatiques ou consulaires de leur pays, si celles-ci sont compétentes d'après la loi qui les régit.

[L'adoption une fois faite et homologuée, l'acte d'adoption doit

(1) Cass., 26 nov. 1844, S., 44. 1. 801.
(2) [*Contrà* Weiss, *Man.,* 6e édit., 1909, p. 517.]
(3) Trib. Seine, 4 août 1883, J. C., 1884, p. 179.

être inscrit sur le registre de l'état civil du domicile de l'adoptant (art. 267, code civil suisse; art. 359, code civil français). Aux termes de ce dernier article, complété par la loi du 13 février 1909, il sera fait mention de l'adoption ainsi inscrite en marge de l'acte de naissance de l'adopté.]

SECTION II

EFFETS DE L'ADOPTION

286. Les effets de l'adoption sont déterminés par la loi nationale des parties en vertu des mêmes raisons qui font dépendre de cette loi les conditions de l'adoption elle-même (Pour les droits successoraux de l'adopté à l'égard de l'adoptant, v. *infra*, livre IV).

[Au point de vue du nom, l'adoption tantôt confère purement et simplement à l'adopté le nom de famille de l'adoptant (C. civ. suisse, art. 268), tantôt lui attribue ce nom, mais en l'ajoutant au nom propre de l'adopté lui-même (art. 347 C. civ. français). Toutefois, aux termes d'une disposition additionnelle de la loi du 13 février 1909, qui complète l'art. 347 de notre code civil, « si l'adopté est un enfant naturel non reconnu, le nom de l'adoptant pourra, par l'acte même d'adoption et du consentement des parties, lui être conféré purement et simplement, sans être ajouté à son propre nom.]

L'application de la loi nationale pour fixer les effets de l'adoption présente des difficultés particulières lorsque l'adoptant et l'adopté ont une nationalité différente.

Mais, en pareil cas, se pose une question préjudicielle : l'adoption ne donne-t-elle pas nécessairement à l'adopté la nationalité de l'adoptant?

On pourrait le soutenir, si l'adoption était de nos jours, comme sous l'empire du Droit romain, une imitation parfaite de la famille ayant pour résultat d'assimiler l'enfant adoptif à l'enfant légitime; mais on sait qu'il n'en est pas ainsi : l'adoption ne produit que les effets limitativement énumérés et assez restreints indiqués par la loi, et, dans aucune législation, on ne voit figurer parmi ces effets le changement de nationalité. D'ailleurs l'enfant adoptif reste dans sa famille naturelle (art. 348 C. civ.) et conserve, par suite, la nationalité de ses parents (1).

Etant donné que l'adoptant et l'adopté peuvent avoir une natio-

(1) Cass., 7 juin 1826, S., 26. 1. 330.

nalité différente, il y a lieu de rechercher quelle est la loi qui fixera, en pareil cas, les effets de l'adoption. On a proposé de s'attacher à la loi nationale de l'adoptant, ou à celle de l'adopté, mais sans donner de raisons bien décisives à l'appui de cette idée (1). Suivant Pasquale Fiore, la loi nationale de l'adopté détermine les droits qu'il conserve dans sa famille naturelle, et celle de l'adoptant ceux qu'il obtient dans sa famille adoptive. Cette distinction paraît juste : d'une part, en effet, l'adopté garde sa nationalité, par conséquent son statut personnel, ses relations de famille, son état juridique; d'autre part, l'adoption étant un contrat, l'adopté accepte la condition que l'adoptant lui offre dans sa propre famille suivant les dispositions de sa loi (2). Mais ici doit être apportée une restriction à la solution qui vient d'être exposée. L'état juridique des personnes constituant un ensemble de règles d'ordre public auxquelles il ne peut être dérogé par des conventions particulières (art. 6 C. civ.), les dispositions de la loi de l'adoptant cesseront de s'appliquer quand elles seront en contradiction avec celles de la loi de l'adopté relatives à la situation que ce dernier conserve dans sa famille naturelle. C'est ainsi qu'il faudra suivre la loi nationale de l'adopté lorsque la puissance paternelle est maintenue au père naturel, tandis que, d'après la loi de l'adoptant, elle devrait être attribuée à ce dernier.

Par identité de motifs, les règles indiquées au sujet de l'adoption contractuelle doivent s'appliquer à l'adoption testamentaire et à la tutelle officieuse.

CHAPITRE VII

PROTECTION DES INCAPABLES

287. Toutes les législations pourvoient à la situation de ceux qui ne peuvent s'occuper par eux-mêmes de leurs intérêts pécuniaires ou de la protection de leur personne. Ces individus, qualifiés d'une façon générale d'incapables, se voient enlever l'exercice de tout ou partie de leurs droits que d'autres exercent pour eux, soit à raison du peu de développement de leurs facultés venant de l'âge ou de la maladie, soit à cause de leur condition sociale, soit enfin à cause de leur indignité : dans la première catégorie

(1) V. Loi d'introduction du code civil allemand, art. 22.
(2) [Cpr. Weiss, *Man.*, 6e éd., 1909, p. 517.]

rentrent les mineurs, les interdits, les aliénés placés dans un établissement public spécial, les faibles d'esprit; dans la seconde, les femmes mariées; dans la troisième, les prodigues et ceux qui sont frappés d'interdiction légale.

Pour certains de ces incapables, la protection résulte de l'organisation même de la famille que nous avons déjà étudiée : ce sont les mineurs qui ont leurs père et mère et qui sont soumis à la puissance paternelle, les femmes mariées qui relèvent de l'autorité maritale. Les autres incapables ne peuvent toujours trouver dans la famille la protection dont ils ont besoin et le législateur a dû y pourvoir d'une autre manière.

A côté de ces incapables à qui l'on donne des protecteurs, se trouvent des personnes dont l'état mental ou la situation sociale n'exige nullement qu'on se préoccupe de leur protection, mais qui cependant, en fait et par suite des circonstances dans lesquelles elles sont placées, sont dans l'impossibilité de gérer tout ou partie de leurs biens. Dans ce cas, le mandataire chargé de pourvoir à cette gestion n'a qu'à veiller sur les biens et non sur la personne des individus dont il s'agit, puisqu'il n'a pas, comme le tuteur d'un mineur ou d'un interdit, à suppléer à une incapacité. Ce rôle de simple administrateur des biens est celui du curateur au patrimoine d'un absent (art. 112-113 C. civ.), du curateur au ventre (art. 393), du curateur d'une succession vacante (art. 812), du curateur d'un bien hypothéqué et délaissé (art. 2174), etc.

Les diverses mesures de protection qui viennent d'être citées sont empruntées à la loi française, mais on les retrouve dans toutes les législations, en partie ou quelquefois plus nombreuses, et toujours avec les mêmes caractères : ce qui sera dit pour la loi de notre pays s'appliquera donc à celle des autres Etats.

Déterminons la loi qui doit s'appliquer pour la réglementation de ces différentes mesures de protection : tutelle, curatelle, interdiction, nomination d'un conseil judiciaire; nous verrons ensuite les dispositions particulières des traités qui sont intervenus en cette matière.

SECTION PREMIÈRE

LOI QUI RÉGIT LA PROTECTION DES INCAPABLES (1)

288. La détermination des incapables est une question qui se réfère directement à l'état des personnes et qui dépend, par conséquent, de la loi nationale de celles-ci. D'autre part, la protection de ces incapables, son étendue, les personnes qui en sont chargées sont précisées par chaque législateur d'après la condition particulière de ses nationaux et d'après les règles particulières de l'organisation de la famille dans son pays : l'application de la loi nationale des incapables relativement à tout ce qui concerne leur protection se trouve donc parfaitement justifiée. De là découlent un certain nombre de conséquences très importantes.

289. I. Les règles relatives à la protection des incapables sont d'un effet universel, comme toutes celles qui dépendent du statut personnel. Par conséquent, l'autorité des protecteurs des incapables devra être acceptée en tout pays, telle qu'elle est fixée par la loi nationale des protégés. Il en serait ainsi, même si l'incapacité et les mesures de protection qui en dérivent provenaient non pas des dispositions générales de la loi étrangère, mais des jugements rendus en conformité de ses dispositions (2), par exemple, d'un jugement d'interdiction.

Cependant, en Angleterre et aux Etats-Unis, les principes réalistes qui dominent la *common law* s'opposent à ce que l'on reconnaisse les pouvoirs des protecteurs des incapables nommés à l'étranger. Un aliéné ayant reçu des *gardiens* nommés par des magistrats anglais à la Jamaïque fut placé sous l'autorité de nouveaux protecteurs en arrivant en Angleterre. Mais la jurisprudence anglo-américaine en vient, par *courtoisie internationale,* à renoncer à une pareille rigueur, et à reconnaître les pouvoirs des protecteurs des incapables régulièrement désignés conformément au

(1) V. Résolutions de l'Institut de Droit intern., *Annuaire,* XI, p. 104; E. Chavegrin, *De la tutelle des mineurs en Droit int. privé, Revue critique,* 1883, p. 497 et 573; E. Lehr, *De la loi qui doit régir la tutelle des mineurs quand le tuteur légal est de nationalité différente, R. D. I.,* 1884, p. 247 et 1889, p. 140; Résolutions de l'Institut de Droit int. pour la tutelle des majeurs, Cambridge, 1895, *Ann.,* XIV, p. 163. — [Cpr. Conventions de la Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs et du 17 juillet 1905 concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues, ci-dessous, n. 291 *bis* et *ter;* Lewiss (Otto), *Das internationale Entmündigungsrecht des deutschen Rechts,* 1 vol. in-8, Leipzig, 1906.]

(2) Bouhier, *loc. cit.;* ch. XXIV, n. 1-3; Boullenois, *loc. cit.,* I, p. 59.

statut personnel de ces derniers : on verra plus loin dans quelle mesure (1).

II. C'est la loi nationale qui détermine les mesures de protection que l'on peut prendre à l'égard des incapables : ainsi le code hollandais ne parle pas de la nomination du conseil judiciaire; en Angleterre, on ne prend aucune disposition à l'égard des prodigues ou des faibles d'esprit (V. loi 25 août 1883, *Ann. législ. étrang.*, 1884, p. 56) (2).

III. En quel lieu organisera-t-on la protection des incapables?

Dans notre droit et d'après la plupart des législations (art. 406 C. civ.), la tutelle a son siège au lieu où le mineur est domicilié quand la tutelle s'ouvre. Si l'on suivait cette règle en droit international privé, il serait impossible, la plupart du temps, d'organiser la tutelle au domicile du pupille conformément à sa loi nationale, toutes les fois qu'il serait domicilié ailleurs que dans son pays. On ne pourrait procéder ainsi que lorsque la loi du domicile et la loi nationale sont identiques, comme, par exemple, les lois française et belge; mais comment organiser en France la tutelle d'un mineur suisse, alors que sa loi nationale exige, pour le contrôle de la tutelle, l'intervention des autorités municipales et administratives (3)?

On attribue donc compétence, pour organiser les mesures de protection des incapables, aux autorités du pays auquel ils appartiennent par leur nationalité.

Cette solution présente de graves inconvénients, car on organisera la tutelle dans un lieu où le pupille, qui n'y est plus domicilié, n'a peut-être conservé ni biens, ni parents, ni amis (4). Aussi a-t-on apporté deux tempéraments à la règle qui vient d'être énoncée.

1° Les consuls sont souvent chargés de pourvoir à la protection de leurs nationaux incapables domiciliés à l'étranger.

Sauf dans les pays hors chrétienté où ils remplacent complètement les autorités nationales pour leurs compatriotes, les consuls

(1) Story, *op. cit.*, p. 137, § 9; Dudley-Field, *op. cit.*, §§ 557-558; [Wharton, *op. cit.*, §§ 259-268;] Westlake, J. C., 1882, p. 9, et *R. D. I.*, 1881, p. 435 et suiv. [*Id.*, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, §§ 6 et 13, p. 46-50, et § 166, p. 207.]

(2) [Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 15, p. 50-51. L'incapacité du prodigue étranger pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas reconnue en Angleterre.]

(3) Paris, 30 juil. 1895, J. C., 1896, p. 147; V. article de M. Tournade, *ibid.*, 1895, p. 485.

(4) [Weiss, *Man.*, 6e édit., 1909, p. 437; Rehfons, *Droit de la fam.*, 1908, p. 78-79.]

n'ont à pourvoir à la protection des incapables de leur pays qu'en vertu des dispositions formelles des traités que nous indiquons plus loin (n. 290). On admet cependant qu'ils peuvent toujours organiser la tutelle des mineurs français à l'étranger, quand ceux-ci n'ont en France ni biens, ni domicile, ni famille (Lettres minist. 11 octobre 1847 et 27 août 1850; de Clercq et de Vallat, *Guide pratique des consuls*, I, p. 520, 5° édit.). Les conventions qui attribuent aux consuls le droit d'administrer les successions de leurs nationaux ne leur permettent d'écarter les autorités étrangères de l'organisation de la tutelle que tout autant que celle-ci se rattache aux opérations de la succession (1).

2° Les autorités locales interviennent souvent aussi pour prendre les mesures de protection nécessitées par la situation des incapables étrangers.

En France, il semble que cette dernière façon de procéder se trouve écartée par notre jurisprudence, d'après laquelle les tribunaux français ne pourraient intervenir dans les questions qui intéressent exclusivement des étrangers, surtout lorsqu'il s'agit de questions d'état. Mais on sait que deux restrictions importantes sont apportées par la jurisprudence elle-même à sa manière de voir. Tout d'abord, on reconnaît que les tribunaux ne sont incompétents, à raison de l'extranéité des parties, que d'une manière relative, *ratione personæ*, de telle sorte que l'incompétence dont il s'agit se trouve couverte si elle n'est pas proposée *in limine litis*.

Nos tribunaux se reconnaissent aussi compétents pour statuer sur la protection des incapables étrangers, par exemple pour prononcer leur interdiction, quand ils n'ont conservé aucun domicile dans leur pays. On leur applique alors leur loi nationale en suivant, quant à la procédure, la *lex fori*, c'est-à-dire la loi française (2).

D'autre part, on admet que les tribunaux français doivent intervenir lorsqu'il y a urgence, quand il faut pourvoir à des intérêts laissés en souffrance, l'ordre public pouvant se trouver compromis si des incapables étrangers sont abandonnés sans protection, soit quant à leur personne, soit quant à leurs biens. Les mesures prises en pareil cas doivent être conformes à la loi nationale des incapa-

(1) Bastia, 8 déc. 1863, S., 64. 2. 21; Cass., 13 janv. 1873, D. P., 73. 1. 293; Trib. Seine, 5 avril 1884, J. C., 1884, p. 521.

(2) Paris, 22 mars 1899, *Gaz. des Trib.*, 9 juill. 1899. — Cass., 3 juin 1885, D. P., 5. 1. 409; *id.*, 22 juill. 1886, D. P., 87. 1. 224.

bles; cependant, il a été jugé qu'on pouvait appliquer la loi territoriale, par mesure de sauvegarde et quand il y a urgence absolue : mais il est essentiel de remarquer que ces mesures n'ont qu'un caractère provisoire et doivent cesser dès qu'il est possible d'appliquer la loi nationale des intéressés (1). La possibilité de pourvoir ainsi provisoirement à la protection des incapables étrangers par application de la loi territoriale est consacrée dans plusieurs législations (loi d'introduction du code civil allemand, art. 23; loi hongroise de 1877 sur la tutelle, art. 64; en Autriche, patente du 9 août 1854, § 183; en Serbie, loi du 25 octobre 1872, art. 7). [La Convention de La Haye du 12 juin 1902 sur la tutelle des mineurs (art. 3 et 7) et la Convention de La Haye du 17 juillet 1905 sur l'interdiction et les mesures de protection analogues (art. 3, 4, 5, 6, 7; 8, 9, 10 et 11) prévoient et réglementent cette situation (V. ci-dessous, n. 291 *bis* et *ter*).]

L'organisation provisoire de la tutelle ne doit avoir, en principe, qu'un effet territorial, puisqu'elle est fondée sur la sauvegarde de l'ordre public dans chaque pays, et non sur le règlement général de la condition de l'incapable conformément à son statut personnel.

Le mineur étranger peut avoir un protuteur en France, conformément aux dispositions de sa loi nationale. On pourrait aussi lui désigner, en France, un protuteur pour ses biens situés à l'étranger : l'article 417 C. civ., qui ne prévoit le protuteur que pour le cas où l'incapable a des biens aux colonies, ne statue que pour les Français, et pour la circonstance la plus ordinaire à l'époque où le code a été promulgué; il serait déraisonnable de ne pas admettre la possibilité d'un protuteur dans un cas où il est aussi nécessaire et que ne prévoit pas d'ailleurs l'art. 417.

IV. C'est encore par l'application de la loi nationale des incapables que l'on déterminera les personnes chargées de leur protection, la durée de leurs fonctions et la façon dont elles en sont investies. Ainsi un Italien interdit aura, en France, sa femme pour tutrice légale, conformément à la loi italienne; tandis qu'un interdit français n'aurait sa femme pour tutrice en Italie qu'autant qu'elle serait désignée par le conseil de famille (art. 506 et 507 C. civ. français).

(1) Trib. Seine, 10 avril 1877, J. C., 1878, p. 275-277; Rouen, 5 déc. 1853, D. P., 54. 2. 123; Trib. Lille, 12 juin 1884, J. C., 1885, p. 94; Cass. req., 10 nov. 1896, J. C., 1897, p. 823; Bruxelles, 5 juin 1891, J. C., 1892, p. 752; Dresde, 12 nov. 1889, J. C., 1892, p. 249; Metz, 23 fév. 1892, J. C., 1892, p. 541.

Les causes d'exclusion, de destitution ou d'incapacité de la tutelle dépendent aussi de la loi nationale de l'incapable. Il n'y a pas lieu d'objecter que ces différentes causes tiennent à l'état et à la capacité du tuteur et devraient être fixées par sa propre loi, car ces causes d'exclusion, d'incapacité ou de destitution sont toutes établies en faveur de l'incapable et pour éviter que ses intérêts ne soient confiés à des personnes qui n'inspirent pas de confiance pour une raison ou pour une autre : du moment qu'il s'agit de protection, l'application de la loi nationale des protégés se trouve justifiée (1).

Pour les causes de dispense ou d'excuse, il faut au contraire appliquer cumulativement les deux lois : celle du pupille, car elle a indiqué les causes d'excuse de la tutelle dans un but de protection pour le pupille, afin de ne point abandonner ses intérêts à une personne qui ne pourrait s'en occuper suffisamment, par exemple à cause de son âge ou du nombre déjà considérable de ses enfants; la loi du tuteur, car on ne peut imposer à ce dernier, en vertu d'une loi étrangère, une charge dont le dispense sa propre loi (2).

Il va sans dire enfin que les personnes appelées à la tutelle seront désignées par la loi nationale de l'incapable et non par celle de ses parents, quand ceux-ci ont une nationalité différente. Cependant il a été jugé que lorsqu'une femme française, devenue étrangère par son mariage avec un étranger, recouvrait sa première nationalité après son veuvage (art. 19 C. civ.), elle était investie de plein droit de la tutelle de ses enfants conformément à notre code civil, alors même que, d'après la loi nationale de ses enfants, la tutelle aurait dû appartenir à une autre personne (3). Ces décisions méconnaissent le caractère de la tutelle qui est organisée pour la protection des incapables et qui doit être régie par leur propre loi.

Mais l'application de la loi nationale des incapables étrangers pour la désignation des personnes qui doivent être chargées de la tutelle conduit à se demander si des étrangers peuvent être investis de cette fonction : la même question se pose, du reste, lorsqu'un étranger est appelé, en vertu des dispositions de notre code civil

(1) [Weiss, *Man.*, 6e édit., 1909, p. 441-442.]

(2) [Cpr. Weiss, *loc. cit.;* pour cet auteur, les causes d'excuse devront être appréciées exclusivement d'après la loi personnelle du pupille.]

(3) Cass. req., 13 janvier 1873, S., 73. 1. 13, affaire Chezzy; Bourges, 4 août 1874, J. C., 1876, p. 31; Trib. de la Seine, 5 avril 1884, J. C., 1884, p. 521; Bourges, 14 mars 1877, J. C., 1878, p. 167.

sur la désignation des tuteurs, à être chargé de la tutelle d'un incapable français.

On a voulu voir dans la tutelle une charge publique, *munus publicum*, dont l'investiture ne pourrait appartenir non seulement qu'à des Français, mais encore qu'à des *citoyens* français. D'autres n'attribuent ce caractère à la tutelle que lorsqu'elle est conférée à une personne qui n'est pas unie par les liens du sang à l'incapacité; les étrangers ne pourraient en être investis que lorsqu'ils y sont appelés en qualité de parents du pupille, car, dans ce cas seulement, la tutelle serait un droit et un devoir de famille.

Mais cette opinion est généralement abandonnée aujourd'hui : si, en effet, dans les travaux préparatoires, le tribun Leroy qualifia la tutelle de charge publique, il ajouta que c'était d'abord et avant tout une charge de famille (1). On ne peut, au surplus, tirer un argument sérieux des art. 430 à 432 C. civ. dans lesquels il est question de *citoyens* excusés de la tutelle, puisque les femmes, qui n'ont pas la qualité de citoyens, peuvent cependant être investies de la tutelle dans certains cas. Au surplus, le texte des art. 34 et 42 C. pén. montre bien que le législateur a distingué avec soin les droits politiques et civiques des droits de famille, spécialement de la faculté d'être tuteur et membre d'un conseil de famille.

Dans une seconde opinion, on considère la faculté d'être tuteur comme un droit civil dont la jouissance n'appartient pas aux étrangers, sauf dans le cas de réciprocité diplomatique (art. 11 C. civ.), et lorsqu'ils ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France (art. 13) (2).

Cette manière de voir doit être écartée si l'on interprète l'art. 11 comme nous l'avons fait, c'est-à-dire si l'on accorde aux étrangers tous les droits civils, sauf ceux qu'un texte formel leur enlève : car aucune disposition de nos lois ne les prive du droit d'être tuteurs. Mais, de plus, en acceptant la distinction que l'on prétend faire entre les droits civils et les facultés du droit des gens, il est difficile de considérer la tutelle comme rentrant dans le *jus civile*. Contrairement à ce qui avait lieu à Rome où elle était réservée aux citoyens, la tutelle est aujourd'hui une institution de droit naturel ou des gens, c'est une mission de protection que l'on retrouve dans tous les pays civilisés et qui peut être exercée par quiconque

(1) Fenet, X, p. 676.
(2) Paris, 21 mars 1861, D. P., 61. 2. 73.

y est appelé par la loi de l'incapable, d'après les liens de parenté ou d'affection qui l'unissent à lui. On a dit avec raison que la tutelle est une dépendance du droit de famille qui doit être régie, comme l'organisation de la famille elle-même, par la loi nationale : il faut donc appliquer cette dernière sans se préoccuper de la nationalité des personnes qu'elle investit de la tutelle (1). D'ailleurs, si la tutelle est une institution de droit civil, elle l'est aussi bien pour le pupille que pour le tuteur : il faudrait donc en venir à cette conséquence inacceptable qu'un mineur étranger ne pourrait invoquer en France cette mesure de protection. Enfin, l'exclusion des étrangers de la tutelle conduit à attribuer cette charge à des personnes qui ne sont peut-être pas unies avec l'incapable par les mêmes sentiments d'affection présumée, par les mêmes liens de parenté ; les intérêts de ceux que l'on veut protéger en souffriront : comme on l'a dit spirituellement, « pour n'avoir pas de tuteur étranger, on donne un tuteur étranger à l'incapable ».

Actuellement, la jurisprudence admet qu'un étranger peut être tuteur de son descendant français, et membre d'un conseil de famille quand il est parent de l'incapable. On reconnaît aussi que l'étranger peut être tuteur d'un étranger, soit que la tutelle ait été organisée dans le pays de l'incapable, soit qu'elle l'ait été en France, conformément à sa loi nationale : il serait en effet impossible, dans la plupart des cas, d'observer cette dernière loi, si l'on n'acceptait pas le tuteur qu'elle désigne et qui, généralement parent du pupille, est aussi, le plus souvent, étranger comme lui. C'est un abandon de l'ancienne opinion qui commence et qui deviendra bientôt complet : appliquant la loi nationale de l'incapable, on confiera la tutelle aux personnes qu'elle désigne, sans se préoccuper de leur nationalité (2).

La même solution finit par être adoptée dans la plupart des législations étrangères.

V. Les obligations auxquelles sont assujettis les protecteurs des incapables, par exemple celle de faire inventaire et de placer les fonds, sont déterminées par la loi nationale des incapables eux-mêmes : ce sont en effet autant de mesures de protection établies en leur faveur.

(1) Labbé, S., 75. 1. 193, note.

(2) Cass., 16 fév. 1875, J. C., 1875, p. 441. — Trib. Versailles, 1er mai 1879, *ibid.*, 1879, p. 397. — Paris, 21 août 1879, *ibid.*, 1880, p. 196. — Trib. de Briey, 24 janv. 1878, *ibid.*, 1879, p. 285. — Nancy, 29 oct. 1898, D. P., 99. 2. 209. — [Trib. civ. Seine, 1re ch., 12 déc. 1906, J. C., 1907, p. 717.]

VI. En outre, c'est d'après la même loi que l'on précisera l'étendue des pouvoirs des protecteurs sur la personne et sur les biens des incapables.

En ce qui concerne les pouvoirs sur la personne, comme par exemple la puissance paternelle du tuteur telle qu'elle est limitée dans les art. 454-456 C. civ., ils ont pour cause l'incapacité même de la personne placée en tutelle et se rattachent ainsi d'une manière directe au statut personnel. Il n'y aurait lieu d'apporter une exception à la règle énoncée que lorsque l'ordre public est intéressé, par exemple en ce qui concerne les devoirs d'éducation et l'exercice du droit de correction, comme nous l'avons indiqué plus haut. D'après la *common law* anglaise qui consacre le principe de la réalité, les pouvoirs des tuteurs étrangers sont méconnus et les incapables sont placés sous l'autorité de la loi locale, quelle que soit leur loi nationale. Ainsi le tuteur nommé dans un Etat de l'Union américaine perd son pouvoir sur son pupille quand ce dernier établit son domicile sur le territoire d'un autre Etat; il est procédé à la nomination d'un nouveau tuteur. De même, une mineure écossaise se rendant en Angleterre échappe à l'autorité de son tuteur, et ne relève plus que du chancelier d'Angleterre, protecteur légal des mineurs. Néanmoins, ce réalisme suranné est aujourd'hui critiqué par les jurisconsultes anglo-américains les plus considérables, et la Chambre des lords, à propos de l'affaire du marquis de Bute, en 1861, a posé en principe que les Cours anglaises, en nommant un tuteur aux mineurs étrangers, doivent confirmer celui qui est déjà en fonctions d'après la loi de l'incapable, à moins qu'il n'y ait inconvénient pour les intérêts de l'incapable à le maintenir (1).

Pour les biens, l'ancienne distinction consacrée dans la théorie des statuts conduit aux deux solutions suivantes. Les meubles, réputés fictivement situés au domicile de leur propriétaire, peuvent être administrés par le tuteur conformément à la loi nationale du pupille. Les immeubles, au contraire, dépendent exclusivement du statut réel et sont régis par la loi de leur situation. Ces deux propositions sont admises dans la jurisprudence anglo-américaine (2).

(1) Story, *op. cit.*, p. 630, § 499; Wharton, *op. cit.*, §§ 261-262; Alexander, J. C., 1879, p. 521; Dicey et Stocquart, *op. cit.*, II, p. 373 et suiv.; [Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 6, p. 46 et § 166, p. 207.]

(2) Story, *op. cit.*, §§ 504 et 505; Lawrence sur Wheaton, III, p. 172-173; Westlake, J. C., 1882, p. 9; [*id.*, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 9, p. 47 et § 162, p. 208.]

Toutefois, en reconnaissant au tuteur étranger le pouvoir d'administrer les meubles de son pupille, les cours anglaises s'arrogent le droit de refuser arbitrairement la délivrance et le paiement des valeurs mobilières qui sont sous leur juridiction (1).

Mais cette distinction entre les meubles et les immeubles n'a plus sa raison d'être; malgré les termes généraux de l'art. 3, alin. 2 C. civ., le statut réel ne comprend pas, comme on l'a déjà vu, toutes les dispositions légales ayant trait aux immeubles, mais celles seulement qui touchent à l'organisation de la propriété. Or, dans l'espèce, il ne s'agit de rien de semblable : le représentant de l'incapable a un mandat déterminé par la loi de ce dernier et qui doit produire partout les effets indiqués par cette loi, tant qu'ils ne sont pas en opposition avec l'ordre public du pays où ils doivent se manifester.

Suivant certains auteurs, cependant, il faudrait s'en tenir à la loi locale en ce qui concerne les pouvoirs de gestion des administrateurs nommés aux biens et qui n'ont pas, en même temps, à s'occuper de la personne d'un incapable, comme, par exemple, le curateur des biens d'un absent ou celui d'un bien hypothéqué et délaissé. Dans ces différents cas, dit-on, il ne s'agit pas de pourvoir à une incapacité; le statut personnel n'est plus en cause, et la loi de la situation des biens s'appliquera seule, étant donné qu'il faut simplement assurer la bonne administration et la conservation des biens (2). La jurisprudence anglaise applique la *lex rei sitæ* même aux biens mobiliers dépendant d'une succession *ab intestat* ou testamentaire et à l'administration desquels il faut pourvoir (3).

Malgré cette observation, il faut en pareille circonstance s'en tenir à la loi nationale de l'intéressé. Il est toujours vrai, en effet, que les mesures ordonnées pour la gestion des biens sont motivées par la protection dont le propriétaire a besoin, sinon à cause de son incapacité, du moins à cause des circonstances dans lesquelles il est placé, par exemple à raison de son absence. Or, il appartient logiquement à chaque loi de protéger ses nationaux, et le mandat qu'elle donne à cet effet à certaines personnes peut produire ses effets en tout pays. L'intervention du législateur local ne s'expliquerait que si l'ordre public était intéressé; par exemple,

(1) Westlake, J. C., 1881, p. 313; [*id., op. cit.*, § 10, p. 48-49.]

(2) Massé, *Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil,* I, p. 477-478, n. 547, édit. 1874; P. Voet, *De statutis,* sect. 9, liv. 2, n. 18.

(3) Dicey et Stocquart, *op. cit.*, II, p. 297 et suiv.

si la loi nationale n'ayant rien fait pour la sauvegarde des biens, ceux-ci étaient en souffrance (1).

VII. Souvent les administrateurs des biens des incapacables doivent observer certaines formalités pour accomplir des actes de gestion ou d'aliénation.

S'il s'agit de formalités *habilitantes*, c'est-à-dire nécessaires pour autoriser les administrateurs à accomplir certains actes, il faut suivre la loi nationale des incapables, puisque ces formalités ne sont qu'un complément de la protection qui leur est accordée et une limitation des pouvoirs de leur représentant légal : telles sont l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal pour l'aliénation des immeubles (art. 457 et 458 C. civ.) (2).

D'autres de ces formalités tiennent à la manière dont doivent être accomplis certains actes ; par exemple, la vente en justice et non à l'amiable des biens des mineurs (art. 953-966 Pr. civ.). On a prétendu que ces formalités se rattachent à la condition des biens et dépendent de la loi de leur situation (3). Suivant d'autres, elles sont établies pour la protection des incapables et sont réglées par leur loi personnelle (4).

La vérité est que la nécessité de recourir à certaines formalités pour l'accomplissement d'actes intéressant les incapables est établie pour leur protection et doit dépendre de leur loi nationale. Mais la façon même dont ces formalités seront remplies est réglée par la loi locale, d'après le principe *Locus regit actum.* Ainsi un tuteur français ne pourra, en pays étranger, vendre un bien de son pupille qu'en suivant les formes de la vente en justice ; mais la loi étrangère déterminera quelles sont ces formalités qui rentrent dans les règles de procédure (5).

(1) Cpr. Douai, 9 août 1886, *Le Droit*, 28 oct. 1886.

(2) [Pau, 9 juillet 1907, J. C., 1908, p. 183 ; Cass. civ. rej., 2 juin 1908 (affaire Berta), *Gaz. des Trib.*, 5 juin 1908 ; J. C., 1908, p. 1155 ; Cpr. Plumon, *De la tutelle à l'étranger*, J. C., 1908, p. 1081, citant une note communiquée au ministère de la justice de Prusse par l'ambassade d'Allemagne à Saint-Pétersbourg sur la tutelle légale des enfants naturels dans la Pologne russe ; Trib. rég. Glogau, 17 juin 1904, J. C., 1907, p. 452 ; Trib. rég. sup. Iéna, 8 mai 1907, J. C., 1909, p. 216 ; Trib. suprême fédéral du Brésil, 26 janvier 1907, J. C., 1907, p. 1170. V. Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Tutelle*, p. 1004, n. 49 et suiv.]

(3) Schæffner, p. 36 ; V. J. C., 1880, p. 292 à 297.

(4) Savigny, *Système*, VIII, p. 340-341 ; Laurent, *op. cit.*, VI, p. 219.

(5) Cpr. Cass., 13 juin 1893, D. P., 94. 1. 169.

SECTION II

TRAITÉS

290. Dans nombre de conventions consulaires, on attribue aux consuls le pouvoir de veiller à la protection de leurs nationaux incapables. La clause habituelle est la suivante : « Les consuls seront chargés d'organiser la tutelle et la curatelle conformément à la loi respective des deux pays » (traités avec l'Espagne, 7 janvier 1862, art. 20, n. 7; l'Italie, 26 juillet 1862, art. 9, n. 7; le Portugal, 11 juillet 1866, art. 8, n. 7; la Grèce, 7 janvier 1876, art. 15, n. 1; le San Salvador, 5 juin 1878, art. 15, n. 1; la Rép. Dominicaine, 25 octobre 1882, art. 15; le Mexique, 27 novembre 1886, art. 27; [enfin avec la Suède et la Norvège, convention du 20 novembre 1904. V. aussi ci-dessous, n. 291 *bis*, la Convention de La Haye du 12 juin 1902, art. 2)] On consacre donc, par cette clause, l'application de la loi nationale de l'incapable. De là il résulte que toute nomination d'un tuteur ou curateur par les tribunaux français faite pour un incapable appartenant à un pays qui a passé avec la France une convention semblable, eût-elle lieu pour remplacer le tuteur ou curateur nommé par le consul et qui ne pourrait continuer ses fonctions, serait nulle (1). Quand les termes des traités ne sont pas formels, on étend cependant leur disposition à l'interdiction et à la nomination d'un conseil judiciaire (2).

La déclaration franco-brésilienne du 21 juillet 1866, § 10, interprétative du traité du 10 décembre 1860, diffère sensiblement des stipulations habituelles en pareille matière : d'après cet accord, le consul, sans organiser lui-même la protection des incapables, provoque la nomination du tuteur ou du curateur par l'autorité locale compétente, s'il n'y a été autrement pourvu.

Du reste, en vertu des conventions précitées, le pouvoir des consuls se borne à l'organisation de la tutelle et de la curatelle; ils ne pourraient intervenir pour autoriser certains actes de la part du tuteur, et il faudrait, à ce dernier point de vue, suivre la loi nationale des incapables. Le tribunal compétent, en pareil cas, serait celui du domicile des incapables dans leur pays; les tribunaux locaux ne pourraient intervenir que si l'incapable

(1) Cass., 19 juin 1878, J. C., 1878, p. 508, 509, et D. P., 78. 1. 317; [Weiss, *Man.*, 5e éd., 1909, p. 438-439.]

(2) Trib. Bordeaux, 19 février 1866, D. P., 66. 3. 55.

n'avait plus de domicile dans son pays ou s'il y avait urgence absolue (1).

Cependant, dans les pays régis par les capitulations et dans l'Extrême-Orient, les consuls remplacent complètement les autorités françaises : ils jouent donc le rôle de juge de paix pour la convocation du conseil de famille, du notaire pour les inventaires, du tribunal pour les homologations, etc. (2).

291. La protection des incapables par les consuls a été organisée d'une manière plus spéciale encore dans le traité franco-suisse du 15 juin 1869, remplaçant une première convention de 1828, dont l'art. 10 contient les dispositions suivantes :

1° La tutelle des mineurs et interdits suisses et français doit être organisée conformément à leur loi nationale. Bien que le traité soit muet à leur égard, il faudrait admettre la même règle pour les autres mesures de protection, par exemple pour la nomination d'un conseil judiciaire (3). Il est plus douteux que le traité vise l'administration sans qu'il y ait protection pour la personne, comme dans le cas d'absence, de succession vacante, etc. Mais nous adopterions la même solution pour les motifs indiqués plus haut (n. 289, VI, p. 860-862) (4).

2° Les contestations relatives à l'établissement de la tutelle et à l'administration de la fortune des incapables sont de la compétence des tribunaux du pays auquel les incapables appartiennent.

3° Deux exceptions sont apportées aux dispositions précédentes.

a. Pour les immeubles. Prise dans sa généralité, cette première exception comprendrait tous les points se rattachant à la fortune immobilière des incapables, pour lesquels on devrait appliquer la loi de la situation des biens et non la loi nationale des propriétaires. Mais, conformément aux principes qui ont été déjà exposés, cette exception ne vise que les deux points suivants : 1° les formalités pour lesquelles il faut appliquer la loi du pays où la vente s'opère, d'après la règle *Locus regit actum;* 2° les règles concernant l'organisation de la propriété foncière qui sont toutes d'ordre public : telles sont la détermination des droits réels que l'on peut établir sur les immeubles, la nécessité de la transcription, l'ins-

(1) J. C., 1879, p. 271-273.

(2) De Clercq et de Vallat, *Guide des consulats*, I, p. 559, n. 567, et p. 556, n. 565, 5e édit.

(3) Brocher, *Commentaire du traité franco-suisse de 1869*, p. 73 et s. ; Roguin, *Conflit des lois suisses*, p. 187 et suiv.

(4) Nimes, 18 fév. 1881, D. P., 82. 1. 106. — Brocher, *loc. cit. suprà*.

cription de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits dans les cas où la loi locale l'exige (art. 8 de la loi du 23 mars 1855).

b. Pour les mesures conservatoires. En cas d'insuffisance de la part de la loi nationale des incapables ou lorsqu'il est impossible de recourir à son application, les tribunaux du pays où les biens sont situés peuvent prescrire les mesures nécessaires en s'inspirant du principe général de l'ordre public : ils peuvent, par exemple, pourvoir à la conservation des biens abandonnés, faire enfermer un aliéné, faire placer des mineurs que personne ne protége dans un établissement d'éducation, etc.

Depuis le traité du 23 juillet 1879 qui déclare Français jusqu'à leur majorité les enfants mineurs du Français qui se fait naturaliser en Suisse, il n'y a plus de conflits, dans ce cas, sur l'application de la loi nationale de ces mineurs en ce qui concerne l'organisation de leur tutelle.

Il faut remarquer que le traité de 1869 ne fait que déterminer la loi applicable à l'organisation de la tutelle et la compétence pour trancher les procès auxquels elle donne lieu : mais des difficultés se sont élevées au sujet de la compétence pour l'organisation de la tutelle, par exemple pour savoir si la tutelle d'un Genevois domicilié à Paris peut être organisée par les autorités françaises, sauf à appliquer la loi suisse, ou si les autorités de Genève ont compétence à ce point de vue comme pour les difficultés auxquelles la tutelle peut donner lieu.

Il semble que toute controverse serait écartée par cette considération que la tutelle doit être organisée d'après la loi du mineur, et que cette loi décide, soit en France, soit en Suisse, que la tutelle s'ouvre au domicile du mineur. Les autorités françaises sont donc compétentes pour organiser la tutelle d'un Suisse domicilié en France, d'après sa loi nationale, et réciproquement.

Cette solution, adoptée à Genève, avant comme après le traité de 1869, a été condamnée par la jurisprudence française et par le Conseil fédéral, après avis de la légation suisse à Paris, du 26 mars 1870. On décide aujourd'hui que la tutelle s'organise dans le pays d'origine du mineur (1). Cette solution est nécessaire lorsque, comme c'est le cas pour les lois des deux Etats contractants, il n'y a aucune harmonie entre la tutelle telle qu'elle est organisée par la loi nationale du pupille et celle qu'établit la loi

(1) V. A. Martin, J. C., 1879, p. 130; Louiche-Desfontaines, *De l'émigration*, p. 302.

de son domicile : on ne pourrait pas observer au domicile les dispositions de la loi nationale (V. n. 289, III).

291 *bis*. Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs (1). — Art. 1er : « La tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale ». Par sa généralité, cette disposition comprend la désignation des tuteurs, leurs pouvoirs et les causes d'exclusion, de destitution ou d'incapacité de la tutelle. Cependant, il résulte des déclarations de la commission, implicitement approuvées en séance plénière de la Conférence, que la loi nationale du mineur est écartée en ce qui concerne la détermination des causes de dispense de la tutelle : c'est donc à la loi nationale du tuteur que l'on s'en tiendrait sur ce point (Cpr. n. 289, IV, p. 857). — Art. 2 : « Si la loi nationale n'organise pas la tutelle dans le pays du mineur en vue du cas où celui-ci aurait sa résidence habituelle à l'étranger, l'agent diplomatique ou consulaire, autorisé par l'Etat dont le mineur est le ressortissant, pourra y pourvoir, conformément à la loi de cet Etat, si l'Etat de la résidence habituelle du mineur ne s'y oppose pas ». — Cette dernière réserve est critiquable, car si l'on comprend qu'un Etat ne permette pas aux agents diplomatiques ou consulaires étrangers de célébrer des mariages, même pour leurs nationaux, parce qu'il y verrait une atteinte aux attributions de ses officiers de l'état civil, on ne conçoit pas qu'il écarte l'intervention de ces mêmes agents quand il s'agit de la tutelle d'étrangers dont, en principe, il se désintéresse et qui doivent normalement être protégés par les autorités de leur patrie. — Art. 3 : « Toutefois, la tutelle du mineur ayant sa résidence habituelle à l'étranger s'établit et s'exerce conformément à la loi du lieu, si elle n'est pas ou si elle ne peut pas être constituée conformément aux dispositions de l'art. 1er ou de l'art. 2 ». — Art. 4 : « L'existence de la tutelle établie conformément à la disposition de l'art. 3 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle par application de l'art. 1er ou de l'art. 2. — Il sera, le plus tôt possible, donné information de ce fait au Gouvernement de l'Etat où la tutelle a d'abord été organisée. Ce Gouvernement en informera, soit l'autorité qui aurait institué la tutelle, soit, si une telle autorité n'existe pas, le tuteur lui-même. — La législation de l'Etat

(1) V. n. 17, p. 53-54. — [L'Autriche-Hongrie n'a pas ratifié cette Convention pas plus que les deux autres de la même date. Aussi les départements de justice à Vienne et à Buda-Pesth ne permettent pas à nos consuls d'intervenir en matière de tutelle. (Lettre du min. des Aff. étr. de France au min. de la Just. du 28 juillet 1906.) *R. D. I. P.*, 1908, p. 510.]

où l'ancienne tutelle était organisée décide à quel moment cette tutelle cesse dans le cas prévu par le présent article ». — Art. 5 : « Dans tous les cas, la tutelle s'ouvre et prend fin aux époques et pour les causes déterminées par la loi nationale du mineur ». — Art. 6 : « L'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur, quel que soit le lieu de leur situation. — Cette règle peut recevoir exception quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial ». — Cette dernière réserve est mal définie; elle pourrait, par son indétermination, prêter à des abus qui aboutiraient à l'application de la loi de la situation pour l'administration des immeubles du pupille, conformément à la pratique anglaise, alors que l'art. 6, dans sa première partie, écarte formellement cette règle pour s'en tenir à la loi nationale du mineur. — Art. 7 : « En attendant l'organisation de la tutelle, ainsi que dans tous les cas d'urgence, les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts d'un mineur étranger pourront être prises par les autorités locales ». — Art. 8 : « Les autorités d'un Etat sur le territoire duquel se trouvera un mineur étranger dont il importera d'établir la tutelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'Etat dont le mineur est le ressortissant. — Les autorités ainsi informées feront connaître le plus tôt possible aux autorités qui auront donné l'avis si la tutelle a été ou si elle sera établie ». — Art. 9 : « La présente convention ne s'applique qu'à la tutelle des mineurs ressortissants d'un des Etats contractants, qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces Etats. — Toutefois, les art. 7 et 8 de la présente convention s'appliquent à tous les mineurs ressortissants des Etats contractants ».

[La convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions relatifs à la tutelle des mineurs, dont nous avons donné le texte en le faisant suivre de quelques appréciations critiques, ne soulève pas des questions aussi graves et aussi délicates que celles qui ont trait au mariage et au divorce. Il faut souligner surtout la pensée bienfaisante de prévoyance qui a inspiré cette convention.]

[Un mineur a son domicile ou sa résidence habituelle dans un pays qui n'est pas le sien. Il s'agit de pourvoir à l'organisation de la tutelle. La règle générale est très simple. C'est la loi nationale de ce mineur qui est compétente pour tout ce qui concerne l'ouverture, la constitution et le fonctionnement de la tutelle.

L'intérêt du mineur est ici prépondérant et il paraît le mieux sauvegardé par sa loi nationale. Si donc un mineur étranger est domicilié en France, la loi étrangère décidera qui est investi de la tutelle; et sa décision sera respectée, quand même la loi française donnerait une solution différente dont un Français se prévaudrait. C'est un point important qu'il faut signaler, parce que, dans le silence des textes, nos tribunaux s'étaient quelquefois prononcés en sens contraire.]

[La Convention prend des mesures pour assurer le fonctionnement de la loi nationale reconnue compétente. Les autorités nationales seront informées de la situation de leur ressortissant à l'étranger, pour qu'elles puissent aviser. Si la tutelle du mineur étranger n'est pas organisée conformément à sa loi nationale, c'est aux autorités locales d'y pourvoir conformément à leur propre loi (1).]

[Nos tribunaux ont été saisis de la question de l'application de la Convention de La Haye sur la tutelle des mineurs: ils ont été mis en demeure d'assurer l'exécution de l'art. 4 de cette Convention, relatif à la cessation de la tutelle locale en présence de la constitution de la tutelle nationale, notifié au Gouvernement de l'Etat où la tutelle avait été d'abord organisée; une tutelle ayant été organisée en France à l'égard d'une mineure allemande parce que les autorités allemandes avaient déclaré que, pour le moment, elles n'avaient pas l'intention d'établir une tutelle nationale et un tuteur français ayant été investi des fonctions de tuteur, ce tuteur doit résigner ses fonctions et la tutelle organisée en France doit cesser en vertu d'une notification adressée au Gouvernement français par le Gouvernement allemand de la constitution ultérieure d'une tutelle en Allemagne. Cette solution, commandée par l'art. 4, sera parfois contraire aux intérêts moraux et pécuniaires du mineur (2).]

[**291** *ter*. **Convention de La Haye du 17 juillet 1905 réglant, en ce qui concerne l'interdiction et les mesures de protection analogues, les rapports entre la France, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie**

(1) [V. Avant-projet d'une convention internationale sur la tutelle des mineurs, par M. Asser, *Actes de la deuxième Conférence*, 1894, p. 19; Rapport de la commission, par M. le comte de Villers, délégué du Luxembourg, *Actes*, p. 111-115; Rapport de la Commission, par M. Thorn, délégué du Luxembourg, *Actes de la troisième Conférence*, 1900, p. 103-105; L. Renault, *Les conventions de La Haye*, 1903, p. 65-67.]

(2) [Cpr. Trib. civ. Bordeaux, 11 janv. 1909, inédit et dont appel.]

et la Suède. — La Convention du 12 juin 1902 relative à la tutelle des mineurs règle les rapports de la France, de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne, du Luxembourg, des Pays-Bas, du Portugal, de la Roumanie, de la Suède et de la Norwège et de la Suisse, en déterminant, au point de vue international, les mesures qui peuvent et doivent être prises en faveur des étrangers dont l'âge exige une protection légale. La Convention du 17 juillet 1905, signée par la France, l'Allemagne, la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie et la Suède, vise la tutelle du majeur faible d'esprit ou atteint d'aliénation mentale et les mesures de protection analogues, c'est-à-dire la mise en curatelle et la dation de conseil judiciaire (1).]

[La Convention pose avant tout le principe que l'interdiction est régie par la loi nationale de la personne à interdire : ce sont les autorités compétentes d'après cette loi qui prononcent l'interdiction ou organisent la tutelle (art. 1 et 2) (2). Mais, dans le seul cas qu'une convention internationale ait à prévoir, lorsque la personne à interdire ou à protéger d'une façon analogue se trouve hors de sa patrie, les autorités nationales de l'intéressé seront empêchées le plus souvent d'organiser la protection, ignorantes des causes mêmes qui la rendent nécessaire. Pour pouvoir agir,

(1) [En ce qui concerne la tutelle des majeurs (interdiction), v. avant-projet de Convention, projet de programme, *Actes de la première conférence,* 1893, p. 7, 11; *Actes de la deuxième conférence,* 1894, p. 3; mise à l'étude, *Actes de la troisième conférence,* 1900, p. 90; Rapport de la commission par M. Missir, délégué de Roumanie, *Actes*, 1900, p. 199-203; discussion en première lecture, *Actes,* 1900, p. 183-190; vœu du protocole final, *Actes,* 1900, p. 236; Rapport de la commission sur le projet de convention relative à l'interdiction, à la mise en curatelle et à la dation de conseil judiciaire, par M. Missir, *Actes de la quatrième conférence,* 1904, p. 27-4°; discussion en première lecture, *Actes,* 1904, p. 17-26, 41-45; seconde lecture, discussions ultérieures, *Actes,* 1904, p. 147-148; textes proposés par le comité de rédaction, *Actes,* 1904, p. 161-163; disposition du protocole final, *Actes,* 1904, p. 218-221; Exposé des motifs du projet de loi portant approbation de cette Convention, Sénat, 1909, sess. ordin., n. 11, Annexe, séance du 28 janv. 1909; *Doc. parl.,* Sénat, p. 5; Rapport de M. Leroux, n. 29, Annexe, séance du 9 février 1909; Exposé des motifs, chambre, 9e législ., 1909, n. 2332, Annexe, 2e séance du 24 février 1909; loi du 7 avril 1909 portant approbation de cette convention, *J. O.*, du 9 avril.]

(2) Cour de cass. des Pays-Bas, 16 juin 1905, confirmant le jugement du trib. d'Arnheim du 3 avril 1905, qui décide que l'interdiction d'un Hollandais prononcée à l'étranger ne produit aucun effet en Hollande et que « l'opinion qui refuse la force de chose jugée à l'interdiction d'un Hollandais prononcée en Allemagne s'harmonise avec les propositions élaborées par la quatrième conférence de La Haye pour le droit international privé ». J. C., 1908, p. 919.]

il faut qu'elles soient prévenues; les autorités locales peuvent seules donner cet avis aux autorités nationales; elles devront le donner, et sauf entente contraire, cette communication sera faite par la voie diplomatique (art. 4 et 5). En outre, l'autorité locale aura, par des mesures provisoires, à pourvoir d'urgence à la protection de la personne et de ses biens jusqu'au moment où les autorités nationales auront pris une décision définitive. L'intervention des autorités de la résidence habituelle de l'intéressé se bornerait à ce rôle, si l'autorité nationale organisait dans tous les cas la protection de l'incapable; il en sera ainsi, lorsque la justice locale aura été avisée qu'une procédure a été entamée dans le pays de la personne à protéger pour organiser normalement la protection (art. 3 et art. 6, 1er al.).]

[Mais il peut arriver que l'autorité nationale, dûment avertie, néglige d'organiser la protection d'une manière définitive — et il en sera souvent ainsi dans les pays dont la législation ne prévoit pas l'organisation d'office de la tutelle. D'autre part, la justice du pays de l'individu à protéger peut se déclarer incompétente, parce que cet individu, par exemple, n'a conservé aucun domicile dans sa patrie. Dans le premier cas, les autorités requises ne répondront pas à l'invitation qui leur est adressée d'organiser la tutelle (un délai de six mois leur est laissé pour faire parvenir leur réponse); dans le second cas, elles font connaître les raisons pour lesquelles elles se désintéressent de la question. Tacitement ou expressément, la justice d'un pays peut abandonner ainsi à la justice étrangère le soin d'organiser la protection de son ressortissant incapable (art. 6, al. 2). L'autorité locale sera alors compétente pour prononcer l'interdiction de l'étranger. Mais, même dans ce cas, la loi nationale ne perd pas ses droits et la demande en interdiction ne peut être formée que par les personnes et pour les causes admises à la fois par la loi nationale et par la loi de la résidence de l'étranger (art. 7) (1). Les effets de l'interdiction seront régis par la loi locale, si elle a été prononcée par les autorités de la résidence habituelle, et l'administration de la personne et des biens sera organisée selon cette même loi. Mais, encore ici, on respectera autant que possible la disposition de la loi nationale de l'interdit qui ordonnera que la surveillance de l'incapable

(1) [Trib. civ. Seine, 1re ch., 13 fév. 1908, J. C., 1908, p. 461 : il y a lieu de nommer un conseil judiciaire à un étranger dont la loi nationale est sur ce point identique à la loi française.]

sera confiée de droit à une personne déterminée (art. 8). L'interdiction prononcée par les autorités de la résidence habituelle pourra être levée par les autorités nationales, conformément à leur loi; les autorités locales qui ont prononcé l'interdiction peuvent également la lever pour tous les motifs prévus par la loi nationale ou par la loi locale; la demande pourra être formée par tous ceux qui y sont autorisés par l'une ou l'autre de ces lois (art. 11). L'existence d'une tutelle locale ne fait pas obstacle à l'établissement d'une nouvelle tutelle conformément à la loi nationale; la tutelle locale cesse, sur notification, à partir du moment fixé par la loi de l'Etat suivant laquelle elle avait été organisée, et à partir de ce moment, les effets de l'interdiction prononcée par les autorités étrangères sont régis par la loi nationale de l'interdit (art. 10).]

[L'interdiction prononcée par les autorités compétentes, soit en vertu de l'art. 2, soit en vertu de l'art. 8), produit, en ce qui concerne la capacité et la tutelle de l'interdit, ses effets dans tous les Etats contractants sans qu'il soit besoin d'un exequatur (art. 9, 1er al.), comme les décisions qui lèvent l'interdiction (art. 11, al. 3). Les mesures de publicité que prescrit la loi locale pour l'interdiction prononcée par les autorités du pays pourront être déclarées par cette loi également applicables à l'interdiction qui aurait été prononcée par une autorité étrangère ou remplacées par des mesures analogues. Les Etats contractants s'engagent à se communiquer réciproquement, par l'intermédiaire du gouvernement néerlandais, les dispositions qu'ils auront prises à cet égard (art. 9, al. 2).]

[Toutes ces dispositions, contenues dans les art. 1-11 de la convention, s'appliquent indistinctement aux meubles et aux immeubles de l'incapable, sauf quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial (art. 12); elles sont communes à l'interdiction proprement dite, à l'institution d'une curatelle, à la nomination d'un conseil judiciaire, ainsi qu'à toutes autres mesures analogues en tant qu'elles entraînent une restriction de la capacité (art. 13).]

[La Convention contient, en outre, dans ses derniers articles (art. 14-18), les dispositions générales que l'on retrouve dans les autres conventions sorties de la quatrième conférence de La Haye pour le droit international privé : ces clauses de style déterminent les conditions de la ratification et de la dénonciation de cette convention, en délimitent la sphère d'application quant aux terri-

toires et quant aux personnes, et règlent, pour les autres puissances, la faculté d'y adhérer.]

[Telle est, dans ses grandes lignes, l'économie de cet acte diplomatique, qui se propose de concilier le principe de la compétence de la loi nationale avec la nécessité pratique de la protection de l'individu majeur, résidant en pays étranger, dont la situation physique ou morale appelle des mesures spéciales. Cette convention, dont on ne saurait qu'approuver l'esprit général et les dispositions essentielles, sinon tous les détails, dont la pratique seule révèlera les défauts ou les mérites, est une tentative louable destinée à résoudre, au mieux des intérêts des ressortissants des Etats signataires, les questions de droit international privé relatives à l'interdiction et aux mesures analogues (1).]

[En voici le texte, après le résumé :]

[ART. 1er. — L'interdiction est régie par la loi nationale de la personne à interdire, sauf les dérogations à cette règle contenues dans les articles suivants.

ART. 2. — L'interdiction ne peut être prononcée que par les autorités compétentes de l'Etat auquel la personne à interdire appartient par sa nationalité et la tutelle sera organisée selon la loi de cet Etat, sauf les cas prévus aux articles suivants.

ART. 3. — Si, dans un des Etats contractants, un ressortissant d'un autre de ces Etats se trouve dans les conditions requises pour l'interdiction d'après sa loi nationale, toutes les mesures provisoires nécessaires pour la protection de sa personne et de ses biens pourront être prises par les autorités locales.

Avis en sera donné au gouvernement de l'Etat dont il est le ressortissant.

Ces mesures prendront fin dès que les autorités locales recevront des autorités nationales l'avis que des mesures provisoires ont été prises ou que la situation de l'individu dont il s'agit a été réglée par un jugement.

ART. 4. — Les autorités de l'Etat, sur le territoire duquel un étranger dans le cas d'être interdit aura sa résidence habituelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'Etat dont l'étranger est le ressortissant, en communiquant la demande en interdiction dont elles seraient saisies et les mesures provisoires qui auraient été prises.

(1) *Exposé des motifs*, Sénat, sess. ord., n. 11, Annexe, séance du 28 janvier 1909, p. 2; *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., p. 5.

ART. 5. — Les communications prévues aux art. 3 et 4 se feront par la voie diplomatique, à moins que la communication directe ne soit admise entre les autorités respectives.

ART. 6. — Il sera sursis à toute mesure définitive dans le pays de la résidence habituelle tant que les autorités nationales n'auront pas répondu à la communication prévue dans l'art. 4. Si les autorités nationales déclarent vouloir s'abstenir ou ne répondent pas dans le délai de six mois, les autorités de la résidence habituelle auront à statuer sur l'interdiction en tenant compte des obstacles qui, d'après la réponse des autorités nationales, empêcheraient l'interdiction dans le pays d'origine.

ART. 7. — Dans le cas où les autorités de la résidence habituelle sont compétentes en vertu de l'article précédent, la demande en interdiction peut être formée par les personnes et pour les causes admises à la fois par la loi nationale et par la loi de la résidence à l'étranger.

ART. 8. — Lorsque l'interdiction a été prononcée par les autorités de la résidence habituelle, l'administration de la personne et des biens de l'interdit sera organisée selon la loi locale, et les effets de l'interdiction seront régis par la même loi.

Si, néanmoins, la loi nationale de l'interdit dispose que sa surveillance sera confiée de droit à une personne déterminée, cette disposition sera respectée autant que possible.

ART. 9. — L'interdiction, prononcée par les autorités compétentes conformément aux dispositions qui précèdent, produira, en ce qui concerne la capacité de l'interdit et sa tutelle, ses effets dans tous les Etats contractants sans qu'il soit besoin d'un exequatur.

Toutefois, les mesures de publicité, prescrites par la loi locale pour l'interdiction prononcée par les autorités du pays, pourront être déclarées par elle également applicables à l'interdiction qui aurait été prononcée par une autorité étrangère, ou remplacées par des mesures analogues. Les Etats contractants se communiqueront réciproquement, par l'intermédiaire du gouvernement néerlandais, les dispositions qu'ils auront prises à cet égard.

ART. 10. — L'existence d'une tutelle établie conformément à l'art. 8 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle conformément à la loi nationale.

Il sera, le plus tôt possible, donné avis de ce fait aux autorités de l'Etat où l'interdiction a été prononcée.

La loi de cet Etat décide à quel moment cesse la tutelle qui y

avait été organisée. A partir de ce moment, les effets de l'interdiction prononcée par les autorités étrangères seront régis par la loi nationale de l'interdit.

ART. 11. — L'interdiction, prononcée par les autorités de la résidence habituelle, pourra être levée par les autorités nationales, conformément à leur loi.

Les autorités locales qui ont prononcé l'interdiction pourront également la lever pour tous les motifs prévus par la loi nationale ou par la loi locale. La demande peut être formée par tous ceux qui y sont autorisés par l'une ou par l'autre de ces lois.

Les décisions qui lèvent l'interdiction auront de plein droit leurs effets dans tous les Etats contractants, sans qu'il soit besoin d'un exequatur.

ART. 12. — Les dispositions qui précèdent recevront leur application sans qu'il y ait à distinguer entre les meubles et les immeubles de l'incapable, sauf exception quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

ART. 13. — Les règles contenues dans la présente convention sont communes à l'interdiction proprement dite, à l'institution d'une curatelle, à la nomination d'un conseil judiciaire, ainsi qu'à toutes mesures analogues en tant qu'elles entraînent une restriction de la capacité.

ART. 14. — La présente convention ne s'applique qu'à l'interdiction des ressortissants d'un des Etats contractants ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces Etats.

Toutefois, l'art. 3 de la présente convention s'applique à tous les ressortissants des Etats contractants.

ART. 15. — La présente convention sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye, dès que six des hautes parties contractantes seront en mesure de le faire.

Il sera dressé de tout dépôt de ratifications un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

ART. 16. — La présente convention s'applique de plein droit aux territoires européens des Etats contractants.

Si un Etat contractant en désire la mise en vigueur dans ses territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou dans ses circonscriptions consulaires judiciaires, il notifiera son intention à cet effet par un acte, qui sera déposé dans les archives du gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des Etats

contractants. La convention entrera en vigueur dans les rapports entre les Etats qui répondront par une déclaration affirmative à cette notification et les territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, et les circonscriptions consulaires judiciaires, pour lesquels la notification aura été faite. La déclaration affirmative sera déposée, de même, dans les archives du gouvernement des Pays-Bas, qui en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des Etats contractants.

ART. 17. — Les Etats représentés à la quatrième conférence de droit international privé sont admis à signer la présente convention jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'art. 15, alin. 1er. Après ce dépôt, ils seront toujours admis à y adhérer purement et simplement. L'Etat qui désire adhérer notifie son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des Etats contractants.

ART. 18. — La présente convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir de la date indiquée dans l'art. 15, alin. 1er.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront adhéré postérieurement et aussi en ce qui concerne les déclarations affirmatives faites en vertu de l'art. 16, alin. 2.

La convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas 2 et 3, au gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les Etats.

La dénonciation peut ne s'appliquer qu'aux territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou aux circonscriptions consulaires judiciaires compris dans une notification faite en vertu de l'art. 16, alin. 2.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La convention restera exécutoire pour les autres Etats contractants.]

CHAPITRE VIII

DE L'ÉMANCIPATION

292. L'émancipation, ayant pour objet de modifier la capacité, rentre normalement dans le statut personnel et doit être réglée conformément à la loi nationale de l'émancipé. De là les conséquences suivantes : 1° régulièrement prononcée dans un pays, l'émancipation doit être reconnue partout dans ses effets; 2° les effets eux-mêmes, spécialement quant à la capacité de l'émancipé, à la nomination et à l'assistance du curateur, à la nullité ou à la réduction (art. 484 C. civ.) des engagements contractés par l'émancipé, enfin au retrait possible de l'émancipation (art. 485 C. civ.), sont fixés par la loi nationale; 3° la possibilité d'être émancipé ou de bénéficier d'une institution analogue, telle que le *congé d'âge* organisé dans les Pays-Bas, dépend aussi de la loi nationale; 4° il en est de même des conditions, notamment de la condition d'âge, requises pour l'émancipation ou toute autre collation partielle de capacité.

Spécialement, c'est la loi nationale du mari qui règle l'émancipation par mariage, soit pour lui, soit pour la femme lorsque, en se mariant, elle prend la nationalité du mari (1).

Quant aux conditions de forme, il faut s'en tenir à la règle *Locus regit actum*, qui, d'après ce que nous avons dit, s'applique à tous les actes même solennels (2). Mais, étant donné le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* suivant la doctrine moderne, des étrangers devraient pouvoir réaliser l'émancipation par acte privé, conformément à leur loi nationale, dans un pays où elle est soumise à des formes solennelles, comme en France (3).

Dans les pays hors chrétienté, les consuls français peuvent complètement remplacer les juges de paix pour les émancipations intéressant leurs nationaux. En pays de chrétienté, on admet que les consuls peuvent recevoir la déclaration d'émancipation du père ou de la mère. On n'est plus d'accord, quand l'émancipation est prononcée par le conseil de famille, sur le point de savoir si le

(1) Paris, 12 nov. 1898, J. C., 1899, p. 364; [J. C., 1907, p. 348-349.].

(2) Bouhier, I, ch. XXVIII, n. 86; Boullenois, II, p. 49.

(3) [Cpr. J. C., 1907, quest. 161, p. 349-350; Weiss, *Traité*, t. III, p. 355 et suiv.; *id.*, *Man.*, 6e édit., 1909, p. 445-448; Huc, *Droit civil*, t. III, n. 478; Clunet, *Tables générales*, t. III, v° *Emancipation*, p. 730.]

consul peut convoquer et présider le conseil. L'affirmative est cependant admise quand les conventions internationales donnent au consul le pouvoir d'organiser la curatelle : ce sont toutes celles qui lui attribuent pareille compétence pour la tutelle (1). Nous pensons que, puisqu'il s'agit ici d'un acte de juridiction gracieuse et non contentieuse, les consuls peuvent, dans tous les cas, remplacer les magistrats de leur pays pour l'émancipation de leurs nationaux. Cependant, comme, d'après l'interprétation donnée du traité de 1869, la tutelle s'organise toujours dans la patrie du mineur suisse ou français et non à son domicile, les autorités judiciaires helvétiques se refusent à recevoir la déclaration d'émancipation d'un Français (2).

(1) Cass., 19 juin 1878, J. C., 1879, p. 508.
(2) Trib. Fribourg, *J. des trib. vaudois*, 1884, p. 138.

LIVRE III

Des obligations.

CHAPITRE PREMIER

DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL

293. Il est essentiel de bien établir, tout d'abord, que la théorie des obligations considérées au point de vue du Droit international privé ne rentre en aucune façon ni dans le statut personnel, ni dans le statut réel : il ne s'agit nullement, en pareille matière, de la condition juridique des personnes, pas plus que de celle des biens. Aussi ne peut-on songer à trancher les conflits de législations qui s'élèvent à propos des obligations par l'application d'une loi déterminée *à priori*, comme la loi nationale pour le statut personnel et la loi de la situation des biens pour le statut réel. Les conventions sont l'œuvre des parties qui se font en quelque sorte leur propre loi sur tel point spécial et dans leurs rapports respectifs (art. 1134 C. civ.); voilà pourquoi le seul principe général que l'on puisse adopter est le suivant : à défaut de stipulations formelles de leur part, la substance et la portée des obligations seront régies par la loi à laquelle les parties contractantes se seront référées d'une manière expresse ou implicite. Les auteurs allemands expriment très justement cette idée en disant que, dans les conventions, les parties jouissent de *l'autonomie;* elles sont leur propre législateur.

Ce principe avait déjà été formulé par Dumoulin ; mais, dominé par la distinction classique et absolue des statuts, le grand jurisconsulte eut le tort de confondre parfois les règles relatives aux contrats, spécialement aux conventions matrimoniales tacites, avec le statut personnel. Ses successeurs reproduisirent pour la

plupart, ou aggravèrent cette confusion, ou même placèrent souvent, non seulement la forme, mais aussi la substance des contrats sous l'empire de la règle *Locus regit actum* (1).

Aujourd'hui, tout en acceptant le principe rationnel d'autonomie, les jurisconsultes, quoi qu'on en ait dit, ne songent pas à en faire une règle absolue qui permettrait à chacun d'échapper aux dispositions prohibitives ou impératives de la loi dont il relève, en se soumettant volontairement à une autre législation qui lui conviendrait mieux. Tout ce qu'on peut dire, c'est que des controverses existent quant au caractère impératif ou prohibitif de certaines dispositions légales, et, par conséquent, quant au domaine de l'autonomie des contractants en ce qui concerne ces dispositions. Il est également vrai que ce domaine a été parfois un peu exagéré (2) et que, dans nombre de cas que nous indiquerons dans la suite, il doit être restreint en présence des prescriptions catégoriques de la loi dont relèvent les parties (3).

SECTION PREMIÈRE

FORMATION DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

294. La capacité pour contracter, soit d'une manière générale, soit en ce qui concerne telle convention spéciale, comme par exemple les contrats à titre onéreux entre époux (art. 1595 C. civ.), dépend de la loi nationale des parties.

(1) *Molinæi opera,* III, p. 557; Bouhier, *loc. cit.,* chap. XXIII; Boullenois, I, p. 9 et 10, 44e principe.

(2) [La plus fantaisiste de ces exagérations, qui a provoqué une vive émotion dans toute l'Amérique du Sud, a été faite par la Cour d'appel de Santiago qui, le 17 juillet 1907, a décidé que la disposition de la Constitution du Chili qui déclare Chilien l'enfant né au Chili n'a pas un caractère impératif et que l'intéressé peut choisir entre la nationalité espagnole, qu'il tient de son père *jure sanguinis*, et la nationalité chilienne, qui lui est attribuée *jure soli :* son option s'imposerait aux tribunaux de l'Etat dont il a répudié la nationalité sur le territoire de cet Etat et malgré le texte contraire de la loi locale. J. C., 1909, p. 244 et la note.]

(3) V. Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit int. privé,* J. C., 1896, p. 465 et 721. — Cpr. de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit int. privé,* I, p. 245-246; Pillet, J. C., 1895, p. 929 et suiv., 1896, p. 5 et suiv.; [*Id., Principes,* 1903, n. 223-241, p. 430-454; Olive, *Etude sur la théorie de l'autonomie en dr. int. pr.,* 1899; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 335 et suiv.; *id., Man.,* 6e édit., 1909, p. 383-385, et p. 540-553; Roguin, Proposition et premier avant-projet de convention internationale sur les obligations, *Actes de la IIIe Conférence de la Haye,* 1900, p. 61-66; Jitta, *La substance des obligations dans le dr. int. pr.,* 1906, 2 vol. in-8°, dont le premier est consacré aux obligations de nature contractuelle, t. I, p. 342.]

La forme des contrats est régie par la loi du pays où ils interviennent, d'après l'adage *Locus regit actum*.

Quant à la formation même et à ce que l'on appelle la *substance* du lien juridique qui constitue l'obligation, quant à la nature de l'obligation qui peut être simple, conditionnelle, solidaire, etc., il faut appliquer, conformément au principe exposé au numéro précédent, la loi acceptée par les parties : c'est une règle universellement admise.

Ce mot abstrait, *substance*, dont on se sert pour désigner ce qui, dans les conventions, dépend de la loi présomptivement acceptée par les parties, exclusion faite des conditions de capacité et de forme, est fort vague et peut prêter à bien des équivoques. Il est employé, dans les textes législatifs, avec les acceptions les plus diverses : en France, suivant l'art. 1110 C. civ., la substance d'une chose signifie, non pas la substance métaphysique dont la loi n'a guère à se préoccuper, mais les qualités de la chose que les parties ont en vue en contractant : l'art. 9 § 3 du code civil italien parle de la substance des testaments et donations quant à l'acte même qui les constitue, et de la substance des contrats à titre onéreux quant aux effets ou obligations qui en résultent. Il serait plus sage de s'abstenir d'employer une expression aussi peu précise et qui peut favoriser bien des abus. En réalité, les conditions de capacité et de forme mises de côté, puisqu'elles dépendent de lois déterminées, c'est tout le contenu des conventions qui rentre dans le domaine de l'autonomie des contractants. Ceux-ci, se plaçant surtout au point de vue des résultats de l'accord qu'ils ont conclu, entendent régler par la loi qu'ils ont choisie les effets de la convention, les obligations qui en proviennent avec leurs conséquences, ainsi que les éléments nécessaires pour la production de ces effets, abstraction faite toujours des conditions de capacité et de forme. D'ailleurs, même dans ces limites, le principe d'autonomie n'est pas absolu : il peut être restreint par des dispositions impératives ou prohibitives de la loi dont les parties relèvent : nous aurons à déterminer ces dispositions au fur et à mesure qu'elles se présenteront dans les explications qui vont suivre.

Mais rarement les parties indiquent la loi à laquelle elles entendent se soumettre; on doit donc recourir à certaines présomptions pour désigner la loi à laquelle elles ont vraisemblablement voulu se référer.

Une première présomption fort naturelle, c'est que les contractants ont voulu accepter l'application de leur loi nationale quand

ils ont tous la même nationalité : cette loi leur est en effet commune et c'est elle qu'ils connaissent généralement le mieux (1).

Quand les parties ont une nationalité différente, on applique, pour régler leur convention, la loi du pays où cette dernière a été conclue, la *lex loci contractus*. Du moment qu'on ne saurait, sans arbitraire, se prononcer pour la loi nationale de l'une des parties, il est naturel de se conformer à la législation sous l'empire de laquelle elles étaient placées au moment où leur convention a eu lieu, dont, par conséquent, elles connaissent ordinairement les dispositions et qu'elles paraissent avoir acceptée implicitement. C'est ainsi que les contrats de transports internationaux par chemins de fer sont régis par la loi du lieu d'expédition (2).

Mais il ne s'agit ici que de simples présomptions qu'il est toujours possible de combattre par la preuve contraire : aussi les circonstances de fait peuvent-elles établir pour les tribunaux que les parties ont voulu adopter une autre loi que celle qui paraît indiquée par les deux présomptions signalées plus haut. Tel est le point de vue accepté par le code civil italien de 1866, art. 9 (3). C'était aussi celui de quelques anciens jurisconsultes, notamment de Dumoulin : mais la plupart des statutaires considéraient l'application de la *lex loci contractus* comme une règle absolue; toutefois reconnaissant que, dans certaines circonstances, elle ne don-

(1) Cass., 19 mai 1884, D. P., 84. 1. 286; [Cour de justice civile de Genève, 17 mars 1906, J. C., p. 208 : le contrat conclu par deux citoyens suisses en France, où ils étaient de passage, est régi par la loi suisse; or, ce contrat était une vente d'automobile consentie avec cette condition posée par l'acheteur que le prix en serait joué au baccarat; la cour de justice de Genève a annulé ce contrat, réformant le jugement du tribunal civil de Genève, en date du 26 novembre 1905. La solution consacrée en appel ne pouvait faire de doute, semble-t-il, la loi suisse et la loi française s'accordant pour annuler le contrat auquel on a joint une condition illicite. Cpr. la décision de la Haute-Cour de justice, division du Banc du Roi, des 6 et 8 déc. 1905 (J. C., 1907, p. 455) : c'est à la loi anglaise qu'il convient de se reporter pour apprécier la nature d'une convention passée en France entre deux sociétés anglaises constituées conformément à la loi du Royaume-Uni et ayant en Angleterre leur siège social. Haute-Cour de justice, division du Banc du Roi, 13 fév. 1908 et 22 mai 1908, J. C., 1908, p. 218-220 : application de la loi anglaise à un règlement de dettes de jeu fait entre deux Anglais à l'étranger. La décision des 6 et 8 déc. 1905 a été maintenue quant à la détermination de la loi applicable et réformée au point de vue pénal, par la décision de la Chambre des lords du 27 nov. 1907, J. C., 1908, p. 858.]

(2) Poinsard, *Des transports intern. par chemins de fer*, J. C., 1892, p. 41. — Pour le cas où les transports sont faits sous l'empire de la convention d'Union de Berne, V. Poinsard, *Etudes de Droit intern. convent.*, I, p. 167.

(3) V. Code autrichien, §§ 36-37.

nait plus la véritable interprétation de la volonté des parties, ils y apportaient un certain nombre d'exceptions plus ou moins arbitrairement limitées. On retrouve la même idée chez Merlin qui l'appuie sur l'art. 1159 C. civ., aux termes duquel, pour interpréter les conventions, on se réfère, dans le silence des parties, aux usages du lieu où le contrat a été conclu. Mais l'art. 1159, écrit pour l'interprétation des conventions intervenues en France, ne peut servir de principe absolu pour trancher les conflits de lois en matière d'obligations (1).

La vérité est qu'il s'agit de rechercher l'intention des parties et que les présomptions indiquées pour servir de renseignements à cet égard doivent être écartées dès que les circonstances témoignent qu'elles ne sont pas fondées (2). C'est là, d'ailleurs, une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation (3).

295. Dans un autre système, on considère comme présomptivement acceptée par les parties contractantes la loi du pays où l'obligation doit être exécutée, plutôt que celle du pays où elle est formée. Cette idée a été particulièrement développée par de Savigny qui l'a établie sur des raisons juridiques dont la manifestation se trouve dans les textes du Droit romain (4). Le grand romaniste allègue surtout les textes suivants : 1° L. 21, Dig., *de O. et A.*, XLIV, 7. « Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit » ; 2° L. 3, Dig., *de Rebus auctor. jud. possid.*, XLII, 5 : « Contractum autem non utique eo loco intelligitur quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia ». Ces textes établissent, dit-il, que la substance même de l'obligation est régie par la loi du lieu où l'exécution doit se faire.

Mais, tout d'abord, on a contesté la portée qui est ainsi donnée aux textes précités, et l'on a soutenu que les dispositions qu'ils contiennent ont simplement pour effet d'attribuer compétence au juge du lieu où les obligations doivent s'exécuter, pour connaître des contestations auxquelles ces obligations donnent naissance. On peut, de plus, objecter d'autres textes qui semblent au con-

(1) Boullenois, II, p. 495 et 457-458; Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 4, n. 11.

(2) *Hoc sensu :* Besançon, 11 janv. 1883, D., 83. 2. 211; Cass., 18 mai 1886, D. P., 87. 1. 277 et la note. — Trib. fédéral suisse, 17 mars 1893, J. C., 1893, p. 638.

(3) Cass., 19 mai 1884, D. P., 84. 1. 386. — Pour empêcher les parties d'imposer, par leurs fantaisies, un travail inutile aux juges, le projet de révision du code civil belge, art. 7, ne leur permet de se référer qu'à l'une des lois suivantes : loi nationale de l'une d'elles, loi du lieu de formation du contrat, ou loi du lieu d'exécution.

(4) *Système,* VIII, § 244.

traire placer l'obligation, considérée en elle-même, sous l'empire de la loi du lieu où elle a été contractée, ce qui confirmerait l'application de la *lex loci contractus*. Citons, notamment, la loi 6 *de Eviction.*, Dig., XXI, 2, aux termes de laquelle la garantie pour cause d'éviction est réglée par la loi en vigueur au lieu où la vente a été faite; et la loi 8, pr., *Mandati,* Dig., XVII, 1, qui est ainsi conçue : « Labeo putat uniuscujusque enim contractus *initium* spectandum esse et causam ».

D'ailleurs, quelles qu'aient été les idées des juriconsultes romains sur cette question, il est certain que la seule manière de trancher rationnellement les conflits de législations qui nous occupent en ce moment est d'appliquer la loi présomptivement acceptée par les parties; or il n'est pas vraisemblable, *a priori,* et si les circonstances de fait ne le prouvent pas, que les contractants aient voulu se référer à la loi du lieu où l'exécution doit se faire plutôt qu'à celle du pays où leur convention est conclue; cette dernière loi est connue d'eux, tandis qu'ils ignorent souvent quelle sera la première, le débiteur pouvant en général se libérer à son domicile, à moins de convention contraire, et son domicile pouvant être déplacé depuis le jour où le contrat est formé jusqu'au jour où il doit être exécuté. Au surplus, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, chacune des parties peut exécuter ses obligations dans des lieux différents, et il serait étrange que des lois différentes régissent les effets d'un seul et même contrat. Enfin, il faut déterminer le *locus executionis* qui est souvent fixé par une loi positive : il faut connaître d'abord celle-ci, ce qui revient à déterminer la loi à appliquer pour savoir quelle est la loi applicable (1)!

En Angleterre et aux Etats-Unis, on ne tient pas compte de la loi nationale quand les deux parties ont la même nationalité, et

(1) [Suivant M. Jitta, *La substance des obligations en droit international privé,* t. I, 1906, p. 20-28, la loi applicable aux contrats n'est ni la *lex loci contractus,* ou *actus,* ni la *lex loci executionis.* Ce sont là des théories simplistes et inexactes. Il faut leur substituer un criterium nouveau et envisager le milieu social dans lequel le contrat est appelé à avoir son retentissement. On distinguera à ce point de vue le *contrat local national,* le *contrat local étranger* et le *contrat international.* Les distinctions que propose M. Jitta sont ingénieuses, mais difficiles à suivre et tellement ténues dans leur application qu'il est permis de se demander si elles n'échapperont pas quelque peu au juge chargé de les mettre en œuvre et si elles n'accroîtront pas encore l'arbitraire des tribunaux et par cela même l'insécurité des plaideurs Mais la lecture de l'ouvrage de M. Jitta, qui est fortement pensé, n'en est pas moins très intéressante et suggestive.]

l'on applique toujours la *lex loci contractus;* toutefois, si l'exécution doit avoir lieu dans un autre endroit que celui où l'obligation s'est formée, c'est la loi du pays où l'exécution doit s'accomplir qui l'emporte. D'ailleurs, dans ces deux pays, il n'est pas tenu compte de la volonté des parties; la *lex loci contractus* ou la *lex loci executionis* s'appliquent en vertu du principe absolu de la territorialité des lois. On retrouve encore cette prédominance de la *lex loci executionis* en Allemagne (1). Dans ce dernier pays, on arrive à ce résultat en suivant la loi du domicile du débiteur, qui est ordinairement celle de l'exécution; c'est, en somme, une forme d'application de la *lex fori* (2). De même la loi bavaroise du 23 février 1879 (art. 81), introductive du code d'organisation judiciaire allemand, ne fait appliquer la loi du lieu où le contrat s'est formé que lorsque le lieu d'exécution n'est pas déterminé : sinon, c'est la loi de ce dernier lieu qui s'applique (3).

296. Les mêmes principes doivent s'appliquer aux contrats synallagmatiques et aux contrats unilatéraux; c'est à tort que Fœlix fait toujours régir ces derniers par la loi personnelle du

(1) Lawrence, *op. cit.,* III, p. 265-270; Story, *op. cit.,* § 280, p. 325; [Westlake, *Priv. int. law,* 4e éd., 1905, § 212, p. 277-280]; Dicey et Stocquart, *op. cit.,* I, n. 123; jurisprudence de la Louisiane, J. C., 1875, p. 41; Trib. supérieur de commerce de Leipzig, J. C., 1874, p. 133; Code général de Prusse, liv. I, tit. V, §§ 256-257; Code saxon, § 11. — V. J. C., 1886, p. 609. — Trib. supérieur de Hambourg, 25 juin 1898, J. C., 1900, p. 375; Trib. supérieur d'Iéna, 30 juin 1897, J. C., 1899, p. 608; Trib. supérieur de l'Empire, 1er mars et 8 juillet 1882, 19 mai 1893, 15 janv. 1892, J. C., 1893, p. 154 et 1230. — Dans le projet du Code civil allemand, la commission de rédaction avait proposé l'application de la *lex loci contractus :* cette proposition n'a pas été maintenue dans le texte définitif, de sorte que l'on continue à appliquer la *lex loci executionis,* suivant les errements de la jurisprudence. [V. toutefois Trib. supérieur hanséatique, 24 octobre 1907, interprétant une clause contenue dans un contrat de vente intervenu entre un vendeur anglais et un acheteur allemand d'après la loi du lieu où l'obligation a pris naissance, c'est-à-dire d'après la loi du domicile de l'obligé, le vendeur en l'espèce, donc d'après le droit anglais, J. C., 1909, p. 217, et Trib. rég. supérieur de Brunswick, 7 février 1908, décidant qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 313 du Code civil allemand qui prescrit la forme judiciaire ou notariée à la vente conclue en pays étranger (à Christiania) d'un immeuble situé à l'étranger (une forêt située en Norvège), lorsque, dans le contrat, les parties ont stipulé que « dans toutes les difficultés qui naîtraient du contrat, le tribunal de Berlin serait compétent et que le contrat lui-même devrait être jugé d'après la loi allemande », J. C., 1909, p. 520; cpr. Trib. de l'Empire allemand, 2 juin 1908, J. C., 1909, p. 518. — Dans le sens de la *lex loci executionis,* v. Trib. fédéral suisse, 26 juin 1907 et 31 octobre 1908, J. C., 1908, p. 571 et p. 932].

(2) Trib. sup. de Francfort-sur-Mein, 4 mars 1892, J. C., 1894, p. 150 et suiv.

(3) Trib. de l'Empire, 3 déc. 1891, J. C., 1892, p. 1040.

débiteur (1). Cette solution ne s'expliquerait que pour les actes unilatéraux tels que le testament; mais dans un contrat quel qu'il soit, bilatéral ou unilatéral, on trouve un accord de deux ou plusieurs volontés, et, comme il serait arbitraire de s'attacher à la loi nationale de l'une des parties, on doit appliquer une législation qui soit vraisemblablement acceptée par elles toutes, c'est-à-dire leur loi nationale si elles ont même nationalité, ou, dans le cas contraire, la loi du pays où la convention est conclue.

297. C'est sans difficulté encore que nous résoudrons de la même manière les conflits de lois se présentant à propos d'un contrat d'assurance maritime ou d'affrètement. On a proposé d'appliquer, en ce qui concerne le contrat d'affrètement, la loi du lieu de débarquement, par cette raison que c'est là que doivent se faire la livraison de la marchandise et le paiement du fret (2) : mais nous avons déjà démontré que la *lex loci executionis* ne peut, en thèse générale, être considérée comme acceptée tacitement par les contractants, ce qui est particulièrement vrai dans le contrat d'affrètement lorsque le lieu de débarquement n'est pas, comme il arrive souvent, nettement désigné à l'avance. Ecartant aussi l'opinion admise en Angleterre, d'après laquelle le contrat d'affrètement serait régi par la loi du pavillon du navire (3), nous réglerons et interpréterons les contrats d'assurance et d'affrètement d'après la loi nationale des parties ou la *lex loci contractus*, suivant que les contractants ont ou n'ont pas la même nationalité (4).

Pour le prêt à la grosse, l'hypothèque maritime et les autres engagements que le capitaine peut contracter en cours de route au sujet du navire, les conditions de forme étant fixées d'après la règle *Locus regit actum*, il faut, en ce qui concerne les pouvoirs du capitaine, appliquer la loi du pavillon du navire : cette loi fixe en

(1) *Op. cit.*, I, p. 227 et p. 230, note *b*; [Zitelman, *Int. Privatr.*, t. II, p. 366 et p. 386.]

(2) Asser, *op. cit.*, p. 219; Code de comm. hollandais, art. 498; Trib. sup. de Hambourg, 3 juin 1896, J. C., 1897, p. 825.

(3) Westlake, J. C., 1882, p. 12; [*id.*, *Priv. int. law.*, 4e édit., 1905, § 219, p. 285-287.]

(4) Asser, *op. cit.*, p. 226, n. 116; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, II, n. 2000; Cass., 11 février 1862, S., 62. 1. 376. — Cass., 22 avril 1872, J. C., 1874, p. 121; [Douai, 2e ch., 2 mars 1907, J. C., 1908, p. 456; Trib. comm. Anvers, 1re ch., 30 janv. 1907, J. C., 1908, p. 206. — Cpr. Trib. rég. de Hambourg, 6 octobre 1905, J. C., 1909, p. 204; Trib. hanséat. sup. de Hambourg, 7 mars 1906, J. C., 1908, p. 187. — Cpr. Jitta, *op. cit.*, t. Ier, p. 404-407.]

effet les pouvoirs du capitaine que les tiers doivent apprécier en se référant à la loi du pays auquel le navire appartient (1).

297 *bis*. Pour les transports par chemins de fer, des règles uniformes ont été adoptées dans le traité d'Union conclu à Berne le 14 octobre 1890 entre l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, l'Italie, la France, les Pays-Bas, le Luxembourg, la Russie et la Suisse (2) : elles ne visent que le transport des marchandises, à l'exclusion des voyageurs et de leurs bagages. En dehors de cette convention, pour les transports par terre, en chemins de fer ou autrement, il faut s'inspirer des principes généraux précédemment exposés. Mais l'accord est loin d'exister sur leur application en cette matière (3).

Pour le premier contrat qui intervient entre l'expéditeur et l'entrepreneur de transport auquel il s'adresse, il faut suivre la loi présomptivement acceptée par les deux parties. Ce sera, sauf indication contraire, la loi du pays où le contrat intervient, la *lex loci contractus*. L'application de la loi nationale des parties, quand elles ont même nationalité, admise par beaucoup d'auteurs, comme dans les autres conventions, nous paraît ici peu raisonnable : en fait, l'entrepreneur de transports détermine implicitement ses obligations conformément à la loi en vigueur dans le pays où il exerce son industrie, sans se préoccuper de sa propre nationalité, ni de celle des expéditeurs qui comptent, eux aussi, sur l'application de la loi du pays où l'expédition est faite (4).

D'autre part, l'entrepreneur de transport est commissionnaire en tant qu'il traite, pour l'arrivée de la marchandise ou des voyageurs à destination, avec d'autres entrepreneurs qui recevront de lui les objets ou les personnes, les transmettront à leur tour à d'autres

(1) Lyon-Caen, J. C., 1882, p. 497 et suiv.; Trib. Anvers, *J. d'Anvers*, 1887, p. 378; Bordeaux, 1er avril 1889, *Le Droit*, 28 juin 1889; Congrès d'Anvers, J. C., 1885, p. 599; [Jitta, *op. cit.*, t. Ier, p. 160-164.]

(2) *J. off.*, 30 déc. 1891. — Sur cette convention, v. Lyon-Caen, J. C., 1893, p. 465; 1894, p. 435, 641; Poinsard, *id.*, 1892, p. 33 et *Etudes de droit internat. conventionnel*, I, p. 119 et suiv.; N. Droz, *R. G. D. I.*, 1895, p. 169 et suiv. — [V. le texte de la deuxième convention additionnelle signée à Berne le 19 sept. 1906, promulguée en France par le décret du 17 oct. 1908, dans le *J. off.* du 24 oct. 1908, p. 7277-7283.]

(3) Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Contrat de louage*, 3e éd., t. IIe, 1907, p. 1053 et suiv.; Arthuys, *Du transport au point de vue internat.*, *Rev. critique*, 1893, p. 280; Lyon-Caen et Renault, IV, n. 838 et suiv.; Thaller, *Ann. de Droit comm.*, 1886-1887, p. 304 et suiv.; [Jitta, *op. cit.*, t. Ier, p. 241-259, et p. 270-276.]

(4) A. Rolin, *op. cit.*, III, n. 1242.

voituriers, et ainsi de suite jusqu'au terme du voyage à travers plusieurs pays. Quelle est la loi qui régit les rapports contractuels, ainsi formés par l'intermédiaire du premier voiturier commissionnaire entre les particuliers et les voituriers ultérieurs ? On a soutenu que chaque voiturier se réfère implicitement à la loi du pays où il exerce son industrie et où son contrat spécial intervient entre l'expéditeur et lui par l'intermédiaire du premier voiturier commissionnaire : ce serait donc la loi du pays où chaque voiturier reçoit les choses à transporter qui, réputée également acceptée par l'expéditeur originaire, règlerait les rapports de ce dernier et de chacun des entrepreneurs de transport. — Mais la plupart des auteurs et des tribunaux dans les différents pays adoptent une autre solution. C'est la loi du lieu où intervient la première convention, autrement dit la loi du lieu d'expédition, qui règle les relations entre l'expéditeur et les voituriers subséquents, parce que chacun de ceux-ci, en acceptant la lettre de voiture transmise par le premier entrepreneur de transport, assume en même temps les obligations qui en découlent conformément à la loi du lieu de l'expédition primitive qui régit le contrat entre l'expéditeur et le premier voiturier (1). On reconnaît cependant que chaque voiturier peut, par stipulation formelle, réserver l'application de la loi du pays où il exerce son industrie, sans être obligé d'accepter celle du lieu de l'expédition primitive (2).

En principe, par conséquent, la loi du lieu d'expédition primitive s'appliquera à tous les transports effectués par les voituriers ultérieurs quant aux points suivants :

1° Pour fixer la responsabilité du voiturier. Logiquement, il faut en conclure que la clause de non responsabilité doit être appréciée d'après la loi du contrat d'expédition, et non d'après

(1) De Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatrechts,* 2e édit., II, p. 142 et s.; Cass., 15 déc. 1886, S., 87. 1. 485; Besançon, 18 mai 1892, S., 93. 2. 73. Montpellier, 26 juin 1895, J. C., 1896, p. 1066; C. com. allemand, art. 401, et les autorités citées par Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.,* p. 1055, note 1. — Suivant M. Jitta, *op. cit.,* t. I, p. 276, « ni la loi du pays où le transport commence ni celle du pays où il finit, ne sont applicables par elles-mêmes au transport international successif. Force est de diviser la matière et de chercher le droit dans les circonstances de chaque relation particulière. La lacune a été comblée par le traité de Berne, et cela a été un des motifs qui l'ont fait conclure. C'est un remède de ce genre que le droit international réclame ».]

(2) Cass., 14 août 1876, S., 76. 1. 478 ; 4 déc. 1894, S., 95. 1. 142; Aix, 24 déc. 1891, J. C., 1892, n. 922; Trib. d'appel de Hambourg, 7 janv. 1881, J. C., 1888, p. 272.

celle du pays où s'effectue le transport. Cependant cette clause a été écartée en France comme contraire à l'ordre public ; ce qui paraît bien exagéré, cette clause ne se rattachant pas à une question de moralité générale, mais à des conditions économiques ou de moyens de transport particulières à chaque pays (1). 2° Pour déterminer par qui et contre qui peuvent être exercées les actions pour avaries, pertes ou retard (2). 3° Pour fixer le prix de transport. Cependant, les tarifs de chemins de fer, étant en général d'ordre public dans chaque Etat, et, dans tous les cas, étant publiés d'avance de manière que les parties doivent compter sur leur application, sont exclusivement fixés par la loi du lieu de chaque transport. Il en est de même, et pour les mêmes raisons, des délais impartis aux compagnies de chemins de fer pour effectuer les transports (3).

Enfin, de l'avis de tout le monde, les questions relatives à la livraison de la marchandise sont réglées par la loi du lieu d'arrivée.

Il en sera ainsi, notamment, pour les points suivants : 1° la procédure en cas de refus de la marchandise par le destinataire (art. 106 C. com.); 2° la fin de non-recevoir ou la prescription opposée par le voiturier en cas d'avaries : à ce propos, notons que l'art. 105 C. com. n'étant pas applicable aux transports internationaux, les parties peuvent adopter une déchéance différente d'après une loi étrangère (4); 3° le droit de rétention du voiturier.

(1) Cpr. Cass., 4 fév. et 31 mars 1874, S., 74. 1. 273 et 385; 12 juin 1894, S., 95. 1. 461; 23 fév. 1864, S., 64. 1. 385. [V. cep. Paris, 6e ch., 19 mars 1907, J. C., 1907, p. 1139, qui a décidé, à l'occasion du transport d'une automobile de New-York à Paris, que l'exonération de responsabilité dont bénéficie le commissionnaire de transport n'est pas contraire à l'ordre public, car ce qui serait une clause licite dans une convention ne peut constituer une disposition illicite dans une législation étrangère (celle de la plupart des Etats de l'Union américaine et celle de l'Etat de New-York).]

(2) [Trib. com. Seine, 4 déc. 1907, J. C., 1908, p. 846, déclarant inapplicable la loi du 17 mars 1905 modifiant l'art. 103 du C. de com., à l'occasion de la perte d'une barre d'argent tombée à la mer pendant le débarquement du navire anglais au cours du transport de Londres à Paris par Newhaven et Dieppe, la compagnie de l'Ouest n'étant pas responsable de l'accident survenu entre les mains de la compagnie anglaise. — Cpr. Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1905. 1. 237; G. Bertin, *Etudes de législ. comp., La responsabilité du transporteur*, Paris, 1905; Jilla, *op. cit.*, t. I, p. 247-248.]

(3) Cass., 25 mars 1885, S., 86. 1. 178; Cass., 24 juin 1872, S., 72. 1. 302; 2 mai 1882, S., 82. 1. 324.

(4) Cass., 7 nov. 1893, S., 94. 1. 93; [Cpr. cour just. civ. Genève, 9 nov. 1907, J. C., 1908, p. 1290; Cour sup. d'Autriche, 7 mai 1907, J. C., 1908, p. 1219.]

298. L'application de la *lex loci contractus* provoque parfois des difficultés pour savoir quel est le lieu où se forme exactement la convention.

Ce lieu n'est pas assurément celui où se rédige l'acte qui ne sert qu'à prouver l'obligation et non à la créer. De même une obligation conditionnelle doit être considérée comme née au lieu où les parties tombent d'accord, et non dans celui où la condition s'accomplit, puisque la condition rétroagit au jour de la formation du contrat. Enfin, les contrats qui sont astreints à certaines formalités pour leur validité, par exemple l'homologation du tribunal pour les ventes d'immeubles opérées par un tuteur (art. 457 et 458 C. civ.), se forment au lieu où l'accord des parties est intervenu et non dans celui où la formalité complémentaire est remplie.

299. Contrats par correspondance postale, télégraphique ou téléphonique (1). — Les législations des différents pays, les décisions des tribunaux quand la loi n'a pas réglé la question comme c'est le cas en France, enfin les opinions des jurisconsultes sont en désaccord complet sur le point de savoir à quel moment se forme une convention entre absents, conclue par des procédés de communication que l'on désigne sous l'expression générale de correspondance. Tous les systèmes proposés ou consacrés en fait peuvent se ramener à deux principaux : 1° Système de l'*information* ou de la *recognition*, suivant lequel le contrat ne prend naissance que lorsque l'offrant a connaissance de l'acceptation; 2° Système de la *déclaration* ou *agnition*, d'après lequel le contrat est parfait dès que l'acceptation est déclarée. Quelques-uns exigent, de plus, que l'acceptant ait envoyé son adhésion à la proposition qui lui est faite (système de l'*expédition*); d'autres, en plus

(1) J. Valéry, *Des contrats par correspondance,* p. 359 à 379; [*Id.*, note sous Gênes, 27 nov. 1906, J. C., 1907, p. 1199;] Surville, *Du contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux,* J. C., 1891, p. 361; [Surville et Arthuys, *Dr. int. pr.,* 4e édit., 1904, p. 230 *in fine;*] Chrélien, note sous arrêt de Turin, 13 janv. 1891, J. C., 1891, p. 1028; Renault, *Etude sur les rapports internationaux, la Poste et le Télégraphe,* 1877; Rousseau, *De la correspondance postale et télégraphique;* Girault, *Traité des contrats par correspondance,* 1890; Hepp, *De la correspondance privée, postale et télégraphique;* Serafini, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile et commerciale;* Norsa, *Il telegrafo e la legge;* Fischer, *Die Telegraphie und das Völkerrecht,* 1876; Meili, *Das Telephonrecht,* 1885; Hindenbourg, in *R. D. I.,* 1897, p. 263; [Weiss, *Traité,* t. IV, p. 352 et suiv.; *id., Man.,* 6e édit., 1909, p. 552-554; Audinet, *Pr. élém. de. dr. int. pr.,* 2e édit., 1906, n. 379-381, p. 288-291; Westlake, *Priv. int. law,* 4e édit., 1905, § 224, p. 288.]

petit nombre, que le proposant ait reçu l'acceptation (système de la *réception*), sans exiger d'ailleurs, comme dans la première théorie, qu'il en ait pris connaissance. Même, suivant certains jurisconsultes, toute règle absolue devrait être écartée, et chaque espèce devrait être jugée suivant les circonstances de fait en combinant les théories qui viennent d'être indiquées. En France, la jurisprudence la plus récente paraît être dans le sens du second système, dit de la *déclaration* ou *agnition* (1).

Cette controverse n'a pas d'influence sur la détermination de la loi applicable aux conventions, si l'on adopte la loi du lieu d'exécution du contrat : mais on a déjà vu que cette solution ne peut être admise en principe. Au contraire, si l'on considère comme applicable dans nombre de cas, suivant l'opinion que nous avons adoptée, la *lex loci contractus,* il y a, semble-t-il une nécessité évidente à trancher la question de savoir comment et à quel instant se forme le contrat par correspondance. Est-ce par la simple acceptation de celui à qui la proposition est faite? Il sera parfait dans le lieu où se trouve l'acceptant, et c'est la loi de ce lieu qui sera la *lex loci contractus.* N'est-il parfait que par la connaissance qu'aura le proposant de l'acceptation, ou par la notification qui lui sera faite de l'acceptation? Il se formera dans le lieu où se trouve l'auteur de la proposition, et c'est là qu'il faudra fixer la *lex loci contractus.*

Disons, tout d'abord, qu'il est insuffisant de décider, avec quelques publicistes, qu'il faut toujours suivre la loi du pays où le

(1) Rennes, 15 décembre 1891, J. C., 1892, p. 912; Poitiers, 21 janv. 1891, *Gaz. Pal.,* 20 fév. 1891; Bordeaux, 11 mars 1892, *Rec. de Bordeaux,* 1892. 1. 192; Limoges, 2 mars 1894, *Gaz. Pal.,* 23 mai 1894. Pour la jurisprudence et la doctrine en France et à l'étranger, V. Valéry, *loc. cit.,* p. 128-135; pour les lois étrangères, *id.,* p. 136-247; [Naples, 26 fév. et 16 mars 1900, J. C., 1905, p. 729; Milan, 7 juin 1905, *Riv. di diritto commerciale,* 1906, II, p. 141 et la note de M. Anzilotti; Cass. Palerme, 27 fév. 1900, J. C., 1905, p. 440; Gênes, 27 nov. 1906, J. C., 1907, p. 1199 et la note de M. Valéry; *Contrà,* Milan, 16 juin 1906, *Riv. di dir. comm.,* 1906, II, p. 509; cour d'appel de Londres, 11 déc. 1907, J. C., 1908, p. 1200; Clunet, *Tables générales,* t. III, v° *Contrat par correspondance,* p. 533. Le code civil autrichien, art. 882, a consacré le système de l'information ou recognition; le code de commerce italien de 1882 l'a aussi admis (art. 36), mais il y a apporté tant d'exceptions que ce système court le risque de ne recevoir que des applications très limitées (Valéry, *loc. cit.,* n. 250 et suiv.; *Contrà* Vivante, *Trattato di diritto commerciale,* 3e édit., 1905, n. 1506, note 14. Le code fédéral suisse des obligations, art. 8, maintenu en vigueur par le code civil suisse du 10 déc. 1907, et le code civil allemand, art. 151, ont consacré le système de la déclaration ou agnition.]

contrat s'est formé. La question est précisément de savoir quel est ce lieu de formation du contrat, et l'on aboutit ainsi à un véritable cercle vicieux.

Presque tous les jurisconsultes veulent alors appliquer la loi à laquelle les parties se sont référées en déterminant cette loi d'après les circonstances de fait pouvant constituer des présomptions raisonnables de leur volonté, et c'est d'après cette loi qu'on déciderait quand et, par conséquent, en quel lieu, la convention est réputée parfaite, quelle est par suite, la *lex loci contractus* à suivre (1).

Mais toutes les présomptions proposées pour préjuger la loi à laquelle les parties se sont référées, en ce qui concerne le moment où la convention par correspondance doit être réputée parfaite, sont arbitraires et peuvent aisément se combattre les unes par les autres. Les uns s'en tiennent à la loi de l'acceptant, parce que celui-ci est présumé régler son acceptation et la naissance de ses obligations d'après sa loi propre qu'il connaît et à laquelle il se réfère implicitement. En se plaçant au point de vue du proposant et en tenant compte de sa référence tacite à sa propre loi, d'autres veulent appliquer la loi de l'auteur de la proposition. Mais y a-t-il vraiment une raison pour donner la préférence à une de ces lois plutôt qu'à l'autre? N'est-il pas vrai, en fait, que l'acceptant comme le proposant peuvent soutenir qu'ils se sont référés chacun à sa loi spéciale pour fixer le moment où la convention est devenue obligatoire? Chacun d'eux n'a-t-il pas compté sur les dispositions de sa loi qu'il connaît, ou ne s'est-il pas réglé sur les renseignements qui lui ont été fournis par les hommes compétents conformément à la loi du pays où il se trouve?

On a dit encore qu'il faut, pour que le contrat par correspondance soit formé, que chaque partie se considère comme engagée; or, vu la divergence des lois sur le moment où l'engagement naît du contrat par correspondance, il faudrait attendre le moment fixé par celle des deux lois qui en recule le plus la formation (2).

(1) [Haute-Cour de justice, div. du Banc du Roi, 9 nov. 1906, J. C., 1907, p. 792 : s'agissant d'une promesse de mariage faite par correspondance de la part d'un Américain établi à Londres à une Danoise, la Haute-Cour de justice a décidé que c'est à l'intention des parties qu'il faut se référer pour déterminer la loi applicable à ce contrat par correspondance entre parties habitant des pays différents et soumises à des législations différentes; elle a jugé qu'en fait, étant données les circonstances de la cause, les parties ont entendu faire prédominer la loi anglaise.]

(2) Chrétien, J. C., 1891, p. 1028.

Mais, chaque contractant, pouvant légitimement se placer au point de vue de sa loi propre, se dira engagé au moment que fixe cette loi, sans se préoccuper ds ce que décide, sur ce point, la loi de l'autre partie : il peut, par conséquent, réputer aussi lié envers lui son cocontractant, conformément à ce qu'établit sa loi quant au moment de la perfection du contrat.

Ecartant toutes ces opinions, nous pensons que la question de savoir à quel moment se forme le contrat par correspondance est en dehors du domaine de l'autonomie des parties, et qu'il n'y a pas lieu de rechercher, à ce sujet, quelle est la loi à laquelle elles se sont référées. La fixation du moment où se révèle l'accord des volontés constituant le contrat est une question de législation, non pas seulement intérieure, comme dit M. Asser (1), mais plus exactement absolue au point de vue de chaque législateur; c'est-à-dire que ce dernier entend établir sur ce point une règle de droit rationnelle, de sorte qu'à ses yeux, sans se préoccuper des divergences des lois étrangères, il y a convention au moment qu'il détermine et il ne peut pas y en avoir avant ce même moment. Or, il n'est pas admissible que, pour un législateur quelconque, les parties puissent volontairement, par adoption même formelle d'une loi étrangère, substituer aux conditions essentielles de formation des contrats des principes différents de ceux que ce législateur établit. Ce serait mettre, non plus les effets des conventions et la situation particulière qui en résulte pour les parties, à la discrétion de ces dernières, mais la conception même du droit et les principes des contrats tels que le législateur les comprend. Aussi déciderons-nous que, sans avoir à tenir compte de la volonté des contractants, sans avoir à rechercher le *locus contractus*, qui, en réalité, n'est nulle part pour un contrat par correspondance, les conditions et le moment de formation d'un contrat de ce genre seront fixés par les tribunaux suivant les dispositions exclusives de leur propre loi ou *lex fori*. Dans le silence de la *lex fori* sur ce point, comme en France, les tribunaux devront s'inspirer du système qu'ils considèrent comme le plus rationnel et le plus en harmonie avec les principes et l'esprit de leur propre législation. Ainsi, suivant le dernier état de notre jurisprudence, tout contrat par correspondance en pays étrangers ou entre étrangers sera parfait en France, dès l'instant que l'*accipiens* aura répondu affirmativement au proposant, quelles que soient les décisions différentes

(1) Asser, trad. Rivier, n. 35.

de la loi ou des tribunaux dans le pays où se trouvent les contractants. C'est la solution qui, en fait, est adoptée par les tribunaux, pour lesquels la formation du contrat dépend de la *lex fori* ou des traditions de la jurisqrudence de leur pays (1). C'est aussi celle qui résulte des propositions de Grotius et de Hertius, suivant lesquels les contrats en mer, dans une île déserte ou *par correspondance,* dépendent du *droit naturel :* ce droit naturel, ce sont les principes de raison que chaque législateur a adoptés ou, à son défaut, que les tribunaux appliquent, en se conformant à la conception de droit qu'ils estiment la meilleure (2). De là, du reste, il résultera inévitablement que, les difficultés résultant du contrat pouvant être portées devant les tribunaux de différents pays, les conditions et le moment de formation du contrat seront peut-être diversement appréciés suivant que l'on s'adressera à la juridiction d'un Etat ou à celle d'un autre : il n'y aurait qu'un accord entre les législations pour adopter des principes identiques en matière de contrats par correspondance qui pourrait écarter ces fâcheuses contradictions.

300. Contrats par mandataires. — Dans une opération de ce genre, il faut distinguer le mandat lui-même du contrat qui intervient entre le mandataire et les tiers pour le compte du mandant.

Le mandat se forme au lieu où se trouve le mandataire, au moins d'après notre législation, puisqu'il est définitif par la simple acceptation de celui-ci (art. 1984 et 1985 C. civ.) (3). Toutefois, la *lex loci contractus* étant simplement présumée acceptée par les parties, les circonstances pourront démontrer que les contractants ont voulu se soumettre à une autre législation. Or, souvent, on devra supposer que le mandant a voulu limiter son mandat d'après les dispositions de sa loi nationale qu'il connaît mieux

(1) Milan, 17 déc. 1888, J. C., 1892, p. 152; Groningue, 14 juillet 1871, *R. D. I.,* 1872, p. 659; Trib. com. Bruges, 16 mai 1890, J. C., 1891, p. 272; Cass. Turin, 13 janv. 1891, *ibid.,* 1891, p. 1026; Rennes, 15 déc. 1891, J. C., 1892, p. 912; [Gênes, précité, 27 nov. 1906, p. 1199 : cet arrêt, en discutant dans ses considérants la question de savoir où le contrat s'est formé (ordre de bourse donné par un spéculateur italien à un banquier de Paris) s'est occupé uniquement des dispositions de la loi italienne, sans se demander s'il ne fallait pas prendre en considération les règles qui peuvent se déduire de la jurisprudence française sur la matière. V. Valéry, *op. cit.,* n. 414.]

(2) Grotius, *De jure belli ac pacis,* liv. II, ch. XI, § 5; Hertius, *De commealu litterarum,* §§ 16-19.

(3) Casaregis, *Disc.,* 179, n. 2; P. Fiore, *loc. cit.,* p. 410. — *Contrà :* Laurent, *op. cit.,* VII, p. 542.

que celle du pays où se trouve le mandataire. Ainsi, un commerçant allemand envoyant des commis-voyageurs en France doit être considéré comme se référant au titre V, livre I, du code de commerce allemand qui reconnaît aux commis-voyageurs des pouvoirs assez étendus; tandis qu'un commerçant français n'attribuera à ses représentants que les pouvoirs d'un mandataire ordinaire, puisque notre législation place les commis-voyageurs sous l'empire du droit commun (1).

Quant au contrat intervenu entre le mandataire et un tiers, bien qu'il doive produire ses effets à l'égard du mandant en vertu du principe de la représentation, il sera néanmoins réputé conclu au lieu où le mandataire et le tiers sont tombés d'accord, puisque le mandataire représente le mandant (2).

Il peut arriver que le mandataire ou le commissionnaire chargé d'acheter, vende sa propre marchandise au mandant ou au commettant : en pareil cas, le contrat se forme là où se trouve le mandataire ou le commissionnaire, puisque ce dernier réunit en lui les deux qualités d'acheteur et de vendeur ; d'une part, en effet, il

(1) Trib. de Leipzig, J. C., 1874, p. 81 et suiv. — V. aussi Code fédéral suisse des obligations, notamment art. 422, 423, 429, 859 à 863, [maintenus en vigueur, avec la plupart des articles du même Code, par le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (art. 62 du titre final).] — Asser, *loc. cit.*, n. 96 et 97; Oberlandgericht de Hambourg, 21 mai 1889, J. C., 1891, p. 572. — [Le tribunal régional supérieur de Hambourg a jugé, le 18 octobre 1901, J. C., 1907, p. 450, que le mandat est soumis à la loi du lieu où le contrat, c'est-à-dire l'obligation principale, doit s'exécuter, mais qu'il n'en est pas de même pour le contrat de courtage qui, dans l'opinion générale, est un contrat synallagmatique : or, dans un contrat de ce genre, il est parfaitement juridique que les obligations de l'une des parties ne soient pas soumises à la même loi que les obligations de l'autre partie. Sur ce point, v. von Bar, *Int. Privatr.*, 2e édit., t. 1, p. 108; Windscheid, *Pand.*, t. I, § 35, n. 3; *Seuffert's Archiv,* t. XLIV, p. 385; Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Mandat,* p. 73; Jitta, *op. cit.*, t. Ier, p. 231-234. — Le tribunal de première instance de Tunis, le 12 décembre 1906, J. C., 1907, p. 715, a jugé que le mandat donné en Tunisie par un Tunisien à un autre Tunisien en la forme musulmane et constaté par des adouls tunisiens est en général régi par la loi musulmane et considéré, par suite, comme un acte essentiellement fiduciaire, à l'occasion duquel le mandataire est cru sur serment quant à la restitution de ce qu'il doit au mandant. — Sur le mandat, la représentation et le contrat de service avec mandat ou pouvoir représentatif. V. Jitta, *op. cit.*, t. Ier, p. 202-221. Sur la distinction entre le mandat civil et le mandat commercial, V. Vivante, *Trattato di dir. comm.,* t. Ier, n. 96 et Diena, *Trattato di dir. comm. int.,* t. II, n. 151; Cpr. Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.,* t. III, n. 414-415.]

(2) [Fœlix, t. I, n. 105; Laurent, t. VIII, n. 454; Fiore, t. I, n. 128; Surville et Arthuys, n. 233; Audinet, n. 378, p. 287; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 355, et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 554.]

figure le tiers aliénateur ; de l'autre, il représente le mandant ou le commettant qui est l'acquéreur.

301. Ratification. — Quand les opérations réalisées par une personne pour le compte d'une autre sont ratifiées, certains auteurs voient dans cette ratification un nouveau contrat qui se forme au lieu où elle intervient. Mais, comme la ratification rétroagit au jour où l'opération sur laquelle elle porte a été accomplie, il faut la considérer comme régie par la loi du pays où l'opération elle-même a été réalisée (1).

302. Interprétation des termes employés dans les conventions. — Lorsqu'une expression employée dans un contrat est susceptible d'être prise dans deux sens différents suivant qu'on l'interprète d'après la loi de l'une ou de l'autre des deux parties contractantes, devra-t-on lui donner la signification déterminée par la *lex loci contractus?* Les jurisconsultes anglo-américains sont de cet avis (2) ; non pas qu'ils recherchent la véritable intention des parties, mais par l'effet absolu qu'ils attribuent à la loi territoriale. En appliquant leur opinion, on risque fort de méconnaître la véritable pensée des contractants. Les circonstances de fait serviront avant tout pour préciser la portée des expressions employées. Ainsi un terrain étant vendu à tant l'arpent, la valeur de cette mesure sera fixée, dans le doute, d'après la loi du pays où le bien est situé, car la surface est inhérente à l'immeuble aliéné. De même, le prix étant indiqué en livres, et la livre ayant une valeur différente d'après la loi du vendeur et d'après celle de l'acheteur, il semble raisonnable de la fixer, dans le doute, d'après la loi du pays où le paiement doit se faire, car il est vraisemblable que les parties se sont référées à cette loi sur ce point (3).

Toutefois, si les parties ont traité à leur domicile, ou à celui de l'une d'elles et que l'autre parle ou comprenne le langage usité dans ce lieu, il semble plus naturel d'appliquer la *lex loci contractus*. Enfin, dans les contrats par correspondance, on donne

(1) [Fœlix, *loc. cit.* ; Surville et Arthuys, n. 234 ; Fiore, t. Ier, n. 131 ; Weiss, t. IV, p. 356 et *Man.*, 6e édit., 1907, p. 554 ; Audinet, *loc. cit.* D'après Laurent, *Traité*, t. VIII, n. 457, le contrat passé par un gérant d'affaires est formé au lieu où le contrat a été conclu ; le contrat conclu par un mandataire qui a outrepassé son mandat est formé au lieu où le mandant ratifie.]

(2) Story, *op. cit.*, §§ 270-79, p. 313 et suiv. ; [Wharton, *op. cit.*, p. 433-439 ; Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, p. 211, p. 274-277.]

(3) Boullenois, II, p. 494-495 ; Savigny, *Système*, VIII, p. 262.

aux mots le sens indiqué par la loi de celui qui fait l'offre, car il est vraisemblable que ce dernier a ce sens en vue, qu'il règle en conséquence sa proposition, et que l'autre partie l'accepte dans les mêmes conditions (1).

SECTION II

EFFETS DES CONVENTIONS

§ I. *Loi régissant les effets des conventions.*

303. Les effets des conventions étant l'objectif principal que les parties ont en vue en contractant, il en résulte qu'il y a lieu, pour réglementer ces effets, d'appliquer la loi à laquelle elles se sont expressément ou tacitement référées. Cette loi sera, lorsqu'elles n'en auront pas formellement indiqué, leur loi nationale si elles ont même nationalité; dans le cas contraire, la *lex loci contractus*, conformément aux présomptions qui ont été indiquées dans la section précédente.

Cependant, beaucoup d'auteurs établissent une distinction entre ce qn'ils appellent les *effets* et les *suites* des conventions (2), distinction traditionnelle de nos anciens auteurs et déjà formulée par Bartole.

Les effets seraient les conséquences naturelles et immédiates des contrats, qui rentrent dans les prévisions probables des parties, comme l'obligation de garantie dans la vente, et qui, par conséquent, se trouveraient régies par la loi même du contrat, c'est-à-dire par celle que les contractants ont présomptivement acceptée.

Les suites, au contraire, résulteraient de certaines causes provenant elles-mêmes de circonstances auxquelles le contrat aurait donné lieu. Ces conséquences indirectes et médiates de la convention n'étant pas, dit-on, prévues par les parties, seraient régies par la loi du lieu où s'accomplit le fait qui leur donne naissance. On ne justifie pas d'ailleurs par une raison quelconque l'applica-

(1) Wæchter, *Archiv für die civ. Praxis,* XIX, p. 114-125; Savigny, *Système,* VIII, p. 262; Trib. comm. de Hambourg, 17 octobre 1865, J. C., 1877, p. 377, et 9 nov. 1898, J. C., 1900, p. 161; Bordeaux, 14 juin 1899, J. C., 1900, p. 122; [Cpr. Haute-Cour de justice, *Div. du banc du roi,* du 9 nov. 1906, J. C., 1907, p. 792.]

(2) Boullenois, *loc. cit.,* II, p. 447, 448 et 477; Fœlix, I, p. 247 à 256; P. Fiore, I, n. 146 et 147, p. 422 à 426.

tion de cette loi locale. Par exemple, les dommages et intérêts dus par le débiteur ont leur source dans la faute qu'il commet ou dans le retard qu'il apporte à l'exécution de l'obligation ; cette faute et ce retard ne viennent pas directement du contrat, mais bien de circonstances dans lesquelles le contrat a placé le débiteur : on devrait donc calculer les dommages et intérêts d'après la loi en vigueur dans le lieu où la faute à été commise, ou bien dans le lieu où le débiteur a été mis en demeure.

C'est avec raison, croyons-nous, que la plupart des auteurs répudient cette distinction (1).

Elle est, tout d'abord, d'une extrême subtilité, et l'on éprouve des difficultés parfois insurmontables à préciser ce que l'on veut entendre par effets et par suites. On le voit bien par les divergences des auteurs qui acceptent cette distinction, et qui sont en désaccord sur presque tous les points pour décider si telle conséquence des conventions est plus ou moins directe et doit, par conséquent, être classée parmi les effets ou parmi les suites.

De plus, cette distinction repose sur une base fausse. Elle vient de cette idée que les conséquences directes, c'est-à-dire les effets, sont prévues par les parties qui ont entendu les faire régir par la loi sous l'empire de laquelle la convention est conclue ; tandis que les conséquences indirectes ou suites, provenant d'une cause postérieure à la convention, ne sont pas prévues par les contractants et dépendent de la loi du lieu où se réalise le fait qui leur donne naissance.

Or, il semble plus naturel d'admettre que les parties ont prévu tous les faits qui se rattachent au contrat par la relation de cause à effet, et ont voulu les régler tous par la loi sous l'empire de laquelle elles se sont placées en contractant. Ainsi on considère les dommages et intérêts dus pour inexécution de l'obligation comme une suite ; mais il est facile de démontrer que les contractants prévoient ou doivent prévoir cette inexécution et les conséquences qui en résulteront : cela est si vrai qu'ils stipulent souvent une clause pénale en prévision de cette inexécution, et, lorsqu'ils ne le font pas, la loi supplée à leur convention en établissant le droit de demander des dommages et intérêts. On voit même que les règles relatives aux dommages et intérêts sont placées, dans notre

(1) [Laurent, t. VII, n. 463 et suiv. ; Rolin, t. I, p. 330-331 ; Surville et Arthuys, n. 242-243 ; Audinet, n. 382-384, p. 291-293 ; Weiss, *Man.*, 6e édit., 1909, p. 554-559. — Quelques rares décisions judiciaires s'y attardent encore : tel paraît être le jugement du trib. de Rotterdam du 18 nov. 1903, J. C., 1908, p. 918.]

code, sous la rubrique « De l'effet des obligations » (art. 1136-1142, liv. III, tit. III), et que l'art. 1150 détermine le montant de l'indemnité suivant le préjudice qu'on a pu *prévoir* au moment du contrat.

Assimilant donc toutes les conséquences, directes ou indirectes, des conventions, nous les ferons régir par la loi du contrat lui-même. Il n'en serait différemment que pour les faits qui viennent d'une cause non seulement postérieure au contrat, mais encore indépendante et ne s'y rattachant pas par la relation de cause à effet; telle serait une escroquerie commise dans une convention ou à propos d'une convention.

Voici quelques applications importantes du principe d'après lequel les conséquences des contrats, sans distinction entre les suites et les effets, sont régies par la loi du contrat lui-même, c'est-à-dire par la loi que les parties ont indiquée, ou, si elles ont gardé le silence à cet égard, par leur loi nationale lorsqu'elles ont même nationalité, ou bien par la *lex loci contractus* dans le cas contraire. Il y aura lieu d'appliquer l'une ou l'autre de ces lois :

1° Pour déterminer le genre de faute dont le débiteur est tenu, sauf les réserves que nous indiquons plus loin au point de vue de l'ordre public, ainsi que la portée de l'obligation de délivrer l'objet dû et de supporter les cas fortuits qui peuvent l'atteindre;

2° Pour régler les dommages et intérêts en cas d'inexécution de l'obligation;

3° Pour les conséquences de la mise en demeure;

4° Pour fixer les actions qui appartiennent au créancier et les exceptions péremptoires que peut invoquer le débiteur, telles que le bénéfice de division et de discussion. C'est à tort que l'on a voulu rattacher ces actions et exceptions à la procédure et leur appliquer la *lex fori;* car, ainsi que le fait remarquer de Savigny (1), les actions sont une conséquence directe du droit établi au bénéfice du créancier par la convention, et les exceptions péremptoires, véritables moyens de défense, déterminent l'étendue de l'obligation; les unes et les autres dépendent donc logiquement de la loi qui régit l'obligation elle-même. L'application de la *lex fori* ne serait justifiée que s'il s'agissait de régler la manière dont doivent être introduites les actions et présentées les exceptions péremptoires, car ce sont là des règles de procédure proprement dite. Il en serait de même pour les exceptions

(1) *Système,* VIII, p. 267; Demangeat sur Fœlix, I, p. 238, note *a*.

qui rentrent directement dans la procédure, telles que celles d'incompétence, de nullité d'actes et de communication de pièces;

5° On appliquera la même loi pour résoudre la question de savoir si l'obligation de garantie résulte d'une convention et quelle en est la portée, par exemple si le garant est tenu de fournir caution. La plupart des anciens jurisconsultes voyaient dans la prestation de la caution une forme de l'obligation de garantie et appliquaient là *lex loci contractus*, en s'inspirant de l'adage *Locus regit actum* (1). Mais leur opinion était combattue par Dumoulin, qui disait, avec raison, que la caution imposée au garant est une aggravation de son engagement de garantir qui doit dépendre de la loi acceptée par les parties, comme tout ce qui se rattache à la portée des obligations, et non une formalité du contrat.

6° Le caractère des arrhes, qui peuvent être considérées comme une preuve de la convention ou comme un moyen de dédit, dépendra de la loi qui régit le contrat lui-même, lorsqu'elles auront été fournies au moment où le contrat est conclu. Fournies auparavant, les arrhes se présentent comme l'objet d'un contrat distinct, qui en prépare un autre, mais qui n'en demeure pas moins indépendant de ce dernier; il est donc logique d'en déterminer le caractère d'après la loi nationale des parties ou d'après la loi du pays dans lequel les arrhes sont données, suivant que les contractants ont ou n'ont pas la même nationalité.

304. Quelques autres points présentent un peu plus de difficulté.

1° *Confirmation*. La confirmation d'un contrat consiste dans la renonciation au droit de se prévaloir d'un vice qui entache le contrat et d'invoquer l'action en annulabilité qui en provient. Cette confirmation s'opère expressément ou tacitement, par exemple en exécutant l'obligation sachant d'ailleurs qu'on n'y est pas contraint, ou en laissant écouler le délai accordé pour demander l'annulation du contrat (art. 1304 C. civ.). Les formes de la confirmation dépendent de la loi du pays où elle est faite, d'après la règle *Locus regit actum*, et la capacité pour confirmer un contrat annulable est fixée par la loi nationale de celui qui peut invoquer l'annulabilité.

La plupart des auteurs regardent la confirmation comme un contrat nouveau, indépendant de celui qu'il s'agit de valider, auquel elle ne se rattacherait que comme une suite et non comme

(1) Boullenois, *loc. cit.*, II, p. 460-461; l. 6, *de evict.*, Dig.

un effet : ils en concluent qu'elle est régie par la loi du pays où elle intervient (1).

Mais le point de départ de ce système est erroné. La confirmation n'est pas un nouveau contrat substitué à celui qui, annulable dans le principe, se trouve confirmé : la confirmation est un acte unilatéral par lequel celui qui pouvait se prévaloir d'un vice du contrat pour en demander la nullité renonce volontairement à cette faculté. Or, dans les contrats, on doit appliquer la loi acceptée par les deux parties, soit d'une manière formelle, soit d'une façon tacite, et c'est ainsi qu'on se trouve conduit à appliquer la *lex loci contractus* quand les contractants n'ont pas la même nationalité. Dans les actes unilatéraux, au contraire, tels que la confirmation et le testament, il n'y a lieu de se préoccuper que de l'intention d'une personne, l'auteur unique de l'acte; aussi est-on naturellement amené à appliquer la loi que cette personne a eue vraisemblablement en vue en accomplissant l'acte dont il s'agit. Cette loi sera ordinairement sa loi nationale, qu'elle connaît mieux que toute autre; à moins que, se trouvant dans un autre pays que le sien, elle ne se soit référée à la *lex loci*, ce que les circonstances de fait peuvent établir.

2° *Nullité, rescision et résolution des contrats.* La plupart des auteurs appliquent encore en ce qui concerne ces différents points la distinction ordinaire des effets et des suites : ils s'en tiennent à la loi qui régit le contrat si les causes de nullité, rescision, etc., sont inhérentes au contrat lui-même, car ils considèrent les actions exercées en pareil cas comme des effets de la convention; mais si ces causes viennent d'un fait postérieur, ils regardent les actions qui en dérivent comme des suites et appliquent la loi du lieu où ces causes se sont réalisées (2).

On peut écarter cette manière de voir en rappelant les objections qui ont été déjà présentées contre la distinction des effets et des suites; mais, de plus, il faut remarquer que jamais les actions dont il s'agit ne pourront naître d'une cause postérieure à la convention, ni, par conséquent, être considérées comme des suites. La nullité vient d'un vice du consentement ou de l'incapacité des parties existant au moment où le contrat est formé : la rescision résulte de la lésion qui est aussi essentiellement contemporaine du contrat; quant à la résolution, elle a sa source dans une con-

(1) Picard, J. C., 1881, p. 487-488.
(2) Fœlix, *loc. cit.*, I, p. 256 à 258; P. Fiore, p. 459, note 2.

dition résolutoire qui est exprimée formellement ou tacitement prévue par les parties au moment où elles contractent (art. 1184 C. civ.) (1).

L'analyse de la nature juridique de ces différents faits conduit aux conclusions suivantes en ce qui concerne la détermination de la loi qui doit régir les actions qui en dérivent.

La résolution provient d'une condition résolutoire exprimée par les contractants ; elle fait donc partie du contrat lui-même et doit être régie par la même loi que lui. Si la résolution est tirée d'une condition résolutoire tacite, la solution doit être la même, car le législateur, en établissant cette condition résolutoire, ne fait qu'interpréter l'intention des parties qui sont censées accepter sa disposition (art. 1184 C. civ.) : cela est si vrai qu'il est loisible aux contractants d'écarter cette cause de résolution ou de la modifier par convention expresse. La possibilité d'exercer l'action en résolution peut cependant dépendre de la loi territoriale, lorsqu'il s'agit de la sauvegarde du crédit public. C'est ainsi que, d'après l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, l'action en résolution est perdue pour le vendeur d'immeuble quand il n'a pas conservé son privilège par une inscription utile : c'est là une règle d'ordre public qui s'appliquerait pour tout immeuble situé en France.

La rescision de la vente d'un immeuble pour lésion ne saurait dépendre, comme on l'a prétendu, de la loi du pays où cet immeuble est situé; l'application de la *lex rei sitæ* en pareil cas ne s'explique que si l'on fait rentrer dans le statut réel, à l'exemple des anciens statutaires, tout ce qui, de près ou de loin, a trait aux immeubles : or, nous avons établi que le statut réel ne comprend que ce qui touche à l'organisation de la propriété, laquelle n'est nullement en jeu dans l'action en rescision.

L'action en rescision est fondée sur ce que législateur estime que la personne qui aliène à des conditions particulièrement défavorables n'agit pas librement, et se trouve poussée malgré elle à cette aliénation par sa situation précaire dont abuse un spéculateur peu scrupuleux. C'est donc en arguant de son défaut de consentement, par conséquent de son incapacité, que le vendeur attaque le contrat : on se trouve ainsi amené à appliquer à l'action en rescision la loi nationale du vendeur, puisqu'il s'agit d'une question d'incapacité qui dépend du statut personnel.

Etant donné le fondement de l'action en rescision, l'application

(1) Bordeaux, 5 août 1872, S., 72. 2. 569.

de la loi du pays où l'immeuble est situé se trouve naturellement écartée ; car l'action en rescision n'étant pas consacrée par toutes les législations, il serait déraisonnable de dire que l'aliénateur a agi librement si son immeuble se trouve dans un pays où la lésion ne peut être invoquée, tandis qu'on ne le présumerait plus libre si le bien vendu était situé dans un Etat dont la loi admet l'action en rescision (1).

D'autres auteurs appliquent à l'action en rescision la *lex loci contractus* (2) : ils en donnent pour raison que la lésion se manifeste au moment où le contrat est conclu et que les conséquences qui en dérivent sont un effet et non une suite de ce contrat ; les parties sont donc censées les avoir prévues et avoir voulu les faire régir par la loi qui règle le contrat lui-même. — Mais on ne peut ici invoquer l'intention des parties, puisque l'action en rescision repose précisément sur cette idée que l'individu lésé n'a pas voulu contracter et ne l'a fait que contraint et forcé ; à plus forte raison n'a-t-il pas accepté les conséquences du contrat quelles qu'elles soient (3).

L'action en nullité ou annulabilité basée sur l'incapacité de l'un des contractants dépendra de la loi nationale de ce dernier, comme toutes les questions qui touchent au statut personnel. Nous en dirons autant de l'action en nullité fondée sur un vice du consentement. Le défaut ou le vice de consentement est équivalent au défaut de liberté et de capacité : il appartient à chaque législateur de déterminer les circonstances provenant, soit de l'âge, soit de l'état des facultés mentales, soit des vices du consentement, qui autorisent ses nationaux à attaquer les contrats auxquels ils ont pris part, en se fondant sur ce qu'ils n'ont pas agi en parfaite connaissance de cause ou avec une liberté suffisante. Il semble assez naturel en effet que chaque législateur tienne compte, en réglementant les conséquences des vices du consentement pour ses nationaux, du caractère de ces derniers, de leurs

(1) [Dans le sens de l'application de la *leix rei sitæ,* Fœlix, t. I, n. 93 ; Brocher, t. II, n. 158 ; Rolin, t. II, n. 895 ; Cpr. Jitta, *op. cit.*, t. I, p. 65-66.]

(2) [Savigny, *Système,* VIII, p. 269 ; Aubry et Rau, t. I, 5e édit., t. I, p. 126 ; Surville et Arthuys, n. 238 ; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 372 et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 557-558.]

(3) [Demangeat sur Fœlix, t. Ier, p. 217, note *a ;* Aubry, J. C., 1896, p. 473 ; Laurent, *Droit civ. int.*, t. VIII, n. 144 et s. ; Audinet, *Droit int. pr.*, 2e édit., 1906, n. 389, p. 295-296.]

habitudes, comme il le fait pour régler les conditions de leur capacité générale (1).

Il est d'ailleurs inadmissible que les vices du consentement soient réglés suivant la loi présomptivement acceptée par les parties, spécialement par la *lex loci contractus*, ainsi que le décident la plupart des auteurs avec de Savigny (2). Comment appliquer cette loi présomptivement acceptée, quand la question est précisément de savoir si l'une des parties a voulu contracter et, par conséquent, se soumettre à une loi quelconque? Il s'agit, en pareil cas, d'une disposition impérative, au sujet de laquelle chacun relève de sa loi nationale et ne peut, en invoquant la règle de l'autonomie, se faire appliquer une autre législation : il est lié par son statut personnel catégorique qui est d'ordre public pour lui. Nous en dirons autant de toutes les dispositions légales qui ont pour objet d'organiser une protection à laquelle les nationaux ne peuvent pas se soustraire, notamment de celles qui sont édictées dans les articles 1096, 1595, 1596, 1780, 2013, 2056 C. civ.

§ II. *Effet extraterritorial des conventions.*

305. C'est un principe universellement admis et déjà formulé par Dumoulin, que les effets d'une convention conclue dans un pays peuvent être invoqués sur le territoire de tout autre et qu'ils sont partout les mêmes. La volonté des parties, qui constitue l'essence même des contrats, est en effet unique, et il serait déraisonnable d'admettre que les contractants ont voulu faire varier les effets de leur convention suivant les différents pays où ces effets peuvent se produire.

Toutefois, en vertu du principe de la souveraineté, dont l'influence a été déjà signalée fréquemment au point de vue des restrictions à apporter dans l'application de la loi étrangère, on ne pourra accepter l'effet d'un contrat qui, toléré par la loi à laquelle les parties se sont référées, est en contradiction avec l'ordre public

(1) [Laurent, *Droit civ. int.*, t. VIII, n. 158; Aubry, J. C., 1896, p. 472; Audinet *op. cit.*, n. 387-388, p. 294-295. Cpr. Rolin, t. Ier, n. 292; de Vareilles-Sommières, t. II, n. 908-909. Ces deux auteurs tiennent compte simultanément de la *lex loci contractus* et de la loi nationale des contractants.]

(2) [Savigny, *Système*, t. VIII, p. 266-269; Brocher, t. II, n. 157; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 372 et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 557-558.]

tel qu'il est fixé par la loi territoriale (1). C'est ainsi qu'une convention conclue en pays étranger relativement au commerce des esclaves serait dénuée de toute efficacité en France (2). Néanmoins, si la convention dont il s'agit viole une règle d'ordre public spéciale à un pays et ne se trouve pas en contradiction avec la morale telle qu'elle est généralement comprise chez les peuples civilisés, les tribunaux de ce pays pourront connaître de l'action qui en résulte, alors que la convention a dû être exécutée sur le territoire d'un autre Etat dont la législation ne la prohibe pas. Par exemple, les tribunaux français pourraient statuer sur les réclamations nées d'un contrat, même conclu en France, ayant pour objet le trafic du tabac dans un pays où le commerce de cette denrée n'est pas monopolisé par l'Etat comme il l'est chez nous (3). De plus, alors même qu'une convention de ce genre, intervenue à l'étranger, serait exécutée en France contrairement aux lois fiscales, nos tribunaux devraient, en bonne justice, connaître de l'action qui en dérive, par exemple de l'action en paiement du prix de la marchandise livrée, sauf à l'autorité compétente à appliquer la pénalité encourue en pareille circonstance. Mais il a été jugé que les complices d'un délit fiscal commis en France, en exécution d'un contrat conclu à l'étranger, n'ont pas de répétition à exercer contre leurs contractants étrangers, à raison des amendes qu'ils ont dû payer dans notre pays (4).

Il faut considérer comme étant d'ordre public la prohibition de s'exonérer, dans un contrat, du dol et de la faute lourde qui lui est assimilée. La jurisprudence attribue le même caractère, ce qui est fort contestable, à la règle d'après laquelle l'entrepreneur de transport ne peut pas se dispenser de la responsabilité de ses fautes personnelles, même légères : elle est loin d'ailleurs d'adopter le même principe pour les transports maritimes que pour ceux par voie de terre, ce qui montre la fragilité de son système (5).

(1) [Laurent, t. VIII, n. 95; Fiore, t. I, n. 167 et suiv.; *id., De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public,* J. C., 1908, p. 362-366; Surville et Arthuys, n. 247; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 357 et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 555-557.]

(2) [Weiss, *Man.*, 6e édit., 1909, p. 555.]

(3) [Audinet, *Dr. int. pr.*, 2e édit., 1906, n. 394, p. 299.]

(4) Paris, 16 déc. 1880, J. C., 1882, p. 76.

(5) Cpr. Cass., 4 juin 1878, S., 80. 1. 428; Cass., 31 mai 1874, S., 74. 1. 385; Cass., 2 avril 1890, S., 90. 1. 213 et 12 juin 1894, J. C., 1894, p. 806. [V. ci-dessus, n. 297 *bis,* p. 888-889; Cpr. Cour sup. d'Autriche, précité, 7 mai 1907, J. C., 1908, p. 1219.]

D'ailleurs, pour toutes ces questions d'ordre public, les tribunaux devront examiner avec soin si la convention conclue à l'étranger entraîne des conséquences inacceptables en France, ou si, au contraire, son effet se produisant hors de notre territoire, l'ordre public n'est pas compromis dans notre pays. Ainsi le pacte commissoire dans le nantissement (1), le pacte par succession future (2), les conventions contraires à la loi du 15 juin 1872 sur les titres au porteur perdus ou volés (3), les engagements de service à vie (art. 1780 C. civ.) sont sans effet en France bien qu'autorisés par la loi étrangère; tandis que la nullité de la vente des blés en vert (4), de la vente de la chose d'autrui et les règles de la saisie immobilière ne s'appliquent qu'aux biens situés dans notre pays (5).

[Au nom de l'ordre public et « comme offensante pour la morale publique », la cour d'appel de Londres, le 31 janvier 1908 (J. C., 1908, p. 1202 et la note) a tenu pour nulle la promesse de mariage que fait une personne déjà mariée en vue du temps où elle aura recouvré sa liberté par la mort de son conjoint actuel; aucune action pour rupture de promesse (*breach of promise*) ne peut être accordée quand les deux parties ont dès le début su à quoi s'en tenir. La Haute Cour de justice, division du Banc du Roi, avait statué dans le même sens, le 12 décembre 1907 (J. C., 1908, p. 550).]

306. Loterie, jeu et pari (6). — L'art. 1965 C. civ. refuse toute action au contrat de jeu et de pari; quelques exceptions sont prévues dans l'art. 1966. Cette disposition est d'ordre public, car elle est fondée sur l'immoralité de pareilles spéculations qui détournent du travail et conduisent rapidement à la ruine ceux qui s'y adonnent; le législateur a voulu mettre un frein à la pas-

(1) Cpr. Trib. Seine, 3 mars 1875, *Le Droit*, 4 mars 1876.

(2) Trib. Seine, 18 juillet 1885, J. C., 1886, p. 208; Paris, 26 janv. 1888, *Gaz. Pal.*, 9 et 10 juin 1888; [*Contra* Cass. Florence, 21 déc. 1895, S., 97. 4. 17; Laurent, t. VI, n. 300; Cpr. Rolin, t. Ier n. 293 et suiv.]

(3) Vincent, J. C., 1886, p. 676; Trib. Seine, 16 déc. 1885, *Loi*, 7 janv. 1886.

(4) Abrogée, loi du 9 juillet 1889, art. 14.

(5) Cass., 16 déc. 1873, S., 74. 1. 257.

(6) V. *Le régime des loteries étrangères en Prusse*, Trigant Geneste, J. C., 1896, p. 809; Diena, *De la validité des jeux de bourse dans les rapports internationaux*, J. C., 1896, p. 65 et 284, et 1899, p. 326; Wahl, *Les jeux de Bourse en Droit intern. privé*, J. C., 1898, p. 234; [Jitta, *op. cit.*, t. I, p. 143-150; R. Rougier, *La presse et les loteries déguisées en Angleterre*, J. C., 1908, p. 752-754; Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Loterie*, p. 68, et t. III, v° *Jeu, pari*, p. 1046.]

sion du jeu, la plus insatiable de toutes. On sait seulement que le jeu et le pari donnent naissance à une obligation naturelle, de telle sorte que la *condictio indebiti* n'appartient pas à celui qui s'est exécuté (art. 1967 C. civ.). De là il résulte que les conventions de ce genre, même conclues sous l'empire d'une loi qui les autorise, seraient démunies d'actions en France (1). On ne pourrait notamment reconnaître, dans notre pays, la validité d'une société ayant pour but l'exploitation d'une maison de jeu fondée dans un Etat où ces établissements sont tolérés. Mais les tribunaux français devraient-ils, cette société ayant fonctionné à l'étranger, statuer sur la répartition des bénéfices entre les associés? Nous ne le pensons pas, car il ne s'agit pas ici d'une règle d'ordre public toute relative et spéciale à un Etat, mais bien d'un principe que chaque législateur considère comme une règle de morale absolue, quand il l'admet (2).

Les raisons qui ont fait prohiber le jeu et le pari ont aussi motivé la défense d'organiser des loteries en France ou d'y en introduire d'étrangères sans l'autorisation du gouvernement (loi du 21 mai 1836). En conséquence, un Français, ou même un étranger dont la loi nationale ne contient pas cette prohibition (car il s'agit ici d'ordre public et non de statut personnel), ne pourrait être assigné en France en paiement de billets de loterie pris à l'étranger (3).

En Angleterre, où les dettes provenant d'un pari ne sont recon-

(1) Douai, 6 août 1883, J. C., 1884, p. 190; Rome, Cass., 10 fév. 1890, J. C., 1891, p. 292; Paris, 25 juin 1895, S., 95. 2. 341. La loi du 8 avril 1885 a rendu obligatoires les engagements résultant des jeux de Bourse. Il a été jugé que les marchés à terme sur marchandises sont nuls en France, malgré cette loi, si la loi à laquelle les parties se sont référées en contractant n'en admet pas la validité; Douai, 4 août 1898, J. C., 1899, p. 371, et la bibliographie, p. 375. — [Cpr. loi allemande du 8 mai 1908; Lescure, *Le marché à terme de Bourse en Allemagne*, 1908, p. 231-250; *Economic Journal*, XVIII, 1908, p. 441 et s.; De Boeck, *Rapport sur les concours de la Faculté de Droit de Bordeaux*, 1909, p. 17-25.]

(2) C. de Paris, 23 fév. 1849, S., 49. 2. 144; 31 mars 1849, S., 49. 2. 464.

(3) Paris, 25 juin 1829, S., 29. 2. 341; [Bruxelles, 25 mai 1886, J. C., 1888, p. 838. Aujourd'hui en France, comme en Angleterre, les loteries sont souvent déguisées sous la forme de concours ouverts par les journaux. V. Rongier, *loc. cit.*, J. C., 1908, p. 752-754; Haute-Cour de justice, div. du Banc du Roi, 2 nov. 1906, J. C., 1908, p. 545; Paris, ch. corr., 13 mai 1907, D. P., 1907. 2. 205; Trib. corr. Seine, 9e ch., 24 juill. 1907, *Gaz. des Trib.*, 25 juill. 1907; Cass. crim., 21 mai 1908, D. P., 09. 1. 135; projet de loi déposé au Sénat le 6 mars 1906 sur les concours ouverts par les journaux et exigeant l'achat d'un nombre de numéros successifs du journal, *pour être admis à concourir. J. off.* du 7 mars 1906, Sénat, *Doc. parl.*, n. 72.]

nues par la loi qu'autant qu'elles sont modérées, les tribunaux admettent le bien fondé de l'action si la *lex loci contractus* l'autorise (1); de même, le tribunal de New-York, Etat dans lequel les loteries sont prohibées, a consacré la validité de l'engagement de prendre des billets, souscrit dans le Kentucky où elles sont permises : ces décisions donnent une portée excessive à l'autonomie des parties, ou plutôt, suivant la doctrine américaine, à l'autorité de la loi territoriale du lieu où le contrat s'est formé, sans tenir compte de la restriction nécessaire tirée de l'ordre public (2).

307. Contrebande. — Une convention, même conclue à l'étranger, ayant pour objet la contrebande à faire en France serait dénuée de tout effet dans notre pays (3). Mais que décider d'un contrat conclu avant d'organiser la contrebande en pays étranger? A peu près partout, la jurisprudence reconnaît la validité d'une pareille convention. Les tribunaux français se prononcent dans le même sens, toutes les fois que la contrebande doit se faire par simple ruse et sans recourir à la corruption des agents fiscaux étrangers (4).

(1) Cpr. une décision très curieuse, rendue à la majorité de deux voix contre une, et très discutée dans les revues judiciaires anglaises (*Law Magazine and Review,* août 1907, vol. XXXII, p. 468), par la cour d'appel de Londres les 2 fév., 1er mars 1907, J. C., 1908, p. 194-199, et déclarant nul en vertu des statuts de la reine Anne et du *Gaming Act* de 1845, qui défendent de prêter de l'argent en vue du jeu, un chèque souscrit par un Anglais qui, assez sérieusement éprouvé par le baccarat à Alger, avait emprunté 10.000 francs à un Français Moulis, en lui délivrant un chèque de pareille somme sur une banque d'Angleterre à laquelle il avait donné l'ordre de ne rien payer. En première instance, son adversaire avait eu gain de cause et le juge Darling avait qualifié l'opération d'escroquerie. Cpr. les décisions anglaises et suisses citées ci-dessus, n. 294, p. 882, note 1.]

(2) Wharton, *op. cit.,* § 487-489; Cpr. P. Fiore, p. 449. V. aussi, pour l'application de la *lex loci contractus,* sans tenir compte de l'ordre public d'après la *lex fori,* Trib. emp. allemand, 10 mai 1884, J. C., 1886, p. 609.

(3) Paris, 16 déc. 1880, J. C., 1882, p. 76.

(4) Pau, 11 juil. 1834, confirmé par un arrêt de rejet, S., 35. 1. 673; Aix, 30 août 1833, S., 34. 2. 161; P. Fiore, p. 451, note 4. Une loi prussienne du 22 août 1853 punit l'introduction de contrebande à l'étranger sous condition de réciprocité. [La jurisprudence française paraît disposée à revenir à des idées plus saines et la cour de Douai, confirmant un jugement du tribunal de commerce de Dunkerque en date du 27 nov. 1906, a décidé, le 11 nov. 1907 (J. C., 1908, p. 138), qu'une société n'ayant pour objet que des opérations de contrebande à l'étranger, quoique ces opérations ne tombent pas sous l'application des lois répressives françaises, est frappée d'une nullité radicale et absolue, aussi bien que les sociétés ayant pour objet la contrebande en France. V. dans le même sens, Bruxelles, 17 fév. 1886, J. C., 1887, p. 57; Clunet, *Tables générales,* t. III, v° *Contrebande,* p. 535.]

A l'appui de cette décision, on fait valoir un argument tiré de l'intérêt pratique et une considération de principe. On fait observer, tout d'abord, que les peuples sont en lutte ouverte au point de vue des tarifs douaniers, et que chacun d'eux est en droit de s'affranchir des obstacles que les autres opposent à l'importation de ses produits. Si l'on prenait, dans un pays, des précautions pour éviter que la contrebande ne se fît au détriment d'un autre, on jouerait un rôle de dupe, car l'autre nation n'aurait assurément pas un souci semblable à l'égard des autres Etats. On dit en outre que le délit de contrebande, étant commis à l'étranger, ne relève en rien de l'autorité française, et qu'il appartient aux contrevenants d'apprécier le risque qu'ils courent en s'exposant à l'application de la loi fiscale étrangère.

Nous n'hésiterons pas à qualifier cette doctrine d'immorale et à nous associer aux auteurs qui, non seulement la condamnent au point de vue juridique, mais encore la flétrissent en se plaçant sur le terrain de l'équité. Sans nous préoccuper de la guerre de tarifs que peuvent se faire les Etats, il nous est facile de montrer que cette doctrine est très fâcheuse, même au point de vue de l'intérêt pratique.

En favorisant la contrebande au préjudice des autres peuples, on provoque inévitablement des mesures de représailles de la part de ces derniers; leurs tribunaux n'hésiteront pas plus que les nôtres à reconnaître la validité de conventions ayant pour objet la contrebande à effectuer dans notre pays. Enfin, ne voit-on pas qu'en donnant la protection de la justice à des conventions de ce genre, on encourage une industrie dont les agents se recrutent parmi les personnes les moins recommandables, qui complètent souvent par d'autres délits les bénéfices que la contrebande leur donne, et qui, la plupart du temps, établissent entre la France et un Etat limitrophe un service régulier de fraude dont le but est autant de léser le fisc français par l'importation de marchandises étrangères, que d'éviter le paiement des droits de douane à l'étranger par l'introduction dissimulée de produits français?

En envisageant maintenant la question de principe, il ne suffit pas de dire que le délit commis à l'étranger échappe à l'application de la loi française, car autre chose est punir une infraction, autre chose est valider une convention ayant pour objet une infraction à commettre sur le territoire d'un autre pays. Nos tribunaux ne prononceront pas de peine pour un vol accompli en Angleterre, mais ils ne considèreront pas comme valable un con-

trat ayant pour but d'obliger le débiteur à dépouiller un Anglais dans son pays. Or, si l'Etat étranger est légitimement créancier des impôts qu'il établit, ce qu'il est difficile de nier, en quoi la cause de la convention sera-t-elle moins immorale, en quoi, par conséquent, y aura-t-il moins lieu d'appliquer l'art. 1131 C. civ. aux termes duquel une cause de ce genre annule les conventions, lorsque le vol devra être commis au préjudice d'un Etat plutôt qu'au préjudice d'un simple particulier? Les Etats se doivent réciproquement le respect de leur personnalité politique : or c'est méconnaître celle-ci que ne pas qualifier de vol les atteintes portées à la créance des droits de douane appartenant aux puissances étrangères, tout comme elle appartient à l'Etat français (1).

Il faudrait également annuler pour cause immorale toute convention ayant pour objet d'intervenir, moyennant un paiement, dans les affaires publiques d'un Etat étranger et contrairement aux lois de cet Etat (2).

308. Taux de l'intérêt (3). — La limitation du taux de l'intérêt conventionnel, d'après la loi du 3 septembre 1807 modifiée par la loi du 7 avril 1900 (V. nouveaux art. 1153 et 1904 C. civ.), s'impose comme une règle d'ordre public pour toutes les conventions conclues dans notre pays. Mais, le taux de l'intérêt conventionnel étant illimité et laissé à l'initiative des contractants dans la plupart des Etats, par exemple en Angleterre, en Autriche, en Suisse, en Belgique, en Hollande, en Espagne et en Italie, il y a lieu de se demander si l'on peut réclamer devant les tribunaux français le paiement d'intérêts stipulés dans un de ces pays et dépassant notre taux légal. La même question se pose relativement à la prohibition de l'anatocisme.

Quelques auteurs estiment que le caractère d'ordre public de la loi qui limite le taux de l'intérêt doit conduire à abaisser au maximum admis en France les intérêts promis en pays étranger (4).

Mais, en général, soit en doctrine, soit en jurisprudence, on

(1) Oberlandgericht de Stuttgart, 25 sept. 1891, J. C., 1894, p. 896; Bruxelles, 17 fév. 1886, J. C., 1887, p. 214; Pau, 2 juill. 1886, J. C., 1887, p. 57; [Douai, 11 nov. 1907, précité, J. C., 1908, p. 138.]

(2) Cour sup. des Etats-Unis, 26 août 1881, J. C., 1882, p. 445.

(3) V. Jamais, *De l'application, dans le Droit international, de la loi du 3 sept. 1807 sur le taux de l'intérêt, La Loi,* 10 fév. 1881.

(4) [Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 252, note *a;* Berlauld, *Questions pratiques,* t. I, p. 48 et suiv.; Laurent, t. VIII, n. 205 et suiv.; Rolin, t. I, n. 301. — En ce sens, pour tous pays, Savigny, *Système,* t. VIII, p. 273; pour la France, Weiss, *Traité,* t. IV, p. 364, et *Man.,* 6e édit., 1909, p. 556-557.]

considère la loi du 3 septembre 1807, remplacée par celle du 7 avril 1900, comme une loi d'intérêt purement local ; on dit même que ses dispositions antiéconomiques ne s'expliquent que par l'influence de la tradition, et ont le tort grave de faire de l'argent une marchandise à part, dont le loyer est assujetti à un maximum que l'on ne songerait jamais à établir pour toute autre. Quoi qu'il en soit, la limitation du taux de l'intérêt est purement relative au pays où elle est établie et ne saurait se justifier que par la situation économique spéciale de ce pays ; or, il est possible que, dans un autre Etat, les risques courus par les prêteurs, ou toute autre raison tirée du régime économique de cet Etat, expliquent que l'intérêt soit à un taux plus élevé ou même illimité. Il s'agit d'ailleurs si peu d'une règle de morale considérée comme absolue, et si bien d'une disposition toute relative, que notre législation ne limite pas de même l'intérêt dans les colonies (v. pour les établissements d'Océanie, décret du 21 avril 1898), qu'en Algérie le taux conventionnel est de 8 0/0 au maximum en matière civile et commerciale (loi de finances du 13 avril 1898, art. 61), que la Banque de France peut élever son escompte à plus de 6 0/0 (1), et que la loi du 12 janvier 1886 a rendu le taux de l'intérêt libre en matière commerciale. En conséquence, la loi du 3 septembre 1807, remplacée par celle du 7 avril 1900, est inapplicable aux conventions d'intérêt conclues à l'étranger (2).

Si un prêt est effectué en France et si la somme qui en provient doit être employée en pays étranger, il n'y a pas lieu d'appliquer la loi française sur la limitation du taux de l'intérêt, sous le prétexte que le prêt a été opéré dans notre pays : l'intérêt se calcule d'après la situation économique de l'Etat étranger sur le territoire duquel l'argent doit être employé, et d'après les risques que le prêteur y court ; il semble donc plus logique d'appliquer sur ce point la loi étrangère. C'est ainsi que des Sociétés étrangères peuvent valablement émettre en France des obligations à 10 et 20 0/0,

(1) Loi du 27 août 1881 ; Ordonn. du 7 déc. 1835, modifiée par décret du 4 nov. 1843, rétablie par décret du 11 nov. 1849 ; loi du 8 juin 1857, art. 8.

(2) Bordeaux, 22 août 1865, S., 66. 2. 17. — Cass., 10 juin 1857, S., 59. 1. 751. — Chambéry, 12 fév. 1869, S., 70. 2. 9 [et 19 fév. 1875, S., 76. 2. 174 ; 6 juin 1890, J. C., 1891, p. 567.] — Cass., 9 juin 1880, J. C., 1880, p. 394. — Cass., 19 fév. 1890, J. C., 1890, p. 495. — Bastia, 19 mars 1866, S., 66. 2. 255. — [Trib. civ. Seine, 5 déc. 1895, J. C., 1897, p. 149. — *Sic* Aubry et Rau, t. IV, 4e édit, p. 606 ; Surville et Arthuys, n. 249 ; Pillet, *Principes*, n. 212 ; Brocher, t. II, p. 248. — Cpr. Jitta, *op. cit.*, t. I, p. 92-95.]

si leur loi nationale les y autorise (1). Il faudrait au contraire appliquer la loi française, si des Français se rendaient en pays étranger en vue d'y conclure un contrat de prêt à des conditions usuraires d'après notre législation : *Fraus omnia corrumpit.*

En sens inverse, il faut rechercher si un prêt effectué en France, à un taux usuraire d'après la loi du 7 avril 1900, sera considéré comme valable dans un pays où le taux de l'intérêt est libre, par exemple en Belgique.

On a soutenu l'affirmative, en disant que la liberté du taux de l'intérêt est d'ordre public absolument comme sa limitation, attendu qu'elle est fondée sur des raisons d'intérêt économique général. A cela on peut répondre que la disposition légale qui autorise la liberté du taux de l'intérêt n'est que *permissive* et non *impérative;* elle manque donc du caractère essentiel des règles d'ordre public, puisque les parties peuvent y déroger conventionnellement en restreignant au taux légal le montant des intérêts stipulés (art. 6 C. civ.). Il semble donc plus juste de dire que le contrat usuraire conclu par des Français en France, nul à l'origine, doit être partout considéré comme tel. Mais on regarde, dans les pays où le taux de l'intérêt est libre, notre limitation comme si surannée que l'on valide les conventions dont il s'agit.

On admet aussi que si un contrat de prêt est conclu dans un lieu mais doit être exécuté dans un autre, il faut appliquer, pour fixer le taux de l'intérêt, la *lex loci executionis*, c'est-à-dire la loi du pays où la somme prêtée doit être fournie, et non la *lex loci contractus :* c'est en effet d'après l'état économique et, par conséquent, d'après la loi du pays où l'argent est avancé, que doit se mesurer le taux de l'intérêt, sauf à tenir compte des circonstances de fait établissant que les parties ont voulu se référer à une autre législation, par exemple celle du domicile de l'emprunteur (2).

Les intérêts moratoires doivent être fixés d'après la loi qui régit le contrat lui-même, c'est-à-dire la loi nationale des contractants ou la *lex loci contractus*, suivant que les parties ont ou n'ont pas la même nationalité (3). Ce n'est qu'en adoptant la distinction des effets et des suites, et en considérant la mise en demeure et ses conséquences comme une suite, que certains auteurs ont appliqué, en pareil cas, la loi du lieu où se réalise cette mise en demeure,

(1) Cass., 21 décembre 1874, S., 75. 1. 78; Cass., 19 février 1890, *Rev. prat. de Droit int. privé,* 1890-1891. 1. 273 et note de M. Cohendy.

(2) Cour de Nebraska, J. C., 1883, p. 416.

(3) [Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., 1906, n. 383, p. 292-293.]

c'est-à-dire la loi du pays où doit se faire l'exécution du contrat (¹). Cependant, l'intention des parties peut être que ces intérêts soient calculés d'après la *lex loci executionis* : par exemple, si le prêteur stipule que la somme lui sera remboursée dans un autre pays que celui où le prêt est effectué, c'est sans doute parce qu'il a besoin d'argent dans ce pays au moment de l'échéance : faute de remboursement, il serait contraint d'emprunter dans ce pays au taux qui est autorisé par la loi ; il est juste, par conséquent, qu'il puisse exiger de l'emprunteur des intérêts moratoires équivalents.

Quant aux intérêts légaux, c'est-à-dire ceux qui courent de plein droit dans certaines circonstances déterminées par la loi, pour savoir s'ils sont dus et quel est leur taux, il faut consulter la loi régissant le fait qui leur donne naissance. Ainsi, en tout pays, le tuteur d'un pupille français devra les intérêts à 4 °/₀ de la somme formant le reliquat de son compte de tutelle (art. 474 C. civ.); car la tutelle est régie par la loi nationale de l'incapable, c'est-à-dire, dans l'espèce, par la loi française.

Les intérêts compensatoires alloués par un tribunal français, comme dommages et intérêts à raison de faits accomplis en pays étranger, peuvent être fixés conformément à la loi de ce pays et au delà du maximum indiqué par notre loi, si c'est dans ce pays que la somme due pour réparation est nécessaire au réclamant (²).

SECTION III

EXÉCUTION DES OBLIGATIONS

309. Tout ce qui se rattache à l'exécution des obligations dépend, de l'avis de tous les auteurs, de la loi du pays où l'exécution se réalise. C'est donc d'après cette loi que l'on déterminera les règles de la tradition de la chose due, la possibilité d'exécuter l'obligation à raison de la nature de son objet, que l'on résoudra, en d'autres

(¹) Cass., 13 avril 1885, J. C., 1886, p. 457. — Cpr. Chausse, *Rev. crit.*, 1886, p. 693. — [V. cep. Weiss, *Man.*, 6e édit., 1909, p. 557, qui rattache à l'exécution de l'obligation, et par suite détermine par la loi du pays où elle aura lieu, les règles relatives notamment aux intérêts moratoires. V. sur les intérêts moratoires, une décision de la cour d'Alexandrie, en date du 1er avril 1908, J. C., 1909, p. 251, qui déclare très exactement que ces intérêts sont dus à partir de la demande en justice et alors seulement qu'ils ont fait l'objet d'une demande expresse devant une juridiction compétente.]

(²) Cass., 9 juin 1880, S., 81. 1. 449.

termes, la question de savoir si cette chose est ou n'est pas dans le commerce.

C'est aussi par la *lex loci executionis* que sont indiqués les moyens de contrainte que peut employer le créancier contre le débiteur. Mais, parmi ces mesures d'exécution, il en est une que plusieurs législations ne reconnaissent plus à cause de son extrême rigueur et de son caractère barbare : c'est la contrainte par corps. Aussi, la convention ayant été conclue dans un pays où la contrainte par corps subsiste encore, il ne faudra pas accorder au créancier le droit de s'en servir dans un pays où elle a été abrogée, bien qu'il ait pu compter sur cette garantie pour assurer l'exécution du contrat : l'abrogation de ce moyen de contrainte est en effet d'ordre public.

En sens inverse, doit-on dire que le débiteur dont la loi nationale n'admet pas la contrainte par corps ne peut pas y être assujetti parce que son statut personnel ne lui donne pas la capacité de s'y soumettre? On l'a soutenu, mais sans tenir compte de cette idée que la contrainte par corps, quand elle est consacrée par la loi d'un pays, est maintenue comme une garantie nécessaire de l'exécution des obligations, comme une mesure d'intérêt général, par conséquent d'ordre public. Voilà pourquoi, avant la loi du 22 juillet 1867, les étrangers étaient soumis à cette mesure de rigueur en France, quelles que fussent à cet égard les dispositions de leur loi nationale (1). De même, aujourd'hui, des Français pourraient être contraignables par corps en pays étranger. [Toutefois, ils ne pourraient être soumis à la contrainte par corps dans le territoire des Etats signataires de la convention de La Haye du 17 juillet 1905 sur la procédure civile, que si les nationaux y sont assujettis eux-mêmes et dans la mesure où ils le sont. V. ci-dessus, n° 189, p. 599, art. 24 de cette convention, qui a remplacé celle du 14 novembre 1896.]

Quant à la force exécutoire de la convention, elle est subordonnée à la concession de l'*exequatur* de la part de l'autorité compétente dans le lieu où l'exécution doit s'accomplir (V. n° 213, A.).

Il peut y avoir quelques difficultés dans la pratique pour préciser le lieu où l'obligation doit être exécutée : on les résoudra, la plupart du temps, par l'examen des circonstances de fait. Ainsi une obligation ayant pour objet un immeuble est naturellement exécutoire au lieu où cet immeuble est situé. Les dettes contrac-

(1) Loi du 17 avril 1832, art. 14.

tées à propos de fournitures d'entretien doivent généralement être exécutées au lieu où elles ont pris naissance. Pour les dettes mobilières, on peut appliquer l'art. 1247 C. civ., d'après lequel elles sont exécutoires au lieu où se trouvait l'objet au moment où la convention a été conclue, s'il s'agit d'un corps certain ; dans le cas contraire, le débiteur doit s'exécuter à son domicile. D'ailleurs, l'exemple suivant montrera quel large pouvoir d'appréciation peuvent avoir les juges sur cette question : il a été jugé que lorsqu'un Français a souscrit un billet à ordre au bénéfice d'un de ses compatriotes en pays étranger, si plus tard les deux parties reviennent définitivement en France et si le débiteur y paie à son créancier les intérêts de la somme due, l'intention probable des deux contractants a été de se soumettre à la loi française, pour tout ce qui concerne l'exécution de l'obligation (1).

SECTION IV

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

310. Les modes d'extinction des obligations peuvent se partager en deux catégories : dans la première se place le mode naturel et normal d'extinction, c'est-à-dire le paiement au sens large du mot, la *solutio* des jurisconsultes romains, qui consiste dans l'exécution même de l'obligation ; dans la deuxième catégorie se rangent les autres causes d'extinction qui, toutes, amènent la fin de l'obligation d'une manière plus ou moins anormale et contrairement aux prévisions habituelles des parties.

§ I. *Du paiement.*

311. La *solutio* ou paiement désignant, dans un sens large, l'exécution même de l'obligation, il en résulte que, conformément au principe indiqué plus haut, la *lex loci executionis* régira tout ce qui s'y rattache. D'après cette loi on fixera notamment la manière dont le paiement devra être effectué, les conditions et les formes des offres réelles et de la consignation, les choses qui peuvent être données en paiement (2).

(1) Besançon, 11 janv. 1883, D. P., 83. 2. 211.

(2) [Le paiement étant l'exécution de l'obligation, la prestation de la chose due, on a cru pouvoir en conclure qu'il est régi par la loi que les parties ont choisie expressément ou tacitement, c'est-à-dire par leur loi nationale ou la *lex loci contractus,* suivant les cas : cette loi décidera, notamment, si le paiement peut être

Quelques difficultés se présentent en ce qui concerne le paiement pris dans son sens strict, c'est-à-dire l'acquittement d'une dette ayant pour objet une somme d'argent.

Il peut arriver que les parties aient employé, pour fixer la somme due, des expressions susceptibles de sens différents, suivant qu'on les interprète d'après la loi du créancier ou bien d'après la loi du débiteur. Nous avons déjà vu que la question de savoir quel est le sens attribué par les contractants à l'expression dont ils se sont servis est surtout une question de fait : les juges interprèteront leur volonté d'après les circonstances.

Mais, cette première question une fois résolue, c'est-à-dire le montant de la somme due une fois fixé, il est nécessaire d'indiquer la manière dont le paiement en sera effectué, la monnaie qui devra être fournie. Ce second point se rattache à l'exécution de l'obligation et dépend de la *lex loci executionis*.

Le paiement se fera donc en monnaie ayant cours dans le lieu où la dette doit être acquittée et d'après la valeur nominale des monnaies dans ce lieu. Si, dans le laps de temps qui s'écoule depuis le jour du contrat jusqu'à celui du paiement, la valeur nominale des monnaies a augmenté ou diminué, le débiteur en profitera ou en souffrira, car il devra fournir moins ou plus de pièces de monnaie, de manière à parfaire, d'après leur valeur nominale actuelle, la somme fixée dans le contrat (art. 1895 C. civ.). Il serait du reste impossible d'éviter cette conséquence par une convention particulière, puisque la fixation de la valeur nominale des monnaies est une règle d'ordre public. Mais rien n'oblige, en France, à recevoir des monnaies étrangères, même celles venant de pays unis à la France par une convention monétaire (1).

Cependant, les parties peuvent convenir que le paiement sera effectué en monnaie de telle nature, par exemple en dollars ou en livres sterling; si la monnaie ainsi désignée est mise hors de

partiel, en quel lieu il doit être fait, quelle doit être, lorsqu'il s'agit d'une dette de genre, la qualité des choses payées. Surville et Arthuys, n. 265; Audinet, n. 397, p. 301. *Contrà :* Fiore, I, n. 193, qui applique, d'une façon générale, au paiement la loi du lieu de l'exécution. Toutefois, on reconnaît que la loi du contrat ne régit pas le paiement à tous les points de vue. Sans parler de la capacité du créancier qui reçoit le paiement et de celle du débiteur qui le fait, lesquelles dépendent de leur loi nationale, les formes du paiement sont régies par la loi du pays où il doit avoir lieu *(lex loci executionis)*, qui s'applique notamment à la procédure des offres réelles et de la consignation.]

(1) Cass., 9 août 1883, J. C., 1884, p. 186; Renault, *Rev. crit.*, 1884, p. 717; Cass., 5 janv. 1884, S., 85. 1. 517. [V. convent. monét. du 4 nov. 1908.]

cours ou si sa valeur intrinsèque est modifiée dans le pays où le paiement doit se faire, le débiteur pourra s'acquitter en donnant une monnaie ayant cours dans ce pays, sauf à en fournir suffisamment, eu égard à sa valeur nominale, pour parfaire la somme promise en dollars ou en livres sterling (1).

Une autre hypothèse est encore à prévoir : il peut se faire que, dans le pays où le paiement doit être effectué, un papier monnaie plus ou moins déprécié ait été substitué, avec cours forcé, à la monnaie métallique. La loi qui établit le cours forcé du papier monnaie étant d'ordre public, le créancier pourra être contraint de recevoir ce papier monnaie d'après sa valeur nominale (2). Mais les contractants ne pourraient-ils pas convenir qu'il sera tenu compte de l'*agio*, c'est-à-dire que le créancier pourra réclamer la différence entre la valeur réelle de ce papier monnaie et la valeur des espèces métalliques? On l'a contesté, en disant que ce serait éluder par une convention spéciale la règle d'ordre public qui fixe la valeur du papier monnaie et lui donne cours forcé. Mais il semble qu'il soit plus conforme à l'équité et aux besoins du commerce de valider cette clause. D'une part, en effet, la convention dont il s'agit n'empêche pas la loi sur le cours forcé de produire son effet, puisque les billets seront reçus d'après leur valeur nominale; d'autre part, il est loisible aux parties de fixer comme elles l'entendent le montant de la somme due, et, par conséquent, en le déterminant, de tenir compte de la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle des billets qui serviront à effectuer le paiement. En annulant la clause d'après laquelle il doit être tenu compte de l'*agio*, on viole l'équité et l'on méconnaît la volonté des contractants; on permet au débiteur de se libérer en payant moins qu'il ne doit réellement. D'ailleurs, rien ne serait plus aisé que d'éluder cette prohibition; il suffirait de majorer le prix convenu, de manière que le paiement en billets d'après leur valeur nominale équivalût à la somme payée en monnaie métallique. Enfin, il est facile de voir que la défense de tenir compte de l'*agio* est de nature à troubler le crédit des opérations commerciales, et à entraver les transactions avec les étrangers. La jurisprudence est divisée sur cette question soit en France, soit à l'étranger (3).

(1) Cass. req., 18 nov. 1895, J. C., 1896, p. 381.

(2) Cass., 11 fév. 1883, S., 73. 1. 97 et note de M. Labbé, *Rev. crit.*, 1874, p. 501 et 551.

(3) J. C., 1875, p. 229; 1877, p. 84; V. Cass., 11 fév. 1873, S., 73. 1. 97; Vain-

Dans tous les cas, il est inadmissible que le créancier, lorsqu'il n'est pas national du pays où le papier monnaie a reçu cours forcé, puisse actionner le débiteur devant les tribunaux de son propre pays, afin de lui demander la différence entre la valeur réelle du papier monnaie et celle de la monnaie métallique qu'il comptait recevoir. La *lex loci executionis* règle en effet ce qui est relatif à l'exécution de l'obligation, et par conséquent au paiement, parce qu'on suppose que les parties se sont référées à elle en ce qui concerne ces différents points; or, cette loi, interprétation de la volonté tacite des contractants, s'impose également au débiteur et au créancier; ce dernier ne peut l'accepter lorsqu'elle lui est favorable et la répudier dans le cas contraire. D'ailleurs, si la valeur nominale des monnaies avait baissé en vertu d'une disposition nouvelle de la *lex loci executionis*, le créancier en profiterait puisqu'il toucherait une plus grande quantité de numéraire représentant peut-être, dans un autre pays, une somme supérieure à celle qu'il comptait recevoir : ayant pour lui les chances d'une modification favorable de la *lex loci executionis*, il est juste qu'il coure les risques des changements qui peuvent lui nuire.

312. Paiement avec subrogation. — La subrogation légale est réglée par la loi du lieu où le paiement est effectué par le tiers qui doit être subrogé (1). Cette subrogation n'est possible que dans les cas déterminés par cette loi (art. 1251 C. civ.), parce que le législateur, dans l'intérêt du crédit public, a limitativement indiqué les circonstances où il est possible d'opposer aux tiers les garanties de la créance, hypothèques, gages, cautions, etc., qui auraient dû disparaître par le paiement.

Quant à la subrogation conventionnelle, du moment qu'elle consiste en une fiction d'après laquelle le subrogé est mis, à l'égard du débiteur et des tiers, dans les droits et actions du créancier, il en résulte logiquement que ses effets sont déterminés par la loi qui fixe les droits du créancier, c'est-à-dire par la loi même qui régit le contrat duquel est né la créance.

Mais les conditions requises pour que la subrogation soit opposable aux tiers étant motivées par des considérations de crédit et

berg et Labbé, *Rev. crit.*, 1874, III, p. 401 et 551; Cour de cassation d'Athènes, 14 nov. 1894, J. C., 1897, p. 193.

(1) [*Contrà :* Surville et Arthuys, n. 266 et Audinet, n. 397, qui estiment que la loi du contrat détermine les cas de subrogation légale, celle-ci n'étant qu'une modification aux effets du paiement.]

d'intérêt publics, elles devront être observées conformément à la loi territoriale pour que la subrogation puisse être invoquée. Ainsi on ne pourrait admettre, en France, une subrogation consentie par le créancier après le paiement (art. 1250, 1°); car, le paiement une fois effectué, les tiers ont un droit acquis à considérer la créance comme éteinte et à méconnaître les droits accessoires, hypothèques, gages, etc., qu'on voudrait leur opposer (V. aussi art. 1250, 2°) (1).

§ II. *Modes d'extinction des obligations autres que le paiement.*

313. La **novation** consistant dans la substitution d'une obligation nouvelle à l'ancienne, et le caractère de cette nouvelle obligation ainsi que ses effets étant déterminés, soit par la loi nationale des parties, lorsqu'elles ont même nationalité, soit, dans le cas contraire, par la *lex loci contractus*, il en résulte que c'est d'après l'une ou l'autre de ces deux lois qu'on tranchera la question de savoir s'il y a novation et quelles en sont les conséquences (2). Si cependant la loi de la situation des biens interdisait la transmission des droits réels garantissant la créance novée, le créancier nouveau ne pourrait pas se prévaloir de ces garanties, la *lex rei situs* étant d'ordre public sur ce point qui touche au crédit général.

314. Remise de la dette. — La capacité pour la faire dépend de la loi nationale du créancier, et c'est la loi nationale du débiteur qui règle sa capacité pour recevoir cette donation.

Pour savoir si certains faits, par exemple l'abandon fait par le créancier au débiteur du titre qui constate la créance (art. 1282 et 1283 C. civ.), impliquent remise tacite de la dette, on consultera la loi du pays où le paiement doit être effectué, car cette remise équivaut au paiement et doit être réglée comme lui par la *lex loci executionis* (3).

Les effets de la remise, soit à l'égard du débiteur, soit à l'égard

(1) [Fiore, t. I, n. 191-197; Audinet, n. 397, p. 301-302.]

(2) Cass., 19 mai 1884, 84. 1. 288; Audinet, n. 396, p. 300-301.]

(3) [*Contrà :* Audinet, n. 396, p. 301 : la remise conventionnelle de dette, étant un acte juridique distinct de l'obligation primitive, est régie, à ses yeux, par la règle de l'autonomie de la volonté; si on lui opposait qu'elle équivaut au paiement, M. Audinet répondrait que, pour lui, le paiement n'est pas régi par la *lex loci executionis*.]

cautions et des débiteurs solidaires, seront déterminés par la qui régit l'obligation elle-même. Cette loi fixe la portée de l'engagement des différents obligés, et c'est par conséquent d'après ses dispositions que l'on résoudra la question de savoir dans quelle mesure cette étendue de l'obligation peut être restreinte pour chacun d'eux à raison d'un fait qui agit sur l'obligation elle-même.

Une sorte de remise de la dette particulière est celle qui résulte de la cession de biens, par laquelle le débiteur se soustrait aux poursuites de ses créanciers, sauf à s'acquitter complètement envers eux dans la suite, s'il acquiert d'autres biens (art. 1265-1270 C. civ.). La cession de biens se présente sous deux formes : elle est volontaire ou judiciaire. Volontaire elle apparaît comme un contrat ordinaire dont les effets sont réglés par les stipulations des parties ou, à défaut de clauses expresses, par la loi qu'elles ont présomptivement acceptée. La cession de biens judiciaire ne constitue pas une libération définitive du débiteur, mais bien une faveur spéciale en vertu de laquelle, à raison de son malheur et de sa bonne foi, il obtient de ne pas être contraignable par corps (art. 1268 et 1270 C. civ.) : aussi ce bénéfice, concédé par les tribunaux d'un pays, ne peut-il avoir d'effet sur le territoire d'un autre État où l'autorité de ces tribunaux n'existe plus. Néanmoins, après avoir fait revêtir de l'*exequatur* la sentence qui prononce la cession de biens, les créanciers pourront se saisir des biens actuels de leur débiteur situés en pays étranger.

315. Perte de la chose due. — Cette cause d'extinction des obligations ne peut donner lieu à aucun conflit de lois, car on est bien obligé d'accepter partout la règle *Interitu rei certæ debitor ejus liberatur*, puisqu'elle n'est qu'une application de cette maxime de bon sens : à l'impossible nul n'est tenu. Nous avons du reste établi plus haut que l'étendue de la responsabilité encourue par le débiteur à raison de sa faute qui a amené la perte de la chose, ou bien à raison des cas fortuits après sa mise en demeure, dépend de la loi qui régit le contrat lui-même.

316. Compensation et confusion (1). — Ces deux causes

(1) V. A. Sacerdoti, *Des conflits de lois en matière de compensation des obligations*, J. C., 1896, p. 57. — [D'après quelques auteurs la compensation légale doit, pour se produire, être admise à la fois par les lois qui régissent la plus ancienne et la plus récente obligation : Surville et Arthuys, n. 267; Audinet, n. 398, p. 302-303. — Pour l'application exclusive de la loi qui régit la première obligation, V. trib. de l'Empire allemand, 1er juillet 1880, J. C., 1881, p. 981. Pour

d'extinction des obligations proviennent de faits qui, non seulement sont postérieurs au contrat, mais en sont même indépendants. On ne peut les considérer comme rentrant dans les prévisions normales des contractants et, dès lors, elles ne peuvent être régies par la même loi que le contrat. Elles dépendront de la loi du pays où s'est accompli le fait qui leur donne naissance : si donc on suppose une obligation contractée en pays étranger, et si plus tard, en France, le débiteur devient créancier de celui envers qui il était obligé, il y aura lieu d'appliquer l'art. 1290 d'après lequel la compensation opère de plein droit, et l'art. 1293 d'après lequel elle ne peut être invoquée dans certains cas, par exemple lorsqu'il s'agit d'une dette provenant d'un dépôt ou d'un prêt à usage.

Toutefois, cela n'est vrai que de la compensation légale opérant *ipso jure*, comme en France. Pour la compensation judiciaire prononcée par les tribunaux, ou pour la compensation légale qui n'opère que par la production d'une exception en justice, telle qu'elle existe dans nombre de législations, il faut s'en tenir à la *lex fori*. Toutefois, dans ces deux cas, la question de savoir si la dette est susceptible de compensation tient à la nature même de l'obligation, et celle-ci est fixée par la loi qui régit le contrat : c'est donc cette dernière loi qui devra être suivie pour savoir si la compensation judiciaire ou par exception en justice est possible. Quant à la compensation conventionnelle, elle doit être traitée comme un contrat ordinaire, en appliquant la loi acceptée par les parties.

317. Prescription libératoire. — La question de savoir quelle est la loi qui doit régir la prescription extinctive des obligations est une des plus controversées du droit international privé ; elle a donné lieu à un très grand nombre de systèmes dont voici les principaux.

1° Suivant Pothier, la prescription libératoire dépendrait de la loi du domicile du créancier (1). Cette opinion est fondée sur ce que les créances, comme tous les meubles, sont considérées comme attachées à la personne du propriétaire et réputées situées

l'application de la loi qui régit l'obligation la plus récente, Weiss, *Traité,* t. IV, p. 375.]

(1) Pothier, *Prescription,* n. 251. — Peut-être Pothier n'a-t-il pas voulu émettre l'opinion qu'on lui attribue, et ne voulait-il parler que de la prescription acquisitive des meubles et de celle qui permet au possesseur d'un héritage de s'affranchir des rentes constituées non déclarées lors du contrat. V. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *De la prescription,* 3e éd., 1905, n. 977, p. 783-784.

au domicile de ce dernier; on en conclut qu'elles sont logiquement régies par la loi en vigueur au lieu de leur situation fictive.

Mais ce raisonnement n'est, au fond, qu'une véritable pétition de principe. Puisque la prescription est invoquée par le débiteur, il y a au moins doute sur le point de savoir si le créancier est encore titulaire de son droit; on ne saurait donc s'appuyer sur sa qualité de titulaire de la créance pour en conclure que cette dernière est fictivement située à son domicile et doit être régie par la loi de ce domicile. D'autre part, l'opinion de Pothier conduit à cette conséquence, bien difficile à admettre, que le créancier pourra allonger à son gré la durée de la prescription extinctive, en transportant son domicile dans un pays dont la loi l'a élablie plus longue que celle du pays où l'obligation a été contractée.

2° D'après une opinion que l'on peut qualifier de traditionnelle, qui est défendue encore aujourd'hui par beaucoup d'auteurs et sanctionnée par la jurisprudence de la Cour de cassation, on devrait appliquer la loi du domicile du débiteur. En ce sens, on dit que la prescription libératoire est une exception personnelle au débiteur, et, comme c'est au domicile de ce débiteur que le créancier doit intenter son action personnelle ou mobilière, c'est aussi d'après la loi de ce domicile que l'exception dont il s'agit devra être appréciée et réglée (1).

(1) Boullenois, *loc. cit.*, I, p. 364-365; Bouhier, *loc. cit.*, chap. XXXV, n. 3; Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. I, § 3, n. VII; Cass., 13 janv. 1869, S., 69. 1. 49, avec une note de M. Labbé; Besançon, 11 janv. 1883, D. P., 83. 2. 211; Cass., 19 mai 1884, D. P., 84. 1. 287; Haute-Cour des Pays-Bas, 2 avril 1874, J. C., 1874, p. 141; Tribunal de Vaud, 11 janv. 1882, S., 82. 2. 41; Trib. de la Seine, 28 sept., *Gaz. des Trib.*, 7 oct. 1891; [Trib. Seine, 30 avril 1904 et Paris, 1re ch., 20 nov. 1906, J. C., 1907, p. 417; Rennes, 1re ch., 7 janv. 1908, J. C., 1908, p. 1101. Cet arrêt, rendu en matière d'abordage, est conforme à une jurisprudence constante et d'ailleurs très critiquée. V. ci-dessous, n. 323, p. 938, n. 3. La jurisprudence belge admet plus exactement que les fins de non-recevoir contre l'action en responsabilité dérivant d'un abordage dépendent de la loi qui régit les eaux territoriales où l'abordage s'est produit. Trib. comm. Anvers, 14 mai 1895, J. C., 1895, p. 100; Trib. civ. Bruxelles, 2 janv. 1897, J. C., 1897, p. 860. Dans le sens de l'application de la loi du domicile du débiteur, on peut invoquer la décision du tribunal régional supérieur de Hambourg, en date du 13 mars 1908 (J. C., 1909, p. 206), qui statue que la prescription de l'action en dommages-intérêts née du contrat d'affrétement ne peut, aux yeux des tribunaux allemands, être considérée comme interrompue par l'action introduite devant un tribunal français par un Français en vertu de l'art. 14 C. civ. français, contre un Allemand qui n'avait aucun établissement de commerce en France, le droit allemand n'admettant pas la réciprocité de cette disposition exorbitante.] V. Mérignhac, *Rev. crit.*, 1884,

En adoptant cette manière de voir, on ne se préoccupe que de l'un des termes du rapport, le débiteur, sans songer au créancier dont l'intérêt est cependant tout aussi respectable. Il en résultera que le débiteur pourra diminuer la durée de la prescription, en fixant son domicile dans un pays dont la loi l'a établie moindre que celle du lieu où le contrat a pris naissance. On a proposé, il est vrai, pour éviter cet inconvénient, d'appliquer toujours la loi du pays où le débiteur avait son domicile au moment où l'obligation a été contractée (1) : mais alors que devient l'idée fondamentale du système, d'après laquelle la prescription libératoire est une exception personnelle au débiteur, une mesure de protection que le tribunal devant lequel il est actionné doit lui accorder conformément aux dispositions de la loi locale? Suivant d'autres auteurs, on écarterait l'inconvénient signalé en faisant élection de domicile, ce qui rendrait immuable la loi de la prescription. Si cette élection de domicile n'a pas été faite, on ne permet au débiteur d'invoquer que les années écoulées depuis son changement de domicile, lorsque la loi du nouveau domicile fixe la durée de la prescription à un laps de temps moindre que celui qui est indiqué par la loi de son précédent domicile (2). Mais toutes ces restrictions, plus ou moins arbitraires, apportées au principe que l'on propose, ne sont-elles pas une preuve de son manque de base au point de vue juridique et rationnel?

3° La jurisprudence anglo-américaine se prononce pour la loi du pays où l'action est intentée, *lex fori*. Elle en donne pour raison que la prescription est établie par chaque législateur comme une règle d'ordre public, afin d'éviter des réclamations tardives dont il serait difficile d'apprécier le bien fondé : or, dans les questions d'ordre public, le juge ne peut qu'appliquer sa propre législation (3).

p. 114 et suiv.; Thomsen, *R. D. I.*, 1894, p. 530, 605; Mercier, *De la prescription libératoire en droit int. privé*, Lausanne, 1897; [Cavaretta, *La prescrizione nel diritto internazionale*, Palerme, 1908.]

(1) Dunod, *Prescription*, partie I, chap. XIV, *in fine;* Pardessus, *Droit comm.*, n. 1495.

(2) V. note de M. Labbé, S., 69. 1. 50.

(3) Lawrence, *loc. cit.*, III, p. 405 et suiv.; [Wharton, *Conflict of laws*, § 534-544]; Westlake, J. C., 1882, p. 14; [*Id., Priv. int. law*, 4e édit., 1905, §§ 238-240, p. 302-304]; jurisprudence de la Louisiane, J. C., 1876, p. 129-130; Trib. suprême de Leipzig, 18 mars 1875, J. C., 1877, p. 243. V. Conv. d'Union pour les transports par chemins de fer, art. 45, § 3, *J. off.*, 30 nov. 1892; [Conv. addit. du 19 sept. 1906, *J. off.*, 24 oct. 1908.] — V. en faveur de l'application de la *lex fori*, Alger,

L'argument invoqué par la jurisprudence anglo-américaine est loin d'être décisif dans les législations qui, comme la nôtre, n'imposent pas la prescription aux parties, qui permettent aux intéressés d'y renoncer, au moins quand elle est accomplie, et défendent aux juges de l'invoquer d'office (art. 2223 C. civ.). Elle contient cependant une grande part de vérité; nous la déterminerons bientôt en signalant la restriction qui doit être apportée à l'application absolue de la *lex fori*.

4° On a encore proposé d'appliquer la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée (1). A l'appui de cette opinion, on a fait valoir surtout les deux considérations suivantes. On a fait observer, en premier lieu, que la prescription se rattache directement à l'exécution à laquelle elle met obstacle et à laquelle elle équivaut; il est donc logique qu'elle soit réglée par la *lex loci executionis*. A cela on peut répondre que l'exécution de l'obligation est empêchée parce que le droit est éteint par la prescription; cette dernière met donc directement en cause l'existence de la créance et n'agit qu'indirectement sur l'exécution. — On ajoute que la prescription est la peine de la négligence commise par le créancier qui n'a pas réclamé son droit en temps utile; or, c'est au lieu où l'obligation doit s'exécuter que la réclamation aurait dû se manifester; c'est donc là que la faute est commise et c'est la loi de ce lieu qui est appelée à la sanctionner. Mais il est très contestable que la prescription puisse être assimilée à une peine; elle n'est plutôt qu'une présomption de paiement ayant pour but d'éviter des demandes tardives dont les preuves auraient disparu et qui donneraient lieu à de grandes difficultés pour les tribunaux chargés de les apprécier, ainsi que les nouvelles demandes d'un créancier malhonnête qui réclamerait un second paiement espérant que le débiteur n'a plus conservé son titre de libération. Au surplus, en acceptant cette assimilation de la prescription à une peine, il serait plus vrai de dire que la négligence du créancier est com-

17 janv. 1889, S., 89. 2. 124; Rennes, 30 mai 1889, J. C., 1889, p. 998; 28 janv. 1902, J. C., 1903, p. 137; Baudry-Lacantinerie-et Tissier, *Traité de la prescription,* 3e édit., n. 980-982, p. 785-789; Brocher, t. II, p. 409.]

(1) Massé, *op. cit.*, I, p. 494, 3e édit.; Troplong, *Prescription,* n. 38; Haus, *Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique,* p. 293; [Lehr, *De la prescript. extinct. en dr. int. pr., R. D. I.,* 1881, p. 516; Trib. civ. Marseille, 22 juin 1865, *Journ. de Marseille,* 66. 1. 26; Aix, 20 juin 1866, même journal, 67. 1. 116; Trib. civ. Seine, 19 fév. 1889, J. C., 1889, p. 621; Trib. supér. de Copenhague, 2 janv. 1905, J. C., 1907, p. 188; Cour d'appel d'Athènes, 1904, n. 1639, J. C., 1908, p. 244.]

mise au lieu où il aurait dû actionner le débiteur, c'est-à-dire en général au domicile de ce dernier, et que la faute qu'on lui impute doit être sanctionnée par la loi de ce domicile plutôt que par celle du lieu où l'obligation doit s'exécuter.

5° La meilleure solution, suivant la majorité des auteurs, consiste à faire régir la prescription libératoire par la loi à laquelle les parties se sont vraisemblablement référées en contractant et qui règle l'obligation elle-même : c'est-à-dire par la loi nationale des parties, si elles ont la même nationalité ; par la *lex loci contractus*, dans le cas contraire. La durée d'une obligation tient, en effet, à la substance même de cette dernière, et il est naturel de supposer que les parties ont entendu faire dépendre ce point si essentiel de la loi sous l'empire de laquelle elles ont placé toute leur convention. De plus, cette solution à l'immense avantage de fixer d'un manière immuable la durée de la prescription, et de ne pas permettre au créancier ni au débiteur de la modifier à leur gré (1). On objecte, il est vrai, qu'on pourra fixer arbitrairement la durée de la prescription en choisissant le lieu du contrat; mais on n'est pas maître de ce choix, la plupart du temps, comme le créancier ou le débiteur peuvent l'être d'établir leur domicile où il leur convient.

La véritable solution nous paraît consister dans une combinaison rationnelle de l'autonomie des parties avec l'ordre public de la *lex fori*. Il n'est pas sérieusement discutable que chaque législateur fixe la durée *maxima* de la prescription libératoire en s'inspirant des considérations d'ordre public : c'est ce qui résulte des raisons mêmes qui justifient la prescription, telles que nous les avons résumées en exposant la quatrième des opinions précitées. Il est donc inadmisible que les parties, quelle que soit leur

(1) [Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 358]; Renault, *Rev. crit.*, 1882, p. 723; Flandin, J. C., 1881, p. 230 et s.; [Asser et Rivier, n. 38]; Lainé, *Bull. Soc. législ. comp.*, 1890, p. 551; [Fiore, t. I, n. 165]; J. C., *Quest. et solutions prat.*, 1895, p. 67; Sénat dirigeant de Varsovie, 23-24 nov. 1873, J. C., 1874, p. 333; Trib. sup. de Leipzig, 4 janv. et 12 juil., 1882, *R. D. I.*, 1887, p. 269; [Alger, 18 août 1848, S., 1849. 2. 264; Chambéry, 17 fév. 1869, S., 1870. 2. 9; Trib. civ. Seine, 2 juin 1881, S., 1881. 3. 218]; Bordeaux, 1er mars 1889, S., 92. 2. 76; Trib. Tunis, 26 déc. 1889, J. C., 1898, p. 557; 15 juin 1891, J. C., 1891, p. 1238; Trib. comm. Bordeaux, 27 avril 1891, J. C., 1891, p. 1004; Trib. civ. Marseille, 31 octobre 1906, J. C., 1907, p. 416; Trib. civ. Anvers, 17 mai 1884, J. C., 1886, p. 373 et même trib., ch. tempor., 12 avril 1907, J. C., 1908, p. 569; Trib. de l'Empire allemand, 8 mai 1880, 12 juil. 1882, *R. D. I.*, 1887, p. 228; Trib fédér. Suisse, 14 juil. 1899, J. C., 1900, p. 848.]

nationalité, puissent demander l'application d'une loi étrangère fixant une durée de la prescription plus longue que celle qu'indique la *lex fori*. Mais on ne va nullement à l'encontre de l'ordre public tel que cette dernière loi l'établit en adoptant une loi qui accorde au débiteur une protection plus grande, qui favorise même mieux le but social poursuivi, en restreignant la durée de la prescription ; dans ce cas, l'autonomie des parties reprend son empire. En somme, on appliquera la loi du contrat présomptivement acceptée par les parties pour fixer la durée de la prescription plus courte que celle de la *lex fori ;* mais jamais les tribunaux saisis ne pourront admettre une durée plus longue que celle qui est prescrite par leur propre législation (1).

SECTION V

DES OBLIGATIONS NON CONTRACTUELLES

318. Les obligations qui ne naissent pas d'une convention sont de trois sortes : les unes viennent de la loi, les autres des quasi-contrats, les troisième enfin des délits ou des quasi-délits (art. 1370 C. civ.).

§ I. *Obligations venant de la loi.*

319. Les obligations de ce genre sont réglées par la loi qui régit le fait même qui leur donne naissance : ainsi les obligations du tuteur sont déterminées par la loi nationale de l'incapable sous l'empire de laquelle la tutelle est placée ; les obligations entre propriétaires voisins, par la loi de la situation des biens qui réglemente l'organisation de la propriété foncière, ainsi que nous le verrons en étudiant le statut réel et spécialement les servitudes qualifiées de légales.

320. Le droit maritime nous offre l'exemple d'un certain nom-

(1) Aubry et Rau, 5e édit., t. I, p. 165, texte et note 69 ; Mérignhac, *Rev. crit.*, 1884, p. 113 ; Aubry, J. C , 1896, p. 478 et s. ; Weiss, t. IV, p. 385 et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 558-559 ; Audinet, *Droit int. privé,* 2e édit., n. 401, p. 305-306. [M. Pillet, *Principes,* p. 456, n. 1, combine la loi nationale du débiteur avec la *lex fori ;* il estime que la prescription sera accomplie à l'expiration du délai le plus court fixé par l'une ou l'autre de ces lois. M. Rolin, t. I, n. 338 et 339 combine aussi de la même façon la *lex fori* avec la loi nationale commune des contractants ou la *lex loci contractus,* l'une ou l'autre étant appliquée obligatoirement, et non en vertu de la volonté présumée des parties.]

bre d'obligations légales d'une application très fréquente au point de vue du droit international.

1° *Responsabilité du propriétaire du navire à raison des actes accomplis par le capitaine*: L'art. 216 C. com. autorise le propriétaire à se libérer de cette responsabilité en abandonnant le navire et le fret. On retrouvait la même règle dans la loi belge du 21 août 1879 (art. 7), [aujourd'hui remplacée par la loi du 10 février 1908 (¹)]; on la retrouve dans les codes de commerce italien de 1882 (art. 491), hollandais (art. 321), allemand (art. 452 à 454). Aux Etats-Unis, la loi du 3 mars 1851 limite la faculté d'abandon de la part du propriétaire à certains cas où il y a faute de la part du capitaine; en Angleterre, le *Merchant shipping act* de 1862 (loi sur la marine marchande), art. 54, déclare le propriétaire responsable seulement des fautes du capitaine, et l'étendue de cette responsabilité est calculée à raison de 8 à 15 livres par tonne de jauge du navire, suivant qu'il y a eu dommage causé aux choses ou aux personnes.

Il faut décider que l'étendue de la responsabilité du propriétaire est limitée par la loi du pays auquel le navire appartient, c'est-à-dire par la loi du pavillon (²). C'est, en effet, d'après cette loi, à l'application de laquelle ils doivent s'attendre, que les tiers traitant avec le capitaine ont dû mesurer la responsabilité du propriétaire du navire. Contrairement à cette solution rationnelle, le *Merchant shipping act* du 25 août 1894, art. 503, déclare les dispositions de la loi anglaise applicables même aux navires étrangers. La Cour de cassation reconnaît toujours aux étrangers le droit de faire l'abandon prévu par l'art. 216 C. com., quand un abordage est survenu dans les eaux françaises et donne lieu à l'application de la loi de notre pays (³).

(¹) *Rev. de dr. int. mar.*, 1908-09, p. 284 et 436; *Annales de dr. com.*, 1909, p. 172.

(²) Lyon-Caen, *Etudes de droit intern. privé marit.*, p. 35. — Rennes, 21 déc. 1887, S., 88. 2. 25; Congrès d'Anvers de 1885, J. C., 1887, p. 71; Résolutions de l'Institut de droit international, Bruxelles, 1885, *Annuaire,* VIII, p. 123.

(³) Cass., 18 juill. 1895, S., 95. 1. 305 et note de M. Lyon-Caen; *id.*, 4 nov. 1891, S., 1892, p. 153. — Cass. req., 24 nov. 1897, J. C., 1898, p. 98; Cpr. Rouen, 21 juin 1893, J. C., 1894, p. 303; Rennes, 21 déc. 1887, J. C., 1888, p. 81; Cass., 31 juill. 1899, J. C., 1900, p. 948. — [Cpr. sur le délaissement en dehors du cas d'abordage, d'après le droit anglais dont les principes généraux sont les mêmes que ceux du droit français du moins quant aux assurances maritimes, la décision de la Chambre des Lords du 6 mars 1908, J. C., 1908, p. 1196. — Un grand effort en faveur de l'unification du droit maritime a été tenté, en particulier de 1897 à 1907 : des projets de conventions internationales sur l'abordage et le sau-

Si l'abordage a eu lieu en pleine mer entre navires de nationalité différente, on a jugé que la faculté d'abandon se règle d'après la loi du pays où l'armement a eu lieu, parce que, dit-on, c'est d'après cette loi que l'armateur détermine le mandat du capitaine et entend limiter la responsabilité qui en résulte pour lui, mandant (1).

2° *Obligations du capitaine.* Celles qui ont un caractère d'ordre public dépendent évidemment de la loi du pays où elles doivent être exécutées. Telles sont les obligations concernant l'observation des règlements sanitaires (2). Le pilotage aussi est imposé au point de vue de la sécurité générale, et comme, si le capitaine se dispense de prendre un pilote et dirige son navire à ses risques et périls, il n'en doit pas moins les droits de pilotage, l'obligation qui lui incombe de ce chef se présente avec un caractère fiscal et par suite d'ordre public (V. loi 29 janvier 1881, art. 1).

En ce qui concerne l'obligation de se soumettre au droit de visite du navire avant le départ, on a dit aussi qu'elle était d'ordre public, parce qu'elle est commandée par l'intérêt même de la sécurité des passagers (3). Dans la pratique, on n'impose pas cependant cette obligation aux capitaines de navires étrangers. Il semble, en effet, que notre législation les en dispense, car le certificat de visite doit figurer parmi les pièces du bord et ces pièces

vetage ont été élaborés par la Conférence diplomatique de Bruxelles, en février et octobre 1905, à laquelle vingt et un Etats ont été représentés. Ces projets n'ont pas été encore convertis en traités diplomatiques, parce que, conformément aux désirs exprimés notamment en Angleterre, on a voulu attendre qu'une Conférence diplomatique ait donné également une formule définitive aux projets de traités préparés sur la matière de la responsabilité des propriétaires de navires et sur celle des droits réels. La huitième Conférence du Comité maritime international, constitué en 1897, qui s'est réunie à Venise du 25 au 28 septembre 1907 et qui a frayé la voie à une Conférence diplomatique ultérieure, a adopté un avant-projet qui réglemente ainsi la responsabilité des propriétaires de navires : « Le propriétaire du navire n'est tenu que sur le navire, le fret et les accessoires du navire et du fret afférents au voyage : 1° des faits et fautes de l'équipage, du pilote ou de toute autre personne au service du navire ; 2° de l'indemnité d'assistance ou de sauvetage et des obligations contractuelles ou légales assumées par le capitaine. Le propriétaire est tenu sans limitation des gages du capitaine et de l'équipage et des créances pour réparations et fournitures » (*a*). — *Sic* loi belge du 10 févr. 1908.]

(1) Cass., 4 nov. 1891, J. C., 1892, p. 153.

(2) Décret du 22 février 1876, art. 4.

(3) *Merchant shipping act,* art. 13.

(*a*) [Verneaux, *Des travaux et résultats relatifs à l'unification du droit maritime de 1897 à 1907,* J. C., 1908, p. 56-67, *præs.* p. 61 ; Cpr. L. Franck, *L'unification du droit maritime et la Conférence diplomatique de Bruxelles,* J. C., 1907, p. 273-284.]

sont déterminées par la loi du pavillon (art. 225 C. com.); d'autre part, ce certificat de visite est nécessaire aussi pour autoriser l'inscription au rôle d'équipage et cette dernière pièce est assujettie, comme les autres, aux conditions de rédaction prescrites par la loi du pavillon (1).

Pour les mêmes raisons, le congé ne doit être obtenu avant le départ que par les capitaines de navires français (règlement du 7 nov. 1866, art. 161 et 162).

On a soutenu que l'obligation, pour le capitaine, de faire son rapport et de le présenter dans les vingt-quatre heures depuis son arrivée est d'ordre public et s'impose par conséquent toujours, quelle que soit la nationalité du navire (art. 242 à 244 C. com.). On fait valoir en ce sens les raisons qui ont motivé cette règle et qui sont les suivantes : éviter que le capitaine ne dépose des marchandises à terre avant qu'on ne se soit assuré qu'elles ne viennent pas d'un pays contaminé; l'empêcher encore de modifier après coup son rapport, pour expliquer à sa guise des avaries qu'il ne constaterait dans la cargaison qu'après le débarquement. Mais telle ne saurait être la pensée de la loi, car le rapport en question doit être présenté à l'étranger devant le consul de France, ce qui montre bien qu'il s'agit d'un rapport présenté par un capitaine français. D'autre part, on ne comprendrait pas que notre législateur imposât l'observation d'une règle, d'ordre public en pays étranger; il ne peut procéder ainsi que lorsqu'il s'agit d'une obligation particulière à ses nationaux. La même solution s'applique en ce qui concerne l'obligation de déposer le rapport en cas de relâche forcée (art. 245 C. com.; ordonn. du 29 octobre 1833, art. 12) (2).

3° *Règlement d'avaries.* Dans toutes les législations, on distingue les avaries particulières, provenant d'un cas fortuit dont la victime supporte le préjudice, des avaries grosses ou communes, qui sont la conséquence d'un sacrifice fait dans l'intérêt général du navire et de la cargaison, et qui doivent être réparties entre tous ceux dans l'intérêt desquels le sacrifice a été fait. Mais une grande variété apparaît, soit au point de vue de la classification

(1) Cass. req., 11 fév. 1862, D. P., 62. 1. 158; Trib. de comm. du Havre, 24 août 1875, J. C., 1876, p. 458; Lyon-Caen, *loc. cit.*, p. 39. — Congrès d'Anvers, J. C., 1885, p. 597 et suiv.

(2) Cpr. C. de Naples, 7 mai 1887, J. C., 1888, p. 147; Milan, 7 fév. 1888, *ibid.*, 1889, p. 132; Middelbourg, 16 déc. 1885, *ibid.*, 1889, p. 742.

des avaries dans l'une ou l'autre des deux catégories, soit au point de vue de la proportion suivant laquelle les avaries grosses doivent être réparties entre le navire et le fret. La fréquence des conflits des lois sur ces deux dernières questions a déterminé l'Association anglaise pour la réforme et la codification du droit des gens à rédiger un ensemble de règles générales, qui sont quelquefois adoptées par convention spéciale dans les chartes-parties : ce sont les fameuses règles d'York et d'Anvers (*York Anduerp rules*, modifiées en 1890) (1).

D'après toutes les législations, le règlement d'avaries s'opère au port de débarquement (art. 414 C. com.). C'est donc d'après la loi de ce lieu que se détermineront les conditions de forme du règlement ou *dispache*, d'après l'adage *Locus regit actum*. Mais si le consul opère le règlement d'avaries, il observe les formalités prescrites par la loi de son pays (art. 414 C. com.; ordon. du 29 octobre 1833, art. 28). Souvent les conventions consulaires donnent aux consuls le pouvoir de faire les règlements d'avaries, soit lorsqu'il s'agit de navires de leur nation, soit seulement lorsque les intéressés sont leurs nationaux.

Mais, contrairement à l'opinion généralement admise (2), nous ne pensons pas que la loi du port du débarquement détermine aussi la répartition des avaries communes entre les intéressés.

Il faut appliquer la loi à laquelle les parties se sont référées, en faisant le contrat d'affrètement, pour le règlement ultérieur des grosses avaries. Or cette loi ne peut être celle du port de débarquement qui n'est pas même sûrement connu à l'avance, puisque des accidents de mer peuvent forcer à relâcher et à débarquer dans un autre lieu, et que, en cours de route, le capitaine peut recevoir l'ordre de se diriger vers une destination autre que celle qui avait été d'abord indiquée.

Rappelant ici les règles déjà indiquées à propos des conventions, nous dirons que la loi applicable sera celle des parties si elles ont même nationalité. Si les contractants sont de nationalité différente, on appliquera la loi du pavillon : cette loi est en effet fixe et immuable, tandis que la loi du port de débarquement peut varier suivant les circonstances qui font changer le lieu où le débarquement doit s'effectuer. D'autre part, il est vraisemblable que

(1) De Courcy, *Questions de droit maritime*, II, p. 265; J. C., 1892, n. I-II.

(2) Jurisprudence anglaise, Westlake, J. C., 1882, p. 12; jurispr. allemande, J. C., 1874, p. 133; C. de Bordeaux, 21 janv. 1875, J. C., 1875, p. 352; La Haye, 11 fév. 1878, J. C., 1879, p. 311.

les parties ont adopté cette loi qu'elles connaissent par le pavillon du navire, et qui est la seule qui puisse leur être commune quand elles appartiennent à des nations différentes (1).

4° *Sauvetage*. Toutes les nations civilisées condamnent aujourd'hui et rejettent l'ancien droit de naufrage et d'épave, en vertu duquel les biens des naufragés jetés à la côte étaient confisqués : cette sorte de droit d'aubaine appliqué dans des circonstances malheureuses est une iniquité qui a trop longtemps duré sous l'empire de l'ancien droit (2).

Mais les droits attribués à ceux qui sauvent un navire, une cargaison ou les débris qui sont apportés par la mer, les obligations qui leur incombent, les règles concernant la conservation des objets sauvés et les réclamations de leur propriétaire sont fixés par des lois de police, obligatoires pour tous dans le lieu où le sauvetage est effectué. La Cour de cassation a déclaré la loi française (ordonn. de 1681, liv. IV, tit. IX, art. 27) applicable dans le cas de sauvetage, opéré en pleine mer, d'un navire anglais par un navire français, bien que le navire sauveteur se fût directement rendu dans un port étranger. Cette décision se justifie par cette idée qu'en pleine mer le navire est regardé comme une fraction détachée du pays dont il porte le pavillon, et que le navire sauvé passe, par le sauvetage, sous la dépendance du navire sauveteur. Le sauvetage doit être considéré comme fait dans les eaux territoriales du pays auquel appartient le navire sauveteur, bien qu'il soit opéré en pleine mer (3).

[Un projet de convention internationale relative à l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritime a été élaboré à la conférence diplomatique de Bruxelles, dans sa seconde session d'octobre 1905, à laquelle prirent part vingt-un Etats, dont l'Angleterre, rompant avec sa politique traditionnelle d'isolement en matière de droit privé. Ce projet, qui comprend dix-huit articles, dispose dans son article 1er : « L'assistance et le sauvetage des navires de mer ou de leurs cargaisons, ainsi que les services de même nature rendus entre navires de mer et bateaux de navigation intérieure, sont soumis aux dispositions suivantes, sans qu'il y ait à distinguer entre ces deux sortes de

(1) Lyon-Caen, *loc. cit.*, p. 53; et J. C., 1882, p. 595 ; [Jilla, *op. cit.*, t. II, 1907, p. 474-479.]

(2) *Commentarius de jure littoris* de J. Schuback, Hambourg, 1751.

(3) Cass. req., 6 mai 1884, J. C., 1884, p. 512. V. Demangeat, J. C., 1885, p. 143 ; Congrès d'Anvers de 1885, J. C., 1888, p. 887.

services *et sans qu'il y ait à tenir compte des eaux où ils ont été rendus* » (1).]

Du reste, ce droit de sauvetage n'existe en général que pour les choses; exceptionnellement le *Merchant shipping act* de 1854, art. 458, modifié par l'*Admiralty court act* de 1861, l'établit pour les personnes sauvées sur un navire anglais n'importe où, et sur n'importe quel navire dans les eaux territoriales de l'Angleterre (Règles confirmées par le *Merchant shipping act* de 1894, art. 544) (2).

Il est souvent convenu que les consuls auront la direction du sauvetage des navires de leur nation; les autorités locales ne devant intervenir que pour assurer l'ordre, garantir l'intérêt des naufragés étrangers au pays auquel le navire appartient, et surveiller l'entrée ou la sortie des marchandises sauvées qui sont dispensées des droits de douane, à moins qu'elles ne soient consommées sur place (3).

§ II. *Obligations venant des quasi-contrats.*

321. On dit, en général, que l'obligation provenant des quasi-contrats est créée par la loi elle-même, et on en conclut que cette obligation doit être régie par la loi en vigueur dans le lieu où s'est accompli le fait qui lui donne naissance, par exemple la gestion d'affaires ou le payement de l'indu (4).

(1) [V. ce projet dans J. C., 1907, p. 281-284; Cpr. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 453-454].

(2) [L'art. 12, 2e al. du projet de convention internationale sur l'assistance et le sauvetage maritime porte : « Les dispositions relatives à la rémunération ne concernent pas le sauvetage des personnes, sans que cependant il soit porté atteinte aux prescriptions des lois nationales à cet égard ». V. J. C., *loc. cit.*, 1907, p. 283.]

(3) Traités franco-hollandais du 7 juillet 1865; franco-belge du 31 octobre 1881, art. 10; franco-anglais du 16 juin 1879, J. C., 1879, p. 588. De Clercq et de Vallat, II, p. 270 et suiv., 5e édit.; ordonnance du 21 novembre 1833, art. 55 et suiv.

(4) [M. Jitta répudie le terme de *quasi-contrat*, malgré sa valeur historique, qu'il ne méconnaît point et il estime que le législateur, en faisant sa classification, n'a eu pour but que d'instruire les étudiants, *op. cit.*, t. II, 1907, p. 409 et 445. Il étudie tour à tour : les obligations qui ont leur source dans le fait qu'une personne s'est enrichie aux dépens d'une autre sans cause légitime (répétition de l'indû; autres cas où il y a une obligation fondée sur un enrichissement illégitime) et les obligations qui ont leur source dans une gestion spontanée des affaires d'autrui (gestion d'affaires proprement dite, sauvetage maritime); enfin obligations qui ont leur source dans la qualité de membres d'une communauté spéciale (rapports du droit de famille, rapports du droit des succesions, rapports de copropriété ou de communauté, rapports de voisinage, rapports entre les créanciers dans une

Il est vrai que l'accord préalable des volontés faisant défaut dans le quasi-contrat, il est impossible de considérer telle loi comme acceptée par les parties : mais si l'on applique nécessairement la *lex loci quasi-contractus*, cette loi imposée par l'autorité territoriale n'aura pas d'effet pour régler les conséquences du quasi-contrat qui se manifesteront en pays étranger, car elle sera, dans ce dernier pays, dépourvue de toute influence. Or, est-il admissible que les conséquences juridiques d'un quasi-contrat varient ainsi d'un pays à l'autre?

Il semble plus juste de considérer les dispositions légales relatives aux quasi-contrats comme une interprétation de la volonté probable des parties ; ainsi le législateur déclare le gérant d'affaires responsable à l'égard du *dominus rei* et ce dernier à l'égard du premier, parce qu'il estime, avec raison, que telle eût été la volonté des parties si l'une d'elles avait chargé l'autre de gérer son patrimoine (art. 1375 C. civ.) (1).

faillite, action *ad exhibendum*, personnes dont les intérêts sont enchevêtrés à bord d'un navire quant au chargement et quant aux avaries communes, communauté d'intérêts entre les propriétaires de titres émis par une même société). *Op. cit.*, t. II, p. 409-484. Cpr. Planiol, *Rev. crit.*, 1904, p. 224-237 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, 3e édit., t. IV, 1908, n. 2787, p. 446-447].

(1) [Après avoir constaté que dans la science il y a une tendance à faire régir la gestion d'affaires par la loi du pays où elle a eu lieu et une tendance à la soumettre au droit national du débiteur, ou des débiteurs en tant que les personnes intéressées sont obligées toutes deux, M. Jitta estime que la nationalité lui est aussi indifférente que l'autonomie des parties : pour son compte, il admet l'application de la loi locale lorsque les deux parties sont domiciliées dans le pays où la gestion a été entreprise, la gestion d'affaires étant alors *locale-nationale*, tous les éléments décisifs pour le but social de la relation juridique étant réalisés dans le pays où siège le juge ; si les mêmes circonstances rattachent la gestion à l'ordre social local d'un pays étranger, la loi de ce pays sera appliquée et les droits qu'elle consacre seront des droits acquis ; si enfin les personnes sont domiciliées dans des pays différents, si la gestion a eu lieu dans un pays autre que celui du domicile commun des personnes, l'aspect de la relation juridique étant abus international, il n'y a un élément prépondérant ni dans la nationalité commune des parties, ni dans le lieu de la gestion. Cependant, dans ce dernier cas, les circonstances peuvent être telles que le juge devra considérer la gestion comme pénétrant, par un élément prépondérant, dans la vie active locale d'un pays. Cela sera le cas si le gérant a veillé, dans le pays de son domicile ou dans le pays où il exerce une profession, aux intérêts d'une personne non domiciliée dans ce pays, alors que ces intérêts entrent dans la vie active locale. « Je suppose que la personne en question, dit M. Jitta, est appelée à une succession ouverte dans ce pays, qu'elle y possède des biens, particulièrement des immeubles, ou qu'elle est intéressée dans une faillite. Dans ces cas, les exigences juridiques de la communauté universelle renvoient à la loi locale. Si l'on ne se trouve pas dans un cas de ce

Il est vrai que cette interprétation de volonté paraît moins certaine en ce qui concerne celui qui reçoit le paiement de l'indu et qui est cependant tenu de le restituer : mais, outre que la volonté certaine du *solvens* est de reprendre ce qu'il a donné sans le devoir, dès qu'il s'aperçoit de son erreur, il faut remarquer que la loi a eu tort d'assimiler ce cas à un quasi-contrat; on y verrait plus exactement un quasi-délit, ou même un délit quand l'*accipiens* est de mauvaise foi (art. 1376 C. civ.) (1).

genre, il ne reste que le droit commun international, qui, dans les circonstances que le juge appréciera, pourra donner lieu à une application fondée sur le droit commun et dont le juge déterminera la substance en consultant sa conscience juridique. Je ne crains pas de faire appel à l'équité naturelle, parce qu'ici l'équité est la trame commune de toutes les lois ». Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 452-453. Cpr. *id.*, *Le droit commun international comme source du droit international privé*, *R. D. I. P.*, 1908, p. 553 et s].

(1) Ici encore, M. Jitta présente, en ce qui concerne le paiement de l'indû, de profondes et suggestives remarques dans le détail desquelles nous ne pouvons le suivre. Il estime que M. de Bar établit clairement que le lieu de paiement est indifférent et oppose des arguments décisifs à Laurent, qui a voulu faire dominer la loi personnelle des parties, si elles ont même nationalité, sur la loi du lieu où le quasi-contrat se forme; il pense que l'opinion de Zitelmann, qui veut faire régir l'obligation du débiteur par sa loi nationale, n'est pas plus fondée en cette matière qu'en toute autre; il distingue entre le principe de la répétition, avec ses nuances, d'une part, et, d'autre part, la substance de l'obligation de celui qui a reçu le paiement. Le droit commun international pose le principe de la répétition, mais les législations présentent, quant à l'application du principe, des nuances très sensibles qui peuvent avoir pour effet d'exclure ou de modifier l'application de ce principe. Il faut chercher ici encore, et comme toujours dans le système de M. Jitta, à localiser la relation juridique qui existe entre les personnes; et si cette localisation n'est pas possible, il faudra abandonner à la conscience du magistrat l'application du principe de droit commun international.

Dans quelles limites et à quoi est obligé celui qui a reçu indûment un paiement? Comme toujours, aux yeux du savant auteur hollandais, le juge appliquera les lois de son pays, s'il se trouve que la relation juridique est *locale nationale*, c'est-à-dire qu'elle appartient à la vie active de son pays par tous ses éléments décisifs. Cette situation existera si les deux personnes ont le centre de leur fortune dans le pays et s'il se trouve qu'un bien a passé, par suite d'un paiement fait dans le pays, du patrimoine de l'une dans celui de l'autre, sans qu'il y ait eu obligation de payer. La loi qui peut régir cette obligation importe peu ici; elle a rempli son rôle en déterminant s'il y a eu un paiement indû; la nationalité des personnes est aussi sans influence; elle ne crée pas un trouble de l'ordre local de la vie active et elle ne le fait pas disparaître s'il existe. Mais la réunion de tous ces éléments n'est pas même nécessaire : il suffira que les deux personnes aient dans le pays le centre de leur fortune, soit leur établissement professionnel principal si elles exercent une profession, soit leur domicile, pour que l'ordre raisonnable de la vie active locale soit troublé par le paiement indu; le lieu du paiement ne paraît pas décisif. Si les personnes ont le centre de leur fortune dans un même pays étran-

Si les dispositions légales relatives aux quasi-contrats sont ainsi interprétatives de la volonté des parties, on doit en conclure qu'il faut rechercher quelle eût été l'intention vraisemblable de ces dernières en ce qui concerne la loi applicable, au cas où elles auraient fait un véritable contrat. On se trouve ainsi conduit à appliquer, conformément à ce qui a été dit pour les obligations conventionnelles, la loi nationale des parties, si elles ont même nationalité, la *lex loci quasi-contractus*, dans le cas contraire. Les lois ainsi désignées n'étant pas imposées par l'autorité locale, mais bien supposées acceptées par les parties, auront un effet universel et unique dans tous les pays. Cette solution était consacrée dans l'avant-projet du nouveau code civil de Belgique rédigé par M. Laurent (1). Mais l'art. 8 du projet de ce code se prononce pour l'application de la *lex loci quasi-contractus* (V. dans le même sens décret du 20 février 1891, art. 5, pour le Congo, J. C., 1891, p. 673 [et la loi japonaise du 15 juin 1898, art. 11.]).

321 *bis*. Pour justifier l'application absolue aux quasi-contrats de la loi du pays où ils se sont formés, on a argumenté de ce que chaque loi exige comme strictement nécessaire que certains actes, d'ailleurs non délictueux, entraînent des obligations déterminées, soit pour assurer la sauvegarde des biens dans le pays, soit pour faire respecter le principe essentiel d'équité que nul peut

ger, c'est la loi de ce pays qui régira la substance de l'obligation de restituer. Enfin les deux personnes ont-elles le centre de leur fortune dans deux pays différents ? Etant donné que l'obligation de restituer existe, la relation juridique pénètre par un élément prépondérant dans un cercle local de la vie active, et cet élément prépondérant est le centre patrimonial de celui qui a reçu indûment. C'est par son enrichissement que l'on peut mesurer le trouble qui se produit dans l'ordre raisonnable de la vie sociale, et les mesures que la loi locale a édictées pour faire disparaître ce trouble, correspondent au but de l'obligation de restitution.

« Je ne fais pas même une exception, ajoute M. Jitta, pour le cas où le paiement a été accepté de mauvaise foi, parce que je ne considère pas le fait en question comme un délit ou quasi-délit de nature a entraîner l'application de la loi du lieu où le fait s'est passé. Si celui qui a accepté le paiement est coupable de manœuvres frauduleuses, qui forment un acte illicite imputable ou même une infraction pénale, j'aime mieux admettre l'existence d'*une seconde obligation*, fondée sur l'acte illicite et soumise au droit qui régit cet acte. Il me semble que l'on doit admettre ce résultat si l'on songe que les manœuvres frauduleuses peuvent avoir lieu dans un pays autre que celui du paiement ». *Op. cit.*, t. II, p. 424-431. Cpr. cour d'appel d'Athènes, 1903, n. 662, J. C., 1907, p. 503 et la note désapprobative de M. Politis.]

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, VIII, p. 6 à 17 ; Surville et Arthuys, n. 262 ; Rolin, t. I, n. 358 ; Audinet, n. 403, p. 307 ; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 387-388 et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 559-560.]

s'enrichir aux dépens d'autrui. Ce serait donc l'ordre public dans chaque Etat qui imposerait, au premier point de vue, de rembourser la valeur des constructions ou des travaux de culture faits sur le terrain d'autrui, et, au second, les obligations venant de la gestion d'affaires ou de la réception de l'indu. — Cette idée est exacte en tant que le principe d'équité d'après lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui est d'ordre public, par exemple pour le remboursement de l'indu et de la valeur des travaux faits sur le terrain d'autrui : en pareil cas, une solution semblable à celle que nous indiquerons au numéro suivant pour la réparation des délits et des quasi-délits paraît bien s'imposer. Mais le principe étant admis au nom de l'ordre public local les parties peuvent avoir la latitude de régler, en dehors du devoir strict de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, l'étendue de certaines obligations quasi-contractuelles. C'est à cet égard que l'*autonomie* des parties et leur référence à la loi présomptivement acceptées par elles peuvent se manifester. Sinon, on pourrait soutenir qu'il est d'équité élémentaire, par conséquent d'ordre public, que quiconque *contracte* une obligation doit l'acquitter dans la mesure fixée par la loi locale, au nom de l'ordre public fixé par cette loi. On arriverait ainsi à ce résultat inadmissible que toutes les obligations contractuelles, même dans leur interprétation et dans leur portée, dépendraient de l'ordre public local (1).

§ III. *Obligations venant des délits et des quasi-délits.*

322. Les délits et les quasi-délits sont des faits dommageables donnant lieu à une action en dommages et intérêts ; ils diffèrent entre eux en ce que l'intention coupable existe dans les premiers et non dans les seconds. Les obligations qui dérivent des uns et des autres sont régies par la loi du lieu où ils s'accomplissent : c'est dans l'intérêt de l'ordre public que chaque législateur ordonne la réparation du préjudice causé et détermine les responsabilités. Par conséquent, les dispositions des art. 1382 et suiv. C. civ. s'appliqueront à tous ceux qui se trouvent en France, quelle que soit leur nationalité (2).

(1) Cpr. P. Fiore, *De la loi qui doit régir les engagements qui se forment sans convention*, J. C., 1900, p. 449 et suiv.

(2) Cass., 16 mai 1888, D. P., 88. 1. 305. — [Aix, 19 déc. 1892, S., 93. 2. 201. — Paris, 23 juin 1899, J. C., 1901, p. 128. — Trib. supér. rég. de Cologne, 27 fév.

Il est possible que, d'après la loi du pays où le fait dommageable est commis, aucune réparation ne soit due à la victime, tandis qu'elle pourrait en réclamer une d'après sa loi nationale ; un Français, par exemple, blesse un de ses compatriotes en duel, dans un pays où l'action en dommages-intérêts n'est pas admise en pareil cas : les deux adversaires étant de retour en France, une condamnation en dommages-intérêts pourra-t-elle être prononcée par les tribunaux français?

Si le fait préjudiciable constitue un crime, assurément oui, car l'action civile peut être portée incidemment à l'action publique qui est possible en France, puisqu'il n'y a pas eu de jugement criminel à l'étranger (art. 5, I. cr. 1°). S'il s'agit d'un délit, l'action publique ne peut être intentée, car l'art. 5, I. cr. 2° exige pour cela que le fait délictueux soit puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère. Quant à l'action civile née du délit (et il en serait de même pour un quasi-délit), nous pensons qu'elle est recevable. Il est vrai que le fait ayant été commis en pays étranger, on peut objecter que l'ordre public n'a pas été violé en France ; mais la simple présence, sur notre territoire, de l'auteur impuni du préjudice échappant aux réclamations de sa victime serait à elle seule une atteinte à l'ordre public (1).

Si le fait commis à l'étranger y donne lieu à une réparation civile et non en France, on ne pourra pas sans doute appliquer une peine dans notre pays, puisque les lois pénales d'un Etat sont sans influence sur le territoire d'un autre ; mais la réparation du préjudice souffert constitue un droit acquis d'après la loi

1894, S., 94. 4. 1. — Trib. de l'Empire allemand, 2 mai 1900, J. C., 1900, p. 812. — Laurent, *Droit civ. int.*, t. VII, n. 10; Surville et Arthuys, n. 262; Audinet, n. 402, p. 306]. — Cpr. article précité de M. P. Fiore, J. C., 1900, p. 628 et suiv.; [Rolin, t. I, n. 363 et suiv.; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 390 et suiv. et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 560-561 ; Jitta, *op. cit.,* t. II, p. 323-359. D'ailleurs cette distinction des délits et des quasi-délits est sans aucune utilité : l'auteur du fait illicite doit le réparer de la même façon, qu'il s'agisse d'un délit ou d'un quasi-délit (Cass. req., 24 déc. 1894, S., 98. 1. 523 et D. P., 95. 1. 118; Lyon, 10 juil. 1896, D. P., 96. 2. 496). Aussi la pourrait-on faire disparaître de notre législation, comme l'ont fait le Code fédéral suisse des obligations (art. 59-69), le Code civil allemand (art. 823-853) et le Code civil japonais (art. 709-724), qui confondent délits et quasi-délits sous le nom d'actes illicites. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations,* t. IV, 3e édit., n. 2853, p. 536.]

(1) Paris, 7 déc. 1885, J. C., 1886, p. 713 ; Angers, 15 déc. 1891, *ibid.,* 1892, p. 1144. Cpr. Cass., 29 mai 1894, S., 94. 1. 481 ; [Cass. belg., 15 juill. 1907, J. C., 1908, p. 207.]

du pays où le fait a été accompli et nos tribunaux devront l'accorder (1).

323. Parmi les quasi-délits, les abordages sont assurément ceux qui sont de nature à amener le plus de conflits de lois différentes (2). On est unanime pour reconnaître que les conséquences d'un abordage survenu dans les eaux territoriales d'un Etat sont réglées par la loi de cet Etat : il s'agit, en effet, d'un quasi-délit commis sur une partie de la mer regardée fictivement comme une portion du territoire; aussi la loi territoriale s'appliquera-t-elle, soit qu'il s'agisse de déterminer la responsabilité, soit qu'il s'agisse de fixer le délai dans lequel les réclamations doivent se produire (art. 435-436 C. com.) (3).

(1) La loi d'introduction du C. civ. allemand, art. 12, n'admet l'action en dommages et intérêts contre un Allemand pour des faits passés à l'étranger que dans la mesure prévue par la loi allemande. [La loi japonaise du 15 juin 1898, art. 11, décide qu'en aucun cas la victime de l'acte illicite ne peut réclamer, s'il a été commis à l'étranger, d'autres dommages-intérêts que ceux que la loi japonaise lui accorderait; elle ne peut en réclamer aucun si l'acte n'est pas considéré comme illicite par cette dernière loi.]

(2) Il existe un règlement international pour les feux, les signaux et les manœuvres des navires, afin d'éviter, autant que possible, les abordages. La France y a adhéré par les décrets des 4 novembre 1879 et 1er septembre 1884. — V. J. C., 1884, p. 671 et suiv. — Loi du 10 mars 1891 et règlem. du 21 février 1897, sur les accidents et collisions en mer. — V. Résolutions de l'Institut de droit int. Lausanne, 1888, *Annuaire*, X, p. 150; Congrès de Bruxelles, 1888, J. C., 1888, p. 888; Congrès de Droit maritime d'Anvers, Ch. Lyon-Caen, J. C., 1885, p. 605; L. Frank, *De l'abordage en droit int.*, J. C., 1895, p. 952. — Cpr. J. C., 1896, p. 123; Labbé, *J. du Pal.*, 1875, p. 241; Marsden, *The law of collisions at sea;* de Loynes, *Quest. prat. en mat. d'abordage maril.;* Résolutions du comité maritime intern. à Anvers, sept.-oct. 1898, J. C., 1899, p. 202; F. C. Autran et de Bévotte, *Code intern. de l'abordage, de l'assistance et du sauvetage maritime*, 2e édit.; [Projet de convention internationale élaboré en octobre 1905 par la conférence diplomatique de Bruxelles, dont l'art. 1er est ainsi conçu : « La réparation des dommages causés par un abordage survenu entre navires de mer ou entre navires de mer et entre bateaux de navigation intérieure est soumise aux dispositions suivantes, *sans qu'il y ait à tenir compte des eaux où l'abordage s'est produit* ». V. ce projet de convention internationale *pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage,* J. C., 1907, p. 279. Cpr. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 366-370.]

(3) Cass., 18 juill. 1895, J. C., 1896, p. 130. — Cpr. Reichsgericht, 30 mai 1888, J. C., 1889, p. 856, et 9 juill. 1892, J. C., 1893, p. 902; Rennes, 28 janv. 1903, J. C., 1903, p. 585. — Cpr. consultation de M. Ch. Lyon-Caen, *ibid.*, p. 589 et suiv. — [La jurisprudence de tous les pays admet, d'ordinaire, la compétence de la loi du lieu de la collision, si l'abordage a eu lieu dans les eaux territoriales. Ainsi, la Cour suprême de Christiania a jugé le 15 décembre 1905 (J. C., 1907, p. 852) que la loi du lieu de la collision est applicable en cas d'abordage entre deux navires étrangers de nationalité différente dans les eaux d'un tiers Etat. La jurisprudence

Si l'abordage a eu lieu en pleine mer, on a proposé d'appliquer

danoise est fixée dans le même sens (Tribunal maritime de Copenhague, 31 mai 1905, cité par M. Beauchet en note, J. C., 1907, p. 852). Dans les Pays-Bas, le tribunal de première instance de Middlebourg a jugé, le 14 mai 1902 (J. C., 1907, p. 200) qu'en matière d'abordage, ce n'est pas la *lex fori,* mais la *lex loci,* qui est applicable quand il s'agit de savoir si une fin de non-recevoir reposant sur le droit maritime est bien fondée : il s'agit d'une obligation née de la loi, sans convention ; elle est régie par la loi du pays où elle s'est formée ; la collision ayant eu lieu, non dans les eaux néerlandaises, mais dans les eaux espagnoles, c'est le code de commerce espagnol qui est applicable. En France, la cour de Rouen, se conformant à une jurisprudence certaine (V. Clunet, *Tables générales,* t. III, v° *Abordage,* p. 45), a décidé, le 26 juin 1907, (J. C., 1908, p. 776), que, lorsqu'un abordage a eu lieu entre deux navires étrangers dans les eaux françaises, l'étendue de la responsabilité incombant au capitaine du navire abordeur doit être calculée d'après la loi française et suivant les règles du droit commun, sans qu'il y ait lieu de faire intervenir la loi du pavillon. La Cour de cassation a affirmé l'incompétence des tribunaux français pour statuer sur les contestations survenues entre deux étrangers à l'occasion d'un abordage en pleine mer, alors même que l'un des navires, dans l'espèce le navire abordeur, se serait réfugié dans un port français après la collision : cette circonstance est un simple fait d'où ne peut ressortir aucune attribution conventionnelle de compétence (V. l'arrêt de Cass. du 5 juin 1905, avec le rapport et les conclusions du ministère public, J. C., 1905, p. 964 et la note. V. aussi la note de M. Ripert, *Pand. fr. pér.,* 1906. 1. 23, et les critiques de M. Lyon-Caen, S., 1905. 1. 305). — Cpr. Cohendy, note, D. P., 1889. 2. 145 ; Levillain, note, D. P., 1892. 1. 408 ; Clunet, *Tables générales,* t. III, v° *Abordage,* p. 4 ; Cass. belg., 10 mai 1906, J. C., 1907, p. 467. V. enfin l'arrêt sur renvoi de la cour d'Amiens (aud. sol.), du 29 mars 1906, J. C., 1908, p. 125.]

[Toutefois, notre jurisprudence admet que le demandeur qui, à la suite d'un abordage dans les eaux étrangères, danoises dans l'espèce, s'adresse à la justice française, proclame par cela même qu'il est prêt à s'incliner devant les règles de la justice française ; qu'en matière personnelle, les règles de la prescription sont celles de la loi du domicile du débiteur et que la fin de non-recevoir de l'art. 436 C. comm. n'est pas d'ordre public, équivalant à une prescription extinctive et étant gouvernée par les mêmes règles, notamment en ce qui concerne son interruption et sa supension. Ainsi jugé, le 7 janvier 1908, par la cour de Rennes (J. C., 1908, p. 1101), conformément à une jurisprudence constante dont le dernier monument est l'arrêt de Cassation du 6 mai 1896 (J. C., 1897, p. 1161 ; V. Sirey, 1892. 1. 193 et la note de M. Lyon-Caen. Cpr. Levillain, D. P., 1903. 1. 89). Cette jurisprudence est d'ailleurs très critiquable (V. Lyon-Caen et Renault, *Traité,* 3e édit., p. 171 et suiv.). La jurisprudence belge admet plus exactement que la fin de non-recevoir contre l'action en responsabilité dérivant d'un abordage dépendant de la loi qui régit les eaux territoriales où l'abordage s'est produit (Trib. comm. Anvers, 14 mai 1895, J. C., 1895, p. 100 ; Trib. civ. Bruxelles, 2 janvier 1897, J. C., 1899, p. 860).]

[De ces décisions de la jurisprudence française on peut rapprocher celle du tribunal supérieur hanséatique, en date du 12 nov. 1906 (J. C., 1908, p. 186), aux termes de laquelle, lorsqu'un abordage s'est produit dans des eaux étrangères, mais entre deux navires dont les propriétaires sont Allemands et domiciliés en Allemagne, et que la cause est portée devant le tribunal du domicile du défendeur

la *lex fori*, la loi du juge saisi de la demande en réparation du préjudice causé (1).

Mais certaines distinctions sont nécessaires. S'il s'agit de fixer la responsabilité encourue à raison du sinistre, il paraît naturel d'appliquer la loi nationale des parties lorsque les deux navires portent le même pavillon : une même loi, en effet, délermine en pareil cas les obligations de chaque capitaine.

Si les deux navires sont de nationalité différente, on appliquera les principes rationnels généralement admis dans les diverses législations : si l'abordage vient d'un cas fortuit et de force majeure, aucune responsabilité n'est encourue par celui qui en est l'auteur; s'il y a faute commise, une indemnité sera due. Dans le doute sur le point de savoir si une faute a été effectivement commise, on ne devra pas la présumer, mais bien, conformément au principe de droit commun, supposer un cas fortuit jusqu'à preuve du contraire (2). Lorsqu'un des navires est français, il y aurait beaucoup d'arbitraire à appliquer la disposition, d'ailleurs peu justifiable, de l'art. 407 C. com., d'après lequel, dans le doute sur le point de savoir quel est le navire qui a causé l'accident, on répartit les dommages par moitié entre les deux navires : les fautes, en effet, ne se présument pas.

Enfin, d'autres proposent d'appliquer à chaque capitaine, dans le cas d'abordage, la loi de son pavillon, mais en n'accordant à chaque navire que l'indemnité maxima fixée par la loi de son pays (3).

Les formes dans lesquelles la réclamation relative au préjdice causé par l'abordage doit se produire dépendent de la loi du lieu où elle est faite : *Locus regit actum.*

Quant au délai dans lequel cette réclamation doit être présentée, la plupart des auteurs estiment qu'il est fixé par la loi du lieu

en Allemagne, il n'y a pas à rechercher si la responsabilité civile résultant du quasi-délit d'abordage doit être examinée dans son principe et son étendue d'après la loi du lieu de la collision; en pareil cas, l'application d'une loi étrangère ne pourrait se justifier par aucune raison suffisante et ne se comprendrait pas, car les parties, dans la plupart des cas, ignorent la loi étrangère, et elles n'ont aucun motif pour s'y référer, alors que leurs droits et leurs obligations sont déterminés par leur loi nationale.]

(1) Paris, 16 fév. 1882, J. C., 1883, p. 145. — Trib. sup. de Hambourg, 24 sept. 1889, J. C., 1892, p. 1037.

(2) Aix, 23 déc. 1857, D. P., 58. 2. 239 ; Haule-Cour d'amiraulé d'Angleterre, 11 mai 1881, J. C., 1883, p. 175; [Cpr. Jilta, *op. cit.*, t. II, p. 361-362.]

(3) Lyon-Caen et Renault, VI, n. 1050; de Bar, *Theorie und Praxis...*, II, n. 328.

où la demande est introduite en justice : la *lex fori*. Il s'agit, dit-on, de déterminer la condition de recevabilité d'une action ; or c'est là une règle de procédure qui dépend de la loi du juge saisi (1).

Cette solution nous paraîtrait justifiée s'il s'agissait d'un acte de procédure proprement dite, relatif d'une manière directe à l'instance introduite, tel qu'une production de pièces, une notification d'acte d'avoué à avoué ; mais la réclamation dont nous parlons est un acte *extrajudiciaire* qui prépare l'instance sans en faire partie ; on ne voit donc pas pourquoi cet acte dépendrait nécessairement de la *lex fori*. D'autre part, le capitaine du navire abordé peut ne pas savoir où il doit porter son action et se trouver forclos par ignorance, le délai fixé par la *lex fori* étant parfois très court.

Le navire qui a causé l'abordage peut avoir fui au milieu de la nuit sans qu'on ait distingué son pavillon : comment le capitaine du navire abordé pourra-t-il connaître le tribunal auquel il devra s'adresser ? Si l'on suivait la *lex fori*, pour la fixation du délai dans lequel sa réclamation doit se produire, on l'obligerait à observer les lois de toutes les nations maritimes afin de rencontrer celle du pays auquel appartient le navire qui a causé l'abordage !

Il est donc beaucoup plus raisonnable de suivre, à ce point de vue, la loi du pavillon du navire abordé ; le capitaine la connaît sûrement, et, d'autre part, cette loi détermine les obligations qu'il doit observer et qu'il accepte implicitement en prenant le commandement de son navire : elle fixe donc le délai dans lequel il doit réclamer la réparation du préjudice que l'abordage lui cause (2).

La loi du 24 mars 1891, modifiant les art. 435 et 436 C. com., a porté à un an le délai de prescription pour l'action en indemnité à raison d'abordage, en abrogeant les fins de non-recevoir tirées du défaut de protestation et de signification prévues par l'art. 435. On a voulu ainsi sauvegarder les intérêts des victimes de l'abordage, alors surtout que, à l'étranger, le délai de recours est souvent plus long qu'en France, de sorte que des étrangers peuvent actionner nos nationaux dans leur pays, quand, dans le cas

(1) Montpellier, 31 mars 1873, J. C., 1874, p. 27 ; Cass., 21 avril 1874, S., 75. 1 97 ; 26 juin 1882, S., 82. 1. 446 ; Cass., 17 février 1891, J. C., 1891, p. 1169 ; Cass., 6 mai 1891, J. C., 1891, p. 1161 ; 1892, p. 193 ; [Rennes, 1re ch., 7 janv. 1908, J. C., p. 1101, précité et critiqué ci-dessus, n. 323, p. 938, note 3.

(2) Aix, 27 février 1870, S., 73. 2. 155.

inverse, les Français sont forclos chez nous pour actionner les étrangers.

La loi du 14 décembre 1897, complétant l'art. 407 C. com., donne au demandeur, en cas d'abordage, le droit d'assigner au domicile du défendeur (1), ou au port français dans lequel arrive le premier, soit le navire abordeur, soit le navire abordé, ou enfin, si l'abordage a lieu dans les eaux françaises, devant le tribunal dans le ressort duquel la collision s'est produite.

CHAPITRE II

DU CONTRAT DE MARIAGE

SECTION PREMIÈRE

DE LA LOI QUI RÉGIT LE CONTRAT DE MARIAGE

324. Les époux peuvent avoir réglé leur situation pécuniaire par contrat, ou n'avoir point rédigé leurs conventions matrimoniales : dans le premier cas, il n'y a lieu de rechercher quelle est la loi applicable que pour combler les lacunes du contrat de mariage ou pour en interpréter les clauses obscures ; dans le second cas, il s'agit de savoir quelle est la loi qui déterminera le régime de droit commun sous lequel les époux seront mariés (2). Au fond,

(1) Le domicile de fait, sans autorisation, du défendeur en France suffit. V. Cass., 12 août 1872, S., 72. 1. 323; Cass., 4 mars 1885, S., 85. 1. 169; Aix, 28 fév. 1889, *Droit,* 17 mars 1889 ; Cass., 4 nov. 1891, J. C., 1892, p. 153, et Rennes, 28 janvier 1902, J. C., 1903, p. 137.

(2) Barrilliet, *Du conflit de la loi française avec les lois étrangères résultant de l'absence de stipulations relatives au régime des biens entre époux,* Genève, 1861 ; Esperson, J. C., 1881, p. 214 ; Westlake, *R. D. I. P.,* 1881, p. 438 ; [*Id., Priv. int. law,* 4e édit., 1905, §§ 37-42, p. 76-82] ; Barraud, *Droit civil international du mariage et des régimes matrimoniaux,* 1893 ; Paquy, *Rev. gén. du dr.,* 1887, p. 297 ; Surville, *Rev. crit.,* 1888, p. 159 et 241 ; Bufnoir, *Bull. de la Soc. de légis. comp.,* 1889-1890, p. 684 et s. ; [L. Lyon-Caen, *La femme mariée allemande,* 1903 ; Roguin, *Le régime matrimonial en droit comparé,* 1903 ; Audinet, *Observat.* sur les effets extraterritoriaux des régimes matrimoniaux, *R. D. I. P.,* 1906, p. 102 et suiv. ; Pic, *Des nullités de sociétés pour cause d'incapacité légale et spécialement de la nullité des sociétés entre époux,* 1 vol. in-8°, Paris, 1907 ; Kebedgy, *Des conventions matrimoniales, Gaz. de Lausanne,* 22 fév. 1907 et J. C., 1907, p. 664-668 ; J. C., *Quest. et solut. pral., Quest.* 162, 1907, p. 676 et suiv. ; Mazas, *De la combinaison entre la théorie du renvoi et celle de l'autonomie à propos du régime matrimonial des époux mariés sans contrat,* J. C., 1907, p. 603-611 ; Sauvagnac, *La situation de la femme mariée quant aux biens en Autriche,*

du reste, les deux questions sont identiques; elles se réduisent toutes les deux à la recherche de l'intention des parties : en effet, le régime de droit commun doit être considéré comme présomptivement accepté par les époux, puisque le législateur ne l'établit que pour suppléer au défaut de contrat et en interprétant la volonté probable des conjoints (art. 1387 C. civ.).

Tel est, du moins, le caractère généralement attribué au régime de droit commun dans notre code civil; d'après quelques auteurs, au contraire, ce régime doit être regardé comme un effet direct de la loi et la conséquence d'une de ses dispositions impératives (1). Dans certains pays on a jugé préférable d'écarter toute espèce de présomption pour suppléer au silence des époux qui se marient sans faire de contrat, et de décider que, en pareil cas, chacun d'eux conservera la jouissance et l'administration de sa fortune, ce qui aboutit à un régime analogue à celui de la séparation de biens; c'est le système suivi dans le nouveau code civil d'Italie, en Russie, aux Etats-Unis dans la plupart des Etats de l'Union américaine, et en Angleterre depuis 1882 (2).

Quoi qu'il en soit, la détermination de la loi applicable se présente, pour le contrat de mariage, absolument comme pour les autres conventions; il faut rechercher l'intention des parties, puisque le contrat de mariage est aussi l'œuvre de leur volonté (art. 1134 et 1387 C. civ.).

D'ailleurs, dans la plupart des pays, la loi consacre le principe de la liberté des conventions matrimoniales; on ne trouve guère de régime obligatoirement imposé que dans quelques cantons suisses, dans la République Argentine et au Pérou (3). [L'art. 179

Bull. de la Soc. de législ. comp., 1908, p. 203-232 et les *Observat.* de MM. Thaller, Sée et Lefebvre, p. 232-233, 268-283; L. Lyon-Caen, *Etude sur la situation de la femme mariée quant aux biens en Allemagne, ibid.*, 1908, p. 77-115 et les *Observat.* de M. Thaller, p. 141-148; L. Adam, *Communication sur le nouveau code civil suisse et la situation de la femme mariée en Suisse, ibid.*, 1909, p. 80-105 et les *Observat.* de MM. Massigli et Saleilles, p. 147-168.]

(1) Cpr. Asser, *loc. cit.*, p. 110, note 2; Renault, *Rev. crit.*, 1883, p. 739; de Savigny, VIII, § 379; Demolombe, I, p. 96; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, I, p. 26; Cass., 11 juillet 1855, S., 55. 1. 699; Dumoulin, *Op.*, III, p. 555; Pothier, *Communauté*, art. prélimin., n. 8-13; Pillet, J. C., 1896, p. 20 et suiv.; *Principes*, 1903, n. 245-248, p. 456-465.]

(2) [Lehr, *Etudes sur le droit civil des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, 1906, n. 24-371, p. 16-118; *id.*, *Eléments de droit civil anglais*, 2e édit., par J. Dumas, t. I, 1906, n. 124-186, p. 76-118.]

(3) V. pour ces divers pays : Lardy, *Les législ. civ. des cantons suisses en mat. de lut., de rég. matrim. et de success.*; Vega, *La législ. civ. du Pérou, Rev. hist.*

al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912, dispose « que les parties sont tenues d'adopter, dans leur contrat de mariage, l'un des régimes prévus par la présente loi », c'est-à-dire l'union des biens, régime légal ordinaire, la communauté des biens, qui est toujours conventionnelle et la séparation de biens, qui est le régime légal extraordinaire (1).] Pour savoir si les nationaux de ces pays peuvent adopter un autre régime matrimonial que celui qui est indiqué par leur loi nationale, il faut tenir compte de la pensée de cette loi, et rechercher si sa disposition sur ce point constitue une restriction de la capacité suivant les personnes qui relèvent d'elle à l'étranger, comme un élément de leur statut personnel.

325. Si les époux ont indiqué la loi dont ils veulent accepter les dispositions, on n'a qu'à se conformer à leur déclaration. Dans le cas contraire, évidemment le plus fréquent, on recherchera leur intention relativement à la détermination de la loi qui doit combler les lacunes et expliquer les obscurités de leurs conventions matrimoniales, ou même indiquer leur régime de droit commun quand ils n'ont pas fait de contrat.

Ici, comme dans les contrats ordinaires, la présomption la plus naturelle est que les époux ont voulu se référer à leur loi nationale, lorsqu'ils ont tous les deux la même nationalité : cette loi est, généralement, celle qu'ils connaissent le mieux; c'est aussi celle qui régit le mariage et ses conséquences au point de vue du statut personnel; il est donc vraisemblable que les époux n'ont pas voulu séparer, au point de vue de la loi applicable, la condition de leur fortune et celle de leur personne. Si les deux conjoints sont de nationalité différente, on ne peut plus, comme dans les contrats ordinaires, recourir à la *lex loci contractus* : les circonstances, souvent fortuites, qui amènent la rédaction du contrat de mariage dans un pays plutôt que dans un autre ne sauraient raisonnablement avoir la moindre influence pour déterminer l'intention des parties quant au régime matrimonal qu'elles entendent adopter (2). Il semble, au contraire, probable que les époux acceptent, en pareil cas, l'application de la loi nationale du mari : cette

de dr. français et étranger, t. X; Daireaux, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1885, p. 218.

(1) [Adam, *loc. cit.*, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1909, p. 95-104.]

(2) L. 65, Dig., *De judiciis*, V, 1; Polhier, *Communauté*, n. 14 et suiv. V. cep. doctrine anglo-américaine, Story, § 145; Haute-Cour d'Angleterre, 30 nov. 1875, J. C., 1875, p. 445; [Cpr. Trib. comm. Marseille, 20 nov. 1900, J. C., 1901, p. 887.]

loi est devenue celle de la femme ; elle régit le mariage et ses conséquences, et son extension à la condition pécuniaire des époux est trop naturellement commandée par la connexité de leurs intérêts moraux et pécuniaires pour qu'ils n'aient pas songé à la faire eux-mêmes (1).

Toutefois, les circonstances de fait peuvent accuser une autre intention chez les époux ; très souvent ils voudront faire dépendre leur régime matrimonial de la loi du pays où ils veulent s'établir après le mariage. Cette loi n'est pas nécessairement celle du pays où le mari est domicilié au moment du mariage ; mais bien celle du lieu où les époux ont l'intention de se fixer après leur union : c'est la loi du domicile matrimonial. L'application de cette loi se justifie par cette considération que, souvent, les conjoints voudront faire régler leur condition pécuniaire par la loi du pays où ils auront établi l'assiette de leurs intérêts, le siège de leur fortune, et où la plupart de leurs biens seront situés : l'avantage pratique qu'ils pourront retirer de l'application de cette loi est facile à saisir, si l'on observe qu'ils évitent ainsi un grand nombre de conflits de législations. Par où l'on voit que, d'après les circonstances de fait, l'application de la loi du domicile matrimonial peut l'emporter, non seulement sur l'application de la loi du mari quand les époux n'ont pas la même nationalité, mais encore sur celle de la loi nationale des époux, quand ils appartiennent tous les deux à la même nation (2).

(1) Bordeaux, 2 juin 1875, J. C., 1876, p. 182 ; Aix, 24 déc. 1885, *ibid.*, 1888, p. 95 ; Renault, *Rev. critiq.*, 1883, p. 730 ; [Trib. civ. Nice, 11 août 1891, J. C., 1893, p. 890 ; Trib. civ. Toulon, 30 mai 1893, J. C., 1893, p. 1196 ; Chambéry, 1er avril 1896, J. C., 1898, p. 565 ; Amiens, 24 mars 1904, J. C., 1905, p. 1039 ; Trib. civ. Seine, 1re ch., 21 mars 1907, J. C., 1907, p. 1124 ; *id.*, 16 juillet 1908, Potocki c. Potocki, J. C., 1909, p. 117 et les conclusions très intéressantes de M. le substitut Matter ; Trib. civ. Nice, 1re ch., 29 juillet 1908, J. C., 1909, p. 504 ; Trib. civ. Chambéry, 1re ch., 13 nov. 1908, J. C., 1909, p. 502.]

(2) Cass. civ., 4 mars 1857 (Fraix), S., 57. 1. 247 ; Trib. civ. Bordeaux, 18 janvier 1882, J. C., 1882, p. 539 ; Aix, 22 février 1883, J. C., 1883, p. 170. [Cass. req., 15 juillet 1885, J. C., 1886, p. 93 ; Pau, 26 juillet 1886, J. C., 1889, p. 117 ; Paris, 12 juillet 1889, J. C., 1889, p. 539]. — V. Surville, *Rev. critiq.*, 1888, p. 159 et 241 ; Cass., 9 mars 1891, J. C., 1891, p. 549 et le rapport de M. le conseiller Colelle ; [Chambéry, 23 nov. 1891, J. C., 1892, p. 468 ; Trib. civ. Bordeaux, 25 mai 1891, J. C., 1893, p. 413 ; Toulouse, 26 avril 1893, J. C., 1893, p. 816 ; Paris, 24 mai 1895, J. C., 1895, p. 1070 ; Trib. civ. Guelma, 1er avril 1897, J. C., 1898, p. 935 ; Trib. civ. Seine, 22 mai 1897, J. C., 1898, p. 142 ; Alger 2 mai 1898, J. C., 1899, p. 385 ; Trib. civ. Chartres, 23 mai 1900, J. C., 1901, p. 354 ; Caen, 28 mai 1900, J. C., 1900, p. 982 ; Lyon, 11 fév. 1903, J. C., 1904, p. 401 ; Trib. civ. Châteauroux,

326. Sous l'ancien droit, après bien des controverses qui avaient donné naissance aux systèmes les plus différents, on avait fini par se prononcer, en général, pour l'application de la loi du domicile matrimonial : à part quelques divergences, ce domicile était celui où les époux avaient l'intention de se fixer au moment du mariage, et non pas celui du mari à ce même moment (1). L'application exclusive de la loi du domicile matrimonial était justifiée, à cette époque, par cette considération que les conventions matrimoniales rentraient dans le statut personnel et devaient par conséquent, dépendre de la loi personnelle du mari (2). Si l'on acceptait aujourd'hui ce point de vue, il faudrait appliquer la loi nationale du mari, puisque la nationalité a été substituée au domicile comme élément de détermination du statut personnel (art. 3, al. 3 C. civ.).

Mais nous avons déjà établi que, en matière de contrats, matrimoniaux ou autres, il ne pouvait être question de statut personnel ni réel : les questions de ce genre ne peuvent se trancher que par le principe de l'autonomie qui commande de rechercher l'intention des parties (3).

D'après la plupart des auteurs et aussi suivant les décisions de la jurisprudence, c'est encore la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire la loi du lieu où les époux ont l'intention de se fixer après le mariage, qui déterminerait le régime de droit commun ou servirait à interpréter les clauses obscures du contrat (4). Néanmoins,

6 avril 1903, J. C., 1904, p. 185 ; Montpellier, 25 avril 1904, J. C., 1905, p. 377 ; Cass. req., 18 juillet 1905, J. C., 1906, p. 446 ; Grenoble, 1re ch., 10 mai 1907, J. C., 1908, p. 165.]

(1) Bouhier, *loc. cit.*, ch. XXI, n. 19-27 ; Pothier, *Communauté*, article préliminaire, n. 16 ; Boullenois, *loc. cit.*, II, p. 261.

(2) Boullenois, *loc. cit.*, I, p. 750 ; [Cpr. Lainé, J. C., 1907, p. 902-906.]

(3) Surville, *Rev. crit.*, 1888, p. 159 et 241. [On relève une confusion au moins verbale entre la loi personnelle et la loi d'autonomie dans les motifs du jugement du tribunal civil de Nice en date du 29 juillet 1908. V. J. C., 1909, p. 504, et la note : le statut personnel est une loi impérative, et il doit l'être pour pouvoir être une loi protectrice.]

(4) De Savigny, *Système*, VIII, p. 323 ; Cass. req., 18 août 1873, J. C., 1875, p. 22 ; Bordeaux, 2 juin 1875, *ibid.*, 1876, p. 182 ; *id.*, 23 février 1876, *ibid.*, 1877, p. 237 ; Aix, 12 mars 1878, *ibid.*, 1878, p. 610 ; Pau, 26 juillet 1886, J. C., 1889, p. 117 ; Louisiane, J. C., 1875, p. 131 ; Allemagne, *ibid.*, p. 281-283 ; Westlake [*Priv. int. law*, 4e édit., 1905, §§ 36-42, p. 71-82] ; *R. D. I.*, XIII, p. 438-439 (cette doctrine n'est acceptée en Angleterre et aux Etats-Unis que pour les meubles, v. *infrà*) ; Résol. de l'Institut, Lausanne, 1888 [*Ann. de l'Instit.*, 1888-1889, p. 68 ; Lainé, J. C., 1907, p. 907-911] ; C. de New-York, 25 nov. 1884, J. C., 1885, p. 280 ; Story, *loc. cit.*, §§ 186-193 ; Warthon, *loc. cit.*, § 192. — V. les particularités de la nouvelle législation allemande, Loi d'introduction du code civil, art. 15 et 16.

cette loi est appliquée par interprétation de la volonté des parties, et non plus, comme jadis, par suite de cette idée que les conventions matrimoniales rentrent dans le statut personnel. Il ne s'agit d'ailleurs que du domicile de fait, souverainement apprécié par les tribunaux sans recours possible en cassation (1). Aussi reconnaît-on que, lorsque les époux ont même nationalité, il est plus conforme à leur intention probable d'appliquer leur loi nationale (2). Même quand ils appartiennent à la même nation, on applique la loi du domicile matrimonial si les circonstances de fait témoignent leur intention de se fixer ailleurs que dans leur pays (3). Enfin, on reconnaît que les parties écartent cette présomption, d'après laquelle elles seraient censées accepter la loi du domicile matrimonial, quand elles font leur contrat de mariage ou se marient devant leur consul; on suppose, en pareil cas, qu'elles entendent se soumettre à leur loi nationale (4). Mais ce ne sont là que de simples présomptions de fait. Les circonstances peuvent aussi établir que les époux veulent éventuellement revenir dans leur patrie et, par conséquent, adopter leur loi nationale plutôt que celle de leur domicile matrimonial (5).

On voit donc que la théorie proposée par nous diffère de celle qui est suivie dans la pratique en ce que, dans la première, la loi nationale du mari doit être appliquée toutes les fois que les circonstances de fait ne témoignent pas chez les époux l'intention de la répudier; tandis que, dans la seconde, on passe directement à la loi du domicile matrimonial, sans tenir compte de la loi nationale du mari (6).

(1) Cass., 15 juillet 1885, J. C., 1886, p. 93; Cass., 9 mars 1891, J. C., 1891, p. 549; Paris, 15 déc. 1893, S., 94. 2. 105; Bordeaux, 2 juin 1875, S., 75. 2. 291; Paris, 7 déc. 1887, D. P., 88. 2. 265 à 272, note de M. de Boeck; Paris, 9 juin 1898, *Gaz. des Trib.*, 2 juillet 1898.

(2) [Trib. civ. Toulouse, 1re ch., 10 mai 1907, J. C., 1908, p. 1121; Trib. civ. Marseille, 3e ch., 12 juillet 1907, J. C., 1908, p. 831 et la note : le tribunal n'a pas hésité à appliquer à des israélites marocains comme loi personnelle leur loi religieuse. Cpr. Trib. 1re inst. Tunis, 5 juin 1907, J. C., 1908, p. 143; Trib. civ. Chambéry, 13 nov. 1908, J. C., 1909, p. 502.]

(3) Cass., 15 juillet 1885, J. C., 1886, p. 93; 18 mai 1886, S., 86. 1. 243.

(4) Trib. de Marseille, 16 mars 1875, J. C., 1876, p. 182; Cass. req., 18 août 1873, J. C., 1875, p. 22; V. *Questions pratiques*, J. C., 1882, p. 297; Cass., 12 mai 1886, D. P., 87. 1. 277.

(5) Paris, 24-30 octobre 1891, *Droit*, 7 janv. 1892; Cass., 9 mars 1891, *Droit*, 25 mars 1891, J. C., 1891, p. 549; [Cpr. Trib. civ. Chambéry, précité, 13 nov. 1908, J. C., 1909, p. 502 et Trib. civ. Seine, précité, 16 juillet 1908, J. C., 1909, p. 177 avec les conclusions de M. le substitut Matter, p. 181-186.]

(6) V. dans notre sens : L. Renault, J. C., 1875, p. 426, note 1; Note sur

Indépendamment des raisons qui la justifient au point de vue de l'interprétation de la volonté des parties, comme il a été dit ci-dessus, l'application de la loi nationale du mari aurait l'avantage d'éviter bien des difficultés dans la recherche du point de savoir quel est le domicile matrimonial des époux, et quelle a été leur intention relativement à leur établissement dans tel ou tel lieu après le mariage.

327. Mais il y aurait exagération, croyons-nous, à décider, avec l'école italienne et le code d'Italie (art. 6 des disp. prélim.), que les conventions matrimoniales dépendent toujours et nécessairement de la loi nationale du mari. Le code espagnol impose aussi la loi nationale du mari quand les époux n'ont pas fait de contrat (art. 1325). La loi d'introduction du code civil allemand, art. 15, applique la loi allemande si le mari est Allemand au moment du mariage, et la loi nationale du mari au moment du mariage si les époux acquièrent plus tard la nationalité en Allemagne ou y fixent leur domicile. Les époux peuvent cependant faire une convention matrimoniale, même si elle leur est interdite par les lois susindiquées.

On essaie de justifier l'application exclusive de la loi nationale du mari en invoquant la connexité qui existe entre le mariage lui-même et ses conséquences au point de vue de l'état des époux, et le régime sous lequel les biens de ces derniers sont placés ; on dit que, les règles établies par chaque législateur pour fixer la condition pécuniaire des époux ayant pour but d'assurer la sauvegarde des intérêts de la famille et son avenir, il est logique que la loi qui préside à l'organisation de la famille s'applique aussi au régime matrimonial (1).

C'est en faisant des règles relatives au régime matrimonial une dépendance du statut personnel, que l'on en vient à appliquer exclusivement la loi nationale du mari, comme les anciens auteurs, en partant de la même idée, arrivaient à l'application, dans tous les cas, de la loi du domicile matrimonial. Mais on écarte ainsi ce principe bien certain que les conventions matrimoniales sont, avant tout, comme les contrats quelconques, l'œuvre des parties qui jouissent de l'autonomie en pareille matière (art. 1387). Tout ce que l'on peut dire, c'est que, comme nous l'avons établi plus haut, la

l'arrêt de Bordeaux du 23 février 1876, J. C., 1877, p. 237 ; Trib. Seine, 3 mai 1902, J. C., 1903, p. 366 ; [Cpr. Lainé, J. C., 1907, p. 911-919.]

(1) [P. Fiore, *Droit int. privé*, trad. Pradier-Fodéré, édit. de 1875, n. 325, p. 498.]

loi nationale du mari est vraisemblablement acceptée par les époux, et qu'il n'y a lieu de l'écarter, pour appliquer la loi du domicile matrimonial, qu'autant que cette dernière se trouve désignée par les circonstances de fait comme adoptée par les parties (1).

Quoi qu'on en ait dit, dans les pays régis par les Capitulations, les Français ne jouissent pas de l'exterritorialité ; il n'est donc pas vrai d'affirmer que le régime de droit commun des Français dans les Echelles du Levant est le régime de la communauté, absolument comme s'ils se mariaient en France sans contrat : on devra, en pareil cas, s'attacher aux présomptions ordinaires qui ont été indiquées ci-dessus (2).

328. Bien que dépendant de la loi nationale du mari ou de celle du domicile matrimonial, d'après les distinctions qui ont été déjà signalées, les conventions matrimoniales ne sont pas modifiées par suite du changement de nationalité ou de domicile des époux : si leur volonté est de se référer aux dispositions de leur loi nationale ou de la loi de leur domicile matrimonial, on ne peut raisonnablement supposer qu'ils aient voulu changer le régime de leurs biens par suite de leur naturalisation ou de l'établissement de leur domicile dans un autre pays (3). Cette doctrine, qui s'accorde

(1) Cpr. Renault, *Rev. crit.*, 1883, p. 730; A. Rolin, *Principes de droit intern. privé,* I, p. 756 et suiv.; Mommsen, *Arch. für civil. Praxis,* LXI, p. 151 et 182; Cass., 5 janv. 1876, S., 76. 1. 308; [Trib. civ. Seine, 1er juill. 1908, J. C., 1909, p. 177; Weiss, *Man.*, 6e édit., 1909, p. 490-491.]

(2) Aix, 22 fév. 1883, J. C., 1883, p. 171 ; V. Renault, *Rev. crit.*, 1884, p. 729.

(3) Dumoulin, *Comm. in lib. I au Code,* vis *Conclusiones de statutis;* Bouhier, *loc. cit.*, chap. XXI, n. 13, I, p. 581; Cass., 18 août 1873, J. C., 1875, p. 122; V. J. C., 1882, p. 293 et suiv.; Alger, 13 déc. 1897, D. P., 1901. 7. 77; [Trib. civ. Marseille, 12 juillet 1907, J. C., 1908, p. 83 : le régime matrimonial des étrangers mariés hors de France est régi par leur loi nationale, sans que le transfert ultérieur de leur domicile en France puisse modifier ce régime. Mais si la loi primitivement adoptée par les époux au moment de leur mariage permet la modification des conventions matrimoniales, comme la loi russe, cette loi sera appliquée aux étrangers en France, l'immutabilité des conventions matrimoniales édictée par les art. 1394 et 1395 du C. civ. français étant une règle de statut personnel qui a pour objet la protection des époux ; les tiers intéressés à l'application de la règle de l'immutabilité se renseigneront sur les règles particulières qui régissent le statut personnel des étrangers ; l'agent de change qui se refuse à faire un transfert de titre nominatif lorsque la capacité du client lui paraît douteuse ne saurait être condamné aux dépens. Ainsi jugé par le trib. civ. de la Seine, 1re ch., J. C., 1907, p. 1124, dans l'affaire de Vlassow, qui avait déjà donné lieu à une solution identique, J. C., 1895, p. 870; cpr. Clunet, *Tables générales,* t. IV, vo *Régime matrim.*, p. 563. Dans le sens d'une mutation possible du régime par suite d'un

avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales consacré par plusieurs législations (art. 1395 C. civ.), s'explique très bien, même en dehors de l'idée de convention tacite, en ce qui concerne l'adoption du régime du droit commun. La solution contraire donnerait lieu à beaucoup de difficultés par suite des modifications apportées dans le régime matrimonial, et, d'autre part, il est certain que le changement de nationalité n'a pas d'effet rétroactif : les conventions matrimoniales déjà conclues sont donc à l'abri de toute influence provenant du changement de nationalité ultérieur. Il en serait d'ailleurs ainsi même pour les biens acquis par les époux postérieurement au changement de nationalité ou de domicile, car les droits sur ces biens viennent, en tant qu'on les apprécie au point de vue de la société conjugale, du contrat de mariage et non de l'acte d'acquisition.

Néanmoins, les modifications au régime matrimonial provenant du changement de domicile des époux sont acceptées par les jurisconsultes américains et anglais (1).

[En Suisse, la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, qui, à l'égard des rapports de droit civil des ressortissants suisses établis ou en séjour en Suisse, cessera d'être en vigueur le 1er janvier 1912, dispose que le changement de domicile des époux au cours du mariage modifie leur régime matrimonial dans les rapports des époux avec les tiers et que la loi du nouveau domicile s'impose; dans les rapports des époux entre eux, le régime matrimonial primitif est maintenu, sauf le droit par eux d'adopter, à de certaines conditions (avec l'assentiment de l'autorité compétente du nouveau domicile et moyennant une déclaration faite en ce sens à l'officier cantonal compétent), la législation cantonale du nouveau domicile. Cette distinction, consacrée par les art. 19 et 20 de la loi et par l'art. 21, qui déclare que les droits acquis par des tiers à un domicile conjugal en vertu d'actes juridiques particuliers ne sont nullement modifiés par un changement de domicile des époux, est le fruit d'une transaction entre le conseil fédéral et l'opinion très arrêtée en ce sens d'une partie des cham-

changement de nationalité, Orléans, sur renvoi, affaire Viditz-Gesling, 24 fév. 1904, J. C., 1904, p. 680; Donnedieu de Vabres, *L'évol. de la jurispr. franç.*, 1905, p. 505-506.]

(1) Wharton, *A treatise on the conflict of laws*, § 196; Story, *loc. cit.*, § 187; Dicey et Stocquart, II, p. 223; [Westlake, *op. cit.*, 4e édit., 1905, § 40, p. 80-81.] V. *Supreme Court of Justice*, 19 mai 1898, J. C., 1899, p. 170.

bres (1); elle est écartée par le code civil suisse du 10 décembre 1907 et sera remplacée, à partir du 1er janvier 1912, par les dispositions suivantes : « Le contrat de mariage peut être passé avant ou après la célébration du mariage » (art. 179, al. 1). Seulement « le contrat conclu pendant le mariage ne peut porter atteinte aux droits que les tiers avaient sur les biens des époux » (art. 179, al. 3). De plus, « les conventions matrimoniales passées pendant le mariage » et qui, d'ailleurs, doivent être reçues en la forme authentique, comme les modifications et la révocation du contrat de mariage, « sont soumises à l'approbation de l'autorité tutélaire ». Elles deviennent opposables aux tiers en conformité des dispositions relatives au registre des régimes matrimoniaux (2).]

[Quant aux rapports de droit civil des Suisses à l'étranger, la même loi fédérale du 25 juin 1891, qui continuera à être en vigueur après le 1er janvier 1912 (art. 61 du titre final du nouveau Code civil suisse), dispose, dans son article 31 : « Les rapports pécuniaires des époux suisses dont le premier domicile conjugal est à l'étranger sont soumis à la loi du canton d'origine, pour autant que le droit étranger ne leur est pas applicable. Le régime matrimonial établi en Suisse entre époux n'est pas modifié par le transfert du domicile conjugal à l'étranger, pourvu que le droit étranger ne s'oppose pas à son maintien. Les époux suisses qui transfèrent leur domicile de l'étranger en Suisse continuent à être soumis, en ce qui concerne leurs rapports entre eux, au régime qui leur était applicable à l'étranger. Il est toutefois loisible de faire usage de la faculté accordée par l'art. 20. Leur situation vis-à-vis des tiers est réglée par l'art. 19, al. 2 ». Cette loi s'appliquera dans sa teneur littérale jusqu'au 1er janvier 1912 ; à compter de cette date, le régime matrimonial des époux suisses dont le premier domicile conjugal est à l'étranger, sera soumis au Code civil suisse de 1907 : établi en Suisse, ce régime ne sera pas modifié par le transfert du domicile conjugal à l'étranger, sauf opposition de la loi locale à son maintien ; le transfert du domicile conjugal de l'étranger en Suisse modifiera le régime à

(1) [*Ann. de législ. étrang.*, 1892, p. 670, et p. 671, note 1.]

(2) [Huber, *Exposé des motifs* de l'avant-projet du code civil fédéral, p. 104 ; Adam, *loc. cit.*, p. 87-89 : « Liberté absolue du contrat de mariage, soit avant, soit après le mariage, dit M. L. Adam ; protection et contrôle discret des décisions des époux ; garantie des droits des tiers par une publicité suffisante et permanente de la situation du ménage, tels sont les éléments caractéristiques de la nouvelle législation »...]

l'égard des tiers, et dans les rapports des époux entre eux, le régime pourra être maintenu par une déclaration des époux approuvée sans doute par l'autorité tutélaire (art. 181, 2° du Code civil suisse), et ensuite sur le registre des régimes matrimoniaux (art. 181-3° et 248-251, du même Code), conformément à l'esprit des art. 20 et 36 de la loi fédérale du 25 juin 1891].

329. La capacité exigée dans le contrat de mariage est fixée, conformément au principe général, par la loi nationale des parties, soit du mari, soit de la femme.

Cependant, une distinction est ici commandée par la nature même des choses.

L'aptitude à faire le contrat de mariage dépend de la loi nationale de chaque époux (art. 1398 C. civ.) : la femme ne prenant la nationalité du mari qu'après la célébration du mariage, on doit apprécier sa capacité d'après la loi du pays auquel elle appartient encore avant d'être mariée.

Quant au pouvoir de stipuler, dans le contrat de mariage, les clauses qui ne doivent produire leur effet qu'après la célébration de l'union, il doit être déterminé par la loi nationale du mari. Cette dernière loi, étant en effet devenue celle de la femme, régit la famille tout entière, et c'est elle qu'il faut consulter pour savoir si les époux ont pu se créer telle situation déterminée pendant le mariage : pour savoir, par exemple, s'ils ont pu déroger à la puissance maritale, paternelle, aux droits du mari comme chef de communauté, etc. (art. 1387 et 1388 C. civ.).

330. Les formes du contrat de mariage sont déterminées par la loi du pays où il est rédigé : on a déjà vu que la règle *Locus regit actum* s'applique aux actes solennels. Aussi est-il admis que des Français peuvent rédiger leur contrat de mariage dans un acte sous-seing privé, conformément aux dispositions de la loi du pays où ils se trouvent, alors même qu'il leur est possible d'employer la forme authentique en s'adressant, soit aux officiers publics étrangers, soit aux agents diplomatiques ou consulaires (1). Les consuls devant observer la loi française, les conditions de publicité prescrites par l'art. 67 C. comm. et par la loi du 10 juillet 1850 seront imposées aux Français qui useront de leur ministère

(1) Cass., 18 déc. 1865, S., 65. 1. 317, D. P., 65. 1. 342 ; [Fœlix et Demangeat, t. Ier, p. 447 ; Demolombe, t. Ier, p. 125; Aubry et Rau, 5e édit., t. Ier, § 31, p. 168; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. Ier, n. 334 ; Weiss, *Traité*, t. III, p. 536 et *Man.*, 6e éd., 1909, p. 486 ; *Contra,* Duguit, *Des conflits de législ. relatifs à la forme des actes civils,* p. 115; Laurent, *Droit civ. int.,* t. II, p. 242 et s.]

pour faire dresser leur contrat de mariage ; mais ces prescriptions ne s'imposent plus aux Français qui font faire leur contrat de mariage dans la forme déterminée par la loi locale (1).

En France, les étrangers peuvent faire leur contrat de mariage par devant un notaire suivant la loi locale, ou par devant leur consul dans le cas où il est compétent, ou enfin en la forme privée, si leur loi nationale le permet et s'ils ont tous deux même nationalité, suivant ce qui a été dit au sujet du caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* en pareil cas (2). Mais la cour de cassation résiste encore à admettre cette dernière solution (3).

Suivant certains auteurs et d'après la jurisprudence, les dispositions des art. 1394 et 1395 C. civ., d'après lesquelles le contrat de mariage doit être rédigé avant le mariage et ne pas être modifié après sa célébration, se rattachent aux formalités du contrat : de telle sorte que des Français ne seraient pas contraints de les observer, si la loi du pays où ils rédigent leur contrat de mariage ne les contient pas (4). Suivant certains arrêts, les art. 1394 et 1395 seraient des dispositions relatives aux conditions de fond du mariage et dépend de la loi qui régit les conventions matrimoniales (5). Il est plus exact, croyons-nous, de considérer ces deux dispositions comme de véritables restrictions à la capacité des Français, comme deux règles dépendant de leur statut personnel et par suite de leur loi nationale. Les dispositions dont il s'agit sont des mesures de protection, édictées par le législateur français dans l'intérêt de ses nationaux, et dont l'effet doit se manifester pour ces derniers en quelque pays qu'ils se trouvent : les art. 1394 et 1395 ont été écrits pour éviter l'influence excessive que l'un des époux pourrait exercer sur l'autre après le mariage, ainsi que les discordes qui éclateraient entre les conjoints s'ils

(1) Rennes, 4 mars 1889, S., 81. 2. 265 ; D. P., 81. 2. 213 ; Guillouard, *op. cit.*, t. Ier, n. 335 ; Dicey et Stocquart, t. II, p. 227 ; de Boeck, D. P., 87. 2. 121. ; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 365.

(2) Westlake, J. C., 1881, p. 315 ; [*Id.*, *Priv. int. law*, 4e éd., 1905, § 37, p. 75 ; Duguit, *op. cit.*, p. 116 ; Beauchet, J. C., 1881, p. 39 ; Douai, 13 janvier 1887, D. P., 88. 2. 121 et la note de M. de Boeck ; Weiss, *Traité*, t. III, p. 538 et *Man.*, 6e éd., 1909, p. 487.]

(3) Cass., 9 mars 1853, S., 53. 1. 274 ; [Trib. Boulogne-sur-Mer, 8 avril 1886, infirmé par Douai, 13 janv. 1887, *Le Droit* du 14 juillet 1886 et les observ. de M. Chausse, *Revue crit.*, 1887, p. 280 et suiv.]

(4) Cass., 24 déc. 1867, S., 68. 1. 134 ; Cass., 11 juillet 1855, D. P., 56. 1. 9 ; Cass., 19 déc. 1872, J. C., 1892, p. 577.

(5) V. R. Jay., J. C., 1885, p. 527 et suiv.

avaient à régler ou à modifier leurs intérêts pécuniaires réciproques une fois que leur union est devenue définitive.

Ce sont là des règles échappant au domaine de l'autonomie et nettement impératives pour les nationaux du pays où elles sont établies, à raison même des motifs qui les ont inspirées (1).

Mais ne pourrait-on pas imposer aux étrangers qui font leur contrat de mariage en France ces mêmes dispositions des art. 1394 et 1395, en disant qu'elles intéressent le crédit des tiers et sont, par conséquent, d'ordre public, puisqu'elles ont pour but d'éviter que les époux ne puissent duper les personnes avec lesquelles ils contractent, en modifiant leur condition pécuniaire dans leurs rapports respectifs?

Cette solution nous paraît exagérée, car les art. 1394 et 1395 sont surtout écrits pour protéger les époux au point de vue de l'influence que l'un d'eux peut exercer sur l'autre et pour maintenir la bonne harmonie dans les familles : or, ce sont là des considérations qui font de nos deux règles des éléments du statut personnel que l'on apprécie, pour chaque individu, d'après sa loi nationale. On objecte cependant que le législateur s'est si bien préoccupé de l'intérêt des tiers en pareille circonstance, qu'il a assuré la publicité du contrat de mariage par la loi du 10 juillet 1850. Mais il suffit de remarquer que si les étrangers ont rédigé ou modifié leur contrat de mariage, avant ou après la célébration de leur union, soit dans leur pays, soit même en France devant le consul de leur nation, la publicité dont il s'agit ne sera nullement applicable à leurs conventions matrimoniales.

(1) Cpr. Jay, *loc. cit.*, et de Boeck, sous Douai, 13 janvier 1887, D. P., 87. 2. 121. [D'après l'opinion soutenue notamment par ces deux auteurs, les règles écrites dans les art. 1394 et 1395 ne sont ni des règles de capacité ni des règles de forme, mais elles sont une dépendance du régime matrimonial que les parties ont adopté et font corps avec lui. Les Français qui font leur mariage en pays étrangers ne sont tenus de les respecter qu'autant que c'est à la loi française qu'ils ont entendu soumettre leurs conventions matrimoniales. Et réciproquement les fiancés étrangers qui se sont référés à cette même loi ne peuvent s'affranchir de l'observation de ces règles : ils sont censés avoir accepté toutes les conditions de fond qui régissent le contrat de mariage gouverné par la loi française. Dans le sens du statut personnel, V. Fœlix et Demangeat, t. I, p. 85, note *b ;* Fiore, *op. cit.*, trad. Pradier-Fodéré, p. 503 ; Despagnet, *Rev. prat. de dr. int. pr.*, 1890-1891, 2, p. 63 ; Aubry, J. C., 1896, p. 465 et suiv. ; Weiss, *Traité*, t. III, p. 533 et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 485 ; Brocher, *Principes*, t. III, p. 80 ; Donnedieu de Vabres, *L'évolut. de la jurispr. fr.*, 1905, p. 268, texte et note 1. La jurisprudence la plus récente admet que l'immutabilité ou la mutabilité des conventions matrimoniales est une règle de statut personnel : Trib. civ. Seine, 21 mars 1907, J. C., 1907, p. 1124.]

Cet inconvénient se présentant dans le cas de beaucoup le plus fréquent, pourquoi chercherait-on à l'éviter dans l'hypothèse bien plus rare où les étrangers font leur contrat de mariage devant un notaire français? Imposer aux époux étrangers, en pareil cas, l'observation des art. 1394, 1395 C. civ. et de la loi du 10 juillet 1850 ne serait qu'assurer d'une manière bien incomplète la sauvegarde du crédit public : aussi est-il vraisemblable que le législateur, en édictant les dispositions précitées, n'a entendu les rendre obligatoires que pour les Français (1).

De là il résulte que les dispositions de l'art. 67 C. com. et de la loi du 10 juillet 1850 relatives à la publicité du contrat de mariage ne sont pas obligatoires pour les étrangers en France : si en effet ces dispositions étaient d'ordre public international, elles ne devraient jamais être éludées par les étrangers, qui devraient s'y conformer même lorsqu'ils ont fait leur contrat de mariage à l'étranger, ou, en France, devant le consul de leur pays; or personne n'oserait aller jusqu'à cette exigence. En général, cependant, on impose l'art. 67 C. com. et la loi du 10 juillet 1850 aux étrangers qui font leur contrat de mariage devant un notaire français ou qui se marient devant un officier de l'état civil en France, et on les en dispense quand ils recourent au ministère des officiers étrangers ou de leurs consuls (2).

On adopte la même solution en ce qui concerne l'exigence de la publicité pour la séparation de biens prescrite par l'art. 1445 C. civ., en ce sens que l'on impose cette publicité pour l'exécution des jugements étrangers de séparation de biens, au moins quand les époux sont mariés sous un régime gouverné par la loi française. Mais, pour les raisons indiquées ci-dessus en ce qui concerne la loi de 1850 et l'art. 67 C. com., nous déciderons que l'art. 1445 n'est pas d'ordre public international et ne s'impose pas aux époux étrangers (3).

(1) Beauchet, J. C., 1884, p. 39-43; [Despagnet, *Rev. prat. de dr. int. pr.*, 1890-1891, p. 64; de Boeck, D. P., 87. 2. 121; Weiss, *Traité,* t. III, p. 534-535, et 538-539; *Man.,* 6e édit., 1909, p. 485-486, et p. 487-488. — *Contrà:* Brocher, *Nouveau traité de dr. int.,* n. 83; Reichsgericht de Leipzig, 9 octobre 1884, S., 86. 4. 9, et les observat. critiques de M. Beauchet.] — V. Rennes, 4 mars 1880, J. C., 1881, p. 153. — Trib. Seine, 29 mai 1901, J. C., 1902, p. 361.

(2) Douai, 13 janv. 1887, précité et J. C., 1887, p. 57.

(3) Cpr. Cass., 19 déc. 1892, J. C., 1893, p. 577. — Orléans, 10 mars 1894, *Pand. franç.*, 1896. 5. 4; Besançon, 13 mars 1895, D. P., 95. 2. 529 et note de M. de Boeck; [Weiss, *Traité,* t. III, p. 542-544.] — *Contrà,* Surville, *Rev. crit.,* 1896, p. 219 et 1894, p. 261.

SECTION II

DES EFFETS EXTRATERRITORIAUX DU CONTRAT DE MARIAGE

331. Nos anciens jurisconsultes reconnaissaient que, lorsque les époux avaient fait un contrat de mariage, leur volonté, qui est évidemment une et indivisible, devait produire en tout lieu les mêmes effets, quelles que fussent les divergences des coutumes dans le ressort desquelles les biens des époux étaient situés. Mais l'accord était loin d'exister entre eux dans le cas où les époux s'étaient mariés sans contrat. Les réalistes, particulièrement représentés par d'Argentré (1), prenant pour point de départ l'adage féodal *Toutes coutumes sont réelles*, décidaient que le régime de droit commun imposé par la coutume devait s'appliquer à tous les biens situés dans le ressort de cette dernière. Aussi des époux, mariés sous le régime de la communauté dans un pays de coutumes, avaient leurs biens placés sous le régime dotal dans les pays de droit écrit. Les personnalistes, au contraire, et spécialement Dumoulin, faisaient remarquer que le régime de droit commun n'est pas imposé par le législateur, mais au contraire censé adopté par les époux : ils en concluaient que, la convention tacite étant de même nature que la convention expresse, la volonté des parties devait toujours être considérée comme indivisible et réglant d'une manière uniforme, d'après le régime de droit commun indiqué par la coutume du domicile matrimonial, les biens des conjoints situés en n'importe quel lieu. Cette controverse célèbre, connue sous le nom de *famosissima quæstio*, fut enfin tranchée par les Parlements dans le sens de l'opinion suivie par les personnalistes (2). Il faut reconnaître, d'ailleurs, que les personnalistes eux-mêmes, y compris Dumoulin, commirent l'erreur de rattacher en même temps cette question à la distinction des statuts, notamment en faisant des effets du régime matrimonial

(1) Sur l'art. 218 de la Cout. de Bretagne, n. 33 et suiv., p. 614, col. 2; mêmes idées chez Froland, *loc. cit.*, I, p. 92, 194 et 316.

(2) Bouhier, *loc. cit.*, ch. XXIII, n. 71-72; Pothier, *Communauté*, article préliminaire, n. 8-12; *Decisio brabantina super famosissima quæstione*, auctore J. Van der Meulen, 1698 : *Justification de la décision du Conseil souverain du Brabant, à La Haye, déclarant réel le statut des effets du régime de droit commun, le 3 mars 1693, dans l'affaire Foppens;* Stockmans, *Decisiones brabantinæ*, décis. L; Dumoulin, *Opera*, II, Conseil 53, p. 964, édit. de 1681, et *Comm. in Codicem*, liv. I, tit. I; *Conclusiones de statutis*, *Opera*, III, p. 555; Boullenois, II, p. 299; [Cpr. Lainé, J. C., 1907, p. 901-907.]

de droit commun un élément du statut personnel, pour en expliquer la portée extraterritoriale. C'est Jean Voet qui, le premier, rattacha cette conséquence uniquement à la volonté présumée des époux et au principe d'autonomie (1).

Aujourd'hui, il n'est pas douteux que la même solution s'impose, soit qu'il y ait contrat, soit qu'il n'y en ait pas : dans ce dernier cas, en effet, le législateur ne fait que suppléer au silence des parties et interpréter leur intention (art. 1387). La volonté des parties étant toujours une, qu'il s'agisse d'une convention expresse ou d'une convention tacite, nous dirons que deux Français, mariés dans leur pays sans contrat, auront tous leurs biens, en quelque lieu qu'ils soient situés, placés sous le régime de la communauté légale; de même que deux Italiens, dans les mêmes conditions, pourraient invoquer partout le régime de la paraphernalité générale ou de la séparation de biens (2).

Toutefois, la jurisprudence anglo-américaine, méconnaissant le principe de l'autonomie qui domine les conventions tacites aussi bien que celles qui sont expresses, fidèle en outre à la tradition des anciens réalistes, décide que le régime des immeubles appartenant aux époux mariés sans contrat dépend de la loi du pays où les immeubles sont situés; tandis que pour les meubles, fictivement considérés comme situés au domicile de leur propriétaire, elle applique le régime de droit commun déterminé par la loi du domicile matrimonial (3).

(1) *Ad Pandectas,* liv. XXIII, tit. II, §§ 85 et suiv.

(2) Huc, *Code civil d'Italie,* I, p. 259. — Cass., 30 janvier 1854, S., 54. 1. 267; J. C., 1882, p. 293.

(3) Story, *loc. cit.*, p. 213, §§ 159-176 et 219, §§ 184-186; Westlake, J. C., 1881, p. 315; [*Id., Private int. law,* 4e éd., 1905, § 38, p. 75-76]; Phillimore, IV, §§ 476-479; Dicey et Stocquart, *loc. cit.,* t. II, p. 200. Il se produit cependant quelque réaction dans le sens de l'application de la loi acceptée par les parties. V. Kally, *The french law of marriage and conflicts.* [Pendant longtemps notre jurisprudence a fait dépendre du statut réel les immeubles situés en France non seulement au point de vue du régime successoral comme elle persiste encore à l'affirmer (Cass. civ., 8 mars 1909, *Gaz. des Trib.* du 28 mars 1909 et les conclusions de M. le procureur général Baudouin), mais aussi au point de vue du régime matrimonial. L'un des documents les plus importants de cette jurisprudence réaliste est un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, du 4 avril 1881, affaire Lesieur (J. C., 1882, p. 87), qui décide qu'en vertu de l'art. 3, al. 2 du C. civ., la loi française est applicable à tous les immeubles situés en France et à toutes les questions intéressant ces immeubles, y compris l'effet sur eux du régime matrimonial des époux. Cette décision fut vivement critiquée par M. L. Renault, dans une note (S., 83. 1. 381). — Cpr. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 401-402 et trib.

332. Néanmoins, le respect de la souveraineté des Etats commande que l'on écarte toujours l'application d'une loi qui, bien qu'acceptée par les parties, est en contradiction avec l'ordre public tel qu'il est compris dans le lieu où la convention doit produire son effet. Ainsi on ne pourrait reconnaître en France la validité d'un contrat de mariage fait par simple renvoi à une ancienne coutume bien que, d'après la loi acceptée par les parties, cette manière de procéder fût permise : la disposition de l'art. 1390 C. civ. a bien, en effet, le caractère d'une règle d'ordre public, puisqu'elle a pour but d'éviter le retour à la variété de législations qui existait autrefois dans notre pays, et d'assurer l'uniformité nouvelle due à la promulgation du code civil. Le même danger n'étant pas à redouter pour le renvoi à une loi étrangère, ce renvoi doit être permis, sauf prohibition formelle de la loi, comme par exemple dans le code civil italien, art. 1433.

Au contraire, les dérogations aux règles de la puissance maritale et de la puissance paternelle, interdites aux Français par l'art. 1388, peuvent être autorisées par la loi nationale des étrangers : il ne s'agit, en pareil cas, que d'une question de capacité et, par conséquent, de statut personnel. On ne saurait admettre, en pareille matière, le principe d'autonomie des contractants, puisqu'il s'agit de dispositions impératives de leur loi nationale.

On a vu que la même solution s'applique aux dispositions des art. 1394 et 1395. Mais la défense d'augmenter la dot après le mariage, sous le régime dotal, contenue dans l'art. 1543 C. civ., doit être regardée comme une règle d'ordre public ; elle a en effet pour but de sauvegarder le crédit des tiers en empêchant les époux de leur opposer l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité de certains biens que l'on avait le droit de croire aliénables et prescriptibles d'après le contrat de mariage.

Il peut arriver aussi qu'une législation prohibe un régime matrimonial. Le code civil italien, art. 1433, interdit toute communauté entre époux, à moins qu'elle ne soit réduite aux acquêts. La Cour de cassation a apprécié cette disposition comme une règle d'ordre public qui peut être imposée aux étrangers en Italie, mais qui ne suit pas les Italiens dans un pays où elle n'est pas édictée, par

civ. Seine, 12 janv. 1899, J. C., 1899, p. 347. — *Contrà* Trib. civ. Corbeil, 4 août 1897, J. C., 1898, p. 569 et Alger, 24 déc. 1889, J. C., 1891, p. 1171). Les questions de succession et celles du régime matrimonial sont souvent délicates à distinguer. V. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 498; J. C., 1907, quest. 162, p. 679-681. — Trib. civ. Marseille, 12 juillet 1907, J. C., 1908, p. 831 et la note.]

exemple en France (1). Des auteurs italiens la considèrent, au contraire, comme une règle de statut personnel applicable aux Italiens seulement, mais les suivant en tout pays.

Cette dernière solution nous paraît mieux fondée, car il semble bien que le législateur ait voulu simplement établir une mesure de protection pour ses nationaux, et éviter que le mari pût compromettre la fortune de sa femme en disposant d'une communauté qui absorberait une portion considérable des biens de cette dernière. C'est ainsi que Bouhier faisait une règle de statut personnel de la défense faite aux Normands, par leur coutume, d'adopter la communauté quand ils étaient dans le ressort de la coutume de Paris (2). C'est aussi à la loi nationale des époux que nous nous en tiendrons quant à la défense de déclarer inaliénable la dot de la femme établie par le code espagnol, ou de faire tout pacte sur succession future, même indirect, comme l'institution contractuelle qui est permise en France (3).

En invoquant l'ordre public du canton de Vaud, le tribunal de Lausanne a déclaré inapplicable le régime de droit commun de la France, lieu du domicile matrimonial, et a décidé que les immeubles du mari vaudois doivent lui rester en toute propriété, conformément à la loi du canton (4).

333. La soumission au régime dotal dépend de la libre volonté des parties, manifestée d'une manière expresse ou résultant des circonstances de fait, conformément aux distinctions qui ont été déjà indiquées. Mais l'inaliénabilité ou l'imprescriptibilité des biens dotaux, qui en est la conséquence, pourra-t-elle être invoquée en pays étranger ?

La négative est certaine si, dans le pays où les biens dotaux sont situés, l'attribution aux biens de ce double caractère est prohibée : sur ce point, la disposition de la loi locale est d'ordre public, puisqu'elle intéresse le crédit général et l'organisation même de la propriété.

Si l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ne sont pas prohibées par la *lex rei sitæ*, certains auteurs, continuant la tradition des jurisconsultes statutaires, décident que, du moment qu'il s'agit

(1) Càss. req., 4 mars 1857, S., 57. 1. 247; Aix, 24 nov. 1854, D. P., 57. 2. 43; Paris, 26 janv. 1897, *Gaz. Pal.*, 10 fév. 1897.

(2) *Coul. de Bourgogne,* ch. XXI, n. 74 et suiv., ch. XXVI, n. 24 et suiv.

(3) Trib. Seine, 20 août 1884, J. C., 1885, p. 76. — Cpr. Cass., 20 fév. 1882, S., 82. 1. 145.

(4) 19 nov. 1897, J. C., 1898, p. 788.

d'une règle de droit relative aux immeubles, on ne tiendra aucun compte des dispositions de la loi étrangère à laquelle les époux se sont référés : on appliquera toujours la *lex rei sitæ*, et les biens dotaux seront aliénables si elle le décide ainsi, seraient-ils inaliénables d'après la loi étrangère acceptée par les parties. — Cette solution, tirée de cette idée que l'inaliénabilité des biens dotaux rentre dans le statut réel, pourrait facilement être écartée, en faisant remarquer qu'il s'agit plutôt, en pareil cas, d'une règle d'incapacité et, par conséquent de statut personnel. Le régime dotal a en effet pour résultat de rendre la femme incapable d'autoriser son mari à aliéner ses biens dotaux : c'était là le point de vue accepté par la loi romaine et c'est certainement aussi celui qu'a adopté notre législateur (art. 1560 C. civ.). On serait ainsi amené à conclure que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens dotaux dépendent de la loi nationale du mari, qui est devenue celle de la femme, et non de la *lex rei sitæ*. Notre solution sera donc la suivante : le régime dotal, comme toute convention matrimoniale, est réglé par la volonté des parties ou par la loi à laquelle ces dernières se sont référées ; il produira, pour les biens situés en n'importe quel pays, les effets indiqués par les époux ou par la loi qu'ils ont acceptée, spécialement l'inaliénabilité, à moins que celle-ci ne soit prohibée, comme contraire à l'ordre public, par la législation du lieu où les biens sont situés, ou que la capacité pour établir cette inaliénabilité ne soit refusée aux époux par leur loi nationale (1).

334. La question de compétence pour les contestations relatives aux conventions matrimoniales des époux étrangers soulève la controverse que nous avons déjà examinée au point de vue général de la compétence des tribunaux français dans les procès entre étrangers. Tout en se déclarant incompétente en principe, la

(1) Bouhier, ch. XXVII, n. 14-20; Froland, II, p. 1007 et suiv. V. Trib. Seine, 20 août 1884, J. C., 1885, p. 76; Renault, *Rev. crit.*, 1883, p. 729 et 1884, p. 729. — Cf. pour le douaire, Cass., 4 avril 1881, S., 83. 1. 65 et note de M. Renault; [Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 401-402 et p. 498. — Le Tribunal de la Seine, le 12 janvier 1899 (J. C., 99, p. 347) a validé une saisie-arrêt pratiquée en vertu de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur des immeubles situés en Suisse, bien que, la débitrice étant mariée sous le régime dotal, ses biens fussent inaliénables aux yeux de la loi française : le tribunal a considéré, à la surprise de tous, comme soutenable l'opinion depuis longtemps abandonnée par la jurisprudence et par la majorité des auteurs, suivant laquelle l'effet de la dotalité serait limité au territoire sur lequel règne la loi à laquelle se sont soumis les époux. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 401.]

jurisprudence reconnaît que son incompétence en pareil cas peut être couverte par la volonté expresse ou tacite des parties, par exemple dans le cas où les époux étrangers ayant fait leur contrat de mariage en France se sont soumis à la loi française pour régler leurs conventions matrimoniales : mais le simple fait d'avoir passé le contrat de mariage dans notre pays ne saurait, par lui-même, avoir le même résultat (1). On se rappelle d'ailleurs que, d'après nous, le droit commun concernant les Français doit s'appliquer aux contestations entre étrangers.

D'après le traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 1er, la compétence pour les actions relatives au partage de la communauté appartient au tribunal du domicile du défendeur; on a renoncé aujourd'hui, en France et en Suisse, à appliquer, par une analogie forcée, l'art. 5 du même traité qui, pour les actions en partage de succession mobilière, attribue compétence au tribunal du dernier domicile du défunt (2). Il serait également inexact d'appliquer au partage de communauté les traités franco-autrichien du 11 décembre 1866 et franco-russe du 1er avril 1874, qui ne visent que les partages de succession (3).

L'art. 1er alin. 2 du traité du 15 juin 1869 permet, pour les contestations relatives à un contrat, de saisir le tribunal du lieu où le contrat a été conclu lorsque les parties résident dans ce lieu au moment du procès. La Cour de cassation déclare cette disposition applicable aux époux suisses mariés en France sans contrat, parce qu'ils sont censés avoir tacitement adopté le régime de droit commun français. Mais l'art. 1er alin. 2 du traité, étant une dérogation très nette au droit commun, doit être interprété restrictivement : or, il suffit d'en lire le texte pour être convaincu que cette disposition ne vise que le cas d'une convention formelle et expresse (4).

Pour les actions en séparation de biens, nous devons maintenir le principe général de l'application aux étrangers des règles ordinaires de compétence. La jurisprudence française elle-même admet aujourd'hui que ces actions sont différentes de celles qui touchent

(1) Féraud-Giraud, J. C., 1885, p. 377 ; Cass., 7 mars 1870, S., 72. 1. 361 ; Paris, 13 mars 1879, S., 79. 2. 289.

(2) Cass., 3 juin 1874, S., 75. 1. 245 ; Trib. fédéral suisse, 10 juill. 1885, J. C., 1886, p. 404 ; Trib. fédéral, 12 avril 1889, *Le Droit*, 9 juin 1889. — Cpr. Chambéry, 5 fév. 1889, *Le Droit*, 15 fév. 1889.

(3) Cpr. Dijon, 3 juill. 1888, *Rev. prat. de droit int. privé*, 1890-1891, 2, p. 65.

(4) Cpr. Cass., 3 juin 1874, S., 74. 1. 245 et Roguin, J. C., 1886, p. 559 ; Trib. fédéral suisse, 10 juillet 1885, *ibid.*, 1886, p. 404.

à l'état des personnes, comme les actions en séparation de corps, et se montre par conséquent plus facile pour admettre la compétence des tribunaux de notre pays en ce qui concerne les demandes en séparation de biens entre époux étrangers. C'est ainsi que nos tribunaux se déclarent compétents pour connaître des demandes en séparation de biens entre étrangers quand les époux, ou même le mari seul, ont en France un domicile de fait; quand le mari ne peut justifier d'un domicile à l'étranger; quand les époux se sont mariés en France et ont implicitement accepté l'application de la loi de notre pays : dans tous les cas, du reste, on reconnaît que, s'il y a incompétence, celle-ci est relative et doit être invoquée *in limine litis* (1). On admet aussi que les dispositions de l'art. 1, alin. 1 et 2 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 s'appliquent aux demandes en séparation de biens (2).

D'ailleurs, quand les tribunaux français connaissent d'une demande en séparation de biens entre époux étrangers, ils doivent apprécier la question quant à la recevabilité de la demande d'après la loi nationale des parties, car il s'agit d'une mesure de protection qui relève de la compétence naturelle du législateur national. Il n'y aurait lieu de déroger à cette règle que si la loi étrangère autorisait une séparation de biens contraire à l'ordre public. C'est par application de cette idée que l'on a considéré comme nulle en Bavière, où s'applique l'art. 1443 de notre code civil qui prohibe la séparation de biens volontaire, une séparation de cette nature opérée par des époux wurtembergeois d'après leur loi nationale (3). Mais cette solution est fort contestable. En effet, l'art. 1443 n'est que la sanction pratique du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales consacré dans l'art. 1395 C. civ.; or nous avons déjà démontré que ce dernier article ne s'impose pas aux étrangers, qu'il est d'ordre public interne et non international (4).

(1) V. Bordeaux, 27 juillet 1859, *Recueil de Bordeaux,* 1869, p. 399; Cass., 7 mars 1870, S., 72. 1. 361; Douai, 15 février 1886, J. C., 1886, p. 349; Féraud-Giraud, J. C., 1885, p. 377 et 1880, p. 227. — [Il est remarquable que, d'après certaines législations, la séparation de corps n'entraîne pas *de plano* la séparation de biens : telle est la loi espagnole. Aussi a-t-il été jugé que, la séparation de corps étant prononcée par un tribunal français, conformément à la loi espagnole, entre deux époux espagnols, le tribunal ne prononcera la séparation de biens que si la femme la demande, en produisant un jugement définitif de séparation de corps. Trib. civ. Seine, 1re ch., J. C., 1908, p. 832.]

(2) Trib. canton. Vaud, 1er avril 1885, J. C., 1885, p. 210.

(3) Reichsgericht, 7 oct. 1884, J. C., 1886, p. 730.

(4) Beauchet, J. C., 1886, p. 731, note.

[La théorie de l'autonomie en matière de régime matrimonial a soulevé sous un aspect nouveau et inattendu la célèbre question du renvoi (v. ci-dessus, n. 106, p. 329-353). Deux époux, un Français établi aux Etats-Unis, et une Américaine, se sont mariés à New-York, sans contrat de mariage. Quel est leur régime matrimonial ? La communauté légale française, selon notre droit, ou la séparation de biens, suivant la loi américaine ? Interprétant leur volonté, la cour de Montpellier décide que les époux, s'étant référés tacitement à la loi américaine, doivent être considérés comme séparés de biens (J. C., 1905, p. 377). Mais alors la demanderesse prend des conclusions subsidiaires et prétend qu'en vertu de la loi américaine, aux termes de laquelle les biens situés hors du territoire américains sont régis par la *lex rei sitæ*, qui *renvoie* à la loi française quant aux biens situés en France, il faut leur appliquer le régime matrimonial français, c'est-à-dire la communauté légale (1). C'est la question classique du renvoi, mais soulevée dans une matière soumise, d'après notre jurisprudence, au statut d'autonomie, non dans une question d'état ou de succession, comme d'ordinaire (2).]

[En matière de régime matrimonial, comme en matière d'état ou de capacité ou de succession, le juge peut se demander s'il faut appliquer la loi étrangère dans ses dispositions de droit interne, ou dans sa règle de conflit (règle qui pourrait le renvoyer, soit à la *lex fori*, soit à une autre loi étrangère). Seulement, ici, étant donnée la conception de notre jurisprudence sur le rôle de la volonté, il ne s'agit plus pour le juge d'interpréter une disposition impérative de la loi française ; il faut savoir purement et simplement ce que les époux ont voulu. Se sont-ils référés à une règle de droit interne ou à une règle de conflit? C'est une question d'in-

(1) [C'était, d'ailleurs, à tort que la demanderesse invoquait ici la loi américaine : d'après la jurisprudence américaine, comme l'a fait remarquer M. Audinet, dans ses *Observations sur les effets extra-territoriaux des régimes matrimoniaux*, *R. D. I. P.*, 1906, p. 102, la loi de la situation ne détermine les droits respectifs des époux qu'à l'égard des immeubles ; or, dans l'espèce, il ne s'agissait que de meubles, uniformément soumis, à défaut de contrat, à la loi du domicile du mari. Mais, laissant de côté ce point de droit américain, nous supposerons que les prémisses de la demanderesse sont correctes, par exemple qu'il s'agisse d'immeubles.]

(2) [Sans être absolument nouvelle, la question s'est posée assez rarement et seulement d'une manière incidente. V. Trib. Seine, 17 avril 1888 (motifs), J. C., 1888, p. 814 ; 8 janv. 1891 (motifs), *ibid.*, 1891, p. 962 ; 12 mai 1890 et Paris, 25 nov. 1891, *ibid.*, 1892, p. 471, et surtout Douai, 2 fév. 1899, J. C., 1899, p. 825, ce dernier arrêt acceptant sans difficulté le renvoi.]

tention, c'est-à-dire une question de fait et non plus une question de droit. Et, comme on l'a dit très exactement, les arguments dirigés contre la théorie du renvoi perdent toute leur force sur le terrain mouvant de l'autonomie. Ici, la question du renvoi ne naît pas de la diversité et de la lutte des systèmes législatifs de droit international privé. L'autorité de la *lex fori* est hors de cause : c'est *dans la volonté des parties* qu'il faut lire, non dans la loi. Si le juge déclare que les époux se sont référés tacitement à la loi américaine dans la disposition de cette loi qui renvoie à la *lex rei sitæ*, on pourra lui reprocher de méconnaître l'intention des époux, non la souveraineté de l'Etat qui l'a institué (1).]

[La cour de Montpellier paraît s'être bien placée au point de vue de l'intention des parties, pour rejeter les conclusions subsidiaires de la demanderesse : elle écarte l'application de la coutume américaine pour des motifs qui, à les bien analyser, dépendent tous de l'idée d'autonomie et de l'application de la volonté commune des époux intéressés. La Cour de cassation, qui a confirmé l'arrêt de Montpellier (Cass. req., 18 juillet 1905, J. C., 1906, p. 446), suppose admis le principe du renvoi sans définir l'aspect particulier que revêt ici cette question classique : elle paraît admettre que, si la cour a rejeté les conclusions subsidiaires, c'est qu'elle n'a pas considéré la loi américaine comme permettant à une femme mariée sous le régime matrimonial usité en Amérique de revendiquer en France le bénéfice d'un autre régime ; en d'autres termes, la Chambre des requêtes a tranché une question d'interprétation de la loi américaine (2).]

[La solution de la cour de Montpellier est simple et logique : elle est le dernier terme de la théorie jurisprudentielle sur le rôle de la volonté dans la matière des régimes matrimoniaux. Est-elle satisfaisante au point de vue juridique? Le juge ne sera-t-il pas tenté de statuer, en tenant compte de la nature du procès soulevé devant lui et du caractère plus ou moins équitable de la demande? Aujourd'hui, il inclinera à interpréter la volonté problématique des époux dans un sens contraire au renvoi, parce que la question soulevée par le procès est relative aux pouvoirs du mari sur certains biens et que le renvoi aboutirait à un résultat moins équitable. Demain, la contestation surgira à l'occasion des droits successo-

(1) [Mazas, *De la combinaison entre la théorie du renvoi et celle de l'autonomie de la volonté à propos du régime matrimonial des époux mariés sans contrat,* J. C., 1907, p. 603-607.]

(2) [Mazas, *loc. cit.*, p. 606, note 1 et p. 607, note 2.]

raux de l'un des époux : qui peut affirmer que l'équité ne conduirait pas à l'acceptation du renvoi? Pour motiver sa solution, quelle qu'elle soit, il suffira toujours au tribunal ou à la cour d'appel, de se placer sur le terrain, abandonné à l'appréciation souveraine des juges du fait, de l'intention tacite des époux (1). C'est le principe même de l'autonomie de la volonté qui est en cause. Il ne s'agit ici que de montrer que l'acceptation ou le rejet de renvoi contenu dans la loi présumée acceptée par les époux à telle ou telle autre loi étrangère, dépend, dans la doctrine de l'autonomie, de l'intention des parties : sur le terrain de l'autonomie, on ne peut ni combattre ni soutenir une thèse de droit. Tout se ramène à une question de fait. Il était, nous a-t-il semblé, à la fois intéressant et nécessaire de le constater à l'occasion du renvoi et de sa combinaison avec la théorie de l'autonomie en matière de régime matrimonial.]

334 *bis*. [**Convention de La Haye du 17 juillet 1905 réglant en ce qui concerne les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux, les rapports entre la France, l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, l'Italie, la Suède** (2). — Des trois chapitres que comprend la Convention, le premier comprenant les droits et les devoirs personnels des époux, et le troisième consacré aux dipositions générales ont été étudiés (v. ci-dessus, n. 259 *bis*, p. 762-769). Reste le deuxième qui a pour objet les biens des époux.]

[Le conflit des lois relatifs au régime pécuniaire des époux se prête malaisément à un accord. En cette matière, deux conceptions profondément différentes se partagent aujourd'hui les esprits (3). La première et la plus ancienne, celle que Dumoulin a proposée au XVI^e^ siècle, qu'a accueillie le Parlement de Paris, qui a conquis les suffrages du Hollandais Jean Voet au XVII^e^ siècle et au siècle suivant des Français Bouhier, Boullenois et Pothier,

(1) [Mazas, *loc. cit.*, p. 607-611.]

(2) [Loi du 7 avril 1909, portant approbation de cette Convention. *J. off.*, 9 avril 1909. Pour les documents, v. ci-dessus, n. 259 *bis*, p. 769, note 1.]

(3) [De Boeck, note sous Paris, 7 déc. 1887, D. P., 1888. 2. 265-272; Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Régime matrimonial*, p. 563; v° *Union conjugale* (rapports pécuniaires), p. 1009; Kebedgy, J. C., 1907, p. 644; *Quest.* 162, J. C., 1907, p. 676 et surtout Lainé, *La conférence de La Haye relative au droit int. pr.*, J. C., 1907, p. 898-907.]

qui a été admise par le code civil français (art. 1387) et consacrée par notre jurisprudence, consiste à séparer nettement le régime matrimonial du mariage qui, sans doute, y a donné lieu, mais n'en détermine pas la nature. A l'égard des personnes, le mariage a des effets uniquement et absolument légaux; le règlement des intérêts pécuniaires des époux est, en grande partie du moins, abandonné à la libre volonté des époux. Procèdent-ils expressément à un règlement dans un contrat de mariage? Ils sont libres, en principe, de le faire comme ils l'entendent; ce qui a pour conséquence, en droit international, de les autoriser soit à puiser les clauses de leur contrat dans une loi étrangère, soit à désigner une loi étrangère comme la loi de leur contrat, pour en développer les effets et en interpréter les clauses obscures, soit même à se placer d'un mot et en bloc sous l'empire d'une loi étrangère. Se sont-ils mariés sans contrat ? Leur intention n'en a pas moins été de choisir, pour régir leurs intérêts pécuniaires, une certaine loi; seulement, ils l'ont tacitement désignée; ce qui a pour conséquence en droit international, quand plusieurs lois sont en concours, d'obliger le juge à chercher dans les circonstances qui ont accompagné le mariage les indices de la volonté des époux. En un mot, d'après cette conception traditionnelle, le régime matrimonial, toujours et invariablement conventionnel, est tantôt l'effet d'une convention expresse, « que l'on connaît », a très bien dit M. Lainé, tantôt d'une convention tacite « que l'on doit découvrir ».]

[En face de cette conception, une autre s'est fait jour, vers la fin du XVI^e^ siècle, avec d'Argentré, mais qui, relativement au droit international privé, s'est modifiée très notablement, au point de passer du système de la réalité à celui de la personnalité. Prenant à partie avec une extrême vivacité la théorie de Dumoulin, d'Argentré soutint, tout en reconnaissant la liberté des conventions matrimoniales expresses, qu'il n'y avait pas de conventions tacites et qu'à défaut de contrat, c'était la loi seule, c'est-à-dire la coutume, qui régissait les biens des époux. Quelle coutume? Pour les biens mobiliers, celle du domicile des époux, parce que les meubles dépendent du statut personnel; pour les immeubles, celle du lieu où chacun d'eux est situé, parce que les immeubles dépendent du statut réel.]

[Dans cette première phase, l'intérêt de la controverse était limité à l'hypothèse d'un mariage sans contrat de mariage et aux immeubles. Pour ces biens, si l'on admettait la théorie de la convention tacite, la loi du régime matrimonial était celle que les

époux avaient librement choisie, c'est-à-dire, d'ordinaire, la loi du domicile conjugal et cette loi s'étendait à tous les immeubles quelle qu'en fût l'assiette territoriale ; si l'on repoussait la théorie de la convention tacite, la loi du régime matrimonial était celle de la situation des immeubles et par suite les époux pouvaient se trouver en communauté pour tels biens et pour tels autres sous un autre régime. Ce fut précisément ce que décida, en 1643, un arrêt célèbre du Grand Conseil de Malines.]

[Aujourd'hui, la controverse ne se pose plus sur ce terrain En Angleterre et aux Etats-Unis seulement, et dans quelques décisions isolées et attardées de la jurisprudence française, on persiste à dire que le régime matrimonial en matière d'immeubles relève du statut réel. Chez les peuples représentés aux Conférences de La Haye, on reconnaît d'un commun accord que la loi régulatrice des intérêts pécuniaires des époux s'étend à tous leurs biens, meubles ou immeubles, et en quelque pays qu'ils soient situés. Et, de nos jours, lorsqu'on repousse, comme le faisait d'Argentré, l'idée de la convention tacite, c'est la loi nationale des époux que l'on oppose à celle du domicile matrimonial, ou plus exactement à celle que les époux ont librement choisie. Le régime matrimonial, en l'absence de contrat, appartient non pas au statut réel, comme le soutenait d'Argentré, mais au statut personnel. Il semble bien que l'origine de ce nouveau système soit dans un passage de Boullenois, qui, en l'écrivant, poursuivait le même but que Dumoulin, celui d'attribuer un effet extraterritorial, même quant aux immeubles, à la loi du régime matrimonial (1). Mais, comme au XVIII^e^ siècle, la loi du domicile faisait fonction de loi nationale, le système de Boullenois, pratiquement, ne différait pas de celui de Dumoulin ; il ne s'en distinguait que par la raison qu'il donnait du caractère extraterritorial reconnu à la loi du domicile.]

[Mais il n'en est plus de même aujourd'hui, le statut personnel ayant désormais pour base, en droit international privé, la loi nationale. Et la théorie de Dumoulin et celle de Boullenois conduisent à des résultats pratiques aussi différents qu'elles le sont elles-mêmes. Quelle sera la loi unique régissant en tous lieux tous les biens des époux? D'après la doctrine de Dumoulin, qui s'attache, en l'absence de contrat, à l'idée de convention tacite, ce sera la loi choisie tacitement par les époux, peut-être leur loi nationale, peut-être la loi de leur domicile matrimonial, peut-être une

(1) [Lainé, *loc. cit.*, J. C., 1907, p. 905.]

autre loi. La doctrine de Boullenois veut que cette loi soit toujours leur loi nationale, puisqu'elle est fondée sur l'idée que le régime matrimonial est un état propre aux époux, appartient à leur statut personnel.]

[Il y a même plus encore depuis la promulgation du code civil italien, c'est-à-dire depuis 1865. La doctrine qui pendant si longtemps n'avait refusé au régime matrimonial le caractère de régime librement choisi par les époux que dans l'hypothèse de l'absence d'un contrat, a achevé de nos jours l'évolution commencée avec Boullenois et en est arrivée à supprimer entièrement, dans le domaine du droit international privé tout au moins, la liberté des conventions matrimoniales. L'art. 1381 du code civil italien défend aux époux de stipuler d'une manière générale que leur mariage, au point de vue des intérêts pécuniaires, sera régi par des lois auxquelles ils ne sont pas eux-mêmes soumis, c'est-à-dire par des lois étrangères. Et les jurisconsultes italiens, avec M. Fiore, en ont conclu que le contrat de mariage lui-même appartient au statut personnel et « ne peut être régi par une loi différente de celle qui régit le mariage lui-même » (1).]

[Ainsi, à l'heure actuelle, en droit international privé, la discussion relative au régime pécuniaire des époux se présente avec netteté. Pour les uns, ce régime est essentiellement conventionnel; par suite, les époux peuvent expressément soumettre leurs intérêts pécuniaires à une loi étrangère, et ils doivent être considérés comme l'ayant tacitement fait, en l'absence de contrat, d'après les circonstances qui ont accompagné leur mariage. Pour les autres, le régime matrimonial est essentiellement légal et dominé par la loi nationale des époux; cette loi régit nécessairement et exclusivement les intérêts pécuniaires des époux lorsqu'ils n'ont pas de fait de contrat; et de plus, elle est la loi d'après laquelle se développeront les effets et s'interprèteront les clauses de leur contrat. Les époux peuvent choisir parmi les régimes que leur offre leur loi, peut-être même s'approprier expressément telles ou telles dispositions d'une autre loi, mais ils ne peuvent ni se placer entièrement sous l'empire d'une loi étrangère ni se référer à une autre loi que leur loi nationale pour l'interprétation des clauses obscures de leur contrat.]

[Le problème qui se posa devant la quatrième Conférence de

(1) [Fiore, *Droit int. pr.*, trad. Pradier-Fodéré, édit. de 1875, n. 328, p. 495; Lainé, *loc. cit.*, J. C., 1907, p. 906.]

La Haye en 1904 fut donc celui-ci : l'un des deux systèmes devait-il être entièrement préféré à l'autre, et lequel? ou bien était-il possible, grâce à une transaction, de faire à chacun d'eux une part équitable? La Conférence s'est ralliée à ce dernier parti, mais non sans de laborieux efforts. Il faut retracer sommairement ces efforts, avant de donner les termes mêmes de la transaction intervenue. A cet effet, il y a lieu d'envisager surtout l'hypothèse dans laquelle il n'existe pas de contrat de mariage.]

[C'est dans ce cas que la question présentait le plus d'importance et paraissait en même temps le plus difficile, parce que l'intervention de la volonté des époux n'y est pas manifeste. L'Institut de droit international l'avait étudiée dans ses sessions d'Heildelberg en 1887 et de Lausanne en 1888 (1). Après diverses péripéties, la majorité de la Commission nommée à Lausanne pour examiner un projet qui consacrait le système italien, fit adopter par l'Institut, en 1888, sans lutte bien vive, semble-t-il, la doctrine de Dumoulin toute pure, contre laquelle on ne souleva que des objections d'ordre pratique : « A défaut d'un contrat de mariage, la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire du premier établissement des époux, régit les droits patrimoniaux des époux, s'il n'appert pas des circonstances ou des faits l'intention contraire des parties » (2).

[Cependant, lorsqu'en 1900, les Conférences de 1893 et de 1894 n'ayant pas eu le loisir de le discuter, le problème fut remis sur le chantier par la commission royale des Pays-Bas, en vue d'une solution diplomatique, ce fut le système écarté de propos délibéré en 1888 par l'Institut de droit international que cette commission présenta comme le meilleur ; elle reprit même, avec une légère modification de forme, le texte que l'Institut n'avait pas accepté et proposa de décider : « Les effets du mariage sur les biens des époux, tant meubles qu'immeubles, se règlent, sauf les dispositions qui suivent, d'après la loi du pays auquel appartenait le mari lorsque le mariage a été contracté (3). Mais la commission néerlandaise avait-elle considéré que l'assimilation du régime matrimonial au mariage lui-même est chose toute naturelle, commandée par les principes ? Ou bien avait-elle pensé, comme M. L. Renault, M. Rolin-Jacquemyns et M. de Bar, à Lausanne,

(1) [*Ann. de l'Inst. de dr. int.*, 1887-1888, p. 64 et p. 72-74; 1888-1889, p. 68 et p. 73; Lainé, J. C., 1907, p. 907-910.]

(2) [*Ann. de l'Inst.*, 1888-1889, p. 73; Lainé, J. C., p. 909-910.]

(3) [*Documents relatifs à la IIIe Conférence de La Haye*, 1900, p. 24.]

qu'il convenait, dans l'intérêt général et pour supprimer les incertitudes et les procès, de faire céder les principes? A cet égard, elle avait gardé le silence.]

[La commission nommée par la Conférence en 1900 n'observa pas la même réserve. Elle accepta l'article qui vient d'être reproduit, et elle donna les motifs de sa décision. « Cet article, dit son éminent rapporteur, M. Lainé (1), est d'une importance capitale. Certains Etats, en l'adoptant, renonceront, dans leurs rapports avec les autres Etats contractants, à une jurisprudence séculaire. En France notamment, les tribunaux, s'inspirant de l'idée que le régime matrimonial est toujours conventionnel, recherchent, en l'absence d'un contrat, l'intention probable qu'ont pu avoir les époux. Ils l'induisent des circonstances qui ont entouré le mariage. Et, si la nationalité des époux semble devoir être parmi ces circonstances l'une des principales, elle n'est pas la seule ; d'autres sont aussi prises en considération ; pendant longtemps même, suivant une tradition très ancienne, ils se sont de préférence attachés au domicile matrimonial, c'est-à-dire au domicile que les époux, au moment de leur mariage, se proposaient de choisir et qu'ils ont effectivement choisi. Ce ne sera donc pas sans hésitation que ces Etats adopteront une règle nouvelle. Ils s'y détermineront surtout à raison des difficultés quotidiennes que fait naître le principe que le régime matrimonial, même en l'absence d'un contrat, est conventionnel. Les autres Etats s'empresseront, au contraire, d'adopter la règle proposée. Les uns, simplement, comme l'a dit M. de Hammarskjold, délégué de Suède, parce que la prépondérance de la loi nationale des époux domine toute la matière du mariage ; les autres, comme l'ont déclaré M. Heemskerk, délégué des Pays-Bas, et M. Dungs, délégué d'Allemagne, parce que, d'après l'esprit ou même le texte de leurs lois, l'absence d'un contrat implique chez les époux l'absence d'intention de choisir un régime matrimonial.]

[Les délégués de France avaient donc en 1900, conformément d'ailleurs à l'avis de la commission française de droit international privé, donné leur assentiment à un projet de convention qui consacrait une règle différente de celle qu'avait jusqu'alors suivie la jurisprudence de leur pays. Lorsque cette règle fut de nouveau proposée, en vue de la conférence de 1904, par la commission

(1) [Rapport de M. Lainé, Annexe au procès-verbal n. 9, séance du 18 juin 1900, *Actes de la III^e Conférence*, 1900, p. 226.]

royale des Pays-Bas, la commission française chargea l'un de ses membres, M. Lainé, d'en faire un examen plus approfondi : c'était d'autant plus nécessaire que le projet de programme élaboré par la commission néerlandaise (1) n'accordait pas certaines concessions que les délégués français avaient demandées, et que le texte en était peu différent de celui qui avait paru à la troisième Conférence devoir comporter d'assez considérables modifications. La conclusion de l'étude très pénétrante à laquelle s'adonna M. Lainé fut que la France devait maintenir en 1904 la concession faite en 1900. Le savant et regretté maître en donne les raisons suivantes (2), dont voici un bref résumé.]

[Le régime matrimonial légal n'est pas un statut personnel, car il y a une différence fondamentale entre les effets du mariage à l'égard des époux et les effets du mariage à l'égard de leurs biens. Les uns tiennent étroitement au mariage ; mieux encore, ils sont de l'essence du mariage, tel que le conçoit le législateur. Aussi sont-ils dans le même pays communs à tous les gens mariés, parce que la loi les règle en termes impératifs et uniformes pour tous. Les autres ne découlent qu'indirectement du mariage, dont la conséquence directe est seulement une association de biens en germe et non définie. La cause immédiate en est dans des circonstances, des convenances, des besoins divers : le législateur laisse les intéressés eux-mêmes juges de ces circonstances, convenances et besoins. La liberté des conventions matrimoniales existe, plus ou moins large, plus ou moins limitée, dans la plupart des législations. La diversité des régimes matrimoniaux est la preuve décisive que le régime légal, intervenant à défaut de contrat formel, n'est pas déduit de l'état des personnes : après leur avoir offert des types de régimes, tels que la communauté, la séparation de biens, le régime dotal entre lesquels les époux peuvent choisir, qu'ils peuvent combiner à leur gré, auxquels ils peuvent apporter telles dérogations prévues d'avance, le législateur construit lui-même un régime pour ceux qui n'ont point fait de « conventions spéciales ». Aurait-il ainsi procédé, s'il était parti de l'idée que le régime matrimonial est le prolongement et l'émanation directe de l'état d'époux?]

[Est-ce à dire que ce soit une convention tacite, comme l'ont

(1) [*Documents relatifs à la IVe Conférence,* 1904, p. 62-89, p. 169-172 ; p. 177 186.]

(2) [Lainé, *loc. cit.,* J. C., 1907, p. 912-913.]

pensé Dumoulin et tant d'autres, soit dans notre ancien droit, notamment Jean Voet, Bouhier, Boullenois, Pothier, soit dans notre droit moderne, notamment Laurent? Il paraît excessif de dire que des époux français qui se marient sans faire de contrat conviennent sciemment et tacitement de vivre sous le régime de communauté et que le législateur n'intervient que pour interpréter et mettre au point leurs volontés. Mais il y a dans ce système une part de vérité, tandis qu'il n'y en a point du tout dans le système adverse. Si les époux qui se marient sans contrat ne stipulent pas tacitement un régime organisé par la loi d'après leurs intentions présumées, leur volonté n'est pourtant pas étrangère à la désignation de ce régime. Le régime légal n'est pas à proprement parler un contrat, mais il en tient lieu : il est dû à une sorte de collaboration des époux et du législateur. En cela déjà, le régime légal participe du contrat. Il en a encore la nature, en ce qu'il règle les intérêts pécuniaires des époux d'après leurs convenances et leurs besoins présumés, comme ils auraient pu le faire eux-mêmes, s'ils avaient eu l'attention, la prévoyance et les connaissances qu'exige une telle œuvre. Le législateur fait pour eux office de notaire. Telle est la mesure dans laquelle on peut dire que la volonté des époux se trouve à la base du régime légal de leurs intérêts pécuniaires; voilà en quel sens on peut dire qu'ils choisissent eux-mêmes tacitement ce régime : ils le font en se référant à une loi qui sera celle de leur société de biens. Et cela suffit pour que, le concours de plusieurs lois se produisant et la question se posant de savoir laquelle sera prépondérante, la réponse à cette question ne puisse pas être donnée sans que l'on tienne compte de leur intention probable.]

[La France pourrait donc, revenant sur la concession précédemment faite, s'en tenir à la conséquence logique du caractère dont sa loi interne est empreinte, en ce qui concerne le régime des biens des époux, même légal; elle pourrait objecter que la règle proposée est contraire à son propre système et déclarer qu'elle ne saurait se départir de ce système, rationnel en somme. Mais, outre que l'observation d'une logique rigoureuse n'est pas nécessaire dans les rapports internationaux, la règle conventionnelle qui consisterait à placer le régime matrimonial, en l'absence de contrat, sous l'empire de la loi nationale des époux, ne serait vraiment pas incompatible avec notre jurisprudence qui, de plus en plus, prend pour base de ses jugements, non plus la présomption qui fait dépendre le régime légal du domicile des époux, mais une

autre présomption, d'une application plus aisée, qui s'attache à la loi nationale des époux. Cette règle établirait, sur un point important, l'unité dans le droit international. Enfin, elle présenterait sur l'état de choses actuel, cause de désordre et d'incertitude, source d'innombrables procès, de bien des risques d'erreurs et de beaucoup d'arbitraire, des avantages pratiques très appréciables, la certitude, la simplicité et la sécurité. L'innovation au point de vue français ne consisterait qu'à convertir en une présomption légale unique l'une des deux présomptions de fait auxquelles recourent aujourd'hui librement nos juges et celle-là même pour laquelle ils accusent de plus en plus une prédilection marquée.]

[Pour ces considérations, la Commission française de droit international privé accepta définitivement l'art. 1er du projet de programme proposé pour la Conférence de 1904 ainsi conçu : « En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant meubles qu'immeubles, se règlent d'après la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage ». Elle donna son assentiment avec cette observation : « Nous acceptons le principe posé, non que nous rattachions le régime matrimonial au statut personnel, mais parce que, pour éviter des difficultés d'interprétation, il nous paraît raisonnable de présumer que les futurs époux, en l'absence de contrat, se sont tacitement référés à leur loi nationale (1).]

[Mais pour que la règle proposée et adoptée ne soit pas une cause d'erreur et de déception pour les femmes qui, dans leur propre pays, épousent des étrangers, une précaution devrait être prise. La présomption légale sera que ces femmes indigènes entendent se soumettre à la loi nationale de leurs futurs maris étrangers. Mais il peut se faire que cette présomption soit contraire à la vérité. Ne conviendrait-il pas de les avertir et de les mettre en garde contre les conséquences, imprévues pour elles, d'un défaut de contrat? Au cours des travaux de la Conférence de 1900, M. Roguin, délégué suisse, proposa l'adoption d'un système destiné à satisfaire à ce desideratum (2). M. Lainé s'en inspira pour soumettre à la commission française de droit international privé la mesure suivante : lorsque, dans un pays, une femme indigène serait sur le point d'épouser un étranger, l'officier de l'état civil,

(1) [*Documents relatifs à la IVe Conférence*, 1904, p. 260.]

(2) [*Actes de la IIIe Conférence*, 1900, rapport de M. Lainé, p. 229-230 et annexé à ce rapport, p. 231-232.]

huit jours avant le mariage, interpellerait les futurs époux, leur demandant s'ils ont fait un contrat de mariage; au cas de réponse négative, il avertirait formellement la femme que, devant acquérir la nationalité de son mari, elle sera également soumise à la loi de celui-ci quant à ses intérêts pécuniaires, si elle persiste à ne pas vouloir faire le contrat. Comme l'a fait remarquer M. Roguin, cette mesure serait conforme à la loi française du 10 juillet 1850, dite loi Valette, sur la publicité des contrats de mariage et en constituerait le complément (1).]

[Tout en approuvant l'idée de précaution à prendre pour éviter des surprises peut-être pénibles, la commission fut d'avis qu'il valait mieux laisser ce point en dehors de la Convention projetée. « Nous n'insistons pas, dit-elle, pour que l'on tienne compte de cette idée dans le projet. Il pourra y être donné satisfaction par des mesures d'ordre interne » (2).]

[Telles étant les instructions données à la délégation française, l'adoption du principe n'a rencontré de résistance ni dans la commission nommée par la Conférence de 1904 ni dans sa séance plénière (3); elle a eu lieu sans débat et se trouve consacrée dans l'art. 2, al. 1er, du projet devenu la Convention du 17 juillet 1905, dont voici le chapitre deuxième, relatif aux biens des époux.]

[*Dispositions de la Convention du 17 juillet 1905 relatives aux biens des époux* (art. 2-8). — I. *Absence de contrat.* — Art. 2. « En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens ».

Le texte de l'al. 1er prête à une légère critique. La loi du régime matrimonial, y lit-on, sera « la loi nationale du mari » au moment de la célébration du mariage. Mais, à ce moment, la loi du mari chez les Etats représentés à la Conférence, y compris le Japon lui-même, devient la loi de la femme. Pourquoi, dès lors, ne pas dire que la loi du régime matrimonial sera « la loi nationale des époux? » Le texte semble impliquer que la femme pourrait n'avoir pas la même nationalité que le mari, sans qu'aucun d'eux ait changé de nationalité au cours du mariage. Cette supposition

(1) [Lainé, *loc. cit.*, J. C., 1907, p. 917-918.]

(2) [*Documents relatifs à la IVe Conférence*, 1904, p. 260 *in fine*.]

(3) [Rapport de M. Lainé, *Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 178-182; séances du 6 juin 1904, *Actes*, p. 166 et 174.]

n'ayant pas de raison d'être, il eût été préférable de n'y pas donner lieu. L'observation en fut faite par la Commission française de droit international privé, puis, à la Conférence, par M. Lainé, au nom de la Délégation française. On n'en a pas tenu compte. Elle n'en est pas moins juste (1).]

[Il peut arriver qu'après la célébration du mariage formé sans contrat matrimonial, un changement de nationalité se produise dans la personne des époux ou de l'un d'eux. L'article 2 du projet de programme soumis à la Conférence de 1900 prévoyait ce fait et statuait ainsi : « Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux après le mariage n'exerce pas d'influence sur le régime matrimonial par rapport aux biens » (2). L'opinion unanime fut que cette règle s'imposait, mais qu'il était inutile de l'exprimer, puisque l'article 1er de ce projet, en disant que les effets du mariage sur les biens des époux se règleraient d'après la loi nationale du mari au moment du mariage, décidait par là même que les changements de nationalité ultérieurs seraient sans conséquence. Aussi le nouveau projet de programme pour 1904 gardait-il à ce sujet le silence. Mais la commission nommée par la Conférence estima qu'il valait mieux rétablir le texte primitif. « Reprenant, dit le rapport de M. Lainé, une disposition de l'ancien projet de programme, abandonnée en 1900 comme superflue, nous avions été d'avis d'ajouter à l'article 2 un deuxième alinéa pour exprimer ce qui dans le nouveau projet était implicitement admis, savoir que le changement de nationalité des époux n'entraîne pas un changement de leur régime matrimonial. Il est d'une bonne méthode, à nos yeux, de rédiger nos conventions en termes aussi clairs et explicites que possible, tout en évitant les textes vraiment inutiles. Cette seconde règle est d'ailleurs particulièrement en harmonie avec le système qui fait prévaloir la loi nationale des époux comme tacitement choisie par eux-mêmes » (3). En effet, comme l'ajoute M. Lainé dans l'exposé des travaux de la Conférence de 1904 (4), puisque le règlement fait par cette loi participe, à nos yeux, du contrat, il est logique et nécessaire que ce règlement ne change pas avec la loi nationale des époux. Dans le système opposé, qui fait intervenir la loi des époux à titre de

(1) [*Doc. relatifs à la IVe Conférence,* 1904, p. 260; rapport de M. Lainé, *Actes,* p. 180; Lainé, J. C., 1907, p. 919.]

(2) [*Doc. relatifs à la IIIe Conférence,* 1900, p. 26.]

(3) [*Actes de la IVe Conférence,* 1904, p. 179-180.]

(4) [Lainé, *loc. cit.,* J. C., 1907, p. 920.]

statut personnel, il serait logique que le changement de nationalité des époux eût pour conséquence le changement de leur régime matrimonial. Dans ce système, en effet, le régime matrimonial est soumis à la même loi que l'état des époux; or l'état des époux et ce qui en dérive, c'est-à-dire leurs devoirs personnels, les rapports d'égalité ou de dépendance de la femme, sont désormais régis par leur nouvelle loi nationale; cette loi devrait donc aussi, logiquement, s'appliquer désormais, sous la réserve des droits acquis, à leurs intérêts pécuniaires. Pourquoi les partisans de ce système n'en ont-ils pas déduit la conséquence qu'il comporte, se demande M. Lainé? « Ils ne l'ont pas dit, répond-il, je n'ai pas à le rechercher. Je me borne à constater un accord qui, sur ce point, aurait pu ne pas se produire » (1). M. Missir, délégué de Roumanie, dans une étude qu'il a consacrée à la quatrième Conférence de La Haye et spécialement au projet de convention concernant les conflits de lois relatifs au mariage (2), en a donné l'explication suivante : « L'immutabilité des rapports patrimoniaux qui résultait, dans la théorie de la convention tacite, du fait que les changements de nationalité n'atteignent pas les contrats, résulte également, dans le nouveau système de la loi nationale, de la règle que les changements de nationalité n'ont jamais d'effet rétroactif et ne peuvent, par suite, effacer ou modifier les droits et obligations que la loi a établis, quant au patrimoine des époux ».]

[Les art. 3-6 de la convention ont en vue le cas où les époux ont fait un contrat de mariage. « Ils supposent d'abord que les époux ont, par la suite, conservé leur nationalité ; une disposition générale et finale réglera l'hypothèse où ils en auraient changé. Ils désignent la loi qui devra régir : la capacité nécessaire pour conclure le contrat; la question de savoir si les conventions postérieures au mariage sont ou non permises; la validité intrinsèque, les effets, la forme du contrat » (3). La loi nationale ne s'appliquera pas lorsque les époux, en vertu de l'art. 6, auront adopté la forme locale, sauf prescription expresse et contraire de la loi nationale. Elle ne s'appliquera non plus aux immeubles soumis à un régime foncier spécial (art. 7); elle sera écartée enfin par certaines réserves tenant à l'ordre public (art. 8).]

[II. *Capacité pour conclure un contrat de mariage.* — La notion

(1) [Lainé, *loc. cit.*, J. C., 1907, p. 921.]
(2) [Missir, *R. D. I. P.*, 1906, p. 52.]
(3) [Lainé, Rapport, *Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 180.]

de la capacité, sous son double aspect : aptitude à contracter, aptitude à exercer le droit ou autorisation à cet effet, est régie par la loi nationale de chacun des futurs époux. Se plaçant dans l'hypothèse la plus fréquente, celle où le contrat se fait avant le mariage, l'art. 3 dispose : « La capacité de chacun des futurs époux pour conclure un contrat de mariage est déterminée par la loi nationale au moment de la célébration du mariage ». La loi du domicile n'a donc aucune influence sur la capacité de contracter. De plus, le régime de la loi nationale est applicable, qu'il contienne ou non des prohibitions spéciales quant à la possibilité de passer un contrat matrimonial ou d'adopter tel régime spécifié. Ainsi, d'une part, les Français, en vertu de l'art. 1387 du Code civil, peuvent, en tout pays, adopter tel ou tel régime matrimonial ou telle ou telle combinaison de régimes que bon leur semblera. D'autre part, les Italiens ne pourront pas stipuler, dans leur contrat, le régime de notre communauté légale, que leur loi leur défend d'adopter ; les Suisses ressortissants des cantons dont la loi n'admet que l'ordre légal pour les biens des époux ne pourront faire nulle part un contrat de mariage et, à partir du 1er janvier 1912, date de la mise en vigueur du nouveau code civil suisse, ils pourront faire un contrat de mariage, mais ils seront tenus d'adopter dans leur contrat, aux termes de l'art. 179, al. 2, « l'un des régimes prévus par la présente loi ». Les restrictions que la loi apporte à la liberté des conventions matrimoniales ont pour but la protection des intérêts des époux et doivent, par suite, être envisagées pour chaque personne d'après sa loi nationale. Ce n'est qu'à partir du mariage qu'il peut être question d'une seule loi nationale des époux, celle du mari, qui régira les effets du contrat de mariage intervenu.]

[III. *Validité et effets des conventions matrimoniales. Immutabilité.* — Les conventions matrimoniales donnent lieu, quant à leur validité et quant à leurs effets, à deux sortes de conflits, dont l'un leur est particulier et dont l'autre est commun à tous les contrats. La loi complète le contrat pour toutes les éventualités non prévues. Sur ce régime complémentaire de la loi, des conflits peuvent surgir dans tous les contrats quand les contractants sont étrangers. Les conflits qui surgissent à propos de l'immutabilité des conventions matrimoniales sont spéciaux au régime matrimonial. Mais, dans les deux cas, les conflits mettent en cause le principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes. L'autorité de la loi s'affirme, en droit interne, comme en droit inter-

national, tantôt avec un caractère supplétif ou complémentaire, tantôt avec un caractère impératif ou prohibitif. Les époux étrangers doivent être tenus de respecter l'autorité des dispositions impératives ou prohibitives de leur loi nationale. Ainsi les époux français ne doivent pas pouvoir conclure de conventions post-nuptiales ni modifier ou résilier leurs conventions matrimoniales primitives, même s'ils vivent dans un pays dont la loi permet l'un et l'autre. Au contraire, les époux doivent pouvoir décider d'après leurs convenances s'ils préfèrent le régime complémentaire d'une loi étrangère; et cette latitude leur est reconnue même par ceux qui, comme M. Missir, font dépendre le régime matrimonial, légal ou conventionnel, du statut personnel. En réalité, dit le savant auteur, admettre que les parties peuvent remplacer le régime complémentaire ou supplétif de leur loi nationale par celui d'une loi étrangère, c'est reconnaître à la loi nationale des parties un effet que l'on attribue à la volonté particulière des intéressés. C'est la loi nationale qui, d'un côté, s'approprie l'ordre créé par la volonté autonome et qui, de l'autre côté, laisse prévaloir le régime complémentaire étranger que les époux préfèrent. Le seul motif qui empêcherait le choix du régime complémentaire étranger serait la prohibition qui se trouverait dans la loi nationale des époux. Ainsi, les époux italiens n'ont pas cette faculté, parce que leur loi la leur refuse (art. 1381 C. civ. italien). De même, les époux allemands ne peuvent pas adopter un régime étranger par simple renvoi (art. 1433, al. 1er C. civ. allemand). La loi nationale des époux paraît donc devoir être la règle unique qui tranchera les conflits de législations quant au contenu des conventions matrimoniales, en ce qui concerne leur validité intrinsèque comme en ce qui concerne leurs effets en général (1). De là, les art. 4 et 5 de la convention.]

[ART. 4. — La loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, soit faire un contrat de mariage, soit résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales.]

[Le changement qui serait fait au régime des biens ne peut avoir d'effet rétroactif au préjudice des tiers.]

[ART. 5. — La validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage ou, s'il a été conclu au cours du mariage, par la loi nationale des époux au moment du contrat.]

(1) [Missir, *loc. cit.*, *R. D. I. P.*, 1906, p. 53-55.]

[La même loi décide si et dans quelle mesure les époux ont la liberté de se référer à une autre loi; lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage.]

[L'al. 2 de l'art. 4, ajouté au projet sur l'initiative du délégué belge, bien que suivant plusieurs il ne fût pas nécessaire et qu'il eût pu être sous-entendu, a pour objet de réserver les droits acquis par des tiers : autant cette réserve, suivant la remarque de M. Missir, eût pu être sous-entendue quant aux tiers, autant elle eût dû être complétée en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux entre eux (1).]

[En ce qui concerne la validité intrinsèque du contrat, la disposition du premier alinéa de l'art. 5 n'appelle qu'une observation : l'expression de validité intrinsèque, qui est employée aussi dans le projet de convention relatif au testament élaboré en 1904 et non encore ratifié, est synonyme de « validité au fond » et s'oppose à celle de « validité en la forme » (2).]

[Quant aux effets du contrat, l'art. 5, dans son ensemble, signifie ceci : pour les effets indépendants de la volonté des époux, que la Délégation française a qualifiés de purement légaux, c'est la loi nationale des époux qui les régit; les effets, de beaucoup les plus plus nombreux, qui relèvent de l'autonomie des contractants, ne sont régis par la loi nationale des époux que si ceux-ci, en vertu de la liberté qu'elle leur concédait, ne les ont pas eux-mêmes soumis à une autre loi. Il est entendu, d'ailleurs, que régir les effets du contrat, c'est, de la part de la loi nationale ou d'une autre loi, tout à la fois servir à interpréter les clauses douteuses, à développer les clauses incomplètes et à suppléer les clauses absentes (3).]

[IV. *Cas dans lesquels la loi nationale ne s'applique pas. Forme des contrats* (art. 6). — *Immeubles soumis à un régime foncier spécial* (art. 7). — *Réserves d'ordre public* (art. 8). — Quelques mots suffiront sur ces trois dispositions.]

[La disposition de l'art. 6 sur la forme des conventions matrimoniales se fait remarquer par sa rigoureuse correction. La règle *Locus regit actum* y figure comme facultative : il ne sera fait échec au caractère facultatif de cette règle que dans le cas où la loi

(1) [Lainé, rapport, *Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 180; Missir, *loc. cit.*, *R. D. I. P.*, 1904, p. 61.]

(2) [Lainé, Rapport, *Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 181.]

(3) [Lainé, Rapport, *Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 181-182.]

nationale de l'un des futurs époux, ou, si le contrat est conclu au cours du mariage, la loi nationale de l'un des époux exige, comme condition de validité, que le contrat, même s'il est conclu en pays étranger, ait une forme déterminée; en pareil cas, valable ou nulle au point de vue de la forme aux yeux de la loi nationale de l'un des époux ou futurs époux, la convention sera nulle ou valable dans tous les pays; on a écarté une combinaison intermédiaire d'après laquelle un acte serait nul dans un pays et valable dans un ou plusieurs autres pays, comme particulièrement dangereuse à l'égard d'un contrat de mariage qui déploie des effets multiples et prolongés (1).]

[Art. 6. — Le contrat de mariage est valable, quant à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore s'il a été conclu, au cours du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux.]

[Lorsque la loi nationale de l'un des futurs époux ou, si le contrat est conclu au cours du mariage, la loi nationale de l'un des époux exige comme condition de validité que le contrat, même s'il est conclu en pays étranger, ait une forme déterminée, ses dispositions doivent être observées.]

[En ce qui concerne les immeubles ayant un régime spécial, l'art. 7 reproduit la disposition qui se trouve dans les autres conventions de La Haye et dans le projet de convention relatif au testament. Le délégué allemand, M. Dungs, a demandé à la Conférence de constater au procès-verbal que ce texte ne concerne pas les maisons souveraines et médiatisées. Le président de la Conférence, M. Asser, et le président de la commission, M. de Hammarskjold, ont répondu que cette question de droit des gens ne relevait pas de la Conférence et que la commission n'avait pas entendu résoudre dans un sens quelconque la question de savoir quelles règles doivent, après l'adoption du projet, être appliquées à la situation des maisons souveraines et de celles qui y sont assimilées (2).]

[Art. 7. — Les dispositions de la présente Convention ne sont pas applicables aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.]

(1) [Lainé, Rapport, *Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 182; séance du 6 juin 1904, *ibid.*, p. 167; Missir, *loc. cit.*, *R. D. I. P.*, 1906, p. 62.]

(2) [Séance du 6 juin 1904, *Actes*, p. 170-171.]

[Le projet du programme de 1900 contenait, pour les réserves d'ordre public, une disposition formulée en termes généraux et d'après laquelle la loi locale doit être respectée chaque fois qu'elle sanctionne un intérêt public par des dispositions impératives. L'art. 8 de la Convention ne contient plus cette réserve générale et limite la préférence due à la loi locale aux rapports des époux avec les tiers, écartant tout ce qui a trait aux rapports des époux entre eux à cause de l'impossibilité où se trouvait la Conférence de résoudre les conflits de lois relatifs à la capacité de la femme mariée, et visant uniquement les formalités spéciales destinées à rendre le régime des biens opposable aux tiers et les dispositions ayant pour objet de protéger les tiers dans leurs rapports avec une femme mariée exerçant une profession sur le territoire de cet Etat (1).]

[Art. 8. — Chacun des Etats contractants se réserve :]

[1° D'exiger des formalités spéciales pour que le régime des biens puisse être invoqué contre les tiers ;]

[2° D'appliquer des dispositions ayant pour but de protéger les tiers dans leurs relations avec une femme mariée exerçant une profession sur le territoire de cet Etat.]

[Les Etats contractants s'engagent à se communiquer les dispositions légales applicables d'après le présent article.]

[L'art. 9, faisant partie des dispositions générales, a été mentionné et expliqué (V. ci-dessus, n. 258 *bis*, *in fine*, p. 763-769) (2).]

CHAPITRE III

DE LA LETTRE DE CHANGE (3)

335. La lettre de change est peut-être, de tous les actes juridiques, celui qui donne le plus souvent lieu aux conflits de législa-

(1) [Séance du 6 juin 1904, *Actes*, p. 171-172 ; Lainé, rapport, *Actes*, p. 185.]

(2) [Cpr. la critique judicieuse et pénétrante de M. Missir, *loc. cit.*, *R. D. I. P.*, 1906, p. 58-62.]

(3) Chrétien, *De la lettre de change en droit intern. privé*, 1881 ; Brocher, *Etude sur la lettre de change dans ses rapports avec le droit intern. privé*, *R. D. I.*, 1874, p. 5 et 196 ; Vidari, *La lettera di cambio*, 1869 ; Champcommunal, *Etude sur la lettre de change en droit intern. privé*, *Annales de droit com.*, 1894, p. 142 ; [G. Cohn, *Beitrage zur Lehre vom einheitlichen Wechselrecht*, Heidelberg, 1880 ; F. Mayer, *Weltwechselrecht, Die Verschiedenheiten des geltenden Wechselrechts und deren Vereinheitlichung*, Berlin, 1906 ; Diena, *Diritto commerc. intern.*, t. III, 1905, chap. I, p. 1-254 ; Jitta, *La substance des obligat. en*

tions; par sa nature, en effet, la lettre de change est destinée à circuler, et, dans son passage à travers plusieurs pays, elle provoque l'accomplissement de diverses opérations, telles que l'endossement, l'acceptation, l'aval, qui, réalisées sous l'empire de législations différentes de celles du lieu d'émission ou de paiement, font naître des difficultés parfois très délicates. La fréquence des conflits de législations en ces matières va, du reste, augmentant chaque jour, étant donné le progrès constant, entre les différents peuples, des transactions commerciales donnant naissance à des obligations qui se règlent la plupart du temps au moyen de lettres de change. Toutes les explications qui vont suivre s'appliquent d'ailleurs aux autres effets de commerce, par exemple au billet à ordre, en tant qu'il s'agit des points communs qu'ils présentent avec la lettre de change.

Les législations modernes tendent de plus en plus à adopter des principes uniformes pour régler les points qui correspondent partout à des besoins identiques : c'est ce que l'on constate notamment dans le droit des obligations et, plus généralement, dans le droit commercial (1). Mais cette uniformité est loin de se présenter pour la lettre de change, à propos de laquelle on constate la plus grande variété entre les législations (2). Il est particulièrement intéressant de noter deux courants d'idées complètement opposées qui se manifestent dans les différents pays sur la nature même de la lettre de change; leur divergence est la cause d'un grand nombre de différences dans la réglementation de la lettre de change, et, par suite, de nombreux conflits de lois. Les efforts tentés par des jurisconsultes pour faire adopter en cette matière des règles semblables par les législateurs modernes sont, jusqu'à présent, restés infructueux. [Une tentative nouvelle est faite (3).]

dr. int. pr., t. II, 1907, p. 3-202; Picarda, *D'un droit de change international. Conditions constitutives d'une lettre de change internationale, Nouv. Rev. prat. de dr. int. pr.*, 1908, p. 97 et suiv.).]

(1) V. pour le rapport du droit commercial des différents pays avec le nôtre : Lyon-Caen, *Tableau des lois commerciales en vigueur dans les principaux Etats*, J. C., 1876, p. 85 et 165.

(2) V. Notice de l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens, J. C., 1876, p. 241 et 262; Hœchter, Sacré et Oudin, *Manuel de droit com. franç. et étrang.*, p. 415. — V. *Unification des lois relatives à la lettre de change*, Lyon-Caen, J. C., 1884, p. 348 s.

(3) V. *Projet de l'Association pour la réforme*, etc., J. C., 1876, p. 493. Congrès d'Anvers en 1885, J. C., 1885, p. 638; Congrès de Bruxelles, 1888, J. C., 1888, p. 521; Résolut. de l'Inst. de Droit intern. à Bruxelles, en 1885, *Ann.*, VIII, p. 96; [*Questionn. du gouv. néerl.*, sept. 1908, *Ann. de dr. comm.*, 1909, p. 158-161.]

Suivant les idées anciennes, représentées par le code de commerce français et par ceux qui l'ont imité, par exemple par les codes d'Egypte, de Grèce, de Hollande, d'Espagne, de Portugal, les lois turque et roumaine, la lettre de change doit surtout être considérée comme le moyen de réaliser deux contrats : d'abord un contrat de mandat par lequel le tireur charge le tiré de payer une somme déterminée au porteur; en second lieu, un contrat de change, par lequel le tireur s'engage envers le porteur à lui faire avoir une somme fixe dans un autre lieu. C'est en se plaçant à ce point de vue que l'on justifie la remise de place en place et l'indication de la valeur fournie (art. 110 C. com.).

Les idées nouvelles, déjà acceptées dans quelques Etats, notamment en Angleterre et aux Etats-Unis (1), ont été nettement définies dans la loi allemande du 25 novembre 1848, qui a été successivement adoptée par les différents Etats de l'Allemagne, introduite en Autriche en 1850, reproduite par la loi hongroise du 1er janvier 1877 (2), imitée par la loi du Danemark, de la Suède et de la Norvège sur les lettres de change (3), ainsi qu'en Belgique en Italie [et en Russie (loi russe des 27 mai-9 juin 1902, art. 82-84 et art. 85-126) (4).] D'après la loi allemande, la lettre de change est considérée moins comme un moyen de réaliser le contrat de change, que comme un instrument de crédit destiné à circuler rapidement à l'instar d'un papier monnaie : de là la suppression de l'indication de la valeur fournie et de la remise de place en place; de là aussi la transmission de la propriété par un simple endossement en blanc (loi allemande de 1848, art. 4 et 12) (5).

(1) Le système anglo-américain est identique au système allemand, sauf qu'il n'exige pas sur le titre l'expression : lettre de change. D'autre part, il s'écarte et du système français et du système allemand, en ce qu'il admet les délais de grâce et laisse les délais de recours à l'appréciation du juge. Les lois sur le change ont été codifiées en Angleterre en 1882. V. *Ann. législ. étrang.*, 1883, p. 283; [Chalmers, *The bills of exchange,* 1882; Westlake, *Priv. int. law,* 4e édit., 1905, § 227 et suiv.; Foote, *Priv. int. jurispr.*, 3e édit., 1904, p. 437 et suiv. — Pour les Etats-Unis, Daniel, *A treatise on the law of neg. instruments,* t. I, § 863; Crawford, *The negot. instruments law,* 2e édit., 1902, Préface.]

(2) V. Lyon-Caen, *Ann. de législ. étrang.*, 1877, p. 383.

(3) V. traduction Dareste, *Ann. de législ. étrang. de 1881* (loi du 7 mai 1880), p. 504.

(4) [*Ann. de législ. étrang.*, 1903, p. 581-590.]

(5) Trad. du code de com. allemand et de la loi allemande sur le change, par Gide, Lyon-Caen, Flach, Dietz. Introd., p. LIX et suiv. — V. la critique, à notre avis erronée, du système allemand, dans Nouguier, *Des lettres de change,* II, p. 474, 478, 4e édit. et introduction, I.

Certaines législations vont même plus loin et reconnaissent la validité des lettres de change au porteur ; telles sont les lois de l'Angleterre et des Etats-Uuis.

La France s'est beaucoup rapprochée du système allemand en ne faisant plus nécessairement de la lettre de change un moyen de réaliser le contrat du change : c'est ce qui résulte de la loi du 7 juin 1894, modifiant l'art. 110 C. com., d'après laquelle la mention de la remise de place en place n'est plus exigée.

Après avoir constaté la divergence des législations sur la lettre de change, nous allons étudier les conflits de lois auxquels elle peut donner lieu en ce qui concerne la capacité des signataires de la lettre de change, les formes de celle-ci, et enfin les effets de la lettre de change ou des actes qui y sont relatifs.

SECTION PREMIÈRE

CAPACITÉ EN MATIÈRE DE LETTRE DE CHANGE

336. Beaucoup de législations établissent, indépendamment des incapacités générales, des incapacités spéciales en matière de lettre de change, par mesure de protection particulière, à cause de la grave responsabilité qu'entraîne la signature d'un effet de commerce, ou pour des raisons de convenance : c'est ainsi que, d'après l'art. 113 C. com., les femmes françaises, filles ou veuves, ne peuvent s'obliger par lettre de change si elles ne sont pas commerçantes ; leur engagement ne vaut que comme simple promesse. Conformément au principe qui a déjà été établi au point de vue théorique et que confirme l'art. 3, alin. 3 C. civ., il faut déterminer l'aptitude à souscrire une lettre de change ou à accomplir les actes qui y sont relatifs, endossement, aval, acceptation, d'après les dispositions de la loi nationale, qu'il s'agisse d'ailleurs de la capacité générale ou de la capacité spéciale relative aux effets de commerce (1). Il n'y aurait lieu d'écarter l'application de la loi nationale d'un étranger à ce point de vue, que si ce dernier avait employé des manœuvres frauduleuses pour dissimuler son état d'incapacité provenant des dispositions de la loi de son pays (art. 1310 C. civ.) (2).

(1) C. de Paris, 10 juillet 1880, J. C., 1880, p. 477.

(2) [Cpr. Daniel, *op. cit.*, t. I, § 208 et suiv. ; Champcommunal, *op. cit.*, p. 4 et suiv. ; Chrétien, *op. cit.*, n. 5 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, t. IV, n. 628 ; Weiss, *Traité*, t. III, p. 375 et suiv. et t. IV, p. 424 et suiv.]

D'après quelques législations, les membres de la famille royale sont déclarés incapables de souscrire des lettres de change. Le motif de convenance politique qui inspire une pareille exception au droit commun la fait généralement considérer comme ayant un caractère territorial, de telle sorte que l'incapacité dont il s'agit ne pourrait être invoquée en pays étranger (1).

[La loi russe du 27 mai 1902, prenant en considération la situation économique de certaines classes de la société, déclare incapables de s'obliger tant par billets à ordre que par lettres de change : 1° Les personnes appartenant au clergé, de quelque confession que ce soit ; 2° les paysans n'ayant pas de propriété immobilière, s'ils n'ont pas pris de patente professionnelle. Les femmes mariées ne peuvent, sans l'autorisation de leur mari, et les filles, même majeures, non séparées de leurs parents, ne peuvent, sans l'autorisation des parents, souscrire d'effets de commerce ni contracter aucun engagement y relatif, si elles ne font le commerce personnellement (art. 25).]

337. Le principe qui vient d'être indiqué souffre une dérogation remarquable dans quelques législations. La loi allemande de 1848 (art. 84), après avoir établi que la capacité dépend de la loi nationale, ajoute que l'étranger qui souscrit une lettre de change est valablement obligé en Allemagne s'il remplit les conditions de capacité indiquées par la loi allemande, ne serait-il pas d'ailleurs capable d'après la loi de son pays (2). On retrouve la même disposition dans les lois de Danemark, de Suède et Norvège sur la lettre de change, art. 84, dans l'art. 822 du code fédéral suisse sur les obligations (3), dans la loi hongroise de 1877, art. 95, dans le code de commerce serbe, art. 168 [et dans la loi russe du 27 mai 1902, art. 82.] Il semble cependant que, en Allemagne, on ne veut éviter que les surprises venant d'incapacités spéciales difficiles à prévoir, tandis qu'on accepte les incapacités générales

(1) Paris, 26 nov. 1850, S., 50. 2. 666 ; Paris, 16 janvier 1836, S., 36. 2. 70 ; Tr. Seine, 7 mai 1873, J. C., 1875, p. 20 ; Nouguier, *loc. cit.*, II, p. 187, n. 1416.

(2) Trad. Gide, Flach, Lyon-Caen et Dietz, p. 423. V. Congrès d'Anvers de 1877 et de 1885, J. C., 1885, p. 638; *Ann. de l'Institut de droit intern.*, 1886, p. 97.

(3) [Meili, *Das int. Civil und Handelsrecht*, t. II, p. 184. Il a été jugé le 1e février 1908, par la Cour de justice civile de Genève (J. C., 1908, p. 1285), que la capacité de contracter d'un étranger en Suisse, notamment la capacité d'émettre une lettre de change, est régie par le droit du pays auquel cet étranger appartient (art. 10 de la loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881, expressément réservé par l'art. 34 de la loi fédérale sur les rapports de droit civil du 25 juin 1891) et il a été fait application de ce principe à une femme italienne (art. 136 C. civ. ital.).]

et de droit commun, comme celle qui vient de la minorité (1).

Cette exception au principe d'après lequel le statut personnel est toujours régi par la loi nationale, ne peut se justifier que par le désir de donner toute sécurité aux nationaux qui, traitant avec un étranger, sont portés à apprécier sa capacité d'après les dispositions de leur propre loi (2). Mais si on la pousse jusqu'au bout, on voit que cette idée conduit à anéantir la notion même du statut personnel et à assujettir, dans tous les cas, les étrangers à l'application de la loi territoriale pour tout ce qui concerne leur état et leur capacité. Le désir d'assurer l'efficacité des lettres de change ne doit pas l'emporter sur la règle de justice et de raison qui fait régir le statut personnel par la loi nationale (3).

[Aussi sommes-nous d'accord avec M. Jitta pour ne pas souhaiter la généralisation de la loi allemande, proposée par l'Institut de droit international en ces termes : « L'étranger, incapable de s'obliger par lettre de change ou par billet à ordre en vertu de la loi de son pays, mais capable en vertu de la loi du pays où il appose sa signature sur la lettre de change ou le billet à ordre, ne peut invoquer son incapacité pour se soustraire à ses obligations (4) ». M. Jitta, comme M. von Bar, estime que si la formule adoptée par l'Institut donne universellement la certitude de la règle applicable, elle porte une forte atteinte au principe de la protection des incapables, en faisant régir leur capacité par la loi de leur séjour effectif (5). Mais M. von Bar préfèrerait une formule qui ferait dépendre l'application de la *lex actus* de la bonne foi de celui qui invoque la lettre ou de ses prédécesseurs. M. Jitta estime avec raison, nous semble-t-il, que la bonne foi d'une partie est une mauvaise mesure de la capacité d'une autre partie, parce

(1) V. Beauchet, *Du droit allemand sur les conflits de lois en matière de lettre de change,* J. C., 1887, p. 630; [cpr. Jitta, *op. cit.,* t. II, p. 16 : cet auteur fait remarquer que cette interprétation peut être maintenue difficilement depuis la mise en vigueur du code civil allemand dont la loi d'introduction contient une disposition (art. 7) généralisant l'art. 84 de l'ordonnance de 1848 sur le change.]

(2) On trouve la même préoccupation dans la jurisprudence française : Cass. req., 16 janvier 1861, S., 61. 1. 305; Paris, 10 juin 1879, *Le Droit,* 30 septembre 1879; Paris, 20 mars 1890, J. C., 1891, p. 493.

(3) Esperson, J. C., 1880, p. 258-259.

(4) [Projet de loi uniforme sur le change, art. 2, *Ann. de l'Inst.,* VIII, p. 79. V. aussi le projet de règlement intern. des conflits, *Ann.,* VII, p. 53-99 et VIII, p. 121 s.; Cpr. *Quest. du Gouv. néerl., Ann. de dr. comm.,* 1909, p. 161.]

(5) [Jitta, *op. cit.,* II, p. 52-53; von Bar, *Theorie und Praxis,* II, n. 299, 300, 301; Cpr. Champcommunal, *op. cit.,* p. 10 et suiv.; Paris, 20 mars 1890, J. C., 1891, p. 493.]

que le principe de protection des incapables est plus fort que la bonne foi. Au reste, ajoute M. Jitta, en matière de lettre de change, il n'y a pas de parties proprement dites, le signataire s'oblige envers le public, et le public, en son entier, n'est jamais de mauvaise foi. Tout au plus, peut-on dire que celui qui a abusé de la faiblesse de l'incapable ou qui s'en est rendu complice comme prête-nom, ne peut pas invoquer la lettre de change contre cet incapable; mais ce n'est pas là le droit de change pur; on suppose alors entre des personnes une relation autre que celle de signataire à porteur. Toutefois. M. Jitta concèderait qu'un incapable étranger, ayant de fait *le centre de sa vie active* dans le *lieu fiduciaire d'émission*, c'est-à-dire le lieu indiqué dans la lettre de change ou celui du domicile du tireur, fût déclaré capable s'il l'est d'après la loi de ce lieu, de telle sorte que l'incapable, simple voyageur ou touriste, resterait seul soumis à la loi de son pays. Cette concession nous paraît compromettre le principe de la protection des incapables que M. Jitta tient à sauvegarder.]

SECTION II

DES FORMES DE LA LETTRE DE CHANGE

338. La lettre de change peut donner lieu à des actes nombreux dont chacun peut s'accomplir dans un pays différent et sous l'empire d'une loi qui contient des dispositions particulières relativement aux formalités de cet acte. Conformément à la règle *Locus régit actum*, on devra suivre, pour chacun de ces actes, la loi du pays où il est fait (1).

Par formalités des actes juridiques relatifs à une lettre de change, il faut entendre l'ensemble des mentions exigées sur la lettre pour leur réalisation.

Ainsi, la date, la remise de place en place, l'indication de la valeur fournie, la désignation du preneur, soit pour la lettre de change elle-même, soit pour l'endossement, sont de véritables formalités dépendant de la loi du pays où la lettre est émise ou de la loi du pays où l'endossement est opéré. Il en est de même de la formule de l'acceptation, des conditions requises pour la vali-

(1) Cass., 18 août 1856, D. P., 57. 1. 39; Code fédéral suisse, art. 823, alin. 1; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n. 1313; [Jitta, *op. cit.*, II, p. 29-38; p. 44-50; p. 58-78; p. 83-97; p. 97-98; p. 98-113; p. 118-124; p. 127-130; p. 135-144; p. 144-151; p. 151-160.]

dité du protêt, etc. Sans doute, certaines de ces mentions peuvent se référer à des conditions de fond, comme la remise de place en place et l'indication de la valeur fournie : mais elles se traduisent toutes par des indications dans le libellé de la lettre de change et, à ce titre, deviennent des conditions de forme. De cette idée générale découlent notamment les conséquences suivantes :

1° Une lettre de change émise en Allemagne sans indication de la valeur fournie est valable en France ; 2° un endossement en blanc, fait en Allemagne, doit être considéré comme transférant la propriété de la lettre de change en France, et fait en France, ne vaudra en Allemagne que comme simple procuration (art. 138 C. com.). Toutes ces solutions sont aujourd'hui acceptées en doctrine et en jurisprudence (1).

Mais la règle *Locus regit actum* étant facultative pour les actes que les parties peuvent faire elles-mêmes sans l'intervention d'un officier public, il faut en conclure que ces dernières pourront observer, en pays étranger, les conditions de formes prescrites par leur loi nationale, lorsqu'elles ont même nationalité, et, dans tous les cas, les formalités indiquées par la loi du pays où la lettre de change doit produire ses effets juridiques (2). Cette solution est consacrée pour tous les actes par le code civil italien, art. 9 ; la loi allemande de 1848 sur le change, art. 85, autorise les Allemands qui s'obligent entre eux par lettre de change à observer, en pays étranger, les formalités indiquées par la loi de leur commune patrie. Si même un acte, par exemple un endossement, est nul en la forme d'après la loi du pays où il a été fait, mais valable d'après la loi allemande, les autres actes faits en Allemagne, par exemple les autres endossements, seront valables (3). Ni l'une ni l'autre de ces deux dérogations à la règle *Locus regit actum* ne sont acceptées par la jurisprudence française.

(1) Trib. com. du Havre, 19 mars 1881, J. C., 1882, p. 80 ; Cass., 25 mai 1885, J. C., 1888, p. 435. — [Pour l'émision, Cpr. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 29-30 et p. 45-50 ; pour l'endossement, *id. ibid.*, p. 60-74.]

(2) Cass. Turin, 7 mars 1883, J. C., 1885, p. 457.

(3) Trad. Gide, Flach, etc., p. 423 ; Vidari, *op. cit.*, p. 129 ; code fédéral suisse des obligations, art. 823, alin. 2 et 3 ; loi scandinave, art. 82 ; loi hongroise, art. 96 ; [loi russe du 27 mai 1902, art. 83.]

SECTION III

EFFETS DES ACTES RELATIFS A LA LETTRE DE CHANGE

339. Pour déterminer les effets des différents actes se rapportant à la lettre de change, spécialement pour fixer la portée des obligations qui en dérivent, il faut se référer au principe général déjà établi pour les conventions : en cas de conflit de lois, on doit appliquer celle qui paraît avoir été acceptée par les contractants. On sait que, dans le doute, les parties sont supposées avoir accepté leur loi nationale, quand elles ont même nationalité; dans le cas contraire, il est vraisemblable qu'elles ont voulu se soumettre à la loi du pays dans lequel l'obligation est née, la *lex loci contractus* (1). Du reste, comme il s'agit, avant tout, d'une question de fait, il est possible que les circonstances démontrent chez les parties de même nationalité l'intention de se soumettre à la *lex loci contractus* et non à leur loi nationale. Nous plaçant plus particulièrement dans l'hypothèse où les contractants n'ont pas la même nationalité, ce qui est le cas ordinaire quand il s'agit d'une lettre de change voyageant dans plusieurs pays, nous allons faire l'application de la *lex loci contractus* aux principaux actes en lesquels se décompose l'acte complexe de la lettre de change.

340. Emission de la lettre de change. — La lettre de change sert à réaliser deux contrats : en premier lieu, quand il y a remise de place en place (nouvel art. 110 C. comm.), le contrat de change qui intervient entre le tireur et le porteur, et dont les effets se déterminent par la loi du pays où la lettre est émise. C'est donc d'après cette loi qu'on règlera les obligations du tireur envers le preneur, notamment au point de vue de la provision à fournir, et les actions dont il sera passible faute de paiement par le tiré (2). D'après la même loi enfin se résoudra la question de

(1) Cass., 3 fév. 1864, S., 64. 1. 385; Cass., 6 fév. 1900, J. C., 1900, p. 605. — [Cour just. civ. Genève, 19 janv. 1907, J. C., 1908, p. 264; Cpr. Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Lettre de change*, p. 12.] Trib. sup. de l'Empire allemand, 5 mars 1889, J. C., 1892, p. 247; [Cpr. Trib. rég. sup. Colmar, 23 juin 1907, J. C., 1908, p. 536 et Trib. Empire allemand, 19 mars 1907, J. C., 1908, p. 531 et la note; Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Cession de créance*, p. 312, n. 1 et s.]

(2) Trib. sup. de Colmar, 27 juin 1890, J. C., 1892, p. 733. — Cpr. Rennes, 1er août 1895, J. C., 1896, p. 376; [Cour just. civ. Genève, 19 janvier 1907, précité, J. C., 1908, p. 264.]

savoir si le tireur pour compte est personnellement tenu à l'égard du porteur et des endosseurs (art. 115 Code comm.).

Le second contrat réalisé par la lettre de change est un mandat par lequel le tireur charge le tiré de payer une somme au porteur. Ce mandat est conclu au lieu où est le tiré (art. 1985, 2e alin., C. civ.), et c'est la loi de ce lieu qui fixera les obligations du tiré, suivant qu'il y a eu provision ou qu'il n'en a pas été fourni. Cependant, comme nous l'avons déjà vu pour les contrats conclus par mandataire, les circonstances de fait peuvent établir que le mandant, c'est-à-dire le tireur, s'est référé à sa propre loi nationale ou à celle de son domicile, pour fixer l'étendue du mandat qu'il entend donner et la responsabilité qui en résulte pour lui : le mandataire ou tiré est alors présumé avoir accepté le mandat dans les conditions réglées par cette même loi. C'est pour cela que l'acceptation par le tiré sera, le plus souvent, régie par la loi du tireur, attendu qu'elle implique la subordination, de la part du tiré, aux conséquences fixées par la loi à laquelle le tireur s'est vraisemblablement référé. Il en serait de même dans le cas d'acceptation par intervention, l'acceptant se soumettant aussi, implicitement, à la loi prévue par le tireur. Les circonstances de fait pourraient d'ailleurs démontrer que l'accepteur, tiré ou intervenant, a entendu se soumettre à la loi qui le régit dans l'espèce, c'est-à-dire à sa loi nationale ou à la loi du lieu où il fournit l'acceptation (1).

(1) [M. Jitta, *op. cit.*, II, p. 54-57, estime que le tireur doit être obligé dans la mesure de la confiance que sa signature, dans son cadre, inspire au public, considéré comme composé d'hommes sérieux et raisonnables, et il en conclut que la loi qui régit, en général, la substance de son obligation, est celle du *lieu fiduciaire* d'émission, c'est-à-dire le lieu indiqué dans la lettre de change ou, si le lieu n'est pas indiqué, comme cela est possible d'après certaines lois, le domicile ou le centre professionnel du tireur. On peut arriver à peu près à ce résultat, ajoute M. Jitta, en invoquant la *lex loci actus* (*contractus*, pour ceux qui suivent la théorie du contrat), la *lex loci executionis*, ou même la loi que le tireur a voulu suivre ; mais alors on part d'une règle arbitraire, posée *a priori* et l'on se trouve bientôt enlisé dans des controverses sur le lieu où l'obligation prend naissance et sur celui où elle doit être exécutée, ou bien encore on se trouve avoir à décider si le tireur a voulu suivre sa loi nationale ou sa loi domiciliaire, si l'acquéreur a dû comprendre qu'il en était ainsi, etc. Ce n'est pas que les circonstances particulières de l'émission ne puissent avoir une certaine influence ; mais cette influence se trouve plutôt à côté du droit de change que dans ce droit. Il peut y avoir à côté de la lettre de change, entre le tireur et le preneur, une convention spéciale, qui fera la loi pour leurs relations personnelles, mais qui ne modifie pas la confiance inspirée au public. Ainsi, suppose M. Jitta, qu'un Allemand établi en Chine tire

341. Endossement. — Les formes de l'endossement et les conditions requises, au point de vue des formalités, pour qu'il transfère la propriété du titre, sont déterminées par l'application de la règle *Locus regit actum* (1). Quant aux obligations de l'endosseur à l'égard de son cessionnaire ou des porteurs subséquents de la lettre de change, elles dépendront aussi de la loi du pays où l'endossement a été fait, mais pour une autre raison, cette loi étant celle à laquelle l'endosseur et le cessionnaire se réfèrent (2).

Des endossements successifs pouvant être faits dans divers pays et sous l'empire de lois différentes, quelques questions particulières doivent être examinées.

Un endossement en blanc fait en France et ne valant que comme procuration (3) autorise-t-il le cessionnaire à faire, en Allemagne, un autre endossement en blanc qui sera translatif de propriété d'après la loi allemande de 1848 ? — Assurément oui, car la procuration donnée en France confère le pouvoir de tirer de la lettre de change tout le parti possible, de la réaliser en valeur, par conséquent de la céder en toute propriété. Seulement, le cessionnaire par endossement en blanc fait en France devra rendre compte à son mandant du prix de cession de la lettre de change. Dans la pratique, il sera même dispensé, la plupart du temps, de cette reddition de compte, car il aura fourni à son

une lettre au profit d'un autre Allemand également établi en Chine, il se peut fort bien que pour les relations entre le tireur et le preneur le droit allemand soit pris en considération ; c'est là une autre application du principe de confiance, mais ce n'est plus du droit de change pur. On peut ainsi s'expliquer l'influence que l'on a voulu donner à la loi nationale commune des parties.]

[Si la loi judiciaire du lieu d'émission régit, aux yeux de M. Jitta, les conditions sous lesquelles le tireur garantit les conditions d'acceptation et de paiement, il est parfaitement juste de tenir compte de la loi du lieu où l'acceptation doit être demandée ou de celle du lieu où le paiement doit se faire, pour déterminer de quelle manière il n'a pas besoin de recourir ici à une exception fondée sur la *lex loci executionis*. Il n'y a pas ici d'exception, il n'y a qu'une interprétation raisonnable du principe de confiance. Le tireur a dû comprendre et faire comprendre que l'acceptation et le paiement seraient demandés de la manière indiquée par les lois et même par les usages des lieux d'acceptation du paiement. Jitta, *loc. cit.*, p. 56.]

(1) [Jitta, *op. cit.*, II, p. 73-74. L'endossement doit être fait dans la forme du lieu fiduciaire où il est apposé ; et comme le lieu où l'endossement est apposé n'est pas, le plus souvent, indiqué, il est censé être celui de l'établissement professionnel ou du domicile de l'endosseur.]

(2) Paris, 12 avril 1850, S., 50. 2. 333; Aix, 29 avril 1844, S., 45. 2. 114 ; Bordeanx, 24 janvier 1880, J. C., 81, p. 358; Cass., 20 mai 1885, J. C., 1885, p. 435.

(3) [V. cep. Renault et Lyon-Caen, IV, n. 149.]

cédant la valeur représentative de la lettre de change qu'il n'a cependant reçue que par endossement en blanc (1).

Du reste, lorsque des endossements sont faits dans différents pays, un endosseur peut être tenu envers son cessionnaire plus rigoureusement que ne l'est envers lui le précédent endosseur; mais un endosseur ne peut jamais céder contre le tireur, le tiré ou les précédents endosseurs, que les droits qu'il a lui-même et qui sont fixés par la loi régissant l'émission, l'acceptation ou l'endossement (2).

Si un effet de commerce, négociable d'après la loi du lieu d'émission, est endossé dans un pays dont la loi n'admet pas ce mode de transfert, le cessionnaire ne pourra pas agir contre le tiré devant les tribunaux du pays où l'endossement s'est effectué; pour ces tribunaux, en effet, il n'a pas obtenu la propriété de la lettre de change. Nous pensons qu'il serait possible d'agir contre le tiré dans un pays dont la loi admet la négociabilité des effets de commerce par endossement, car, la règle *Locus regit actum* étant facultative, il est permis d'employer pour la cession d'une lettre de change les formalités indiquées par la loi du pays où la cession doit produire ses conséquences (3).

En sens inverse, un effet non négociable dès l'origine, par exemple souscrit à une personne dénommée conformément à l'art. 9 de la loi allemande de 1848, peut-il être endossé dans un autre pays? Non, car la cessibilité d'un droit dépend de la loi qui le régit, et il est inadmissible que l'une des parties, le porteur, puisse attribuer au titre qui lui est remis un caractère refusé par la *lex loci contractus* implicitement acceptée par les deux contractants (4).

Il est possible que le titre émis soit faux; quel sera le sort des actes ultérieurs, par exemple des endossements, faits dans un autre pays? On pourrait soutenir que ces actes manquant de base sont sans efficacité, comme le titre même sur lequel ils s'appuient et qui est entaché de faux. Cependant plusieurs législations déclarent indépendantes les unes des autres les diverses mentions contenues dans une lettre de change; de telle sorte que, même dans

(1) Cass. req., 12 août 1817, S., 18. 1. 386.

(2) Douai, 4 août 1847, S., 48. 2. 725.

(3) [Cpr. Jitta, *op. cit.*, II, p. 75-78.]

(4) Cass., 6 février 1900, J. C., 1900, p. 605. — [Cpr. Jitta, *op. cit.*, II, p. 69-71; Esperson, *op. cit.*, n. 13, note 2; Champcommunal, *Annales de Thaller*, 1894, p. 147; Diena, *op. cit.*, III, n. 219; von Bar, *op. cit.*, II, n. 302.]

le cas où la signature du tireur est fausse, l'acceptation, l'aval, l'endossement sincères sont valables (1).

342. En principe, la portée de l'engagement de l'avaliseur se règle par la convention ; mais s'il y a doute sur le point de savoir si le donneur d'aval a voulu garantir la solvabilité de tous les signataires de la lettre de change, de quelques-uns ou d'un seul, on appliquera la loi du pays où l'aval est fourni (art. 142 C. com.) (2).

343. Solidarité. — On a proposé de résoudre la question de savoir si les signataires de la lettre de change sont solidairement responsables de son paiement, d'après la loi du lieu d'émission. En effet, a-t-on dit, celui qui reçoit une lettre de change sans action solidaire contre le tireur la transmet aussi sans action solidaire ; en sens inverse, l'action solidaire existant à l'origine est transmise par les endossements ultérieurs aux cessionnaires, quelles que soient à cet égard les dispositions de la loi du pays où les endossements sont effectués. Mais cette solution méconnaît le principe fondamental déjà établi, d'après lequel la portée des engagements se détermine, dans le doute, d'après la loi du lieu où ils sont souscrits. Nous déciderons que chacun des signataires sera ou ne sera pas solidairement responsable avec les autres du paiement de la lettre de change, suivant que la loi du pays où il s'est engagé établit ou n'établit pas cette solidarité (3).

344. Paiement. — Les règles légales concernant le paiement sont déterminées par la loi du pays où le paiement doit être effectué (4). Il en sera ainsi, notamment en ce qui concerne la possibi-

(1) Loi allemande de 1848, art. 75-76 ; code fédéral suisse des obligations, art. 80 ; loi scandinave sur le change, art. 88. [M. Jitta pense que le droit acquis, même par l'entremise d'un faux sur une lettre de change délivrée régulièrement dans un pays où ce droit doit être respecté en vertu de la loi locale, doit être respecté aussi dans la vie active internationale, pour la lettre de change internationale. Jitta, *op. cit.*, II, p. 151-160 ; *sic* Diena, *op. cit.*, III, n. 220, p. 86. Mais M. Jitta n'accepte pas, comme M. Diena, la règle que l'endossement est régi, quant à tous ses effets, par la loi du lieu où il s'acccomplit. D'ailleurs, en parlant d'une lettre de change internationale, M. Jitta a insisté sur celle qui est destinée, par son contexte, à circuler à l'étranger. Mais il n'adopterait pas une autre solution pour la lettre nationale à l'origine, au sens anglais *(inland bill)*, et qui se trouve endossée et transmise à l'étranger : ce n'est pas un événement extraordinaire, de nature à modifier la confiance inspirée. Jitta, *loc. cit.*, p. 159-160 ; Cpr. Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 227, p. 290-291.]

(2) [Jitta, *op. cit.*, II, p. 97-98.]

(3) [Cpr. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 75-78].

(4) [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 109-111 : cet auteur déclare qu'il soumet toutes les conditions de la régularité du paiement à la loi de ce lieu, non parce qu'elle est

lité d'obtenir des délais de grâce ; la loi du lieu où le débiteur s'est engagé refuserait-elle ces délais (art. 135 C. comm.), le juge peut toujours les accorder si la *lex fori* l'y autorise, car il s'agit, en pareil cas, d'une mesure d'humanité et de crédit, par conséquent d'ordre public (¹).

Il en serait différemment de la fixation de l'échéance : l'époque de l'exigibilité d'une dette tient à l'essence même de celle-ci et doit être déterminée par la loi sous l'empire de laquelle le débiteur s'est engagé (²). Le code de commerce français (art. 160 *in fine*) admet cette solution en imposant au porteur d'une lettre de change tirée à vue, ou à un certain délai de vue et payable en pays étranger, l'observation des délais fixés par la loi française. Mais, assez peu logiquement, il impose encore l'observation des mêmes délais pour les lettres tirées de l'étranger et payables en France (art. 160).

345. Conséquences du défaut de paiement ou d'acceptation. — A défaut d'acceptation ou de paiement, le porteur est astreint à certaines obligations dont l'observation est indispensable pour qu'il puisse conserver son recours contre les signataires responsables de la lettre de change. Il faut, à ce propos, distinguer les obligations auxquelles il est soumis, la manière dont il doit les accomplir, et les délais dans lesquels il doit s'y conformer et recourir contre les signataires responsables.

Pour la manière dont ces obligations doivent être remplies, en d'autres termes pour les formalités à observer, on doit appliquer la règle *Locus regit actum ;* c'est ainsi que les formes du protêt sont fixées par la loi du pays où il est fait.

Quant aux obligations mêmes qui incombent au porteur pour qu'il puisse recourir utilement contre le tireur, les endosseurs ou le tiré, par exemple quant au point de savoir s'il doit faire faire

admise généralement par les meilleurs auteurs, mais parce qu'elle est fondée en raison. Celui qui accepte l'engagement d'autrui a dû raisonnablement donner à la déclaration qui contient cet engagement la portée pratique suivante : si l'engagement comporte une exécution qui doit se réaliser dans un endroit déterminé et surtout par le fait d'une tierce personne, le créancier a dû comprendre que l'exécution aurait lieu d'une certaine manière et même, ce qui nous écarte des modes d'exécution au sens restreint, que l'exécution serait influencée par les lois de cet endroit, dont l'autorité locale doit assurer l'application.]

(¹) Cass. de Turin, 6 mars 1872, D. P., 72. 2. 5 ; Aix, 9 avril 1872, D. P., 72. 2. 202 ; [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 111.]

(²) Reichsgericht, 11 déc. 1895, J. C., 1897, p. 827 ; [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 81 et p. 111.]

un protêt faute d'acceptation ou de paiement, il faut appliquer la loi suivant laquelle chaque signataire de l'effet s'est obligé, la loi du lieu d'émission pour le tireur, celle du lieu où s'est fait l'endossement pour les endosseurs, etc. Chacun de ces signataires s'étant en effet référé à la *lex loci contractus* pour limiter et préciser son engagement, a compté que le porteur ne pourrait recourir contre lui qu'après l'accomplissement de certaines conditions prévues par cette loi, notamment la confection du protêt (1).

Enfin les délais dans lesquels le porteur doit accomplir ses obligations et recourir contre les signataires sont aussi déterminés pour ces derniers par la loi du pays où ils se sont engagés : ils ont compté encore sur les dispositions de cette loi qui assure leur libération s'ils ne sont pas actionnés dans un certain délai, par exemple celui de quinze jours depuis la date du protêt pour les endosseurs et le tireur d'après les art. 165 à 170 du Code de commerce français. C'est par application de cette idée que l'art. 166 C. comm. fait dépendre de la loi française la détermination de ce délai de recours contre les tireurs et endosseurs résidant en France, en ce qui concerne les lettres de change tirées de France et payables à l'étranger. Bien que la loi n'en dise rien, il faudrait logiquement faire régir par la loi étrangère le délai de recours contre un endosseur ou tireur résidant à l'étranger et responsable du paiement d'une lettre de change tirée de l'étranger et payable en France (2). On pourrait objecter qu'il s'agit d'une véritable prescription libératoire pour laquelle, nous l'avons dit, on peut admettre un délai plus court suivant la loi acceptée par les parties, mais jamais un délai plus long que celui qui est fixé par la *lex fori*. Mais il nous paraît exagéré d'appliquer ici les règles de la prescription, attendu que celle-ci est réglée spécialement pour les effets de commerce, comme nous le verrons plus loin.

(1) [*Contra,* Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 118-123 et p. 137-140. Le savant auteur, interprétant la volonté raisonnable du tireur et des endosseurs, estime que ces garants normaux ont garanti au porteur le paiement sous la condition qu'il ne serait pas négligent; ils n'ont pas donné à entendre à un homme sérieux et raisonnable que leur obligation dépendrait d'une solennité, d'un protêt par exemple; ils ont simplement entendu que leur obligation dépendrait de sa diligence à faire ce que prescrit la loi du lieu vers lequel la lettre de change se dirige, conformément à sa teneur, pour la constatation du refus d'acceptation ou de paiement. *Sic,* Westlake, *Priv. int. law,* 4e édit., 1905, § 231, p. 294; Daniel, *op. cit.,* § 910; Cpr. Foote, *op. cit.,* 3e édit., p. 435 et Meili, *op. cit.,* t. II, § 192.]

(2) C. de Chambéry, 25 janv. 1878, J. C., 1878, p. 377.

Certaines législations cependant déclarent applicable la loi du lieu où les actes imposés pour la conservation des droits du porteur seront exécutés, non seulement aux formalités de ces actes, mais encore à leur nécessité et aux délais dans lesquels ils doivent être faits (1). C'est méconnaître la distinction indiquée ci-dessus, et faire une application abusive de la règle *Locus regit actum* qui ne concerne que les formes des actes juridiques. [V. cep. Jitta, *op. cit.*, II, p. 118-123 et p. 137-140 et ci-dessus p. 995].

346. Un cas de force majeure peut empêcher le porteur de remplir les conditions prescrites pour la conservation de ses droits ; la guerre, une catastrophe quelconque peuvent rendre irréalisables le protêt et le recours dans le délai légal. Quelques législations, par exemple la nôtre (2), laissent aux tribunaux le soin d'apprécier, suivant l'équité, le bien fondé de cette excuse tirée de la force majeure. D'autres admettent formellement cette excuse : [telles, le code de comm. néerlandais (art. 201) et la loi anglaise de 1882 (sect. 46 et 50) (3).] D'autres, plus rares, l'excluent absolument : à cette dernière catégorie appartient le code fédéral suisse des obligations, art. 813 ; [la loi russe du 29 mai 1902 (art. 35 et 59) est plus nette encore pour exclure formellement l'excuse.] En présence de cette variété des législations, nous pensons que, pour savoir si le porteur peut se prévaloir de la force majeure pour excuser son recours tardif contre l'un des signataires de la lettre de change, il faut consulter la loi du lieu où le signataire s'est obligé, et rechercher si elle autorise cette excuse provenant d'un cas de force majeure. Chaque obligé limite en effet sa responsabilité d'après la loi du pays où il contracte son obligation, et a le droit de compter sur une libération définitive s'il n'est pas actionné dans le délai fixé par cette loi, sans qu'on puisse

(1) Loi allemande de 1848, art. 86, trad. Gide, Flach, etc., p. 424, note 1 ; loi scandinave, art. 86 ; Code fédéral suisse des obligations, art. 824 ; Code espagnol, art. 486, et brésilien, art. 424 ; [loi anglaise de 1882, sect. 72, sous-sect. 3, dont M. Westlake critique le texte et approuve l'idée, et dont M. Daniel préfère le système au système américain, lequel s'attache au lieu de l'émission ou de l'endossement.]

(2) Cass., 7 juillet 1862, D., 63. 1. 80, Comptoir d'escompte ; [Lyon-Caen F. et Renault, *Droit comm.*, t. IV, n. 361.]

(3) [D'après l'opinion qui domine dans le droit allemand, l'excuse n'est pas admise. Grünhut, *Wechselrecht*, dans l'*Handbuch* de Binding, 1897, t. II, § 121 et note 12. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, n. 1307, est du même avis pour le droit italien, dans lequel la question est controversée.]

lui objecter la force majeure alors que cette même loi n'admet pas une telle excuse (1).

Parfois, dans les circonstances particulièrement malheureuses qui troublent profondément le crédit public, on établit, par une loi particulière, une prorogation des échéances des effets de commerce, et on maintient les droits du porteur bien qu'il n'ait pas fait faire le protêt ni exercé son recours dans les délais ordinaires: c'est ce qui a été fait par les lois et décrets rendus en France pendant la guerre avec l'Allemagne et à la suite de cette guerre, spécialement par la loi du 13 août 1870. Pourra-t-on invoquer ces lois ou décrets à l'égard des tireurs et endosseurs étrangers, de manière à pouvoir recourir contre eux malgré l'expiration des délais après lesquels ils avaient le droit de compter sur leur libération, conformément à la loi sous l'empire de laquelle ils se sont engagés ? Le tribunal de Leipsig, juridiction supérieure de l'Allemagne en matière commerciale, s'est prononcé pour la négative le 21 février 1871 (2) ; d'autres tribunaux étrangers ont vu au contraire, dans ces lois et décrets, un cas de force majeure qui relevait le porteur de toute déchéance à l'égard des tireurs et endosseurs étrangers malgré son recours tardif contre eux (3).

Nous pensons que la solution de cette question dépend du caractère que l'on attribue aux lois qui reculent l'échéance des lettres de change.

Si ces lois prorogent les échéances, elles modifient les conventions et ne peuvent avoir d'effet envers ceux qui ne relèvent pas de leur autorité, c'est-à-dire envers les étrangers. Si on les considère comme un cas de force majeure, venant d'une loi de

(1) [Supposant une lettre de change internationale, tirée d'un pays où l'excuse pour cas de force majeure n'est pas admise et payable dans un pays où elle l'est, et qui peut avoir été endossée successivement dans des pays dont les uns ont admis l'excuse et les autres l'ont repoussée, M. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 139, déclare peu satisfaisante la conclusion qui consiste à admettre ou à repousser l'excuse, selon la loi qui régit l'obligation de chaque garant. « Il s'agit pour moi, dit-il, de savoir si la déclaration des garants a dû inspirer à un homme sérieux et raisonnable la confiance que le retard serait excusé dans les limites posées par la loi du lieu du paiement. Ma réponse à cette question est affirmative. Les garants ont fait dépendre leur obligation de l'activité du porteur au lieu du paiement, et si la loi de ce lieu admet la régularité du protêt retar é par les circonstances, le porteur a été aussi actif qu'il lui a été possible de l'être ».]

(2) J. C., 1874, p. 185-191 ; [Cpr. von Bar, *op. cit.*, t. II, n. 310.]

(3) Cour suprême de Suède, 14 mai 1873, J. C., 1874, p. 149; Trib. consulaire austro-hongrois de Constantinople, 15 avril 1872, *ibid.*, p. 100 ; C. de Bruxelles, 29 avril 1872, et C. de Gand, 15 mai 1873, *ibid.*, p. 209.

procédure locale et rendant impossibles la confection du protêt et le recours dans les délais fixés par la loi du pays où s'est engagé le signataire contre lequel le porteur veut recourir, il faut s'en tenir à la solution déjà indiquée à propos de la force majeure, et appliquer la loi sous l'empire de laquelle le signataire contre qui l'on recourt s'est obligé. Mais il est peut-être plus simple de ne voir dans les lois exceptionnelles dont nous parlons que la concession d'un délai de grâce qui constitue une règle d'ordre public et qui s'impose dans le lieu où le paiement doit être fait : le porteur pourra donc se prévaloir, à l'égard du tireur et des endosseurs étrangers, de l'impossibilité où il s'est trouvé de faire le protêt dans le délai fixé par la loi qui limite la responsabilité de ces derniers (1).

347. Rechange. — La plupart des législations admettent que le porteur peut, s'il n'est pas payé par le tiré, recourir contre le tireur ou les endosseurs par le moyen d'une nouvelle traite comprenant le montant de la lettre de change protestée et certains frais accessoires (art. 181 C. comm.). Mais la variété apparaît entre elles sur certains points de détail : c'est ainsi que, d'après notre code de commerce, on ne peut faire plusieurs comptes de retour pour une même lettre, ni cumuler les rechanges (art. 182 et 183), tandis que ces deux prohibitions n'existent pas dans la loi allemande de 1848 (art. 51 et 53) (2). Pour savoir si le tireur ou

(1) Cass. de Turin, 6 mars 1872, D. P., 72. 2. 217. [Ici encore, M. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 140, considère cette question comme une question d'interprétation raisonnable de la confiance inspirée. L'éventualité d'un moratoire, survenu après l'émission ou l'endossement, est-elle tellement extraordinaire que des hommes sérieux et raisonnables n'aient pas eu à en tenir compte ? Si la réponse est que cette éventualité a dû avoir été prévue et prise en considération des deux côtés, et c'est cette réponse qu'il croit devoir donner, le porteur, qui a dû obéir à la loi du lieu du paiement, a été aussi diligent que possible. — Cpr. Salpius, *Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht,* XIX, 1873, p. 1 et suiv. ; von Bar, *op. cit.*, t. I, n. 310; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n. 362 et 661 et suiv. ; Champcommunal, *Annales de Thaller,* 1894, p. 205 ; Barlin, J. C., 1897, p. 241 et suiv. ; Foote, *op. cit.*, p. 346 ; Daniel, *op. cit.*, § 970 a ; Rolin, *op. cit.*, t. II, n. 973 ; Diena, *op. cit.*, t. III, n. 240. La question s'est posée devant la Cour d'appel de La Haye, le 10 nov. 1903, J. C., 1908, p. 1272, à propos d'un billet à ordre et à l'occasion de la loi moratoire du Transvaal (loi de 1898, art. 8), prescrivant la suspension de toutes poursuites judiciaires civiles pendant un délai déterminé : la Cour a jugé que cette loi moratoire ne peut s'appliquer en dehors du Transvaal et ne fait pas échec à des poursuites exercées en Hollande pour le paiement d'un billet à ordre signé, émis, endossé et protesté à Johannesburg.]

(2) V. trad. Gide, Flach, etc., p. 412, note 2 et p. 413, note 1.

endosseur doit supporter plusieurs comptes de retour ou un cumul de rechanges, il faut consulter la loi du pays où chacun d'eux s'est engagé, car c'est la loi d'après laquelle il a voulu limiter l'étendue de son engagement. On a voulu astreindre les endosseurs, à ce point de vue, aux mêmes obligations que le tireur, en alléguant qu'ils sont solidairement responsables avec lui : mais nous avons déjà établi que la question même de savoir si chaque obligé est solidairement tenu avec les autres signataires de la lettre de change dépend de la loi du pays où il s'est engagé (1).

348. Prescription. — La prescription libératoire en matière d'effets de commerce est des plus variables. Conformément au principe que nous avons déjà établi, nous en fixerons la durée, pour chacun des obligés, d'après la loi du pays où il s'est engagé et qui règle la portée de son obligation, sauf à ne jamais dépasser la durée *maxima* imposée par la *lex fori* (2).

(1) [M. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 140-141, se prononce en ce sens.]

(2) Délai admis par les différentes lois, J. C., 1876, p. 265-266 ; Bordeaux, 26 déc. 1876, S., 77. 2. 108. [Le délai est de trois ans, d'après l'art. 77 de l'ordonnance allemande, dont l'art. 80 a été abrogé par le Code civil allemand de 1900 ; il est de cinq ans, d'après l'art. 189 du Code de commerce français ; de dix ans, d'après l'art. 206 du Code de commerce néerlandais qui, après ces dix ans, permet encore la délation du serment. Il est de six ans, en Angleterre, conformément au statut général. « Cela est un peu trop arbitraire », comme le remarque M. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 163. Mais il y a aussi des différences de principe : les lois ne sont pas d'accord en ce qui concerne le caractère juridique des délais qu'elles établissent pour l'exercice de l'action résultant de la lettre de change. Le temps écoulé peut détruire radicalement un droit, le paralyser ou seulement l'affaiblir. Ce sont des degrés dans l'effet que le temps exerce sur tout ce qui est sujet à destruction. Le temps écoulé détruit un droit, lorsque l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu légalement que pendant un certain temps : on peut alors parler de *déchéance,* de *terme fatal.* Le temps paralyse un droit, lorsque la loi donne au débiteur, après un certain délai, le droit d'opposer, comme moyen de défense, la *prescription* que le juge ne supplée pas d'office. Il l'affaiblit enfin, lorsque la loi, après un certain délai, *présume le paiement*, surtout lorsque cette présomption ne peut être renversée que par le serment. La distinction est importante, au point de vue du pouvoir du juge, de la suspension, de l'interruption et de l'effet à l'égard des codébiteurs, notamment. Si l'on réserve le nom de prescription à l'effet paralysant, on peut se refuser à appliquer aux autres effets les dispositions légales qui parlent de prescription. Or, dans les lois, on rencontre ces trois formes de l'influence du temps. Ainsi, dans le Code de commerce français, l'art. 166, qui vise les délais relativement courts des articles précédents, parle d'une *déchéance* de tous droits. L'art. 189 du même Code parle de *prescription*, mais il permet, dans son deuxième alinéa, de déférer le serment aux prétendus débiteurs. Le Code de commerce néerlandais, qui a un système différent, parle de prescription dans ses art. 206 et 207, mais il ne mentionne le serment que dans le premier. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 162-163.]

[Il est raisonnable, comme le pense M. Jitta, d'appliquer en cette matière la loi qui régit l'obligation de chaque débiteur ; si la lettre de change est purement locale, la loi sera la même pour tous les obligés. Si elle est internationale, la loi variera selon que l'un ou l'autre débiteur sera poursuivi. Dans l'état actuel des législations, ce système est le meilleur : lorsque l'obligation d'une personne est régie par une loi nationale ou étrangère, et que cette loi déclare l'obligation éteinte, il n'y a plus lieu, pour un juge, de maintenir un droit de créance dont la reconnaissance repose sur le respect dû à cette loi. Il est des textes de lois positives que l'on peut interpréter dans cet esprit : tels sont les art. 166 du Code de commerce français, les art. 78 et 79 de la loi allemande, et l'art. 207 du code néerlandais. Il en est dont on pourrait conclure qu'ils donnent au juge l'ordre d'appliquer la *lex fori* (1).

349. Règles fiscales. — Les lois fiscales étant d'ordre public, leur application à tous les effets de commerce émis en France et payables à l'étranger, ou émis à l'étranger et payables en France, s'impose : mais, dans ce dernier cas, l'impôt du timbre doit être acquitté quand l'effet est produit en France pour y être négocié ou touché (loi du 5 juin 1850, art. 3 et 9). Pour faciliter l'acquittement de cet impôt, la loi du 11 juin 1859, art. 19, autorise l'apposition d'un timbre mobile sur les effets émis à l'étranger et payables en France (V. règlement du 19 février 1874). De plus, les effets qui ne sont en quelque sorte qu'en transit sur le territoire français, c'est-à-dire émis à l'étranger et payables à l'étranger mais négociés, endossés, acceptés ou acquittés en France, sont soumis à un droit de timbre de 0 fr. 50 cent. par 2.000 fr. ou fraction de 2.000 fr. (loi du 23 août 1871, art. 2-1°, et loi du 20 décembre 1872, art. 3). La sanction pour la violation de ces règles fiscales est celle de droit commun (art. 4 et 6, loi du 5 juin 1850) : mais on ne peut l'appliquer qu'à celui qui négocie ou accepte la lettre de change en France, sans qu'on puisse atteindre celui qui l'a créée à l'étranger.

Si la lettre de change est nulle, d'après la loi du pays où elle est émise, pour violation des règles fiscales, les tribunaux français ne pourront pas appliquer la sanction pénale, puisqu'il n'y a pas d'infraction commise dans notre pays ; mais l'acte étant nul en la forme, parce qu'il est écrit sur un papier non timbré, nous pen-

(1) [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 163-165 ; trib. mar. et de comm. de Copenhague, 5 mars 1903, J. C., 1907, p. 181.]

sons que les juges français devraient le tenir pour nul, conformément à l'adage *Locus regit actum*.

Enfin, d'après la loi du 28 février 1872, art. 10, les lettres de change devront être enregistrées si le protêt est fait en France, ou quand les poursuites seront exercées dans notre pays, quel que soit le lieu où elles ont été émises (1).

Comme règle d'ordre public applicable aux effets de commerce, on peut aussi signaler la loi du 15 juin 1872 relative aux titres au porteur perdus ou volés. Cette loi s'applique à tous les titres qu'elle vise et qui se trouvent en France bien qu'on les prétende négociés à l'étranger : cette dernière circonstance ne paralyse en rien l'opposition qui les frappe quand ils sont perdus ou volés (2).

350. Du chèque. — Bien que, par suite de sa circulation très courte, dont le maximum est de huit jours d'après la loi du 14 juin 1865, art. 5, le chèque ne soit pas de nature à voyager dans différents pays comme la lettre de change, la facilité actuelle des communications en permet cependant l'emploi entre la France et les pays limitrophes, ou d'autres qui ne sont pas trop éloignés. La détermination de la nature du chèque qui, en France, n'est qu'un mandat de paiement, est d'ordre public, au moins dans notre

(1) [Un assez grand nombre de lois ont pensé que les amendes les plus élevées ne suffisaient pas pour réprimer les abus et elles ont attaché aux contraventions fiscales des déchéances et des nullités. Tandis que la loi allemande se contente d'imposer une amende (lois du 10 juin 1869 et du 4 juin 1879), tandis que la loi néerlandaise remaniée en 1882 part du même principe et déclare seulement nulles la clause « sans frais » et les clauses du même genre, et tant qu'elles se rapportent à une lettre de change non timbrée ou insuffisamment timbrée, la loi française du 5 juin 1850, art. 5, frappe le porteur d'une lettre non timbrée de certaines déchéances analogues à celles qui atteignent un porteur négligent. Bien plus, en Angleterre, en Italie et en Russie, la loi fait du timbre une condition de validité de la lettre de change. Il est remarquable que la loi anglaise, qui exige le timbre à peine de nullité, a soin de dire que, si la lettre de change a été émise dans un pays étranger, le seul fait de l'inobservation d'une loi étrangère sur le timbre ne la rend pas nulle en Angleterre (loi anglaise de 1882, section 72, n. 1 a. Cpr. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. IV, n. 611 ; Vivante, *op. cit.*, t. III, n. 1031 ; Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 18 et p. 36-38.]

(2) Trib. Seine, 23 février 1888, *Le Droit*, 19-20 mars 1888 ; V. J. C., 1881, p. 26, 1884, p. 29 ; 1886, p. 676 ; Cass., 13 février 1884, J. C., 1884, p. 75. V. *Revue critique*, 1885, p. 607 ; [Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n. 651 et suiv. ; Wahl, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, t. II, n. 1569 et suiv., p. 580 et suiv. ; Thaller, *Annales*, 1905, p. 250 et suiv. ; Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 267-270 et p. 272-276 ; Projet de codification élaboré par l'Institut de Droit international dans sa session de Gand, *Annales de l'Inst.*, 1906, p, 409 et suiv. ; Trib. civ. Seine, 4 mars 1907, J. C., 1907, p. 771.]

pays, car elle présente un intérêt fiscal. Si en effet un chèque émis en pays étranger est produit en France, on ne le considèrera pas comme un chèque mais bien comme un effet de commerce, par exemple une lettre de change, s'il ne porte pas les mentions indiquées dans la loi du 14 juin 1865 et que notre législateur a imposées avec la plus grande rigueur pour éviter qu'on ne dissimulât une lettre de change sous les apparences du chèque, et que l'on ne profitât ainsi de la diminution des droits de timbre accordée aux chèques pour en favoriser le développement. On ne tiendra donc pas compte de la règle *Locus regit actum* pour savoir si le titre émis à l'étranger et payable en France constitue un chèque : ce titre sera astreint à l'impôt qui frappe les effets de commerce si l'on n'a pas observé les conditions prescrites par la loi française du 14 juin 1865 ; en pareil cas, c'est celui qui fera usage en France du titre étranger constituant un chèque d'après la loi étrangère, et non d'après la loi française, qui sera responsable des sanctions pénales édictées par notre législateur pour le non paiement des droits de timbre qui frappent les effets de commerce (loi du 19 février 1874, art. 9). La loi du 19 février 1874 applique aux chèques tirés de France et payables à l'étranger les mêmes dispositions qu'à ceux qui ne sortent pas du territoire français. Si le chèque, conforme aux dispositions des lois du 14 juin 1865 et du 19 février 1874, est tiré hors de France et payable dans notre pays, le bénéficiaire, le premier endosseur, le porteur ou le tiré doivent acquitter le droit de timbre fixé par notre loi pour les chèques (droit fixe de 20 cent.), sous peine de l'amende de 6 0/0 du montant du chèque (art. 8 et 9, loi du 19 février 1874). La loi de 1874 n'ayant pas prévu les chèques tirés de l'étranger, payables à l'étranger et ne faisant que passer en France, par exemple pour y être endossés, il s'ensuit qu'on ne peut leur appliquer les dispositions fiscales ordinaires.

[Comme le montre cet exposé sommaire de la législation française relative au chèque, les préoccupations fiscales y jouent un rôle prépondérant. Et ce n'est pas une particularité de notre droit ; ces préoccupations se retrouvent, dans les autres législations, notamment dans la loi autrichienne du 3 avril 1906, l'une des plus récentes et des plus remarquables (1). Le fisc, qui a frappé d'un

(1) [*Ann. de législ. étr.*, 1907, p. 311, notice et traduction de M. Lyon-Caen. — L'Allemagne, qui était dépourvue d'une loi commune sur les chèques, en est dotée depuis le 11 mars 1908. De nombreuses ressemblances existent entre la loi

droit proportionnel la lettre de change et les papiers dont le but économique est la grande circulation, est assez disposé à être moins rigoureux pour les papiers dont le but économique est de faciliter les paiements et qui ont une circulation moins large et moins durable; mais encore faut-il, au point de vue fiscal tout au moins, que ces papiers soient reconnaissables à un signalement distinct.]

[Il n'est pas bon toutefois, comme le dit M. Jitta, que la science juridique soit la servante du fisc (*ancilla fisci*). Aussi bien les préoccupations doctrinales tiennent une large place dans la matière des chèques. La question principale qui se pose, en doctrine, est celle de savoir si le chèque doit être considéré comme une variété de l'assignation (Anweisung), demande écrite adressée par une première personne à une deuxième personne de faire un paiement à une troisième, mandat double ou doublé d'un pouvoir, c'est-à-dire comme une institution foncièrement différente de la lettre de change, ou bien s'il faut l'envisager comme une variété de la lettre de change, distincte de cette dernière par sa destination économique plutôt que par son caractère juridique.]

[Dans l'Angleterre, qui est sa patrie, le chèque est une lettre de change tirée à vue sur un banquier (section 73 de la loi anglaise de 1882); c'est la qualité du tiré qui donne au papier son caractère distinctif. Le chèque est soumis au droit de la lettre de change, sauf quelques variantes qui tiennent aux rapports du banquier et de son client (1). La loi américaine (§ 321) définit le chèque dans l'esprit de la loi anglaise. En Allemagne, la loi sur le timbre de 1869 affranchit de l'impot les chèques, c'est-à-dire, dit-elle (§ 25), les assignations sur l'actif à la disposition du souscripteur auprès de la banque ou de l'institut financier, qui sont chargés d'effectuer ses paiements. Cette définition, qui range le chèque dans la catégorie de l'assignation commerciale, est vivement combattue dans la doctrine allemande.]

[La loi française du 14 juin 1865, modifiée le 19 février 1874, qui a été rédigée sous l'influence du droit anglais avec des préoccupations fiscales, la loi belge du 20 juin 1873 et le code de commerce italien (art. 339-334), qui ont une réglementation plus simple encore, sont d'accord toutes les trois pour ne pas exiger autrichienne et la loi allemande. V. le texte de cette loi et une notice dans *Ann. de dr. comm.*, de Thaller, 1908, p. 160-165.]

(1) [V. H. Segnitz, *Etude sur le chèque en Angleterre, Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1909, p. 161-166.]

la mention chèque et admettre le recours cambial. Tel est aussi l'esprit du Code de commerce espagnol (art. 534-545), qui s'est encore inspiré de l'Angleterre en réglementant le chèque barré (*crossing, cruzado*). Dans d'autres pays, par exemple, la Suisse (art. 830 Code fédéral des obligations), le Japon (art. 830 Code comm.), les Etats scandinaves (lois suédoise et norvégienne, la loi danoise s'écartant sur ce point de deux autres lois) et l'Autriche (loi du 3 avril 1906, § 2), la mention *chèque* est exigée et le chèque constitue un titre régi par un droit spécial, que la loi autrichienne appelle *droit de chèque*. Ces lois admettent toutes un droit de recours contre le souscripteur et les endosseurs ; la loi norvégienne (§ 75) et le Code japonais (art. 835) parlent aussi du chèque barré, et la loi autrichienne de 1906 s'occupe du chèque portant la mention qu'il ne doit être payé que par compensation (*nur zur Verrechnung*, § 22). La loi allemande du 11 mars 1908 ne vise pas directement le chèque barré, mais seulement le chèque livrable à une chambre de compensation (art. 12) ou le chèque *pour compensation* (art. 14), qui pourront, en pratique, jouer le rôle du chèque barré.]

[Préoccupations fiscales et préoccupations doctrinales s'unissent souvent pour inspirer des mesures légales qui permettront de savoir, à première inspection du titre, si l'on est en présence d'une lettre de change à vue (à court délai) ou d'un chèque. Cette distinction est importante lorsque la lettre de change a un caractère abstrait et littéral, analogue au *contrat litteris* des Romains, et le chèque un caractère opposé, ou encore lorsqu'il y a recours contre les endosseurs de la lettre et qu'il n'y a pas de recours cambial pour le chèque, et surtout lorsque l'on s'efforce de montrer, par le titre même, que la lettre de change est un titre de crédit et le chèque un titre de paiement. Economiquement, cette dernière différence est réelle (1). Toute la question est de savoir si l'on doit exiger que le papier en porte la trace. Cette exigence

(1) [De ce que le chèque est un instrument de libération, un *billet de paiement,* pour employer l'expression d'un arrêt (V. Aix, 31 mars 1900, confirmant par adoption de motifs un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 3 fév. 1899, *Pand. franç. périod.*, 1900. 2. 343), la Cour de Grenoble, dans un arrêt du 31 mars 1908, a conclu que le chèque ne peut être annulé pour défaut de cause que dans le cas où un paiement pourrait donner lieu à la répétition de l'indû. Le chèque, délivré pour acquitter une dette dont le tireur n'était point tenu personnellement, est tout aussi valable que le paiement effectué par un tiers, comme le prévoit l'art. 123 C. civ., pour éteindre une dette à laquelle il n'était pas intéressé, J. C., 1908, p. 837 et la note de M. Lefrançois.]

est soutenue à la fois au nom du fisc et de la doctrine par M. Conrad, qui approuve la nécessité d'une qualité chez le tiré pour empêcher, d'un côté, que le chèque ne *dégénère* en titre de crédit, et, d'un autre côté, que l'usage du papier libre ne cherche à éluder celui du papier timbré (1).]

[C'est surtout dans les pays où les idées allemandes dominent et où l'on estime que le chèque comporte un *contrat de chèque* et une provision préalable, que l'on doit songer à faire apparaître dans le chèque, d'après la seule inspection du titre, l'existence de ce contrat et de cette provision. Ainsi s'expliquent les exigences d'une qualité chez le tiré et celle d'une allusion au fonds disponible (loi autrichienne, §§ 1 et 2, n. 5). On a même voulu exiger l'emploi d'une formule imprimée ou d'un extrait de carnet pour montrer l'existence d'un rapport juridique entre le tireur et le tiré (2). On peut aussi ranger au nombre des prescriptions doctrinales, mais non exemptes d'un mélange de fiscalité, suivant l'expression de M. Jitta (3), celle qui veut que le titre porte la mention *chèque* (loi allemande du 11 mars 1908, art. 1er), comme les dispositions qui prescrivent que le titre soit à vue (loi française, art. 1er; loi allemande du 11 mars 1908, art. 1er) ou qui excluent l'acceptation (loi norvégienne, § 8; loi autrichienne, § 8; loi allemande, art. 10).]

[En présence de ces préoccupations d'ordre théorique et d'ordre fiscal, peut-on affirmer qu'il existe une différence fondamentale entre le chèque et la lettre de change? Une telle différence existe aux yeux de ceux qui admettent que le chèque est une simple assignation et que par suite le souscripteur ne répond pas du paiement sur la seule base de l'écrit (4), et aussi pour ceux qui soutiennent que le recours cambial n'a pas lieu pour le chèque (5). Mais ce sont là plutôt des conclusions doctrinales que des oppositions formelles dans les textes; dans le droit allemand positif, elles tiennent à ce que le chèque est considéré comme une assignation (6). L'acceptabilité n'est pas une différence fondamentale.

(1) [Conrad, *Zeitschr. für das gesamm. Handelsrecht,* LVII, 1904, p. 67.]

(2) [Funk, *Uber die rechtliche Natur des Cheque,* Vienne, 1878, p. 13; Conrad, *loc. cit.,* p. 91 et suiv. — C. comm. argentin, art. 801; C. comm. mexicain, art. 555.]

(3) Jitta, *op. cit.,* t. II, p. 226.]

(4) [Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens,* 1906, II², § 239, note 2; Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts,* § 58.]

(5) [Cosack, *op. cit.,* § 58, VII et VIII.]

(6) [Jitta, *op. cit.,* t. II, p. 227.]

La loi autrichienne (§ 8) l'exclut formellement; la loi américaine (§ 323) l'admet non moins formellement. La possibilité d'une acceptation résultait (mais elle est écartée expressément par l'art. 10 de la loi du 11 mars 1908) de l'art. 784 du Code civil allemand. En réalité, un papier à vue ou à très bref délai ne comporte pas d'acceptation. Il n'y a rien de fondamental non plus dans la nécessité de tirer le chèque à vue. Le Code de commerce italien (art. 340) permet un délai d'échéance de dix jours au plus. Quant aux délais de présentation, que les lois établissent pour le chèque à vue, ils sont en général plus courts que ceux de la lettre de change à vue; mais ces délais sont arbitraires pour l'un comme pour l'autre. Ce délai est de dix jours pour le chèque émis et payable à l'intérieur, d'après la loi allemande du 11 mars 1908, art. 11.]

[Le chèque soulève enfin la question des rapports contre le tireur et le tiré, notamment celle de la provision. Que le chèque comporte une provision, comme son modèle la lettre de change, on le comprend dans le système du droit français qui, d'une part, exige une provision pour la lettre de change et, d'autre part, voit dans le chèque une variété de celle-ci. Mais que, dans la science allemande du XX^e^ siècle, il soit question d'un *contrat de chèque* (1) renouvelé du contrat de change de Pothier, de la provision préalable et disponible, et de la pénalité à promulguer contre celui qui tire un chèque sans provision et de la préférence à attribuer au porteur, c'est un fait extrêmement curieux : ce sont, suivant l'expression pittoresque de M. Jitta, des idées que l'on croyait enterrées avec la provision, depuis l'ordonnance allemande de 1848 et qui, « comme de véritables revenants, viennent errer sur le terrain du chèque » (2). Quelle est la vraie signification de ce fait? Le chèque est une institution juridique encore trop jeune pour que l'on puisse tirer de ce fait des conclusions définitives. « Le XX^e^ siècle, se demande M. Jitta, fera-t-il rentrer sous terre ces revenants, ou bien auront-ils pour effet d'enlever à la lettre de change son caractère abstrait et littéral, de manière à rapprocher le droit allemand du droit anglo-américain, et le chèque sera-t-il le levier idéal de ce mouvement » (3)? Toujours est-il que, dans le droit du chèque, les rapports entre le tireur et le tiré jouent un

(1) [Notamment L. Kuhlenbeck, *Der Check*, Leipzig, 1890, partie II, chap. II, § 3 et chap. VI, § 1.]

(2) [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 228.]

(3) [Jitta, *loc. cit.*, t. II, p. 228.]

grand rôle, même pour les pays qui ne lui donnent qu'un rôle effacé dans le droit du change. La pénalité édictée contre celui qui tire un chèque sans provision se rencontre, non seulement dans le droit français, mais dans le Code fédéral suisse des obligations (art. 837), dans le Code de commerce italien (art. 344), dans le Code de commerce japonais (art. 536). La loi allemande du 11 mars 1908 s'abstient de frapper d'une pénalité quelconque le chèque qui serait émis sans provision : ce chèque, comme celui qui serait postdaté, afin de permettre extérieurement la prolongation du temps de sa circulation légale, ne court plus d'autre risque que celui de tomber sous l'application du timbre proportionnel des effets au lieu de bénéficier de la gratuité du chèque ordinaire. La transmission de la provision, que l'on peut admettre dans le droit français et surtout dans le droit belge, existe dans le Code de commerce néerlandais (art. 226), pour le seul cas, il est vrai, où le chèque est une assignation (ou une quittance) *sur un banquier-caissier dans le sens légal*. Le droit anglais lui-même (section 75) s'occupe de la révocation du chèque par la mort du client; la loi autrichienne de 1906 prévoit, outre cette question qu'elle résout dans un sens opposé (§ 12), le cas de faillite du client. Au reste, toute la question du chèque barré a plutôt trait aux rapports entre le banquier et son client (1).]

[Après cet aperçu sommaire de la législation comparée relative au chèque et du mouvement des idées dans ce domaine, cherchons à résoudre brièvement les conflits de lois que la diversité des législations et la divergence des principes soulève à l'occasion du chèque. Outre cette divergence de principes, le chèque présente un enchevêtrement des relations qui naissent de la confiance que ce titre inspire au public et des relations qui existent entre le tireur et le tiré et qui proviennent de la confiance inspirée à une personne déterminée. Il faut envisager séparément ces deux ordres de relations, c'est-à-dire étudier d'abord les effets de l'émission et de l'endossement du chèque, et ensuite les rapports entre le tireur et le tiré qui, dans le cas le plus usuel, sont l'effet de ce que l'on peut appeler avec M. Jitta, *le contrat d'ouverture d'un compte de chèques* (2).]

[En ce qui concerne l'émission et l'endossement d'un chèque, il s'agit de savoir si le chèque garantit, par le seul fait de sa signa-

(1) [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 229.]
(2) [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 229-235.]

ture, le paiement au porteur et si l'endossement produit les effets actifs et passifs de l'endossement d'une lettre de change. C'est surtout le côté passif de l'endossement qui est ici important : une différence de forme, ou plutôt de style, peut priver le porteur, en totalité ou en partie, du recours que le droit commun international donne au porteur d'une lettre de change. Dans la pratique, le chèque se présentera souvent sous l'aspect d'un titre émis dans un pays et destiné à y être payé, qui ne franchira pas la frontière : c'est ce que M. Jitta appelle la face *locale-nationale* ou *locale-étrangère*. En pareil cas, c'est-à-dire si le chèque a été émis dans un pays pour y être payé, et s'il n'y a pas eu une circulation internationale dont le titre garde la trace, le juge national ou étranger appliquera la loi locale (1).]

[Mais le chèque peut être international, soit qu'il ait été émis dans un pays pour être payé dans un autre, soit qu'il ait eu une circulation internationale qui a laissé une trace sur le titre. Alors se posent deux questions : le titre est-il vraiment un chèque et quels sont les droits attachés au titre? Ces questions se posent aussi à l'égard de la lettre de change, avec cette différence que la nature du chèque n'est pas universellement reconnue tandis que le caractère de lettre de change entraîne certaines conséquences partout admises.]

[Le titre est-il une lettre de change ou un chèque? La réponse à cette question dépend de la loi du *lieu fiduciaire de l'émission ;* et nous entendons par cette expression, empruntée à M. Jitta, comme nous l'avons expliqué à l'occasion de la lettre de change, la loi du lieu indiqué effectivement dans le chèque et si le lieu n'y est pas indiqué, ce qui est possible d'après certaines lois, le domicile ou le centre professionnel du tireur (2). Celui qui émet le chèque sera tenu, soit en vertu du droit de chèque, soit en vertu du droit de change, soit en vertu du droit de l'assignation, suivant que, d'après cette loi, le titre sera un chèque, une lettre de change ou une assignation.]

(1) [Trib. d'Amsterdam, 25 juin 1895 et Cour d'Amsterdam (même affaire), 22 oct. 1897 : il s'agissait d'un chèque au porteur émis de Paris sur Paris et acquis dans les Pays-Bas; le tribunal et la cour ont appliqué à l'obligation du tireur l'art. 5 de la loi française du 5 juin 1865. Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 230, note 1.]

(2) [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 46 et p. 231; cpr. Daniel, *op. cit.*, t. I, § 868; Esperson, *Diritto cambiario internazionale,* n. 14 et s.; Ottolonghi, *La cambiale nel dir. internaz.*, n. 17 et s.; von Bar, *op. cit.*, t. II, n. 302.]

[Le juge pourra être lié par une disposition de sa loi positive. Ainsi, le juge français est tenu d'appliquer l'art. 9 de la loi du 9 février 1865 qui soumet à toutes les dispositions législatives, en matière d'enregistrement et de timbre applicables aux chèques tirés de France, les chèques tirés hors de France et payables en France. Mais cette disposition, dominée par des considérations fiscales, comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault, se limite par ces considérations elles-mêmes (1). La loi norvégienne (§ 14) contient une disposition plus large, inspirée par des motifs d'un ordre plus élevé, mais qui n'est peut-être pas très heureuse : après avoir renvoyé, d'une manière générale, aux dispositions de droit international formulées pour la lettre de change, cette loi dispose que, pour l'application de la loi sur les chèques, l'assignation libellée en argent devra être considérée comme un chèque, *si elle est conforme aux lois du lieu du paiement*. Il n'est pas douteux que le législateur norvégien a voulu éviter une nullité de forme et a pris en considération ce fait que très souvent le chèque est émis dans la forme usitée au lieu où il doit être payé. Mais cette disposition, dont le but est si louable, ne sera-t-elle pas une nouvelle cause d'incertitude? Il s'agit de savoir si le papier est une lettre de change, un chèque ou autre chose et, dès lors, comment admettre une application alternative de deux lois sur la forme? Le titre peut être lettre de change d'après la loi du lieu du paiement, tandis qu'il n'est qu'une assignation civile ou commerciale d'après la loi du lieu d'émission : il faut que le souscripteur soit tenu de garantir le paiement ou qu'il ne le soit pas. On comprend que, pour la lettre de change, sur la nature de laquelle il existe un droit commun international, certaines lois puissent se relâcher de la rigueur des formes. Mais ce relâchement sera prématuré et peut-être plus fertile en inconvénients qu'en avantages pratiques aussi longtemps que l'on ne sera pas d'accord sur la nature du chèque (2).]

[Etant donné que le titre en question est un chèque, il s'agit de déterminer l'effet des endossements. Admettra-t-on ici comme pour la lettre de change, l'indépendance des signatures, qui veut que chaque endosseur soit tenu du paiement dans la mesure indiquée par la loi du lieu de l'endossement, visible ou déterminé par le raisonnement? Mais ici il s'agit avant tout de savoir si le chè-

(1) [Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, IV, n. 658.]
(2) [Jitta, *op. cit.*, II, p. 232.]

que est un titre endossable avec effet passif. Pour cela, il faut se reporter à la loi qui régit l'émission et la responsabilité du souscripteur. D'après cette loi, le titre n'est-il pas endossable avec effet passif? Aucun endosseur ne devra, en principe, la garantie. Est-il, au contraire, endossable avec cet effet? Les endosseurs seront tenus, mais seulement autant que la loi du lieu fiduciaire de l'endossement les déclare garants soit envers le porteur, soit envers le successeur immédiat. « Je ne crois pas, dit très exactement, nous semble-t-il, M. Jitta, qu'on puisse pousser plus loin le principe de l'indépendance des signatures, en disant que chaque endosseur sera tenu si le papier, d'après la loi du lieu fiduciaire d'endossement, est un titre endossable avec garantie. De cette manière, on impose à un endosseur une garantie plus étendue que celle qui résulte d'une interprétation raisonnable de la portée de sa signature, et de plus, on mélange toutes les lois en libérant les uns et en liant les autres. Il me semble aussi qu'il serait arbitraire de dire que tous les endosseurs seront tenus dans la mesure indiquée par la loi du lieu d'émission ou par celle du lieu de paiement. On fait alors une fiction de la confiance inspirée. L'unité dans la fiction donnerait sans doute au droit une grande certitude; mais on ne peut l'obtenir que par un accord international, et il vaut mieux alors s'entendre sur la nature du chèque, que maintenir des divergences de principe, masquées par un précepte mécanique d'application. En somme la question est du nombre de celles qui ne peuvent être résolues d'une manière satisfaisante par le pur renvoi à une loi, mais qui réclament impérieusement l'uniformité matérielle du droit » (1).]

[Reste à déterminer quelle loi régira les rapports entre le tireur et le tiré, c'est-à-dire entre le client et celui qui lui ouvre un compte de chèques, le plus souvent un banquier ou un institut financier. Le contrat d'ouverture d'un compte de chèques est indépendant du chèque émis par le crédité. La loi applicable ne sera donc pas nécessairement la loi du lieu où le chèque est émis ni celle du lieu où il est payable. Si l'institut financier et son client sont établis dans le même pays, les rapports entre cet institut et son client seront régis par la loi locale; s'ils sont établis dans des pays différents, les circonstances détermineront le degré de confiance que chacune des parties a inspirée à l'autre : le fait que le client charge l'institut financier de faire, dans le

(1) [Jitta, *op. cit.*, t. II, p. 233.]

pays où cet institut est établi, des opérations de sa compétence, sera l'une de ces circonstances. On ne s'attachera pas sans réserve à la loi du pays où cet établissement financier a son siège social, ni à celle du lieu du domicile du client, ni à aucune loi déterminée à priori : l'interprétation du contrat d'ouverture d'un compte de chèques, comme celle du contrat d'ouverture de crédit, dépendra des circonstances (1). La loi qui régira les rapports de l'établissement financier et de son client régira l'obligation de payer le chèque, les effets de la mort du client et de sa déconfiture, les conséquences du paiement fait de bonne foi et sans faute, au cas de chèque barré, à un porteur irrégulier ou au successeur d'un faussaire. Il serait assurément très précieux d'avoir un droit international uniforme sur tous ces points. Et, en un sens très général, on peut dire que ces points font partie intégrante du droit de chèque ; mais ce n'en sont pas moins, suivant la remarque de M. Jitta, des points latéraux, — nous préférerons dire latéraux que *collatéraux* —, indépendants de la confiance inspirée au public.]

(1) [Ainsi jugé, à l'occasion d'un emprunt fait en vertu d'une ouverture de crédit, par la Cour de cassation de France, le 19 février 1890 (J. C., 1890, p. 495), confirmant Rouen, 19 juillet 1889 (*ibid.*, p. 123) ; en ce sens, Jitta, *op. cit.*, t. I, p. 129-130, et t. II, p. 234-235.]

LIVRE IV

Des Successions et des Donations.

351. Ce livre quatrième sera divisé en trois chapitres consacrés aux successions *ab intestat*, aux successions testamentaires et aux donations. Le rapprochement des donations, qui sont des contrats, des successions *ab intestat* et testamentaires s'explique par les points communs qui les relient : la capacité de disposer et de recevoir, la réserve, le rapport. C'est précisément à cause de la connexité qu'elles ont entre elles que les rédacteurs du code civil ont placé ces matières à côté les unes des autres, traitant cumulativement des donations et des testaments dans le titre II du livre III, après avoir indiqué, dans le titre I, les règles des successions *ab intestat* (1).

CHAPITRE PREMIER

DES SUCCESSIONS AB INTESTAT

SECTION PREMIÈRE

APTITUDE DES ÉTRANGERS A SUCCÉDER

352. On a déjà vu que, lorsqu'il s'élève un conflit de lois, le juge chargé de le trancher doit rechercher tout d'abord, lorsqu'il

(1) Consult. Antoine, *De la succession légitime et testamentaire en droit intern. privé*, 1876; L. Renault, *De la succession ab intestat des étrangers en France et des Français à l'étranger*, J. C., 1875, p. 329 et 422; 1876, p. 15; Champcommunal, *De la succession ab intestat en droit intern. privé*, 1892; Dubois, J. C., 1875, p. 48 et suiv.; Lehr, *R. D. I.*, 1896, p. 135 et suiv.; Esperson, J. C., 1881, p. 220 et suiv.; Bœhm, *Handbuch der intern. Nachlassbehandlung*, 2e édit., 1895; Jousselin, *Des conflits des lois relatifs aux successions ab intestat et testamentaires*, 1899; [Lainé, *La Conférence de La Haye relative au droit intern. privé, Projet d'une Convention sur les conflits des lois en matière de succession et de*

y a des étrangers intéressés dans la question, s'ils peuvent invoquer le droit dont il s'agit dans le débat, d'après les dispositions de sa propre loi, c'est-à-dire d'après la *lex fori*. L'examen de cette question préjudicielle a une importance particulière en matière de successions, parce que la faculté de transmettre ou d'acquérir par succession ou par testament a été une de celles le plus généralement et le plus constamment refusées aux étrangers dans les anciennes législations. Aujourd'hui le droit d'aubaine, comme nous l'avons constaté en étudiant la condition des étrangers, n'existe pour ainsi dire plus. Spécialement en France, les derniers vestiges qui en subsistaient dans les art. 726 et 912 C. civ., d'après lesquels l'étranger était incapable d'hériter et de recevoir des libéralités par acte entre vifs ou testamentaire, ont été effacés par la loi du 14 juillet 1819, art. 1.

Au point de vue de la capacité successorale, les législations peuvent se partager en quatre groupes :

1° Assimilation de l'étranger au national : Belgique, Hollande, Danemark, Russie, Roumanie, Italie, cantons de Lucerne, Neuchâtel, Zurich, en Suisse (1), Angleterre, Portugal, certains Etats des Etats-Unis (2), République Argentine et Chili.

2° Assimilation, sous la condition de la réciprocité législative : Allemagne, Autriche, cantons de Berne, Fribourg, Saint-Gall, Tessin et Vaud (3), Monaco, Suède et Norvège, Serbie, Finlande, Pérou.

testament, J. C., 1905, p. 803-815; 1906, p. 5-26, p. 278-301, p. 618-628, p. 976-994; 1907, p. 897-898; Anzilotti, *L'articolo 8 delle disposizioni preliminari al codice civile e la regola « quot territoria, tot hereditales », Riv. di dir. internaz.*, 1906, p. 570 et suiv.; Contuzzi, *Il diritto ereditario internazionale,* 1 vol. in-8°, Milan, 1908; Jitta, *D'une quæstio inextricata de droit international privé en matière de donation entre vifs,* J. C., 1907, p. 41-45.]

(1) [L'art. 539 du code civil suisse du 10 décembre 1907, qui sera exécutoire le 1er janvier 1912, déclare que « peuvent être héritiers et acquérir par testament ou pacte successoral tous ceux qui ne sont pas légalement incapables de recevoir ». Art. 539, al. 1er. V. *Introduction à l'étude du code civil suisse, Droit de la famille,* par M. Rehfous, *Droit de succession,* par M. A. Martin, Genève, 1908, p. 141-142; Roguin, *Traité de droit civil comparé, Les successions,* I et II, 1908, I, p. 147 et II, p. 385. V. aussi l'art. 32, loi fédérale du 25 juin 1891, *Ann. de législ. étr.,* 1892, p. 674.]

(2) Martin, Roguin, Lawrence sur Whealon, III, p. 89-93; Champcommunal, *op. cit.,* p. 108 et s.; [Lehr, *Etudes sur le droit civil des Etats-Unis,* 1906, p. 140-196; loi du Nebraska, 16 mars 1889, et Cour de district, déc. 1900, J. C., 1907, p. 497-500.]

(3) [V. art. 539 C. civ. suisse de 1907 et les autorités citées ci-dessus, note 1.]

3° D'autres exigent la réciprocité diplomatique : Pologne, Louisiane, cantons de Genève, des Grisons et du Valais, Bolivie.

4° Exclusion de la capacité successorale des étrangers, au moins pour les immeubles : nombre d'Etats des Etats-Unis (1).

Mais, tout en rendant aux étrangers la capacité que leur avait enlevée le code civil, la loi de 1819 établit contre eux une restriction au droit commun ainsi indiquée dans l'art. 2 : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ». Cette règle ne préjuge d'ailleurs en aucune façon la question de savoir quelle loi régira la succession *ab intestat* : elle constitue simplement une restriction de la capacité de l'étranger pour hériter, afin de sauvegarder les intérêts des cohéritiers français compromis par les dispositions de la loi étrangère.

Le prélèvement organisé par la loi de 1819, art. 2, donne lieu aux deux questions suivantes : dans quels cas pourra-t-il être exercé ? sur quels biens et de quelle manière l'opèrera-t-on ? Ce prélèvement est d'ailleurs organisé aussi par nombre de lois étrangères, notamment en Belgique, loi du 27 avril 1865, et en Hollande, loi du 7 avril 1869.

§ I. *Dans quels cas le prélèvement a lieu.*

353. Le prélèvement est autorisé, sans nul doute, lorsque le cohéritier français est exclu des biens de la succession situés à l'étranger, en sa qualité de Français, par la loi étrangère qui maintient contre lui, d'une manière plus ou moins complète, l'ancien droit d'aubaine (2). Il est d'ailleurs bien certain que le prélèvement ne pourrait être exercé par des cohéritiers étrangers autorisés à fixer leur domicile en France, conformément à l'art. 13 C. civ. Ces étrangers jouissent bien de tous les droits civils comme les Français, mais le prélèvement est un privilège de nationalité destiné à corriger le préjudice souffert par des Français exclus par la loi étrangère : or, les étrangers autorisés à fixer leur domicile en France demeurent étrangers, et seront peut-être les premiers à

(1) [Lawrence sur Wheaton et Lehr, *l. l. c. c.*]
(2) Rapport de Boissy-d'Anglas, Locré, X, p. 526-527.

bénéficier de certaines faveurs que la loi étrangère leur accordera au préjudice de leurs cohéritiers français (1).

Mais le cohéritier français peut être privé de tout ou partie des biens de la succession situés en pays étranger, non plus en sa qualité de Français, mais par application des règles générales de la loi étrangère sur les successions. Ainsi, un Italien étant décédé, son frère français et son père italien, seuls héritiers, se partageront la succession par moitié d'après l'art. 740 du code civil italien, tandis que, d'après notre code civil (art. 748-749), le frère français aurait droit aux trois quarts de l'hérédité. Le Français, lésé par application de la loi étrangère, pourra-t-il corriger le préjudice qu'il éprouve en prélevant sur les biens situés en France la différence entre ce que cette loi lui attribue et ce que sa propre législation lui donnerait ?

Rationnellement, la négative semble s'imposer, car la loi de 1819 n'a eu pour but, en abrogeant les derniers restes du droit d'aubaine, que de défendre nos nationaux contre les lois étrangères qui continueraient à les exclure des successions en leur qualité même de Français. Cependant c'est l'opinion contraire qui l'emporte en doctrine et en jurisprudence (2). Cette manière de voir s'appuie d'ailleurs sur des arguments très concluants.

(1) [On discute la question de savoir si l'étranger admis à domicile peut invoquer le bénéfice de la loi de 1819. On allègue en faveur de la solution affirmative que cet étranger participe aux faveurs des art. 14 et 16 du Code civil et qu'ainsi il doit pouvoir bénéficier du prélèvement organisé par l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819. La conclusion est hâtive et erronée. Les art. 14 et 16 du Code civil ont trait à des questions de pure procédure. La loi de 1819 n'a rien de commun avec la procédure : elle détermine la loi applicable à la dévolution successorale, ou plutôt elle établit une exception à la loi qui régit cette dévolution. Dans le premier cas (art. 14), il s'agit d'un conflit de juridictions ; dans le second cas, d'un conflit de lois. On ne peut, sans témérité, conclure de l'un à l'autre. Il faut encore faire remarquer que le prélèvement organisé par la loi de 1819 semble être un vestige de l'ancien droit d'aubaine, droit régalien ou en tout cas droit public, dont l'Etat abandonne le bénéfice aux cohéritiers français : or les étrangers, même admis à domicile, ne jouissent pas des prérogatives du droit public. Il n'existe, à notre connaissance, aucune décision judiciaire sur la question. Beaucoup d'auteurs la prévoient et presque tous la tranchent dans le sens de la négative, avec raison croyons-nous. V. Aubry et Rau, 5e éd., t. I, § 79, p. 526 ; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 349 ; Audinet, 2e éd., n. 629 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, 3e éd., t. I, n. 252 ; Champcommunal, *op. cit.*, p. 602 ; J. C., 1906, quest. 153, p. 746-749 ; Cpr. ci-dessus, n. 45, p. 150, 152 et 153 ; *Contra* Renault, J. C., 1876, p. 19, note 3 ; Weiss, *Man.*, 6e éd., 1909, p. 293-294.]

(2) Cass. (arrêt Vanoni), 18 juil. 1859, D. P., 59. 1. 325 ; J. C., 1875, p. 274, vo *Succession*.

D'une part, en effet, l'art. 2 de la loi de 1819 autorise le prélèvement pour le Français exclu des biens de la succession par la loi étrangère « *à quelque titre que ce soit* », sans distinguer, par conséquent, suivant que l'exclusion vient de sa qualité de Français ou de l'application des règles ordinaires en matière de succession. D'autre part, on fit remarquer, lors de la discussion de la loi de 1819, que, sous l'ancien droit, on n'avait pas songé à corriger l'inégalité qui pouvait résulter pour les cohéritiers français de la variété des coutumes en matière de succession, parce que, des Français étant seuls en cause, ce que l'un d'eux pouvait perdre par suite de l'application d'une coutume différente de la sienne, un autre le gagnait. Mais aujourd'hui le conflit a lieu entre la loi française et les lois étrangères; il faut donc prémunir nos nationaux contre le préjudice que leur causerait l'application d'une loi d'après laquelle ils n'auraient point, comme héritiers, les droits que la loi française leur assure (1).

Etant donné le sens que l'on attribue ainsi à la loi de 1819, soit en vertu de son texte même, soit en vertu des observations présentées dans les travaux préparatoires, il faut aller plus loin encore : le prélèvement sera autorisé, lorsque le cohéritier français est dépouillé par le défunt au bénéfice d'un cohéritier étranger, en vertu d'une disposition autorisée par la loi étrangère, mais interdite par la loi française; par exemple, en vertu d'un legs qui ne respecterait pas la réserve à laquelle le Français a droit d'après notre code civil (2). Mais un héritier français ne pourrait invoquer la loi de 1819 pour compenser la nullité prononcée par la loi étrangère d'une libéralité faite à son profit par le défunt; la loi de 1819 ne protège que les droits des Français considérés comme héritiers et non comme donataires ou légataires (3). Il faut en conclure qu'elle ne peut être invoquée, présenterait-elle des avantages pour lui, par un légataire universel français institué par un testateur étranger (4).

(1) Locré, X, p. 503. — [Cpr. Lainé, J. C., 1906, p. 990 et Weiss, *Man.*, 1909, p. 289-293.]

(2) Cass., 29 déc. 1856, D. P., 56. 1. 471. — Douai, 8 avril 1874, D. P., 75. 2. 49. — Cass., 29 juin 1863, D. P., 63. 1. 419.

(3) Cass., 27 août 1850, S., 50. 1. 647. — Cass., 11 fév. 1890, J. C., 1890, p. 229. — [Cependant des arrêts ont décidé que la loi de 1819 n'établit aucune différence entre la succession *ab intestat* et la succession testamentaire, entre les légataires et les héritiers. Cass., 29 déc. 1856, S., 57. 1. 257. — Douai, 28 avril 1874, S., 74. 2. 195.]

(4) Cass., 11 fév. 1890, J. C., 1890, p. 299. — *Contrà :* Poitiers, 4 juil. 1887, J. C.,

Du reste, bien que parfaitement établie au point de vue de l'interprétation de la loi de 1819, la solution qui vient d'être indiquée est difficilement justifiable au point de vue du droit international théorique. Le législateur français, en corrigeant dans l'intérêt des héritiers français les règles des successions des lois étrangères, empiète sur le droit qu'ont ces dernières d'organiser la transmission du patrimoine de leurs nationaux, et ne tend à rien moins qu'à imposer sa propre législation toutes les fois que des héritiers sont Français. En procédant ainsi, on autorise les autres Etats à établir pour leurs nationaux un droit de prélèvement semblable au préjudice des cohéritiers français, toutes les fois que notre code civil n'accordera pas à ces nationaux ce qu'ils auraient dans la succession d'après la loi de leur pays.

354. Enfin, par application des dispositions de la loi étrangère, un Français peut être avantagé au détriment d'un autre cohéritier français. Par exemple, un Italien venant à décéder dans son pays et laissant pour seuls héritiers son père et son frère tous les deux Français, la succession se partagera entre ces deux héritiers par égales portions (art. 740 C. civ. italien), tandis que, d'après notre législation, le frère devrait prendre les trois quarts des biens du défunt. En général, on autorise le prélèvement en pareil cas, afin que l'héritier lésé puisse prendre sur les biens situés en France la différence entre ce que lui donne la loi étrangère et ce qu'il aurait d'après la loi française (1). On prétend que la loi de 1819 a eu pour but de maintenir entre les héritiers l'égalité telle qu'elle est établie par le code civil, et que c'est surtout entre cohéritiers français que cette égalité doit être sauvegardée, puisqu'elle est une conséquence de l'organisation démocratique de la famille dans notre pays et une des règles capitales de notre législation.

1890, p. 300. — [Cet arrêt a été cassé, il est vrai, par la chambre civile le 11 février 1890, J. C., 1890, p. 302, mais pour des motifs, uniquement tirés du traité franco-suisse du 15 juin 1869. Toujours est-il que le jugement du tribunal civil de la Seine (2e ch., 1re sect.), en date du 26 avril 1907 (J. C., 1907, p. 1132), a décidé que l'expression de cohéritier employée dans la loi ne saurait viser « celui qui puise son droit dans une simple manifestation de volonté particulière », c'est-à-dire le légataire universel, « qui ne saurait prétendre à la même faveur et à la même protection exceptionnelle pour sauvegarder ses intérêts ». Cpr. Ruffec-Lauche, *Du droit de prélèvement établi par l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819*, 1903, p. 50; note sous Trib. civ. Seine précité du 26 avril 1907, J. C., 1907, p. 1138; Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Prélèvement successoral*, p. 429, v° *Succession* (V. à l'index le mot *Prélèvement*), p. 802.]

(1) Cass., 27 avril 1868, D. P., 68. 1. 302; Paris, 14 janv. 1873, D. P., 74. 2. 234; Bordeaux, 29 nov. 1882, J. C., 1883, p. 297; Pau, 26 juin 1893, J. C., 1895, p. 1083.

Nous ne saurions accepter cette solution. L'art. 2 de la loi de 1819 n'autorise le prélèvement que dans le cas de concours d'héritiers français et étrangers; sa disposition exorbitante du droit commun ne peut donc être étendue au cas de concours d'héritiers français, hypothèse que la loi ne prévoit pas. D'autre part, comme on l'a dit dans les travaux préparatoires, le législateur a voulu corriger les avantages que la loi étrangère donnerait aux étrangers au préjudice des Français; mais, lorsque ce qui est perdu par un Français est gagné par un autre, on ne songe plus à écarter l'application de la loi étrangère, pas plus qu'on ne songeait, en pareil cas, à corriger l'inégalité des anciennes coutumes. Enfin la solution adoptée dans la pratique est contraire à l'esprit de la loi de 1819. Cette dernière, tout en rendant aux étrangers la capacité de succéder, a pris une précaution contre les lois étrangères qui avantageraient les étrangers au détriment de leurs cohéritiers français : dès lors, la précaution dont il s'agit, c'est-à-dire le prélèvement, ne s'explique plus quand il n'y a plus que des Français en cause.

355. Les traités internationaux peuvent quelquefois mettre obstacle à l'exercice du droit de prélèvement établi par la loi de 1819. C'est ce qui aurait lieu, dit-on, lorsqu'un traité, comme ceux intervenus entre la France et l'Autriche le 11 décembre 1866 (art. 1 et 2), le Chili, 11 septembre 1846, les Etats-Unis, 23 février 1853, l'Espagne, 7 janvier 1862 (art. 6), accorde aux nationaux respectifs des deux Etats contractants des droits de successibilité réciproques et complets sur le territoire de l'autre Etat (1). Si le traité est antérieur à la loi de 1819, il n'est pas modifié par la loi, car une convention ne peut être rompue par le fait de l'une des parties, si ce n'est par dénonciation régulière; si le traité est postérieur à la loi, il constitue une dérogation à cette dernière. On peut cependant objecter qu'il est peu probable qu'on ait voulu abroger le droit de prélèvement dans des traités placés entre ceux de 1828 et de 1869 avec la Suisse, alors que, dans ces derniers, comme nous allons le voir, ce droit est maintenu pour les Français. De plus, dans ces traités, notamment celui avec l'Autriche en 1866, on reproduit l'art. 1er de la loi de 1819 rendant la capacité successorale aux étrangers, sous réserve

(1) V. ces traités dans Amiaud, *Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique...* [2e édit., 1908], p. 248-253. — Les traités contenant la clause de la nation la plus favorisée peuvent avoir le même effet, pourvu qu'ils se réfèrent à la condition civile en général et non à l'exercice d'un droit particulier.

du prélèvement organisé par l'art. 2 de cette loi en faveur des Français : c'est sous la même réserve que l'égalité est établie par le traité entre les nationaux des deux Etats contractants (1).

Le prélèvement de la loi de 1819 est certainement maintenu dans le traité du 15 juin 1869 avec la Suisse; il a même été déclaré que les Suisses pouvaient user de faveurs *analogues* organisées par leur loi, contre les cohéritiers français, faveurs que n'a pas établies du reste la législation helvétique. Il ne faudrait pas en conclure, d'ailleurs, que les Suisses peuvent se prévaloir de tous les avantages que leur loi générale sur les successions leur donnerait, au préjudice des cohéritiers français, par exemple du privilège des fils sur les filles. Sinon, chacun des deux pays modifiant à sa guise ses lois successorales pour avantager ses nationaux, on organiserait de part et d'autre des prélèvements indéfinis, et on en viendrait à ne plus appliquer, des deux côtés, que la loi territoriale, même pour les biens mobiliers. Il n'est pas douteux, cependant, que le maintien du prélèvement de la loi de 1819 pour les Français autoriserait la Suisse à en créer un semblable pour ses nationaux (2). Notons enfin que les termes restrictifs du traité de 1869, art. 5, alin. 2, ne maintiennent le prélèvement qu'entre Français et Suisses ou d'autres étrangers, et non entre Français, comme le décide la jurisprudence française.

355 *bis.* [Le projet de convention sur les successions et les testaments élaboré à La Haye en 1904 et non encore converti en convention a dû se préoccuper de l'obstacle que l'art. 2 de la loi française du 14 juillet 1819, l'art. 4 de la loi belge du 27 avril 1865 et peut-être aussi l'art. 1er de la loi néerlandaise du 1er avril 1869 apporteraient à l'application du principe posé par l'art. 1er de ce projet et prescrivant l'application de la loi nationale du défunt. La remarque n'en avait été faite ni à la Conférence de 1893, ni à celle de 1894, ni dans le projet du programme élaboré pour la session de 1904. Ce fut au cours de cette session que M. Roguin, délégué de la Suisse, appela sur ce point l'attention de la com-

(1) V. Cass., 29 déc. 1856, S., 57. 1. 257; Vervins, 19 mars 1891, et Consult. de M. Lainé, *Rev. prat. de droit int. privé*, 1891. 1. 297; Corentin Guyho, *La Conv. de 1866 entre la France et l'Autriche*, *Le Droit*, 6-7 janv. 1892.

(2) V. Protocole explicatif du traité de 1869, S., *Lois annotées*, 1865-70, p. 430. — Cpr. Brocher, *Comm. du traité de 1869*, p. 44-45; Martin, J. C., 1879, p. 122; Surville, J. C., 1890, p. 318; Roguin, *Conflits des lois suisses*, p. 886. — Le privilège des fils sur les filles a été revendiqué pour les Suisses dans le Message fédéral du 28 juin 1869. — V. Cass., 18 juill. 1859, arrêt Vanoni, D. P., 59. 1. 325.

mission nommée par la Conférence. Il avait pleinement raison : l'esprit dans lequel ont été conçues les lois dont il s'agit et les conséquences qu'elles entraînent ne sauraient purement et simplement coexister avec la convention projetée. Notamment la France, en adhérant à cette convention et en maintenant l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1869, eût à la fois donné et retenu. Au reste, en sacrifiant cet article 2, notre pays ne pouvait manquer de regagner par ailleurs ce qu'il pouvait perdre d'un côté, puisque tour à tour les lois étrangères s'appliqueront chez nous et nos propres lois chez les autres. Aussi fut-on d'accord pour accepter en principe la proposition très équitable et très logique de M. Roguin. Mais, comment la formuler ? Après une rédaction improvisée en 1900 et adoptée par la Conférence, mais inadéquate à l'idée qu'on avait voulu exprimer et critiquée par la Commission française du droit international privé, la Conférence de 1904 adopta le texte suivant qui est devenu l'art. 7 du projet de convention : « A l'égard des matières visées dans l'art. 1er (désignation, ordre et parti des successibles, rapports, quotité disponible et réserve), les étrangers, ressortissants de l'un des Etats contractants, sont entièrement assimilés aux nationaux. Seront, par conséquent, sans application, dans les rapports des Etats contractants, les dispositions instituant au profit des ressortissants d'un Etat, sur les biens situés dans son territoire, des droits de prélèvement dont l'effet serait de modifier indirectement les règles posées dans la présente convention. Les dits droits de prélèvement seront, au contraire, maintenus, à titre de compensation, si, par suite de restrictions apportées à l'application de la loi nationale du défunt, les sujets d'un Etat sont privés, quant aux biens situés dans le territoire d'un autre Etat, de tout ou partie du bénéfice des droits héréditaires qu'ils auraient eus d'après la loi nationale du défunt » (1).]

[Ainsi, d'une part, lorsque la loi nationale du défunt recevra son application en vertu de l'art. 1er du projet de convention, quels qu'en soient les résultats et même s'ils paraissent choquants à un Etat dont les ressortissants se trouveraient avoir été traités tout autrement qu'ils ne l'auraient été si la succession avait été régie par sa propre loi, cet Etat devra s'incliner et ne pas chercher, par des mesures édictées à l'égard des biens situés sur son territoire, à réparer ce qu'il serait tenté de considérer comme une injustice

(1) [*Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 213; Cpr. Lainé, J. C., 1906, p. 987-994.]

au détriment de ses nationaux. Comment ne s'inclinerait-il pas, en effet devant l'application, quelle qu'elle soit, de cette loi étrangère qu'il a, d'accord avec les autres Etats contractants, assignée au règlement de la succession? Au surplus, n'est-il pas évident que, si aujourd'hui cette loi s'impose à ses ressortissants, demain ce sera la loi de ceux-ci, c'est-à-dire sa propre loi, qui s'imposera à des étrangers?]

[Mais, si d'autre part, contrairement au principe du projet de convention, en vertu de quelqu'une des restrictions stipulées dans l'art. 6 (ordre public), la loi nationale du défunt est tenue en échec par une loi locale qui se substituera à elle, les Etats contractants seront déliés de leurs engagements; la liberté à laquelle ils renoncent en vue d'un but à atteindre leur sera rendue, ce but n'étant pas atteint; contre des dispositions dont souffriront leurs ressortissants, quant aux biens situés à l'étranger, ils se défendront par des mesures destinées à rétablir sur les biens situés dans leur propre territoire l'équilibre rompu aux dépens de leurs nationaux. Supposons, par exemple, une succession régie par la loi française, mais comprenant des biens situés en France et des biens situés en Allemagne qui auraient été réservés, en vertu de l'art. 6 du projet de convention, à l'empire de la loi allemande : s'il résulte de l'intervention exceptionnelle de cette loi une lésion soufferte par des héritiers français, l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 recouvrera son efficacité. Tel est le système logique, équitable et contenu dans une juste mesure, de l'art. 7 du projet de convention.]

[Il faut regretter, avec M. Lainé (1), que la Délégation belge, qui en 1900 ne s'était pas opposée à ce système, quand il n'avait encore subi aucun correctif, ait déclaré, à la Conférence de 1904, ne pouvoir l'accepter. Elle a allégué qu'elle ne saurait admettre qu'une succession régie par la loi allemande, dévolue pour partie à des Belges et comprenant un majorat situé en Allemagne fût liquidée suivant des principes contraires au principe de l'égalité dont la Belgique ne peut se départir. Ce point est d'une très grande importance, puisque le principe même du projet de convention y est en jeu. Mais, l'objection de la Délégation belge nous paraît sans valeur, comme le dit, avec sa netteté habituelle, M. Lainé. Il est tout naturel que la succession d'un Allemand soit régie par la loi allemande quant aux biens situés en Allemagne, alors même que des héritiers belges ou français en souffriraient.

(1) [Lainé, J. C., 1906, p. 994.]

Nul ne saurait prétendre corriger suivant ses propres conceptions les lois étrangères, lorsque l'application en est confinée dans leur territoire. C'est uniquement au cas où il s'agirait d'en accepter chez soi l'application que l'on aurait le droit d'en écarter les dispositions contraires à des règles considérées dans le pays comme d'ordre public. Et précisément le projet de convention, dans son article 7, reconnaît ce droit à chacun des Etats représentés à la quatrième Conférence de La Haye : solution élégante, qui maintient le principe de la loi nationale du défunt et sauvegarde, dans la mesure où il est légitime, l'intérêt des ressortissants respectifs que pourrait compromettre l'application exceptionnelle de la loi territoriale.]

§ II. *Sur quels biens et comment se fait le prélèvement.*

356. Le but de la loi de 1819 étant de protéger le Français dans la mesure du possible, le prélèvement pourra s'opérer sur tous les biens qui sont en France, les immeubles, les meubles et même les créances dont le débiteur se trouve sur le territoire français (1).

Dans la pratique, on déclare même le prélèvement possible sur les créances, à la seule condition que les titres se trouvent en France, le débiteur habiterait-il un pays étranger (2). Cette solution est peut-être conforme à l'esprit de la loi de 1819, mais elle est de nature à créer des conflits fâcheux : le débiteur ayant dû payer une première fois à l'héritier étranger, titulaire de la créance d'après la loi étrangère, pourrait se voir contraint de payer une seconde fois à l'héritier français, s'il venait en France (3).

Pour opérer le prélèvement, on fait la masse des biens du défunt, on calcule la part qui reviendrait à l'héritier français d'après notre loi, et on lui attribue, sous la forme d'un prélèvement sur les biens situés en France, la différence entre cette part et celle qui lui est donnée par la loi étrangère. Mais, à défaut de biens de la succession situés en France, le Français n'aurait pas d'action contre les héritiers étrangers; la loi de 1819 donne en effet un droit de *prélèvement* et non un droit de créance. Dans tous les cas, l'héritier français ne peut exercer son prélèvement que sur la part de

(1) Cass., 27 août 1850, D. P., 50. 1. 257; Chambéry, 11 juin 1878, J. C., 1878, p. 611; Cass., 21 mars 1855, D. P., 55. 1. 138; *id.*, 29 déc. 1856, *ibid.*, 1856. 1. 472.

(2) Cass., 21 mars 1855, D. P., 55. 1. 137.

(3) Cass., 9 janv. 1856, S., 56. 1. 471.

ceux qui sont avantagés par la loi étrangère, et non sur celle des héritiers qui n'ont pas été favorisés par elle, eu égard à ce qu'ils auraient obtenu d'après la loi française (').

356 *bis*. [L'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 prévoit l'hypothèse de biens situés en France et de biens situés en pays étranger et ordonne un prélèvement sur les premiers. Mais que décider, si tous les biens héréditaires sont situés en France? Le prélèvement est-il alors prescrit sur la totalité de la succession pour compenser en faveur du cohéritier français l'inégalité qui résulte à son détriment de l'application de la loi étrangère? La question s'est posée devant nos tribunaux, semble-t-il, pour la première fois en 1907, et par jugement du 26 avril le tribunal civil de la Seine l'a résolue négativement. Voici l'espèce intéressante à l'occasion de laquelle le débat s'est élevé. Dans la succession mobilière, ouverte en France et régie par la loi italienne, d'une femme Française d'origine et devenue Italienne par un second mariage, la fille du premier mariage, restée Française, instituée légataire universelle par sa mère, se voit opposer par le mari survivant la réserve d'usufruit qu'il tient du code civil italien (art. 183, 812 et suiv.). La fille légataire réplique en opposant la loi de 1819, art. 2. Le tribunal de la Seine a écarté du débat la loi de 1819, pour deux raisons. L'une, déjà indiquée, c'est que l'héritier légitime seul et non le légataire universel, peut invoquer cette disposition de faveur; or, ici, la fille se présentait, non comme héritière légitime de sa mère, car son droit n'aurait pu faire échec au droit d'usufruit que l'art. 767 C. civ. fr., comme le code civil italien, accorde à l'époux survivant, mais comme légataire, invoquant le testament maternel qui a enlevé l'usufruit légal au mari du survivant, dans la mesure tout au moins de la quotité disponible. L'autre raison, c'est que le texte de l'art. 2 de la loi de 1819, disposition dont le caractère exceptionnel commande l'interprétation stricte, prévoit uniquement l'hypothèse où l'exclusion du cohéritier français par la loi étrangère porterait sur des biens situés à l'étranger. Cet article est donc inapplicable au cas où la totalité de la succession se trouve en France. Attribuer à cette disposition évidemment anormale l'effet réclamé par la demanderesse, ce serait reconnaître au texte de l'art. 2 « cette portée excessive que, toutes les fois que des cohéritiers français et étrangers se trouveront en concours, une succession mobilière étrangère ne sera

(') Cass., 20 mai 1879, S., 81. 1. 465.

régie par le statut personnel du défunt, que si ce statut est plus favorable aux Français que la loi française ». On a objecté que cette décision « n'est conforme ni au texte ni à l'esprit de la loi de 1819 ni à son interprétation par la jurisprudence antérieure »(1). Quant au texte, il est incontestable qu'il ne vise pas expressément l'hypothèse ici envisagée. Mais on prétend tirer de ce texte un argument *à fortiori* : la loi, dit-on, ne s'est expliquée que sur le cas des biens situés à l'étranger, parce qu'au-delà des frontières elle est désarmée et ne pouvait offrir au Français dépouillé qu'un dédommagement sur notre territoire ; il lui a paru superflu de prévoir le cas où le Français serait dépouillé en France par un juge français en vertu d'une loi étrangère. Ce n'est pas un spectacle banal, ajoute-t-on, que de voir un héritier réservataire, joignant à cette qualité celle de légataire universel, exclu par application d'une loi étrangère, de biens qui lui appartiennent et dont la totalité se trouve en France ! Banal ou non, ce spectacle est commandé par les principes élémentaires du droit international privé, qui ne sont pas destinés à favoriser uniquement l'intérêt français et qui, d'ailleurs, pourraient, le cas échéant, servir l'intérêt de nos nationaux : les principes sont écartés par l'art. 2 dans un cas bien déterminé ; on ne saurait argumenter *à fortiori* de cette disposition exorbitante du droit commun. L'esprit de la loi, l'interprétation antérieure de la jurisprudence ne sauraient prévaloir contre cette considération simple et décisive. Et si le tribunal de la Seine, en déclarant que « l'art. 2 a seulement entendu spécifier que les droits des héritiers français consacrés par des dispositions essentielles ou d'ordre public de la législation française, tels que les droits de succession proprement dits et de réserve, devraient être protégés contre les inégalités établies ou autorisées en pays étranger par les lois et coutumes locales », a eu l'intention de réagir contre l'interprétation jurisprudentielle, on ne saurait, à notre avis, lui en savoir mauvais gré.]

SECTION II

DE LA LOI QUI RÉGIT LA SUCCESSION

357. Quand un individu meurt laissant des biens dans différents pays, ou meurt dans un pays qui n'est pas le sien, laissant son

(1) [Note sous ce jugement dans J. C., 1907, p. 1137.]

patrimoine sur le territoire de sa nation ou bien de tout autre État, quelle loi faudra-t-il suivre pour régler la transmission de son hérédité après son décès : la loi nationale, celle du domicile, ou enfin celle de la situation des biens? Cette question devient de plus en plus pratique, étant donnés le développement des relations internationales et la facilité avec laquelle on peut émigrer et avoir des biens dans un territoire étranger. D'autre part, le résultat est loin d'être le même suivant que l'on suit l'une ou l'autre des trois lois précitées. Malgré la tendance à l'uniformité qui caractérise les législations modernes, l'accord n'est nullement réalisé en ce qui concerne les points plus directement soumis à l'influence des idées, des traditions, des mœurs de chaque peuple, notamment en ce qui concerne l'organisation de la famille et, par conséquent, les successions. Ici, l'intolérance religieuse attache l'indignité successorale à certaines croyances; là, le despotisme du souverain l'autorise à hériter à défaut de descendants mâles; ailleurs, par exemple en France, la succession *ab intestat* est préférée à la succession testamentaire qui ne vient qu'en second lieu et qui ne donne pas la qualité d'héritier (art. 1002 C. civ.), tandis qu'en Italie la règle est absolument inverse sur les deux points (art. 720 C. civ. italien). Comme on ne peut songer à tenter de faire adopter par tous les Etats une législation identique, ce qui éviterait la naissance même des conflits de lois, il faut tout au moins établir un principe unique, conforme au droit international rationnel, et qui puisse servir à déterminer partout, en cas de conflits de législations, celle qui doit régler la transmission héréditaire des biens. On verra que ce *desideratum* est loin d'être réalisé.

§ I. *De la loi qui rationnellement doit régir la succession* ab intestat.

358. Pour déterminer la loi applicable aux successions, on prend généralement pour point de départ la théorie des statuts. Mais on a déjà vu combien cette théorie, au moins telle qu'elle était comprise par les anciens jurisconsultes, est peu acceptable. On sait particulièrement combien elle est imprécise à cause de son application excessive : si toute règle de droit doit rentrer nécessairement dans le statut réel ou dans le statut personnel, on se trouve aux prises avec des difficultés inouïes et des controverses interminables, lorsqu'il s'agit de dispositions légales (et elles sont nombreuses) qui ne visent pas plus la condition des biens que

celle des personnes. Chacun leur donnera le caractère qu'il voudra et en fera à son gré un statut réel ou personnel. C'est ce qui n'a pas manqué d'arriver pour les successions, que les uns ont placées dans le statut réel, d'autres dans le statut personnel, d'autres enfin partie dans l'un et partie dans l'autre. En réalité, comme il ne s'agit ni de la condition des biens, ni de celle des personnes, il n'y a plus lieu de se préoccuper de la distinction des statuts, mais simplement de rechercher la loi applicable aux successions en raison de la nature du rapport juridique auquel elles donnent naissance.

Différents systèmes ont été proposés et appliqués, suivant les temps et les lieux, pour déterminer la loi applicable aux successions.

Dans la première période de la féodalité, l'idée excessive que chaque seigneur s'était faite de sa souveraineté conduisit à la *réalité* absolue des lois : les biens, meubles et immeubles, laissés par une personne quelconque, étaient régis, au point de vue de la transmission héréditaire, comme à tous autres égards, par la loi du pays où ils se trouvaient. L'atténuation de cette règle si rigoureuse provint de l'introduction de la théorie des statuts.

Les jurisconsultes statutaires, conformément à leur théorie générale, distinguaient, au point de vue des successions, entre les meubles et les immeubles.

Aux immeubles on appliquait la loi de leur situation, de telle sorte que les biens laissés par le défunt dans un pays constituaient comme un patrimoine distinct pour lequel on appliquait exclusivement la loi locale, sans se préoccuper des divergences de celle-ci avec les lois des autres pays où se trouvaient aussi des biens dépendant de la succession. Cette idée était formulée dans l'adage suivant : « *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia* ».

Les meubles étaient regardés comme attachés à la personne de leur propriétaire : « *mobilia ossibus personæ inhærent* ». On en concluait qu'ils devaient être régis, au point de vue des successions, par la loi personnelle du défunt, c'est-à-dire la loi de son domicile : « *mobilia seguntur personam* ». L'application de la loi du domicile était généralement justifiée par cette fiction que les meubles n'ayant pas d'assiette fixe, sont considérés comme ayant leur situation au domicile du propriétaire; la loi de ce domicile s'appliquait donc aux meubles, au même titre que la loi de leur situation effective s'appliquait aux immeubles : telle était notam-

ment la manière de voir de Dumoulin, de Boullenois, etc. Cependant, d'après quelques jurisconsultes moins nombreux, entre autres d'Argentré, le règlement de la succession mobilière rentrait dans le statut personnel, et c'est par suite de cette idée que, suivant eux, on devait appliquer la loi du domicile du défunt.

La doctrine adoptée par les jurisconsultes statutaires pour trancher les conflits de lois en matière de succession ne peut s'expliquer que par l'organisation politique jadis en vigueur, c'est-à-dire par la féodalité, qui, même lorsqu'elle eut disparu comme puissance politique, n'en garda pas moins son influence très marquée sur les lois qui s'étaient formées et développées sous son empire. Toute la féodalité reposait en effet sur la propriété foncière; la possession du sol était la cause et la raison d'être de la situation politique de chacun et des droits comme des devoirs féodaux qu'il pouvait invoquer ou auxquels il devait se soumettre. On comprend donc que la transmission héréditaire des immeubles fût regardée comme une règle d'ordre public, en tant qu'elle tenait à l'organisation politique : c'est ainsi que se justifiait l'application de la *lex rei sitæ* pour les biens immobiliers. D'autre part, le caractère exclusif des souverainetés féodales conduisit au principe *Toutes coutumes sont réelles*, auquel on ne dérogeait que pour le statut personnel : il ne s'agissait pas de statut personnel dans les successions immobilières, on devait donc en revenir au droit commun de la *territorialité* des lois. On aurait pu faire une exception pour les immeubles soustraits au régime féodal, alleux et biens roturiers; mais, quand la théorie des statuts se formula, c'était le régime des fiefs qui dominait, et on s'inspira du régime des biens les plus importants pour étendre à tous les règles de la territorialité en matière successorale.

Quant aux meubles, l'importance en était alors très secondaire, la possession n'en intéressait nullement l'organisation politique, c'est-à-dire l'ordre public de l'époque; de plus, comme ils n'ont pas d'assiette fixe, on remarquera qu'il serait peu justifié en droit et très gênant dans la pratique de les soumettre à la loi du pays où ils auraient été transportés, parfois d'une manière fortuite et momentanée; aussi, renonçant à leur égard à la *lex rei sitæ*, leur appliqua-t-on la loi du domicile de leur propriétaire, soit en faisant rentrer les règles qui les concernent dans le statut personnel, soit, ce qui était plus généralement admis, en les réputant fictivement situés au domicile du propriétaire.

Aujourd'hui, il ne reste plus rien pour justifier l'ancienne doc-

trine. On ne peut plus établir en principe que les lois sont réelles, sauf lorsqu'il s'agit du statut réel; nous avons déjà démontré qu'actuellement la personnalité est la règle et la réalité l'exception : d'ailleurs, il ne s'agit ni de statut réel, ni de statut personnel, mais bien d'un rapport de droit qui n'a trait ni à la condition des choses, ni à celle des personnes. Enfin la féodalité n'existe plus, et on ne voit pas comment on pourrait expliquer la différence jadis admise entre les meubles et les immeubles, attendu que la transmission héréditaire des derniers pas plus que celle des premiers n'intéresse aujourd'hui l'ordre public (1).

Cependant on a essayé de justifier la doctrine des statutaires, même dans le Droit international moderne. Sans nous arrêter à des arguments tirés du Droit romain et qui n'ont pas d'importance dans une question de Droit international privé, réfutons la considération principale sur laquelle s'appuie cette opinion. La transmission héréditaire des biens, dit-on, tient essentiellement à l'organisation politique et économique qui se reflète en quelque sorte dans le droit des successions : c'est ainsi qu'un pays où l'aristocratie conserve sa prépondérance admet le droit d'aînesse, tandis qu'une nation démocratique, comme la France, se prononce pour l'égalité des partages. On voit même des changements s'opérer dans les règles des successions à des époques assez rapprochées, comme conséquences des changements politiques ; il suffit, pour s'en convaincre, de comparer la loi du 17 nivôse de l'an II sur les successions, et la loi du 17 mai 1826 sur les substitutions. Donc, en tant qu'elles affectent les immeubles situés sur le territoire qui est la base même de l'Etat, les lois sur les successions sont d'ordre public, de sorte que la transmission héréditaire des immeubles dépend toujours de la loi de leur situation. C'est ce qu'essayaient d'établir aussi certains statutaires quand, le régime féodal n'expliquant plus la territorialité pour les successions immobilières, ils disaient qu'il y avait toujours intérêt public à la maintenir, par exemple pour favoriser, par le droit

(1) On peut cependant concevoir que, dans certains pays, la transmission héréditaire des biens se rattache encore à des préoccupations politiques, économiques ou sociales, ce qui en fait pour eux un élément de l'ordre public dépendant uniquement de leur loi territoriale. C'est ce qui explique, peut-être, la résistanee de certains Etats à l'acceptation de la loi nationale du défunt. V. Lainé, *Etude sur le titre préliminaire du projet de révision du code civil belge,* p. 91 et s.; [*id., Etude concernant la loi fédérale suisse du 25 juin 1891,* 1894, *præs.* p. 18 et suiv.; *id., Rev. crit.,* 1903, p. 177 et suiv.; *id.,* J. C., 1906, p. 17-25.]

d'aînesse, les familles nobles dont la fortune était le soutien de l'Etat en la personne des aînés qui subvenaient aux frais de la guerre, tandis que les cadets fournissaient le service militaire. Cette raison n'était déjà plus vraie, puisque les seigneurs ne fournissaient plus un concours militaire spécial, mais un service personnel comme sujets du roi (1).

L'argument qui vient d'être développé ne prouve rien, parce qu'il prouve trop. Il est indéniable que les lois relatives aux successions ont un rapport étroit avec l'organisation politique et économique de chaque peuple : mais n'en est-il pas de même de toutes les lois, ne subissent-elles pas toutes l'influence des idées particulières à chaque pays et relatives aux mœurs, au régime politique, économique, religieux ? N'en est-il pas notamment ainsi des lois sur l'organisation de la famille, le régime de droit commun dans le mariage, etc. ? Personne n'a songé pour cela à imposer toutes ces lois aux étrangers et on reconnaît à ces derniers, dans la plupart des cas, la faculté d'invoquer les dispositions de leur loi nationale : pourquoi en serait-il différemment pour les successions ? Si le législateur organise cette matière d'une certaine façon, c'est qu'il tient compte de la situation particulière de ses nationaux qu'il a uniquement en vue : la loi française, par exemple, n'établit l'égalité des partages qu'à raison du caractère démocratique de la nation française, et on ne voit pas comment cette règle s'imposerait à un Anglais de race aristocratique, même pour les biens qu'il possède en France. Il n'y a donc aucune difficulté pour accepter sur ce point l'application d'une loi étrangère pourvu, comme nous le verrons plus bas, qu'elle ne soit pas en contradiction avec l'ordre public territorial. Si d'ailleurs il est vrai que la transmission héréditaire des biens rentre par elle-même dans l'ordre public, on ne voit pas pourquoi on restreint cette proposition aux immeubles : est-ce que, par exemple, l'application du droit d'aînesse à une grande fortune mobilière ne compromettrait pas autant l'égalité des partages en France que l'application du même droit à un immeuble de médiocre importance? Si l'on objecte que les immeubles situés en France sont partie intégrante du territoire qui est la base de l'Etat, tandis que les meubles n'ont pas d'assiette fixe et peuvent être considérés comme situés à l'étranger aussi bien que dans notre pays, nous répondrons que l'organisation de la propriété peut seule

(1) Boullenois, I, Préface, p. 10.

toucher à l'ordre public par l'intérêt économique qui s'y attache, mais que la question de savoir si un immeuble doit appartenir à tel héritier plutôt qu'à tel autre ne se relie en rien à l'intérêt général : quel que soit le propriétaire, il devra respecter les règles d'ordre public de la loi territoriale (1).

Aussi quelques auteurs, dont l'opinion est d'ailleurs demeurée isolée, ont-ils été plus logiques en décidant que la loi territoriale s'impose pour les successions mobilières comme pour celles qui portent sur les immeubles (2).

Si l'on se place au point de vue pratique, il est facile de voir que la maxime applicable aux immeubles « *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia* » conduit à des difficultés insurmontables. En considérant l'hérédité comme morcelée en autant de patrimoines qu'il y a de pays différents où sont situés les immeubles qui en font partie, on verra un héritier accepter la succession dans un pays et la répudier dans un autre, contrairement au principe de l'unité de l'hérédité et de la représentation du défunt. D'autre part, si les héritiers ne sont pas les mêmes suivant les diverses lois ou si leurs parts ne sont pas partout identiques, comment et par quel tribunal se règleront la répartition proportionnelle du passif entre eux, le rapport, l'accroissement, le droit de poursuite des créanciers héréditaires? C'est un labyrinthe inextricable dont plusieurs avouent ne pas pouvoir sortir. Ces inconvénients sont tels qu'ils avaient déterminé Boullenois à proposer une loi unique, celle du dernier domicile du défunt (3).

359. Suivant la théorie moderne, déjà acceptée généralement en Allemagne (4) et dont les progrès, quoique lents, sont cependant sensibles dans la jurisprudence et même dans la législation des différents pays, les successions doivent être régies par une loi unique qui n'est autre que la loi personnelle du défunt.

(1) V. Despagnet, *La théorie des statuts dans le Code civil, Revue critique,* 1884, p. 505.

(2) Marcadé, I, n. 78. V. Législation du Chili, Fabrès, J. C., 1887, p. 297, et de Roumanie, Suliotis, *ibid.*, 1887, p. 435; Cass., 31 mars 1874, D. P., 74. 1. 220; Martinique, 18 mai 1878, S., 78. 2. 238.

(3) Discours préliminaire, p. XXIV et *loc. cit.*; Préface, p. XIV. V. aussi Bouhier, ch. XXVI, n. 10.

(4) Loi d'introduction du Code civil, art. 24, § 1, et 25, al. 1, application de la loi nationale du *de cujus*, sous la condition de la réciprocité, par l'application aux Allemands de leur loi nationale à l'étranger en ce qui concerne l'ordre de successibilité (art. 25, al. 2).

Ce système se justifie par deux raisons. Tout d'abord, le patrimoine, malgré la variété de ses éléments, forme un tout, un ensemble que les Romains appelaient une *universitas*, et dont la complexité n'empêche pas l'unité. Or cet ensemble, sorte d'être fictif, est immatériel en tant qu'on le considère comme une entité juridique ; il n'a donc pas de situation déterminée et ne peut être assujetti à la loi du lieu où les éléments s'en trouvent. D'autre part, cette *universitas* est la représentation du défunt : *hæreditas sustinet personam defuncti ;* il est naturel, par conséquent, de lui appliquer la loi sous l'empire de laquelle le défunt était lui-même placé.

En second lieu, la transmission héréditaire des biens n'est réglée par la loi qu'à défaut de testament, et le législateur, en organisant cette transmission, s'inspire de la volonté probable du défunt, comme il est censé interpréter la volonté des époux en fixant le régime de droit commun : or, il est vraisemblable que le défunt mort *intestat* s'en est rapporté, pour régler sa succession, à la loi qu'il connaît le mieux, que seule il connaît même dans la plupart des cas, c'est-à-dire à sa loi personnelle. Il serait d'ailleurs déraisonnable de supposer que le défunt a une volonté différente pour les différents biens de sa succession situés dans divers pays : c'est là cependant le résultat auquel on arrive en appliquant la maxime *Quot sunt bona diversis territoriis abnoxia, tot sunt patrimonia.* Il est vrai que, dans la réglementation des successions *ab intestat,* chaque législateur s'inspire de certaines idées particulières qui viennent des principes politiques et d'organisation de la famille adoptés par lui ; mais nous avons déjà montré que ces principes, à moins qu'ils ne touchent à l'ordre public, ne sont établis que pour les nationaux. Il reste donc toujours vrai de dire que, pour connaître la volonté probable du défunt, il faut consulter sa loi personnelle, dont il est censé accepter les dispositions inspirées par des principes particuliers qu'il est très naturel de lui appliquer, puisqu'il fait partie du groupe de personnes placées dans la situation spéciale qui les a motivés. Cette façon de considérer les règles légales des successions *ab intestat* comme le testament tacite de ceux qui n'en font pas un formel, est justifiée par les déclarations mêmes du législateur qui avoue se conformer aux intentions probables du défunt ; cette idée, qui était celle de la loi du Bas-Empire, a été expressément émise par les rédacteurs du code civil français, et on la

retrouve dans le code civil italien de 1866 (1). Remarquons à ce sujet que Cujas, seul en France, répudiait la territorialité des lois pour les successions, à l'exemple de quelques jurisconsultes italiens, comme Albéric de Rosate : c'est qu'il suivait l'esprit du Droit romain, qui est celui du Droit français actuel, sans vouloir se placer au point de vue de Droit féodal. On a objecté, il est vrai, que l'argument qui précède peut conduire trop loin, car si l'on invoque ainsi la volonté probable du défunt, on devra appliquer une loi quelconque, autre que sa loi personnelle, si les circonstances démontrent qu'il s'y est référé pour régler sa succession. Mais il suffit de répondre, croyons-nous, que nulle législation ne reconnaît de testament tacite ; à défaut de dispositions de dernière volonté formelles, on applique partout les règles de la succession *ab intestat :* si donc un individu décède *intestat*, il faut appliquer l'unique loi qui, pour les raisons indiquées plus haut, peut remplacer son testament, c'est-à-dire sa loi personnelle.

Enfin, indépendamment des deux arguments de principe qui viennent d'être exposés, la théorie moderne peut invoquer l'avantage pratique incalculable que l'on obtient en plaçant l'ensemble de l'hérédité sous une loi unique; on évite ainsi les difficultés, souvent insurmontables, que l'on trouve dans l'application de lois contradictoires aux diverses parties du patrimoine.

360. Mais, si une loi unique doit être appliquée à l'ensemble de la succession, quelle sera cette loi? La loi personnelle du défunt, répond-on. Or on sait que, suivant les uns, cette loi est celle du domicile, suivant d'autres, la loi nationale. Nous avons déjà démontré combien la seconde solution est préférable à la première; elle est d'ailleurs consacrée par l'art. 3, alin. 3 C. civ. Du moment que, comme il a été déjà établi, la loi nationale règle l'organisation de la famille, il est logique qu'elle s'applique aussi au règlement des successions qui dérive directement de cette organisation, spécialement du lien plus ou moins étroit établi par la loi entre certains parents et qui détermine leur ordre comme héritiers, et du droit, simplement éventuel comme dans notre législation, ou de copropriété actuelle comme en Droit romain, qui appartient aux parents sur les biens du défunt (2).

(1) Gide, *De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie*, p. 21; Treilhard, Locré, V, p. 90; Chabot de l'Allier, *ibid.*, p. 107-115.

(2) [Résolutions de l'Institut de droit international à Oxford, en 1880, *Annuaire*, 1882, p. 57; Conférences de La Haye : 1894, projet V sur les successions, art. 1er, *Actes*, 1894, p. 128; 1900, avant-projet d'une convention pour régler les conflits

Cependant, comme toujours, on ne pourrait accepter l'application de la loi nationale du défunt si elle était en contradiction avec l'ordre public territorial. C'est ainsi que des étrangers ne pourraient se prévaloir en France, sauf dans les cas exceptionnels des art. 1048 et suiv., d'une substitution prohibée par l'art. 896 C. civ., pour des raisons de crédit public et même de morale. Au contraire, les règles spéciales à telle législation, et motivées par un régime politique et social particulier, ne s'imposent qu'aux nationaux et non aux étrangers pour qui elles n'ont pas été écrites; c'est même cette considération, nous l'avons vu, qui justifie l'application de la loi nationale en notre matière. Aussi est-ce bien à tort que la jurisprudence française écarte le droit d'aînesse invoqué par un héritier conformément à la loi du défunt : l'égalité des partages tient au caractère démocratique de la législation française et ne saurait être imposée à des étrangers appartenant à un pays où le régime politique a un caractère aristocratique (').

§ II. *Système suivi dans la pratique.*

361. La jurisprudence française reproduit purement et simplement, dans ses décisions, les idées déjà émises sous l'ancien droit pour trancher les conflits de lois en matière de successions *ab intestat*. La plupart des auteurs la suivent dans cette voie : quelques-uns même, tout en reconnaissant combien l'ancienne théorie est peu rationnelle et entraîne de difficultés dans son application aux successions, avouent ne pas pouvoir s'y soustraire, parce que l'art. 3 C. civ. l'impose en reproduisant l'ancienne doctrine.

Nous ne reviendrons pas sur les raisons qui, suivant nous, autorisent le commentateur à considérer l'art. 3 autrement que comme la confirmation de l'ancienne théorie des statutaires : on sait que, pour nous, le statut réel ne doit pas comprendre les

de lois en matière de successions, de donations et de testaments, art. 1er, *Actes*, 1900, p. 122-123; 1904, projet II d'une convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments, art. 1er, *Actes*, p. 212. Voici le texte de l'art. 1er de ce projet qui sera sans doute ratifié : « Les successions, en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les parts qui leur sont attribuées, les rapports, la quotité disponible et la réserve sont soumis à la loi nationale du défunt, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. La même règle s'applique à la validité intrinsèque et aux effets des dispositions testamentaires ». — Cpr. Lainé, J. C., 1894, p. 253; 1905, p. 797; 1906, p. 5, 278, 976; 1907, p. 897.]

(') Cass. req., 18 juillet 1859, D. P., 59. 1. 325.

règles des successions en ce qui concerne les immeubles ; car il n'embrasse que les dispositions légales touchant à l'organisation de la propriété et qui sont d'ordre public. Il est même remarquable que, en Allemagne, pour les régions où était en vigueur notre code civil avant 1900, on n'a pas pensé que l'art. 3 fît obstacle à l'application de la loi personnelle du défunt pour régler la succession (1).

On objecte cependant que du XIII^e^ au XVIII^e^ siècle, à l'exception de Cujas qui raisonnait en romaniste, tous les auteurs, même les plus personnalistes, tels que Froland, Boullenois et surtout Bouhier, ont fait des successions immobilières comme le type du statut réel, au point d'établir une sorte de synonymie entre statut des successions immobilières et statut réel. Il faudrait donc, aujourd'hui comme autrefois, décider que, quand il est question des immeubles, ainsi que dans l'art. 3, alin. 2 C. civ., il s'agit également des successions immobilières. Mais on doit bien avouer que, la féodalité ayant disparu comme régime politique, la territorialité des successions immobilières avait perdu sa raison d'être. Les anciens auteurs usaient alors de détours pour l'expliquer, par exemple en faisant, comme Bouhier, du maintien des immeubles dans les familles une question d'intérêt public et de statut réel. Mais c'eût été plutôt une raison en faveur du statut personnel, la question se rattachant à l'organisation des familles. La doctrine était déjà surannée au XVIII^e^ siècle ; pourquoi donc vouloir l'imposer aujourd'hui, quand un doute sur le sens de l'art. 3 C. civ. permet de la rejeter ? Au surplus, on serait toujours bien embarrassé pour préciser cette doctrine des statutaires qui s'imposerait à nous d'après l'art. 3 C. civ. Chaque auteur avait ses solutions particulières, et Bouhier, après avoir fait des statuts personnels de la légitime des enfants, de la capacité de tester, de l'exclusion dans l'hérédité des filles dotées, se contredit ensuite en reprenant ces points au sujet des successions (2).

362. Par application de cette idée générale que la théorie des statuts, telle qu'on la comprenait jadis, subsiste encore comme droit positif, on fait toujours régir par la loi française la transmission héréditaire des immeubles situés en France, quelle que soit la nationalité du défunt. On refuse donc l'*exequatur* à un juge-

(1) Oberlandesgericht de Darmstadt, 19 nov. 1883, J. C., 1886, p. 732. — Cpr. Trib. sup. de Colmar, 22 nov. 1895, D. P., 98. 2. 237.

(2) Bouhier, *loc. cit.*, ch. XXIV, n. 58 ; XXVIII, n. 95, XXVI, n. 183; XXX, n. 1 et 2 ; Boullenois, Préface, p. x ; Lainé, *loc. cit.*, II, p. 292 et 299.

ment étranger qui attribue à un héritier sur ces immeubles une part différente de celle qu'il aurait d'après la loi française (1).

[Non contents de soumettre à la loi française comme *lex rei sitæ* les immeubles héréditaires des étrangers décédés en France, nos tribunaux sont allés parfois jusqu'à étendre cette prétendue application du statut réel à la dévolution héréditaire des immeubles situés à l'étranger et faisant partie de la succession d'un Français décédé en pays étranger. Sans doute, ils veulent bien en convenir, « si la jurisprudence soumet les immeubles étrangers à la loi du lieu de leur situation, ce n'est pas en vertu d'une disposition légale impérative, puisque l'art. 3 du Code civil ne s'occupe que des immeubles de France », c'est seulement en vertu d'une nécessité logique et par suite d'une juste réciprocité. Mais la loi étrangère, la loi italienne par exemple, peut « répudier cette réciprocité qui n'était qu'un hommage rendu à sa souveraineté territoriale ». D'où il suit que « lorsque la loi italienne se réfère à la loi nationale d'un Français pour régler la dévolution par décès d'un immeuble existant en Italie, l'application de la loi française ne viole aucun texte et cette solution paraît, d'ailleurs, le seul moyen rationnel de résoudre un conflit qui serait sans issue » (2). Les tribunaux italiens ont paru pendant un certain temps goûter ce singulier raisonnement. Mais, rompant avec sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation de Turin a affirmé récemment

(1) Pau, 14 mars 1874, J. C., 1875, p. 357, et Cass., 5 mai 1875, *ibid.*, p. 358; Paris, 12 mai 1874, *ibid.*, 1875, p. 193; Pau, 19 janvier 1872, S., 72. 2. 333. — Cass., 20 juin 1887, *Le Droit,* 2 juil. 1887; Cass., 26 janvier 1892, *Le Droit,* 13 fév. 1892. — [Une jurisprudence constante, affirmée par les arrêts les plus récents, distingue entre la partie immobilière et la partie mobilière de la succession de l'étranger décédé en France et applique la loi française aux immeubles situés en France. V. trib. civ. Seine, 2e ch., 11 mars 1904, J. C., 1907, p. 434; Paris, 2e ch., 1er août 1905, Samory, précité à l'occasion du renvoi (V. ci-dessus, n. 106, p. 331, note 4), J. C., 1906, p. 178; trib. civ. Tunis, 1re ch., 15 mars 1905, J. C., 1906, p. 445; trib. civ. Nice, 9 nov. 1904 et Aix, 1re ch., 24 janv. 1906, J. C., 1906, p. 829; trib. civ. Marseille, 19 juil. 1905 et Aix, 1re ch., 19 juil. 1906, J. C., 1907, p. 152; Pau, 1re ch., 12 juin 1906, Knowles, J. C., 1907, p. 156, précité à l'occasion du renvoi (v. n. 106, *loc. cit.*); trib. civ. Nice, 19 fév. 1906, J. C., 1906, p. 820; trib. civ. Seine, 2e ch., 1re sect., 26 avril 1907, J. C., 1907, p. 1132; Grenoble, 3 juil. 1907, D. P., 08. 2. 403; *id.*, 31 mars 1908, J. C., 1908, p. 337; trib. civ. Le Havre, 20 fév. 1908, J. C., 1908, p. 1161; Cass. civ. rej., 8 mars 1909, *Gaz. des trib.* du 28 mars et les conclusions de M. le procureur général Baudouin. Ce dernier arrêt, tenant pour incontestable la distinction entre les meubles et les immeubles, a appliqué à la partie mobilière de la succession la loi nationale du défunt en matière de retrait successoral.]

(2) [Trib. civ. Marseille, 19 juil. 1905 et Aix, 19 juil. 1906, J. C., 1907, p. 152.]

que la succession est réglée par la loi nationale du défunt même pour les immeubles situés dans un Etat dont la législation soumet la succession immobilière à la *lex rei sitæ* (1).]

La même solution est consacrée dans le traité franco-autrichien du 11 décembre 1866, art. 2, alin. 1 : « La succession aux immeubles sera régie par la loi du pays où les biens seront situés, et la connaissance de toute contestation relative à ces biens appartiendra aux tribunaux de ce pays ». Une disposition identique se retrouve dans les traités avec la Russie du 1er avril 1874, art. 10, alin. 1, et avec la Serbie, du 18 juin 1883, art. 8 (2). — On a voulu argumenter de ces conventions pour confirmer le système suivi par la jurisprudence : en effet, a-t-on dit, si la loi nationale du défunt pouvait s'appliquer à la transmission héréditaire de ses immeubles, on n'aurait pas stipulé l'application de la loi territoriale, puisque dans les traités on cherche principalement à favoriser les intérêts des individus appartenant aux nations contractantes, et non à restreindre les avantages qu'ils trouvent déjà dans la loi de l'autre pays. Nous répondrons qu'en concluant les traités précités on n'a pas eu l'intention de donner une interprétation légale : s'inspirant de la doctrine généralement reçue en France, les auteurs des traités n'ont fait que la reproduire, et leur manière d'agir prouve simplement qu'ils ont partagé l'erreur commune sur le véritable sens de l'art. 3 C. civ.

Pour les meubles, les auteurs, bien que voulant toujours être fidèles à l'ancienne doctrine, ne sont pas d'accord sur le point de savoir quelle est la loi qui en régira la transmission. Les uns, reprenant la fiction des statutaires, d'après laquelle les meubles sont réputés situés au domicile de leur propriétaire, appliquent la loi du dernier domicile du défunt. D'autres au contraire estiment, avec d'Argentré, que les règles des successions mobilières rentrent dans le statut personnel, et que ce n'était que pour expliquer l'application de la loi du domicile qu'on recourait jadis à la fiction

(1) [Cass. Turin, 26 fév. 1905, J. C., 1907, p. 509, et note développée de M. Anzilotti, in *Riv. di diritto internaz.*, 1905, p. 570 et suiv.

(2) V. aussi traités avec le Mexique, 27 novembre 1886, art. 6 ; avec la Suisse, 15 juin 1869, art. 5; Rép. Dominicaine, 9 septembre 1882, art. 6 ; Equateur, 12 mai 1888, art. 6. — [Pour l'application de la convention franco-russe, v. Aix, 1re ch., 13 déc. 1907, J. C., 1907, p. 1129, et pour une seule et même succession, trib. civ. Nice, 19 févr. 1906, J. C., 1906, p. 820 et la note ; Aix, 19 déc. 1906, J. C., 1907, p. 424 et les conclusions de M. l'avocat général Viulliez ; trib. civ. Nice, 6 mai 1908, J. C., 1908, p. 1177.]

d'après laquelle les meubles sont réputés situés au domicile du défunt. Or, disent-ils, aujourd'hui la loi nationale a remplacé celle du domicile pour régler le statut personnel (art. 3, alin. 3 C. civ.); c'est donc la loi nationale du défunt qu'il faut appliquer aux successions mobilières.

On appliquerait la même règle aux étrangers autorisés à fixer leur domicile en France (art. 13 C. civ.), parce que, bien qu'assimilés aux Français pour la jouissance des droits civils, ils n'en demeurent pas moins étrangers et régis par leur loi nationale pour tout ce qui touche au statut personnel.

En règle générale, la jurisprudence se prononce pour la loi du domicile : ainsi la succession mobilière d'un Français décédé à l'étranger sera régie par la loi du pays où le défunt était domicilié et non par la loi française (1).

Quant à l'étranger domicilié en France, on n'applique la loi française, pour régler la transmission de ses meubles, qu'autant qu'il a été autorisé à fixer son domicile dans notre pays; sinon, on applique la loi du pays où il est réputé avoir conservé son domicile, ce qui reviendra presque toujours à l'application de sa loi nationale (2). Cette solution est la conséquence de cette idée générale déjà exposée et réfutée, d'après laquelle l'étranger ne pourrait, sans autorisation, avoir en France qu'un simple domicile de fait. On a vu combien cette idée est erronée; on a pu constater aussi comment la jurisprudence se contredit elle-même en reconnaissant que le domicile non autorisé de l'étranger en France suffit pour attribuer compétence aux tribunaux français, relativement aux contestations portant sur la succesSsion, conformément à l'art. 110 C. civ. (3).

[La Cour de cassation vient tout récemment, dans son arrêt de rejet de la chambre civile en date du 8 mars 1909, d'affirmer cette jurisprudence constante en matière de retrait successoral et à l'occasion d'un Maltais établi en Algérie où il était décédé, mais n'y ayant point acquis, à défaut d'autorisation du gouvernement

(1) Cass., 27 avril 1868, D. P., 68. 1. 302. — Cass., 24 juin 1878, S., 78. 1. 429; 22 février 1882, S., 82. 1. 393.

(2) Arrêt Forgo, Cass., 5 mai 1875, D. P., 75. 1. 343; Bordeaux, même affaire sur renvoi, 24 mai 1876, D. P., 78. 1. 79; Cass. req., 8 mai 1894, J. C., 1894, p. 562. — Cpr. Alger, 2 fév. 1875, J. C., 1875, p. 275 et Paris, 9 juillet 1902, J. C., 1903, p. 181.

(3) Cass. req., 7 juillet 1874, D. P., 75. 1. 271; Bordeaux, 19 août 1879, J. C., 1880, p. 586.

français, son domicile légal. L'arrêt est intéressant, en ce qu'il déclare, à bon droit d'ailleurs, que la faculté d'exercer le retrait successoral étant inhérente à la qualité d'héritier, la loi qui régit la transmission de la succession des étrangers résidents est aussi celle qui règle l'exercice de cette faculté de retrait, quant à la partie mobilière de la dite succession : nous admettrions même qu'elle règle cette faculté quant à l'universalité de la succession.]

[Mais l'arrêt est encore intéressant, en ce qu'il applique à l'Algérie la distinction du domicile autorisé et de la résidence habituelle. Le pourvoi intenté contre l'arrêt de la cour d'Alger du 5 novembre 1904, sur lequel statue l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1909, soutenait que l'art. 2, § 2 de l'ordonnance du 16 avril 1843 a eu pour effet d'assimiler en Algérie la résidence habituelle au domicile, notamment en ce qui concerne la détermination de la loi de dévolution des successions mobilières délaissées par des étrangers. Mais, comme l'a fait remarquer avec juste raison M. le procureur général Baudouin dans ses conclusions, la rubrique même sous laquelle cette ordonnance a été promulguée : « Ordonnance qui rend applicable à l'Algérie sous les modifications y établies, le Code de procédure civile », indique expressément que la sphère d'application de cette ordonnance ne dépasse pas le domaine de la procédure civile. Sans doute l'art. 2, § 2 porte qu' « en Algérie la résidence habituelle vaut domicile ». Mais il suffit de rapprocher ce paragraphe 2 du paragraphe 1er, qui indique quels tribunaux doivent connaître des droits et actions ayant pris naissance en Algérie, pour se convaincre que cette assimilation de la résidence habituelle au domicile n'a trait qu'à la question de la compétence judiciaire. L'art. 2, § 2 n'a d'autre objet que de déroger à l'art. 59 du Code de pr. civ., qui veut que le défendeur soit cité devant le tribunal de son domicile. Et cette dérogation s'imposait. Les immigrants, assignés devant les tribunaux algériens auraient pu soutenir qu'ils étaient justiciables du tribunal du domicile qu'ils avaient conservé dans leur pays d'origine. L'ordonnance de 1843 a voulu déjouer ce calcul et l'art. 2, § 2 a autorisé l'assignation devant le tribunal de la résidence habituelle (1).]

(1) [Conclusions de M. le procureur général Baudouin, *Gaz. des Trib.* du 28 mars 1909; Cass. civ., 20 mai 1862, S., 62. 1. 201; Cass. req., 18 juillet 1892, D. P., 1892. 1. 489, et note M. B.; *Jurispr. gén.*, v° *Organisat. de l'Algérie*, n. 605 et suiv.; Audinet, *Rev. algér.*, 1887, 1. 219; Larcher, *Traité de législ. algér.*, t. II, § 690, p. 201.]

[Cela posé, faut-il admettre que la dévolution de la succession mobilière d'un étranger décédé en France sera régie par la loi française si cet étranger y avait un domicile autorisé au moment de son décès, tandis qu'elle sera régie par la loi nationale du défunt qui n'avait en France qu'un domicile de fait? D'après une jurisprudence constante, « qui a la force d'une immuable tradition », suivant l'expression de M. le procureur général Baudouin, le domicile du défunt ne peut déterminer la loi d'après laquelle s'opèrera la dévolution de ses biens qu'autant que ce domicile a été reconnu par le chef de l'Etat, conformément à l'art. 13 du Code civil (1). Cette jurisprudence a essayé elle-même de se disculper du reproche de contradiction qui lui a été adressé pour avoir admis la compétence du tribunal du domicile de fait du défunt, à l'effet de connaître de toutes les difficultés relatives à la dévolution de la succession. « Attendu, porte un jugement du tribunal civil du Havre du 22 août 1872 (S., 1872. 2. 314), que le tribunal ne voit aucun inconvénient à admettre que le domicile de fait puisse déterminer le lieu d'ouverture de la succession; mais qu'il faut se garder de tirer de cette prémisse une déduction qui n'est en aucune manière dans la volonté de la loi; que le lieu d'ouverture de la succession détermine la compétence du tribunal qui doit statuer sur l'action en partage; mais qu'il ne peut influer sur l'ordre de dévolution de la succession ni sur la règle qui doit présider à l'attribution des biens héréditaires ». La Chambre des requêtes n'a pas manqué de faire observer, dans son arrêt du 7 juillet 1875 (S., 1875. 1. 19), que si la compétence peut être déterminée par un domicile de fait dépourvu de toute autorisation gouvernementale, c'est qu'elle ne met pas en jeu la jouissance d'un droit civil et reste en dehors de la sphère d'application de l'art. 13. Il ne faut pas confondre, comme le disait en substance M. le rapporteur Alméras-Latour, les règles qui régissent le domicile, et par suite la compétence en matière de succession, et les règles qui déterminent entre étrangers ou entre Français et étrangers l'ordre des dévolutions successorales et la répartition entre héritiers de telle ou telle nature de biens.]

[Si l'on peut et l'on doit distinguer les règles de procédure et celles qui touchent au fond du droit, il reste à savoir s'il est logi-

(1) [Cass., 12 janv. 1869, D. P., 69. 1. 294, et S., 69. 1. 139; Paris, 24 juil. 1871, D. P., 72. 2. 65; Cass. civ., 5 mai 1875, D. P., 75. 1. 313; Req., 22 fév. 1882, D. P., 82. 1. 301; Req., 8 mai 1894, D. P., 94. 1. 335.]

que et rationnel de régler la dévolution des biens héréditaires d'après la loi du domicile du défunt lorsque celui-ci avait été admis à domicile et de lui appliquer sa loi nationale s'il n'a pas obtenu l'autorisation gouvernementale. M. le procureur général Baudouin trouve cela « parfaitement logique ». Quel est, en effet, demande-t-il, le caractère de l'admission à domicile de l'art. 13? Cette admission est le préliminaire, sinon indispensable, tout au moins habituel de la naturalisation; de telle sorte qu'elle cessera de produire des effets après cinq ans si l'étranger ne demande pas sa naturalisation ou si sa demande est rejetée. « L'admis à domicile est donc considéré comme un candidat éventuel à la naturalisation. Mais alors il y a tout lieu de penser que du moment qu'il manifeste, en se mettant en règle avec l'art. 13, le désir d'être incorporé à la nation française, c'est qu'il s'est approprié les mœurs françaises, qu'il y a entre lui et nos nationaux communion d'idées et de sentiments et que l'ordre présumé de ses affections est le même que le nôtre. Il est, par conséquent, parfaitement logique d'appliquer à la dévolution *ab intestat* de sa succession mobilière la loi française, puisque celle-ci se fonde sur l'ordre présumé de ses affections. Quant à celui qui n'est pas admis à domicile, rien n'autorise à penser qu'il ait l'intention de répudier sa qualité d'étranger. Il vit au milieu de nous sans que rien laisse supposer qu'il se soit assimilé nos manières de voir, de penser et que ses sentiments soient en harmonie avec l'ordre présumé de nos affections, tel qu'il est fixé par la loi française. Dans ces conditions, il serait tout à fait arbitraire d'appliquer nos lois successorales à la dévolution de ses biens héréditaires mobiliers, et il est plus logique de faire appel en ce cas à sa loi nationale ».]

[Soumettre à la loi nationale du défunt la dévolution de sa succession mobilière, et même immobilière, cela nous paraît de tous points excellent, alors même que l'étranger aurait été admis à domicile. Mais pourquoi repousser la même solution au cas où il n'aurait eu en France qu'un domicile non autorisé ? Les raisons qu'on allègue en faveur de l'application de la loi nationale au cas de domicile de fait, pour employer le langage de la jurisprudence, ne sont-elles pas aussi décisives au cas de domicile légal ? Vainement allègue-t-on que l'admission à domicile est comme le vestibule de la naturalisation : pourquoi le droit de transmission héréditaire, dont le défunt avait la *jouissance* aux termes de l'art. 13 et qui depuis la loi de 1819 appartient à l'étran-

ger même non admis à domicile, serait-il régi, quant à l'*exercice*, par la loi française? Si l'on admet l'affirmative quant à la dévolution des biens héréditaires mobiliers, pourquoi ne pas admettre que, de son vivant même, l'étranger admis à domicile sera régi, à tous les points de vue, par cette même loi? Pourquoi ranger dans une catégorie à part le droit de laisser une succession *ab intestat* et le soumettre seul à l'empire de la loi française? Appliquer la loi nationale à la dévolution de la succession mobilière de l'étranger décédé en France, au cas de domicile non autorisé, cela nous paraît logique ; non moins logique serait l'application de cette même loi au cas d'admission à domicile, car cette admission est le préliminaire de la naturalisation, mais n'en saurait d'ores et déjà conférer les avantages et entraîner l'application anticipée de la loi française; plus logique enfin serait à nos yeux l'application dans tous les cas de la loi nationale du défunt à la dévolution de l'universalité de ses biens, comme l'a admis l'art. 1er du projet de Convention élaboré en 1904 à la quatrième Conférence de La Haye.]

363. La règle suivie en ce qui concerne les successions mobilières peut être écartée pour deux causes.

1° Dans les traités, on stipule quelquefois que les successions mobilières seront régies par la loi nationale et non par celle du domicile (V. traité avec l'Autriche, 11 décembre 1866, art. 2, alin. 2; avec la Russie, 1er avril 1874, art. 10, alin. 2 (1); avec la Serbie, 18 juin 1883, art. 8, alin. 2) (2).

2° Le prélèvement autorisé par la loi du 14 juillet 1819, art. 2, peut aussi modifier la solution ordinairement appliquée. On a prétendu que les meubles, fictivement considérés comme situés au domicile de leur propriétaire, échappent à l'application de ce prélèvement toutes les fois qu'ils font partie de la succession d'une personne domiciliée à l'étranger ; en effet, dit-on, ils sont réputés situés au domicile du défunt et le prélèvement n'est permis que sur les biens qui se trouvent en France. Mais, en raisonnant ainsi, on n'a pas pris garde qu'il y avait lieu de distinguer deux questions : quelle est la protection que la loi française accorde aux héritiers français lésés par l'application de la loi étrangère, et, en second lieu, quelle est la loi applicable au règlement des successions mobilières ? Pour la première question, la loi française est seule applicable, car son but évident est de don-

(1) [Trib. civ. Nice, 6 mai 1908, J. C., 1908, p. 1177.]
(2) V. ci-dessus, p. 1037, note 2, autres traités.

ner aux héritiers français toutes les fois que cela est possible, c'est-à-dire quand il y a des biens en France, une compensation de l'exclusion totale ou partielle dont les frappe la loi étrangère eu égard à ce qu'il aurait obtenu d'après notre code civil. Le prélèvement, d'abord exercé sur les biens meubles ou immeubles situés en France, conformément à la loi française, pourra donc modifier l'application de la loi du domicile ou de la loi nationale du défunt, selon que l'on suit l'un ou l'autre de ces deux systèmes pour régler la succession mobilière ; il modifierait même l'application de la loi nationale pour les successions immobilières dans notre système, d'après lequel l'ensemble de l'hérédité est régi par la loi nationale du défunt. Décider le contraire serait faire dépendre la possibilité du prélèvement de cette circonstance de fait que le défunt a son domicile en France, alors que le but certain de la loi de 1819 est de l'autoriser à raison de la situation matérielle des biens en France. Même, étant donné le système de la jurisprudence d'après laquelle les étrangers n'ont de domicile en France que s'ils ont reçu l'autorisation dont parle l'art. 13, le prélèvement ne s'exercerait presque jamais, puisque cette autorisation est rarement sollicitée, et que les héritiers de l'étranger considéré comme ayant conservé son domicile dans son pays pourraient toujours alléguer que le mobilier est fictivement situé au domicile du défunt, soustrait par conséquent au prélèvement autorisé par la loi de 1819 (1).

Le prélèvement de la loi de 1819 ne peut être réclamé que par un héritier français venant à la succession de son chef et non par celui qui vient par représentation d'un étranger, puisqu'il n'a que les droits de ce dernier (2).

364. Le système suranné adopté par la jurisprudence française est d'ailleurs suivi dans presque tous les Etats dont les tribunaux se laissent encore dominer par l'influence de la tradition. Cependant une réaction commence à se manifester, grâce aux efforts des jurisconsultes modernes : la loi nationale du défunt a été déclarée applicable à l'ensemble de la succession, meubles et immeubles, par le tribunal du Havre, le 28 août 1872 (3), et par

(1) Cass., 27 août 1850, D. P., 50. 1. 257; Chambéry, 11 juin 1878, J. C., 1878, p. 611; Cass., 21 mars 1855, D., 55. 1. 137; Bordeaux, 18 janv. 1881, J. C., 1881, p. 431; Poitiers, 4 juil. 1887, *Le Droit*, 24 sept. 1887; Chausse, *Rev. crit.*, 1889, p. 248.

(2) Cass., 20 fév. 1882, S., 82. 1. 145.

(3) S., 72. 2. 313; Trib. fédéral suisse, 12 déc. 1889, J. C., 1890, p. 319.

le tribunal suprême de Madrid, le 6 juin 1873 (1), avant que le nouveau code civil espagnol consacrât cette solution dans l'art. 10-2°.

Les législations étrangères se partagent en quatre catégories : 1° Celles qui appliquent à la succession immobilière la loi de la situation, et à la succession mobilière celle du dernier domicile du défunt, comme en France, ou, parfois, la loi nationale : Belgique, Autriche, Roumanie, Hollande, Monaco, Angleterre, Suède, Pérou, Mexique [Grèce] (2); 2° Application à tous les biens de la succession, meubles ou immeubles, de la loi de la situation : Russie (3); 3° Application à tous les biens, mobiliers et immobiliers, de la loi du dernier domicile du *de cujus* : République Argentine, Chili (4); 4° Application de la loi nationale du défunt à tous ses biens : Allemagne (loi d'introduction du nouveau code

(1) J. C., 1874, p. 182 et p. 40-45; Trib. Francfort, 29 janv. 1883, J. C., 1884, p. 512 et la note; *Nouveau projet du code civil belge,* art. 6; Institut de Droit intern., session d'Oxford, 1880.

(2) [La loi civile hellénique de 1856 décide que la succession est régie par la loi nationale du défunt, à l'exception des immeubles situés en Grèce, qui restent soumis à la loi locale. Mais cette loi n'a modifié ni directement ni indirectement le traité gréco-russe du 12 juin 1850, dont l'art. 13, sans distinction entre les meubles et les immeubles, soumet à la loi du domicile du défunt toutes les contestations entre les différents prétendants ayant droit à la succession. Politis, J. C., 1908, p. 16, texte et note 2; Athènes, 1905, n. 1475, J. C., 1909, p. 555 et la note de M. Politis. La convention consulaire des 14-26 novembre 1881 entre la Grèce et l'Allemagne (art. 23) porte que « les droits de succession, ainsi que le partage des biens laissés par le défunt, seront régis par les lois de son pays » sans distinguer entre les meubles et les immeubles. La distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière a été confirmée par certaines conventions, notamment par la convention spéciale sur les successions mobilières avec l'Autriche (31 mai-12 juin 1856) et la convention consulaire avec la Turquie (2 avril 1901, art. 18).]

(3) [D'après une communication de la légation de Suisse à Saint-Pétersbourg, le législateur russe applique aux successions des étrangers les dispositions du droit russe et non celles de la loi du pays d'origine. *Journal de Genève,* 11 mars 1908 et J. C., 1908, p. 653.]

(4) V. cep. cour d'appel de Tacna, 24 oct. 1904, J. C., 1907, p. 186 : cet arrêt a décidé que les immeubles situés au Chili sont soumis à la loi chilienne alors même que les propriétaires en sont étrangers et ne résident pas sur le territoire chilien; la loi chilienne, exigeant une ordonnance d'envoi en possession pour que les héritiers puissent disposer d'immeubles successoraux, s'appliquera donc aux héritiers qui seraient saisis par leur loi nationale du seul chef de l'ouverture de la succession; le juge compétent pour ordonner l'envoi en possession s'agissant d'une succession ouverte à l'étranger, est le juge du domicile des héritiers quand ceux-ci ont un domicile sur le territoire chilien.]

civil, art. 24 et 25, remplaçant l'ancienne loi du domicile (1); Italie, Espagne, Serbie, canton de Zurich (2).

(1) [Trib. de l'empire allemand, 21 janv. 1888, J. C., 1890, p. 335; 27 avril 1893, J. C., 1894, p. 572; Trib. sup. de Bavière, 4 avril 1892, J. C., 1894, p. 576; Oberlandgericht de Darmstadt, 19 nov. 1883, J. C., 1884, p. 732. Cependant le 31 mai 1906, le tribunal de l'empire allemand a jugé que la succession d'un Autrichien décédé en Allemagne et partagée entre des Autrichiens et des Allemands doit être dévolue différemment suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles, les immeubles situés en Allemagne devant être dévolus d'après la loi allemande. J. C., 1908, p. 193; Cpr. Clunet, *Tables générales*, t. IV, v° *Succession*, p. 867, n. 42 et suiv.]

(2) Pour les détails des diverses législations, Champcommunal, *op. cit.*, p. 445 et suiv.; [Roguin, *Les successions*, t. I, 1908, p. 401-495. — Pour l'Italie, l'arrêt précité de la Cour de cassation de Turin en date du 27 février 1905 (J. C., 1907, p. 509), a affirmé que la succession est régie par la loi nationale du défunt, même pour les immeubles situés dans un Etat dont la législation soumet la succession immobilière à la *lex rei sitæ*. Cpr. Anzilotti, note sous cet arrêt dans *Riv. di diritto internaz.*, 1906, p. 570 et s. La cour d'appel de Milan, dans son arrêt du 21 mars 1905 (*Riv. di diritto internaz.*, 1906, p. 87 et J. C., 1906, p. 1236), a décidé, conformément au principe de l'unité de la loi qui régit la succession, que les effets de l'acceptation de la succession d'un étranger ouverte à l'étranger sont déterminés par la loi nationale du défunt; en conséquence, si le défunt était Italien, l'héritier sera, conformément au droit italien, tenu *ultra vires*, quand bien même la législation du pays où sont situés les biens et s'est ouverte la succession (le droit hongrois dans l'espèce), limiterait la responsabilité de l'héritier au montant des biens héréditaires. — En Egypte, d'après le code mixte de 1876 (art. 77) et d'après le code civil égyptien de 1883 (art. 44), les successions sont régies par la loi du pays du défunt, à l'exception du droit de succession sur la jouissance de biens vacants ou tributaires, qui est régi par la loi locale. Et par loi locale, les codes n'entendent pas seulement la loi musulmane d'après le rite anafite, mais toute autre loi exceptionnellement en vigueur en Egypte entre personnes déterminées, comme la loi consacrée pour les orthodoxes grecs : d'où, la conséquence que c'est la loi byzantine qui est considérée comme loi locale pour le règlement de la succession d'un chrétien orthodoxe sur les immeubles situés en Egypte, fussent-ils compris dans la catégorie des biens tributaires. Cour d'appel de Patras, 1905, n. 415, J. C., 1909, p. 554 et la note de M. Politis. La cour d'Alexandrie a jugé, le 25 avril 1906 (J. C., 1907, p. 493), qu'aux termes de l'art. 77 de la loi mixte et sauf les exceptions qui y sont prévues, les successions même immobilières sont régies par la loi nationale du défunt et qu'en conséquence et par application du droit hellénique, la veuve qui se remarie perd, au profit des enfants de son premier mariage, la nue propriété du quart dont elle avait hérité de son premier mari, pour n'en conserver que l'usufruit; mais que, dans le système de la loi mixte, la résolution de son droit de propriété ne peut préjudicier en Egypte à ses créanciers hypothécaires de bonne foi, dont l'hypothèque continue à subsister.]

§ III. *Application du système théorique et du système suivi dans la pratique aux principales matières concernant la transmission des biens par succession* ab intestat.

365. Tous les points qui vont être examinés sont réglés, dans notre opinion, par la loi nationale du défunt, et, dans l'opinion courante, par la loi du domicile du défunt pour les meubles, par celle de la situation des biens pour les immeubles.

Ainsi, la loi nationale du défunt déterminera les causes d'ouverture de la succession; mais parfois ces causes pourront ne pas être reconnues en pays étranger parce qu'elles sont contraires à l'ordre public local; telles seraient, en France, la mort civile et l'entrée en religion. La même loi règlera aussi les présomptions de survie lorsque plusieurs personnes, appelées à se succéder réciproquement, périssent dans un même événement (art. 720-722 C. civ.). Toutefois, si les *commorientes* sont de nationalité différente et si leurs lois nationales sont contradictoires relativement aux présomptions de survie, il y aurait arbitraire à se prononcer pour l'une plutôt que pour l'autre de ces législations : aussi écartera-t-on toute présomption et cherchera-t-on à établir, uniquement par les circonstances de fait, quel est celui des *commorientes* qui a survécu, sauf à décider qu'aucun d'eux ne peut être considéré comme héritier, lorsqu'on ne peut prouver l'ordre des décès.

La loi nationale du défunt déterminera aussi l'ordre des successions : c'est elle qui nous dira s'il y a fente du patrimoine, privilège du double lien, quand et comment se fait la représentation, dans quels cas ont lieu les successions anomales (1).

Pour la capacité des héritiers, deux points doivent être distingués. La loi nationale du défunt fixera quelles sont les personnes qui sont appelées à succéder; par exemple, il faudra la consulter pour savoir si les enfants légitimés, naturels, adoptifs héritent et pour déterminer la part qui leur revient. Mais cette première question étant résolue, il faut rechercher si les héritiers sont valablement légitimes, reconnus ou adoptés; or, cette deuxième question se rattache à l'état des héritiers et dépend par conséquent de leur propre loi nationale. Ainsi la loi française, si le défunt est

(1) Du moins quand le retour successoral a le caractère d'une véritable succession, comme dans notre code civil : il faudrait suivre la loi présomptivement acceptée par les parties si le retour avait, d'après cette loi, le caractère d'une condition de la donation.

Français, appelle à la succession les enfants naturels reconnus et légitimés; lorsque ces derniers seront étrangers, ils pourront valablement se prévaloir en France d'une reconnaissance forcée obtenue en justice contre leur père, dans leur pays, ou d'une légitimation par rescrit du prince, si leur loi nationale autorise la recherche de la paternité naturelle et ce mode de légitimation. On voit, par ce qui précède, qu'il est inexact d'affirmer, d'une manière absolue, comme on le fait souvent, que la capacité des héritiers est déterminée soit par leur loi nationale, soit par celle du défunt; chacune de ces lois a son champ d'application bien distinct.

Cela nous amène à préciser la différence entre deux points de vue trop souvent confondus : la capacité de l'héritier, tenant à son état juridique personnel et réglée par sa loi nationale, d'une part, et, d'autre part, l'ensemble des qualités requises pour succéder, que l'on appelle quelquefois, à tort, la capacité de succéder, ce qui prête à confusion, bien que le code civil lui-même ait écarté cette expression équivoque en donnant pour rubrique au chapitre II du titre I, livre III : « Des qualités requises pour succéder ». Ces qualités sont uniquement fixées par la loi qui régit la succession, c'est-à-dire, dans l'opinion que nous avons adoptée, par la loi nationale du défunt, puisque c'est elle qui indique quelles sont les personnes qui sont appelées à succéder et qui, par conséquent, est juge des qualités qu'elles doivent avoir pour hériter. C'est donc cette loi qui nous dira si un enfant, non encore né, un enfant conçu, peut hériter, c'est-à-dire a la qualité requise pour succéder. Car ce n'est que bien improprement que l'on peut parler de la *capacité* de succéder d'un enfant qui n'a pas encore vu le jour, et la loi nationale de cet enfant est donc hors de cause. Elle ne reprendrait son empire que pour fixer l'état de cet enfant, c'est-à-dire pour décider s'il est déjà conçu, donc juridiquement existant, ou pour fixer la capacité proprement dite de l'héritier, par exemple son aptitude à prendre un parti quant à la succession ouverte (1).

La vocation successorale établie par la loi étrangère devrait être

(1) C'est la distinction très juste des auteurs allemands entre la *Rechtsfähigkeit* et la *Handlungsfähigkeit*, cette dernière étant la seule capacité proprement dite réglée par la loi nationale de l'héritier. [En matière de succession, le mot *Erbfähigkeit* désigne l'aptitude à devenir héritier.] — V. A. Rolin, *Principes*, II, n. 736; Lainé, à propos de la troisième Conférence de La Haye, *Rev. crit.*, 1902, p. 291 et suiv.; [*id.*, à propos de la quatrième Conférence, J. C., 1906, p. 291-295.]

écartée si elle était contraire à l'ordre public local, par exemple celle du maître pour succéder à son esclave (1), ou même celle des enfants incestueux et adultérins au delà de la part alimentaire qui leur est reconnue. Mais l'ordre public ne saurait être compromis par la vocation des enfants naturels, même en qualité d'héritiers légitimes (V. loi du 25 mars 1896), ni par le droit d'aînesse, ni par la vocation héréditaire des fils à l'exclusion des filles (2).

Dans la pratique, on fait dépendre l'aptitude à succéder de la loi de la situation quant aux immeubles, et de la loi du dernier domicile du défunt quant aux meubles, sans se soucier des résultats bizarres et inconciliables auxquels on aboutit ainsi (3).

Pour la succession entre époux, il faut bien se garder de confondre la vocation héréditaire qui est déterminée par la loi nationale du défunt, avec les droits du conjoint survivant qui dépendent de la loi présomptivement acceptée par les conjoints pour régler leur régime matrimonial (4).

Du reste, les exclusions prononcées par la loi du défunt contre certains héritiers ne seraient plus admises si elles étaient contraires à l'ordre public territorial : telle serait, dans un pays qui ne l'admet pas, la mort civile venant d'une condamnation (5) ou de l'entrée en religion; telle serait aussi l'incapacité frappant certaines personnes à cause de leur croyance religieuse, dans un pays qui consacre la liberté de conscience (6).

Quant à l'indignité, elle constitue, dit-on, une modification de la capacité des héritiers : elle est donc régie par la loi nationale

(1) Tunis, 21 fév. 1889, J. C., 1889, p: 675; Cpr. Alger, 4 mars 1888, *Rev. alg. et tunis.*, 89. 2. 233; Chausse, *Rev. crit.*, 1890, p. 397.

(2) Cpr. Cass., 18 juil. 1859, S., 59. 1. 822.

(3) Cass., 31 mars 1874, S., 74. 1. 246, et D. P., 1874. 1. 229.

(4) V. Renault, *Rev. crit.*, 1883, p. 730; Alger, 24 déc. 1889, J. C., 1891, p. 1171. — Cf. Milhaud, *De l'application dans les rapports internationaux de la loi du 9 mars 1891 sur les droits du conjoint survivant,* J. C., 1896, p. 495 et suiv. [Nos tribunaux s'efforcent d'établir nettement la distinction, souvent délicate, des questions de succession et de régime matrimonial. V. Trib. Tunis, 5 juin 1907, J. C., 1908, p. 143, et J. C., 1907, quest. 158, p. 93; Trib. civ. Marseille, 3e ch., 12 juil. 1907, J. C., 1908, p. 831 et la note; Grenoble, 1re ch., 3 juil. 1907, D. P., 1908. 1. 403, et J. C., 1908, p. 831 et la note. — Cpr. Haute Cour de justice, *Chancery Division,* 15 fév. 1908, J. C., 1908, p. 1207.]

(5) Il est vrai que l'incapacité de succéder résulte en France de certaines condamnations d'après la loi du 31 mai 1854 : mais il y aurait lieu d'appliquer ici la solution déjà signalée pour les incapacités résultant des condamnations prononcées à l'étranger. V. n. 196, p. 612-614.

(6) Cass., 26 fév. 1873, D. P., 73. 1. 208.

de ces derniers, sauf à appliquer, au minimum, les causes d'indignité indiquées par la loi locale et qui sont toutes d'ordre public pour elle (1).

Tout en acceptant cette dernière restriction, nous pensons que l'indignité doit être fixée par la loi nationale du défunt : cette loi détermine, en effet, les héritiers ; or l'indignité est précisément la déchéance de la qualité d'héritier (2).

C'est la loi nationale du défunt qui décidera quand, par qui et comment le rapport doit être fait. Le rapport est, en effet, fondé sur une interprétation de la volonté du défunt qui, on le suppose, n'a voulu faire un don à ses héritiers que comme avancement d'hoirie, et qui peut écarter cette présomption par la clause de préciput, en vertu de laquelle l'héritier cumule la donation et sa part héréditaire jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Il est donc naturel d'appliquer la loi à laquelle le défunt s'est vraisemblablement référé ; tandis qu'en suivant la doctrine classique, si le défunt laisse des biens dans différents pays et que les lois de ces pays n'imposent pas toutes le rapport, on devra admettre que la personne décédée n'a voulu faire qu'un avancement d'hoirie pour les biens situés dans un Etat, une donation proprement dite, susceptible d'être cumulée avec la part héréditaire, pour ceux qui se trouvent dans un autre! Peut-on raisonnablement scinder la volonté du défunt qui est essentiellement une et indivisible (3)?

Cependant les règles d'ordre public, établies dans l'intérêt du crédit des tiers par la loi du pays où les biens de la succession sont situés, pourront modifier les effets du rapport tels qu'ils résultent de la loi nationale du défunt. Ainsi en France le rapport a un effet rétroactif et fait tomber tous les droits réels consentis par le donataire sur le bien rapporté (art. 865) : au contraire, le code civil italien (art. 1016) impose le rapport en moins prenant pour assurer le maintien des droits établis par le donataire et sauvegarder l'intérêt des tiers; aussi ne pourrait-on invoquer en

(1) [Weiss, *Traité*, t. IV, p. 555, et *Man.*, 6e édit., 1909, p. 580-581.]

(2) [Lainé, J. C., 1906, p. 282; Brocher, *Cours de dr. int. pr.*, t. I, p. 413; Rolin, *Principes de dr. int. pr.*, t. II, n. 738. Cpr. Roguin, *Succ.*, t. I, p. 152 et s.]

(3) Cpr. Cass., 2 août 1884, J. C., 1885, p. 77; 16 mars 1880, *id.*, 1880, p. 195; Cass. req., 28 juin 1882, J. C., 1882, p. 415; [Trib. civ. Seine, 1re ch., 27 déc. 1906 (S.M. Don Alphonse XIII de Bourbon et d'Autriche contre consorts del Drago et autres), J. C., 1907, p. 770. V. Clunet, *Tables générales*, t. IV, vo *Succession*, p. 796.]

Italie l'art. 865 de notre code civil, même pour les immeubles dépendant de la succession d'un Français.

Enfin, malgré les raisons plus ou moins bonnes au moyen desquelles on essaie de le justifier comme mesure d'intérêt général, par exemple le désir d'éviter les difficultés dans les partages, le retrait successoral ne peut pas être considéré comme d'ordre public international : il est, en effet, admis, que les intéressés peuvent y renoncer par convention spéciale (1).

[La question de savoir quelle est la loi applicable au retrait successoral s'est posée tout récemment devant la Cour de cassation et a été résolue, par arrêt de rejet de la chambre civile en date du 8 mars 1909, en ce sens que le droit d'exercer le retrait successoral étant inhérent à la qualité d'héritier, la loi qui régit la succession des étrangers résidents est aussi celle qui règle l'exercice de ce droit de retrait quant à la partie mobilière de la succession. C'est la première fois, comme l'a constaté M. le procureur général Baudouin dans ses remarquables conclusions qui, sur ce point, sont aussi lumineuses que décisives, que la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur les règles applicables au retrait successoral à l'égard de la succession d'un étranger décédé en France où il avait sa résidence.]

[Les faits étaient des plus simples. Charles Greck, propriétaire et négociant à Constantine (Algérie), était décédé en cette ville le 15 juillet 1896, laissant une succession dont l'actif s'élevait à près de six cent mille francs, à partager entre dix-huit héritiers. Il était de nationalité maltaise. Il résidait en Algérie depuis 1860; il y avait contracté mariage avec une Française, y avait exercé son commerce et réalisé d'importantes acquisitions immobilières; mais il n'avait pas été admis à domicile par le gouvernement français, conformément à l'art. 13 du Code civil. Tous ses héritiers étaient Maltais, comme lui-même. Deux de ses nièces, la dame Sultana et la dame Abela, cédèrent, par acte authentique du 26 août 1901, leurs droits successifs à un sieur Attard, négociant à Constantine, qui, à son tour, par acte du 21 décembre suivant, rétrocéda la moitié de ses droits à un limonadier de Constantine, François Sultana. Attard et François Sultana étaient l'un et l'autre complètement étrangers à la succession à laquelle

(1) Cass., 15 mai 1844, S., 44. 1. 605; Cass., 28 juin 1836, D., v° *Successions*, n. 1881 et 1891 ; [Cass. civ. rej., 8 mars 1909, *Gaz. des Trib.* du 28 mars et les conclusions de M. le procureur général Baudouin.]

ils n'avaient droit qu'en vertu de la cession à eux consentie. Les actes de cession du 26 août 1901 et du 21 décembre suivant furent notifiés aux héritiers du sang le 13 février 1902. Le 18 mars suivant, deux des héritiers de Charles Greck, César Greck et Marie Gueita, veuve Sibou, neveu et nièce du défunt, signifiaient à Attard et à François Sultana leur volonté d'opérer le retrait successoral dans les termes de l'art. 841 du Code civil.]

[Attard et Sultana résistèrent à cette prétention. Ils opposèrent une fin de non-recevoir tirée de ce que le retrait devait être exercé suivant la loi maltaise et qu'il était dès lors tardif, l'art. 615 de l'ordonnance n. 7 de 1868 de l'île de Malte limitant à un mois, à compter de la notification de la cession, le délai dans lequel le retrait peut être exercé. Or, la notification de la cession était du 13 février 1902 et celle du retrait du 18 mars seulement. Le tribunal de Constantine a, par jugement du 21 juillet 1903, écarté la fin de non-recevoir. Il a déclaré que la loi française s'appliquait incontestablement aux immeubles de la succession sis en France; que l'exercice du retrait était indivisible de sa nature et que, dès lors, il devait s'étendre à la succession tout entière, aussi bien aux meubles qu'aux immeubles. Il a ajouté que l'art. 841 du Code civil admettait l'exercice du retrait tant que le partage n'était pas consommé; que, dans l'espèce, le partage n'était pas effectué lors de la signification de César Greck et de la veuve Sibou, et que, dès lors, ceux-ci étaient recevables à exercer le retrait conformément à la loi française.]

[Sur appel, ce jugement fut infirmé. La cour d'Alger, par arrêt du 5 novembre 1904, distinguant entre la partie mobilière et la partie immobilière de la succession, a appliqué la loi française à la seconde, la loi maltaise à la première, et déclaré qu'à l'égard de celle-ci, la fin de non-recevoir était à bon droit opposée. C'est contre cette dernière partie de l'arrêt que fut dirigé le pourvoi : il comportait un moyen unique, mais qui se subdivisait en deux branches. Il soutenait en premier lieu que, s'agissant d'un étranger qui avait transporté en Algérie d'une façon complète et permanente le siège de ses affaires, la loi française était seule applicable à sa succession mobilière aussi bien qu'à sa succession immobilière. Il prétendait, en second lieu, qu'à supposer que la loi maltaise régisse la dévolution de la succession mobilière, le retrait successoral est une opération de partage qui doit être réglée par la loi du lieu de l'ouverture de la succession; quelle que soit la loi applicable à la dévolution des biens. Nous avons examiné le pre-

mier aspect de la question et examiné les conclusions de M. le procureur général Baudouin (').]

[Sous le second aspect qui concerne le retrait successoral, la question se ramène à ces termes : étant admise l'application de la loi maltaise à la dévolution de la succession mobilière de Greck, le retrait successoral doit-il être, comme le soutenait le pourvoi, soumis à la loi française en tant qu'il aurait le caractère d'une opération de partage? Sans doute, en l'absence de toute manifestation de volonté de la part des intéressés, les règles de forme et les effets du partage sont fixés, en principe, par la loi du lieu où ce partage est effectué. Mais assimiler le retrait successoral à une pure opération de partage, c'est se méprendre sur le caractère juridique de cette institution. Le retrait s'applique au cas où l'un des cohéritiers a vendu à un tiers la totalité ou une partie de ses droits successifs : il donne aux autres cohéritiers le droit d'écarter ce tiers des opérations du partage et de prendre à son compte le bénéfice de la cession en remboursant au cessionnaire le prix qui a été effectivement versé. D'ailleurs, le retrayant, en vertu de l'art. 841, est subrogé aux droits du retrayé, « il se substitue en ses lieu et place dans la succession cédée », suivant les termes de l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 27 janvier 1892 (S., 93. 1. 17). « Par suite de cette subrogation, dit très bien M. le procureur général Baudouin, l'opération se présente donc, en dernière analyse, comme une cession de droits successifs consentie par l'un des cohéritiers, soit à tous les autres collectivement, soit à quelques-uns d'entre eux ou même à un seul, suivant le nombre des successibles qui ont exercé le retrait ». Est-ce là une opération de partage ?]

[Non, répond avec juste raison le savant procureur général. D'une part, le retrait successoral suppose nécessairement que le cédant a trafiqué de sa qualité d'héritier, qu'il s'est dessaisi de sa vocation héréditaire à prix d'argent et que c'est également cette vocation héréditaire qui vient se fixer, par le jeu de l'art. 841, sur la tête de celui qui exerce le retrait. Désormais, le retrayant fera valoir un double droit dans la succession : celui qu'il tient de la loi à titre d'héritier et celui qu'il a acquis du chef du cédant. Il prendra dans la succession une double part et empêchera la transmission à un tiers non successible d'une quote-part de l'hérédité

(') [V. ci-dessus, n. 362, p. 1040-1042, et la première partie des conclusions de M. le procureur général Baudouin, *Gaz. des Trib.* du 28 mars 1909, p. 289-290.]

à laquelle il est étranger. Une telle mesure n'affecte-t-elle pas au premier chef la dévolution des biens et, touchant au fond même du droit, n'est-elle pas intimement liée au régime des successions? Ne serait-il pas, dès lors, souverainement irrationnel de soumettre la partie mobilière de la succession à deux lois différentes, à la loi française pour l'exercice du retrait et à la loi nationale du défunt pour la dévolution des biens? Comme l'a dit très exactement M. Weiss, la loi qui régit la succession a seule qualité pour prendre une mesure de la nature du retrait : celle qui est en vigueur au lieu du partage n'a aucune qualité pour se substituer à elle (1).]

[D'autre part, le retrait successoral est une institution établie pour écarter des opérations du partage les étrangers qui chercheraient à s'y immiscer en y apportant un esprit de spéculation et des intentions indiscrètes. Cette faculté d'exclusion a été édictée en faveur des seules personnes qui tiennent de la loi ou de la volonté du défunt leur droit sur l'actif héréditaire. Elle ne peut être exercée qu'à l'encontre de ceux qui n'ont de titres à intervenir au partage qu'en vertu de la cession à eux consentie. Mais, cette qualité de successible, qui la détermine, si ce n'est la loi qui règle la dévolution des biens? C'est elle qui nous dit quels sont les successibles, et par suite, ceux qui, à ce titre, peuvent exercer le retrait. C'est encore elle qui nous fait connaître ceux qui sont étrangers à la succession et ceux qui, au cas d'achat de droits successifs, s'exposent à être privés du bénéfice de cette opération. « Quel que soit, par suite, conclut l'éminent magistrat, le point de vue auquel on se place, qu'on envisage le caractère ou les effets du retrait, ou qu'on considère plus spécialement au profit de qui ou contre qui il a été institué, on en arrive invariablement à cette conclusion que c'est la loi qui fixe le régime des successions qui règle également les conditions d'exercice de cette faculté d'exclusion ».]

[La force de cette argumentation nous paraît irrésistible, comme se plaît à le dire M. le procureur général Baudouin. Il n'en est pas de même, à nos yeux, d'un autre argument invoqué par le même auteur. Pour soutenir que le retrait n'est pas une opération de partage, on a mis en avant la jurisprudence constante de la Cour de cassation, encore affirmée par l'arrêt du 11 janvier 1909 (D. P., 1909. 1. 81), mais très contestable et vivement contestée, notam-

(1) [Weiss, *Traité,* t. IV, p. 655.]

ment par M. Planiol dans une note très pénétrante sous l'arrêt précité, à savoir que, pour qu'une opération présente le caractère d'un partage, il faut qu'elle fasse cesser l'indivision à l'égard de tous. Or, dit-on, la cession de droits successifs à un tiers, suivie de l'exercice du retrait successoral, n'a pas pour effet de faire cesser l'indivision à l'égard de tous, car s'il est vrai que le cédant primitif perd en échange du prix qu'il reçoit tout droit dans la masse indivise constituée par l'universalité héréditaire, celle-ci demeure entière à l'égard de tous les autres successibles et notamment à l'égard du retrayant, qui, devenu propriétaire de deux parts, celle qu'il tient de la loi à titre d'héritier et celle que lui fait acquérir le retrait, n'en reste pas moins dans l'indivision à l'égard des autres héritiers. Donc, si le retrait successoral s'exerce à l'occasion du partage, il n'est pas lui-même une opération du partage qu'il précède, sans mettre fin à l'indivision entre tous. Sans pouvoir discuter ici cette thèse juridique, nous faisons à son égard les plus expresses réserves et nous n'invoquons pas ce troisième argument en faveur de l'opinion qui soumet le retrait successoral à la loi de dévolution héréditaire (1).]

[Reste à savoir si la loi française ne s'imposerait pas, le retrait successoral devant être considéré comme une institution d'ordre public. Deux arrêts anciens de la Cour de cassation ont affirmé, mais non démontré, « qu'il importait à la morale et à l'ordre public que des spéculateurs étrangers à la succession ne soient pas associés aux secrets des successibles et admis à pénétrer dans le secret des familles » (Cass., 28 juin 1836, *Jurisp. gén.*, v° *Succession*, n. 1891 ; S., 1836. 1. 252), d'où la conséquence que l'héritier qui a exercé le retrait successoral ne peut être contraint de leur communiquer le bénéfice de cette opération, le but voulu par la loi pouvant être atteint aussi bien par un seul cohéritier que par tous ; et que « le retrait successoral repose sur des motifs d'ordre public et qu'aucune stipulation entre le cédant et le cessionnaire ne peut soustraire celui-ci à son application », d'où la consé-

(1) Jurisprudence constante. V. *Jurispr. gén., Nouveau Code civil annoté,* art. 883, n. 145 ; Cass. civ., 10 nov. 1862, D. P., 62. 1. 470 ; Cass. req., 8 mars 1874, D. P., 76. 1. 369 ; Cass. civ., 23 avril 1883, D. P., 85. 1. 19 ; Cass. civ., 19 mai 1885, D. P., 87. 1. 13 ; Cass. civ., 17 nov. 1890, D. P., 91. 1. 25 ; Cass. civ., 4 mars 1891, D. P., 91. 1. 313 ; Cass. civ., 26 janv. 1895, S., 95. 1. 481 ; *Sic,* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions,* t. II, 3e éd., n. 2133 ; Huc, *Code civil,* t. V, p. 540. En matière de licitation, Cass. civ. rej., 11 janv. 1909, D. P., 1909. 1. 81, et les autorités citées en note. — *Contra* Planiol, dissertation dans D. P., 1909. 1. 81.]

quence que rien ne s'opposait à ce que le cessionnaire fût exclu de la succession par le cédant aussi bien que par les propres héritiers de celui-ci, en vertu de l'art. 841 (Cass., 15 mai 1844, *Jurisp. gén.*, v° *Succession*, n. 1881 ; S., 1844. 1. 275 ; *Contrà* Cass. civ., 27 juin 1832, *Jurisp. gén.*, v° *Succession*, n. 1893). Mais, faut-il s'incliner à jamais devant deux arrêts, l'un presque, l'autre plus que septuagénaire, qui ont affirmé sans preuve le caractère d'ordre public de la faculté de retrait, dans des hypothèses d'ailleurs très spéciales? Tous les auteurs, avec une unanimité frappante, critiquent et condamnent l'institution du retrait successoral, admise par nos anciens Parlements, notamment par celui de Paris, comme une extension assez malencontreuse du retrait litigieux consacré par les constitutions *per diversas* et *ab Anastasio* (L. 22 et 23, C., *Mandati*, IV, 35). Singulière disposition d'ordre public, s'écrie M. le procureur général Baudouin, que celle qui apparaît aux yeux de tous comme une erreur législative dont la disparition s'impose (1) !]

[Les travaux préparatoires n'accusent pas l'intention de considérer l'art. 841 comme une disposition d'intérêt général. Le tribun Chabot, dans son rapport au tribunat, se contenta de dire qu'il est de l'*intérêt des familles* qu'on n'admette pas à pénétrer leurs secrets et qu'on n'associe pas à leurs affaires des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires ». C'est alléguer un intérêt privé au premier chef, bien loin de viser un intérêt d'ordre public. L'intérêt général proteste énergiquement contre cette expropriation pour cause d'utilité familiale, comme l'ont qualifiée MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl. Ce qui est conforme à l'ordre public international, ont justement dit M. Laurent et M. Weiss (2), c'est la suppression du retrait successoral : les législations qui ne l'admettent pas ou qui en réduisent l'exercice s'imposent dans toute l'étendue du territoire où elles exercent leur empire, sans que jamais on puisse s'y prévaloir à leur encontre des dispositions de la loi nationale du défunt. Et cette opinion répond si bien au sentiment unanime que la doctrine et la jurisprudence admettent qu'en France même les cohéritiers ont le droit de renoncer au

(1) Aubry et Rau, 4e édit., t. IV, p. 516; Laurent, *Principes de droit civ.*, t. X, § 341, p. 370 et *Droit civ. internat.*, t. VII, § 26, p. 42; Huc, t. V, § 319; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. III, § 2579; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 654.]

(2) [Laurent, *Droit civ. intern.*, t. VII, p. 44 ; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 655.]

bénéfice exorbitant de l'art. 841 (1). Cet article n'étant pas une disposition d'ordre public, rien ne s'oppose à ce qu'une loi étrangère régisse en France l'exercice du retrait successoral. Ce retrait devant être soumis à la loi qui règle la dévolution de l'hérédité, il faut lui appliquer la loi française autant qu'il s'exerce sur des immeubles situés en France et la loi nationale du défunt, dans l'espèce la loi maltaise, lorsqu'il porte sur des valeurs mobilières, d'après le système de la jurisprudence.]

[Il va de soi que les raisons alléguées en ce sens commanderaient l'application à la cession de droits successifs, qui est un acte unique, d'une loi unique, celle qui devrait régler la dévolution de l'universalité des biens héréditaires, c'est-à-dire non pas la loi française, comme le soutenait le pourvoi, mais la loi nationale du défunt, que l'arrêt de cassation du 8 mars 1909 n'a pu encore se résoudre à appliquer à l'ensemble de l'hérédité. Dans le système de la jurisprudence affirmé par la cour d'Alger et par la Cour de cassation, une ventilation fort délicate s'impose, le retrayant devant rembourser seulement la partie du prix afférente à la cession que le cohéritier a faite au retrayé de ses droits dans la partie immobilière de la succession. Ces difficultés pratiques existent. Mais elles ne sont pas spéciales à l'hypothèse : elles se sont présentées dans le cas où le conjoint survivant cède à un seul cessionnaire et pour un prix unique tout à la fois ses droits indivis dans la succession de son conjoint prédécédé et ses droits dans la communauté conjugale ; or, le retrait successoral, droit exceptionnel, ne s'appliquant pas à la cession de droits indivis dans la communauté conjugale, et le retrayant ne pouvant exercer le retrait que relativement aux droits successoraux, il faudra procéder à une ventilation pour faire apparaître la part du prix total afférente à la cession des droits successifs (Cass. civ., 12 déc. 1894, D. P., 1895. 1. 286 et la note). De même, dans l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt de la chambre civile du 14 décembre 1908 (Cass. civ., 14 déc. 1908, S., 1908. 1. 497), il s'agissait des héritiers d'un père commun qui s'était marié deux fois et avait laissé des enfants de ses deux mariages. La succession de la première femme, celle du père commun et la communauté ayant

(1) [Laurent, *Droit civ. intern.*, t. VII, p. 44 ; *Principes de dr. civ.*, t. X, p. 342 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions,* t. III, n. 269 et suiv. ; Cass. civ. rej., 26 janv. 1887, D. P., 1887. 1. 275; Cass. req., 20 juil. 1893, D. P., 1893. 1. 592 ; *Jurispr. gén., Nouveau Code civ. ann.*, art. 841, n. 280 et suiv., n. 303 et suiv.]

existé entre eux étaient demeurées indivises. Des enfants du premier lit avaient cédé leurs droits dans les deux successions moyennant un prix unique à un seul cessionnaire. Un descendant du second mariage, qui, en cette qualité, avait des droits dans la succession du père commun, mais non dans celle de la première femme de celui-ci, prétendait exercer le retrait successoral contre le cessionnaire pour la cession entière en lui remboursant le prix intégral. Ce droit lui appartenait-il, ou devait-il être limité à la cession en tant qu'elle portait sur la succession du père commun, à l'exclusion des droits du cédant dans la succession de la première femme de celui-ci? La Cour de cassation s'est prononcée pour le retrait partiel, et pour en déterminer l'étendue, a dit qu'il y aurait lieu de procéder à une ventilation préalable pour déterminer la valeur représentative des droits successifs, qui, seuls, sont passibles du retrait (*Gaz. des Trib.* du 15 mai 1909).]

[En droit, il n'est pas surprenant, déclare M. le procureur général Beaudouin, que le retrait soit soumis à deux lois différentes, suivant que le droit successif sur lequel il s'exerce est mobilier ou immobilier; c'est la conséquence nécessaire de l'art. 3 du Code civil, qui impose un régime spécial aux immeubles sis en France et décide que tout ce qui les concerne est de statut réel et doit être régi par la loi française. Cette disposition a pour effet de soumettre en France la succession des étrangers à deux lois différentes; la loi française pour les immeubles sis en France et dépendant de la succession du défunt, celle de son domicile légal pour le reste de ses biens. L'hérédité n'est-elle pas cependant le patrimoine qu'une personne laisse à son décès? N'est-ce pas une universalité de droits, c'est-à-dire un tout unique? Le droit successif, objet de la cession suivie de retrait, ne représente d'ailleurs qu'une quote-part de cette hérédité et, dès lors, il est parfaitement raisonnable de lui appliquer le même traitement qu'à la succession tout entière, c'est-à-dire de faire appel, conformément à l'art. 3 en tant qu'il s'agit de régler la dévolution des immeubles sis en France, à la loi française, de recourir pour le reste à la loi étrangère » (1).]

[Ces déductions sont parfaitement logiques. On ne peut contester que le principe même dont elles sont tirées. De ce que la succession est un tout unique, nous concluons qu'elle doit être régie

(1) [Conclusions de M. le procureur général Beaudoin, *Gaz. des Trib.* du 28 mars 1909, p. 290-291.]

par une loi unique et qu'il faut faire la dévolution et admettre le retrait à l'égard de tous les biens, mobiliers ou immobiliers, qui la composent, conformément à la loi nationale du défunt. L'art. 3 n'a certainement pas, si l'on en prend les termes à la lettre, la portée qu'on lui attribue, et l'esprit du Code civil est révélé par l'art. 732, qui déclare que « la loi ne considère ni *la nature* ni l'origine des biens pour en régler la dévolution ». Disposition de droit interne incontestablement, cette déclaration de principes indique la pensée du législateur, et commande la règle de conduite qui doit présider aux rapports internationaux en matière de succession. Mais il est probablement téméraire d'espérer un revirement de jurisprudence avant l'adoption sans doute prochaine du projet de convention arrêté à La Haye en 1904.].

Si l'on ne doit pas considérer le retrait successoral comme d'ordre public international et si l'on doit le soumettre, même pour la partie immobilière de l'hérédité, à la loi nationale du défunt, on ne pourrait, en invoquant cette loi du défunt, exercer le retrait dans un pays dont la législation ne l'admet pas, par exemple en Italie : le retrait a en effet pour résultat de faire tomber les droits réels consentis par l'acquéreur de la part héréditaire ; à ce titre, on peut dire que la suppression du retrait successoral intéresse le crédit général et constitue une règle d'ordre public.

366. Un certain nombre de points concernant les successions seront exclusivement régis par la loi de la situation des biens, parce qu'ils intéressent l'ordre public territorial. Ce sont les suivants :

1° La prohibition des pactes sur succession future est motivée par des considérations de morale, plus ou moins fondées d'ailleurs : la validité de semblables conventions dépend, par conséquent, de la loi territoriale.

2° Le caractère de l'investiture de l'héritier, qui peut être facultative ou forcée, dépend de la loi nationale du défunt, et c'est d'après cette loi que l'on décidera si l'héritier peut répudier la succession, l'accepter sous bénéfice d'inventaire et dans quel délai il doit prendre son parti. Dans l'ancien droit même, malgré quelques divergences, on dut écarter la territorialité des coutumes et admettre l'indivisibilité de la qualité d'héritier, suivant la loi unique du dernier domicile du défunt ; on ne pouvait donc pas accepter en un lieu, répudier dans l'autre, invoquer le bénéfice d'inventaire ailleurs (1).

(1) Boullenois, I, p. 251, 255, 256 ; Bouhier, ch. XXX, n. 62 et 63.

Quant aux formes de l'acceptation ou de la répudiation, elles sont déterminées par la loi du pays où ces actes sont faits : *Locus regit actum;* l'héritier étranger pourrait même se contenter d'une déclaration faite devant le consul de sa nation, si, en vertu d'un traité intervenu entre son pays et celui où il manifeste son intention d'accepter ou de répudier la succession, les consuls ont compétence pour recevoir des déclarations semblables (1).

Au contraire, il faudra suivre la loi territoriale pour trancher la question de savoir si l'héritier est de plein droit propriétaire et possesseur des biens de l'hérédité; la saisine se rattache en effet à la transmission de la propriété des biens, à la possession ainsi qu'à la prescription et aux actions possessoires qui en sont la suite, en un mot à l'organisation même de la propriété qui est d'ordre public et constitue le statut réel (2). Mais si la saisine est

(1) V. *Consult. anonyme,* J. C., 1888, p. 572 à 574. — [L'art. 7 du projet de convention soumis à la troisième Conférence de La Haye en 1900 portait : « L'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la renonciation sont, quant à la forme, régies par la loi du pays où s'est ouverte la succession ». L'art. 10 du projet de convention adopté en 1900 et que reproduisait l'art. 9 du projet transactionnel élaboré par la commission royale des Pays-Bas et accepté par la commission française de droit international privé, en vue de la Conférence de 1904, était ainsi conçu : « Les Etats contractants conservent leur liberté de régler ce qui concerne la séparation des patrimoines, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, la renonciation et la responsabilité vis à-vis des tiers ». Mais cet article, vestige d'un système abandonné qui consistait à formuler une règle générale posant le principe de l'application de la loi nationale du défunt et à y apporter une série d'exceptions, disparut du projet de convention adopté par la Conférence de 1904. En dehors des points visés par l'art. 1, al. 1, les juges dans chaque pays apprécieront si certaines questions secondaires qui naissent à l'occasion de la transmission du patrimoine doivent être logiquement rattachées à cette transmission, et, comme elle, soumises à la loi nationale du défunt, ou si, relevant de tel ou tel autre ordre d'idées, elles doivent être résolues d'après telle ou telle autre loi. Lainé, J. C., 1906, p. 298-301.]

(2) [Cpr. cour d'appel de Tacna, précité, du 24 oct. 1904, J. C., 1907, p. 186. — L'opinion générale est que, quand on parle de concession ou de refus de la saisine c'est la possession qui est en cause. Et, pour donner satisfaction à cette opinion commune, le projet de 1900 relatif aux successions, dans son art. 6, et le projet transactionnel préparé en vue de la Conférence de 1904, dans son art. 5, avaient visé la saisine et disposaient en ces termes : « Les immeubles laissés par le défunt sont soumis à la loi du pays de leur situation, en ce qui concerne les formalités et les conditions de publicité que cette loi exige pour la constitution, la consolidation, le transport et l'extinction des droits réels, *ainsi que pour la possession vis-à-vis des tiers* ». Mais, outre qu'il y a des dissentiments sur ce dernier point, ne conviendrait-il pas à l'égard des biens mobiliers, surtout des créances et des dettes, de prendre en considération la loi du lieu où la succession s'est ouverte ? La conférence de 1904 a pensé que la question de la saisine était de celles à l'égard

admise par la loi de la situation des biens, c'est la loi nationale du défunt qui déterminera les successeurs auxquels elle appartient. [Telle est la solution qui, tenant compte de l'opinion généralement acceptée, d'après laquelle la saisine ne concerne que la possession, et de l'opinion de M. Laurent et de M. Weiss (1), qui estiment que la saisine héréditaire est en dehors du système possessoire et constitue une dépendance de la succession soumise à la loi de dévolution héréditaire, concilie assez heureusement les deux idées en présence. « Il y a lieu, dit M. Alb. Rolin (2), de faire une distinction. Si le principe de la saisine est inconnu dans le pays de la situation des biens, si des formalités sont nécessaires pour l'entrée en possession, la loi de la situation des biens devra être respectée. Mais si la saisine y est admise, la question de savoir quels sont les successeurs légaux qui peuvent s'en prévaloir dépend, nous paraît-il, de la loi qui régit la succession ». M. Lainé croit que c'est dans cette distinction que se trouve la vérité. Le sentiment de MM. Laurent et Weiss serait très juste, s'il n'était pas absolu. La saisine héréditaire ne doit relever entièrement ni de la loi nationale du défunt, ni de la loi de la situation des immeubles, et il approuve la Conférence de 1904 de n'avoir pas voulu soumettre cette institution de nature complexe à une règle unique de droit international (3).]

3° Successions vacantes et en déshérence. La loi nationale du défunt déterminant les héritiers indique, par le fait, dans quel cas il n'y en a pas, dans quel cas par conséquent la succession est en déshérence. Le droit reconnu à l'Etat, dans la plupart des législations, de s'emparer des successions en déshérence ne vient pas de sa qualité d'héritier; c'est le résultat de cette règle de police et d'ordre public en vertu de laquelle les biens abandonnés et sans maître entrent dans le domaine national (art. 713 C. civ.)(4). De là il résulte que le droit de l'Etat ne dépend plus de la loi nationale du défunt, mais bien de la loi territoriale, puisqu'il s'agit d'une mesure d'ordre public. Aussi tous les biens d'une succes-

desquelles il était préférable que la convention ne prît pas parti, et l'art. 5 du projet transactionnel a été sacrifié, comme l'art. 9. Lainé, J. C., 1901, p. 297.]

(1) [Laurent, *Droit civ. intern.*, t. VI, n. 343 et suiv.; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 571.]

(2) Alb. Rolin, *Principes de dr. int. pr.*, t. II, n. 735, p. 293-294.]

(3) [Lainé, J. C., 1903, p. 297-298, et p. 299-301.]

(4) Cette manière de voir est incontestable dans notre droit français. V. Locré, *Législ. civile*, I, p. 182, et V, p. 137, déclarations de Portalis et du tribun Siméon.

sion en déshérence d'après la loi nationale du défunt reviennent-ils, meubles ou immeubles, à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent au moment de l'ouverture de la succession (1).

[La troisième et la quatrième Conférences de La Haye se sont occupées de la question de l'attribution des successions en déshérence. Le projet de programme soumis à la Conférence de 1900 contenait un art. 10 ainsi libellé : « Les biens héréditaires ne sont acquis à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent que s'il n'y a aucun successible d'après la loi nationale du défunt ». Ce texte offrait une sérieuse utilité, suivant la remarque de M. Lainé : c'était d'inviter les Etats contractants à reconnaître expressément, de manière à dissiper désormais toute incertitude, que l'ouverture du droit que fait naître pour eux l'absence d'héritiers doit dépendre, non de leur propre loi, mais de celle qui, régissant la succession, est seule compétente pour la déclarer en déshérence (2). Aussi la commission française de droit international privé l'avait-elle maintenu dans son avant-projet, dont il formait l'art. 2. Cependant, en 1900, sans que personne en eût demandé la suppression, la commission nommée par la Conférence le fit disparaître, en même temps que plusieurs autres jugés inutiles. En 1904, on a réparé cette erreur. Mais ici s'est présentée une difficulté de rédaction qui touchait le fond du droit. A la formule ci-dessus rappelée, l'Allemagne désirait que l'on substituât la suivante : « Si, à défaut d'un héritier, un droit de dévolution existe en faveur de l'Etat d'après la loi nationale du défunt, ce droit doit être reconnu également à l'égard des biens de la succession se trouvant dans un autre Etat contractant ».]

[La commission nommée par la Conférence de 1904 eut alors à se demander s'il fallait considérer l'Etat comme héritier ou comme acquérant, en vertu de son droit de souveraineté, des biens vacants situés sur son territoire. L'avis qui prévalut fut que, là

(1) Bordeaux, 12 fév. 1852, D. P., 54. 2. 154; *Déclaration interprétative de la convention franco-brésilienne* du 21 juillet 1866, art. 17. — Cass., 18 juin 1852, D. P., 52. 1. 284; Consult. de la Faculté de Berlin, J. C., 1893, p. 547; Instr. gén. des Domaines, 10 oct. 1878; Décis. minist. des finances, 30 sept. 1884; V. J. C., 1874, p. 321 et 1885, p. 75. — Il faudrait appliquer la loi nationale du défunt si l'Etat venait en qualité d'héritier, comme le décide, par exemple, l'art. 1936 du Code civil allemand. C'est à ce point de vue que s'est placée la Faculté de Droit de Berlin dans sa consultation relative à l'affaire Zappa (V. J. C., 1893, p. 547).

V. dans le même sens les traités de la France avec Mascate, 17 sept. 1844, le Siam, 15 août 1856, la Birmanie, 24 janv. 1873 et 15 janv. 1885.

(2) [Lainé, J. C., 1906, p. 286-287 et p. 976-978.]

où le droit de l'Etat présente ce dernier caractère, il n'appartenait pas à la Conférence de le modifier par voie de convention, car il relève du droit public. Cela posé, comment régler le conflit entre le droit de l'Etat, entendu comme droit de souveraineté, sur les biens vacants situés dans son territoire, et le droit des héritiers appelés à ces biens par une loi étrangère? La commission proposa de décider, conformément à l'ancien art. 10, que le droit de l'Etat ne pourrait s'exercer qu'à défaut de tout héritier désigné par la loi étrangère; sans cela, le principe de la loi nationale du défunt adopté par la Conférence aurait pu être tenu en échec par un Etat abusant du fait accidentel que des biens héréditaires se trouvent sur son territoire.]

[Si maintenant l'on se trouvait en présence d'une disposition de la loi nationale du défunt, attribuant la qualité d'héritier à l'Etat dont ce défunt était le ressortissant, comme le supposait l'amendement proposé par l'Allemagne, cet Etat pourrait-il en vertu de ladite loi et de sa qualité d'héritier, prétendre recueillir les biens situés hors de son territoire? La commission jugea que c'était inadmissible (1). Eu égard à ces considérations et à d'autres encore d'importance secondaire, après de nombreux essais de rédaction, la commission se rallia au texte suivant, proposé par M. Renault : « Les biens héréditaires ne sont acquis à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent que s'il n'y a aucun ayant droit testamentaire ou, abstraction faite de l'Etat étranger, aucun successible *ab intestat*, d'après la loi nationale du défunt ». Cette disposition a reçu l'assentiment de la Conférence et forme l'art. 2 du projet de convention (2). Il a été entendu, d'ailleurs, qu'elle ne porterait aucune atteinte aux conventions spéciales ayant le même objet qui peuvent exister et n'empêcherait pas d'en conclure à l'avenir.]

Lorsque la succession est simplement vacante, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas d'héritier connu ou que tous les héritiers ont renoncé, et que personne ne se présente pour recueillir l'hérédité, pas même l'Etat, les mesures prises pour la conservation des biens, par exemple la nomination d'un curateur (art. 812 C. civ.),

(1) [Cpr. l'arrêt de la Haute-Cour de justice du 18 mars 1902, relatif à des biens mobiliers laissés par une personne domiciliée en Autriche et situés en Angleterre, J. C., 1904, p. 415; v. un exposé plus complet de la même question dans Marion, *La loi du domicile en matière successorale selon la jurisprudence anglaise*, Thèse, Paris, 1906.]

(2) [*Actes de la IIe Conférence*, 1904, p. 212.]

peuvent être ordonnées d'office, si c'est nécessaire, par le tribunal d'un pays quelconque dans le ressort duquel se trouvent des biens de la succession : l'ordre public commande en effet que l'on pourvoie à la sauvegarde de ces biens qui sont des éléments de la richesse nationale. Mais, en principe, comme il s'agit ici d'une mesure de protection, c'est à l'autorité compétente du pays auquel le défunt appartenait de prescrire les précautions nécessaires en pareil cas, et le curateur nommé par cette autorité pourra invoquer ses pouvoirs en tous pays où se trouveront des biens de la succession (1).

4° Impôts de mutation. Ils sont évidemment dus dans chaque Etat, d'après la loi locale, et eu égard aux biens meubles ou immeubles qui se trouvent sur le territoire de cet Etat lors de l'ouverture de la succession. La loi française du 23 août 1871, art. 3 et 4, a soumis au droit de mutation les valeurs mobilières étrangères dépendant de la succession d'une personne étrangère qui avait en France son domicile : si la simple résidence en France ne suffit pas pour qu'il y ait lieu d'appliquer cette règle, il est à noter que la loi n'exige pas que le domicile du défunt ait été autorisé, contrairement à ce que décidait jadis la jurisprudence. Il a même été jugé que la succession d'une étrangère mariée qui a son domicile de droit chez son mari, à l'étranger, tombe sous le coup de la loi du 23 août 1871, si la défunte a fixé depuis longtemps son domicile de fait dans notre pays (2).

[Un effort très intéressant a été tenté par la Conférence de La Haye, en 1904, pour limiter autant que possible l'arbitraire qui préside à la détermination des lois d'ordre public faisant

(1) [Cpr. Alb. Rolin, *Principes*, t. II, n. 753; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 567; Lainé, J. C., 1906, p. 282-284; Trib. civ. Seine, 6 juin 1894 et 4 déc. 1899, J. C., 1895, p. 123 et 1900, p. 368; Aix, 13 déc. 1906, J. C., 1907, p. 1129; Aix, 19 déc. 1906, J. C., 1907, p. 424 et les conclusions de M. l'avocat général Vulliez.]

(2) Nice, 9 juill. 1883, J. C., 1884, p. 72; *Des valeurs mobilières étrangères dans la nouvelle législation fiscale*, J. C., 1876, p. 256. — Solution de l'enregistrement, 1er déc. 1894, J. C., 1896, p. 400. — [Instructions du min. des finances du 5 avril 1906 relatives à l'application du traité franco-russe du 1er avril 1874 aux successions des sujets russes décédés en France, combinée avec l'art. 3 de la loi du 30 décembre 1903, J. C., 1907, p. 229. — V. ci-dessus n. 37, p. 133-135, notamment la Convention franco-anglaise du 15 nov. 1907. — *Adde* : Lescœur, *L'impôt sur les successions et l'impôt sur le revenu*, 3e éd., 1909; *id.*, *L'exode des capitaux français à l'étranger et l'envoi en possession spéciale*, J. C., 1909, p. 353-377. — Sur le caractère spoliateur que présente dans nombre de pays l'impôt sur les successions, devenu progressif ou dégressif, et sur les doubles impositions, v. Roguin, *Les successions*, 1908, t. I, p. XV-XVI, et t. II, p. 344-346.]

échec en matière de succession à l'application de la loi nationale du défunt. Après diverses péripéties qui se déroulèrent aux Conférences de 1894 et de 1900, après différents essais de rédaction et des discussions sur l'utilité même d'une énumération limitative, la commission française de droit international privé et la délégation française, qui étaient, d'abord, hostiles à l'idée d'une précision rigoureuse susceptible d'arrêter le développement rationnel du droit, essentiellement mobile, comme la vie elle-même, cessèrent toute résistance, malgré l'appui qu'elles rencontrèrent auprès de la délégation belge et de la délégation italienne, devant l'insistance des Pays-Bas et de l'Allemagne, qui, d'ailleurs, firent de nombreuses concessions à la France. Et finalement, après des remaniements successifs qui aboutirent à donner à l'art. 6 du projet de convention de 1904 des développements considérables destinés à le rendre assez explicite, l'accord se fit sur le texte suivant (art. 6 du projet), divisé en cinq paragraphes.]

[« § 1er. Est réservée l'application des lois territoriales qui ont exclusivement pour but d'empêcher la division des propriétés rurales, ainsi que l'application des lois relatives aux immeubles placés sous un régime foncier spécial.

§ 2. Est également réservée dans chaque Etat, l'application des lois de cet Etat, d'une nature impérative ou prohibitive, concernant les matières qui seront indiquées d'un commun accord par les Etats contractants dans un protocole additionnel, destiné à être ratifié en même temps que la présente convention.

§ 3. Pour profiter de la réserve prévue dans les paragraphes précédents, chaque gouvernement doit communiquer au gouvernement des Pays-Bas l'énumération des dispositions de ses lois qui, par dérogation aux règles de la présente convention, seront applicables à toutes les successions, même à celles des ressortissants des autres Etats contractants. Cette énumération pourra toujours, dans les limites tracées aux paragraphes précédents, être modifiée suivant les convenances de chaque gouvernement qui fera également connaître sa détermination au gouvernement des Pays-Bas. Ce gouvernement transmettra par la voie diplomatique aux Etats contractants les communications dont il s'agit, en indiquant la date à laquelle il les aura reçues.

§ 4. Les dispositions réservées par un Etat en vertu des règles précédentes ne s'appliqueront qu'aux successions des ressortissants des autres Etats contractants qui s'ouvriront soixante jours après la communication faite au gouvernement des Pays-Bas.

§ 5. Les dispositions des paragraphes précédents ne sauraient autoriser un Etat contractant à soustraire à l'application de la loi nationale du défunt les immeubles non compris parmi ceux qui sont visés au paragrahe 1er ou à faire échec à l'application de l'art. 7 » (1).]

[L'idée essentielle de cet article 6 du projet de convention, c'est que les Etats contractants n'auront pas à réviser leurs lois successorales, comme semblait le leur demander le texte proposé par la Commission royale des Pays-Bas, afin de proclamer d'une façon absolue et définitive que telles d'entre elles ont le caractère de lois d'ordre public. Les Etats signataires auront simplement à dire que, dans leurs rapports mutuels et pour la durée de la Convention, telles dispositions de leurs lois seront soustraites à la prééminence de la loi nationale du défunt. Et même l'énumération qu'ils en feront pourra être modifiée d'après de nouvelles données dues à la réflexion, aux changements dans les mœurs et à l'expérience.]

[De plus, les Etats contractants ne se borneront pas à dresser des listes relatives aux dispositions ainsi réservées et à se les communiquer ; ils exerceront sur ces listes un mutuel contrôle et sauront d'avance dans quelle mesure, chez chacun d'eux, la législation locale exclura l'application des lois étrangères et, s'ils s'engagent, ils le feront en connaissance de cause. L'art. 6, § 1er et § 5, a d'ailleurs pris soin de les prévenir expressément qu'ils ne sauraient, sous le couvert de réserves, soustraire à la Convention les immeubles autres que ceux « placés sous un régime foncier spécial ». Sans cette précaution, on aurait pu craindre que la Convention fût éludée.]

[La confection des listes qu'exige l'art. 6 est un complément auquel est subordonnée l'entrée en vigueur de la Convention. Après avoir été dressées par chacun des Etats contractants, ces listes seront contrôlées et acceptées par tous dans une nouvelle Conférence et feront l'objet d'un protocole additionnel qui sera ratifié en même temps que la Convention elle-même. Comme l'avait déclaré dans ses « Observations » la Commission francaise de Droit international privé, « le travail que chaque pays doit faire sera long et difficile ; l'adoption du projet en sera forcément très retardée » (2).]

(1) *Actes de la IVe Conférence,* La Haye, 1904, p. 213 ; cpr. Lainé, J. C., 1906, p. 978-987.]

(2) [*Documents de la IVe Conférence,* La Haye, 1904, p. 50; Lainé, J. C., 1906, p. 984 et p. 987.]

SECTION III

DU PARTAGE ET DE SES SUITES

§ I. *Du partage et de ses effets.*

367. Les diverses questions qui vont être examinées sont résolues, dans la doctrine classique, par l'application de la *lex rei sitæ*, s'il s'agit d'immeubles, et par la loi du domicile du défunt, quand il s'agit de meubles. Mais on va voir que chacune de ces questions doit être examinée d'une manière particulière, pour qu'on puisse déterminer la loi d'après laquelle elle doit être tranchée.

368. La capacité pour faire le partage dépend, d'après le principe déjà connu, de la loi nationale des parties; la loi de chaque héritier indiquera donc s'il peut procéder seul au partage, ou s'il a besoin de l'assistance de certaines personnes et quelles sont ces personnes (¹). La valeur du partage fait par des incapables sans l'assistance requise est aussi déterminée par la loi nationale, car il est naturel que cette loi règle la sanction de l'incapacité comme l'incapacité elle-même. Ainsi le partage fait par un mineur français agissant seul, en n'importe quel pays, sera nul au point de vue de la division de la propriété, mais vaudra comme partage de l'usufruit ou partage provisionnel (art. 840 C. civ.). Mais si, en sens inverse, des mineurs étrangers font seuls un partage en France, il semble que ce partage doive être valable comme provisionnel, fût-il nul à tous égards d'après la loi nationale de ces mineurs. L'art. 840 C. civ. paraît contenir, en effet, une règle d'ordre public basée sur une raison d'ordre économique, puisque sa disposition a pour but d'éviter les difficultés et les procès qui naîtraient de l'annulation des actes faits par les cohéritiers au point de vue de l'usufruit, tels que les baux consentis par eux et la perception des fruits. De plus le législateur espère que, la plupart du temps, les héritiers confirmeront le partage provisionnel et le transformeront en partage définitif, validant ainsi même les constitutions de droits réels consentis par les cohéritiers sur les biens dont ils n'avaient jusque-là que la jouissance, et qui seront désormais réputés leur avoir appartenu en toute propriété du jour où a commencé l'indivision.

(¹) [Pau, 9 juill. 1907, J. C., 1908, p. 183; Cass. civ. rej., 2 juin 1908, J. C., 1908, p. 1155. V. ci-dessus, n. 289, VII, p. 862, texte et note 2.]

369. Le partage peut être judiciaire ou volontaire : nous traiterons du premier en étudiant la procédure du partage. Le partage volontaire constitue un véritable contrat, par lequel les héritiers veulent substituer la propriété individuelle à la propriété collective; il y a donc lieu, pour déterminer les effets de ce contrat, de suivre l'intention des parties et d'appliquer la loi à laquelle elles se sont vraisemblablement référées : cette loi, on l'a déjà vu à propos des conventions, est, en général, leur loi nationale si elles ont même nationalité, et, dans le cas contraire, la loi du pays où la convention a lieu, la *lex loci contractus* (art. 819 C. civ., alin. 1er *in fine*).

[Le projet du programme soumis à la troisième Conférence de La Haye en 1900 par la commission royale des Pays-Bas contenait un article 9 ainsi conçu : « Les conventions relatives au partage sont, comme telles, soumises à la loi qui régit les conventions. Les actes de partage sont, quant à la forme, soumis à la loi du lieu où ils sont faits ou passés, ce sans préjudice des conditions ou formalités prescrites, au sujet des incapables, par la loi nationale de ces derniers (1). Mais cette disposition était, à tout le moins, superflue, comme consacrant des points de doctrine absolument certains. Et, dès lors, à s'alléger de pareilles dispositions l'accord international ne gagnerait-il pas en intérêt? Pas plus qu'une loi, une convention d'ordre juridique n'est un livre. Aussi la Commission française de droit international privé, qui, d'ailleurs proposait de réduire à trois articles l'avant-projet, demanda la suppression de cet article 9 du projet du programme néerlandais. La Commission nommée à la Conférence de la Haye en 1900 supprima cet article et la Conférence de 1904, loin de le rétablir, en supprima d'autres encore, tenus pour inutiles ou même pour dangereux (2)].

Le retrait litigieux, que les parties peuvent exercer à propos de la cession de droits quelconques, spécialement au sujet de la cession de droits héréditaires, pourrait, de prime abord, être interprété comme une mesure de protection dépendant de la loi nationale de celui qui veut en user. Mais les considérations d'intérêt général qui ont motivé ce retrait doivent en faire plutôt une règle d'ordre public : aussi est-ce la loi territoriale qui seule

(1) [*Documents de la IIIe Conférence,* La Haye, 1900, p. 104.]
(2) [Lainé, J. C., 1902, p. 281, 284, 290, et p. 299-301.]

décidera si ce retrait peut être exercé, et les cas où il n'est pas permis (art. 1699 à 1701 C. civ.) (1).

370. Cependant l'autonomie des contractants peut se trouver restreinte par les règles d'ordre public admises dans le pays où les biens sont situés. Ainsi, pour des raisons d'intérêt économique bien connues, nul ne peut en France s'obliger à rester dans l'indivision pendant plus de cinq ans (art. 815 C. civ.) : on n'accepterait donc pas, dans notre pays, un engagement de ce genre pris pour dix ans par des héritiers italiens (Code civil d'Italie, art. 681), ou par des Anglais à perpétuité ; le délai serait réduit à cinq années (art. 815 C. civ.).

De même, l'effet déclaratif reconnu au partage dans l'art. 883 C. civ. est une règle d'ordre public inspirée par le désir d'éviter les inconvénients qui résulteraient du recours entre héritiers à raison des droits réels consentis par eux pendant l'indivision : cet effet déclaratif résultera donc du partage de tous les biens, meubles ou immeubles, situés en France et dépendant de la succession d'un étranger dont la loi ne reproduirait pas la disposition de notre art. 883. — D'ailleurs, le partage de la succession d'un Français, opéré même par des héritiers français, serait attributif et non déclaratif de propriété dans un pays où la fiction de la rétroactivité du partage n'est pas reconnue, par exemple en Espagne : en pareil cas, en effet, il serait contraire à la sauvegarde du droit des tiers, établie comme règle d'ordre public par la loi territoriale, de faire tomber les droits réels consentis par les héritiers pendant l'indivision, en donnant au partage un effet déclaratif.

L'obligation de garantie, étant une conséquence du partage, sera régie par la loi à laquelle les héritiers ont voulu se référer, c'est-à-dire par leur loi nationale ou par celle du pays où s'opère le partage, suivant qu'ils ont ou n'ont pas la même nationalité (art. 884-886 C. civ.). Il en serait ainsi même dans le cas de partage judiciaire, qui ne dépend de la loi du pays où il est fait qu'en ce qui concerne les conditions de forme. Mais, si des incapables sont intéressés dans le partage, il faudra rechercher, tout d'abord, conformément à leur propre loi nationale, s'ils ont la capacité de restreindre leur droit à l'action de garantie, et si, par conséquent, leurs représentants légaux peuvent le restreindre aussi, en accep-

(1) [Il en est autrement du retrait successoral (art. 841 C. civ.). Cass., 8 mars 1909, précité, *Gaz. des Trib.*, du 28 mars. V. *supra*, n. 365, p. 1054; J. C., 1909, p. 773.]

tant l'application d'une loi étrangère qui limiterait ce droit plus que ne le fait la loi nationale des incapables.

Pour la rescision du partage, on a proposé d'appliquer la loi nationale du défunt, sauf à s'en tenir à la loi de la situation des biens si elle est plus restrictive sur ce point, parce que la rescision du partage peut compromettre l'intérêt des tiers qui ont obtenu des droits réels sur les biens de la succession et touche ainsi à l'ordre public. Mais, du moment que le partage est un véritable contrat, nous appliquerons ici, comme nous l'avons fait pour les conventions et pour les mêmes raisons, la loi nationale des copartageants, en ce qui concerne la détermination des causes de nullité et de rescision : incapacité, vices du consentement, lésion.

La sanction du détournement et du recel, dans les partages de succession ou de communauté (art. 792 et 1477 C. civ.), n'est pas généralement considérée comme d'ordre public, puisque les intéressés peuvent y renoncer (1). On a voulu l'écarter dans les successions étrangères parce que les meubles de l'hérédité ne seraient régis par la loi française qu'autant que le défunt aurait eu un domicile autorisé en France : on fait ainsi du bénéfice de l'art. 792 un droit civil réservé aux nationaux, et refusé aux étrangers, sauf quand ils sont dans le cas de l'art. 13 C. civ. Nous avons déjà écarté cette interprétation de l'art. 11 C. civ. : aussi appliquerions-nous, sur ce point, la loi générale qui doit régler l'hérédité, la loi nationale du *de cujus*. Ecartant aussi le caractère de droit civil donné au bénéfice de l'art. 1477, nous appliquerions, en ce qui concerne la sanction du recel dans le partage de la communauté, la loi qui, suivant la volonté des époux, doit régler leur régime matrimonial (2).

§ II. *Du paiement des dettes.*

371. Dans le système adopté par la jurisprudence, on applique la *lex rei sitæ* pour régler la contribution et l'obligation aux dettes

(1) *Contrà :* A. Rolin, *Principes,* t. II, n. 747 et t. III, n. 1124. — On objecte que l'adultère est un délit rentrant dans l'ordre public malgré la *faculté* qu'a l'époux qui en est victime de le poursuivre ou de le laisser impuni. Mais il y a là *faculté* de poursuite pour un délit certain, tandis que, dans le cas des art. 792 et 1477, il n'y a pas de délit véritable, la loi n'appliquant qu'une sanction civile, et qu'on peut conventionnellement et irrévocablement renoncer à demander cette sanction.

(2) Cpr. Trib. Seine, 6 février 1897, *Gaz. des Trib.,* 24 février 1897; *id.,* J. C., 1899, p. 771; *Questions pratiques, ibid.,* p. 740.

héréditaires s'il s'agit de dettes correspondant à des immeubles de la succession, et la loi du domicile du défunt, s'il s'agit de dettes relatives aux meubles. On donne, pour justifier cette solution, toujours la même raison, à savoir que telle était la doctrine des statutaires qui est encore celle du législateur moderne. Mais indépendamment du doute sérieux qui existe, ainsi que nous l'avons déjà démontré, sur le point de savoir si l'art. 3 C. civ. est la reproduction de l'ancienne théorie des statuts, il est à noter que rien n'est moins bien établi que la tradition de l'ancien droit sur le règlement du passif des successions entre les cohéritiers ou à l'égard des créanciers héréditaires. La contribution aux dettes variait dans chaque coutume suivant l'origine et la nature des biens, suivant qu'ils étaient propres ou acquêts, propres paternels ou maternels : c'est ainsi que la coutume de Normandie exemptait les propres de la contribution aux dettes, tandis que celle de Paris les y assujettissait. Or les réalistes, fidèles à leur doctrine générale, décidaient que les immeubles situés en Normandie ne devaient pas être grevés de la contribution, d'après la *lex rei sitæ*, alors même qu'ils dépendaient d'une succession ouverte dans le ressort de la coutume de Paris ; le Parlement de Paris, au contraire, soumettait tous les biens de l'hérédité, en quelque lieu qu'ils fussent situés, à la règle établie par la coutume du lieu où la succession s'était ouverte, en ce qui concernait la contribution aux dettes : de quel côté peut-on affirmer que se trouve la véritable tradition ? Les arrêts du Parlement de Paris, notamment celui du 7 décembre 1673, firent jurisprudence, malgré de nombreuses critiques, et portèrent un échec grave à la territorialité en matière de successions immobilières. Mais il était impossible d'arriver à une solution raisonnable avec l'application de la maxime *Quot sunt bona*... à la contribution aux dettes. D'autre part, en cas de conflits entre les coutumes, dont les unes divisaient les dettes entre les héritiers et dont les autres accordaient une action solidaire contre chacun d'eux, on avait imaginé d'appliquer la coutume unique du domicile du défunt, parce que là se faisait l'adition d'hérédité, et se formait le quasi-contrat entre les héritiers et les créanciers de la succession. C'était encore un subterfuge pour échapper aux complications inextricables que provoquait la règle de la territorialité (1).

Notre droit actuel n'admet plus les anciens principes relatifs au

(1) Froland, II, p. 1548 à 1557 ; Bouhier, ch. XXI, n. 213-215 ; XXX, n. 59-60.

règlement du passif héréditaire. Pour la contribution, on ne se préoccupe plus de la nature ni de l'origine des biens, et chaque héritier en est tenu proportionnellement à la part qu'il recueille dans la succession (art. 732 et 870 C. civ.) (1). Quant à l'obligation, on décidait jadis, à cause des retards qu'amenait la difficulté des liquidations des successions, que chaque héritier en était tenu pour sa part virile ; mais aujourd'hui, malgré le langage inexact qu'emploie le législateur dans l'art. 873 C. civ., on sait que l'obligation est en principe fixée comme la contribution, proportionnellement à la part héréditaire (art. 1220 C. civ.). Notre code civil reproduit donc l'idée du Droit romain d'après laquelle l'héritier représente le défunt dans la mesure de sa part dans la succession, et se trouve par suite tenu des dettes dans la même proportion. Or, si l'héritier est ainsi considéré comme la continuation de la personne du défunt, sauf la limitation qui résulte de sa part héréditaire, il s'ensuit qu'il doit être tenu des dettes, dans cette mesure, comme le défunt l'eût été lui-même : le défunt répondait de ses engagements sur tous ses biens, en quelque lieu qu'ils se trouvassent et quelle que fût leur nature (art. 2092); aussi l'héritier en sera-t-il tenu dans la même manière, au moins dans la proportion fixée par la part qu'il recueille dans la succession. De là nous conclurons que la loi qui détermine l'étendue de l'engagement du défunt sur l'ensemble de son patrimoine règle aussi la contribution et l'obligation aux dettes dont les héritiers sont tenus, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant la nature ou la situation des biens recueillis par eux : or, la loi qui détermine la mesure dans laquelle le défunt a pu engager son patrimoine est sa loi nationale qui fixe sa capacité et sur l'application de laquelle les créanciers ont compté en traitant avec lui. C'est, par conséquent, cette loi nationale du défunt qu'il faudra consulter pour savoir si les héritiers sont représentants du défunt et tenus des dettes *ultrà vires successionis*, ou s'ils ne doivent les supporter que dans la limite de la valeur des biens recueillis par eux, comme les successeurs irréguliers en France. Cependant, bien que la loi étrangère ne le déclare tenu que *intrà vires*, on ne met l'héritier ou légataire universel en possession que lorsqu'il a justifié du paiement des dettes (2).

(1) [Cpr. Roguin, *Les successions,* 1908, t. I, p. XI-XIV, p. 32-90 et t. II, p. 5-124.]

(2) Paris, 2 avril 1896, J. C., 1897, p. 165. D'après la loi d'introduction du Code civil allemand, la loi nationale du défunt règle, en principe, le paiement des

372. Au paiement des dettes héréditaires se rattache la séparation des patrimoines, qui n'est qu'une garantie pour les créanciers du défunt contre le concours des créanciers des héritiers. Si une loi considère la séparation des patrimoines comme un privilège, il y a lieu d'appliquer le principe qui sera indiqué plus loin à propos des privilèges considérés au point de vue du Droit international privé. Mais si la séparation des patrimoines n'est regardée que comme un droit de préférence accordé aux créanciers de la succession (ce qui paraît être le caractère que lui donne le législateur français) (1), il faut la faire régir par la loi nationale du défunt: cette loi détermine en effet, nous venons de l'établir dans le numéro précédent, la portée des engagements du défunt sur son patrimoine ; il est donc logique qu'elle fixe aussi les garanties spéciales que peuvent prendre les créanciers, pour assurer le droit de gage que leur donne la loi de leur débiteur sur tous les biens de ce dernier.

Cependant il faudra s'en tenir toujours à la loi de la situation des biens, meubles ou immeubles, pour un point qui touche à la sauvegarde du crédit public, à l'intérêt général, c'est-à-dire pour la publicité et pour la prescription de la séparation des patrimoines (2). Ainsi, la séparation des patrimoines devra être inscrite pour les immeubles dans les six mois depuis l'ouverture de la succession, en France (art. 2111), et, en Italie, dans les trois

dettes par les héritiers (art. 24, § 2). Cependant, s'il s'agit de la succession d'un Allemand ouverte à l'étranger, les héritiers peuvent se référer aux lois du pays où ils ont leur dernier domicile pour ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers. Cette dernière disposition vise les règles plus restrictives de la poursuite consacrées par la loi étrangère et non par la loi allemande; par exemple : le droit de fixer un délai aux créanciers pour faire valoir leurs créances et, pendant ce temps, de délibérer sur le parti à prendre quant à la succession. — [La cour d'appel de Milan, dans son arrêt du 21 mars 1905 (*Riv. di diritto internaz.*, 1906, p. 87 et J. C., 1906, p. 1236) a décidé que les effets de l'acceptation de la succession d'un étranger ouverte à l'étranger sont régis par la loi nationale du défunt : d'où la conséquence que, si le défunt était Italien, l'héritier sera tenu *ultrà vires* conformément au droit italien, quand bien même la législation du pays où sont situés les biens et où s'est ouverte la succession (dans l'espèce, le droit coutumier hongrois) limiterait la responsabilité de l'héritier au montant des biens héréditaires. V. ci-dessus, n. 364 *in fine*, p. 1045, note 2.]

(1) [*Contrà*, Cass. req., 27 juillet 1870, D. P., 71. 1. 352, S., 72. 1. 253 ; Pau, 10 janv. 1887, D. P., 87. 2. 173 ; trib. civ. Nérac, 25 mars 1890, D. P., 92. 3. 30 ; Aix, 4 déc. 1893, D. P., 95. 2. 273 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hypothèques*, 3e éd., t. I, 1906, n. 871-872, p. 776-784 et les autorités citées par eux en sens divers.]

(2) [Sousse, 13 mars 1890, J. C., 1891, p. 973; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 580-581.]

mois (art. 2057 code civil italien) ; elle sera aussi prescrite, en France, au bout de trois ans pour les meubles (art. 880), sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des dispositions de la loi nationale du défunt.

372 *bis*. [L'art. 7 du projet de programme soumis à la Conférence de la Haye en 1900 portait : « L'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la renonciation sont, quant à la forme, régies par la loi du pays où s'est ouverte la succession ». Et l'art. 3 du contre-projet français, qui correspondait à l'art. 7 du projet de programme, était ainsi conçu : « L'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la renonciation doivent être faites au lieu où s'est ouverte la succession et suivant les formes déterminées par la loi de ce lieu ». N'eût-il pas fallu conclure de l'un ou l'autre de ces deux textes, que l'étendue de l'obligation des héritiers envers les créanciers de la succession et les moyens de la limiter seraient, au fond, régis par la loi nationale du défunt? Bien plus, qu'à cette loi aussi l'on devrait soumettre les relations des créanciers du défunt avec les créanciers personnels de l'héritier et la séparation des patrimoines ? Or, existait-il, quant à la nature de ces rapports juridiques, une doctrine assez certaine pour que l'on pût, sans témérité, les rattacher, en droit international, à la dévolution successorale des biens ?]

[L'opinion générale est bien fixée en ce sens que, si l'on soumet la transmission du patrimoine à la loi nationale du défunt, cette loi régit pour les héritiers la contribution et l'obligation aux dettes. Mais l'un des plus fermes partisans de cette opinion, M. Albéric Rolin, prévoyant le cas où cette loi serait contraire à la loi de la situation des biens, déclare que celle-ci aurait le dernier mot : « Toutefois, dit-il, si l'application de la loi nationale ne peut guère se heurter contre des dispositions d'ordre public, s'agissant de la contribution aux dettes, il faut bien reconnaître qu'il pourra en être autrement de l'obligation vis-à-vis des tiers et que la loi personnelle du défunt pourra se briser ici contre la *lex situs*, si ses dispositions avaient pour but et pour effet de soustraire les biens situés dans tel ou tel pays à l'action des créanciers du défunt » (1). Et quant au droit pour les créanciers héréditaires de demander la séparation des patrimoines, le même auteur estime que la loi de la situation des biens est seule applicable : « C'est un droit établi au profit des créanciers du défunt,

(1) [*Principes du dr. int. pr.*, t. II, n. 766).]

c'est-à-dire des tiers, et qui n'influe que sur leurs rapports avec les créanciers de l'héritier. Lors même qu'il ne serait pas consacré par la loi nationale du défunt, les créanciers de ce dernier pourraient le revendiquer partout où se trouvent des biens dépendant de la succession, si la loi locale le reconnaît. Ils ne pourront l'exercer là où elle le leur refuse » (1).]

[Ici M. Weiss, qui partage le sentiment de M. Rolin sur les rapports de l'héritier avec les créanciers du défunt, cesse d'être d'accord avec lui au sujet de la séparation des patrimoines. D'après M. Weiss, cette institution doit relever de la loi nationale du défunt, sauf certaines conditions et certains détails de son fonctionnement, tels que le délai dans lequel doit être demandée la séparation des patrimoines et la publicité qu'elle doit recevoir, qui seront soumis à la loi de la situation des biens (2).]

[Une autre idée a encore été émise, en ce qui concerne la séparation des patrimoines : cette institution, garantie pour les créanciers, sûreté accessoire de la créance, devrait être régie, en principe, par la loi applicable à la créance elle-même (3). Enfin, M. Keidel, commentant l'art. 24, § 2 de la loi d'introduction du Code civil allemand, reconnaît que, d'après cette disposition, au cas où la succession d'un Allemand vint à s'ouvrir hors d'Allemagne, « les héritiers peuvent se référer aux règles législatives qui déterminent le droit de poursuite dans le pays où le défunt a eu son dernier domicile » (4).]

[Après la constatation de ces divergences, on peut penser qu'il eût été téméraire et prématuré d'introduire dans le projet de Convention un texte d'où les juges auraient été autorisés à conclure que la matière de l'obligation aux dettes et de la séparation des patrimoines était régie pour le fond, à tous les points de vue, par la loi nationale du défunt (5).]

[La commission nommée par la Conférence de 1900 en eut le sentiment, sans même que l'état de la question lui eût été exposé dans tous ses détails, et elle abandonna l'art. 7 du projet de programme, comme les délégués français abandonnèrent l'art. 3 de

(1) [*Id., ibid.*, nº 768.]

(2) [Weiss, *Traité*, t. IV, p. 580-581 ; trib. civ. Sousse, 13 mars 1890, J. C., 1891, p. 973.]

(3) [Jousselin, *Des conflits de lois relatifs aux successions ab intestat et testamentaires*, p. 109.]

(4) [Keidel, J. C., 1899, p. 273.]

(5) [Lainé, J. C., 1906, p. 288-290.]

leur contre-projet ; cette disposition fut remplacée par un article 11 ainsi conçu : « Les Etats contractants sont d'accord que chacun d'eux conserve sa liberté de disposer en ce qui concerne l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, la renonciation et la responsabilité des héritiers à l'égard des créanciers » (1). Cet article 11, qui mettait hors du projet de Convention les dettes successorales, fut un peu élargi. Devenu l'art. 10, il portait : « Les Etats contractants conservent leur liberté de régler, en ce qui concerne la séparation des patrimoines, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, la renonciation et la responsabilité des héritiers vis-à-vis des tiers » (2).]

[L'art. 10 du projet de Convention voté en 1900 devint l'art. 9 du projet transactionnel soumis à la Conférence de 1904. La commission nommée à cette Conférence et dont le rapporteur fut M. Lainé, écarta cette disposition comme « manifestement superflue ». La liberté qu'elle réservait aux Etats contractants dans l'ordre d'idées dont il s'agit leur était déjà réservée, implicitement, il est vrai, mais sans doute possible, par l'art. 1er du projet de 1904, dont l'al. 1er est ainsi conçu : « Les successions, en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les parts qui leur sont attribuées, les rapports, la quotité disponible et la réserve, sont soumises à la loi nationale du défunt, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent ». Cette formule, disait l'éminent rapporteur, « comprend les points essentiels et incontestés dont se compose la transmission du patrimoine, mais c'est tout. Elle écarte à dessein de la Convention et laisse en l'état les questions secondaires qui naissent à l'occasion de la transmission du patrimoine, mais ne sont pas certainement ou exclusivement de même nature qu'elle. Pour ces questions, les juges, dans chaque pays, décideront si logiquement elles doivent être rattachées à la transmission du patrimoine et, comme elle, soumises à la loi nationale du défunt, ou si, relevant de tel ou tel autre ordre d'idées, elles doivent être résolues d'après telle ou telle autre loi. En ce qui les concerne, un travail plus ou moins long de classement se fera dans la doctrine et dans la jurisprudence de chaque pays, après lequel, plus tard, il sera peut-être possible de les faire rentrer dans la Convention par des extensions successives. A l'heure actuelle, il serait prématuré et dangereux de les y comprendre » (3).]

(1) [*Actes de la IIIe Conférence,* La Haye, 1900, p. 124.]
(2) [*Actes de la IIIe Conférence,* p. 146 et p. 245.]
(3) [*Actes de la IIIe Conférence,* La Haye, 1904, Rapport de M. Lainé, p. 126.]

[A la liberté laissée par le projet transactionnel, la Roumanie et la Suisse proposaient de substituer une règle impérative ; et cette règle, adoptée par la commission néerlandaise, eût été l'application aux matières visées de la loi du domicile du défunt. Mais c'était de nouveau se heurter, comme le fit remarquer M. Lainé, à la difficulté qui, en 1900, avait déterminé la Conférence à s'abstenir. D'une part, il est impossible, suivant l'observation de M. Renault, d'englober la séparation des patrimoines, règlement des rapports des créanciers héréditaires avec les créanciers de l'héritier et pouvant impliquer un privilège dépendant du statut réel, dans le même texte que l'acceptation bénéficiaire, la renonciation et la responsabilité des héritiers à l'égard des tiers. D'autre part, il est téméraire de choisir, dans la présente Convention, l'une des lois qui peuvent légitimement intervenir dans une matière aussi complexe. L'art. 9 fut donc, sans vote exprès, mais d'un accord unanime, purement et simplement supprimé par la commission, avec l'approbation ultérieure de la Conférence (1).]

§ III. *Compétence et procédure en matière de partage.*

373. 1° *Compétence.* C'est un principe universellement admis que toutes les actions relatives à une succession, pétition d'hérédité, action en partage, en rescision du partage et en garantie, sont de la compétence d'un juge unique : on évite ainsi l'accumulation des frais, la perte de temps et la contrariété possible des décisions sur des questions qui ont entre elles une étroite connexité (2). Le juge naturellement compétent pour connaître de toutes les actions concernant l'hérédité est celui du lieu où la succession s'est ouverte, c'est-à-dire celui du dernier domicile du défunt.

L'art. 59 Pr. civ., qui confirme cette manière de voir, ne semble avoir été écrit qu'en vue de la succession des Français ouverte en France ; mais, étant donné le fondement rationnel sur lequel repose la disposition qu'il contient, on ne voit pas de motif pour ne pas l'appliquer au Droit international privé (3).

(1) [*Actes de la IVe Conférence,* Rapport de M. Lainé, p. 126 ; Cpr. Lainé, J. C., 1906, p. 298-301.]

(2) Dig., l. 1, *De quibus rebus ad eumdem judicem,* XI, 2; Code, lex unic., *Ubi de hæreditate agatur,* III, 20.

(3) Dubois, J. C., 1875, p. 141. — Trib. Seine, 25 juin 1880, J. C., 1881, p. 163; Pau, 22 juin 1885, *ibid.,* 1887, p. 611. — V. Wahl, *Des principes de compétence*

Cependant la jurisprudence, conformément à sa doctrine générale, attribue compétence au tribunal dans le ressort duquel les immeubles sont situés, lorsqu'il s'agit d'actions relatives aux immeubles de la succession, et au tribunal du dernier domicile du défunt, pour les actions concernant les meubles de l'hérédité (1). Du reste, la jurisprudence admet que le simple domicile de fait établi en France par le défunt étranger, sans autorisation du gouvernement, est suffisant pour permettre aux tribunaux français de connaître des actions relatives aux meubles de sa succession (2).

dans les conflits internationaux, spécialement en matière de succession, J. C., 1895, p. 705 et suiv.

(1) Les tribunaux français se déclarent compétents pour toutes les questions relatives à la succession immobilière des étrangers quand les immeubles sont situés en France, bien que la succession se soit ouverte à l'étranger, et bien que les conventions internationales attribuent aux consuls la mission de liquider la succession de leurs nationaux, sans distinguer entre les meubles et les immeubles (V. Cour de Paris, 31 décembre 1889, *Le Droit,* 8 janvier 1890, à propos de l'application de la convention consulaire avec l'Espagne du 7 janvier 1862).

(2) Cass. req., 7 juillet 1874, D. P., 75. 1. 271 ; *Contrà :* Paris, S., 1873. 2. 148 ; V. Renault, J. C., 1875, p. 466, note 3. — [Trib. civ. Seine, 2e ch., 11 mars 1904, J. C., 1907, p. 434 : l'étranger non admis à domicile en France y possède cependant un domicile de fait, qui suffit pour déterminer la compétence du juge en matière de succession. Cette compétence a pour conséquence l'application des lois françaises relatives à la procédure et aux opérations du partage. La dévolution de la succession mobilière de l'étranger non admis à domicile est régie par son statut personnel. La liquidation de cette succession sera confiée à un notaire commis par le tribunal qui appliquera pour le fond les règles du statut personnel étranger et pour la procédure les règles de la loi française. En droit français le tribunal du lieu d'ouverture de la succession est compétent pour connaître des demandes intentées par les créanciers héréditaires contre les héritiers jusqu'au partage ; après le partage le *forum heredis* doit être saisi. S'il y a un seul héritier, et si, par conséquent il n'y a pas lieu à partage, c'est encore le *forum heredis* qui doit être saisi. V. Clunet, *Tables générales,* t. III, v° Compétence, p. 464 ; t. IV, v° Succession, p. 796. Mais il en est autrement dans le droit suisse. La cour de justice civile de Genève a jugé, le 30 mai 1908 (J. C., 1909, p. 577), qu'en l'absence d'une élection de domicile attributive de juridiction, les héritiers anglais domiciliés en Angleterre d'une personne décédée à Genève ne peuvent être poursuivis dans cette ville pour des dettes de la succession ; l'art. 63, § 3 de la loi d'organisation judiciaire n'est, en effet, applicable qu'en cas de demande formée contre une succession ou contre des biens en nom collectif ; la notification d'un commandement de payer, suivie de séquestre, n'entraîne pas la compétence des tribunaux genevois pour l'action au fond si la dette est contestée ; il faut distinguer entre le for de la poursuite et le for de l'action en reconnaissance de dette ; pour ce dernier, en l'absence de traité, c'est l'art. 66 de la loi d'organisation judiciaire qui fait règle.]

On trouve, sur ce point, des règles particulières dans les législations belge et italienne.

La loi belge du 26 mars 1876 déclare les tribunaux belges compétents pour toutes les actions qui ont pour objet des immeubles dépendant de la succession d'un étranger ouverte en quelque lieu que ce soit, si ces immeubles sont situés en Belgique. Si la succession ne comprend pas d'immeubles situés en Belgique, le tribunal compétent est celui du dernier domicile du défunt. Lorsqu'on ne peut trouver le dernier domicile de l'étranger décédé, le demandeur belge peut assigner les défendeurs étrangers devant le tribunal de son domicile ou de sa résidence.

Le code de procédure italien, au contraire, reconnaît dans tous les cas la compétence du tribunal du dernier domicile du défunt (art. 94). Cependant, lorsque la succession s'est ouverte à l'étranger, les actions doivent être portées devant le tribunal du lieu où se trouve la plus grande partie des biens héréditaires, meubles ou immeubles. Si l'on ne peut déterminer ce lieu, le demandeur assigne le défendeur au domicile ou à la résidence de ce dernier. On discute beaucoup, en Italie, sur le point de savoir si ces dispositions s'appliquent aux successions laissées par des étrangers aussi bien qu'à celles des Italiens : mais il semble plus juste d'appliquer aux étrangers uniquement le droit commun d'après lequel le tribunal compétent est celui du dernier domicile du défunt, les autres dispositions plus ou moins arbitraires de la loi italienne ne pouvant être imposées qu'aux nationaux de l'Italie (1).

374. 2° *Procédure.* Quand le partage est volontaire, les formes dépendent des parties qui les règlent comme elles l'entendent (art. 819 C. civ.).

Pour le partage judiciaire, il faut en distinguer avec soin la nécessité et les formes.

La nécessité de recourir à l'intervention de l'autorité publique afin d'opérer le partage est toujours fondée sur une idée de protection pour certains incapables que l'on veut prémunir contre les fraudes et les surprises d'un partage amiable. Or, comme on l'a déjà vu, la protection des incapables est déterminée en principe par la loi nationale de ces derniers : c'est donc la loi nationale de chaque héritier qu'il faudra consulter pour savoir si le partage doit se faire en justice à raison de sa minorité, de son interdiction ou de son absence (2).

(1) Norsa, *R. D. I.*, p. 220-223; J. C., 1875, p. 139-142.
(2) [Pau, 9 juillet 1907, précité, J. C., 1908, p. 183.]

Quant aux formes du partage judiciaire, elles dépendent de la loi du pays où il s'opère : *Locus regit actum ;* c'est ainsi que le partage se fait en France devant le tribunal civil, tandis que, d'après la loi belge du 12 juin 1816, le partage judiciaire est opéré par un notaire sous le contrôle du juge de paix.

Mais la loi territoriale ne règle que les formalités du partage, par exemple les autorités qui y interviennent, les formes de la licitation, etc. La loi nationale du défunt déterminant au contraire les droits des héritiers, d'après ce qui a été déjà établi, c'est elle qu'il faudra consulter pour savoir comment les lots doivent être faits, notamment pour savoir si chaque héritier peut exiger qu'ils soient composés, autant que possible, de meubles et d'immeubles dans une égale proportion, et pour régler la compensation de l'inégalité des lots au moyen d'une soulte (1).

On a prétendu que la loi nationale du défunt détermine aussi le droit des créanciers héréditaires d'intervenir au partage, parce que c'est elle qui fixe le droit de gage qu'ils ont sur le patrimoine de leur débiteur (art. 882 C. civ.). Il est plus exact, croyons-nous, de s'en tenir sur ce point à la loi territoriale. Le droit d'intervenir au partage a été donné aux créanciers pour qu'ils préviennent les fraudes et n'aient pas à revenir, après coup et par l'action paulienne, sur une opération longue, compliquée et coûteuse : or ce sont là des considérations d'ordre économique qui se rattachent à l'intérêt général et qui ont véritablement le caractère d'ordre public. Aussi appliquerons-nous à cet égard la loi du pays où le partage s'opère si elle autorise les créanciers à intervenir au partage, alors même que la loi nationale du défunt ne leur donnerait pas ce droit.

375. Traités. — Le règlement des successions a fait l'objet de plusieurs conventions internationales. Signalons les traités conclus par la France avec l'Autriche le 11 décembre 1866, art. 2 (renouvelé le 18 février 1884) ; avec la Russie le 1er avril 1874, art. 10 ; avec la Serbie le 18 juin 1883, art. 8 (2). Dans ces divers

(1) [Trib. civ. Nice, 9 nov. 1904, et Aix, 1re chambre, 24 janv. 1906, J. C., 1906, p. 829 : rien ne s'oppose à ce que la licitation d'immeubles situés au Brésil et formant la plus grande partie de l'actif successoral soit ordonnée à la barre d'un tribunal français. « En décidant autrement, dit la cour d'Aix, on méconnaîtrait la règle de l'unité qui doit régler les opérations du partage ; le fractionnement des immeubles se concilierait mal avec la nécessité de maintenir l'égalité entre tous les héritiers ».]

(2) [La convention de commerce et de navigation signée à Belgrade le 23 déc. 1906-5 janv. 1907 et promulguée en France par le décret du 10 novembre 1907,

traités, on attribue compétence au tribunal dans le ressort duquel se trouvent les immeubles quand il s'agit d'actions concernant ce genre de biens dépendant d'une succession ; les actions relatives aux meubles de l'hérédité sont jugées par le tribunal compétent de l'Etat auquel le défunt appartenait par sa nationalité et on applique aux meubles la loi nationale du *de cujus*. Cependant ces traités ne prévoient que le cas d'étrangers établis dans le pays ou qui y sont de passage ; aussi faudrait-il en revenir à la compétence du domicile si le défunt étranger avait obtenu en France un domicile autorisé suivant l'art. 13 C. civ. (1). Toutefois le traité franco-russe de 1874 (art. 10, alin. 2) dispose que lorsqu'un national du pays où la succession est ouverte se trouve intéressé dans l'hérédité, les actions relatives aux meubles héréditaires seront de la compétence du tribunal du lieu où la succession s'est ouverte, si ce national fait valoir ses droits dans les six mois à compter de la publication faite par l'autorité locale à propos de l'ouverture de la succession, ou, à défaut de publication, dans les huit mois à compter du décès (art. 5) (2). Le traité ajoute (art. 10, alin. 3), qu'en pareil cas la succession mobilière sera régie par la loi du pays où elle s'est ouverte, au moins pour fixer la part de l'héritier national du pays où a lieu l'ouverture de la succession : le reste est réparti par le consul conformément à la loi nationale du défunt : c'est une dérogation inexplicable au principe, vrai en théorie et adopté d'ailleurs dans ledit traité, que la succession mobilière est régie par la loi nationale du défunt (3).

n'a pas touché à la matière des successions. J. C., 1908, p. 1302. V. autres traités ci-dessus, n. 361, p. 1037, note 2 et Amiaud, *Aperçu*, 2e éd., 1908, p. 294-295. Il est à noter que les traités et accords consulaires franco-brésiliens, notamment celui du 28 sept. 1889, ont été dénoncés par le Brésil le 13 avril 1907, J. C., 1907, p. 1016-1022. Cette mesure n'a rien de spécial à la France : les conventions similaires du Brésil avec l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et la Suisse ont été également dénoncées par le Brésil. J. C., 1907, p. 1020.]

(1) V. *Rev. prat. de Droit int. privé,* 1890-1891. 1. 301.

(2) [Il a été jugé que la demande d'un soi-disant héritier russe faite après l'expiration du délai imparti par l'art. 5, à l'occasion de la succession d'un sujet russe décédé en France, est irrecevable. Le consul de Russie représente la succession de tout sujet russe décédé en France. Aux termes de l'art. 10, al. 2, celui qui réclame la succession mobilière d'un sujet russe décédé en France doit faire établir sa qualité d'héritier par les tribunaux russes. Trib. civ. Nice, 6 mai 1908, J. C., 1908, p. 1177. V. dans la même affaire, trib. civ. Nice, 19 février 1906, p. 820 et Aix, 19 déc. 1906, J. C., 1907, p. 424.]

(3) [Weiss, *Traité,* t. IV, p. 200, texte et note 2.]

Le traité franco-suisse du 15 juin 1869 prévoit aussi la question dans son art. 5, aux termes duquel toutes les actions relatives à une succession doivent être portées devant le tribunal du dernier domicile du défunt en France, s'il s'agit d'un Français mort en Suisse, et, réciproquement, devant le tribunal du dernier domicile du défunt en Suisse, quand il s'agit d'un Suisse décédé en France. Le traité ne vise que les actions relatives au partage et à la liquidation, de sorte que les actions des créanciers contre la succession restent sous l'empire du droit commun tel qu'il est réglé par les autres dispositions de ce traité. D'autre part, les termes restrictifs de l'art. 5 ne semblent pas prévoir le cas où le *de cujus* est décédé ailleurs qu'en Suisse et en France : mais on ne voit pas bien en quoi cette circonstance pourrait avoir quelque influence sur l'application de cet article (1).

L'art. 5 ajoute : « Toutefois, on devra pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de la situation ». On interprète en général ces dispositions en disant que la compétence du tribunal du dernier domicile du défunt dans son pays n'est relative qu'aux meubles, tandis que, pour les actions concernant les immeubles héréditaires, il faut s'adresser au tribunal de la situation (2).

Le dernier alinéa de l'art. 5 complète les dispositions précé-

(1) [Cpr. Weiss, *Traité,* t. IV, p. 169-174 ; Trib. fédér. suisse, 27 octobre 1888, J. C., 1889, p. 350, et 1890, p. 519 ; S., 89. 4. 15 ; Brocher, *Comment. du traité de 1869,* p. 53 ; *Contrà,* Roguin, *Conflits de lois,* n. 226, p. 338 et suiv. ; R. Vincent, *Rev. prat. de Dr. int. pr.,* 1890-1891. 2. 168, n. 87 ; Aujay, *Etudes sur le traité franco-suisse du 15 juin 1869,* 1903, n. 174, p. 211.]

(2) Brocher, *Comment. du traité de 1869,* p. 51. — Cpr. J. C., 1879, p. 122 et suiv. ; [Roguin, J. C., 1886, p. 567 ; *Id., Conflits,* n. 266, p. 400 ; R. Vincent, *Rev. prat. de Dr. int. pr.,* 1890-1891. 2. 174-178, n. 91 et 92 ; Audinet, note dans S., 1903. 2. 202 ; Trib. civ. Versailles, 21 avril 1886, et Paris, 29 juin 1888, D. P., 89. 2. 278 ; Poitiers, 4 juillet 1887, et Cass., 11 juillet 1890, *Rev. prat. de Dr. int. pr.,* 1890-1891. 1. 3 ; Trib. civ. Seine, 13 août 1894, J. C., 1895, p. 95 ; 24 nov. 1900, J. C., 1902, p. 567, et S., 1903. 2. 201 ; Cour just. civ. Genève, 19 déc. 1887, et Trib. fédér. suisse, 27 oct. 1888, *Semaine judiciaire,* 1888, p. 573. — V. dans le sens de l'unité de juridiction pour tous les biens dont se compose la succession, y compris les immeubles eux-mêmes, sauf pour le juge national du *de cujus* l'*obligation* d'appliquer aux immeubles la *lex rei sitæ,* Curti, *Der Staatsvertrag,* etc., 1879, p. 92 et suiv. ; Combothecra, *Le for de succession d'après le traité franco-suisse, Rev. génér. du Droit,* 1899, p. 53 ; Weiss, *Traité,* t. V, 1905, p. 168 ; Trib. civ. Seine, 12 déc. 1889, et Paris, 30 juillet 1890, *Rev. prat. de Dr. int. pr.,* 1890-1891. 1. 106 ; Trib. civ. Alger, 19 juin 1897, J. C., 1898, p. 787, et 1899, p. 680 ; Cour just. Genève, 7 janv. 1899, J. C., 1899, p. 876 ; Trib. fédér. suisse, 14 sept. 1903, J. C., 1904, p. 739.]

dentes de la manière suivante : les jugements rendus en matière de succession par les tribunaux respectifs *et n'intéressant que leurs nationaux*, sont exécutoires dans l'autre [pays], quelles que soient les lois qui y sont en vigueur ». Le deuxième alinéa de cet article fait allusion au droit de prélèvement établi par la loi française du 14 juillet 1819, et la disposition qu'il contient a été déjà signalée au n° 355 *in fine* (V. ci-dessus, p. 1020).

Si l'on s'inspire de l'idée générale du traité de 1869, il semble que, dans les rapports de la France et de la Suisse, la compétence législative en matière de succession soit calquée sur la compétence judiciaire, c'est-à-dire qu'il faudra suivre, quant au fond, la loi de la situation des biens pour les successions immobilières, et la loi nationale du défunt pour les successions mobilières, comme il est stipulé dans les traités avec la Russie, l'Autriche et la Serbie. Cependant il a été jugé que le traité de 1869 ne règle qu'une question de compétence judiciaire et que, pour le fond, il faut toujours appliquer la règle traditionnelle : la loi de la situation pour les immeubles, loi du dernier domicile du défunt pour les meubles (1).

Le principe de l'unité de compétence pour les actions relatives à l'hérédité est consacré dans l'art. 7, § 1er de la convention franco-belge du 8 juillet 1899 : « Seront, dans chaque pays, portées devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession, les actions en pétition d'hérédité, les actions en partage et toutes autres entre cohéritiers jusqu'au partage, les actions contre l'exécuteur testamentaire, les actions en nullité ou en rescision de partage et en garantie des lots, les actions des légataires et des créanciers contre les héritiers de l'un d'eux ». Le § 2 est ainsi conçu : « La compétence relative à ces actions est limitée en Belgique suivant l'art. 47 de la loi du 25 mars 1876 ». Ce qui signifie que certaines limitations de durée apportées par cette loi belge à la compétence du juge du lieu d'ouverture de la succession et non admises par l'art. 59, alin. 6, de notre Code de procédure civile, ne s'appliqueront qu'aux actions relatives aux successions ouvertes en Belgique. — Il est à remarquer que la convention du 8 juillet 1899 ne règle que la question de compétence; celle de fond, c'est-à-dire celle de la loi applicable à la succession, étant absolument réservée. La proposition des délégués français de faire consacrer dans

(1) Trib. de Lyon, 19 nov. 1880, J. C., 1882, p. 419. — Cpr. Cass., 18 juil. 1859, D. P., 59. 1. 325; Cass., 11 fév. 1890, J. C., 1890, p. 299.

la convention le système de la jurisprudence, d'ailleurs admis en Belgique comme en France, loi de la situation pour les immeubles, loi du dernier domicile du défunt pour les meubles, a été écartée en raison de l'adoption probable et prochaine en Belgique d'une loi unique pour régler la succession, c'est-à-dire de la loi nationale du défunt, conformément au projet de révision du Code civil préparé par M. Laurent et arrêté par une commission spéciale.

376. Mission des consuls. — Il est généralement admis que les consuls peuvent intervenir, dans l'intérêt de leurs nationaux, pour prendre les mesures conservatoires relatives aux successions laissées par ces derniers (1). En dehors de tout traité, on les autorise, sans agir directement, à révéler des faits qui peuvent justifier le retard dans l'envoi en possession de la part de l'autorité locale, pour sauvegarder les droits d'autres héritiers qui sont en pays étranger (2).

Nombre de conventions consulaires conclues par la France autorisent les consuls à prendre, par eux-mêmes, toutes les mesures conservatoires, telles que : apposition des scellés (3), vente de meubles difficiles à conserver, paiement des dettes, envoi du reliquat de la succession dans le pays où sont les héritiers. Ils peuvent aussi faire l'inventaire, toucher les créances, administrer, par eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'une personne désignée par eux, la succession vacante (4). Cependant, si des nationaux du pays où la succession est ouverte ou d'une tierce puissance sont intéressés, les tribunaux locaux reprennent leur autorité, et les consuls n'ont plus pour mission que de représenter leurs nationaux absents dans les débats (5). Il est d'ailleurs admis, en juris-

(1) Note minist. 19 janv. 1880, J. C., 1881, p. 561.

(2) Cour du Surrogate de New-York, 5 déc. 1872, J. C., 1874, p. 258-261.

(3) [Sur la levée des scellés et le droit exclusif du consul de Russie à l'égard de la succession d'un sujet russe décédé en France, Paris, 1re ch., 23 juillet 1907, J. C., 1908, p. 174; cpr. Aix, 1re ch., 10 déc. 1906, J. C., 1907, p. 424.]

(4) [Aix, 1re ch., 13 déc. 1906, J. C., 1907, p. 1129 ; Cpr. 19 décembre 1906, précité, J. C., 1907, p. 424 et les conclusions de M. l'avocat général Vulliez.]

(5) De Clercq et de Vallat, *Guide pratique des Consulats*, I, p. 518 s., 5e édit.; Circul. du minist. des affaires étrang., 22 juin 1858; V. Convention avec le Brésil du 10 déc. 1860, art. 7 [dénoncée le 13 avril 1907, J. C., 1907, p. 1016] ; convention avec l'Italie, 26 juil. 1862, art. 9. — V. Vincent et Penaud, p. 842, n. 167 et suiv. — Pour l'interprétation des conventions de 1862 avec l'Espagne et l'Italie, d'ailleurs identiques en ce qui concerne les pouvoirs des consuls, v. Cass., 7 juil. 1874, D. P., 75. 1. 271 ; Trib. Seine, 21 mai 1881, J. C., 1882, p. 215 ; Paris, 5 mars 1901, *Gaz. des Trib.*, 22 mars 1901. — [Il a été jugé par le tribunal civil de Patras (1900, n. 907, J. C., 1908, p. 1264) que le consul de France repré-

prudence, au sujet du traité du 1er avril 1874 avec la Russie, que le consul a le droit d'intervenir dans les actes relatifs à la sauvegarde de l'hérédité, d'une manière absolue, et sans qu'on ait à rechercher si des héritiers russes sont intéressés ou, s'il y en a, s'ils sont absents ou présents (1).

Nous donnons, en terminant l'étude de cette matière, la liste des traités et conventions conclus par la France, dans lesquels on trouve des dispositions relatives au règlement de la succession des étrangers décédés en France et des Français décédés à l'étranger : avec l'Autriche, 11 décembre 1866 ; Bade, 16 avril 1846 ; la Birmanie, 24 janvier 1878 ; la Bolivie, décret du 9 décembre 1834 [et convention du 5 août 1897] ; le Brésil, 10 décembre 1860 et déclaration du 21 juillet 1866 [décret brésilien du 28 septembre 1889, dénoncés le 13 avril 1907, J. C., 1907, p. 1016]; le Chili, 15 mars 1850; Costa-Rica, 12 mars 1848; la République Dominicaine, traité du 8 mai 1852 et convention du 9 septembre 1887; l'Equateur, 6 juin 1843 et 12 mai 1888; l'Espagne, 7 janvier 1862; la Grèce, 7 janvier 1876; le Guatémala, 8 mars 1848; le Honduras, 22 février 1856; l'Italie, 26 juillet 1862; l'Imanat de Mascate, 17 novembre 1844; le Nicaragua, 11 avril 1859; le Pérou, 9 mars

sente la succession d'un Français décédé en Grèce, lorsque tous les héritiers ne sont pas présents et prêts à accepter, aux termes de la convention consulaire franco-hellénique du 7 janvier 1876].

(1) Cass., 17 juin 1895, S., 95. 1. 337 ; Orléans, 7 mai 1896, *Gaz. des Trib.*, 28 août 1896 ; Paris, 6 janv, 1898, *ibid.*, 15 janv. 1898 et J. C., 1898, p. 1108 ; Cass. req., 27 mars 1900, J. C., 1901, p. 156. — [La décision et l'instruction du ministre des finances en date du 13 novembre 1905 et du 5 avril 1906 relatives à l'application du traité franco-russe du 1er avril 1874 aux successions de Russes décédés en France, combinée avec la loi du 30 décembre 1903, ont écarté les prescriptions de l'art. 3 de cette loi quant aux successions des sujets russes décédés en France, dont l'administration et la liquidation appartiennent aux agents consulaires de Russie (J. C., 1907, p. 229, et 1909, p. 717-724). Cette décision et cette instruction, répondant, d'ailleurs, à la circulaire du ministre des finances russe en date du 13 septembre 1897 (Cluzel, J. C., 1909, p. 719-721), qui avait résolu une difficulté de même nature dans le sens du respect en Russie de la convention franco-russe de 1874, paraissent devoir bénéficier aux consuls d'Espagne, d'Italie, de Portugal, de Bolivie, de Grèce, de Saint-Domingue et de Salvador. En effet, les conventions consulaires conclues par la France avec ces pays ne subordonnent l'exercice des pouvoirs conférés aux consuls des pays respectifs en matière de successions à aucun paiement des droits de mutation ni à aucune mise en dépôt de biens suffisants pour les payer. Au contraire, d'après la convention franco-autrichienne du 11 décembre 1866 (art. 3, § 4), les consuls autrichiens peuvent seulement exiger la remise des valeurs mobilières qui ne servent pas à garantir le paiement des droits de succession ou de mutation. V. Cluzel, J. C., 1909, p. 722-724).]

1861; la Perse, 12 juillet 1855; le Portugal, 11 juillet 1866; la Russie, 1er avril 1874; le San-Salvador, 5 juin 1878; les Iles Sandwich, 29 octobre 1857; la Serbie, 18 janvier 1883; Siam, 15 août 1856; le Venezuela, 24 octobre 1856; les Etats-Unis, 23 février 1853, art. 7; le Mexique, 27 novembre 1886, art. 6; le Paraguay, 4 mars 1853, art. 10 (1).

Si le consul n'use pas du droit de faire les actes de partage et de représenter la succession en cas de contestations devant les tribunaux, ceux-ci ne doivent pas moins accepter son intervention, même en appel (2).

Plusieurs conventions disposent que les consuls doivent exclusivement s'occuper de la succession des gens de mer, et des passagers de leur nation dont les effets doivent leur être remis (V. les conventions précitées avec Autriche, Espagne, Grèce, Italie, Portugal, République Dominicaine, Russie, Salvador). Des déclarations spéciales, relatives à la succession des marins, ont été signées avec les pays suivants : Allemagne, Autriche-Hongrie, Belgique, Danemark, Grèce, Portugal, Suède et Norvège.

376 *bis*. [La quatrième Conférence de La Haye n'a pu élaborer un projet de convention sur la compétence et la procédure en matière de successions et de testaments. Elle s'est bornée à insérer dans le projet de convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments une disposition qui est devenue l'art. 5 : « Les autorités de l'Etat sur le territoire desquels se trouvent des biens appartenant à la succession pourront prendre les mesures nécessaires pour en assurer la conservation, à moins qu'il n'y soit pourvu, en vertu de conventions spéciales, par les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'Etat dont le défunt était le ressortissant » (3). Mais elle s'est préoccupée de la question,

(1) [Amiaud, *Aperçu,* etc., 2e édit., 1908, p. 294-295; Ditte, *Des conventions consulaires existant entre la France et diverses autres puissances,* p. 51 et s. — Pour la jurisprudence, v. Clunet, *Tables générales,* vo *Consul,* n. 170 et s.]

(2) Cass., 9 fév. 1897, J. C., 1897, p. 370. [Il a été jugé que le consul de Russie n'a pas qualité pour former tierce opposition contre un jugement nommant un curateur à une succession immobilière déclarée vacante, le règlement des immeubles délaissés en France devant être régi par la loi française, et les tribunaux français ayant compétence pour statuer sur la vacance de ces biens : quant aux meubles, ils doivent être remis par le curateur au consul de Russie, alors qu'aucun héritier français ou sujet d'une autre puissance ne s'est révélé. Aix, 1re ch., 13 déc. 1906, J. C., 1907, p. 1129. Cpr. Aix, 19 déc. 1906, précité, J. C., 1907, p. 424.]

(3) [*Actes de la IVe Conférence de La Haye,* 1904, p. 212.]

dans son ensemble, et l'art. 8 du projet de convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments est ainsi conçu : « Aussitôt que possible après la signature de la présente Convention, les Etats contractants établiront, d'un commun accord, les règles concernant la compétence et la procédure en matière de successions et de testaments. La Convention contenant ces règles sera ratifiée en même temps que la présente Convention » (1). Et la même Conférence a émis le vœu : « que le Gouvernement des Pays-Bas veuille bien, aussitôt que possible après la signature de la Convention sur les successions et les testaments, convoquer une nouvelle Conférence, qui aurait pour mandat de préparer le protocole additionnel visé par l'art. 6 § 2 de la dite Convention ainsi que la Convention relative à la compétence et à la procédure en matière de successions et de testaments visée à l'article 8 » (2). L'Allemagne a demandé que la question des pouvoirs conférés aux consuls en matière de successions fût élucidée; le Gouvernement français trouve excessifs les pouvoirs que les conventions consulaires attribuent en France aux consuls étrangers et se propose de poursuivre la révision de ces conventions (3). Il n'est pas probable qu'un accord diplomatique sur l'ensemble des questions relatives aux successions et aux testaments puisse intervenir à la Conférence convoquée pour le mois de septembre 1909. En vue de cette Conférence, le Gouvernement des Pays-Bas vient d'adresser un questionnaire destiné à préparer une *loi uniforme* relative *à la lettre de change* (4).]

CHAPITRE II

SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

377. Sans revenir sur les points communs aux successions testamentaires et *ab intestat*, tels que le partage et ses suites, le paiement des dettes, nous n'avons, dans le présent chapitre, qu'à signaler les particularités relatives aux testaments, soit quant à la forme, soit quant au fond (5).

(1) [*Actes de la IVe Conférence de La Haye*, 1904, p. 213.]
(2) [*Actes de la IVe Conférence de La Haye*, 1904, p. 233.]
(3) [V. ci-dessus, n. 17, p. 57.]
(4) [*R. D. I. P.*, 1909, p. 369-373.]
(5) V. Champcommunal, *La donation et le testament en Droit int. privé, Rev. critique*, 1896, p. 294 et 366; [Lainé, *La forme du testament privé en Droit inter-*

SECTION PREMIÈRE

FORME DES TESTAMENTS

378. Les formes des testaments sont déterminées par la loi du pays où ils sont faits, d'après la règle *Locus regit actum* (1). Cette même loi fixe aussi les conditions d'authenticité, de sorte que l'on devra regarder comme authentique en France un testament fait en la forme orale devant témoins et considéré comme tel par la loi étrangère (2). La jurisprudence anglaise présente, à ce sujet, de curieuses particularités. Le testament portant sur des immeubles doit être fait en la forme fixée par la loi de la situation de ces biens. Portant sur des meubles, il est valable s'il est fait en la

national, Les lois opposables à la loi du lieu de l'acte, Paris, 1908, p. 1-64; Dubrajeaud, *Des conflits de lois relatifs à la forme du testament sous seing privé,* Paris, 1908, 1 br. in-8.]

(1) Etant donné le caractère facultatif de cette règle pour les actes privés, le testateur étranger doit pouvoir faire son testament en France en la forme de sa loi nationale. — *Contra :* Paris, 25 mai 1852, et Cass. req., 9 mars 1853, D. P., 53. 1. 217; Paris, 2 déc. 1898, J. C., 1899, p. 584 et les conclusions contraires de M. l'avocat général Jambois (affaire Viditz contre Gesling). L'arrêt de la cour de Paris ayant été cassé, le 29 juillet 1901 par la Cour suprême, pour incapacité de la demanderesse et sans que la question concernant la forme du testament eût été touchée (J. C., 1901, p. 971), la Cour d'Orléans, statuant sur renvoi le 24 février 1904, a, comme la Cour de Paris, déclaré le testament nul (J. C., 1904, p. 680). Mais la Chambre des requêtes, le 12 juillet 1905 (J. C., 1905, p. 1045), au rapport de M. le conseiller Letellier et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Feuilloley, n'a pas persisté dans sa jurisprudence antérieure; elle a prononcé l'admission du pourvoi. Surville, *loc. cit.,* J. C., 1906, p. 961-976; Lainé, *op. cit.,* p. 3-40. V. *supra,* n. 217, p. 663-667. — La question vient d'être tranchée, le 20 juillet 1909, par la Chambre civile de la Cour suprême (*Gaz. des Trib.* des 26 et 27 juillet 1909), dans le sens du caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* en matière de testaments privés : en conséquence, le testament d'un Anglais fait en France suivant la forme anglaise, c'est-à-dire signé devant deux témoins qui signent eux-mêmes le testament en la présence du testateur et attestent la signature de celui-ci, est valable. Cet arrêt, rendu au rapport de M. Falcimaigne et conformément aux conclusions de M. le procureur général Baudouin, consacre un revirement de jurisprudence qui sera salué avec satisfaction par la presque unanimité des auteurs et qui a été préparé par les remarquables travaux de M. Lainé. Il est à souhaiter que la solution aujourd'hui admise pour les testaments soit bientôt consacrée pour tous les actes juridiques.

(2) Cass., 6 fév. 1843, S., 43. 1. 209; Cass., 3 juil. 1854, S., 54. 1. 417; Cass., 19 août 1858, S., 59. 1. 396; [Trib. civ. Marseille, 1re ch., 3 mai 1907, J. C., 1909, p. 201 et la note; Surville, *La règle* Locus regit actum *et le testament,* J. C., 1906, p. 972; Clunet, *Tables générales,* IV, v° *Testament,* p. 880. — Cpr. dans une espèce voisine, Paris, 23 juillet 1907, J. C., 1908, p. 175.]

forme déterminée par la loi du dernier domicile du testateur. Cette dernière loi est suivie, soit pour les formes, soit pour les conditions de capacité du testateur, soit même pour les nullités légales, par exemple en ce qui concerne la limitation de la réserve ou les legs faits à une personne morale non reconnue (1).

On a déjà vu, d'ailleurs, que la prohibition de faire un testament mutuel, dans un seul et même acte (art. 968 C. civ.), constitue une règle de statut personnel qui dépend de la loi nationale du testateur et non de la *lex loci* (V. n. 216, p. 661-663).

On sait aussi que les Français peuvent tester devant les consuls qui, pour les testaments authentiques, doivent observer les formalités indiquées dans l'ordonnance de 1681, liv. I, tit. IX, art. 24 (V. n. 219 B, p. 670-672).

Une seule difficulté reste à élucider en ce qui concerne les forme des testaments. Nous avons déjà dit que, sauf pour les actes authentiques, la règle *Locus regii actum* est facultative et non impérative; notre code civil fait particulièrement l'application de cette idée aux testaments dans l'art. 999, ainsi conçu : « Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970 (testament olographe), ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé ». Ainsi, bien que se trouvant en pays étranger, le Français sans observer la règle *Locus regit actum*, pourra tester en la forme olographe telle qu'elle est déterminée par la loi française. Mais, indépendamment de cette première manière de tester d'après la loi française, l'art. 999 n'en prévoit formellement qu'une autre pour le Français qui fait son testament en pays étranger, c'est la forme authentique déterminée par la loi étrangère : faut-il en conclure que le législateur prohibe, pour nos nationaux, l'emploi de la forme privée ou olographe réglée par la loi étrangère (2)?

Pendant quelque temps on a conclu de l'art. 999 que le Français ne pouvait tester en la forme étrangère qu'autant que celle-ci était authentique, et même que les conditions de l'authenticité étaient fixées par la loi française : ainsi le testament aurait dû être fait devant un officier public compétent; et on n'aurait pas

(1) Dicey et Stocquart, *Le statut pers. angl.*, II, p. 208 s.; [Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 85-89, p. 113-116.] — V. *supra*, n. 218 *in fine*, p. 667-668.

(2) V. Maurice Colin, *De la forme que doivent revêtir les testaments rédigés à l'étranger par des Français*, J. C., 1897, p. 78 et 508.

tenu pour valable un testament fait devant plusieurs témoins, si cette seule condition avait été exigée par la loi étrangère pour l'authenticité (1). Cette première interprétation de l'art. 999 est inacceptable, car il est de principe que les conditions d'authenticité des actes dépendent exclusivement de la loi du pays où ils sont rédigés; comme on ne peut satisfaire toujours, en pays étranger, aux conditions d'authenticité prescrites par la loi française, une telle opinion rendrait le testament impossible pour les Français qui ne pourraient tester, ni devant le consul, ni en la forme olographe telle qu'elle est indiquée dans l'art. 970 C. civ.

D'autres auteurs pensent que l'art. 999 ne fait nullement obstacle à l'emploi de la forme olographe étrangère de la part des Français. Pour écarter l'argument tiré de ce que, dans cet article, le législateur n'autorise formellement que la forme authentique étrangère, ils font valoir surtout cette considération que, dans ce texte, le législateur a uniquement pour but de permettre aux Français de tester en pays étranger en la forme olographe française, d'établir, en un mot, sur ce point, le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum*. Mais si le testateur préfère employer la forme étrangère, il a pleine liberté à cet égard, conformément au principe de droit commun; cette dernière hypothèse ne rentre pas dans les prévisions du législateur, qui s'en est référé sur ce point au principe ordinaire *Locus regit actum* (2).

Ce raisonnement spécieux ne peut tenir, croyons-nous, contre le texte formel de l'art. 999, qui présente une antithèse marquée entre le testament *olographe* de l'art. 970 C. civ. et la forme

(1) Jugement du Trib. civil de Rouen, réformé par la Cour de Rouen le 21 juil. 1840, S., 40. 2. 516; [*Contra*, Cass., 6 février 1843 (S., 43. 1. 209) : depuis cet arrêt, il est admis en jurisprudence qu'il est permis aux Français en pays étranger de faire un testament qui, authentique d'après la loi locale à raison de certaines solennités, bien que fait dans la forme privée, ne le serait pas d'après la loi française, parce que le Code civil ne reconnaît l'authenticité qu'au testament public. Lainé, *op. cit.*, p. 1; Surville, *loc. cit.*, J. C., 1906, p. 972; Trib. civ. Marseille, 3 mai 1907, précité, J. C., 1909, p. 201, et Paris, 23 juillet 1907, J. C., précité, J. C., 1908, p. 175.]

(2) Cass., 19 août 1858, S., 59. 1. 396. [D'après un arrêt de la Cour de cassation en date du 30 nov. 1831 (S., 32. 1. 32), il serait permis à un Français testant en pays étranger de faire son testament dans la forme privée locale, quand elle n'est pas celle du testament olographe et ne confère pas non plus à l'acte l'authenticité. Un jugement du Trib. civil de Lyon s'est prononcé en sens contraire, J. C., 1877, p. 149. Dans le premier sens, Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon,* sur l'art. 999, n. 84 *in fine*. Cpr. Lainé, *op. cit.*, p. 1 et p. 47.]

authentique de la loi étrangère, antithèse qui montre bien que notre législateur exclut, pour nos nationaux, l'emploi de la forme olographe étrangère. Aussi est-il généralement admis que le Français ne peut tester d'après les formes étrangères qu'autant que ces dernières présentent le caractère d'authenticité; mais, bien entendu, pour les raisons données à propos de la première opinion, les conditions de l'authenticité sont fixées par la loi du pays où le testament est fait et non par la loi française (1). Du reste, la dérogation à la règle *Locus regit actum*, résultant ainsi de l'art. 999, s'explique par les dangers que présente le testament olographe, dans lequel on ne trouve plus la garantie d'un officier public, et qui favorise particulièrement les fraudes et les captations : aussi le législateur français ne l'autorise-t-il pour ses nationaux qu'autant qu'il satisfait à toutes les conditions de l'art. 970 qui assurent l'exactitude du testament et l'indépendance du testateur. Peut-être la loi étrangère ne présenterait-elle pas les mêmes garanties à ce double point de vue : voilà pourquoi la défense pour un Français de tester en la forme olographe étrangère doit être regardée comme une restriction de sa capacité et une règle de statut personnel qui le suit partout. On a vu plus haut, d'ailleurs, que la loi hollandaise prohibe même l'emploi de la forme olographe pour les nationaux des Pays-Bas (2).

[**378** *bis*. En raison, comme d'après l'histoire et le droit français actuel, l'observation de la loi du lieu de l'acte n'est pas nécessaire pour le testament privé : régulier aux termes de la loi nationale du testateur, le testament d'un étranger doit être reconnu valable, même lorsqu'il a été fait en France et bien qu'il ne soit pas conforme à la loi française. Le caractère impératif et absolu que beaucoup d'esprits et jusqu'à l'arrêt de cassation du 20 juillet 1909

(1) Cass., 3 juil. 1854, D., 54. 1. 313. — Trib. Lyon, J. C., 1877, p. 149; article anonyme, J. C., 1880, p. 387. — Conf. de La Haye, 1894, V, art. 3, § 2. — Cpr. Cass. Turin, 31 mai 1881, J. C., 1883, p. 84. — Trib. sup. Emp. allemand, 27 janv. 1888, *ibid.*, 1890, p. 335. — Paris, 10 août 1872, S., 72. 2. 269.

(2) [V. *supra*, n. 216, p. 662-663. — Trib. civ. Termonde, 1re ch., 24 mars 1907, J. C., 1908, p. 885. La jurisprudence hollandaise, la jurisprudence belge et la jurisprudence française voient plutôt dans l'art. 992 du Code civil néerlandais une règle de forme. V. Trib. civ. d'Amsterdam, 6 juil. 1886 (implicite), J. C , 1889, p. 175. — Trib. civ. Bruxelles, 31 juil. 1886, J. C., 1887, p. 495. — Orléans, 3 août 1859, S., 60. 2. 37. — *Sic* Pillet, *Principes*, 1903, n. 39, p. 104-105. Le tribunal civil de Termonde (Belgique) du 24 mars 1907 qualifie de règle de capacité la règle posée par cet article 992. V. dans le même sens, Gênes, 4 août 1891, J. C., 1893, p. 955, et Trib. civ. Seine, J. C., 1904, p. 166.]

les tribunaux français ont attribué à la règle *Locus regit actum*, spécialement en matière d'actes testamentaires, provient d'une erreur historique démontrée péremptoirement par M. Lainé, ne se justifie par aucune considération rationnelle et enfin est condamnée manifestement par l'art. 999 du code civil français. La règle célèbre et traditionnelle doit « redescendre au rang de règle subsidiaire et facultative que lui assignent l'histoire et la nature des choses ». D'où la conséquence qu'elle ne s'oppose nullement à la faculté pour les étrangers de faire en France leur testament suivant leur loi nationale (1).]

[Mais alors le champ devient libre pour de nouvelles recherches auxquelles la conception qui dominait dans beaucoup d'esprits et qui paralysait jusqu'ici nos cours d'appel opposait comme une fin de non-recevoir. A quel titre la loi nationale du testateur, celle du Français en pays étranger, ou celle de l'étranger en France, peut-elle être observée? Si c'est en tant que loi généralement protectrice et directrice de ses ressortissants dans leur activité juridique, la loi nationale, au cas où elle ne se confond pas avec celle du domicile, ne doit-elle pas ou ne peut-elle pas être remplacée par celle-ci, considérée comme lui étant équivalente? De plus, pourquoi les juges d'un pays n'accueilleraient-ils pas, comme preuve des dispositions dernières d'un étranger, même exprimées à l'étranger, un testament conforme à la loi de leur propre pays? (2).]

[Il sera extrêmement rare qu'un testament, non conforme à la loi du lieu où il a été fait, ni à la loi nationale du testateur, ni même à celle de son domicile, soit valable aux yeux de la loi du pays où siège le tribunal saisi du litige. Le plus souvent, si le testament est conforme à la loi du tribunal, c'est que cette loi se trouve être en même temps l'une des trois autres que le testateur a choisie, et qui, à titre de loi nationale ou de loi du domicile ou de loi du lieu de l'acte, « éclipse en quelque sorte, comme le dit M. Lainé, la loi du tribunal et paraît en rendre le concours inutile ». Mais, si l'hypothèse n'est pas de nature à se réaliser fréquemment, si elle ne s'est pas jusqu'ici présentée devant les tribunaux français, elle n'en doit pas moins être prévue, non seulement parce que tout arrive en droit international privé, mais

(1) [Lainé, *De la forme du testament privé*, p. 3-40 et p. 63.]

(2) [Lainé, *op. cit.*, p. 63-64. — Cpr. *Id.*, *Esquisse d'une théorie de la forme instrumentaire en droit international privé*, J. C., 1908, p. 321-343 et p. 674-693.]

aussi parce qu'en vertu des art. 14 et 15 de notre code civil, la justice française peut avoir à intervenir au sujet d'un testament fait en pays étranger par une personne qui n'avait ni la nationalité française, ni son domicile en France et qui néanmoins aurait testé dans la forme olographe; l'intention conçue mais non réalisée par le testateur de se faire naturaliser ou de se fixer en France pourrait expliquer cette particularité (1). Or, l'opinion unanime de ceux qui ont prévu la question est contraire à la validité d'un pareil testament. Seulement l'on s'en tient à de pures affirmations, ou bien les raisons alléguées n'ont de portée que pour l'hypothèse inverse de celle dont il est ici question. Supposant que le testament fait à l'étranger par un étranger n'est pas conforme à la loi du tribunal français saisi du litige, on affirme que le tribunal ne doit pas pour cette raison déclarer le testament nul; car « le testateur n'avait point alors à respecter les formes de la loi française ». Et cela est parfaitement rationnel. Mais lorsqu'on arrive à l'hypothèse inverse, à celle où le testament est conforme à la loi du tribunal, on affirme de nouveau que « les tribunaux français n'ont point à se préoccuper de savoir si les règles de forme prescrites par la loi française ont été observées ». Et la conséquence en est que « les tribunaux français ne pourraient déclarer valable un testament qu'un étranger aurait rédigé conformément aux prescriptions de l'article 970 du Code civil, si ce testament n'était admis ni par la loi nationale du testateur, ni par la loi du lieu de l'acte » (2). — Procéder ainsi, c'est affirmer et conclure sans donner aucun motif, ou bien c'est commettre une confusion singulière et s'imaginer justifier cette seconde solution par les raisons sur lesquelles on avait précédemment fondé la première : le

(1) [Lainé, *De la forme du testament,* p. 55-57. — Cpr. Trib. civ. Lille, 13 avril 1905, et Douai, 1re ch., 18 juillet 1905, J. C., 1908, p. 185 : les tribunaux français sont compétents pour statuer sur la demande d'un Français tendant à l'annulation d'un testament fait en Espagne par un Espagnol au profit d'un Espagnol, mais au préjudice de droits compétant à des Français. — Cpr. aussi Cour cass. Florence, 3 juillet 1905, J. C., 1907, p. 510 : les tribunaux italiens sont compétents (art. 90 et 94 et art. 105-107 C. pr. civ.) pour connaître d'une demande en délivrance de legs introduite par des légataires étrangers contre un héritier étranger résidant en Italie, encore que la succession soit régie par une loi étrangère.]

(2) [Maurice Colin, *De la forme des testaments passés par les étrangers,* J. C., 1897, p. 943. — Cpr. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* I, n. 106 *bis;* XXI, n. 484 à 485; Aubry et Rau, 5e édit., t. Ier, § 31, p. 150; Colmet de Santerre, *Cours analyt. de Code Nap.,* IV, n. 138 *bis,* IV; Weiss, *Traité théor. et prat. de dr. int. privé,* IV, p. 638; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donat. et testam.,* II, n. 2254.]

testament conforme à la loi du tribunal serait nul, parce que le testateur n'était pas tenu d'observer cette loi (1)!]

[Or, suivant la remarque de M. Lainé (2), un testament privé, qu'il soit ou non olographe, est un acte à double fin. Il exprime les volontés dernières du testateur et, le plus souvent, cela suffit, car il sera docilement exécuté. Mais si quelque contestation judiciaire survient, il sert alors à les constater. Hier, acte juridique énonçant des dispositions à cause de mort, il en devient aujourd'hui la preuve et fonctionne comme acte instrumentaire. Considère-t-on le testament comme une disposition de volontés dernières? Son auteur doit, pour le faire valablement, se soumettre à certaines formes destinées à assurer l'existence, la liberté, la sincérité de ses dispositions : ces formes seront, en principe, celles de sa loi nationale (ou de la loi de son domicile, pour des raisons que nous indiquerons tout à l'heure), par exception celles de la loi du lieu de l'acte.]

[Considère-t-on le testament comme une preuve produite en justice? C'est à la loi de son propre pays que le juge doit demander avant tout à quelles conditions de forme est subordonnée l'admission de cette preuve. Autoriser le testament olographe, comme le fait l'art. 970 du Code civil français, c'est dire aux tribunaux : « Vous ajouterez foi à un acte testamentaire écrit, daté et signé par le testateur ». Le législateur qui tient ce langage se préoccupe-t-il soit de la nationalité ou du domicile du testateur, soit du lieu où se fera l'acte? Nullement. S'il tient compte jusqu'à un certain point du caractère et des mœurs de ses ressortissants, il s'inspire surtout de sa connaissance générale de l'âme humaine et de son devoir de satisfaire au légitime désir qu'ont d'ordinaire les hommes de régler eux-mêmes la dévolution de leurs biens; il estime que, pour ceux qui savent et peuvent écrire, le testament olographe est un instrument toujours présent, commode et souple. D'autres législateurs, frappés des inconvénients de ce testament, l'ont proscrit : tel, le législateur des Pays-Bas. Serait-ce que les Néerlandais ont le caractère moins ferme et sont plus accessibles à la captation que les Français ou les Belges? Non. Cette divergence des lois est due à une conception différente et générale de la force de résistance que le testateur, quel qu'il soit, en quelque pays qu'il se trouve, peut opposer aux suggestions, aux pressions

(1) [Lainé, *De la forme du testament privé*, p. 57-60].
(2) [Lainé, *op. cit.*, p. 60-62.]

et aux procédés frauduleux des personnes qui convoitent sa fortune. Chaque législateur a donc, à ce point de vue, sa manière de voir, et le but qu'il se propose en s'adressant à ses juges, soit pour admettre, soit pour proscrire le testament olographe, est de leur faire connaître les conditions auxquelles est assujetti le testament comme mode de preuve. Par conséquent, les juges français auxquels un testament olographe est présenté ont le devoir de reconnaître la force probante au testament conforme à la loi française, loi du tribunal saisi.]

[Est-ce à dire que, si le testament est contraire à cette loi, il devra être écarté? En aucune façon. Le juge doit alors, subsidiairement, considérer que ce testament est une preuve préconstituée, dressée par une personne qui n'avait pas à respecter la loi du tribunal. Cette loi, en effet, le testateur l'ignore souvent : on peut pressentir, mais on ne peut jamais savoir avec certitude à quels juges son testament pourra être soumis. Le testateur a légitimement recours, soit à sa loi nationale, soit à la loi de son domicile, celle-ci pouvant être considérée, aussi bien que la loi nationale, comme sa protectrice naturelle dans l'exercice de ses facultés juridiques d'ordre pécuniaire, soit enfin à la loi du lieu de l'acte, en lui demandant une assistance temporaire; son testament, valable en tant qu'expression de ses volontés, l'est aussi pour en témoigner devant le juge. « En d'autres termes, dit très bien M. Lainé, c'est pour le juge un acte instrumentaire, comptant parmi les éléments de l'administration de la justice, plus spécialement se rattachant au système des preuves, et, de ce chef, régi par la loi du tribunal. Mais, quant à la question de savoir s'il est un mode de preuve admissible, et c'est ici le point de vue auquel on l'envisage, il n'appartient pas à la procédure proprement dite, suivant laquelle s'exercent les preuves, et par conséquent il ne relève pas exclusivement de la loi territoriale; à défaut de cette loi, s'il n'y est pas conforme, une autre loi peut intervenir et, le protégeant, suivant les règles précédemment indiquées, comme un acte valablement fait, lui attribuer force probante » (1).]

[Les auteurs français ont prévu l'hypothèse d'un testament olographe émanant d'un étranger et fait en pays étranger. Mais ils n'ont pas songé au cas où, de plus, l'auteur de ce testament aurait eu son domicile en France. Or ce cas, assez extraordinaire,

(1) [Lainé, *op. cit.*, p. 62 *in fine.*]

il faut en convenir, s'est présenté récemment devant nos tribunaux. Le testament d'un citoyen des Etats-Unis, Charles Spencer, testament fait dans l'Etat de Rhode-Island, sans l'observation ni de la loi du lieu de l'acte ni de la loi nationale du testateur, était conforme à la loi de son domicile; c'était un testament olographe et le testateur était domicilié en France. Un procès s'éleva entre les frères du défunt, William et Lorillard Spencer, et leur sœur, la princesse Vicovaro, instituée légataire universelle. Celle-ci avait obtenu de M. le Président du Tribunal civil de la Seine, statuant en référé, deux ordonnances d'envoi en possession; l'une, du 11 janvier 1907, sur sa requête; l'autre, du 18 avril 1907, sur l'opposition formée par les consorts Spencer. Mais la cour de Paris, par arrêt du 23 juillet 1904, a annulé ces deux ordonnances. Les consorts Spencer ayant allégué que le testament, contraire aux prescriptions de la loi de l'Etat de New-York, loi nationale du testateur et à celles de la loi de l'Etat de Rhode-Island, loi du lieu de la confection du testament, la Cour a estimé la difficulté assez sérieuse pour exiger un examen « éclairé par l'étude des textes de la législation américaine » (1).]

[Le fait que le testateur étranger qui a testé en pays étranger contrairement à sa loi nationale et à la loi locale, mais conformément à la loi française, a son domicile en France n'a-t-il pas une influence décisive et ne doit-il pas déterminer la validité du testament ? Jusqu'à ce jour, l'opinion génerale et sans doute unanime était dans le sens de la nullité du testament. L'art. 999 du code civil français, qui est muet sur le testament fait par un étranger, garde en outre le silence au sujet de la loi du domicile. Il mentionne la loi nationale, il en autorise l'observation, il semble même en adopter le principe. Etendre au testament de l'étranger l'application d'un principe qui est faite expressément au testament d'un Français est chose légitime et nécessaire. Mais, comment faire intervenir la loi du domicile au profit du testament d'un

(1) [Paris, 1re ch., 23 juil. 1907, *R. D. I. P.*, 1907, p. 784 et J. C., 1908, p. 175. La Cour de Paris a annulé les ordonnances d'envoi en possession, parce que, d'après la jurisprudence, l'envoi en possession déplace le fardeau de la preuve et que la question de fond lui a paru douteuse. V. les conclusions conformes de M. l'avocat général Blondel, J. C., 1908, p. 175 et suiv. En ce qui concerne la question de fond, l'application de la loi domiciliaire du testateur pourrait, dans l'espèce, être admise en vertu de la théorie du renvoi. Mais pour ceux qui repoussent une théorie aussi erronée (V. ci-dessus n. 106, p. 329-353, et Lainé, *R. D. I. P.*, 1909, p. 12-40), cette application doit être motivée par de tout autres raisons. V. Lainé, *De la forme du testament,* p. 40-55.]

étranger, quand le législateur semble l'avoir écartée à l'égard du testament d'un Français ?]

[Si spécieuse que soit l'objection, M. Lainé a tenté de l'écarter et la démonstration de ce savant et regretté maître nous a paru convaincante au point de vue des précédents et des travaux préparatoires de notre code civil, comme au point de vue rationnel : ce qui nous amène à croire que, vraie en droit français, elle devrait être aussi admise dans le droit international privé universel. Nous relèverons surtout les raisons d'ordre général et rationnel qui militent en faveur de l'équivalence de la loi du domicile à la loi nationale].

[On ne peut, comme l'avaient fait, dans notre ancien droit, Ricard au XVII^e^ siècle, M^e^ Macé, avocat au Parlement de Paris, lors de l'affaire de Pommereuil en 1721 et le président Bouhier au XVIII^e^ siècle, et comme l'ont pensé de nos jours Marcadé et notre savant collègue M. Duguit, écarter absolument pour le testament olographe la théorie concernant la forme des actes et rattacher ce testament au statut personnel (1). Les principes généraux condamnent cette doctrine de Ricard et de ceux qui la lui ont empruntée. En effet, dans un acte juridique, la forme de l'acte ou de l'écrit qui le constate est chose très distincte de sa substance, de l'exécution du droit qui en résulte et de la capacité de son auteur. La forme instrumentaire a pour but l'attribution de l'authenticité ou du moins d'une certaine force probante : le législateur établit des règles destinées à garantir la certitude et la sincérité des volontés exprimées par l'auteur de l'acte. La capacité de celui-ci tient à son âge, à son indépendance, à sa santé intellectuelle : le législateur intervient afin de le protéger contre sa faiblesse, s'il s'agit d'un incapable, ou afin de le laisser libre, s'il s'agit d'une personne en pleine possession d'elle-même. Dès lors, les règles suivant lesquelles se résoudra le conflit des lois seront, à ces deux points de vue très différentes.]

[S'il est faux, en théorie, de rattacher au statut personnel la forme du testament privé, l'art. 999 du code civil français fournit, dans notre droit positif actuel, la preuve péremptoire que telle n'a pas été la pensée de notre législateur lorsqu'il a permis aux Français de faire en pays étranger leur testament dans la forme

(1) [Ricard, *Du don mutuel,* chap. VII, n. 307; Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne,* chap. XXVIII, n. 20 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 999, n. 83 et suiv.; Duguil, *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils,* p. 45 et suiv., p. 146 et suiv.]

olographe. En effet, il leur permet en même temps de le faire suivant la forme étrangère, à la seule condition que le testament soit authentique. Des auteurs admettent même, nous l'avons vu, et non sans raison peut-être, qu'au fond le texte autorise le testament fait dans la forme privée locale. Et Marcadé, précisément, est au nombre de ces auteurs, suivant la remarque piquante de M. Lainé. Comment Marcadé ne s'est-il pas aperçu que son système était incompatible avec celui du code ? Autoriser les Français à suivre, s'ils le jugent bon, la loi locale, c'est se placer en dehors du statut personnel, car ce statut ne comporte pas pour les Français à l'étranger l'observation d'une autre loi que leur loi nationale (1).]

[Ranger le testament olographe dans le statut personnel, ce serait, de nos jours, exclure l'application de la loi du domicile. L'adoption de la théorie, soutenue dans notre ancien droit par Boullenois et, de nos jours, par M. Claro, signifierait encore exclusion de la loi du domicile (2). Après bien des hésitations, Boullenois s'était prononcé pour le caractère impératif de la règle *Locus regit actum*, parce que, d'après un sentiment diamétralement opposé à celui de Bouhier, il la ratlachait au statut réel. Mais, lorsqu'il fut en présence de la théorie de Ricardo qui, contraire à la sienne, était pourtant, par un certain côté, si libérale et si humaine, il se trouva fort embarrassé et prit le parti de les associer, en dépit des « règles austères de la logique », pour laisser au testateur le choix de la loi du lieu de l'acte ou de la loi du domicile. N'est-ce pas à cette combinaison que s'est arrêté le législateur de 1804? Oui, semble-t-il, puisque l'art. 999 accorde précisément l'option que proposait Boullenois, en substituant à la loi du domicile la loi nationale. C'est l'opinion de M. Claro, qui présente l'art. 999 comme une conséquence du triomphe qu'il attribue, dans l'évolution du droit international privé, à la personnalité, sur la territorialité du droit : ce texte poserait, en principe, l'observation de la loi nationale, à titre de loi régissant le statut personnel, et, de plus, autoriserait par exception l'observation de la loi locale, à peu près comme le voulait Boullenois.]

[Mais cette théorie est doublement inexacte au point de vue historique. D'une part, on ne commença pas autrefois, comme le

(1) [Lainé, *Introduction au Dr. int. pr.*, t. II, p. 378 et suiv., p. 422 et suiv. ; Lainé, *De la forme du testament*, p. 41-47.]

(2) [Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, II, p. 77 ; Claro, note sous Paris, 2 déc. 1898 (affaire Viditz contre Gesling), D. P., 1899. 2. 177.]

dit à tort M. Claro, par imposer rigoureusement l'observation de la loi du lieu de l'acte, sous l'empire des influences féodales et en vertu de la territorialité du droit, pour finir, aujourd'hui, par la permettre simplement, en vertu du principe de la personnalité du droit, qui, « après avoir gagné peu à peu du terrain », a dominé notre droit moderne. Ce sont là des vues qui, sur l'ancien droit, sont erronées (1), et, sur le droit actuel, sont trop récentes pour avoir été celles des auteurs du Code civil. D'autre part, le système de Boullenois n'a point consisté, comme le croit ici encore inexactement M. Claro, à présenter la personnalité du droit comme constituant le droit commun quant à la forme du testament, sauf à admettre subsidiairement l'application de la loi locale : bien loin de rattacher en principe la forme du testament au statut personnel, Boullenois rappelle, à deux reprises différentes, l'observation de la loi locale comme étant le principe dominant. D'ailleurs, le consciencieux auteur avoue que, même dans ces termes, son système est encore incorrect. « Ce tempérament, dit-il, — il s'agit du tempérament relatif à l'observation de la loi du domicile comme loi du statut personnel —, n'est même pas pris d'après les règles austères de la logique ». Cet aveu ne suffit pas pour désarmer la critique. Boullenois n'est pas assez sévère pour son système qui, en réalité, est contradictoire, car il consiste dans la combinaison de deux règles dont chacune est, par elle-même, intransigeante : l'observation de la *lex loci actus* qui, pour Boullenois, est exclusive de toute autre loi et, par suite, de la *lex domicilii;* l'observation de la *lex domicilii,* entendue comme loi du statut personnel qui, selon Ricard, est à son tour exclusive de toute autre loi et, par cela même, de la *lex loci actus*. On ne saurait donc expliquer l'art. 999 par l'assemblage hétérogène de deux règles contradictoires; d'autant plus que le législataur n'a probablement pas connu le système de Boullenois, exposé d'une manière tout à fait incidente à propos des effets du changement du domicile sur la forme des actes (2).]

[La vérité, conforme à la logique et à la justice, c'est que, dans notre ancien droit, on avait fini par admettre à la fois que le testament conforme à la loi du lieu de l'acte sans l'être à la loi du domicile du testateur, serait valable, en vertu de considérations

(1) [Lainé, *Introd. au dr. int. pr.*, II, p. 328-428; *Id., Esquisse d'une théorie des actes instrum.*, J. C., 1908, p. 336-340; *Id., De la forme du testam.*, p. 48-49.]

(2) [Lainé, *De la forme du testam.*, p. 48-50.]

d'équité et d'utilité, et que, dans le cas contraire, le testament serait également valable, en vertu des principes généraux du droit, la loi du domicile de chacun étant celle qui présidait à sa vie juridique (1). Le législateur de 1804 s'est dégagé des liens dans lesquels s'étaient laissé prendre autrefois le Parlement et certains auteurs, en se soumettant aveuglément à une tradition faussée qui avait attribué un caractère impératif à la maxime, d'allure impérative, en effet, *Locus regit actum*. Il avait, d'abord, admis la formule traditionnelle, mais en lui restituant son caractère originaire et légitime de pure faculté, comme l'attestent les paroles de Portalis dans son premier exposé des motifs concernant le titre préliminaire (art. 4) (2); puis renonçant même à cette formule, sur le désir du Tribunat, pour éviter les interprétations erronées dont elle eût été susceptible, il est revenu au système que la combinaison de l'équité avec le droit avait fait admettre au XIII^e^ siècle et qui s'était maintenu jusqu'au jour où, au XVIII^e^ siècle, les mots obscurcirent la vérité : en règle, observation par le testateur de la loi qui généralement préside à la vie juridique de toute personne; à titre de faveur et de tempérament, recours par le testateur à la loi du lieu de l'acte.]

[Mais, dira-t-on, c'était autrefois la loi du domicile que l'on regardait comme devant s'appliquer en règle générale : aujourd'hui, c'est de la loi nationale que parle l'art. 999. Sans doute, répond M. Lainé. La consommation de l'unité législative pour toute la France obligeait le législateur à substituer la loi nationale à la loi du domicile dans la direction générale de la vie juridique des personnes comme dans le règlement spécial de leur statut personnel. Elle n'imposait aucun changement quant au fond du droit. C'est bien la théorie des Bartole, des Dumoulin, des Rodenburgh et des Jean Voet que le législateur de 1804 a transportée de l'ancienne France, morcelée en trois cent soixante coutumes, dans la France nouvelle, unifiée, l'empruntant à la *Théorie des statuts* pour la verser dans le Droit international privé.]

[De là il suit que la loi nationale du testateur, comme autrefois la loi de son domicile, intervient aujourd'hui, non en qualité de statut personnel, mais à un titre différent : elle s'attache au testateur « non pas en surveillante impérieuse, mais en protectrice, dans l'accomplissement d'un acte juridique et dans la rédaction

(1) [Lainé, *op. cit.*, p. 50-52.]
(2) [V. Lainé, *op. cit.*, p. 30 et p. 52.]

de l'acte instrumentaire le constatant, pour lui indiquer la forme suivant laquelle cet acte juridique sera valable et cet acte instrumentaire fera preuve » (¹).]

[Or, dans cet ordre d'idées, pourquoi la loi du domicile ne remplirait-elle pas le même rôle? Dans la sphère des intérêts patrimoniaux, la loi du domicile occupe une très large place, tantôt supérieure à celle de la loi nationale, tantôt au moins équivalente. La loi du domicile du débiteur prévaut, toutes les fois qu'il y a lieu de déterminer la situation juridique des créances ou des biens incorporels de la même nature. C'est aussi la loi du domicile du débiteur qui, d'après une opinion très répandue, régit la prescription libératoire. S'il s'agit d'interpréter la volonté des parties, la loi du domicile n'a pas des titres moindres à être consultée que la loi nationale des intéressés, dans la recherche de leur intention tacite ou présumée. Pour le régime des biens des époux, la loi du domicile matrimonial a d'abord paru dans notre droit moderne, comme dans notre ancien droit, devoir être la loi prépondérante, puis, la loi nationale est venue se placer sur le même rang qu'elle et enfin l'une des Conventions de La Haye du 17 juillet 1905 lui a donné la préférence (²).]

[A l'inverse pour le testament privé, c'est à la loi nationale du testateur, substituée à l'ancienne loi du domicile, qu'a d'abord songé le législateur de 1804; mais, aujourd'hui, sous l'empire du Code civil français comme sous celui de la plupart des Codes modernes, le domicile et la nationalité peuvent être séparés et sont deux éléments distincts de solution des conflits de lois, et il est dès lors dans la nature des choses que la loi nationale et la loi du domicile obtiennent une égale influence. De même qu'il doit être loisible aux époux de soumettre leurs biens au régime de leur loi domiciliaire ou à celui de leur loi nationale, de même il doit être permis au testateur de se placer, quant aux formes qui garantissent la validité et l'exécution de son testament sous la protection de sa loi nationale ou de sa loi domiciliaire : à l'un et à l'autre point de vue, la loi se fait tutélaire, non pas impérative (³). Le testateur aura donc l'option entre la loi de sa patrie, la loi de son domicile et la loi du lieu de l'acte.]

[En résumé, à l'occasion d'un testament privé, le conflit peut

(¹) [Lainé, *op. cit.*, p. 53.]

(²) [V. ci-dessus n. 334 *bis*, p. 973; Cpr. Pillet, *Le régime légal des étrang. mariés en France, Bull. de la Société d'études législatives*, 1909, p. 429-440.]

(³) [Lainé, *op. cit.*, p. 53 et suiv.]

s'élever, d'abord, entre la loi du lieu de l'acte et la loi nationale du testateur : l'observation de la loi nationale prévaut sur l'inobservation de la loi du lieu de l'acte. Telle est la démonstration, absolument péremptoire à nos yeux, qu'a fournie M. Lainé. Il s'agit de savoir maintenant, en second lieu, si la loi du domicile n'équivaut pas à la loi nationale. Nous croyons que la solution affirmative proposée par le savant et regretté maître s'appuie sur des raisons très puissantes qui sollicitent notre assentiment. Ne faudrait-il pas aller jusqu'à admettre, en troisième lieu, que l'observation de la loi du tribunal saisi prévaudra sur l'inobservation de la loi du lieu de l'acte? M. Lainé l'estime et a tenté de le démontrer à l'aide d'arguments ingénieux et suggestifs. Peut-être est-il permis d'hésiter encore, car c'est du hasard des juridictions saisies que dépendrait la validité du testament et, reconnu ici valable, le testament serait ailleurs tenu pour inexistant. Allant plus loin dans cette voie, M. Lainé s'est montré disposé à permettre au testateur, quant à ses immeubles, de suivre la loi du lieu où ils sont situés (1). Ici, nous serions encore plus hésitant, car nous sommes fermement attaché au principe de l'unité de la dévolution *ab intestat* ou testamentaire et résolument hostile à toute division des effets d'un acte juridique tirée de la situation des biens meubles ou immeubles. Et si le testament n'a pour objet que des immeubles, il nous paraîtrait anormal de faire dépendre la validité d'un acte de la nature des biens.]

[Nous rappelons, d'ailleurs, que, si M. Lainé s'est occupé spécialement de la forme du testament privé en droit international privé, il a consacré une étude générale à l'esquisse d'une théorie des actes instrumentaires en droit international privé et proposé d'admettre la validité d'un acte instrumentaire quelconque dès que cet acte sera conforme à la loi du tribunal devant lequel il est produit pour servir de preuve, ou bien à l'une des lois avec lesquelles il présentera un point de contact, c'est-à-dire soit la nationale ou la loi du domicile de l'une des parties, soit la loi du lieu de l'acte, soit enfin la loi du lieu où l'immeuble objet de l'acte est situé (2).]

[**378** *ter*. Le projet de Convention de 1904 sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments a consacré son article 3 à la forme des dispositions testamentaires : « Les testaments sont

(1) [Lainé, *op. cit.*, p. 64.]
(2) [Lainé, J. C., 1908, p. 680-693. — V. ci-dessus, n. 213 B, p. 655-656.]

valables, quant à la forme, s'ils satisfont aux prescriptions, soit de la loi du lieu où ils sont faits, soit de la loi du pays auquel appartenait le défunt au moment où il disposait. — Néanmoins, lorsque, pour le testament fait par une personne en dehors de son pays, sa loi nationale exige ou défend une forme déterminée, l'inobservation de cette règle peut entraîner la nullité du testament dans le pays dont le testateur était le sujet, sans empêcher, d'ailleurs, si le testament est conforme à la loi du lieu où il a été fait, que, là et dans les autres pays, il soit valable. — Sont valables, quant à la forme, les testaments des étrangers, s'ils ont été reçus, conformément à leur loi nationale, par les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par les Etats dont les étrangers étaient les ressortissants (1).]

[L'utilité de ce troisième alinéa de l'article 3 a été contestée par les délégués de Suède et d'Italie. Mais de divers côtés, on a fait observer que cet alinéa consacrait l'efficacité du testament dans les pays autres que celui auquel appartenaient les agents diplomatiques ou consulaires, surtout dans le pays même où le testament a été fait : il ne manque donc pas d'intérêt pratique. Aussi a-t-il été maintenu (2).]

[Le principe admis dans le premier alinéa de l'article 3, c'est la maxime *Locus regit actum* dans son application au testament, à titre simplement facultatif. Cette solution définitive n'a pas prévalu sans quelques hésitations. Le règlement de 1893 portait : « La forme des testaments et des donations est réglée par la loi du lieu où ils sont faits ». Lors de la Conférence de 1894, on fit remarquer, en discutant cet article, qu'il impliquait l'obligation de se conformer à la loi locale et entraînerait, notamment, cette conséquence qu'un Français ne pourrait tester valablement en Hollande dans la forme purement olographe. Et le texte fut rédigé en des termes analogues à ceux qui ont été définitivement adoptés, pour écarter cette interprétation. Il a été, en outre, reconnu, en 1900, sur la proposition des délégués d'Allemagne et de Hongrie, que non seulement le testament écrit, mais même le testament oral, qui serait fait dans un pays, contrairement à la loi de ce pays, mais conformément à la loi du testateur, devrait être tenu pour valable, en vertu du dernier membre de phrase de

(1) [*Actes de la IVe Conférence de La Haye*, 1904, p. 212.]

(2) [Lainé, *Rapport de la deuxième commission, Actes de la IVe Conférence de La Haye*, 1904, p. 139; *Id.*, J. C., 1906, p. 628.]

l'alinéa premier. En 1904, la Délégation suisse demanda que le testament fût valable, même en dehors du cas énoncé au texte, s'il se trouvait, au moment du décès, conforme à la loi nationale actuelle du disposant. Cet amendement s'inspirait de la loi suisse qui, très favorable à la validité du testament, contient une disposition de cette nature et d'autres plus libérales encore. M. Meili a cru devoir le soutenir. La majorité de la Commission nommée par la Conférence de 1904, sans vote exprès, l'a repoussé : il lui a paru inadmissible qu'un acte juridique, nul *ab initio*, pût être après coup validé (1).]

[Ainsi, la Conférence de 1904 a repoussé le caractère impératif de la maxime *Locus regit actum* pour le testament, comme elle l'a fait aussi pour le contrat de mariage (Convention du 17 juillet 1905, art. 6) (2). Nous savons que l'opinion contraire est préconisée dans la doctrine par des jurisconsultes de grande autorité, parmi lesquels on peut citer M. Asser, l'éminent président des Conférences de La Haye, et qu'elle a été consacrée par la jurisprudence des tribunaux français, jusqu'au 20 juillet 1909, date du revirement de jurisprudence inauguré par l'arrêt de la cour de cassation de cette date (3). Au surplus, alors même que ce revirement, longtemps espéré, ne se fût pas produit, les cours de Paris et d'Orléans avaient reconnu que « des conventions internationales expresses, arrêtées dans les mêmes conditions que celles relatives à l'exécution de certains jugements, pourraient déroger au principe de la territorialité en ce qui concerne la forme extérieure des actes » (4). Nos tribunaux accueilleront donc avec faveur la règle posée par l'art. 3, al. 1er, du projet de Convention relatif aux successions et aux testaments, désormais conforme à leur jurisprudence. La doctrine française lui fera un accueil non moins empressé.]

[L'al. 2 de l'art. 3 apporte au principe du caractère facultatif de la maxime *Locus regit actum*, une exception qui fut d'abord plus importante dans les textes primitivement proposés et adoptés en 1893, 1894 et 1900, et qui, même dans les termes moins graves

(1) [Lainé, *Rapport* précité, *Actes de la IVe Conférence*, p. 128; *Id.*, J. C., 1906, p. 624.]

(2) [V. ci-dessus, n. 334 *bis*, p. 979-980.]

(3) V. ci-dessus, n. 378, p. 1087, note 2. — Cpr. Lainé, *De la forme du testament*, p. 3-40; *Id.*, J. C., 1906, p. 623-626.]

(4) Paris, 25 mars 1852, D. P., 53. 2. 217, et 2 déc. 1898, J. C., 1899, p. 584; Orléans, 24 fév. 1904, J. C., 1904, p. 680.]

auxquels la réduit le projet de Convention de 1904, n'a pas été adoptée sans résistance. Cette exception vise surtout l'art. 992 du Code civil des Pays-Bas, qui interdit aux Néerlandais, si ce n'est pour des objets de faible importance, l'usage en pays étranger du testament olographe. Le règlement de 1893 et celui de 1894 contenaient à cet égard une disposition ainsi conçue : « Néanmoins, lorsque pour les donations ou pour les testaments faits par une personne hors de son pays, la loi nationale de cette personne exige, comme condition substantielle, que l'acte ait une forme déterminée par cette loi nationale, le testament ou la donation ne peut être fait dans une autre forme ». C'était frapper de nullité le testament contraire à la loi nationale du testateur, dans le pays même où il aurait été fait conformément à la loi locale. Aussi cette disposition avait-elle rencontré quelque résistance dès 1894. En 1900, les critiques furent plus accentuées. M. Meili, délégué de la Suisse, fit observer qu'elle était en désaccord avec le principe fondamental de la Convention projetée qui était de donner toutes les facilités possibles au disposant, et demanda aux délégués des Pays-Bas s'ils tenaient beaucoup à ce qu'elle fût maintenue. Sur la réponse affirmative de M. Asser, après un échange d'observations pour et contre, défendue notamment par M. Missir, délégué de Roumanie, la disposition contestée fut admise en séance plénière de la Conférence : elle obtint huit voix contre deux et cinq abstentions (1).]

[Reproduite, en 1904, dans le projet transactionnel soumis à la IVe Conférence, elle a été l'objet d'un nouveau débat. D'une part, avec M. Asser, MM. Buzzati, délégué d'Italie, Dungs, délégué d'Allemagne, et de Hammarskjöld, délégué de Suède, l'ont soutenue, tout en avouant qu'elle porterait une grave atteinte au principe. D'autre part, MM. Meili, délégué de Suisse, de La Vallée-Poussin, délégué de Belgique, Renault et Lainé, délégués de France, ont fait remarquer qu'il était excessif de demander à un Etat de tenir pour nul un acte juridique fait sur son territoire et conforme à sa propre loi. « La maxime *Locus regit actum*, dit M. Lainé dans le remarquable rapport que, dans la séance du 3 juin 1904, il présenta à la Conférence au nom de la 2e Commission (2), est une des règles du droit international privé les plus bienfaisantes, particulièrement en ce qui concerne le testament

(1) [*Actes de la IIIe Conférence*, p. 115 (séance du 11 juin 1900).]
(2) [*Actes de la IVe Conférence*, p. 129.]

pour lequel elle a été, à l'origine, établie. Que l'on n'aille pas jusqu'à l'imposer, comme on le fit, au XVIII^e^ siècle, en France; que l'on permette aussi au testateur de se conformer à sa loi nationale, ainsi que le propose l'art. 2 dans son premier alinéa (devenu l'art. 3, al. 1^er^ du projet définitif), c'est bien; mais il faut la respecter. M. Missir avait, en 1900, tiré argument, pour défendre la proposition néerlandaise, de l'idée que la maxime *Locus regit actum* n'est après tout qu'une faculté donnée par chaque Etat à ses sujets se trouvant en pays étrangers et qu'il peut aussi la leur refuser. Sans doute, a fait remarquer M. Renault, mais ce n'est pas une raison pour que les autres Etats, dont la loi se trouve avoir été observée, s'associent à une telle rigueur ».]

[Réduit à ces termes, le débat devait logiquement aboutir à une transaction que proposaient la Commission et la Délégation françaises. La Convention de La Haye du 17 juin 1902, pour régler les conflits de lois en matière de mariage, a consacré un système qui réserve au pays dont l'injonction prohibitive a été méconnue le droit de la sanctionner par la nullité de l'acte, mais qui maintient la validité de cet acte et dans les pays dont la loi a été observée et dans les autres pays (1). Pourquoi ne pas admettre ici que le testament contraire à l'injonction prohibitive de la loi nationale du testateur pourra être nul dans le pays dont le testateur est le sujet et sera valable et dans le pays dont le testateur a observé la loi conformément à la maxime *Locus regit actum*, et dans les autres pays? Cette transaction n'a pas réuni tous les suffrages; on a objecté, notamment, que l'annulation d'un testament n'est pas aussi grave que celle d'un mariage. Toutefois, après l'échec de l'art. 2, al. 2, du projet primitif rejeté par quatre voix contre quatre, la proposition transactionnelle, devenue l'al. 2 de l'art. 3 du projet définitif, a été acceptée par cinq voix contre trois et deux abstentions et votée par la Conférence, dans les termes proposés par le rapporteur, M. Lainé, et ci-dessus mentionnés (n. 378 *ter*, *initio*, p. 1101) (2). Il faut s'estimer heureux que le projet de Convention sur les successions et les testaments s'en soit tenu à cette transaction et n'ait pas admis, comme la Convention du 17 juillet 1905, dans son art. 6, 2^e^ al., la nullité de l'acte d'une manière absolue :

(1) [V. ci-dessus l'art. 5, 2^e^ al., de la Convention du 12 juin 1902, n. 255, II, p. 745-746.]

(2) [Lainé, *Rapport précité, Actes de la IV^e^ Conférence*, p. 129; *Id.*, J. C., 1906, p. 628.]

la Délégation française avait proposé, pour le contrat de mariage, un système intermédiaire qui consistait à restreindre en cette matière, comme pour le testament, la nullité et à ne l'admettre que dans le pays des époux; mais on fit observer que la combinaison d'après laquelle un acte est nul dans un pays et valable dans un ou plusieurs autres pays serait particulièrement fâcheuse à l'égard d'un contrat de mariage qui déploie des effets multiples et prolongés; ces considérations déterminèrent le délégué de France à retirer son amendement (1).]

SECTION II

RÈGLES DE FOND

379. Pour déterminer les effets des testaments, nous nous prononcerons, comme nous l'avons fait en ce qui concerne la transmission des biens par succession *ab intestat*, pour l'application de la loi nationale du défunt.

D'une part, en effet, la capacité de tester appartient au statut personnel et dépend de la loi nationale du testateur.

D'autre part, si la succession *ab intestat* n'est que l'interprétation de la volonté du défunt, ce qui conduit à l'application de sa loi nationale qu'il connaît le mieux et à laquelle il s'est probablement référé, à plus forte raison l'application de cette même loi se trouvera-t-elle justifiée pour déterminer les effets d'une volonté formellement exprimée, et pour interpréter les dispositions testamentaires. Mais cette solution si rationnelle n'est adoptée que par quelques auteurs et n'est consacrée que par de rares législations. En pratique, la loi ou la jurisprudence, dans la plupart des pays, règle les successions testamentaires, comme les successions *ab intestat*, d'après la *lex rei sitæ* pour les immeubles, et d'après la loi du dernier domicile du défunt pour les meubles, conformément à la vieille doctrine des statuts (2). On voit combien cette solution est déraisonnable, puisqu'il s'agit d'interpréter une volonté nettement manifestée et qui est évidemment la même pour tous pays et pour tous les biens du patrimoine.

(1) [Lainé, *Rapport de la 3e Commission sur les projets de conventions concernant les effets du mariage et les effets du divorce et de la séparation de corps, Actes de la IVe Conférence,* p. 182; séance du 6 juin 1904, *ibid.*, p. 167. Cpr. ci-dessus n. 394 *bis,* p. 979-980.]

(2) Cass. req., 22 mars 1865, affaire Ghyca, S., 65. 1. 175; pour la Louisiane, J. C., 1875, p. 134 et suiv.

[L'art. 1er du projet de Convention de 1904 sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments, après avoir, dans son premier alinéa et dans les termes ci-dessus rapportés (V. n. 360, p. 1033, note 2), soumis les successions *ab intestat* à la loi nationale du défunt, statue en ces termes, quant à son testament, dans son deuxième alinéa : « La même règle (c'est-à-dire la loi nationale du défunt) s'applique à la validité intrinsèque et aux effets des dispositions testamentaires » (1). D'après les projets de 1893 et de 1894, c'était la *substance*, et non pas seulement la « *validité intrinsèque* » du testament, qui, comme la succession légale, était soumise à la loi nationale du défunt. La Conférence de 1900 écarta le mot *substance* et lui substitua l'expression *validité intrinsèque*. La Conférence de 1904 a maintenu cette dernière expression, après des explications dont le rapport de la Commission rend compte en ces termes : « M. Buzzati, délégué d'Italie, aurait préféré le mot de *substance* aux mots *validité intrinsèque*. M. Lainé a fait observer qu'il y aurait à cela un inconvénient. L'expression de substance, en effet, est très large, très compréhensive ; elle embrasse tout ce qui, dans un acte juridique, n'est pas de pure forme, tout ce qui constitue le fond de l'acte. Or, parmi les choses qui sont ainsi contenues dans un acte juridique, il en est qui sont impérativement réglées par la loi, d'autres qui sont livrées au libre arbitre des parties. Et cette distinction, au point de vue international, est fort importante ; car il est admis que, dans cet ordre d'idées, comme en droit interne, la volonté humaine est autonome ; d'où il suit que, s'il est besoin, quelque doute survenant, de l'interpréter d'après une loi, elle le sera d'après la loi que les parties auront elles-mêmes désignée à cet effet, soit expressément, soit tacitement, ou à laquelle elles seront présumées s'être référées. Il faut donc faire cette distinction, puisque le testament est un acte juridique. On ne la ferait pas en employant le mot *substance*. On la fait en évitant cette expression. Les mots *validité intrinsèque* évoquent l'idée qu'il s'agit d'éléments de l'acte indépendants de la volonté du disposant, soumis à sa loi nationale, qui statue sous forme impérative ou prohibitive. A la vérité, pour les *effets* aussi, la distinction qui vient d'être précisée doit être admise et peut-être vaudrait-il mieux l'exprimer en marquant qu'il s'agit des effets *en tant qu'ils sont indépendants de la volonté du testateur* ; mais le sens de *validité intrinsèque* étant bien défini,

(1) [*Actes de la IVe Conférence*, p. 212.]

celui d'*effets* l'est aussi par voie de conséquence, puisque validité intrinsèque et effets sont soumis à la même loi » (1).]

[Mais on peut et l'on doit se demander pourquoi la validité intrinsèque et les effets du testament, considérés à ce point de vue, sont, comme la succession, régis par la loi nationale du défunt. De cette double compétence, les motifs ne sauraient être identiques : il n'y a pas de rapport de similitude entre la disposition testamentaire et la succession légale; pour la succession, le rôle de la loi est de suppléer la volonté humaine; pour le testament, il consiste seulement, d'abord, à permettre ce mode de disposition, puis à intervenir pour limiter la volonté du disposant ou lui attribuer certains effets. Mais, à défaut d'un rapport de similitude, un lien d'une autre sorte existe entre la disposition testamentaire et la succession légale. Le testament, ayant pour effet d'écarter la succession légale, n'est pas, en droit interne, absolument libre : la loi le permet ou l'interdit; lorsqu'elle le permet, elle l'enferme dans certaines limites, elle en détermine les effets. S'il en est ainsi, la loi qui organise la succession légale gouvernera logiquement, en droit international, le testament qui substitue la volonté de l'homme à la volonté du législateur. « En d'autres termes, dit très bien M. Lainé, il y a ici deux actions législatives qui sont connexes, et c'est pourquoi la même loi doit les régir; l'action de la loi relativement aux dispositions testamentaires est une conséquence de l'action de la loi concernant la succession, et c'est pourquoi la loi de la succession doit être aussi celle des dispositions testamentaires » (2).]

Cependant, s'il est logique d'appliquer une loi unique pour régler les successions testamentaires, le respect de la souveraineté des Etats commande d'écarter l'application de cette loi si elle est en contradiction avec l'ordre public local; c'est ainsi qu'un testament établissant une substitution prohibée par notre code civil ne pourrait être accepté en France, fût-il valable d'après la loi nationale du défunt. Encore les exigences de l'ordre public doivent-elles être raisonnablement entendues; ainsi une substitution fidéicommissaire sur des biens situés à l'étranger pourrait être admise en France, si la loi de la situation des biens l'autorise, le

(1) [Lainé, *Rapport de la deuxième Commission sur le projet de Convention relatif aux successions, testaments et donations à cause de mort, Actes de la IVe Conférence*, p. 128; *Id.*, J. C., 1906, p. 621-622.]

(2) [Lainé, J. C., 1906, p. 623.]

disposant et le grevé seraient-ils Français : l'ordre public de notre pays n'est pas alors atteint (1).

L'application du principe indiqué ci-dessus a été déjà faite en ce qui concerne les points communs aux successions *ab intestat* et testamentaires, tels que le partage et le paiement des dettes. D'autres points, communs aux testaments et aux donations, seront étudiés à propos de ces dernières : ce sont notamment la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, la réserve; examinons, pour le moment, les questions relatives exclusivement aux testaments.

380. Interprétation des testaments. — Le testament étant une manifestation de la volonté du défunt, il faut, pour l'interpréter, consulter la loi à laquelle le testateur s'est vraisemblablement référé, qu'il connaît en général le mieux, c'est-à-dire sa loi nationale. Cette loi sera donc consultée pour savoir quels sont le caractère et l'étendue de la libéralité, les obligations des institués, pour fixer le point de départ de leurs droits et régler la question des intérêts jusqu'à la délivrance (2). On ne suivrait une autre législation que si les circonstances de fait, laissées à l'appréciation du juge, montraient clairement l'intention qu'a eue le défunt de s'y conformer : par exemple, il faudrait appliquer la loi du dernier domicile du défunt, s'il était établi depuis longtemps dans un pays autre que celui auquel il appartenait par sa nationalité (3).

En général, on apprécie la validité du testament et on interprète les dernières volontés du testateur d'après la loi de son domicile (4) : mais, pour les raisons qui viennent d'être données, nous considèrerons la loi nationale comme devant être appliquée la

(1) Paris, 7 août 1883, J. C., 1884, p. 192. — [Sur la notion d'ordre public en matière de successions et de testaments, v. l'art. 6 du projet de Convention, ci-dessus, n. 366, p. 1063-1065.]

(2) En ce sens : Conf. de la Haye, 1894, art. 2, projet V; [1904, projet II, art. 1er, 2e al., reproduit ci-dessus, n. 379, p. 1107]; Inst. de Droit int. Oxford, 1880, règle VII; Code italien, art. 9; espagnol, art. 10; Projet de révision du code belge, art. 652; Loi d'introd. du code civil allemand, art. 24.

(3) Bouhier, *loc. cit.*, ch. XXII, n. 220; Reichsgericht, 10 février 1885, J. C., 1886, p. 605; Bordeaux, 5 août 1872, S., 72. 2. 269; *id.*, 17 juillet 1883, J. C., 1883, p. 631; Paris, 20 mars 1896, J. C., 1894, p. 402; *id.*, 2 avril 1896, J. C., 1897, p. 165.

(4) Savigny, *loc. cit.*, VIII, p. 313; Trib. sup. de l'empire allemand, 21 avril 1890, J. C., 1891, p. 990; jurisprudence anglaise, mais celle-ci admet la référence possible du testateur à une autre loi que celle de son dernier domicile (Dicey et Stocquart, *loc. cit.*, II, p. 285 à 289; [Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, §§ 80-94, p. 112-118).]

première : la loi du domicile ne doit être consultée qu'autant que les circonstances de fait établissent, de la part du défunt, l'intention de s'y référer. Comment supposer, par exemple, qu'après six mois de domicile dans un pays, le défunt en ait connu la législation et ait voulu régler d'après elle les effets de son testament ?

Dans tous les cas, il est inadmissible que, en cas de changement de domicile ou de nationalité du défunt, la validité et les effets du testament soient appréciés d'après la loi du dernier domicile ou de la nationalité nouvelle (1). On ne peut supposer que le testateur connaisse aussitôt la législation du pays où il fixe son nouveau domicile ou dans lequel il se fait naturaliser, et veuille lui soumettre ses dispositions testamentaires. D'autre part, le changement de domicile ou de nationalité, provoqué par des raisons quelconques, ne prouve nullement l'intention de modifier le testament et, jusqu'à une nouvelle manifestation de volonté de sa part, le testateur doit être réputé avoir voulu conserver ses premières dispositions testamentaires, conformément à la loi sous l'empire de laquelle il les a faites (Loi d'introd. du code civil allemand, art. 24).

Les pouvoirs des exécuteurs testamentaires doivent aussi être fixés par la loi nationale du défunt, par interprétation de la volonté de ce dernier (2).

381. Modes d'institution des héritiers et légataires. — La loi nationale du testateur indiquera si l'institution à titre particulier ou universel est autorisée, et si, dans tel cas déterminé, l'institution présente l'un ou l'autre caractère. La même loi fixera aussi les effets de l'institution, notamment en ce qui concerne le point de savoir si le légataire universel est héritier, ou si, en sa qualité de simple successeur, il ne représente pas le défunt et n'est tenu des dettes que *intrà vires hereditatis* (art. 1002 C. civ.). Enfin on consultera la même législation pour décider si le legs de la chose d'autrui est valable, en ce sens que le légataire peut deman-

(1) Trib. civ. de Bordeaux, 17 août 1870, D. P., 73. 2. 149; [*Contrà* Trib. région. supér. de Hambourg, mars 1904, J. C., 1906, p. 1178 : d'après le code prussien, en vigueur avant le code civil allemand et encore applicable aux personnes décédées avant le 1er janvier 1900, la succession, soit légitime, soit testamentaire, est régie par la loi du dernier domicile du *de cujus;* c'est d'après cette loi que se règle notamment le droit des héritiers réservataires ; c'est à elle également qu'il faut se référer pour savoir si la femme a besoin du consentement de son mari pour faire un testament valable.]

(2) Cass., 19 avril 1859, D. P., 59. 1. 277, dans le sens de la loi qui régit la succession.

der la valeur de l'objet légué. Tous ces points se rattachent, en effet, à l'interprétation de la volonté du testateur.

Toutefois c'est la loi locale qui devra être suivie en ce qui concerne la mise en possession des biens héréditaires par les légataires : les mesures prescrites par chaque législateur en pareille circonstance sont des règles de police et d'ordre public ayant pour but d'empêcher les fraudes et les détournements (art. 1007 modifié par la loi du 25 mars 1899 et 1008 C. civ.) (1). Si le testament étranger est authentique, il faut qu'il soit revêtu de l'*exequatur* par le tribunal tout entier pour que l'envoi en possession ait lieu ; s'il est olographe, le président seul (art. 1007 C. civ.) autorise l'envoi en possession (2). De là ce résultat peu logique, que l'on exige moins de garanties pour le testament étranger quand il est simplement olographe que quand il est authentique. Aussi nombre d'auteurs exigent-ils que l'*exequatur* soit donné, dans les deux cas, par le tribunal. Mais, quoi qu'on en ait dit, il ne peut être alors question de révision quant au fond, attendu qu'il s'agit, non d'un jugement étranger, mais de la manifestation de volonté d'un testateur que la justice ne saurait changer (3).

382. Révocation des testaments. — La révocation expresse dépend du testateur dont la volonté nettement exprimée doit être exécutée. Quant à la forme, cette révocation sera réglée par la loi du pays où elle s'opère : c'est ainsi qu'un étranger, révoquant son testament en France, observera, à ce point de vue, l'art. 1035 C. civ. De là il suit que le testament et la révocation sont deux actes à apprécier en eux-mêmes, d'après la loi du pays où chacun est accompli : ainsi un testament authentique peut être révoqué par un acte sous-seing privé suivant la loi du pays où la révocation est faite ; un testament, nul d'après la loi de l'Etat où il est fait, ne peut être confirmé par un acte fait dans un pays où la loi admet la référence à un testament antérieur quelconque, valable ou non (4).

(1) Cass., 9 mars 1896, *Gaz. des Trib.*, 9-10 mars 1896; Cass., 13 avril 1897, S., 97. 1. 401 et J. C., 1898, p. 147. — Sauf dans le cas de convention diplomatique autorisant le consul à faire faire un dépôt du testament à la chancellerie du consulat (Cass., arrêt précité du 13 avril 1897).

(2) Cass., 9 mars 1853, S., 53. 1. 269; Trib. Seine, 2 février 1895, J. C., 1896, p. 406.

(3) La disposition de l'art. 1000 C. civ., pour l'enregistrement des testaments faits à l'étranger, n'a aucune influence sur leur valeur intrinsèque.

(4) Cpr. C. sup. de la Louisiane, J. C., 1890, p. 735; Amsterdam, 6 juil. 1886, *ibid.*, 1889, p. 175; Cass., 5 fév. 1873, S., 73. 1. 107.

[Le projet de Convention de 1904 sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments a prévu la révocation expresse d'une disposition testamentaire et lui a déclaré applicables les règles de l'art. 1er, al. 2 (loi nationale du défunt) et celles de l'art. 3 (*Locus regit actum*, avec les deux tempéraments ci-dessus indiqués n. 378 *ter*, p. 1101-1106). L'art. 4 de ce projet est ainsi conçu : « Les règles de l'article 1er, alinéa 2, et de l'article 3, concernant une disposition testamentaire, sont également applicables à la révocation d'une pareille disposition (1).]

La révocation tacite résulte de certains faits que le législateur interprète comme une manifestation de volonté d'anéantir les premières dispositions testamentaires. Ces faits seront donc fixés par la loi qui interprète le plus naturellement la volonté du défunt, c'est-à-dire par sa loi nationale. Ainsi le testament d'un Italien (art. 888 code civil d'Italie) ou d'un habitant de la Louisiane (art. 1698 code civil de la Louisiane) serait révoqué en France par la survenance d'enfants; mais il n'en serait pas ainsi du testament d'un Français en Italie ou à la Louisiane (art. 960 et 1046 C. civ.). Dans la pratique, on applique la loi du domicile du défunt pour fixer les causes de révocation (2); mais on a déjà vu que l'application de cette loi n'est justifiée que lorsque les circonstances accusent, chez le testateur, l'intention de s'y soumettre.

383. Caducité des testaments. — Toutes les causes de caducité reposent sur une interprétation de la volonté du défunt. En cas de prédécès du légataire ou d'inaccomplissement des conditions qui lui sont imposées, la loi française suppose que le testateur n'a pas voulu avantager personnellement les héritiers du légataire ou le légataire lui-même, s'il ne s'acquitte pas de certaines charges. Si l'objet légué périt, on suppose que l'intention du défunt n'est pas d'en donner la valeur. Enfin, si le légataire refuse le legs ou devient incapable de le recueillir, le législateur ne croit pas que

(1) [*Actes de la IVe Conférence*, p. 212].

(2) C. de Bordeaux, 5 août 1872, J. C., 1874, p. 183; [Haute cour de justice, *probate, divorce and admiralty division*, 12 mai 1904, J. C., 1906, p. 475. Cpr. *Court of sessions* d'Ecosse, 1906, *The juridical Review*, avril 1906, p. 118; J. C., 1906, p. 848 et la note : aux termes de la loi sur les testaments, *Wills act* de 1837 (Vict., ch. 26), tout testament est révoqué par le mariage subséquent du testateur et de la testatrice ; la même loi déclare que cette règle ne s'appliquera pas à l'Ecosse. Par suite, lorsqu'une femme domiciliée en Angleterre épouse en Angleterre même, un homme domicilié en Ecosse, son testament fait avant le mariage n'est pas révoqué. Cpr. Westlake, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 86, p. 114. Sur la révocation des testaments par le mariage, v. Clunet, *Tables générales*, t. IV, vo *Testament* (Etats-Unis), p. 875, n. 5).]

le testateur ait voulu avantager les héritiers du légataire, mais qu'il à préféré que le bien revînt à ses propres héritiers. Il faudrait donc appliquer en France, dans le cas d'un legs fait par un Italien, l'art. 830 du code civil d'Italie, d'après lequel, en cas de prédécès du légataire, le legs passe à ses héritiers capables de le représenter dans la succession *ab intestat*.

[De même, il faudrait appliquer en France, dans le cas d'un legs fait à une femme allemande mariée à un Italien à New-York, mais dont le mariage a été annulé par jugement du tribunal de Tunis en date du 10 juin 1903, l'article 2077 du code civil allemand, aux termes duquel la disposition de dernière volonté par laquelle le testateur a gratifié son conjoint est nulle, si le mariage est nul lui-même ou s'il a été dissous avant son décès : cette règle est applicable à la disposition testamentaire rédigée avant la mise en vigueur du nouveau code civil allemand (1er janvier 1900), si le décès du testateur est postérieur à cette date. Ainsi a jugé le tribunal de première instance de Tunis, 3e ch., le 14 juin 1906 (J. C., 1907, p. 439). D'après la doctrine italienne, beaucoup plus stricte que la doctrine française, le mariage putatif ne pouvait procurer la nationalité italienne à une femme d'origine étrangère, quand même celle-ci voudrait s'en prévaloir ; dans tous les cas, la femme seule aurait eu qualité, vu sa bonne foi, de se prévaloir de la nationalité de son mari ; or, elle n'a jamais manifesté une pareille intention ; dès lors, elle est demeurée allemande et le testament laissé par elle doit être régi par l'article 2077 du code civil allemand.]

De ce qui précède, il résulte que la loi nationale du testateur réglerait aussi la substitution vulgaire et le droit d'accroissement, puisque, dans les deux cas, il s'agit de savoir si l'intention du testateur a été que le bien revînt à ses héritiers lorsque le legs est caduc, ou passât à d'autres personnes, des colégataires ou un substitué vulgaire.

[**383 *bis*. Projet d'une convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments adopté par la IVe Conférence de La Haye le 7 juin 1904 et non encore ratifié** (1). — Bien que nous en ayons donné les principales dispo-

(1) Rappelons que la Conférence de La Haye en 1900 a élaboré un projet relatif aux successions, aux testaments et aux donations à cause de mort (V. n. 17, p. 53-54). V. la savante critique de ce projet, par M. Lainé, *Rev. crit.*, 1902, p. 158 et s. [Le projet de convention de 1904, conformément au plan du projet transactionnel, ne porte que sur les successions et les testaments. V. Lainé, J. C., 1906, p. 618-619.]

sitions dans les chapitres consacrés aux successions et aux testaments, et quoique la ratification doive encore en être différée, pour les raisons indiquées, pendant un délai assez considérable, nous croyons utile de grouper ici dans leur ensemble les divers articles de ce projet longuement élaboré et dont la mise en vigueur constituera un progrès notable.]

[ARTICLE PREMIER. « Les successions, en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les parts qui leur sont attribuées, les rapports, la quotité disponible et la réserve, sont soumises à la loi nationale du défunt, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. — La même règle s'applique à la validité intrinsèque et aux effets des dispositions testamentaires ».

ART. 2. « Les biens héréditaires ne sont acquis à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent que s'il n'y a aucun ayant-droit testamentaire ou, abstraction faite de l'Etat étranger, aucun successible *ab intestat* d'après la loi nationale du défunt ».

ART. 3. « Les testaments sont valables, quant à la forme, s'ils satisfont aux prescriptions, soit de la loi du lieu où ils sont faits, soit de la loi du pays auquel appartenait le défunt au moment où il disposait. — Néanmoins lorsque, pour le testament d'une personne fait hors de son pays, sa loi nationale exige ou défend une forme déterminée, l'inobservation de cette règle peut entraîner la nullité du testament dans le pays dont le testateur était le sujet, sans empêcher d'ailleurs, si le testament est conforme à la loi du lieu où il a été fait, que là et dans les autres pays, il soit valable. — Sont valables, quant à la forme, les testaments des étrangers s'ils ont été reçus, conformément à leur loi nationale, par les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'Etat dont ces étrangers étaient les ressortissants ».

ART. 4. « Les règles de l'art. 1, alinéa 2 et de l'art. 3 concernant une disposition testamentaire, sont également applicables à la révocation d'une pareille disposition ».

ART. 5. « Les autorités de l'Etat sur le territoire duquel se trouvent des biens appartenant à la succession, pourront prendre les mesures nécessaires pour en assurer la conservation, à moins qu'il n'y soit pourvu, en vertu de conventions spéciales, par les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'Etat dont le défunt était le ressortissant ».

ART. 6 § 1. « Est réservée l'application des lois territoriales qui ont exclusivement pour but d'empêcher la division des propriétés

rurales, ainsi que l'application des lois relatives aux immeubles placés sous un régime foncier spécial ».

§ 2. « Est également réservée, dans chaque Etat, l'application des lois de cet Etat, d'une nature impérative ou prohibitive, concernant les matières qui seront indiquées d'un commun accord par les Etats contractants dans un protocole additionnel, destiné à être ratifié en même temps que la présente Convention ».

§ 3. « Pour profiter de la réserve prévue dans les paragraphes précédents, chaque gouvernement doit communiquer au gouvernement des Pays-Bas l'énumération des dispositions de ses lois qui, par dérogation aux règles de la présente Convention, seront applicables à toutes les successions, même à celles des ressortissants des autres Etats contractants. Cette énumération pourra toujours, dans les limites tracées aux paragraphes précédents, être modifiée suivant les convenances de chaque gouvernement, qui fera également connaître sa détermination au gouvernement des Pays-Bas. Ce gouvernement transmettra, par la voie diplomatique, aux Etats contractants, les communications dont il s'agit, en indiquant la date à laquelle il les aura reçues ».

§ 4. « Les dispositions réservées par un Etat en vertu des règles précédentes ne s'appliqueront qu'aux successions des ressortissants des autres Etats contractants qui s'ouvriront soixante jours après la communication faite au gouvernement des Pays-Bas ».

§ 5. « Les dispositions des paragraphes précédents ne sauraient autoriser un Etat contractant à soustraire à l'application de la loi nationale du défunt les immeubles non compris parmi ceux qui sont visés au paragraphe 1 ou à faire échec à l'application de l'article 7 ».

ART. 7. « A l'égard des matières visées dans l'art. 1er, les étrangers, ressortissants de l'un des Etats contractants, sont entièrement assimilés aux nationaux. Seront, par conséquent, sans application, dans les rapports des Etats contractants, les dispositions instituant au profit des ressortissants d'un Etat, sur les biens situés dans son territoire, des droits de prélèvement dont l'effet serait de modifier indirectement les règles posées dans la présente Convention. — Les dits droits de prélèvement seront, au contraire, maintenus à titre de compensation si, par suite de restrictions apportées au principe de l'application de la loi nationale du défunt, les sujets d'un autre Etat sont privés, quant aux biens situés dans le territoire d'un autre Etat, de tout ou partie du bénéfice des droits héréditaires qu'ils auraient eus d'après la loi nationale du défunt ».

ART. 8. « Aussitôt que possible après la signature de la présente Convention, les Etats contractants établiront d'un commun accord les règles concernant la compétence et la procédure en matière de successions et de testaments. La Convention contenant ces règles sera ratifiée en même temps que la présente Convention ».

ART. 9. « La présente Convention ne s'applique que dans le cas où le défunt, au moment de son décès, appartenait à un des Etats contractants. — Chacun des Etats contractants conserve la faculté d'avoir avec un Etat non contractant une convention spéciale, soumettant à une loi autre que la loi nationale la succession de ses ressortissants. — Si la présente Convention se trouve être, en tout ou en partie, incompatible avec une convention spéciale de ce genre, celle-ci s'appliquera entre les Etats qui l'auront conclue, sans qu'ils aient à tenir compte de la présente Convention. De leur côté, les autres Etats contractants pourront, dans ce cas, ne pas appliquer la présente Convention dans la mesure où elle se trouvera exclue par la Convention spéciale ».

ART. 10. « La présente Convention sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye, dès que cinq des Hautes Parties contractantes seront en mesure de le faire. — Il sera dressé de tout dépôt de ratifications un procès-verbal dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants ».]

[Les art. 11-14 sont identiques aux art. 15-18 de la Convention du 17 juillet 1905 relative à l'interdiction et aux mesures de protection analogues, dont nous avons donné le texte ci-dessus, n. 291 *ter*, p. 874-875.]

[Il est à noter que l'art. 9 du projet de Convention sur les successions et les testaments, improvisé en séance plénière de la Conférence de 1904 (1), et légèrement modifié ensuite par le comité de rédaction (2), a donné lieu à un échange de vues qui en éclaire la portée pratique et que nous croyons utile de reproduire d'après le procès-verbal de la séance du 6 juin 1904 (matin) (3). « A une question de M. Roguin, M. Renault répond que, sans que cela résulte nécessairement du texte même de l'article, il lui semble cependant qu'un Etat contractant peut conclure avec un autre Etat co-contractant une Convention, allant plus loin que les prin-

(1) [*Actes de la IVe Conférence*, p. 172.]
(2) [*Actes de la IVe Conférence*, p. 195.]
(3) [*Actes de la IVe Conférence*, p. 173 ; Lainé, J. C., 1907, p. 897-898.]

cipes fondamentaux de la présente Convention, mais n'allant pas à l'encontre. M. Lainé, rapporteur, déclare que l'un des Etats contractants pourra faire avec un non-contractant une Convention excluant même le principe de la loi nationale. De plus, si un contractant fait une convention avec un co-contractant, c'est à condition de ne pas faire échec à la Convention. Le président déclare que les explications des précédents orateurs devront être considérées comme un complément oral au rapport de la deuxième commission. Il ajoute que le mot « avoir » dans l'alinéa 2 doit s'entendre non seulement pour les Conventions existantes, mais encore pour celles à conclure ultérieurement ».]

[Rappelons enfin qu'aux termes de l'art. 5 et de l'art. 6, § 2, le projet de Convention ne sera ratifié que le jour où seront en même temps ratifiés une Convention établissant d'un commun accord les règles concernant la procédure et la compétence en matière de successions et de testaments et un protocole additionnel énumérant les matières que les Etats contractants auront réservées à l'application de leurs propres lois (1).]

CHAPITRE III

DES DONATIONS

384. Les donations sont des contrats, mais on ne peut, comme les conventions ordinaires, les déclarer uniquement régies par la loi que les parties ont voulu accepter. L'autonomie des contractants est ici notablement restreinte, parce que les donations, ayant pour résultat d'appauvrir le disposant sans compensation, peuvent compromettre son patrimoine et, par suite, les droits éventuels de ses héritiers. Par cette idée, sur laquelle reposent toutes les règles spéciales aux donations, ces dernières se rattachent intimement aux successions, puisque les restrictions apportées à la liberté du donateur ne sont qu'une garantie de la transmission héréditaire des biens telle que la loi l'a établie. Aussi, en dehors des clauses purement conventionnelles et pour lesquelles il faut interpréter l'intention des parties comme dans les contrats ordinaires, il y a lieu de rechercher quelle est la loi dont relève le donateur au point de vue des limites apportées à sa liberté de disposition.

(1) [Lainé, J. C., 1907, p. 898.]

Sans parler des formes de la donation, qui sont parfois exigées à peine de nullité pour entraver les libéralités excessives comme en France, et qui sont réglées par la loi du pays où la donation est faite, d'après l'adage *Locus regit actum* (1), il nous faut rechercher la loi applicable en ce qui concerne les trois points dans lesquels se résume la restriction de la liberté des donateurs, c'est-à-dire l'irrévocabilité des donations, la réserve et la capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit.

SECTION PREMIÈRE

IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS

385. L'irrévocabilité des donations et la conséquence qui en dérive, c'est-à-dire la prohibition de faire certaines libéralités qui pourraient devenir indirectement révocables (art. 894 et 943 à 946 C. civ.) a pour but, comme l'ancienne règle *Donner et retenir ne vaut*, dont elle n'est que la reproduction, d'entraver les libéralités excessives, et de garantir ainsi les héritiers légitimes du donateur contre un dépouillement dont ils seraient sans cela souvent victimes. Aussi décide-t-on que l'irrévocabilité des donations dépend de la loi qui régit les successions. Par conséquent, dans l'opinion traditionnelle, on applique la loi de la situation pour les donations d'immeubles, et celle du domicile du donateur pour les libéralités portant sur des meubles (2).

Pour nous, étant donné ce que nous avons décidé pour les successions, nous nous prononcerons pour l'application de la loi nationale du donateur. L'irrévocabilité des donations est, en fait, une

(1) La même règle doit s'appliquer pour les dons manuels et les donations déguisées sous forme de contrat à titre onéreux, en ce qui concerne les formes. (Paris, 17 déc. 1883, J. C., 1884, p. 289; Trib. Seine, 23 juil. 1891, *id.*, 1895, p. 98). Il n'y a pas lieu d'objecter que la forme solennelle de la donation est une mesure de protection qui s'impose aux natiouaux à l'étranger, car il n'y a pas, dans ce sens, un texte formel comme l'art. 999 en ce qui concerne la prohibition d'employer la forme olographe étrangère pour tester; [et encore tous les auteurs n'admettent-ils pas que l'art. 999 interdise au Français à l'étranger l'emploi du testament privé étranger. V. ci-dessus n. 378 *in fine* et 378 *bis*, pp. 1089 et 1097.] La question de capacité pour les donations est spécialement réglée par la loi quant à l'âge, aux conditions d'indépendance et de liberté d'esprit; il n'est pas permis d'y rien ajouter. Aussi la jurisprudence admet-elle absolument la règle *Locus regit actum* pour les donations, aussi bien que pour le mariage où la solennité paraît autrement grave (Cass., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317).

(2) Cass., 3 mai 1815, S., 15. 1. 352.

garantie de la transmission des biens aux héritiers légitimes, et cette transmission elle-même se rattache à l'organisation de la famille qui est réglée d'une manière particulière par le législateur de chaque pays. Il appartient à chaque législateur de décider si l'irrévocabilité des donations est nécessaire pour maintenir les biens dans les familles et assurer la bonne organisation de celles-ci telle qu'il l'a comprise, en sauvegardant les droits des héritiers légitimes. En vain objecterait-on que l'irrévocabilité dépend de la volonté du donateur qui a pu se soumettre à telle loi qui lui convient, puisque la donation est un contrat et, comme telle, relève de l'autonomie des parties. On a déjà vu, en effet, que, dans l'intérêt des héritiers, l'autonomie des parties est considérablement restreinte dans les donations : notamment l'impossibilité de faire des libéralités révocables peut être considérée comme une véritable incapacité, pour laquelle les parties sont régies nécessairement et en tout lieu par leur loi nationale.

386. Exceptions à l'irrévocabilité. — Notre code civil en signale trois dans l'art. 953. Etant donné que l'exception est de même nature que la règle, il semble logique de lui appliquer le même principe qu'à la règle elle-même, en ce qui concerne la détermination de la loi qui doit la régir. C'est ce que l'on décide dans la doctrine traditionnelle des statuts : on détermine les exceptions à l'irrévocabilité d'après la loi de la situation des biens pour les donations d'immeubles, et d'après celle du domicile du donateur pour les donations mobilières. Mais les prétendues exceptions à l'irrévocabilité, au moins celles indiquées par notre législation, n'ont nullement le caractère qu'on leur attribue ; il est facile de voir que l'inexécution des conditions, l'ingratitude et la survenance d'enfant viennent, non pas de la volonté du donateur, ce qui serait nécessaire pour qu'elles fussent de véritables exceptions à l'irrévocabilité, mais bien de causes différentes : les deux premières de la volonté du donataire, et la troisième des lois physiologiques pour la plus grande part. Aussi, sans rattacher nécessairement ces trois causes de révocation des donations à la règle de l'irrévocabilité qui a un tout autre caractère, faut-il les apprécier en elles-mêmes, et rechercher la loi qui leur est applicable d'après leur nature.

1° **Inexécution des conditions.** — Cette cause de révocation n'est que le pacte commissoire tacite des contrats synallagmatiques (art. 1184 C. civ.), et, comme lui, elle repose sur une interprétation de la volonté des parties faite par le législateur. Pour

savoir si elle est applicable, il faut donc revenir au principe de l'autonomie et rechercher quelle est la loi à laquelle les parties se sont probablement référées : cette loi, on l'a déjà vu à propos des contrats, est leur loi nationale si elles ont même nationalité; sinon, la loi du pays où le contrat est conclu, à moins que les circonstances de fait ne montrent que les contractants se sont soumis à une autre législation. Il s'agit si bien, en pareille matière, d'interpréter uniquement l'intention des parties qui ont une indépendance complète à ce point de vue, qu'il est toujours possible d'écarter cette cause de révocation par une clause formelle. D'autres, au contraire, opinent pour la loi nationale du donateur, parce que c'est, disent-ils, en sa faveur que les causes de révocation ont été fixées.

2° **Ingratitude.** — On considère souvent cette cause de révocation comme le résultat d'une interprétation de la volonté du donateur qui, le législateur le suppose, n'a pas voulu maintenir sa libéralité en cas d'ingratitude. Il faudrait donc appliquer, en pareil cas, comme pour la révocation venant de l'inexécution des conditions, la loi présomptivement acceptée par les parties.

D'autres pensent que l'ingratitude doit être assimilée à un quasi-délit et exclusivement régie par la loi territoriale, qu'il s'agisse de donations immobilières ou mobilières. Il est vrai que l'art. 958 C. civ. semble considérer la révocation pour cause d'ingratitude comme une peine, puisque le donataire est seul à en souffrir sans que les tiers perdent les droits réels qu'il leur a consentis sur l'objet donné, tandis que l'inexécution des conditions produit tous les effets d'une résolution qui anéantit ces droits réels (art. 954); mais ce n'est pas une raison suffisante pour assimiler l'ingratitude à un quasi-délit dont la réparation est d'ordre public et dépend toujours de la loi territoriale. Les parties peuvent en effet renoncer à cette révocation, le donateur peut ne pas s'en prévaloir si elle se réalise, et il semble dès lors plus naturel d'en revenir à la règle de l'autonomie, en appliquant la loi présomptivement acceptée par les contractants. On ne voit pas d'ailleurs en quoi l'ordre public peut être violé dans un pays par le maintien d'une libéralité malgré l'ingratitude du donataire (1). On objecte que le donateur n'aurait pas fait la libéralité s'il avait prévu l'ingratitude, et que, dès lors, il est téméraire d'affirmer qu'il s'est référé à telle loi plutôt qu'à telle autre pour fixer les

(1) Chambéry, 26 juin 1869, S., 70. 2. 279.

effets de cette ingratitude. Mais il est plus exact de dire que, si le donateur ne s'est pas attendu à l'ingratitude, il a dû ou pu la prévoir, et régler par avance le sort de la libéralité si le donataire se montre ingrat.

3° **Survenance d'enfant.** — Cette cause de révocation est fondée, dit Pothier dont notre législateur a voulu reproduire la pensée, sur une interprétation de la volonté du donateur qui n'aurait sans doute pas fait la donation s'il avait prévu qu'il lui surviendrait un enfant. Faut-il en conclure que, dans ce cas comme dans les deux précédents, on doit appliquer la loi naturellement interprétative de la volonté du donateur, c'est-à-dire celle à laquelle il s'est référé? Non, au moins dans notre législation, car notre code civil impose aux Français cette cause de révocation à laquelle ils ne peuvent pas renoncer (art. 965), et qui opère de plein droit sans que le donateur ait à la faire valoir (art. 960). En réalité, il y a incapacité établie par la loi, pour les Français, d'accepter sur ce point l'application d'une loi dont les dispositions ne concorderaient pas parfaitement avec celles de notre code civil : or, l'incapacité établie par la loi nationale suit l'individu en tout pays. La révocation des donations pour survenance d'enfant est regardée par notre législateur comme une garantie nécessaire des droits des héritiers; elle doit donc dépendre de la loi nationale du donateur français, puisque cette même loi régit la succession légitime de ce dernier.

387. Donation entre époux. — Une véritable exception au principe de l'irrévocabilité apparaît, au contraire, dans l'art. 1096 C. civ., aux termes duquel les donations entre époux sont toujours révocables. On ne peut faire dépendre la révocabilité des donations entre époux de la loi à laquelle ils se sont soumis en contractant. En effet, la disposition de l'art. 1096 est motivée par la crainte que l'un des époux n'abuse de son influence sur l'autre, et ne lui fasse consentir des donations exagérées qui ne seraient peut-être pas faites avec une entière liberté. Or, les mesures de protection et l'appréciation de la liberté du consentement se rattachent à la capacité et rentrent dans le statut personnel : c'est dire qu'il faudra, sur ce point, s'en tenir uniquement à la loi nationale des parties (1). C'est pour la même raison que

(1) Consult. dans le J. C., 1879, p. 385. — Cpr. Paris, 6 fév. 1856, et Cass., 4 mars 1857, S., 57. 1. 247; Cass., 2 avril 1884, J. C., 1885, p. 77; Cass., 8 mai 1894, J. C., 1894, p. 562. — Cpr. Trib. Seine, 3 mars 1891, J. C., 1891, p. 208;

l'on considèrerait comme nulle une donation faite entre époux italiens, même mariés en France, conformément à l'art. 1054 du code civil d'Italie. La Cour de cassation voit, au contraire, dans cette disposition de la loi italienne, une règle relative aux successions, et applique la loi française qui valide les donations entre époux, quand il s'agit d'immeubles situés en France. On conclurait à la nullité de la donation, en faisant de la loi italienne sur ce point une règle du contrat de mariage régi par la loi nationale des époux. Nous arrivons au même résultat en en faisant une question d'incapacité des époux. D'ailleurs, la loi italienne permettant les legs entre époux, une donation révocable entre époux italiens, conformément à la loi française, pourrait valoir à titre de legs. Nous déciderons aussi que les révocations venant du divorce sont réglées par la loi nationale des conjoints (').

SECTION II

LA RÉSERVE

388. La fixation de la quotité disponible, et par conséquent de la réserve, est une limitation à la liberté de disposer à titre gratuit établie pour sauvegarder les droits de certains héritiers que le législateur croit devoir particulièrement protéger contre les libéralités excessives du défunt. Actuellement, la réserve peut être définie : une fraction du patrimoine qui demeure nécessairement dans la succession *ab intestat* du défunt, pour être attribuée à certains héritiers désignés par la loi et qui ne peut leur être soustraite ni par donation ni par testament. Aujourd'hui, en effet, à la différence de ce qui avait lieu jadis pour la réserve coutumière, la réserve ne peut être atteinte par les donations entre vifs, pas plus que par les dispositions testamentaires. Aussi ce que nous disons de la réserve au point de vue des donations est-il également vrai en ce qui concerne les legs.

Paris, 5 mars 1901, J. C., 1901, p. 775; Paris, 27 mai 1892, J. C., 1892, p. 940. — [Le Tribunal de l'empire allemand a jugé, le 31 octobre 1907 (J. C., 1908, p. 1188), que la question de savoir si les donations entre époux sont valables et irrévocables dépend du statut personnel des conjoints. Le Tribunal d'appel avait admis que cette question dépend du régime matrimonial des époux. V. dans le sens du Tribunal de l'empire, von Bar, *Internat. Privatrecht,* I, p. 522 et les autorités citées en note. — Cpr. Clunet, *Tables générales,* III, v° *Donations entre époux,* p. 639, n. 1 et suiv.]

(') Bordeaux, 19 juin 1883, *Journ. des Arrêts de Bordeaux,* 1883, p. 276.

De ce qui précède, il résulte que la loi qui régit la succession *ab intestat* est en même temps celle qui détermine et les héritiers réservataires et la quotité de leur réserve ; cette conclusion résulte logiquement de la définition de la réserve donnée ci-dessus.

Voilà pourquoi, dans la pratique, on fait dépendre la réserve de la loi de la situation des biens en ce qui concerne les immeubles; on suit également les mêmes règles pour la fixation de la quotité disponible entre époux (art. 913-916, 1094 et 1098) (1).

Suivant le système qui a été déjà développé et pour les mêmes raisons, nous ferons dépendre la réserve de la loi nationale du défunt, comme la succession *ab intestat*. C'est surtout à propos de la limitation de la quotité disponible que l'on peut faire valoir le lien intime qui rattache la succession *ab intestat* à l'organisation de la famille et faire observer que le droit réservé à certains héritiers dans la succession vient des rapports de famille plus ou moins étroits établis par le législateur national entre eux et le défunt.

Il faudrait cependant s'en tenir à l'application de la loi territoriale, s'il s'agissait d'une question d'ordre public. Ainsi, pour sauvegarder l'intérêt des tiers, le code civil italien n'admet pas que l'action en réduction fasse tomber les droits réels consentis par le donataire ou le légataire ; il faudrait observer cette règle en Italie, même si les biens donnés au delà de la quotité disponible faisaient partie de la succession d'un Français, et bien que notre code civil accepte l'effet résolutoire complet de la réduction (art. 929).

SECTION III

CAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR A TITRE GRATUIT

389. Les règles concernant la capacité sont communes aux donations et aux testaments (Code civil, liv. III, tit. II, chap. II); aussi les explications qui vont suivre doivent-elles être appliquées à la capacité requise en matière de testaments.

Les capacités et incapacités absolues de disposer ou de recevoir à titre gratuit dépendent de la loi nationale des donateurs et des donataires, testateurs ou légataires, comme la capacité et l'inca-

(1) Cass. req., 4 mars 1857, D. P., 57. 1. 102; Trib. de la Seine, 31 mai 1879, J. C., 1879, p. 549; Trib. comm. de la Seine, 6 déc. 1877, J. C., 1878, p. 164-165; Trib. de Lyon, 19 nov. 1880, J. C., 1882, p. 419; Cass., 4 avril 1881, D. P., 1881. 1. 381.

pacité générales dont elles ne diffèrent que par l'étendue (1). On acceptera donc partout l'effet de ces capacités ou incapacités spéciales, tel qu'il est déterminé par la loi nationale des parties et par les jugements rendus conformément à cette loi. Pour les jugements criminels qui entraînent la déchéance de la capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit, nous avons admis que l'on doit en accepter les conséquences en tout pays, quand ces jugements sont rendus par les tribunaux du pays auquel le condamné appartient, parce qu'elles forment un élément du statut personnel des individus condamnés : on ne voit pas, d'ailleurs, en quoi l'ordre public peut être violé par une pareille déchéance, à la différence de ce qui a lieu pour les conséquences de la mort civile que leur caractère inhumain a fait supprimer dans plusieurs pays et notamment en France (n. 229, p. 685).

Cependant, le droit de prélèvement, établi par l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819, autorisé de la part des héritiers français quand ils sont privés d'une partie ou de la totalité de leurs droits dans la succession par la loi étrangère, *pour quelque cause que ce soit*, peut conduire à modifier la capacité du testateur étranger telle qu'elle est établie par sa loi nationale. En effet, si les héritiers français n'ont pas la part qu'ils auraient eue d'après notre loi, par suite d'une disposition testamentaire faite par le défunt qui avait la capacité de la faire d'après sa loi et qui ne l'aurait pas eue d'après notre code civil, l'effet de cette disposition sera restreint, sur les biens situés en France, par l'exercice du droit de prélèvement. Ainsi les héritiers français, dépouillés par le testament d'une mineure espagnole, ont pu exercer le prélèvement, bien que la loi espagnole autorise les mineurs à tester d'une manière absolue, parce que, d'après la loi française, les héritiers légitimes d'un mineur ont le droit de compter sur sa succession, sauf pour la moitié de la quotité disponible dont le mineur peut disposer par testament lorsqu'il a 16 ans accomplis (art. 904). Bien que logiquement déduite de la généralité des termes de la loi de 1819 (argument tiré de ces mots de l'art. 2 : exclus à quelque titre que ce soit), cette solution est regrettable, parce qu'elle viole les principes les plus certains en matière de statut personnel, lequel dépend absolument de la loi nationale, sauf les restrictions venant de l'ordre public (2).

(1) *Contrà :* Cass., 20 juin 1887, *Le Droit,* 22 juin 1887.

(2) Cass., 29 déc. 1856, D. P., 56. 1. 471. — [V. ci-dessus, n. 353, p. 1016-1017.]

390. Les incapacités relatives de disposer et de recevoir à titre gratuit donnent lieu à une difficulté particulière, lorsque les personnes entre lesquelles elles sont établies sont de nationalité différente : quelle loi faut-il suivre, celle du disposant, ou celle du donataire? Examinons la question en ce qui concerne les incapacités relatives établies par notre code civil; les solutions fournies à leur sujet pourront servir de guide pour les incapacités indiquées par les autres législations et qui présentent le même caractère.

1° L'incapacité pour le mineur de disposer au profit de son tuteur avant que ce dernier lui ait rendu ses comptes et que ces comptes aient été apurés, sauf dans le cas où le tuteur est son ascendant, procède évidemment d'une idée de protection pour le mineur ; la loi veut le défendre contre l'influence excessive de son tuteur qui peut le dominer tant que le compte de tutelle n'est pas apuré. Or, la protection des incapables dépend de la loi nationale de ces derniers : c'est donc d'après cette loi nationale des mineurs que nous déterminerons leur incapacité à ce point de vue (art. 907).

2° L'incapacité établie par la loi, dans l'art. 909, pour les médecins, chirurgiens, etc., et les ministres du culte de recevoir des libéralités de la part des malades, a donné lieu à différentes solutions. Pour les uns, il suffit que cette incapacité soit contenue dans la loi du donataire ou dans celle du donateur pour qu'on doive l'appliquer. Suivant d'autres, il faut s'en tenir à la loi du donataire : en effet, c'est au point de vue du donataire que la loi se place dans l'art. 909; elle n'établit qu'une incapacité de recevoir et non de disposer. Ce dernier argument n'est pas très concluant, car la loi peut indiquer une incapacité de recevoir pour établir une incapacité corrélative de disposer qu'elle a principalement en vue. Dans le cas présent, telle a été certainement la pensée du législateur, qui a voulu défendre les malades, dont l'esprit et la force de volonté sont affaiblis, contre les captations des personnes susceptibles de les dominer, les médecins et les ministres du culte. Nous nous retrouvons donc, comme dans le cas précédent, en présence d'une mesure de protection qui dépend de la loi de l'individu présumé incapable; aussi appliquerons-nous la loi nationale du donateur. La même solution s'impose, pour les mêmes motifs, en ce qui concerne l'incapacité des passagers de faire leur testament en faveur des officiers du navire, à moins que ces derniers ne soient leurs parents ou leurs alliés (art. 995, loi du 8 juin 1893).

3° L'incapacité des enfants naturels de recevoir de leurs parents au delà de ce que la loi leur attribue comme héritiers *ab intestat* donne lieu à une question des plus controversées en Droit international privé (art. 908).

Dans une première opinion, on considère la disposition de l'art. 908 comme une règle de statut personnel. En effet, dit-on, elle établit une incapacité ; on la trouve placée par le législateur lui-même, dans un chapitre consacré à l'incapacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit et entre deux articles qui établissent des incapacités semblables (V. art. 907 et 909). D'autre part, le caractère de cette règle s'accuse bien par le but qu'a poursuivi le législateur en l'édictant ; il a voulu sauvegarder la dignité et la bonne constitution de la famille, en évitant que les enfants naturels ne fussent assimilés aux enfants légitimes au point de vue des droits qu'ils pourraient invoquer sur le patrimoine : or, on le sait, tout ce qui se rattache à l'organisation de la famille appartient au statut personnel.

Plus exactement, à notre avis, la plupart des auteurs pensent que l'art. 908 a pour but d'assurer le maintien des biens dans la famille et leur transmission par succession aux héritiers légitimes. On objecte, il est vrai, que tel ne peut être le but de la loi, puisque, à défaut d'héritiers réservataires, le donateur ou testateur peut disposer de ses biens comme il l'entend, sans se préoccuper de ses autres héritiers légitimes. Mais il est facile de répondre que si le législateur n'a pas empêché ce résultat, c'est que, d'une part, il a voulu respecter, autant que possible, la liberté de disposition et, d'autre part, parce qu'il a pensé que l'affection naturelle envers les parents arrêterait la plupart du temps le disposant qui n'aurait pas de raisons sérieuses de dépouiller ses héritiers. Mais, au contraire, l'amour paternel ou maternel pour les enfants nés hors mariage pouvait faire craindre que les dispositions faites à leur profit ne compromissent complètement les droits des héritiers légitimes ; c'est ce qui explique la règle particulière de l'art. 908 : *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat.*

De plus, l'art. 908 renvoie formellement aux règles établies pour les droits de succession *ab intestat* des enfants naturels ; ainsi il apparaît comme une sanction de ces règles et une garantie de leur observation. Enfin, s'il s'agissait d'une question d'incapacité, la validité de la donation faite aux enfants naturels s'apprécierait au moment où elle est effectuée : or cela est impossible, puisque les droits des enfants naturels sont calculés proportionnellement à la

valeur de la succession et au moment du décès du disposant : on se trouve donc en présence d'une véritable question d'indisponibilité, comme lorsqu'il s'agit d'apprécier la réserve, et non en présence d'une question d'incapacité.

En rattachant ainsi la disposition de l'art. 908 aux règles de la succession *ab intestat* dont elle n'est que la conséquence et la garantie d'application, on décide, dans la doctrine classique, que l'indisponibilité des biens à l'égard des enfants naturels dépend de la loi de la situation pour les immeubles, et de celle du dernier domicile du défunt pour les meubles. Pour nous, fidèle à la théorie déjà admise pour les successions, nous nous en tiendrons à la loi nationale du donateur dans tous les cas : cette loi règle en effet la transmission héréditaire des biens et, par voie de conséquence, indique aussi quelles sont les garanties admises pour assurer cette transmission au profit des héritiers légitimes. Si nous arrivons ainsi au même résultat que ceux qui font de la règle de l'art. 908 une disposition d'incapacité, on voit que c'est pour une raison toute différente (1).

La loi du 25 mars 1896 a modifié ainsi qu'il suit le texte de l'ancien art. 908 : « Les enfants naturels légalement reconnus ne pourront rien recevoir par donation entre vifs au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. Cette *incapacité* ne pourra être invoquée que par les descendants du donateur, par ses ascendants, ses frères et sœurs et les descendants de ses frères et sœurs. Le père ou la mère qui les ont reconnus pourront leur *léguer* tout ou partie de la quotité disponible, sans toutefois qu'en aucun cas, lorsqu'ils se trouvent en concours avec des descendants légitimes, un enfant naturel puisse recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant ». L'expression d'*incapacité* employée dans le texte nouveau ne saurait modifier les appréciations qui précèdent. La prétendue incapacité dont parle la loi du 25 mars 1896 dans son texte, aussi peu net que peu correct au point de vue grammatical, serait une incapacité du donateur, plutôt que de l'enfant naturel, comme la loi semble le dire. Mais, surtout, il faut remarquer que la restriction des droits de l'enfant naturel à recueillir une donation ou un legs est calculée d'après le concours de certains héritiers légitimes. Ces derniers ont donc la situation de véritables réservataires à l'égard

(1) Cpr. Trib. Seine, 31 juil. 1879, et observations de M. Salmeron, J. C., 1882, p. 495 ; [Weiss, *Traité,* t. IV, p. 563-564 et p. 617-618.]

du disposant, ce qui confirme notre solution suivant laquelle il s'agit, dans l'art. 908, après comme avant la loi de 1896, d'une règle de succession qui doit dépendre de la loi régissant l'hérédité elle-même, c'est-à-dire de la loi nationale du défunt, suivant le système que nous avons adopté. Dans tous les cas, il est exagéré de vouloir faire de l'art. 908 une disposition d'ordre public imposée par la loi territoriale aux étrangers comme une règle de morale. C'est, au contraire, une disposition relative à l'organisation de la famille, changeant suivant la manière de voir de chaque législateur qui tient compte de la condition de ses propres nationaux. La nouvelle loi française du 25 mars 1896, assimilant les enfants naturels aux héritiers légitimes, sauf en ce qui concerne l'étendue de la vocation héréditaire, montre combien il s'agit, en pareille matière, d'idées spéciales à chaque pays et variables suivant l'évolution subie par chaque société (nouvel art. 756 C. civ.).

391. Dans tous les cas où la capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit devra être appréciée d'après la loi étrangère, il faudra cependant tenir compte des dispositions de la loi locale quand l'ordre public sera intéressé. C'est ainsi que les personnes de mainmorte étrangères ne seront pas capables de recevoir en France, lorsque leur existence sera méconnue par la loi, ce qui est le cas des congrégations religieuses non autorisées ; elles devront aussi se soumettre à l'autorisation préalable du gouvernement qui approuve la libéralité (art. 910 C. civ.). Les restrictions établies par la loi du 24 mai 1825, art. 4 et 5, au point de vue des dispositions à titre gratuit, pour les congrégations religieuses de femmes autorisées, sont aussi d'ordre public.

Les présomptions d'interposition de personnes (art. 911, 2e alin.), n'étant que la garantie de l'observation des règles relatives à l'incapacité ou à l'indisponibilité, dépendent logiquement de la loi même qui régit l'incapacité (art. 907 et 909) ou l'indisponibilité (art. 908). On ne voit pas de bonne raison pour décider, comme on l'a fait, qu'il suffit, pour qu'elle soit admise, que la présomption d'interposition de personnes soit établie par la loi du disposant, ou du donataire, ou de la personne interposée.

391 *bis*. [Le projet de programme de la Conférence de 1900 comprenait un projet de Convention relative aux successions, aux testaments et aux donations à cause de mort. La Commission française pour le droit international privé avait demandé que l'on se bornât à la succession légale et que l'on réservât pour une autre convention les donations à cause de mort, les donations entre-

vifs et les testaments, qui présentent un caractère commun, celui d'impliquer une transmission de biens par la volonté de l'homme : dans une convention ultérieure, les actes de disposition à titre gratuit (donations entre-vifs, donations à cause de mort, testaments) auraient été envisagés au point de vue de la capacité des parties, de la forme et de la substance des actes (1). A la Conférence de 1900, la Délégation française exprima vainement le même désir. Le projet voté par la Conférence retint les testaments et les donations à cause de mort (2). Le projet de Convention de 1904, conformément au plan du projet transactionnel, ne porte que sur les testaments. Or, le testament étant un acte juridique, on concevrait qu'outre la validité intrinsèque et la forme de cet acte, le projet de Convention de 1904 eût réglementé la capacité du testateur et celle du légataire. Mais, en 1904, l'entente n'ayant pu se faire sur un point, la Conférence a pris le parti d'écarter toute la matière, en ce qui concerne le testateur et le légataire.]

[Quant au légataire et quant au successible *ab intestat*, la Conférence a été arrêtée en 1904 par une difficulté qui avait déjà été soulevée en 1900. Le projet de programme soumis à la Conférence de 1900 contenait un article 6 ainsi conçu : « La capacité des successibles, des légataires et des donataires est régie par leur loi nationale ». La commission française de droit international privé avait proposé la suppression de ce texte, en ce qui concernait les successibles, pour ce motif principal que le texte proposé était équivoque et, selon le sens qu'on lui attribuait, n'offrait qu'une médiocre utilité ou bien tranchait avec une extrême témérité une controverse très grave. La Commission nommée par la Conférence l'avait néanmoins conservé, malgré les observations que M. Lainé lui avait soumises au nom de la Délégation française, et le rapport de M. van Cleemputte n'en donnait pas des raisons satisfaisantes. Un débat eut lieu devant la Conférence. La discussion fut même engagée par l'un des délégués de la Suisse, M. Meili, qui, conformément aux remarques présentées par les déléguées de la France, montra clairement que l'article 6 était équivoque et que, s'il était adopté, il donnerait lieu à une erreur. « L'article, dit-il, mentionne la capacité des successibles. En effet, on parle en allemand de la *Erbfæhigkeit*, mais ce mot n'indique pas une capacité

(1) [*Documents relatifs à la IIIe Conférence, La Haye*, 1900, p. 156. V. le projet concernant les successions, les testaments et les donations à cause de mort, avec les observations des divers gouvernements, *ibid.*, p. 66-91.]

(2) [*Actes de la IIIe Conférence*, p. 244-246.]

proprement dite ; il veut dire qu'une personne est apte à devenir héritier. Or, dans ce cas, ce n'est nullement la loi nationale des successibles qui doit être appliquée, mais la loi du défunt, du *de cujus*. En d'autres termes, c'est l'article 1er qui régit ce rapport. Tout autre est la question concernant certaines prescriptions ayant trait au mineur, à la femme mariée, à l'interdit, à l'indigne (1) comme cela est du reste bien indiqué dans le rapport » (2). Ces personnes, bien qu'ayant le droit de succéder et de bénéficier de la succession, ne peuvent accepter la succession elles-mêmes ou sans autorisation. Et M. Meili proposait une rédaction qui n'excluait par elle-même toute équivoque : « Les empêchements de recevoir des successibles, des légataires ou des donataires, résultant de raisons personnelles, sont soumises à leurs lois nationales ». Les expressions « résultant de raisons personnelles » ne distinguaient pas ce qu'il fallait bien séparer : d'une part, l'aptitude à être héritier, c'est-à-dire le droit même de succéder qui ressortissait à la loi de succession et dont il n'y avait rien de particulier à dire, et, d'autre part, le pouvoir d'agir en qualité d'héritier, le pouvoir chez l'héritier d'exercer son droit, que devait régir sa propre loi nationale. M. Lainé proposa de rédiger ainsi l'art. 6 : « La capacité des successibles, des légataires et des donataires, et tant qu'il s'agit de l'exercice de leurs droits, est régie par leur loi nationale ». Ce texte eût précisé la règle et l'eût enfermée dans des limites où elle aurait été « sinon utile, du moins indiscutable » (3). Il fut alors convenu et proclamé par M. Asser, président de la Conférence, que le comité de rédaction remanierait le texte primitif de l'art. 6 dans le sens indiqué par MM. Meili et Lainé (4).]

[Mais, lors de la seconde lecture, M. van Cleemputte, au nom de la deuxième Commission, déclara que le texte n'avait pu être modifié, que l'amendement de M. Lainé avait paru trop limité au Comité de rédaction et que, d'ailleurs, le texte initial répondait bien à la pensée de la Commission. En effet, dit le rapporteur, « celui qui est incapable comme ayant été frappé de la mort civile est incapable *comme personne*, et par conséquent c'est, d'après l'article 6, sa loi nationale qui régit une pareille incapacité. Or, si l'on adopte l'amendement de M. Lainé, l'article 6

(1) [M. Meili dépassait sa propre pensée, en ce qui concerne l'indignité.]
(2) [*Actes de la IIIe Conférence*, séance du 11 juin 1900, p. 158.]
(3) [Lainé, J. C., 1906, p. 294.]
(4) [*Actes de la IIIe Conférence*, p. 118.]

n'embrassera plus ce cas, puisque en l'espèce il ne s'agit pas seulement d'*exercer* un droit, mais d'*avoir* un droit. L'article 6 a une portée plus grande à un autre point de vue. C'est la loi *successorale* qui appelle le frère, le neveu ; mais c'est d'après la loi du successible qu'on doit examiner s'il est frère ou neveu, car c'est cette dernière loi qui régit son état, ses relations de famille, sa filiation. Les rapports de 1893, 1894, celui de 1900, expliquent le texte ». Et M. le rapporteur ajoutait, en réponse aux critiques de MM. Meili et Missir qui appuyaient l'amendement de M. Lainé : « Cet amendement serait moins sujet à objection, s'il disait « en tant qu'il s'agit de leur état ». Toutes les lois emploient l'expression *état et capacité des personnes* pour indiquer la capacité personnelle par rapport à la naissance, la mort civile, la filiation, l'incapacité du mineur, celle de la femme mariée, etc... » Ces explications nouvelles, qui laissèrent sur le moment les contradicteurs dans l'incertitude au sujet de la portée de l'article 6, et qui, même après réflexion, demeurent difficiles à comprendre, paraissent constituer la théorie suivante, contre laquelle la critique n'est pas désarmée. La capacité du successible dont il est dit, dans l'article 6, qu'elle est régie par sa loi nationale et soustraite à la loi du défunt, ce n'est pas seulement le pouvoir pour l'héritier mineur, femme mariée, interdit, etc., d'exercer sans aucune assistance son droit d'héritier ; c'est aussi l'aptitude même à être héritier, lorsqu'elle lui est personnelle, lorsqu'elle tient à son état. En ce dernier sens, sont incapables de succéder, comme *personnes*, et incapables, à ce titre, non pas seulement d'*exercer* leurs droits, mais d'*avoir* un droit, le mort civilement, celui qui n'est pas encore conçu ou qui n'est pas né viable au moment de l'ouverture de la succession (art. 725 C. civ.).]

[Cette théorie, non exempte d'obscurité ni d'équivoque, fit impression sur la Conférence et l'amena à adopter sans changement l'art. 6 devenu l'art. 5 du projet de Convention voté par la Conférence de 1900. L'amendement de M. Lainé fut repoussé par onze voix contre deux et deux abstentions. Les deux Etats qui votèrent pour cet amendement furent la France et la Suisse. La Roumanie et la Norwège s'abstinrent. Votèrent contre : l'Allemagne, l'Autriche, la Hongrie, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Russie et la Suède (1).]

(1) [*Actes de la III*e *Conférence,* séance du 13 juin 1900, p. 141-142 et p. 245 ; Lainé, *Rev. crit.*, 1902, p. 291-306, et J. C., 1906, p. 291-295. — Cpr. ci-dessus n. 365, p. 1046-1047.]

[C'était un grave échec pour la Commission et pour la Délégation françaises. La Commission soumit à un examen nouveau et approfondi la question de la capacité des successibles, donataires et légataires, et d'autres encore au sujet desquelles s'était manifesté son dissentiment avec la Conférence. Le résultat en fut de la persuader qu'elle devait persister dans son attitude. Et M. Lainé fut chargé de rédiger en son nom un mémoire dans lequel seraient exposés les motifs de la résistance de la Commission. Pendant ce temps, le gouvernement des Pays-Bas s'abstenait provisoirement de donner suite à la Convention projetée et demandait à la Commission royale de droit international privé d'en préparer la révision, dans l'espoir qu'un projet transactionnel pourrait être élaboré et accepté d'un commun accord. Et de fait, cette Commission, après avoir pris connaissance du mémoire de la Commission française qui lui avait été communiqué, substitua au projet de 1900 un projet transactionnel qui adoptait à peu près entièrement les vues françaises sur le point essentiel, la portée d'application du principe de la loi nationale du défunt et supprimait l'art. 6 de l'ancien projet du programme, devenu l'art. 5 du projet de 1900, aux termes duquel il fallait soustraire à la loi nationale du défunt et soumettre à leur propre loi nationale, quant à leur capacité, les successibles, donataires et légataires, disposition que la Commission française, après un examen approfondi, avait déclaré absolument inadmissible. Le projet transactionnel de la Commission royale des Pays-Bas, accepté par la Commission française, a été adopté, dans ses grandes lignes, par la Conférence de 1904 et dans le projet qui figure dans le protocole final du 7 juin 1904 ne se trouve aucune disposition relative à la capacité des successibles ou des légataires, à plus forte raison aucune disposition concernant la capacité des donataires, les donations à cause de mort ayant été exclues de ce projet désormais restreint aux successions et aux testaments (1).]

[Ce même projet est muet aussi au sujet de la capacité du testateur. Voici, à cet égard, ce qui s'est passé. Le projet de 1900 contenait les articles suivants : Art. 3. « La capacité de disposer par testament ou par donation à cause de mort est régie par la loi nationale du disposant. » Art. 4. « La loi nationale du défunt ou du disposant est celle du pays auquel il appartenait au moment

(1) [*Actes de la IV^e Conférence*, p. 212-215. V. ci-dessus n. 383 *bis*, p. 1113-1117. — Cpr. Lainé, J. C., 1906, p. 295-297.]

de son décès. Néanmoins la capacité du disposant est soumise aussi à la loi du pays auquel il appartient au moment où il dispose. Toutefois, si le disposant avait dépassé l'âge de la capacité fixé par la loi du pays auquel il appartenait au moment de la disposition, le changement de nationalité ne lui fait pas perdre cette capacité à raison de l'âge ».]

[Le premier de ces textes avait été adopté sans discussion : la capacité de disposer fait partie intégrante du statut du disposant et doit être régie par sa loi nationale. Mais l'art. 4, qui prévoyait le cas d'un changement de nationalité et indiquait laquelle des lois successives devait déterminer la capacité du disposant, avait paru prêter à de graves critiques.]

[D'une part, en effet, statuer que la capacité de disposer doit exister chez le disposant au jour de son décès comme à celui de la confection du testament ou de la donation à cause de mort, lorsqu'il s'agit de la capacité tenant à une qualité juridique, telle que la majorité, c'était bien se conformer à l'opinion commune. Mais cette opinion n'est pas unanime. Des jurisconsultes considérables, comme Demante et Colmet de Santerre (1), sont d'avis que l'acte régulièrement fait par une personne capable au moment de l'acte demeure valable à tout événement, malgré la survenance de l'incapacité chez son auteur, cet acte fût-il un testament : manière de voir, sinon générale, du moins équitable certainement et peut-être juridique. En tout cas, il y avait là une question de droit interne : la Conférence aurait paru téméraire en prenant sur elle de la résoudre.]

[D'autre part, la règle que formulait ainsi l'art. 4, sans s'arrêter à cette objection, devait recevoir une exception déconcertante. En effet, le dernier alinéa de l'art. 4 déclarait que, si le disposant était majeur au moment de l'acte, le changement de nationalité ne pourrait avoir pour effet d'annuler cet acte, alors même que la loi de sa nouvelle patrie le replacerait en état de minorité : disposition du code civil allemand que les délégués d'Allemagne avaient fait introduire comme tempérament à une règle suivant eux trop absolue. « L'équité, sans doute, en était manifeste, a dit M. Lainé (2), et tout à fait conforme au sentiment dont se sont inspirés les professeurs Demante et Colmet de Santerre pour combattre la règle elle-même. Mais alors cette règle n'était-elle pas contredite,

(1) [*Cours analytique de code Napoléon*, t. IV, n. 36 et 36 *bis*, p. 81.]
(2) [Lainé, J. C., 1906, p. 620.]

plutôt qu'atténuée, par l'exception qu'elle devait souffrir, et l'art. 4 ne devenait-il pas, considéré dans son ensemble, une disposition incohérente »? C'est le jugement qu'avaient porté sur elle la Commission et la Délégation françaises qui avaient demandé la suppression de cet article.]

[Le projet transactionnel l'avait cependant maintenue. Mais la Commission de la Conférence de 1904, après de nouveaux débats faisant suite aux discussions qui avaient eu lieu en 1900, reconnut que l'accord sur ce point était impossible, et proposa, par six voix contre trois et une abstention, de supprimer l'art. 4. Les délégués d'Allemagne, considérant que dès lors l'art. 3 n'aurait plus d'intérêt, demandèrent et obtinrent qu'il fût également écarté. « Il ne reste des débats auxquels ces articles ont donné lieu qu'une observation incidente. Elle mérite, néanmoins, d'être retenue. C'est que la capacité dont il s'agissait dans les art. 3 et 4 était le pouvoir pour un testateur, ayant le droit d'avoir un testament, de faire ce testament, pouvoir qui peut lui être accordé, pleinement refusé, ou reconnu dans une certaine mesure, eu égard, par exemple, à son âge. Quant à la capacité prise en un autre sens, à savoir le droit même d'avoir un testament, elle est réglée dans le deuxième alinéa de l'art. 1er, qui statue sur la validité intrinsèque du testament. La capacité de tester, en effet, lorsqu'on l'envisage comme répondant au droit même d'avoir un testament, fait partie des conditions de validité intrinsèque de cet acte » (1).]

[La Conférence de 1904, aucune protestation ne s'étant élevée en séance plénière, a confirmé purement et simplement l'observation totale du projet de Convention relativement à la capacité du testateur. Elle n'a réglé que la validité intrinsèque, les effets et la forme du testament (2).]

(1) [Lainé, Rapport de la deuxième Commission, *Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 130.]

(2) [*Actes de la IVe Conférence*, p. 212. V. ci-dessus n. 383 *bis*, p. 1113-1117.]

LIVRE V

Statut réel.

392. Le statut réel, tel que nous le comprenons, embrasse tout ce qui est relatif à la condition juridique des biens, meubles ou immeubles, en un mot, les règles de l'organisation de la propriété. En analysant cette idée générale, on a déjà vu que trois points dépendent du statut réel : 1° la distinction des biens ; 2° la détermination des droits réels que l'on peut avoir sur eux et leur étendue ; 3° la transmission de la propriété et de ses démembrements.

Pour entrer dans les détails, nous étudierons dans trois chapitres : 1° la propriété, les droits réels principaux et la possession ; 2° les droits réels accessoires, c'est-à-dire les privilèges, le gage et l'hypothèque ; 3° la prescription acquisitive.

CHAPITRE PREMIER

LA PROPRIÉTÉ, LES DROITS RÉELS PRINCIPAUX ET LA POSSESSION

SECTION PREMIÈRE

DE LA PROPRIÉTÉ

393. De tous les droits, la propriété est un de ceux qui doivent le plus particulièrement attirer l'attention du législateur au point de vue de la protection et de la réglementation, car c'est sur sa bonne organisation que reposent en grande partie la sécurité sociale et l'intérêt économique d'un pays : aussi les dispositions légales concernant cette matière ont-elles un rapport étroit avec l'ordre public et dépendent-elles exclusivement de la loi territoriale, sans qu'on puisse accepter les règles contraires contenues dans la loi d'un autre Etat.

L'application de la loi locale, en ce qui concerne la propriété

des meubles et des immeubles, se révèle comme nécessaire à divers points de vue que nous allons successivement examiner.

394. Etendue des droits du propriétaire. — Tout propriétaire d'un bien, quelle que soit sa nationalité, doit respecter les limitations apportées à son droit par la loi du pays où est situé le bien mobilier ou immobilier, qu'il possède; car ces limitations sont toujours basées sur l'intérêt collectif, tel que le comprend le législateur de ce pays. L'art. 544 C. civ. définit la propriété : le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements. Ces lois et règlements, règles d'ordre public restreignant le droit du propriétaire, concernent, par exemple, l'expropriation pour cause d'utilité publique, [la constitution d'un bien de famille insaisissable (loi du 12 juillet 1909, *J. off.* du 13), la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique (loi du 30 avril 1887, complétée par la loi du 19 juillet 1909, *J. off.* du 20)], les servitudes légales de droit civil ou administratif, telles que l'écoulement des eaux, la clôture, le chemin de halage, etc.; les établissements dangereux, incommodes ou insalubres; les servitudes militaires aux alentours des places fortes; enfin les impôts (1).

La protection de la propriété, non seulement au point de vue des attaques criminelles dont elle peut être l'objet, cela va sans dire, mais encore au point de vue du droit public, dépend de la loi du pays où les biens sont situés : c'est cette loi qui indiquera donc les actions par lesquelles le propriétaire peut faire valoir son droit, telles que l'action en revendication et l'action Publicienne, ainsi que les conditions exigées pour qu'elles puissent être exercées.

395. Transfert de la propriété. — Le transfert de la propriété doit être considéré entre les parties et à l'égard des tiers.

1° Entre les parties, nous n'avons qu'à examiner les modes de transfert à titre particulier et *inter vivos*; les modes à titre universel *mortis causâ* (successions et testaments) ayant été déjà étudiés.

Les modes d'acquisition à titre particulier et entre vifs sont légaux ou volontaires. Les premiers, tels que l'acquisition *lege*,

(1) Cass., 26 juillet 1894, D. P., 95. 1. 5 et note de M. Despagnet; 18 mars 1895, J. C., 1895, p. 621; A. Wahl, *Des droits d'enregistrement dans les rapports internat.*, J. C., 1894, p. 877 et suiv.; [*Id.*, *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*, t. I, 1909, quatrième partie, *Les droits sur les transmissions et les conversions de valeurs mobilières;* Compain, *Des successions dans le droit fiscal international*, J. C., 1909, p. 640-661. V. ci-dessous n. 37-8°, p. 131-135.]

l'accession, sont établis par chaque législateur dans un but d'intérêt général et dépendent de la loi territoriale.

Parmi les modes volontaires, l'occupation est aussi réglementée par certaines dispositions qui ont le caractère de mesures de police; elle est donc régie par la loi du pays où se trouve le bien occupé (1). Quant aux conventions (art. 711 C. civ.), une divergence apparaît entre les législations qui admettent le transfert de la propriété *solo consensu* entre les parties (codes civils français, art. 1138, et italien art. 1448), et celles qui, reproduisant le principe du Droit romain, exigent la tradition, au moins quant aux meubles, pour que ce transfert s'opère (Cpr. codes civils allemand, art. 312; autrichien, § 425; code suisse des obligations, art. 199 et 200) (2). En général, on décide qu'il faut, sur ce point, appliquer la loi du lieu où les biens se trouvent au moment de l'aliénation, et, s'il s'agit d'objets en cours de voyage, comme la cargaison d'un navire en mer, la loi du pays où l'aliénateur a contracté l'obligation de livrer. D'autres penchent, dans ce dernier cas, pour la loi du lieu de destination de l'objet aliéné.

(1) V. art. 713, 715, 716 et 717 C. civ.

(2) Les art. 199 et 200 du code fédéral suisse des obligations du 4 juin 1881 sont abrogés, à partir de l'entrée en vigueur du nouveau code civil suisse du 10 décembre 1907, c'est-à-dire à compter du 1er janvier 1912. En effet l'art. 62 du titre final du nouveau code civil suisse porte abrogation du titre sixième du code fédéral des obligations, sauf l'art. 204 (art. 194-203 et 205-228). Le nouveau Code civil suisse dispose que la propriété foncière ne s'acquiert que par l'inscription au registre foncier. Art. 656. « L'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière. Celui qui acquiert un immeuble par occupation, succession, expropriation, exécution forcée ou jugement en devient toutefois propriétaire avant l'inscription, mais il n'en peut disposer dans le registre foncier qu'après que cette formalité a été remplie ». Art. 657. « Les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété ne sont valables que s'ils sont reçus en la forme authentique. Les dispositions pour cause de mort et le contrat de mariage demeurent soumis aux formes qui leur sont propres ». Quant à la propriété mobilière, elle ne se transmet pas sans mise en possession. Art. 714. « La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière. Celui qui, étant de bonne foi, est mis à titre de propriétaire, en possession d'un meuble, en acquiert la propriété, même si l'auteur du transport n'avait pas qualité pour l'opérer; la propriété lui est acquise dès qu'il est protégé selon les règles de la possession ». Art. 715. « Le pacte en vertu duquel l'aliénateur se réserve la propriété d'un meuble transféré à l'acquéreur n'est valable que s'il a été inscrit au domicile actuel de ce dernier, dans un registre public tenu par l'office des poursuites. Le pacte de réserve de propriété est prohibé dans le commerce de bétail ». Art. 717. « Lorsque celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert de la propriété n'est pas opposable aux tiers, s'il a eu pour but de les léser ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier. Le juge appréciera. »].

Nous croyons plus exact de dire que le transfert entre les parties est une conséquence de la convention elle-même, qui dépend, comme tout effet d'un contrat, de la loi à laquelle les parties se sont référées : c'est-à-dire de leur loi nationale, si elles ont même nationalité, ou, sinon, de la *lex loci contractus*. L'application nécessaire de la *lex rei sitæ* ne se justifie pas en pareil cas, puisqu'il ne s'agit ni de l'organisation de la propriété, ni de la sauvegarde du crédit public, mais bien d'apprécier simplement l'effet d'une convention. Cela est si vrai, que les parties pourraient conventionnellement déroger à l'art. 1138 C. civ. et reculer, dans leurs rapports respectifs, le transfert de la propriété jusqu'à la tradition. Puisque les contractants jouissent ici de l'autonomie, il faut rechercher leur véritable volonté (1).

2° Le transfert de la propriété à l'égard des tiers intéresse le crédit public et se trouve, par conséquent, régi par la loi territoriale. Aussi les règles de la transcription s'imposeront, en France, à tous les étrangers qui acquerront des immeubles situés sur notre territoire (loi du 23 mars 1855); et si une loi exige la tradition pour que l'aliénation des meubles soit opposable aux tiers, les étrangers devront la respecter dans le pays où elle est applicable (2).

396. Des créances (3). — La situation du droit résultant des créances est fixée par l'*instrumentum* qui les constate quand elles s'incorporent avec lui ; c'est ce qui a lieu pour les créances établies par titre au porteur ou par titres transmissibles par l'endossement : la loi de la situation du titre détermine alors la condition juridique des créances.

Si la créance est appréciée en elle-même, comme rapport de droit, et abstraction faite du titre qui ne sert qu'à la prouver sans qu'elle s'incorpore avec lui, on peut la réputer fictivement située au domicile du créancier du patrimoine duquel elle fait partie, ce qui est l'opinion qui prévalut dans l'ancien droit, ou bien la réputer située au domicile du débiteur (4).

(1) Esperson, J. C., 1881, p. 177. — Cpr. Cass., 9 nov. 1868, S., 69. 1. 122.

(2) Paris, 24 fév. 1874, J. C., 1876, p. 185; Trib. comm. Seine, 5 mars 1892, *ibid.*, 1893, p. 166.

(3) *La cession et la mise en gage des créances en Droit int. priv.*, Surville, J. C., 1897, p. 671; [Clunet, *Tables générales,* t, III, v° *Cession de créance,* p. 312, n. 1 et s.]

(4) [V. sur ce point l'étude approfondie de M. Compain, *Des successions dans le droit fiscal international,* J. C., 1909, p. 640-661.]

La question n'a été résolue par notre législation qu'au point de vue fiscal, et d'une façon très arbitraire. La loi du 22 frimaire an VII, art. 27, décide que les valeurs seront déclarées au domicile du créancier décédé, et la loi du 23 août 1871, art. 3 et 4, assujettit à l'impôt les valeurs de la succession régie par la loi française, c'est-à-dire de la succession d'un Français même domicilié à sa mort hors de France, ainsi que celles qui dépendent de la succession d'un étranger domicilié dans notre pays avec ou sans autorisation : la loi fiscale, sans système arrêté ni principe logique, prend l'impôt dans toutes les circonstances possibles (1). Nous pensons que la solution rationnelle est dans l'attribution aux créances, comme assiette réelle, du domicile du débiteur et, par conséquent, dans l'application de la loi de ce dernier domicile. On objecte bien que, comme élément de son patrimoine et comme richesse, la créance est plutôt au domicile du créancier. Mais est-ce que sa valeur et ses fluctuations ne dépendent pas surtout de la situation du débiteur, et, si elle est une richesse du créancier, n'est-ce pas une richesse retenue par le débiteur, par conséquent se trouvant matériellement située là où le débiteur a le siège de son patrimoine mobilier, c'est-à-dire à son domicile? (2).

En ce qui concerne la cession de créance, il faut distinguer : 1° Entre le cédant et le cessionnaire, on suivra la loi présomptivement acceptée par les parties, comme dans tout contrat; par exemple, pour savoir si le cédant garantit la solvabilité du débiteur cédé, et dans quelle mesure il en répond (3).

(1) Lainé, II, p. 262 et suiv.; *Introd. au dr. int. pr.*; [*Id., De la forme du testament privé*, p. 53.]

(2) Le traité de droit civil conclu à la suite du congrès de Montevideo en 1888-1889 décide, art. 29, que les créances sont réputées situées au lieu où les obligations doivent recevoir exécution. Le code civil allemand, art. 2369, alin. 2, déclare une créance située en Allemagne quand un tribunal allemand est compétent pour statuer sur son paiement. L'art. 5 du projet de révision du code civil belge se prononce pour la loi du domicile du débiteur. V. Lainé, *Bull. de la Soc. de légis. comp.*, 1889-1890, p. 468.

(3) Cpr. Trib. d'Emp. allemand, 3 déc. 1891, J. C., 1892, p. 1039; [Trib. d'Emp. allemand, 19 mars 1907, J. C., 1908, p. 531 et Trib. rég. supér. de Colmar, 23 juin 1905, *ibid.*, 1909, p. 536. D'après la décision du tribunal de l'Empire allemand du 19 mars 1907, la cession de créance doit, par rapport au débiteur, s'apprécier d'après la loi de son domicile, c'est-à-dire d'après la loi allemande, si le débiteur est domicilié en Allemagne. Le droit applicable au débiteur décide notamment s'il y a changement de créancier par suite de cession. C'est ce droit qui, dès lors, décide si la créance est transférée à l'égard des tiers par le simple contrat de

2° A l'égard des tiers, il faudra toujours suivre la loi du domicile du débiteur, quand les formalités de la loi de ce domicile ont été établies pour sauvegarder le crédit des tiers et, par conséquent, sont d'ordre public, comme le sont en France celles que prescrit l'art. 1690 C. civ. Ces mesures de publicité doivent être observées là où elles sont d'intérêt général et réalisables, c'est-à-dire là où se trouve le débiteur qui peut être toujours connu des tiers intéressés (1). L'insaisissabilité des valeurs mobilières est aussi une règle d'ordre public qui sera exclusivement fixée par la loi du pays où la saisie devra être opérée : ainsi des rentes étrangères, insaisissables d'après la loi du pays étranger, peuvent être saisies en France, le privilège de l'insaisissabilité étant réservé, en vue de la sauvegarde du crédit public, aux seules rentes françaises par la loi du 8 nivôse an VI (2).

En dehors de ces formalités de publicité et d'ordre public, d'après la loi du domicile du débiteur cédé, celui-ci peut exiger, conformément à la loi qui régit son obligation, que l'on remplisse les conditions de notification ou autres destinées à le protéger en cas de cession de créance. Certains proposent, à ce point de vue, l'observation de la loi nationale du débiteur cédé, précisément parce qu'il s'agit de protection pour lui. Mais il est plus exact de dire que les parties, jouissant ici de leur autonomie, se sont réfé-

cession ou s'il faut une signification ou dénonciation. Or, d'après le droit allemand (art. 398 C. civ.), la créance passe au cessionnaire, même à l'égard des tiers, par le seul contrat de cession. Le droit applicable au débiteur (dans l'espèce, le droit allemand) règle également la question de savoir s'il y a un contrat de cession. Lorsque les préliminaires qui aboutissent à un contrat de cession se déroulent dans un pays étranger et entre gens d'affaires de ce pays, ces préliminaires doivent être appréciés de la façon dont les intéressés les ont compris d'après leur loi et leur pratique des affaires, et non comme s'ils avaient eu lieu en Allemagne et entre gens d'affaires allemands. En conséquence, bien que d'après le droit de change allemand et d'après la pratique des affaires allemandes, l'endossement d'une lettre de change n'implique point, en principe, cession de la créance qui sert de base à la lettre, ce fait seul n'est point décisif pour résoudre la question de savoir si l'endossement d'une lettre de change effectué à l'étranger et appréciable d'après le droit étranger ne renferme pas en même temps une convention tacite de cession de la créance d'un prix de vente servant de base à la lettre. Si l'endossement de la lettre ainsi opéré à l'étranger renferme, dans l'intention des parties, une cession tacite de cette créance, il y a, d'après le Code civil allemand, contrat de cession ; et d'après le droit allemand, la créance du prix de vente passe immédiatement à l'endossataire avec tous ses effets à l'égard des tiers.]

(1) Trib. Seine, 8 août 1885, J. C., 1885, p. 681. — Cpr. jurispr. anglaise, Dicey et Stocquart, *Le statut personnel anglais,* II, p. 194.

(2) Paris, 7 août 1896, J. C., 1897, p. 357.

rées, pour fixer les règles de la cession de créance en ce qui les concerne, à la loi devant régir le contrat lui-même duquel la créance cédée est née (1).

397. Les formalités requises pour l'aliénation des navires donnent lieu à des difficultés particulières, relativement à la question de savoir quelle est la loi qui les régit. Deux hypothèses doivent être distinguées (2).

a. Un navire est vendu dans un port du pays auquel il appartient. En pareil cas, l'observation des formalités prescrites par la loi de ce pays permettra de rendre la vente opposable aux tiers dans n'importe quel Etat. Par exemple, un navire anglais est aliéné dans un port d'Angleterre, et le cessionnaire a fait inscrire l'acte de vente au bureau du receveur des douanes du port où ce navire est enregistré (3); la vente pourra être opposée en France, bien que l'acquéreur n'ait pas observé les formalités prescrites par la loi française, c'est-à-dire la mutation en douane qui comprend la mention de l'acte de vente sur les registres de la douane française et l'inscription de cet acte au dos de l'acte de nationalité du navire qui se trouve parmi les papiers du bord (loi du 27 vendémiaire an II, art. 17 et 18; C. comm. art. 226). Il est universellement admis, en effet, que les droits acquis conformément à la loi d'un pays sur un meuble subsistent malgré le transport de ce meuble dans un pays dont la loi exige d'autres formalités pour l'acquisition de ces droits réels. Sinon, on en vient à rendre absolument instables les droits sur les biens mobiliers.

Pour les navires en particulier, qui sont destinés à voyager, on en viendrait à décider que les droits obtenus sur eux ne seraient opposables dans les différents pays qu'autant que l'on aurait observé les formalités requises par les lois de tous les Etats pour la transmission de ces droits à l'égard des tiers. L'exigence d'une pareille condition est absolument déraisonnable. Aussi ne comprend-on guère que les tribunaux aient déclaré inopposable aux tiers, en France, la vente d'un navire faite dans le pays dont il porte le pavillon, et à propos de laquelle l'acquéreur avait rempli toutes les formalités prescrites par la loi de ce pays, sous le pré-

(1) Cpr. Trib. fédéral suisse, 17 sept. 1892, J. C., 1893, p. 247; Cass. Rome, 7 nov. 1894, *ibid.*, 1895, p. 664.

(2) Levillain, *Vente volontaire de navires nationaux à des étrangers*, J. C., 1896, p. 31 et suiv.; [Diena, *Diritto commerciale internazionale*, t. III, 1905, §§ 256-257, p. 274-285.]

(3) *Merchant shipping act* de 1894, art. 26.

texte que les formalités indiquées par la loi française n'avaient pas été observées (1).

b. Un navire est vendu ailleurs que dans un port du pays auquel il appartient. Dans ce second cas, les décisions de justice précitées conduisent à penser, par argument *à fortiori*, que les mêmes tribunaux se prononceraient pour l'application de la loi locale, en d'autres termes de la loi du lieu où se fait la vente, en ce qui concerne les formalités qui doivent accompagner cette dernière pour qu'elle soit opposable aux tiers. Quelques auteurs justifient cette opinion en disant que le transfert de la propriété des biens, même mobiliers, intéresse le crédit général et se rattache à l'ordre public : il faut donc, pour rendre opposable aux tiers la vente des navires, avoir rempli les formalités exigées pour cela par la loi du pays où les navires se trouvent, comme on doit, au même effet, avoir rempli les formalités de la transcription, prescrite par la loi du pays où les immeubles sont situés (2).

Le principe sur lequel repose cette argumentation est vrai en lui-même, et nous en avons déjà fait l'application en disant que si la loi du pays où les navires se trouvent impose la tradition pour que la cession des meubles soit opposable aux tiers, alors que, d'après la loi acceptée par les contractants, la simple convention produit ce résultat (art. 1141 C. civ.), cette loi devra être observée; mais nous croyons que cette règle souffre nécessairement une exception en ce qui concerne les navires. Les tiers peuvent en effet connaître aisément le lieu qui est considéré comme le domicile du navire, c'est-à-dire son port d'attache, et sa nationalité qui est indiquée par le pavillon même qu'il porte : rien ne leur est plus facile, par conséquent, à la différence de ce qui a lieu pour les autres meubles, que de savoir la loi qui régit l'aliénation de ces navires, et de voir si les formalités prescrites par cette loi pour rendre la vente opposable aux tiers ont été remplies au port d'attache. Le crédit public n'est donc plus compromis par l'inobservation des formalités indiquées par la loi locale, comme il le serait en ce qui concerne les autres meubles qu'il est impossible de distinguer, à première vue, de ceux qui appartiennent aux nationaux du pays où ils se trouvent, et pour lesquels les surprises

(1) Rouen, 31 juill. 1876, S., 77. 2. 129; Trib. comm. du Havre, 14 août 1877, *Le Droit,* 20 oct. 1877; V. Lyon-Caen, *Etudes de dr. int. pr. marit.*, p. 11 à 17; Labbé, S., 1871. 2. 57; [Bruxelles, 14 avril 1888, *Pasicrisie,* 1888. 2. 325].

(2) [Laurent, *Dr. civ. intern.*, VII, n. 229; Weiss, *Traité théor. et prat. de dr. intern. privé,* t. IV, p. 309-321. — Cpr. von Bar, *Theorie und Praxis,* t. II, § 318.]

seraient faciles au préjudice des tiers ignorant la cession déjà faite en pays étranger. D'autre part, ces erreurs des tiers concernant les ventes des navires opérées en pays étranger sont d'autant moins à redouter que de pareilles ventes sont relativement rares, attendu que les navires ne sont pas des objets de commerce destinés à être aliénés, mais bien des instruments de négoce que chacun garde en général comme moyens de transport, employés pour son compte ou loués à des tiers.

Enfin, et cette raison est peut-être la principale, si l'on devait observer la loi locale, la loi du pays où se fait la vente, sans se préoccuper de celle du port d'attache, les formalités établies pour la publicité des ventes de navires ne donneraient plus le tableau général des mutations opérées sur les navires qui ont leur attache dans ce port, et loin de mieux renseigner les tiers, on risquerait fort souvent de les induire en erreur : quand, en effet, ils se réfèreront aux registres du port d'attache, comme ils doivent le faire, pour savoir si un navire a été vendu, ils ne seront pas avertis qu'une vente a été faite dans un port étranger et que l'on a, dans ce port, observé les formalités de publicité exigées par la loi locale. L'unité des registres pour les navires du même port d'attache est le seul moyen de sauvegarder le crédit des tiers; à moins que l'on n'impose l'observation des lois de tous les pays du monde, ce qui conduirait à une impossibilité et par conséquent à une iniquité.

Aussi déciderons-nous qu'il suffira, pour qu'elle soit opposable en tout pays, que la vente des navires ait été rendue publique conformément aux dispositions de la loi du pavillon du navire (1).

(1) Lyon-Caen, *Etudes de dr. int. privé marit.*, J. C., 1877, p. 484-492; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, 2e édit., t. VI, n. 1789-1794, p. 653-656; Dudley-Field, art. 573; Westlake, J. C., 1882, et *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 154, p. 199; Asser et Rivier, *Elém. de dr. int. privé*, n. 109; Desjardins, *Droit commercial marit.*, t. I, n. 85; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 551; Audinet, 2e édit., n. 345; Levillain, J. C., 1896, p. 750-756; Fiore, *Droit int. privé*, 2e édit., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 841 et s., p. 402 et s.; Ascoli, *Il Codice di commercio italiano commentato*, t. VI, Vérone, 1888, n. 71, p. 56; Grasso, *Principii di diritto internazionale*, 3e édit., Florence, p. 288; Diena, *Diritto comm. int.*, t. III, 1905, p. 285; Meili, *Das internationale Civil und Handelsrecht*, Zurich, 1902, § 281; Glard, *De la condition des meubles en droit int. privé*, Paris, 1894, p. 160; R. de Bévotte, *De la règle* Locus regit actum *et du conflit des lois relatives à la forme des actes en droit maritime*, Paris, 1895, p. 123 et s.; Pillet, *Principes de dr. int. privé*, 1903, n. 210, p. 411-413. — L'Institut de droit international, dans sa session de Bruxelles en 1885, a manifesté ses préférences théoriques pour la loi du pavillon. L'art. 1er de son *Projet de règlement* est ainsi conçu : « La loi du pavillon du navire doit servir à déterminer : 1° Quelles sont les forma-

398. Distinction des biens. — La classification des biens se rattache directement à l'organisation de la propriété et à l'ordre public : c'est dire qu'elle dépend toujours de la loi du pays où les biens sont situés, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles.

Cette règle est évidente pour la distinction des biens *in commercio* et *extrà commercium*, attendu que le législateur ne place jamais un bien hors du commerce qu'en s'inspirant des intérêts généraux, tels que les besoins fiscaux pour les objets monopolisés par l'Etat, la sécurité publique pour les marchandises dangereuses, les intérêts collectifs pour les biens affectés à un service public, etc.

Quant à la distinction en meubles et immeubles, la règle est également vraie, car le caractère des biens les rend susceptibles ou non de certains droits réels, fait varier la compétence pour les actions auxquelles ils donnent lieu, modifie les formalités de la saisie, etc. Or toutes ces conséquences touchent à l'ordre public (').

Toutefois, la loi de la situation ne s'impose que pour les conséquences de la distinction des biens qui touchent à l'organisation même de la propriété, donc à l'ordre public, telles que celles que

lités de publicité à remplir pour la transmission de la propriété. *Annuaire de l'Institut*, t. VIII, p. 123. Et l'art. 1er des *Résolutions* adoptées en 1888 par le Congrès international du droit commercial réuni à Bruxelles porte : « La loi du pavillon servira à déterminer : 1° Les droits réels dont le navire est susceptible; 2° Les modes d'acquisition de transmission et d'extinction des droits réels, ainsi que les formalités à remplir pour ces acquisition, transmission et extinction... ». Enfin l'art. 488 du Code de commerce portugais dispose : « Les questions relatives à la propriété du navire, aux privilèges et hypothèques qui le grèvent sont régies par la loi de la nationalité qu'aura le navire au moment où le droit, objet de la contestation, aura été acquis ». — La huitième conférence du Comité maritime international qui s'est réuni à Venise du 25 au 28 septembre 1907 a préparé sur les hypothèques et les privilèges maritimes un projet de Code international (J. C., 1908, p. 66-70), dont il est question ci-dessous n. 409 *in fine*, et n. 419 *bis*.]

(') Cass., 5 avril 1887, S., 89. 1. 387. Il en est de même en matière d'impôts. V. Despagnet, *De la loi qui fixe la nature des biens au point de vue fiscal, Le Droit*, 3 mai 1891. — [D'assez grandes diversités existent entre les différentes législations. Ainsi, le Code civil français met au nombre des immeubles par destination les ruches à miel (art. 534), tandis que le Code hollandais (art. 563) n'y voit que des objets mobiliers. La ruche placée par un propriétaire hollandais sur le fonds qui lui appartient en France sera immobilisée. Weiss, *Traité*, t. IV, p. 189 et *Manuel*, 6e édit., 1909, p. 528. Pour le nouveau Code civil suisse du 10 décembre 1907, sont immeubles : 1° Les biens-fonds; 2° Les droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier; 3° Les mines (art. 655). La propriété mobilière, aux termes de l'art. 713, « a pour objet les choses qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, ainsi que les forces naturelles qui sont susceptibles d'appropriation et ne sont pas comprises dans les immeubles »].

nous venons de citer à titre d'exemples. Au contraire, nous pensons que la question de savoir si un bien est meuble ou immeuble, en tant qu'il doit être attribué à telle personne d'après un rapport de droit réglé par la loi étrangère, doit être tranchée d'après cette dernière loi. Ainsi, la loi nationale du *de cujus* attribuant les meubles de la succession à tel héritier, c'est cette loi qui dira quels sont, à ce point de vue, les biens meubles de l'hérédité, car elle est seule compétente, d'après ce que nous avons établi, pour fixer ce qui revient à chaque successeur (1). De même, il fau-

(1) Dans l'opinion traditionnelle et encore générale, au contraire, l'art. 3, alin. 2 C. civ. est interprété comme soumettant absolument à la loi de leur situation la succession aux immeubles. — [Cette jurisprudence, encore affirmée par l'arrêt de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation, en date du 8 mars 1909 (*Gaz. des Trib.* du 28 mars 1909. V. ci-dessus n. 365, p. 1050-1058), a reçu une singulière aggravation d'un jugement du tribunal civil de Marseille du 19 juillet 1905 et d'un arrêt confirmatif de la cour d'Aix du 19 juillet 1906 (J. C., 1907, p. 152 et *R. D. I. P.*, 1908, p. 805). Nous avons déjà (v. ci-dessus n. 362, p. 1036) mentionné ces décisions rendues dans l'affaire de la succession Raineri. Il faut y revenir sommairement, car elles sont un exemple frappant, suivant le mot de M. Lainé (*R. D. I. P.*, 1909. p. 34) de l'extrême gravité du désordre qu'engendre dans le droit international privé la théorie du renvoi. Dans la succession du nommé Raineri, Français décédé à Marseille, se trouvait un immeuble situé à Gênes. Laquelle des deux lois, italienne ou française, devait-elle régir la dévolution de cet immeuble ? Les prétendants étant la mère de Raineri, d'une part, et, d'autre part, des collatéraux de la ligne paternelle ; ces derniers, exclus de la succession par la loi italienne, y étaient admis pour moitié par la loi française. Le tribunal de Marseille et la cour d'Aix ont ordonné la liquidation et le partage, de la succession de Raineri « conformément à la loi française ». L'application de la loi française, a dit le tribunal, à laquelle se réfère la loi italienne pour régler la dévolution d'un immeuble existant en Italie, ne viole aucun texte, paraît le seul moyen rationnel de résoudre un conflit qui serait sans issue et peut, en outre, trouver un appui dans un arrêt de la chambre des requêtes du 22 février 1882, qui n'est pas sans analogie avec le cas actuel.]

[Entre l'affaire de la succession Raineri et l'affaire de la succession Forgo terminée par l'arrêt du 22 février 1882, il y avait cette double différence : tandis qu'en 1882 l'acceptation du *renvoi* n'a eu pour effet que l'application de la loi française à une succession mobilière située en France, chose au demeurant assez normale, elle a eu pour conséquence en 1905 l'anomalie la plus caractérisée, l'application de la loi française, en matière de statut réel, à un immeuble situé hors de France. Les juges de Marseille ont eu conscience qu'il était insolite d'appliquer la loi française à un immeuble étranger, et ils ont essayé de motiver leur solution. Voici le raisonnement qu'ils ont fait. La règle que l'on induit de l'art. 3 de notre Code civil pour les immeubles situés à l'étranger et qui les soumet à la loi étrangère, ne se fonde ni sur le texte qui ne l'établit pas expressément, ni sur quelque principe juridique ; elle a sa raison dans l'idée de réciprocité. Les étrangers étant en France régis par la loi française quant aux immeubles qu'ils y possèdent, la réciprocité veut qu'à leur tour les Français possesseurs d'immeubles situés en pays

dra suivre la loi qui régit les conventions matrimoniales, même en tant qu'il s'agira de décider quels biens sont mobiliers ou immobiliers pour désigner ceux qui seront communs en tant que meubles, ou propres en tant qu'immeubles. Sinon, on serait loin d'appliquer la loi que l'on reconnaît devoir être suivie pour régler soit étranger soient, quant à ces immeubles, régis par lá loi étrangère. Or, « la puissance étrangère est parfaitement maîtresse de répudier cette réciprocité, qui n'était qu'un hommage rendu à sa souveraineté territoriale ». Et c'est ce qu'elle fait en se référant à la loi nationale du Français décédé. Pourquoi ne pas accepter ce renvoi de compétence ?]

[Ce raisonnement pèche par la base, suivant la remarque de M. Lainé (*R. D. I. P.*, 1909, p. 37). C'est dans le sentiment de sa propre souveraineté que le législateur français a puisé la règle de l'art. 3 du Code civil à l'égard des immeubles situés en France. Quant aux législateurs étrangers, il ne leur accorde rien, de même qu'il n'a rien reçu d'eux. N'ayant rien reçu, il ne leur offre rien en retour; il reconnaît simplement qu'ils sont souverains sur leur territoire, comme il est souverain chez lui. L'idée de réciprocité ne se rencontre pas ici. Dira-t-on que, s'il y avait offre de notre législateur aux souverains étrangers, ceux-ci seraient maîtres de décliner cette offre, et que, dès lors, le législateur français n'aurait plus qu'à la retirer et à appliquer sa propre loi ? Mais alors on retombe dans la théorie du renvoi fondée sur l'idée de courtoisie; et, de plus, ici, cette doctrine se greffe sur une conception fausse de la raison qui, en matière de statut réel, commande l'application de la loi territoriale. Elle est donc deux fois inadmissible.]

[D'où vient la difficulté que le tribunal de Marseille, approuvé par la cour d'Aix, a cru résoudre « rationnellement » en appliquant la théorie du renvoi dans le cas de conflit d'une règle de statut réel avec le statut personnel ? De ceci que la jurisprudence française, en vertu d'une très ancienne tradition encore affirmée dans l'arrêt de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation le 8 mars 1909, considère la dévolution successorale des immeubles comme faisant partie du statut réel, ainsi que le tribunal de Marseille l'a lui-même expressément constaté, tandis que la loi italienne l'a rattachée au statut personnel. Reste à savoir si le remède ne serait pas pire que le mal, et s'il ne vaut pas mieux renoncer à résoudre des conflits sans issue que d'employer le moyen auquel a recouru le tribunal de Marseille. Admettons, avec ce tribunal et avec une jurisprudence constante, que notre législateur, à tort ou à raison, ait imprimé à la loi de succession immobilière le caractère de statut réel. Il est de l'essence de ce statut qu'il s'applique aux immeubles situés dans le pays et ne s'applique pas aux immeubles situés au dehors, quelle que soit la nationalité du propriétaire. Aussi M. Lainé constate-t-il (*R. D. I. P.*, 1909, p. 38; cpr. *Id.*, *ibid.*, 1907, p. 322) que M. Fiore, si fervent défenseur de la théorie du renvoi, y soustrait le statut réel.]

[Mais, dira-t-on, tel n'a pas été le sentiment du législateur italien, puisque, d'après l'art. 8 du titre préliminaire du Code civil, « les successions légitimes ou testamentaires, tant en ce qui concerne l'ordre des successions qu'en ce qui touche la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, sont régies par la loi nationale de la personne dont la succession est ouverte, quels que soient la nature des biens et les pays où ils sont situés ». Les lois étrangères concernant les successions laissées par les étrangers sont donc applicables même aux immeubles situés en Italie. « A cela, je réponds, dit M. Lainé (*R. D. I. P.*, 1909,

les successions, soit les contrats de mariage. La loi de la situation des biens ne reprendrait son empire absolu quant à la classification des biens que pour les points dépendant de cette classification qui intéressent l'ordre public local : or, l'attribution de tel bien à telle personne, en raison du caractère que lui donne la loi étrangère qui règle cette attribution, ne touche en rien à l'ordre public du pays où les biens sont situés.

D'autre part, il est évident que, pour l'interprétation des mots

p. 39), que les auteurs du Code civil italien de 1865, ou bien ont sous-entendu que les lois étrangères applicables en Italie seraient seulement celles qui placent aussi la dévolution successorale dans le statut personnel, comme le fait maintenant le Code civil espagnol ou le Code civil allemand, auquel cas la règle posée par eux serait rationnelle, mais sans application possible aux successions françaises, ou bien ont vraiment voulu faire place à toutes les lois étrangères, même à celles qui relèvent du statut réel, comme la loi française, auquel cas ce qu'ils auraient voulu serait impossible. Ils auraient voulu, dans ce dernier cas, l'impossible ; car il n'a pu dépendre d'eux de transformer en loi personnelle une loi réelle, et, de la part d'un législateur, introduire sur son territoire les lois réelles étrangères, ce serait organiser chez lui la propriété foncière, et, comme le dit M. Fiore, « sauvegarder les droits de l'Etat, les droits et les intérêts de la société, d'après les lois étrangères, c'est-à-dire commettre un acte absurde. Par conséquent, le juge étranger, dans l'espèce le juge français, qui applique à un immeuble italien une loi française dont le caractère est d'être un statut réel et qui l'y applique avec la pensée d'être d'accord avec le législateur italien, fait à son tour de deux choses l'une : ou il se trompe et méconnaît l'esprit de la loi italienne, ou bien, s'associant à l'erreur commise par le législateur italien, il bouleverse avec lui les notions fondamentales, essentielles, du droit international privé ».]

[« Ainsi, conclut M. Lainé (*R. D. I. P.*, 1909, p. 39-40), les décisions rendues dans l'affaire de la succession Raineri nous offrent un nouveau et dernier mode de concevoir la théorie du renvoi, plus dangereux encore que tous ceux dont l'analyse a été l'objet de la présente étude, et, par l'application même qu'elles ont faite de cette doctrine, doivent être considérées, plus encore que les arrêts qui l'ont repoussée, comme en emportant la condamnation sans appel ».]

[Nous nous associons sans réserve à ces *ultima verba* de cette savante et vigoureuse étude, qui est le testament scientifique de notre regretté maître, M. Lainé (Pillet, *L'œuvre de M. Lainé, R. D. I. P.*, 1909, p. 8-9), mais nous constaterons que la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation de Turin affirme ce que le distingué et pénétrant juriste français déclarait « sans application possible aux successions françaises », à savoir que la succession est régie par la loi nationale du défunt, même pour les immeubles situés dans un Etat dont la législation soumet la succession immobilière à la *lex rei sitæ*. V. Cass. Turin, 20 fév. 1905, et la note approbative de M. Anzilotti, *Rivista di diritto internaz.*, 1905, p. 570 et s. Le chaos sera inextricable et la contrariété des décisions judiciaires se prolongera jusqu'au jour, prochain sans doute, sinon imminent, où le projet de convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments élaboré à la IV^e^ Conférence de La Haye aura été ratifié, notamment par la France et l'Italie.]

meubles ou immeubles ou tous autres équivalents, employés par les parties dans une convention, ou par un testateur dans son acte de dernière volonté, il faut tenir compte de la classification des biens adoptée par la loi à laquelle les parties ou le testateur se ront référés et non par la loi du pays où se trouvent les biens objets du contrat. Cette dernière loi ne serait d'une application nécessaire que pour fixer la nature des biens eu égard aux conséquences qui intéressent l'ordre public local.

SECTION II

DES DROITS RÉELS PRINCIPAUX

399. Les démembrements principaux de la propriété sont ceux qui existent par eux-mêmes et ne se rattachent pas à une créance comme garantie de la solvabilité du débiteur ; les droits réels qui ne présentent pas ce caractère sont qualifiés d'accessoires, parce que leur existence dépend de celle de la créance qu'ils garantissent : ce sont le gage, les privilèges et les hypothèques qui seront étudiés dans le chapitre II du présent livre.

Les droits réels principaux sont appelés personnels quand ils sont attachés à la personne du titulaire, de sorte qu'ils s'éteignent nécessairement avec elle ; ils sont réels lorsque, attachés au bien pour le profit duquel ils sont établis, ils sont susceptibles de durer aussi longtemps que le bien lui-même. Nous adopterons, dans les explications qui vont suivre, cette distinction bien connue des servitudes personnelles et réelles (1).

§ I. *Servitudes personnelles.*

400. En principe, le législateur reconnaît toute liberté aux parties pour constituer, étendre ou restreindre les servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage et le droit d'habitation (V. art. 579 : « l'usufruit est établi par la volonté de l'homme » ; pour l'usage et l'habitation, art. 628 et 629).

Par conséquent, puisque les parties jouissent de l'autonomie en pareille matière, il faudra observer, avant tout, les clauses de leur convention ; si le contrat est muet, on devra se référer à la loi présomptivement acceptée par elles, c'est-à-dire, comme on l'a vu

(1) V. Giulio Diena, *I diritti reali considerati nel diritto intern. privato*, Turin, 1895.

à propos des conventions, à leur loi nationale si elles ont même nationalité, et à la *lex loci contractus* dans le cas contraire. Bien souvent le lieu du contrat sera celui de la situation du bien, et souvent aussi les circonstances de fait montreront que, quoique contractant ailleurs, les parties se sont référées à cette loi du lieu de la situation : dans l'un et l'autre cas, on se trouvera ainsi conduit à appliquer la *lex rei sitæ*.

Si le droit réel est établi par testament, on trouvera l'interprétation la plus naturelle de la volonté du défunt, quant à l'étendue de ce droit, dans les dispositions de sa loi nationale (1).

Il semble impossible de justifier une opinion (2) d'après laquelle, lorsque les parties n'ont pas la même nationalité, il faudrait suivre de préférence la loi du propriétaire, parce que le droit de ce dernier est supérieur à celui de l'autre partie qui obtient le droit réel : quelle peut être l'influence de cette idée dans une question où il s'agit d'interpréter la volonté des deux contractants ?

Par conséquent, on appliquera la loi présomptivement acceptée par les contractants pour déterminer les obligations de l'usufruitier, par exemple au point de vue de la caution à fournir et des réparations à faire ; pour fixer l'étendue de ses droits sur les arbres de haute futaie, les bois taillis et autres (art. 601, 605, 590 à 594 C. civ.). Ces différents points dépendent si bien de l'autonomie, qu'il serait loisible aux parties de déroger aux dispositions légales au moyen d'une convention formelle (art. 601) (3).

Au contraire, la loi territoriale ou de la situation des biens reprend son empire absolu, à l'exclusion de toute loi étrangère adoptée par les contractants et par le testateur qui ont établi le droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, lorsqu'il s'agit de règles relatives à l'organisation même de la propriété et à la sauvegarde de l'intérêt général. En pareil cas, il s'agit véritablement de statut réel. Signalons quelques exemples tirés de la législation française.

Aux termes de l'art. 595 C. civ., l'usufruitier peut passer des

(1) [Laurent, *Droit civ. intern.*, t. VII, p. 401 ; Alb. Rolin, *Principes de Dr. int. pr.*, t. II, n. 705, p. 261 ; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 226, et *Manuel,* 6e éd., 1909, p. 536-538.]

(2) [Fiore, *Droit int. pr.,* 2e édit., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 858, p. 427 ; cpr. pour la réfutation, Alb. Rolin, *op. cit.,* t. II, p. 266, note 1, et Weiss, *Traité,* t. IV, p. 228, note 4.]

(3) [Fiore, *op. cit.,* 2e édit., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 857, p. 426 ; Alb. Rolin, *op. cit.,* t. II, n. 706, p. 226 ; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 227, et *Manuel,* 6e édit., p. 538.]

baux de neuf ans, renouvelables trois ou deux ans avant leur expiration, suivant qu'il s'agit de biens ruraux ou de biens urbains. Cette règle, établie pour permettre à l'usufruitier de trouver des locataires et des fermiers sérieux qui ne se présenteraient pas si leur bail était rompu par la cessation de l'usufruit pouvant survenir d'une manière inopinée, assure la bonne exploitation des biens : elle se rattache donc à l'intérêt économique et a le caractère d'une disposition d'ordre public. On ne pourrait, par suite, déroger à l'art. 595 C. civ. en appliquant une loi étrangère qui enlèverait à l'usufruitier le droit de passer des baux pour un temps plus long que celui de son usufruit (1).

Les fruits civils sont toujours acquis par l'usufruitier jour par jour (art. 586). Notre code écarte l'ancienne règle, d'après laquelle les fruits civils étaient acquis dans une proportion correspondant à la partie de fruits naturels perçue par le fermier de l'usufruitier au moment de la cessation de l'usufruit, afin d'éviter les expertises, estimations et ventilations auxquelles cette règle donnait lieu et qui étaient une source de difficultés, de frais et de procès. C'est donc encore l'intérêt économique qui a inspiré la règle de l'article 586, laquelle, par suite, a le caractère d'une disposition d'ordre public.

Quoi qu'on en ait dit, l'obligation pour l'usufruitier de faire inventaire des meubles ou de dresser un état des immeubles soumis à l'usufruit n'est pas d'ordre public, puisque le testateur ou le propriétaire peut en dispenser l'usufruitier : elle peut donc être réglée par la loi du testateur ou par celle que les parties ont acceptée dans le contrat qui établit l'usufruit. Le nu-propriétaire garde seulement le droit, malgré toute convention contraire, de faire inventaire à ses frais (2).

Nous attribuerons le même caractère d'ordre public aux dispositions des art. 608 et 609 C. civ., d'après lesquelles l'usufruitier

(1) [Fiore, *op. cit.*, 2e édit., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 858, p. 427; Laurent, *Droit civ. int.*, t. VII, p. 414; Ch. Brocher, *Cours de droit int. privé*, t. I, p. 397; Alb. Rolin, *op. cit.*, t. II, p. 709, p. 227; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 226-227 et *Man.*, 6e édit., p. 537. — En supposant, avec M. Weiss, *ll. cc.*, un bien situé en France, un nu-propriétaire, un usufruitier bailleur, un fermier, tous de nationalité italienne, il faudra décider que celui-ci ne pourra être expulsé après la fin de l'usufruit, s'il se trouve encore dans la période de l'art. 595 C. civ., alors même qu'il aurait dépassé celle de cinq ans, que la loi italienne, loi commune des parties, se borne à lui garantir.]

(2) [*Contra*, Laurent, *Droit civ. int.*, t. VII, p. 416; Alb. Rolin, *op. cit.*, t. II, n. 709, p. 267; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 227 et *Man.*, 6e édit., p. 537.]

doit payer les impôts annuels en capital, et l'intérêt des charges et impôts extraordinaires. L'ordre public est en effet intéressé à ce que l'Etat puisse compter sur telle personne pour la responsabilité de l'impôt, et on ne peut, en invoquant les dispositions d'une loi étrangère, échapper à la législation fiscale du pays où les biens grevés sont situés (1).

De même, en France, l'usufruit des personnes morales ne peut excéder trente ans (art. 619), malgré toute convention ou disposition d'une loi étrangère décidant le contraire. Ce sont, en effet, les inconvénients économiques de l'usufruit qui en ont fait déterminer la durée, quand il s'agit de personnes susceptibles de subsister indéfiniment et de maintenir, par conséquent, pendant un temps illimité leur droit d'usufruit (2).

Enfin, les droits concernant l'usage des bois et des forêts sont aussi d'ordre public, car l'intérêt financier, la salubrité, et même la sécurité d'un pays, par exemple au point de vue des inondations que provoque le déboisement inconsidéré, sont les raisons d'être de la réglementation de cet usage (art. 636 C. civ.).

401. Usufruit légal. — Parfois l'usufruit est directement établi par la loi, et il y a lieu de se demander, en pareil cas, quelle est la loi compétente pour constituer et réglementer l'usufruit. Dans notre droit, la question se pose à propos de deux usufruits légaux.

1° L'art. 754 C. civ. établit, comme droit successoral, un droit d'usufruit pour les père et mère venant en concours avec des collatéraux autres que les frères et sœurs ou leurs descendants, et l'art. 767, modifié par la loi du 9 mars 1891, en prévoit un autre au profit du conjoint survivant. Dans la doctrine traditionnelle, on applique la loi de la situation pour savoir si ce droit d'usufruit existe sur les immeubles et quelle en est l'étendue; tandis que l'on suit la loi du dernier domicile du défunt en ce qui concerne l'usufruit portant sur les biens mobiliers. Dans notre opinion, les droits des héritiers dépendent de la loi nationale du défunt; c'est

(1) [Fiore, *op. cit.*, 2e éd., trad. Ch. Antoine, II, n. 858, p. 428; Laurent, *op. cit.*, VIII, p. 417; Alb. Rolin, *op. cit.*, II, p. 719, p. 268; Weiss, *Traité*, IV, p. 227, et *Man.*, 6e éd., p. 537.]

(2) [Laurent, *op. cit.*, VII, p. 418; Alb. Rolin, *op. cit.*, II, n. 713, p. 270; Weiss, *Traité*, IV, p. 229, et *Man.*, 6e éd., p. 538. Si les parties ne peuvent assigner à l'usufruit une durée plus longue que celle qui lui est attribuée par la *lex rei sitæ*, elles sont libres de restreindre cette durée. Von Bar, *Theorie und Praxis*, 2e éd., II, p. 639-640; Alb. Rolin et Weiss, *ll. cc.*]

donc cette loi que nous appliquerons ici, sans distinction entre les meubles et immeubles (1).

2° La question de savoir quelle est la loi qui régit l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants (art. 384 C. civ.) a été très vivement controversée, et a donné lieu à trois opinions principales.

a) Dans l'ancien droit, on décidait presque unanimement que l'usufruit légal, au moins en tant qu'il portait sur des immeubles, dépendait du statut réel, parce qu'il avait pour résultat de modifier la condition des biens immobiliers appartenant aux enfants. On en concluait qu'un père avait droit à cet usufruit, par le fait seul que les immeubles de ses enfants étaient situés dans un pays dont la loi établissait cet usufruit comme conséquence de la puissance paternelle, alors même que sa loi personnelle ne lui attribuait pas ce droit (2); réciproquement, un père ne pouvait réclamer cet usufruit, au nom de sa loi personnelle, pour les biens de ses enfants situés dans un pays qui ne l'admettait pas (3). Bouhier reconnaissait le caractère personnel du droit d'usufruit des parents sur les biens des enfants, et acceptait sur ce point, quelle que fût la nature des biens, l'application de la loi du domicile (4). Aujourd'hui, l'opinion générale des anciens jurisconsultes est encore partagée par un certain nombre d'auteurs français, et elle est formellement consacrée par la jurisprudence anglo-américaine (5).

b) Suivant d'autres auteurs, l'usufruit légal ne pourrait être invoqué par les père et mère, qu'autant qu'il serait consacré à la fois par leur loi personnelle et par celle du pays où les biens des enfants sont situés. Cette solution est inadmissible, car de deux choses l'une : ou bien l'usufruit légal fait partie du statut personnel, et dans ce cas il dépend de la loi personnelle; ou bien il se

(1) [Telle est la solution consacrée par le projet de Convention de 1904 relatif aux conflits de lois en matière de successions et de testaments, dont l'art. 1er déclare applicable la loi nationale du défunt, *en ce qui concerne les parts attribuées aux successibles.* V. ci-dessus, n. 383 *bis,* p. 1114.]

(2) Boullenois reculait devant cette conséquence, *loc. cit.,* II, p. 46-47.

(3) Froland, *loc. cit.,* II, p. 816-817.

(4) Bouhier, *loc. cit.,* I, p. 677, n. 57.

(5) [Proudhon, *Traité de l'état des personnes,* t. I, p. 91; Colmet-Daage, *Revue de droit franç. et étrang.,* 1844, p. 506; Troplong, *Traité des priv. et hyp.,* t. II, p. 429; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts,* p. 136; Story, §§ 463 et 463 *a;* Wharton, § 255; Dicey et Stocquart, *Le statut personnel anglais,* t. I, p. 363 et s.]

réfère à la condition juridique des biens et appartient au statut réel, et alors il est exclusivement régi par la loi territoriale (1).

c) Enfin, on s'accorde généralement aujourd'hui à reconnaître que le droit d'usufruit légal des parents sur les biens de leurs enfants est une conséquence de la puissance paternelle, et qu'il doit, comme cette puissance elle-même et tout ce qui se rattache à l'organisation de la famille, dépendre de la loi nationale des parties. On a déjà vu les raisons qui justifient la compétence exclusive du législateur national pour les questions de ce genre et spécialement pour la réglementation de la puissance paternelle. Il n'y a pas lieu de tenir compte de cette objection que l'établissement du droit d'usufruit modifie le régime des biens, ce qui en fait une règle de statut réel. D'après ce qui a été déjà dit, le statut réel ne peut comprendre que les règles ayant un caractère d'ordre public, parce qu'elles se réfèrent à l'organisation même de la propriété : or, en quoi la constitution d'un droit d'usufruit au profit des parents peut-elle influer sur l'organisation de la propriété? C'est le droit réel lui-même, et non son attribution à telle ou telle personne qui peut avoir cet effet : de là il résulte qu'il n'y aura lieu d'écarter une loi étrangère attribuant le droit d'usufruit aux père et mère, qu'autant que la loi territoriale exclura, non pas l'usufruit légal des parents, mais le droit d'usufruit lui-même en toutes circonstances, comme contraire au bon régime économique de la propriété. La détermination des droits réels admissibles est en effet, au premier chef, une question de statut réel.

Cette dernière opinion, d'après laquelle l'usufruit légal des parents dépend de la loi nationale, déjà acceptée en doctrine, a été confirmée par la jurisprudence (2).

(1) [Rocco, *Dir. civ. int.*, 1859, 8e partie, ch. XXV; Fœlix, *Droit int. privé,* t. I, p. 151; Bard, *Droit int. privé,* p. 236, semblent exiger le concours des deux législations qu'avait expressément exigé Merlin, *Rép.,* vo *Puis. pat.*, secl. VII, n. 1.]

(2) Cass., 14 mars 1877, S., 78. 1. 25; J. C., 1878, p. 167, et Cass., 13 janv. 1873, S., 73. 1. 13; [Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 151, note *b,* et *Revue pratique,* t. I, p. 8; Bertauld, *Quest. doctrin. et prat.,* t. I, p. 95; Laurent, *op. cit.,* t. VI, p. 36; Durand, *Droit int. privé,* p. 532; Asser et Rivier, *Eléments,* p. 125, note 2; Ch. Brocher, *Cours,* t. I, p. 353; Fiore, *op. cit.,* 2e éd.. trad. Ch. Antoine, t. II, n. 618, p. 132; Esperson, J. C., 1881, p. 215; de Bar, *op. cit.,* 2e éd., t. I, n. 202, p. 551 et s.; Alb. Rolin, *op. cit.,* t. II, p. 646, p. 183; Pillet, *De l'ordre public en droit int. privé,* p. 42; *Id.,* J. C., 1895, p. 52; *Id., Principes,* 1903, n. 180, p. 365; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 319; Audinet, *Manuel,* 2e éd., 1906, n. 641-645, p. 523-524; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 144-145 et *Manuel,* 6e éd., 1909, p. 520-523. — Cpr. Aubry et Rau, 5e éd., t. I, p. 138, note 18.]

Mais, d'après la Cour suprême, lorsque les parents, à la suite d'une naturalisation obtenue par eux, ont une nationalité différente de celle des enfants, il faudrait, en ce qui concerne le droit d'usufruit légal, suivre leur nouvelle loi nationale et non celle des enfants. Cette solution est incompatible avec le véritable caractère de la puissance paternelle et de ses attributs qui sont établis par le législateur, non dans l'intérêt des parents, mais bien des enfants : l'usufruit légal, en particulier, n'est qu'un encouragement donné aux premiers pour bien gérer les biens personnels des seconds. Aussi faut-il décider que tout ce qui se rattache à la puissance paternelle doit être régi par la loi nationale des enfants.

On a prétendu encore que le droit d'usufruit légal indiqué dans l'art. 384 C. civ. est loin de se retrouver dans la plupart des législations, qu'il constitue un droit spécial consacré par notre code pour les Français seulement, un vrai droit civil dont les étrangers ne pourraient profiter qu'autant qu'ils auraient été autorisés à fixer leur domicile en France, conformément à l'art. 13 C. civ., ou appartiendraient à un pays ayant établi, sur ce point, la réciprocité diplomatique avec le nôtre (art. 11 C. civ.). Cette opinion est inacceptable pour ceux qui, comme nous, rejetant la distinction des droits des gens et des droits civils, considèrent les étrangers comme jouissant en France de tous les droits privés, sauf de ceux qui leur sont enlevés par un texte formel (art. 11, 14, 16 C. civ.). Du reste, on reconnaît en général que l'usufruit légal dont nous parlons est une conséquence de la puissance paternelle qui dépend, comme cette dernière, de la loi nationale des parties, sans qu'il y ait lieu d'écarter *à priori* l'application de cette loi, sous le prétexte que le droit d'usufruit légal ne peut être invoqué par les étrangers en France.

§ II. *Servitudes prédiales ou réelles.*

402. Notre code les partage en trois catégories : les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux, les servitudes légales et les servitudes venant du fait de l'homme (art. 639 C. civ.) (1).

(1) [Pour la législation comparée, v. Weiss, *Traité*, t. IV, p. 213-217. Pour le droit anglais en matière de servitudes *(easements)*, v. Lehr, *Elém. de droit civ. angl.*, 2e éd., par J. Dumas, t. II, 1906, p. 18-20. Le Code civil suisse du 10 décembre 1907 admet : 1° Des servitudes foncières (art. 730-744) ; 2° L'usufruit, le droi d'habitation, le droit de superficie, le droit à une source sur le fonds d'autrui et

Les premières ne sont pas, on le sait, de véritables servitudes, mais simplement des règles générales de la propriété foncière, applicables à tous les immeubles situés en France : elles constituent véritablement ces lois et règlements qui limitent le droit des propriétaires et dont parle l'art. 544 C. civ.; aussi dépendent-elles exclusivement de la *lex rei sitæ* (art. 640 à 648 C. civ.).

Parmi les servitudes légales, il en est quelques-unes qui ont directement pour objet l'intérêt général et qui constituent, au même titre que les précédentes, des règlements de la propriété foncière exclusivement déterminés par la loi territoriale : ce sont les servitudes d'ordre administratif, telles que le chemin de halage, l'alignement, etc. (art. 650 C. civ.). D'autres, établies aussi par la loi, visent plus particulièrement l'intérêt privé, mais sur bien des points se rattachent également à l'ordre public : ce sont les servitudes légales organisées par le code civil, telles que la mitoyenneté, le droit de passage en cas d'enclave, les vues, etc... En tant que ces servitudes touchent à l'intérêt général, elles sont exclusivement régies par la loi du pays où sont situés les biens auxquels elles s'appliquent. Par exemple, les étrangers sont contraints en France de fournir le passage en cas d'enclave, et d'accepter la mitoyenneté ou de la céder dans les cas prévus par les art. 661, 663 C. civ. (1).

Au contraire, les dispositions législatives concernant les servitudes légales auxquelles les parties peuvent déroger par convention dépendent de l'autonomie des contractants, et rien ne s'opposerait à ce que l'on acceptât, sur les points réglés par ces dispositions, les prescriptions d'une loi étrangère à laquelle les parties se seraient référées : il en serait ainsi, par exemple, pour la fixation de la part contributoire de chaque copropriétaire dans l'entretien du mur mitoyen (art. 655 C. civ.), et pour la détermination du droit qui appartient à chacun d'eux de faire certains travaux sur ce mur (art. 657 et 662 C. civ.).

d'autres servitudes (art. 745-781). Conformément au droit germanique, l'art. 781 dispose que « le propriétaire peut établir, en faveur d'une personne quelconque ou d'une collectivité, d'autres servitudes sur son fonds, à la condition que le fonds se prête à une jouissance déterminée, par exemple pour des exercices de tir ou pour un passage ». Enfin le code civil suisse admet, en troisième lieu, des charges foncières (art. 782-792) et définit ainsi la charge foncière (art. 782) : « La charge foncière assujettit envers un tiers le propriétaire actuel d'un fonds à certaines prestations pour lesquelles il n'est tenu que sur son immeuble ».]

(1) [Fiore, *op. cit.*, 2e éd., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 364, p. 435; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 218. — Cpr. Alb. Rolin, *op. cit.*, t. II, n. 718, p. 275.]

Enfin, les servitudes établies par le fait de l'homme, en vertu de leur origine même, sont réglées par la convention ou le testament qui les crée (art. 686 C. civ.). Toutefois il ne serait plus possible d'accepter l'application de la loi étrangère à laquelle les contractants ou le testateur se seraient référés, pour les points qui touchent à l'organisation même de la propriété et que le législateur local réglemente par des dispositions d'ordre public : c'est ainsi qu'on ne peut jamais établir en France une servitude ni au profit, ni à la charge d'une personne (art. 686 C. civ.), pas plus qu'une servitude qui attribuerait au fonds dominant une prééminence sur le fonds servant (art. 638 C. civ.) (1).

403. La détermination des droits réels qu'il est possible d'établir sur les biens tient à l'organisation même de la propriété, d'où il suit qu'elle rentre dans le statut réel et dépend exclusivement de la *lex rei sitæ*. Il serait donc impossible à des étrangers, comme à des Français, de faire revivre en France, en invoquant les dispositions d'une loi étrangère à laquelle ils se seraient référés, les droits réels féodaux ou autres que les lois de l'époque intermédiaire ont définitivement abrogés (2). Tout droit réel reconnu par la loi étrangère et non par la nôtre ne pourrait valoir en France que comme simple droit personnel, obligeant simplement le promettant et ses héritiers à le respecter. Depuis les lois du 8 février 1897, art. 11, et du 25 juin 1902, il n'est plus douteux, en France, que les droits de superficie, de bail à domaine congéable et d'emphytéose sont des droits réels, ce qui restreint considérablement l'intérêt de la question de savoir si des droits réels admis par la loi étrangère et non par la loi française sont acceptables chez nous.

Il peut arriver qu'un droit, considéré comme réel dans un pays, soit réputé personnel dans un autre : tel est le droit du locataire, qui, personnel en France bien que, d'après l'art. 1743 C. civ., il puisse être opposé aux tiers acquéreurs, est réel en Prusse (V. nouveau code civil allemand, art. 571). D'après ce qui a été dit ci-dessus, il faudra déterminer la nature du droit d'après la loi du

(1) [Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 375-376 ; Alb. Rolin, *op cit.*, t. II, n. 717, p. 274 et n. 720, p. 276 ; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 166 ; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 220, et *Man.*, 6e édit., p. 538.]

(2) V. lois des 11 août-3 novembre 1792 ; 15-28 mars 1790 ; 18-29 nov. 1790 ; 25-28 août 1792 ; 17 juillet 1793. — [Gênes, 27 avril 1883, J. C., 1885, p. 462 ; cpr. Fiore, *op. cit.*, 2e édit., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 866, p. 437 ; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 218, et *Man.*, 6e édit., p. 535.] Cpr. Cass., 20 avril 1891, J. C., 1892, p. 200 : rapport de M. le conseiller Babinet et résumé des conclusions de M. l'avocat général Bertrand.

pays où se trouve le bien sur lequel il porte, parce que la loi territoriale, d'ordre public sur ce point, énumère limitativement les droits réels admissibles. Cependant, en ce qui concerne la possibilité d'opposer le droit du locataire aux tiers, on pourrait accepter sans difficulté, en France, l'application d'une loi étrangère à laquelle les contractants se seraient référés, et qui ne reconnaîtrait pas ce droit au locataire à l'égard des acquéreurs, puisque, aux termes de l'art. 1743 lui-même, il est permis aux parties de déroger sur ce point à la règle légale.

SECTION III

LA POSSESSION

404. La possession peut être considérée sous deux aspects.

En tant qu'elle se présente comme la manifestation et l'exercice du droit de propriété, elle se confond avec ce dernier en ce qui concerne sa réglementation et sa protection; aussi est-elle exclusivement régie, à ces deux points de vue, par la *lex rei sitæ*.

Envisagée comme un simple fait, distinct du droit de propriété dont elle n'est pas nécessairement l'exercice, la possession est protégée par la loi et donne naissance à certains droits.

Les mesures de protection édictées par le législateur pour la possession ont toutes le caractère de règles d'ordre public, car elles ont pour but de fixer quel est celui qui doit faire la preuve de son droit en cas de revendication, et d'éviter les dépossessions violentes non sanctionnées ni approuvées par décision de justice. Aussi est-ce la loi territoriale qui déterminera le délai exigé pour que la possession doive être respectée, qui fixera les actions possessoires et leurs conditions d'exercice (V. Pr. civ., art. 23 et 25).

Quant aux droits qui résultent de la possession, ils consistent surtout dans la prescription, dont il sera traité dans le troisième chapitre de ce livre, et dans l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (art. 549 C. civ.). Cette acquisition des fruits, ainsi que le règlement des indemnités entre propriétaires et possesseurs pour constructions et plantations faites par ce dernier sur le bien possédé (art. 555 C. civ.), sont établis par le législateur pour éviter les difficultés et faire respecter l'équité : les dispositions légales sur ce point sont donc d'ordre public. Il faudra encore consulter la loi territoriale afin de savoir si le possesseur remplit les conditions voulues pour être réputé possesseur de bonne foi (art. 550 C. civ.).

CHAPITRE II

NANTISSEMENT, HYPOTHÈQUES ET PRIVILÈGES (1)

405. On retrouve, dans toutes les législations, le principe consacré par l'art. 2092 C. civ. d'après lequel un débiteur répond de ses engagements sur l'ensemble de son patrimoine; mais, dans tous les pays aussi, la loi admet, au bénéfice de certains créanciers, des causes de préférence qui leur permettent de se faire payer avant les autres, au lieu de venir au marc le franc avec eux pour se partager le gage commun, c'est-à-dire le patrimoine du débiteur. Ces causes de préférence se manifestent presque toujours sous la forme d'un droit réel, établi sur certains biens du débiteur pour assurer le paiement de la créance et qualifié pour cela de droit réel *accessoire;* il dépend, en effet, de la créance elle-même et en suit les vicissitudes : tels sont, en France, le nantissement, les hypothèques et les privilèges (2).

Puisque les droits dont nous allons parler ont le caractère de droits réels, nous devons tout d'abord rappeler ce principe essentiel que la détermination des droits réels admis dans un pays se rattache directement à l'organisation de la propriété dans ce pays, à l'ordre public, et dépend par conséquent de la loi locale, c'est-à-dire de la loi du lieu où le bien (meuble et immeuble) est situé. On ne saurait donc invoquer dans un pays où la loi ne le consacre pas un droit réel accessoire établi conformément à une loi étrangère. Mais, la loi du lieu de la situation des biens admettant un droit réel accessoire, il ne faut pas aller jusqu'à dire que toutes les questions se rattachant à ce droit réel sont exclusivement tranchées par la loi locale : ici, comme toujours, un travail d'analyse s'impose, et il faut discerner les points se rattachant à l'organisation de la propriété, qui forment le statut réel, de ceux qui sont librement réglementés par les parties et pour lesquels on peut accepter l'application d'une loi étrangère à laquelle elles se sont volontairement soumises.

(1) Milhaud, *Principes du Dr. int. pr. dans leur application aux privilèges et hypothèques,* Paris, 1885; Paturel, *Des pr. et hyp. en Dr. int. pr.,* Paris, 1886; Giraudet, *Des hyp. en Dr. int. pr.,* 1896; G. Diena, *I diritti reali considerati nel diritto intern. privato,* ch. V.]

(2) [V. pour la législation comparée, Weiss, *Traité,* t. IV, p. 230-240. V. pour le droit anglais, Lehr, *op. cit.,* 2e édit. par M. J. Dumas, t. I, 1906, n. 502-568, p. 373-416; pour le nouveau code civil suisse, art. 793-918.]

SECTION PREMIÈRE

NANTISSEMENT

406. Sous ses deux formes du gage et de l'antichrèse (art. 2072 C. civ.), le nantissement nous offre, comme tous les droits réels, des points laissés à l'autonomie des parties et d'autres que la *lex rei sitæ* doit exclusivement régir. S'agit-il de savoir si le créancier gagiste a le droit de vendre le gage lorsqu'il n'est pas payé à l'échéance; s'il peut user du gage; si le gage est indivisible; quelles sont les fautes dont le créancier est tenu dáns la conservation du gage et les indemnités qu'il peut demander à raison des frais faits par lui pour cette conservation ? S'agit-il de limiter l'étendue du pouvoir d'administration et de jouissance reconnu au créancier sur le bien donné en antichrèse ? On appliquera la loi à laquelle les contractants paraissent s'être référés, conformément à ce qui a été déjà dit à propos des conventions, car les points signalés plus haut dépendent complètement de l'autonomie des parties. Le mode de constitution du gage peut même dépendre de la loi étrangère; ainsi on pourrait accepter en France un gage établi par le testateur pour la garantie des légataires, ou même par l'autorité du magistrat, comme en Droit romain, sauf à exiger l'*exequatur* dans ce dernier cas.

Au contraire, le respect de l'ordre public, spécialement au point de vue de la sauvegarde du crédit des tiers, commande que l'on applique exclusivement la *lex rei sitæ* pour les points suivants : remise réelle du gage entre les mains du créancier et conservation de la possession par ce dernier d'après les règles de la loi locale (art. 2076 C. civ. et 92 C. co.) (1); constatation du gage dans un écrit contenant l'indication précise de l'objet donné en gage et de la somme garantie; observation des formalités exigées pour rendre le gage opposable aux tiers, notamment de celles qu'indique l'art. 1690 C. civ. quand le gage porte sur une créance (2). Comme les créances n'ont pas de situation matérielle, il faudra suivre la loi du domicile du débiteur, conformément à ce que nous avons déjà indiqué (V. n. 396-2°, p. 1140).

(1) Cass. Luxembourg, 12 juin 1888, *Rev. prat. de dr. int. privé,* 1890-1891, 1, p. 84.

(2) Cass., 19 mars 1872, S., 72. 1. 238; [L. Renault, *Rev. crit.,* 1881, p. 483; Milhaud, *op. cit.,* p. 276-278; Paturet, *op. cit.,* p. 150; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 247-250 et *Man.,* 6e éd., 1909, p. 539. — Cpr. Fiore, *op. cit.,* 2e éd., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 925 et 926, p. 517 et s.]

[La loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce (*J. off.* du 19 mars 1909), modifiée par la loi du 1er avril 1909 (*J. off.* du 2 avril 1909), dans son art. 37 et dans sa disposition transitoire, a abrogé le paragraphe ajouté à l'art. 2075 du Code civil par la loi du 1er mars 1898 (art. 36). Désormais, « les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissement, sans autres conditions et formalités que celles prescrites par la présente loi (art. 8, § 1er) ». « Le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré. Le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. La même formalité devra être remplie au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est située chacune des succursales du fonds comprise dans le nantissement (art. 10) ». « L'inscription doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif (art. 11, § 1er) ». « Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence (art. 12) ». Signalons enfin la disposition de l'art. 22, § 1er, aux termes de laquelle « les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe ».]

[Ces dispositions de la loi du 17 mars 1909 sont applicables, quelle que soit la nationalité de celui qui donne le fonds de commerce en nantissement et de celui qui le reçoit. Il faut en dire autant des dispositions analogues de la loi du 30 août 1906 sur les warrants agricoles.]

A propos de l'antichrèse, la loi de la situation de l'immeuble s'imposera pour résoudre la question de savoir si l'antichrèse est un droit réel opposable aux tiers, et, dans tous les cas, pour fixer les conditions de publicité exigées par la loi locale, par exemple la transcription (loi du 23 mars 1855, art. 2-1°).

Dans un ordre d'idées étranger à l'organisation de la propriété, la loï française nous offre deux dispositions relatives au gage et à l'antichrèse qui sont d'ordre public : ce sont la prohibition du contrat pignoratif, d'une part (art. 2078 C. civ.), et, d'autre part, la défense de compenser les fruits perçus par le créancier sur le bien donné en antichrèse avec les intérêts de la créance, quand cette compensation conduit à faire produire à la créance des intérêts supérieurs au taux légal (art. 2089 C. civ., lois du 3 septembre 1807 et du 7 avril 1900).

407. Droit de suite sur les navires. — Quelques législations, notamment la nôtre (art. 190 C. co.), dérogent, en ce qui concerne les navires, au principe général d'après lequel, sauf le cas d'un privilège ou d'une hypothèque, les créanciers n'ont pour gage commun le patrimoine du débiteur qu'autant que ce dernier a conservé ses biens, et à cette autre règle, généralement admise aussi, que les meubles ne sont pas susceptibles d'être frappés d'un droit de suite. Tous les créanciers chirographaires du propriétaire d'un navire peuvent se faire payer sur ce navire, alors même qu'il aurait été vendu par le débiteur, sauf les exceptions prévues par l'art. 193 C. co. Dans d'autres pays, par exemple en Angleterre, en Allemagne et aux Etats-Unis, ce droit de suite extraordinaire est inconnu. De là un conflit de législations possible, par exemple quand un navire anglais est dans un port français et que les créanciers du précédent propriétaire invoquent le droit de suite, ou bien quand un navire français, une fois vendu, se rend dans un port anglais, et que le même droit de suite, inconnu dans la loi anglaise, est réclamé.

Beaucoup d'auteurs et la jurisprudence, s'en tenant au principe qui a été déjà indiqué, décident que l'existence du droit de suite, véritable droit réel dont l'admission intéresse les tiers, dépend de la loi du pays où le navire se trouve : aussi, pour reprendre l'exemple cité plus haut, les créanciers du précédent propriétaire pourraient invoquer ce droit sur un navire anglais se trouvant dans un port français, et, réciproquement, ne le pourraient pas sur un navire français arrivé dans un port anglais (1).

Il faut tout d'abord remarquer que cette solution, d'après laquelle on s'attacherait exclusivement à la *lex rei sitæ*, conduit à des résultats fort peu équitables. En effet, les créanciers chirographaires du propriétaire d'un navire français perdront leur droit de suite sur lequel ils comptent, si le navire, une fois vendu, se rend dans un pays où ce droit n'est pas reconnu ; en sens inverse, l'acquéreur d'un navire étranger, qui se croit à l'abri de l'action des créanciers de son vendeur, peut être poursuivi par eux s'il conduit son navire dans un port français.

Mais il est surtout à noter que la nature particulière des navires commande qu'on ne les assujettisse pas aux règles ordinaires du

(1) Cass., 15 mars 1872, S., 72. 1. 238; 25 nov. 1879, S., 80. 1. 257; [Demangeat sur Bravard, *Traité de dr. comm.*, t. IV, p. 147; de Valroger, *Droit marit.*, t. I, n. 90; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 315.]

statut réel applicables aux autres biens mobiliers. Un meuble ordinaire n'a pas de nationalité apparente, et le respect du crédit des tiers, qui ignorent s'il appartient à un étranger, exige qu'on n'admette pas, en ce qui le concerne, des droits réels autorisés par la loi étrangère et inconnus d'après la loi du lieu où ce meuble est situé. Mais la même raison ne se présente pas pour les navires : rien n'est plus aisé que de connaître leur nationalité, qui est révélée par une inscription sur des registres spéciaux, par les papiers du bord, par le pavillon. Aussi les tiers, prévenus que le navire est étranger, doivent-ils s'attendre à ce que la loi du pays dont il porte le pavillon sera appliquée, et doivent-ils s'informer des dispositions de cette loi afin de s'assurer dans quelle mesure elle sauvegarde leurs droits lorsqu'ils traitent avec le propriétaire du navire, soit comme créanciers, soit comme acquéreurs du navire. Le crédit des tiers, par conséquent l'ordre public, ne devant plus être compromis par l'application d'une loi étrangère, nous déciderons que l'existence du droit de suite dépend de la loi du pays dont le navire porte le pavillon (1).

Nous ferons dépendre de la même loi, et pour les mêmes raisons, la question de savoir si le droit de suite est éteint (art. 193 C. com.), et si le navire est insaisissable (art. 215 C. com.). On a objecté que l'art. 215 C. com. devrait s'appliquer même aux navires étrangers, parce que sa disposition touche à l'intérêt général de la navigation et que, d'ailleurs, des intérêts français peuvent être directement en jeu en ce qui concerne l'expédition des marchandises. Mais, même en se plaçant à ce point de vue, est-il admissible qu'on fasse aux navires étrangers, en France, une situation meilleure que celle qu'ils auraient d'après la loi de leur pays? (2). Il est

(1) Ch. Lyon-Caen, *Etudes de dr. int. privé maril.*, 1883, p. 20, n. 23; [Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, 3e édit., t. IV, n. 1789; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 555; Glard, *De la condition des meubles en droit int. privé*, p. 158; Levillain, J. C., 1897, p. 258; Diena, *Diritto comm. internaz.*, t. III, 1905, n. 265, p. 317-320. — L'Institut de droit international, dans sa session de Bruxelles en 1885, a déclaré que : « La loi du pavillon du navire doit servir à déterminer 1°... 2° Quels sont les créanciers du propriétaire du bâtiment qui ont ou n'ont pas le droit de suite dans le cas où il est aliéné ». *Projet de règlement*, dans l'*Ann. de l'Inst.*, t. VIII, p. 123. Dans ses résolutions le Congrès international de droit commercial de Bruxelles s'est prononcé en 1888 en faveur du même principe. Art. 1er : « La loi du pavillon servira à déterminer 1°... 2°... 3°... Les conditions de l'existence, de l'exercice et de l'extinction du droit de suite ». V. Weiss, *Traité*, t. IV, p. 301, note 2 et Diena, *op. cit.*, t. III, p. 319, note 2.]

(2) [Rouen, 3 août 1891, J. C., 1892, p. 1000; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 3e édit., t. II, n. 1798; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 555; Glard, *op. cit.*, p. 159. —

à noter, à ce propos, que quelques législations, avec peu d'équité du reste, déclarent insaisissables les navires étrangers pour les dettes contractées hors du territoire qu'elles régissent (codes espagnol, art. 605; portugais, art. 1213).

Appliquant enfin aux navires ce que nous avons déjà dit au sujet de la non rétroactivité du changement de nationalité pour les personnes et au maintien des droits acquis qu'il laisse subsister, nous déciderons qu'un navire, grevé du droit de suite d'après sa première loi nationale, en demeurera frappé s'il prend la nationalité d'un pays où ce droit est inconnu; et que, si ce droit n'existe pas sur lui d'après la loi de son premier pavillon, il n'en sera pas susceptible quand il aura pris le pavillon d'un pays où ce droit est admis, au moins pour les dettes contractées avant le changement de nationalité (1).

SECTION II

HYPOTHÈQUES.

408. Bien que provenant de sources différentes, les hypothèques n'en constituent pas moins toujours des droits réels, présentant dans tous les cas des points communs qui intéressent l'organisation de la propriété et qui, par conséquent, sont toujours régis par la *lex rei sitæ*, comme des dépendances du statut réel. Ce sont ces points communs que nous allons d'abord examiner avant d'exposer les particularités relatives à chaque espèce d'hypothèques.

A. Admissibilité de l'hypothèque. — La détermination des droits réels possibles sur les biens situés dans un pays dépend toujours de la *lex rei sitæ*.

B. Spécialité de l'hypothèque. — C'est dans l'intérêt du crédit public que le législateur exige l'indication précise des biens hypothéqués et de la somme garantie par l'hypothèque : aussi ne pourrait-on accepter en France l'application d'une loi étrangère qui autoriserait une hypothèque conventionnelle générale, ou une

Contra, Trib. civ. Nice, 25 juin 1883, S., 1884. 2. 46 et J. C., 1884, p. 69; Aix, 28 nov. 1883, S., 1884. 2. 46; D. P., 1884. 2. 198, J. C., 1884, p. 297; Bruxelles, 27 déc. 1879, *Belgique judiciaire,* 1880, p. 131; Dufour, *Dr. maril.,* t. II, n. 846; Demangeat sur Bravard, *Tr. de dr. comm.,* t. IV, p. 110; Desjardins, *Droit comm. mar.,* t. Ier, n. 226; Boistel, *Préc. de dr. comm.,* n. 170; Milhaud, *op. cit.,* p. 322; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 315-316.]

(1) Lyon-Caen, *loc. cit.,* p. 21, n. 24. [Diena, *op. cit.,* t. III, n. 266, p. 320-322.]

hypothèque sur les biens à venir, en dehors des exceptions prévues par le Code civil (art. 2129 à 2132 C. civ.).

C. Désignation des biens susceptibles d'être hypothéqués. — La désignation de ces biens se rattache à l'organisation de la propriété et aussi aux règles de la procédure qui sont d'ordre public, puisque l'hypothèque peut conduire à la saisie et à la vente forcée (art. 2118, 2119 et 2204).

D. Publicité des hypothèques. — L'inscription est évidemment d'ordre public, puisqu'elle est la sauvegarde du crédit des tiers (1).

E. Droits résultant de l'hypothèque. — Les droits de préférence et de suite, ainsi que les conditions exigées pour les invoquer, sont exclusivement réglés par la *lex rei sitæ*.

F. Extinction de l'hypothèque (art. 2180 C. civ.).

G. Expropriation, conditions et formes (2).

409. L'hypothèque maritime donne lieu à deux difficultés particulières.

1° Bien que généralement consacrée dans les législations modernes, l'hypothèque maritime n'est cependant pas admise partout (3); d'autre part, un conflit est encore possible entre deux lois qui l'admettent également, en ce sens que des navires peuvent être hypothéqués d'après l'une d'elles et non d'après l'autre : c'est ainsi qu'en France la loi du 10 juillet 1885, art. 36, remplaçant la loi du 10 décembre 1874, ne permet l'hypothèque que sur les navires d'au moins vingt tonneaux, tandis que la loi belge du 21 août 1879 l'autorise sur tous (4).

Pour trancher la question de savoir si un navire est ou non susceptible d'être hypothéqué, la jurisprudence s'est prononcée dans le sens de l'application de la *lex rei sitæ*, de la loi du pays

(1) V. convention franco-belge du 12 août 1843 relative à la transmission des inscriptions, radiations ou réductions opérées dans chaque pays pour les nationaux de l'autre. Cass., 5 nov. 1878, J. C., 1879, p. 65; 20 fév. 1894, J. C., 1895, p. 614.

(2) [Cpr. Weiss, *Traité,* t. IV, p. 240-247 et *Manuel,* 6e édit., 1909, p. 539-545.]

(3) V. R. Millet, J. C., 1875, p. 93 et suiv. [A l'heure actuelle, il n'est guère de nations maritimes qui n'aient fait place à cette hypothèque dans leurs codes. Louis Franck, *De l'hypothèque maritime,* Droit comparé et conflits des lois dans la *Revue intern. de droit marit.*, 1895-1896, p. 256 et suiv.; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 286-289.]

(4) [Si tous les navires de mer peuvent être hypothéqués, aux termes de la loi belge du 21 août 1879, les bâtiments fluviaux ne sont pas susceptibles d'hypothèque en Belgique. Bruxelles, 5e chambre, 28 juin 1907, J. C., 1908, p. 224. V. Clunet, *Tables générales*, t. III, vo *Hypothèque maritime,* p. 989 et t. IV, vo *Prêt à la grosse,* p. 447.]

dans les eaux duquel le navire se trouve. On argumente en ce sens du principe général du statut réel, d'après lequel l'indication des biens pouvant être grevés d'un droit réel déterminé dépend de la loi territoriale (1).

Mais nous avons déjà démontré que la nature spéciale des navires permet de reconnaître aisément leur nationalité et que les tiers ne peuvent, en ce qui les concerne, être victimes des erreurs auxquelles ils seraient exposés pour les autres meubles. On ne trouve donc plus, en pareille matière, la raison qui fait appliquer exclusivement la *lex rei sitæ* pour la détermination des biens susceptibles de certains droits réels, c'est-à-dire la sauvegarde du crédit des tiers, le respect de l'ordre public. Aussi nous prononcerons-nous, en pareil cas, pour l'application de la loi du pavillon. Répudier cette solution, c'est permettre au propriétaire de faire tomber l'hypothèque en gardant son navire dans un pays où l'hypothèque maritime n'est pas connue, ou aux créanciers chirographaires d'écarter cette hypothèque en saisissant le navire dans un port de ce pays (2).

C'est encore d'après la loi du pavillon que nous déterminerons les effets de l'hypothèque maritime (3); notamment en ce qui concerne la question de savoir si le créancier hypothécaire est subrogé, en dehors de toute convention, aux droits du débiteur pour le paiement de l'indemnité d'assurance (4), ce que les lois française

(1) Cass. req., 19 mars 1872, J. C., 1874, p. 31, v° *Faillite ;* Bruxelles, 27 déc. 1879 ; *Belgique judiciaire,* 1880, p. 131 ; [Reichsgericht de Leipzig, 24 oct. 1890, J. C., 1891, p. 1248; Laurent, *Droit civ. int.,* t. VII, p. 450 et suiv. ; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 315-317. Quelques auteurs et quelques décisions exigent l'application simultanée de la loi nationale du navire et de celle du pays dans lequel il se trouve. Jacobs, *Droit marit. belge,* t. II, p. 60 ; Bruxelles, 14 avril 1888, *Rev. int. de dr. marit.,* 1888-1889, p. 85. M. Franck, qui est partisan de la loi du pavillon, s'élève contre ce système. *Rev. int. de dr. int. marit.,* 1895-1896, p. 271.]

(2) Lyon-Caen, *loc cit.,* p. 23 à 25 ; Labbé, S., 71. 2. 57, note, V. Cour d'Angleterre, 26 mai 1882, J. C., 1883, p. 141 et suiv. et Trib. de commerce de l'Empire allemand, 26 avril 1872, *ibid.,* 1874, p. 131 ; [Lyon-Caen et Renault, *op. cit.,* 3e édit., t. VI, n. 1789 ; Clunet, J. C., 1882, p. 19 et suiv. ; Edm. Picard, J. C., 1881, p. 478 ; Fiore, *op. cit.,* 2e édit., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 911, p. 495 ; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 557 ; Franck, *Rev. int. de dr. marit.,* 1895-1896, p. 273 et suiv. ; Glard, *op. cit.,* p. 150 ; Diena, *op. cit.,* t. III, 1905, p. 261, 294-297.]

(3) [Lyon-Caen, J. C., 1882, p. 248 ; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 559 ; Paluret, *op. cit.,* p. 244 ; Franck, *op.* et *loc. citt.;* Bordeaux, 2 juillet 1888, *Journ. de jurisp. Marseille,* 1892. 2. 3 ; *Contrà,* Weiss, *Traité,* t. IV, p. 315-317.]

(4) [Lyon-Caen, J. C., 1882, p. 248-249 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.,* t. VI, 3e éd., n. 1791 ; von Bar, *op. cit.,* t. II, § 321 ; Milhaud, *op. cit.,* n. 108 ; Diena, *op. cit.,* t. III, n. 263, p. 306-308.]

(10 décembre 1874, art. 17) et belge (21 août 1879, art. 149) admettent en cas de perte du navire ou d'innavigabilité, et que plusieurs législations, par exemple celle de l'Angleterre, ne décident pas (1).

2° La publicité des hypothèques, pour une raison d'intérêt général, par conséquent d'ordre public, est réglée par la *lex rei sitæ* : en sera-t-il de même pour les navires?

Il est certain, tout d'abord, que l'on ne pourra invoquer en France l'hypothèque constituée sur un navire français se trouvant en pays étranger, que si les formalités prescrites par l'art. 6 de la loi de 1885 ont été observées. Mais l'hypothèque grevant un navire étranger devra-t-elle être rendue publique dans les mêmes formes pour être opposable en France, ou suffit-il qu'on ait observé les conditions de publicité prescrites par la loi du pays où le navire a son port d'attache et dont il porte le pavillon ?

En argumentant du principe général d'après lequel la publicité des droits réels dépend de la *lex rei sitæ*, quelques-uns se sont prononcés pour la première opinion (2).

Mais, en général, c'est l'application de la loi du pavillon qui l'a emporté. En effet, la facilité avec laquelle on peut connaître la nationalité d'un navire et savoir si les formalités prescrites par la loi étrangère ont été observées au port d'attache empêche les surprises dont les tiers pourraient être victimes, et enlève toute sa raison d'être à l'application de la loi territoriale. De plus, en n'appliquant pas la loi du pavillon, on rend illusoire le droit d'hypothèque, puisque, dans ce cas, il faudrait remplir les conditions de publicité prescrites par les lois des différents pays où le navire peut se rendre. Cette exigence, à laquelle il serait bien difficile de satisfaire d'une manière absolue, se heurterait en France à une véritable impossibilité, puisque les registres du receveur des douanes ne reçoivent les inscriptions que pour les navires français (3).

(1) La loi du 10 juillet 1885 a abrogé sur ce point la loi française du 10 décembre 1874. [Toutefois, la loi du 19 février 1889, dont l'art. 2 a une portée générale et s'applique à toute espèce d'assurance, a explicitement confirmé le système de la subrogation du créancier hypothécaire à l'indemnité d'assurance. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 3e édit., t. VI, n. 1668; Lavigne, *La loi du 19 février 1889 et le droit maritime, Rev. int. de dr. maril.*, 1892-1893, p. 182-193; Diena, *op. cit.*, t. II, n. 198, p. 518, note 2, et t. III, n. 263, p. 307, note 1.]

(2) C. d'Aix, 23 mai 1876, D. P., 77. 2. 103; [Laurent, *op. cit.*, t. VII, n. 391 *bis* et 392; Weiss, *Traité*, IV, p. 318-321.]

(3) Lyon-Caen, *loc. cit.*, p. 26; [Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VI, 3e éd.,

[Les Congrès de droit commercial d'Anvers en 1885 (J. C., 1885, p. 631) et de Bruxelles en 1888 (J. C., 1888, p. 887), comme l'Institut de droit international en 1885 (*Ann. de l'Instit.*, t. VIII, p. 124-125) se sont prononcés dans le sens de la loi du pavillon. Cette loi doit servir à déterminer, notamment : « Quelles sont les formalités à remplir pour la publicité des hypothèques maritimes ». Et le Comité maritime international constitué en 1897, qui a tenu huit conférences dont la dernière s'est réunie à Venise du 25 au 28 septembre 1907 et qui a provoqué la Conférence diplomatique de Bruxelles en février et octobre 1905, a préparé un code international sur les hypothèques et les privilèges maritimes. Commencé à Amsterdam et continué à Liverpool, ce travail a fait l'objet de résolutions importantes de la Conférence de Venise. Ce code proclame avant tout que l'hypothèque valablement consentie dans un pays doit être respectée partout ailleurs, à la seule condition d'avoir été rendue publique dans le pays d'origine du navire (V. Verneaux, J. C., 1908, p. 67).]

§ I. *Hypothèques conventionnelles.*

410. Abstraction faite de la capacité qui dépend de la loi nationale, les parties sont libres de consentir une hypothèque comme elles l'entendent, sauf à respecter les points essentiels déjà signalés comme faisant partie du statut réel. C'est ainsi qu'il leur est loisible de déclarer l'hypothèque divisible, puisque l'indivisibilité

n. 1704; Surville et Arthuys, n. 558; Alb. Rolin, *op. cit.*, t. III, n. 1447-1449; Glard, *op. cit.*, p. 153-154; Milhaud, *op. cit.*, n. 156-109; Morand, *Les conflits de lois en matière d'hypothèque maritime,* Paris, 1888, p. 102 et suiv.; Franck, *De l'hypothèque maritime, Rev. int. de dr. marit.,* 1895-1896, p. 273-281; Fiore, *op. cit.*, 2e éd., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 913-916 et dans la *Legge,* 1882, part. II, n. 268; Brocher, *Cours,* t. II, n. 268; Meili, *op. cit.*, t. II, § 202; Diena, *op. cit.*, t. III, n. 262, p. 300-306. C'est un fait digne de remarque que des auteurs et des tribunaux qui s'étaient prononcés pour l'application de la *lex rei sitæ* sur la question de savoir si un navire est susceptible d'hypothèque reconnaissent que les mesures de publicité auxquelles est soumise l'hypothèque maritime sont déterminées exclusivement par la loi du pavillon. Desjardins, *Droit comm. marit.*, t. V, n. 1239; Cass., 25 nov. 1879, J. C., 1880, p. 583 et D. P., 1880. 1. 56; Grenoble, 11 mai 1881, J. C., 1881, p. 428; Trib. supr. de l'Emp. allem., 26 avril 1872 (J. C., 1874, p. 131) et 19 fév. 1900, *Zeitschrift. für int. Recht,* 1900, p. 472; Cour d'appel de Londres, 26 mai 1882, J. C., 1883, p. 141; Cour d'appel de Copenhague, 21 août 1889, J. C., 1892, p. 1056.] Pour la vente à des étrangers de navires français hypothéqués, ou pour l'hypothèque de navires français consentie à l'étranger, v. la loi du 10 juillet 1885, art. 33, remplaçant l'art. 26 de la loi du 10 décembre 1874.

n'est établie que dans l'intérêt du créancier, qui peut y renoncer. On pourrait de même accepter en France une hypothèque constituée sur les immeubles de la succession par le testateur au profit des légataires, ainsi que le permet la loi belge du 16 décembre 1851, art. 44, sous la condition que les règles d'ordre public prescrites dans notre pays seront toujours observées. Si, conformément à la loi étrangère, le défunt a légué une hypothèque à l'un de ses créanciers chirographaires, on objecte que le crédit des autres créanciers peut être lésé; mais il est facile de répondre, croyons-nous, que le défunt aurait pu constituer cette hypothèque de son vivant et arriver au même résultat. Il va sans dire d'ailleurs que l'exercice de l'action paulienne, qui est d'ordre public, serait toujours réservée, si l'hypothèque était frauduleusement léguée.

411. Pour les conditions de forme, le principe général, vrai pour les actes solennels comme pour les autres, devrait conduire à l'application de la loi du pays où l'acte constitutif de l'hypothèque est rédigé. Mais l'art. 2128 C. civ. déclare sans valeur en France une hypothèque constituée par acte rédigé devant un officier étranger, à moins de disposition contraire contenue dans les lois politiques et les traités.

Il n'existe pas de loi politique relative aux hypothèques consenties en pays étrangers, mais trois traités s'occupent de cette question.

Le traité franco-sarde du 24 mars 1760 (art. 22), applicable aujourd'hui à tout le royaume d'Italie, permet d'établir des hypothèques sur le territoire de chacun des pays contractants, par actes passés devant les officiers publics compétents de l'autre pays (1).

La même disposition se retrouve dans le traité franco-suisse du 28 mai 1777 qui n'a été modifié sur ce point par aucun des traités postérieurs, notamment par celui du 15 juin 1869 (2).

Le traité franco-suisse de 1777 ne visant que les actes passés par des Français ou des Suisses, on en a conclu que ses dispositions ne peuvent être invoquées par des nationaux d'un autre pays qui ont fait rédiger l'acte constitutif d'hypothèque en Suisse

(1) V. Le Bourdellès, J. C., 1882, p. 391; [Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. II, n. 1014.]

(2) Cass., 10 mai 1831, S., 31. 1. 195; [Fœlix et Demangeat, *op. cit.*, 4e édit., t. II, n. 476, p. 422, note *a;* Duguit, *op. cit.*, p. 108; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, 3e édit., t. II, p. 667; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 266, et *Manuel,* 6e édit., 1909, p. 543. — V. cep. Surville et Arthuys, n. 381 *in fine.*]

ou en France. Le traité franco-sarde de 1760, au contraire, vise les contrats passés dans les deux pays en général, ce qui doit conduire à en faire bénéficier tous ceux qui invoquent un acte hypothécaire rédigé dans l'un des pays contractants, sans distinction de nationalité (1).

La convention franco-belge du 8 juillet 1899, art. 17, admet aussi l'effet, dans chacun des deux pays, des hypothèques consenties dans l'autre, pourvu que l'acte qui les constate ait été rendu exécutoire par le président du tribunal dans le ressort duquel sont situés les immeubles hypothéqués. Le président doit s'assurer que les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus (2).

Nous pensons, d'ailleurs, que les traités précités doivent conduire à admettre en France l'efficacité d'une hypothèque régulièrement établie d'après la loi étrangère, alors même qu'elle ne satisferait pas aux conditions prescrites par notre législation, par exemple si elle était constatée par acte sous-seing privé, comme cela peut avoir lieu d'après le code civil italien. Il est vrai que le traité de 1760 ne parle que des hypothèques venant des *contrats publics*, jugements ou ordonnances royales : mais l'esprit des conventions relatives à cette question paraît bien être de revenir à l'application rationnelle de la règle *Locus regit actum*, et de réagir contre la confusion que l'on a faite entre la constitution de l'hypothèque et son exécution, confusion inspiratrice de l'art. 2128 dont nous parlons plus loin (3).

Les parties peuvent s'adresser à leur consul pour faire rédiger des actes hypothécaires (v. ordonn. des 23 et 26 octobre 1833). Nombre de conventions consulaires reconnaissent la compétence des consuls à ce point de vue, non seulement pour leurs nationaux, mais encore pour les nationaux du pays où ils se trouvent, quand il s'agit d'hypothèques à établir dans le pays auquel le consul appartient; parfois même les consuls peuvent rédiger pour

(1) V. arrêt de Cass. précité du 10 mai 1831. — [Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 492 et suiv.; Paluret, *op. cit.*, p. 208-209; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 267-268.]

(2) [Weiss, *Traité*, t. IV, p. 266 et *Manuel*, 6e éd., p. 543, note 1; M. Bernard, *De la compétence des trib. franç. à l'égard des étrang. et de l'exécut. des jugements étrang. en France*, Paris, 1900, p. 298 et suiv.]

(3) [Amiaud, *Aperçu, etc.*, 2e éd., 1908, p. 274; Weiss, *Traité*, t. III, p. 96 et suiv., t. IV, p. 266-267.]

leurs nationaux des actes constitutifs d'hypothèques dans le pays où ils résident (1).

412. La disposition anormale de l'art. 2128 ne peut s'expliquer que par la tradition. Jadis, on avait pris l'habitude d'insérer dans tous les actes notariés constatant une obligation une clause en vertu de laquelle tous les biens du débiteur étaient grevés d'une hypothèque générale. Cette clause devint tellement de style qu'on la considéra comme sous-entendue, et tout acte notarié fut regardé comme entraînant hypothèque par lui-même. Pour expliquer cet effet, on le rattacha à la formule exécutoire dont tout acte notarié est revêtu. Or, comme les actes rédigés par des officiers publics étrangers n'ont pas force exécutoire en France, l'ordonnance de 1629, art. 121, les déclara insusceptibles d'entraîner hypothèque sur un bien situé dans notre pays; plus tard, l'art. 2128 C. civ. reproduisit la même règle.

C'était confondre absolument deux choses bien distinctes, c'est-à-dire la *constitution* de l'hypothèque, et le *pouvoir de ramener à exécution* le droit qui en résulte.

La première dérive de la volonté des parties et doit avoir son effet partout, quant les formalités prescrites par la loi du lieu où l'acte est rédigé ont été observées, sauf à respecter les règles d'ordre public imposées par la loi du pays où le bien hypothéqué est situé.

Quant à l'exécution de l'hypothèque, c'est-à-dire l'expropriation à laquelle elle conduit, elle est impossible tant qu'on n'a pas obtenu la formule exécutoire des autorités locales. Pour cela, il faut, d'après la jurisprudence, faire revêtir l'acte d'hypothèque rédigé en pays étranger de l'*exequatur*, ainsi qu'on le fait pour les jugements. D'autres pensent que les art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ. n'indiquant de procédé que pour les sentences émanant des juridictions étrangères, le créancier devra assigner son débiteur devant le tribunal français en invoquant l'acte rédigé en pays étranger; il trouvera dans le jugement de condamnation la formule exécutoire qui lui est nécessaire pour faire le commande-

(1) Convention avec le Brésil, 10 décembre 1860, art. 6 ([convention dénoncée par le Brésil, le 13 avril 1909, avec tous les traités et accords franco-brésiliens, J. C., 1907, p. 1016, et *supra*, n. 361, p. 1037, note 2)]; l'Espagne, 7 janvier 1862, art. 19; l'Italie, 26 juillet 1862, art. 8; la Grèce, 7 janvier 1876 (art. 10); le Portugal, 16 juillet 1866, art. 7; la République dominicaine, 25 octobre 1882, art. 10; la Sussie, 1er avril 1874, art. 9; le San-Salvador, 5 juin 1878, art. 10; le Venezuela, 24 octobre 1856, etc.

ment indispensable, afin d'arriver à la saisie et à la vente du bien hypothéqué (1) (V. la solution donnée ci-dessus, n. 213 A, p. 650-652).

Il est à noter que l'art. 2128 C. civ. a disparu en Belgique, en vertu de l'art. 77 de la loi du 16 décembre 1851 ; mais la loi belge déroge encore à la règle *Locus regit actum*, en exigeant un acte authentique pour la validité de l'hypothèque, alors même que la loi locale se contenterait d'un acte sous-seing privé pour sa constitution. [Il n'est pas douteux que l'art. 2128 de notre code ne soit abrogé à la première occasion qui s'offrira au législateur français. Déjà, lors de la discussion de la loi hypothécaire à l'Assemblée législative, le 26 décembre 1850, après un éloquent discours de M. Valette, député et professeur à la Faculté de droit de Paris, fut adoptée une disposition analogue à celle qui est devenue l'art. 77 de la loi belge du 16 décembre 1851 (2). Plus tard, dans le remarquable projet sur les privilèges et hypothèques élaboré en 1897 par le Comité de révision de la sous-commission juridique du cadastre, se trouve un article 47, ainsi conçu : « L'hypothèque constituée en pays étranger, *selon les formes requises par la loi du lieu pour les actes authentiques*, produit effet sur les biens situés en France ». Et aux termes de l'art. 52, al. 2, du même projet, le conservateur des hypothèques requis d'inscrire, sous sa responsabilité, l'hypothèque constituée hors de France, pourra exiger la justification par la voie diplomatique, du caractère authentique, selon la loi du lieu où il a été passé, de l'acte constitutif d'hypothèque (3). Il faudrait, à notre avis, aller plus loin encore et se contenter d'un acte sous seing privé, si la loi du lieu du contrat se contente d'un tel acte pour la constitution d'hypothèque.]

413. L'art. 2128 ne s'applique pas aux hypothèques maritimes pour la constitution desquelles on doit complètement oberver l'adage *Locus regit actum;* c'est ce que la jurisprudence a reconnu pour les navires étrangers hypothéqués hors de France et venant ensuite dans un port de notre pays ; c'est ce que nous déciderons pour tous les navires, même français, hypothéqués en pays étran-

(1) V. Lyon-Caen, *Etudes de droit int. privé maritime,* p. 29 à 30 ; Renault, *Rev. crit.*, 1881, p. 485. — [Cpr. Weiss, *Traité,* t. IV, p. 258-265 et *Manuel,* 6e édit., 1909, p. 541-542.]

(2) [Valette, *Mélanges de droit, de législation et de jurisprudence,* publiés par MM. Hérold et Lyon-Caen, II, p. 173 et s. ; Weiss, *Traité,* IV, p. 212.]

(3) [Weiss, *Traité,* IV, p. 263-264. — Cpr. Alb. Rolin, *Principes du dr. int. pr.*, III, n. 1471, p. 507.]

ger (1). L'hypothèque maritime étant inconnue en 1804, les meubles à cette époque étant tous insusceptibles d'hypothèque, les rédacteurs du code civil n'avaient et ne pouvaient avoir en vue que l'hypothèque sur les immeubles quand ils ont écrit l'art. 2128. Il n'y a donc pas de raison pour étendre à un cas pour lequel elle n'a pas été établie une règle d'ailleurs peu justifiable par elle-même. Au surplus, l'explication de l'art. 2128 tirée de la tradition ferait ici complètement défaut, puisque la loi du 10 décembre 1874, art. 2, autorise la constitution de l'hypothèque maritime par acte sous-seing privé : *à fortiori* un acte authentique étranger pourra-t-il constituer valablement cette hypothèque sur un navire français. Un autre argument peut être tiré de l'art. 33, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1885 qui décide que les hypothèques *consenties* à l'étranger produiront effet en France, du jour où elles seront inscrites à la recette des douanes du port d'immatricule du navire.

Mais la jurisprudence exige que l'acte d'hypothèque maritime rédigé à l'étranger soit revêtu de l'*exequatur* pour pouvoir être invoqué en France. Cette exigence ne paraît justifiée que si l'on veut procéder à de véritables actes d'exécution en vertu de ce titre, par exemple à une saisie (2).

§ II. *Hypothèque judiciaire.*

414. Nous avons déjà établi : 1° que, d'après l'opinion consacrée par la jurisprudence française, les jugements étrangers sont soumis à une révision quant au fond avant de pouvoir être exécutés; 2° que leur exécution n'est possible qu'après qu'ils ont été revêtus de l'*exequatur* par un tribunal français (V. liv. I, chap. VI). Or, l'hypothèque judiciaire est une garantie d'exécution des juge-

(1) Cass., 25 nov. 1879, J. C., 1880, p. 583; Grenoble, 11 mai 1881, *ibid.*, 1881, p. 428; [D. P., 1883. 2. 65, note de M. Levillain]; Lyon-Caen, *loc. cit.*, p. 27; [Weiss, *Traité*, IV, p. 296-300 et Manuel, 6e éd., p. 542; Morand, *op. cit.*, p. 317 et s.; Paturet, *op. cit.*, p. 226. — V. cep. Sarrut, dans *La Loi* du 22 mai 1881.]

(2) Cass., 25 nov. 1879, J. C., 1880, p. 583; Bordeaux, 2 juil. 1888, J. C., 1889, p. 628. Cette jurisprudence, approuvée par M. Morand, *op. cit.*, p. 140, est vivement critiquée par Desjardins, *Droit marit.*, V, p. 628; Lyon-Caen, note dans S., 80. 1. 257, et J. C., 1882, p. 232; Milhaud, *op. cit.*, p. 234, et Paturet, *op. cit.*, p. 229. — Cpr. Weiss, *Traité*, IV, p. 329-331]; Diena, *Diritti reali*, n. 85, et *Diritto comm. int.*, III, n. 262, p. 304-306.] — V. *suprà*, n. 411, p. 1169, art. 17 de la convention franco-belge du 8 juillet 1899.

ments ; son admission en France pour un jugement rendu par une juridiction étrangère est donc subordonnée aux mêmes conditions que l'exécution de ce jugement, c'est-à-dire à la révision quant au fond et à la concession de l'*exequatur*.

Ces conditions une fois remplies, l'hypothèque judiciaire, attachée à la sentence par la loi du pays où celle-ci est rendue, sera admise en France, sauf observation des règles d'ordre public établies par notre législation en cette matière, telles que celles qui concernent l'inscription, la détermination des biens susceptibles d'hypothèque, la défense de prendre inscription avant l'arrivée du terme ou de la condition qui affecte la créance quand il s'agit de l'hypothèque provenant de la reconnaissance d'écriture (loi du 3 septembre 1807), etc.

Mais un conflit de législations peut résulter de ce que l'hypothèque judiciaire n'est pas admise partout.

S'inspirant des considérations que l'on a fait valoir en France depuis longtemps, telles que l'iniquité d'une faveur accordée à un créancier au détriment des autres parce qu'il poursuit plus rigoureusement le débiteur, ou bien parce que des circonstances fortuites, comme l'échéance de la dette, lui permettent de le faire condamner plus tôt, l'inconvénient que présente au point de vue du crédit une hypothèque générale grevant tout le patrimoine du débiteur, plusieurs législateurs modernes ont abrogé l'hypothèque judiciaire. C'est ainsi que l'art. 2123 C. civ. a disparu en Belgique, en vertu de la loi de 1851 sur le régime hypothécaire. [Le nouveau code civil suisse du 10 décembre 1907, qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912, ne connaît que l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque légale (art. 824-841).] En présence de cette divergence des législations, deux questions peuvent se poser dans la pratique.

1° Un jugement français, rendu exécutoire en Belgique, entraînera-t-il hypothèque dans ce dernier pays ? — Non, car lorsque l'hypothèque judiciaire a été rejetée dans un pays comme cela a eu lieu en Belgique, elle est écartée par des considérations d'ordre public tirées de l'équité et de l'intérêt du crédit général : aussi ne pourrait-on attribuer aux jugements étrangers un effet que ne saurait produire une sentence émanant d'une juridiction nationale et qui est contraire à l'ordre public local.

2° Un jugement belge, rendu exécutoire en France, emportera-t-il hypothèque sur les immeubles que le débiteur possède dans notre pays ? — Ici encore nous nous prononcerons pour la néga-

tive, car l'*exequatur* accordé à un jugement étranger n'a pour but que de permettre la réalisation, dans le territoire, des droits résultant pour le créancier du jugement rendu à son profit par une juridiction étrangère. Ajouter quoi que ce soit aux avantages résultant pour lui du jugement, par exemple l'hypothèque judiciaire, serait violer les droits acquis des parties. Cette solution a été formellement consacrée par l'art. 12, al. 1, de la convention franco-belge du 8 juillet 1899.

On pourrait être tenté d'objecter que, dans l'opinion d'après laquelle le tribunal français doit réviser au fond le jugement étranger, les juges français rendent à proprement parler un nouveau jugement qui doit produire tous les effets déterminés par notre législation, notamment l'hypothèque judiciaire. Mais à cela nous répondrons que la révision au fond n'est qu'un moyen de s'assurer si le jugement étranger est suffisamment conforme aux règles du droit et de l'équité pour pouvoir être revêtu de l'*exequatur*, sans que l'ordre public soit violé en France; elle ne constitue donc pas une substitution d'un jugement français à un jugement étranger, ce qui permettrait aux juges français d'ajouter quelque chose aux effets de la sentence étrangère, sans tenir compte des droits acquis des parties, et ce qui serait, en même temps, une violation de l'art. 2123 C. civ. d'après lequel c'est le jugement étranger et non français qui doit être ramené à exécution en France.

On voit donc, en définitive, que l'hypothèque judiciaire ne peut résulter d'un jugement étranger qu'autant que cette hypothèque est consacrée, tout à la fois, par la loi du pays où ce jugement est rendu et par celle du pays où il doit être exécuté (1). [Si la loi qui a présidé au jugement étranger admet l'hypothèque judiciaire, mais en la tempérant par la règle de la *spécialité*, le créancier ne pourra, malgré le régime différent de notre loi, réclamer l'affectation *générale* à son profit de tous les immeubles de la partie con-

(1) [F. Moreau, *Effets internationaux des jugements en matière civile*, 1884, p. 128; Surville et Arthuys, *Droit int. privé*, 4e édit., p. 438, note 1; Weiss, *Traité*, t. V, 1905, p. 625. V. cep. Milhaud, *Priv. et hyp. en dr. int. priv.*, p. 213; Paluret, *Priv. et hyp. en dr. int. pr.*, p. 190; Pillet, *Principes de dr. int. pr.*, 1903, p. 543-544. Peut-être y aurait-il lieu en législation pour éviter des fraudes possibles d'admettre, avant la sentence d'*exequatur*, à titre de mesure provisoire, l'inscription du droit hypothécaire résultant du jugement étranger. Valette, *Mélanges de droit, de législation et de jurisprudence*, t. Ier, p. 336, note 1; Weiss, *Traité*, t. V, p. 625, note 4. Le meilleur moyen d'éviter toute fraude serait encore de supprimer l'hypothèque judiciaire.]

damnée qui sont situés en territoire français : pas plus que l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire établie par la loi étrangère ne perd son caractère de spécialité par le fait qu'elle est invoquée en France (1).]

[Il va de soi que l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement *rendu par des magistrats français*, peut être invoquée sur les biens situés en France, quelles que soient la nationalité des parties et les dispositions de leur loi personnelle (2).]

§ III. *Hypothèques légales.*

415. On se demande, tout d'abord, sous forme de question préjudicielle, si les étrangers peuvent invoquer les hypothèques légales en France.

Ces hypothèques, a-t-on dit, sont loin d'être consacrées par toutes les législations; dans nombre de pays, notamment en Angleterre, en Autriche, en Allemagne et en Russie, elles sont inconnues : elles ne présentent donc pas ce caractère de généralité qui distingue les institutions du droit des gens. D'autre part, ajoute-t-on, elles sont établies par le législateur pour la protection de certains incapables de la situation desquels il se préoccupe uniquement, c'est-à-dire pour les incapables français. Aussi conclut-on que l'hypothèque légale constitue un *droit civil* qui ne peut être invoqué par des étrangers que s'ils sont dans le cas prévu par l'art. 13 C. civ., ou s'il y a réciprocité diplomatique sur ce point entre leur pays et le nôtre, conformément à l'art. 11 C. civ. (3).

Cette dernière exception est applicable aux femmes mariées et aux mineurs d'Italie, en vertu du traité du 24 mars 1760 (4), et de Suisse, d'après les conventions du 30 juin 1854, du 23 février 1882, art. 1cr, et du 15 juin 1869, art. 6 (5). A ces conventions il faut join-

(1) [Weiss, *Traité*, t. IV, p. 269 et t. V, p. 625.]

(2) [Weiss, *Traité*, t. IV, p. 250-269 et *Manuel*, 6e édit., p. 541; Paluret, *op. cit.*, p. 132.]

(3) Cass., 20 mars 1862, S., 62. 1. 673; Cass., 3 mars 1884, *Le Droit*, 5 mars 1884 et J. C., 1884, p. 502; S., 84. 1. 273; Nancy, 22 juillet 1896, J. C., 1897, p. 1025; Chambéry, 10 juillet 1901, S., 1901. 2. 73; Cass. req., 27 janv. 1903, J. C., 1903, p. 623; [Aubry et Rau, t. I, 5e édit., p. 516, note 62 et p. 619; Demante et Colmet de Santerre, t. IX, n. 81 *bis*-2°; Guillouard, *Priv. et hypoth.*, t. II, n. 692; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hypoth.*, 3e édit., t. II, n. 676 et s.; Laurent, *Droit civ. int.*, t. VII, n. 395; Alb. Rolin, *Principes*, t. III, n. 1439.]

(4) Cass., 5 février 1872, J. C., 1874, p. 32; *id.*, 5 novembre 1878, *ibid.*, 1879, p. 65; V. Le Bourdellès, J. C., 1882, p. 393.

(5) Trib. Seine, 9 juillet 1878, J. C., 1879, p. 392.

dre, comme contenant des dispositions analogues, les traités du 7 janvier 1862 et du 6 février 1882 avec l'Espagne, qui accordent aux Espagnols les mêmes droits qu'à nos nationaux, et le traité du 18 juin 1883 avec la Serbie, qui renferme une règle semblable. Il a même été jugé que les femmes et les mineurs ottomans pourraient se prévaloir de l'hypothèque légale, en vertu de la loi turque du 18 juin 1867 et du protocole du 9 juin 1868 qui accordent, avec réciprocité, le droit d'hypothèque aux étrangers en Turquie (1). Enfin, les traités qui accordent d'*une façon générale* le traitement de la nation la plus favorisée, pourraient aussi être allégués pour invoquer en France le droit à l'hypothèque légale.

La jurisprudence admet cependant que l'hypothèque légale existe au profit des mineurs et interdits étrangers, quand leur tutelle est attribuée à des Français et conformément à la loi française : on en donne pour raison que, si l'étranger est soumis à la tutelle organisée par la loi française, il est juste de lui donner les garanties établies par cette même loi (2).

Cette manière de voir ne nous semble pas justifiée, soit parce que nous n'admettons pas la distinction des droits des gens et des droits civils, soit parce que, d'après l'interprétation que nous avons donnée de l'art. 11 C. civ., les étrangers ont tous les droits privés sauf ceux qui leur sont enlevés par un texte formel : or, il n'en existe pas un seul dans notre législation qui les prive de l'hypothèque légale. D'autre part, même en acceptant l'interprétation généralement admise de l'art. 11 C. civ. et la distinction des droits civils et des droits des gens, il nous paraît difficile de voir dans le bénéfice de l'hypothèque légale un droit civil réservé aux nationaux : de l'avis de tout le monde, en effet, l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire peut être invoquée par des étrangers; pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'hypothèque légale? Un droit, considéré comme du Droit des gens dans un cas, pourrait-il changer de nature et devenir du Droit civil parce qu'il aurait une source différente, alors surtout que cette source est ou le mariage ou la protection due aux incapables, c'est-à-dire deux institutions que l'on retrouve dans la législation de tous les pays civilisés? C'est ce qui a été compris en Belgique où la loi hypothécaire de 1851, art. 2, reconnaît aux étrangers le droit à l'hypothèque légale.

(1) Trib. Seine, 3 mars 1888, *Le Droit*, 25 mars 1888; Paris, 13 août 1889, J. C., 1889, p. 818 et 825.

(2) Bourges, 4 août 1874, J. C., 1876, p. 31 et S., 75, 2. 69.

416. Mais, après avoir résolu dans le sens de l'affirmative la question de savoir si les étrangers peuvent invoquer les hypothèques légales en France, il faut aussitôt en poser et résoudre une seconde, que l'on a souvent confondue avec la première et qui en diffère essentiellement : par quelle loi sera régie l'hypothèque légale des femmes mariées et des mineurs étrangers? La première question posée et résolue ci-dessus se réfère à la condition des étrangers et dépend des dispositions de la loi positive du pays où l'hypothèque légale est invoquée par des étrangers; la deuxième, au contraire, suppose un conflit de lois dont la solution intéresse le Droit international privé proprement dit. Ces deux questions sont si bien indépendantes l'une de l'autre que si l'on suppose un étranger autorisé à fixer son domicile en France et qui, de l'avis de tout le monde, a droit aux mêmes avantages que les Français au point de vue de la jouissance des droits civils, il faudra encore se demander si l'hypothèque légale qu'il réclame doit être régie par telle ou telle loi, notamment par celle du pays où les biens sur lesquels l'hypothèque doit porter sont situés, ou par sa loi nationale.

Pour résoudre cette deuxième question, différentes solutions ont été proposées. Dans l'ancien droit, conformément à la notion du statut réel telle qu'elle était admise à cette époque et qui était absolue en matière d'immeubles, on décidait que l'étranger avait ou n'avait pas l'hypothèque légale, suivant que la loi du pays où les biens sur lesquels il l'invoquait étaient situés admettait ou rejetait cette institution, sans que l'on tînt d'ailleurs aucun compte de sa loi personnelle (1). Beaucoup d'auteurs modernes adoptent la même idée, en invoquant l'art. 3 alin. 2 C. civ., qui, suivant eux, reproduirait l'ancienne notion du statut réel pour les immeubles, avec la portée si large que lui donnaient les jurisconsultes statutaires (2).

Suivant d'autres, l'hypothèque légale ne pourrait être invoquée par des étrangers que si elle est consacrée à la fois par la loi du pays où les biens sont situés et par leur loi personnelle (3).

(1) Bouhier, *loc. cit.*, I, ch. XXIII, n. 56, p. 661; Boullenois, *loc. cit.*, I, p. 86.

(2) [Rodière et Pont, *Contrat de mariage,* t. I, n. 193; Pont, *Priv. et hyp.*, n. 433 et 489. — Grenoble, 19 juillet 1849, S., 50. 2. 361. — Alger, 31 mars 1860, S., 61. 2. 65.]

(3) [Weiss, *Traité,* t. III, p. 340 et suiv., p. 560, t. IV, p. 252-254; *Manuel,* 6e éd., 1909, p. 252-254, p. 493-494 et p. 540; Audinet, *Princ. élém. de dr. int. pr.*, 2e éd., 1906, n. 556-558, p. 444-448; art. 23 du traité de droit civil sud-américain de Montevideo. — Cpr. aussi Trib. civ. Seine, 27 mars 1889, J. C., 1889, p. 621.]

Mais il suffit de remarquer que l'hypothèque légale n'est qu'une garantie de la protection des incapables, pour être amené à conclure que cette hypothèque dépend, quant à son existence et à son organisation, de la loi qui régit cette protection, c'est-à-dire de la loi nationale des incapables eux-mêmes. Se référer, en pareille matière, à la loi de la situation des biens, c'est accepter l'ancienne notion du statut réel, d'après laquelle ce statut comprendrait toutes les règles légales ayant un rapport quelconque avec les immeubles. Or, nous avons déjà démontré que le statut réel n'embrasse que ce qui est relatif à l'organisation de la propriété et qui, rentrant dans l'ordre public au point de vue de l'intérêt économique, dépend exclusivement de la loi territoriale, la *lex rei sitæ*.

Il suffira donc que la loi du pays où les biens sont situés admette le droit d'hypothèque en général pour que l'incapable étranger puisse se prévaloir de cette garantie quand sa loi nationale l'a établie à son profit (1).

Il va sans dire que la loi du pays où les biens sont situés devra être uniquement appliquée pour tous les points qui intéressent le crédit public tel qu'il est compris et protégé dans ce pays, par exemple pour la nécessité d'inscription des hypothèques des femmes mariées, des mineurs et des interdits, dans les cas prévus par les art. 8 et 9 de la loi du 23 mars 1855 en France, pour la publicité qui est toujours exigée en ce qui concerne ces hypothèques par la loi belge de 1851 et par le code civil d'Italie, et pour la prohibition des hypothèques générales en Belgique.

Conformément aux mêmes principes, nous déciderons que l'hypothèque légale des légataires (art. 1017 C. civ.) dépend de la loi nationale du testateur, qui s'est référé à la loi de son pays pour régler les droits de ceux à qui il laisse ses biens, sauf à appliquer la *lex rei sitæ* pour les points intéressant l'ordre public, tels que la publicité et la spécialité de l'hypothèque.

417. L'art. 2121 C. civ. établit aussi une hypothèque légale au bénéfice de l'Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens de leurs receveurs et administrateurs comptables; et il est bien certain que cette disposition ne vise que l'Etat, les communes et les établissements publics français. Mais faudrait-il

(1) [Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 380; Démangeat sur Fœlix, t. I, p. 153, note 6. — Cpr Surville et Arthuys, 4e éd., n. 383-385. — Bordeaux, 23 juillet 1897, S., 1900. 2. 89. — Chambéry, 10 juillet 1901, S., 1901. 2. 73. — Cass. 27 janvier 1903, J. C., 1903, p. 623.]

en conclure que l'Etat et les établissements publics étrangers ne pourraient pas invoquer un droit d'hypothèque sur les biens de leurs agents comptables situés en France lorsque, d'après la loi qui les régit, cette hypothèque est établie à leur profit? On l'a soutenu, en faisant valoir cet argument que l'art. 2121 C. civ. n'accorde certainement l'hypothèque légale qu'à l'Etat français et aux établissements publics français. Mais, en raisonnant ainsi, on confond la question de savoir si ces personnes morales étrangères peuvent invoquer en France un droit d'hypothèque légale, avec celle de savoir d'après quelle loi doivent être réglées les garanties, notamment le droit d'hypothèque, qu'elles possèdent à l'égard de ceux qui ont le maniement de leurs fonds. Or, nous avons démontré que le droit d'hypothèque n'est pas refusé aux étrangers par notre législation, quelle que soit la source dont il dérive; nous savons aussi que les personnes morales étrangères dont l'existence n'est pas incompatible avec l'ordre public tel qu'il est compris en France ont les mêmes droits que les particuliers étrangers : rien ne s'oppose par conséquent à ce que le droit d'hypothèque puisse être invoqué en France par un Etat ou un établissement public étranger.

Mais, ensuite, on doit se demander si ces personnes morales ont droit à l'hypothèque légale; or cette question ne peut dépendre de la loi française qui n'a accordé cette garantie qu'à l'Etat français et aux établissements publics de notre pays : on ne peut la résoudre qu'en consultant la loi de l'Etat étranger où sont constitués les établissements publics, car c'est elle seule qui a compétence pour assurer la protection de ces personnes morales, au même titre que la loi nationale des incapables assure celle de ces derniers.

Cependant, tout en reconnaissant aux Etats et aux établissements publics étrangers, quand leur loi nationale la leur accorde, une hypothèque légale sur les biens de leurs agents comptables situés en France, nous devons ajouter que cette hypothèque sera, en fait, assimilée à une hypothèque conventionnelle. Le législateur n'ayant parlé, dans l'art. 2121 C. civ., que de l'Etat français, comme cela résulte du mot Etat employé seul, et aussi des établissements français, il faut en conclure que les avantages spéciaux accordés à l'hypothèque légale en France ne seront pas reconnus à l'hypothèque légale étrangère. C'est ainsi que la généralité de l'hypothèque légale qui appartient à l'Etat français ne sera pas accordée à l'hypothèque d'un Etat étranger, quelles que soient les

dispositions de la loi étrangère sur ce point; et cet Etat devra se conformer au principe de droit commun qui est d'ordre public en France, c'est-à-dire à la spécialité de l'hypothèque, à laquelle il n'a été dérogé que par faveur pour l'Etat et les établissements publics français.

SECTION III

PRIVILÈGES

418. Les privilèges sont des droits réels accessoires, c'est-à-dire établis sur des meubles ou des immeubles pour la sûreté d'une créance, et qui ont tous pour caractère commun d'être accordés directement par la loi; seul, le privilège venant du gage vient de la volonté des parties qui sont libres de le constituer. L'analyse des privilèges conduit aux deux conclusions suivantes : 1° ils sont attachés *de plein droit* par le législateur à certaines créances, pour des motifs qui intéressent tous l'ordre public, tels que des raisons d'humanité, de crédit ou d'équité (V. art. 2101, 2102, 2103 C. civ.); 2° ils sont *limitativement* énumérés par la loi, parce que la possibilité pour les parties de les créer à leur gré serait compromettante pour le crédit public, en permettant à un créancier, sans motif sérieux, de primer tous les autres.

De ces principes il résulte : 1° que les étrangers ont droit, sur les meubles ou immeubles situés en France, à tous les privilèges établis par notre législation, ces privilèges ne fussent-ils pas admis par la loi étrangère; 2° que les étrangers ne peuvent pas invoquer dans notre pays un privilège accordé par une loi étrangère et inconnu dans la nôtre. En résumé, la *lex rei sitæ* doit être exclusivement appliquée en matière de privilèges, soit pour leur constitution, soit pour les conditions exigées afin de les conserver et de les opposer aux tiers, soit enfin pour déterminer les droits qui en dérivent; il s'agit en effet toujours du statut réel, au sens strict et vrai du mot (1).

(1) [Laurent, *Droit civ. int.*, t. VII, p. 480; Bertauld, *Questions doctrinales et pratiques*, t. I, p. 100; Huc, *Comment. théor. et prat. du Code civil*, t. XIII, n. 234, p. 920; Fiore, *op. cit.*, 2e éd., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 234, p. 530; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 384; Audinet, 2e éd., n. 334, p. 248; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 254-258 et *Manuel*, 6e éd., p. 540;] Douai, 11 déc. 1891, J. C., 1892, p. 928 et s. — Le traité d'union de Berne du 14 oct. 1890 dispose, dans son art. 22, que les effets du gage appartenant aux compagnies de chemins de fer sur la chose transportée, donc le privilège qui en résulte, sont régis par la loi du pays où s'effectue la livraison. [Lyon-Caen, J. C., 1894, p. 672.]

419. Privilèges sur les navires. — S'inspirant, en ce qui concerne les privilèges sur les navires comme pour l'hypothèque maritime, du principe du statut réel et de la sauvegarde du crédit public telle qu'elle est organisée en France, la jurisprudence se refuse à admettre sur les navires étrangers des privilèges qui ne sont pas reconnus par la législation française (art. 191 C. co.). — Mais, à raison de la nature spéciale des navires et de la facilité avec laquelle les tiers peuvent se renseigner sur leur nationalité, ce qui écarte tout danger au point de vue du crédit public, nous déciderons, comme nous l'avons fait à propos de l'hypothèque maritime, qu'il faut s'attacher à la loi du pavillon et accepter tous les privilèges déterminés par cette loi (1).

C'est encore pour les raisons développées plus haut au sujet de l'hypothèque maritime que nous appliquerons la loi du pavillon pour fixer les formalités à remplir afin de conserver les privilèges à l'égard des tiers, le classement de ces privilèges et leur effet, notamment le droit de suite, à propos duquel nous n'avons qu'à rappeler ce qui a été déjà dit au sujet du droit de suite sur les navires dérivant des créances chirographaires. Sur tous ces points, la jurisprudence se prononce, au contraire, en général pour l'application de la loi locale, c'est-à-dire de la loi du pays où se trouve le navire quand le privilège est invoqué (2). [Cependant quelques décisions, tant en France qu'à l'étranger, adoptent la loi du pavillon (3).]

419 *bis*. Il ne suffit pas d'admettre, avec quelques décisions de

(1) Lyon-Caen, *Etudes de dr. intern. privé maritime,* p. 30. [Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, t. VI, 3e édit., n. 1789; Levillain, J. C., 1897, p. 48; Pillet, *Principes,* n. 210, p. 411-413; Glard, *op. cit.,* p. 158; Paturet, *op. cit.,* p. 220; Audinet, 2e édit., n. 338, p. 253; Fiore, *op. cit.,* t. II, n. 843, n. 910 et s.; Diena, *Dic. comm. internaz.,* t. III, 1905, n. 264, p. 308-317. — *Contra* Laurent, *Droit civ. int.,* t. VII, n. 384 et s., p. 450 et s.; Alb. Rolin, *Principes,* t. III, n. 1452; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 550 et s., n. 556-559; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 315-317; von Bar, *Theorie und Praxis,* 2e édit., t. II, § 321, p. 199.]

(2) Aix, 9 déc. 1870, S., 71. 1. 115 et D. P., 74. 2. 175; [Trib. comm. Marseille, 8 avril 1876; Aix, 22 nov. 1876; Trib. comm. Marseille, 4 avril 1880, *Journ. jurispr. Marseille*, 1877. 1. 10 et 1882. 2. 10; Bruxelles, 21 déc. 1887, J. C., 1889, p. 494; Reichsgericht de Leipzig, 25 nov. 1890, J. C., 1892, p. 1043, et 9 fév. 1900, *Zeitschr. für int. Recht,* 1900, p. 472; Trib. sup. hanséatique, 26 avril 1894, J. C., 1895, p. 139; Trib. rég. sup. Hambourg, 6 juin 1896, J. C., 1897, p. 595.]

(3) [Rouen, 7 mai 1888, *Rev. int. du dr. maril.,* 1888-1889, p. 248; Bruxelles, 11 mars 1880, *Belgique judic.,* 1880, p. 709; Trib. comm. Anvers, 5 mars 1888, *Rev. int. du dr. maril.,* 1886-1887, p. 201; Cour du district sud de New-York, 29 juin 1887, *ibid.*, p. 367; Cour de Copenhague, 21 août 1889, J. C., 1892, p. 1066.]

jurisprudence, avec le Congrès de droit commercial d'Anvers en 1885 et de Bruxelles en 1888 (J. C., 1885, p. 631 et 1888, p. 887) et avec l'Institut de droit international en 1885 (*Ann. de l'Instit.*, t. VIII, p. 124-125) que « la loi du pavillon du navire doit servir à déterminer..... 5° Quelles sont les créances garanties par un privilège maritime... 6° Quels sont les rangs des privilèges sur le navire... ». Il faut aussi se préoccuper de la diversité extrême des lois nationales quant aux privilèges et de la multiplicité exagérée de ces droits réels (1). C'est ce qu'a fait le Comité maritime international, dont il a été ici question à diverses reprises. Dans le Code international qu'il a préparé sur les privilèges et les hypothèques maritimes il s'est efforcé de faire l'unification en restreignant le nombre des privilèges.]

[Il est certain, en effet, que le crédit maritime se trouve paralysé par ces droits occultes, dont le nombre, l'étendue et la durée sont variables. Or, parmi eux, beaucoup ont perdu leur raison d'être par suite des changements survenus dans les conditions des industries maritimes. Ainsi, le privilège des fournisseurs n'est pas indispensable. Il est inutile aussi de privilégier les créances nées du contrat de transport : les clauses d'exonération étant devenues d'un usage général, il est peu logique d'accorder une préférence à des intéressés qui, dans la pratique, ont renoncé à tout recours contre le navire. Quant au privilège accordé par l'art. 191 de notre Code de commerce à la prime d'assurance, il n'a guère trouvé de défenseurs que parmi les assureurs français, pour lesquels, d'ailleurs, il ne constitue qu'une garantie bien minime, puisqu'il n'existe que pour la prime d'assurance du dernier voyage. Même en admettant que l'expression *dernier voyage* doive s'entendre de « la période comprise entre le dernier armement et le dernier désarmement » (Cass., 20 juillet 1898), le Code de commerce français n'attribue pas une garantie bien importante pour l'assureur qui consent une police à l'année, suivant l'usage : en effet, l'armateur peut désarmer son navire peu de temps avant l'échéance prévue pour le paiement de la prime. Un pareil privilège est à peu près inconnu dans les autres législations, et il est facile aux assureurs de remplacer cette sûreté en exigeant le paiement comptant de la prime. On peut en dire autant du privilège qu'a conféré aux pilotes et aux entreprises de remorquage en France la loi du 11 avril 1905, art. 2.]

(1) [V. notamment Hennebincq, *Sur les principes en matière de privilèges et d'hypothèques maritimes*, *Rivista di diritto internaz.*, 1901, p. 503-520.]

[D'une manière générale, le projet sorti des délibérations des conférences d'Amsterdam, de Liverpool et de Venise et qui sera soumis à la Conférence diplomatique, où vingt-un Etats ont été représentés, la Grande-Bretagne y comprise, convoqué par les soins du gouvernement belge en une troisième session, s'est inspiré de la considération suivante : il paraît juste d'éliminer du cercle des privilèges les créances qui ont pour gage à la fois la fortune de terre et la fortune de mer de l'armateur et, au contraire, d'y admettre celles qui n'ont pour gage que cette dernière, ou du moins les plus intéressantes d'entre elles. C'est ainsi que le projet n'attribue le caractère privilégié qu'aux créances pour taxes et impôts publics (1), pour la conservation du navire, pour les gages et loyers de l'équipage, pour les indemnités d'assistance ou de sauvetage et pour la réparation des dommages causés par abordage à un autre navire et à son chargement.]

[Ainsi limité le danger des privilèges occultes disparaît dans une très large mesure et le prêteur peut se mettre à couvert contre les principaux d'entre eux; en effet, l'assistance, le sauvetage, l'abordage sont les risques susceptibles d'être garantis par l'assurance.]

[Le projet du Code international sur les hypothèques et les privilèges maritimes fixe en principe à un an le délai d'extinction pour les privilèges.]

[« Dans ces conditions, dit très bien M. Verneaux (2), la fortune de mer constituerait pour les prêteurs un gage très supérieur à celui qu'elle forme actuellement. Elle n'est plus exposée à être absorbée par des privilèges dont le nombre, la nature et la durée détruisent toute sécurité. Le prêteur peut mesurer les risques d'absorption du gage par les privilèges qui subsistent et ces risques eux-mêmes peuvent être, pour la majeure partie, l'objet d'une assurance ».]

(1) [Ces privilèges ne peuvent que relever de la loi territoriale. De Rossi, *Del modo di regolare i conflitti delle leggi marittime tra i varii Stati, Rivista di diritto internaz.*, 1899, p. 98; Règlement sur le régime légal des navires dans les ports étrangers élaboré par l'Institut de droit intern. en 1898 à La Haye, art. 25-26, *Ann. de l'Inst.*, t. XVII, p. 273 et s.; Fromageot, *Rev. int. du dr. mar.*, 1901-1902, p. 527; Diena, *Diritto comm. intern.*, t. III, 1905, p. 411, note 2. — Cpr. Cour d'appel de Venise, 14 janv. 1908, J. C., 1909, p. 275 : les navires étrangers ancrés dans les ports italiens ne sont pas exemptés de la taxe de consommation de l'énergie électrique établie par la loi du 8 août 1895.]

(2) [Verneaux, *Des travaux et résultats relatifs à l'unification du droit maritime de 1897 à 1907*, J. C., 1908, p. 69.]

CHAPITRE III

PRESCRIPTION ACQUISITIVE

420. I. **Prescription des immeubles.** — On n'a jamais hésité, ni dans l'ancien droit ni de nos jours, à considérer la prescription des immeubles comme une institution rentrant complètement dans le statut réel, et régie exclusivement par la *lex rei sitæ* (1). La prescription tient en effet essentiellement à l'organisation de la propriété et a pour but de sauvegarder cette dernière contre les attaques incessantes dont elle n'aurait pas manqué d'être l'objet, si les détenteurs d'immeubles avaient dû faire la preuve directe de leur droit. Aussi constitue-t-elle, dans chaque pays, une institution d'ordre public relativement à laquelle les étrangers possesseurs d'immeubles devront exclusivement invoquer la loi territoriale (art. 3, alin. 2 C. civ.). Cette application exclusive de la *lex rei sitæ* se manifestera d'ailleurs pour tous les points concernant la prescription : le juste titre, la bonne foi, l'interruption, etc. (2).

Cependant la suspension de la prescription peut donner lieu à quelques difficultés, au moins quand elle provient de l'incapacité du véritable propriétaire, par exemple de sa minorité ou de son interdiction (art. 2252 C. civ.).

Si nous supposons, tout d'abord, un étranger qui, d'après sa loi nationale, peut invoquer la suspension de la prescription, tan-

(1) Bouhier, *loc. cit.,* ch. XXXV, n. 3 et 4; Pothier, *Prescription,* n. 247.

(2) [Cour d'appel d'Alexandrie, 27 avril 1907, J. C., 1908, p. 1244 : la prescription acquisitive est interrompue par la citation en justice même devant un tribunal incompétent, lorsque toutes les parties étaient indigènes. V. Clunet, *Tables générales,* t. IV, v° *Prescription acquisitive,* p. 431. — Sur l'application exclusive de la *lex rei sitæ* quant à la prescription immobilière, v. Martin, *Rép.,* v° *Prescription,* sect. I, § 3, n. 7; Savigny, *Système,* t. VIII, p. 367; Bertauld, *Quest. doct. et prat.,* t. I, p. 46; Laurent, *Droit civ. int.,* t. VIII, p. 330 et s., et *Avant-projet de révision du Code civil belge,* art. 26, n. 4; de Bar, *Theorie und Praxis,* 2e édit., t. I, p. 530; Fiore, *Dr. int. privé,* 2e édit., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 809, p. 761; Esperson, J. C., 1881, p. 219; Westlake, J. C., 1883, p. 9, et *Priv. int. law,* 4e édit., 1905, § 171, p. 210; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription,* 3e édit., n. 967 et s.; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 199-201 et *Man.,* 6e édit., 1909, p. 530-531; Pillet, *De l'ordre public en droit int.,* p. 74; *Principes,* n. 207, p. 405-406. — Cass. Belgique, 5 juin 1818, D. A., v° *Lois,* n. 121-2°; Cass., 12 juil. 1821, D. A., v° *Prescription civile,* n. 227; 13 juil. 1829, D. A., v° *Lois,* n. 421-1°. — Lyon, 19 juil. 1877, J. C., 1878, p. 44. — Trib. civ. Seine, 19 fév. 1889, J. C., 1899, p. 621.]

dis qu'il ne le pourrait pas d'après la *lex rei sitæ*, on pourrait être tenté de décider que, la suspension étant une mesure de protection pour les incapables, et la protection de ceux-ci rentrant dans le statut personnel, c'est la loi nationale de l'étranger qui doit être appliquée. — Mais nous savons déjà que la loi nationale, même en tant qu'elle régit le statut personnel, est écartée lorsqu'elle est en opposition avec l'ordre public territorial : or, la limitation de la durée de la prescription intéresse trop directement l'organisation de la propriété, le crédit des tiers, l'ordre public, en un mot, pour qu'il soit possible d'accepter, sur ce point, une autre loi que celle du pays où l'immeuble possédé est situé.

En sens inverse, un étranger peut ne pas avoir droit à la suspension de la prescription, alors qu'un Français, placé dans les mêmes conditions que lui, pourrait l'invoquer.

Si l'on ne se préoccupait que de l'intérêt du propriétaire, on dirait que sa loi nationale, seule compétente pour déterminer la protection à laquelle il a droit à raison de son incapacité, ne lui ayant pas donné la faveur de la suspension, il ne convient pas à la législation française de la lui accorder. — Mais, en remarquant que la suspension intéresse les tiers, notamment les ayants-cause de l'incapable étranger qui ont acquis de lui l'immeuble qu'une autre personne est en train de prescrire, nous dirons que l'ordre public, tel qu'il est organisé en France au point de vue de la sauvegarde du crédit général, est encore en cause, et nous en conclurons que la suspension pourra être invoquée d'après la *lex rei sitæ*. Toutefois, puisqu'on doit tenir uniquement compte, dans ce cas, de la loi territoriale, il ne faudra accorder à l'étranger la suspension que pendant le temps fixé par cette même loi. Si donc il s'agit d'un étranger qui, d'après sa loi nationale, n'est majeur qu'à 25 ans, on décidera, lorsque l'immeuble est situé en France, que la suspension prendra fin dès qu'il aura atteint l'âge de 21 ans (1).

A la prescription acquisitive se rattache intimement la prescription extinctive des actions réelles, telles que la revendication (art. 2262 C. civ.) et les actions confessoires et négatoires des servitudes. Pour les raisons exposées ci-dessus, il faudra appliquer exclusivement la *lex rei sitæ*, soit pour la durée, soit pour les

(1) [Weiss, *Traité*, t. IV, p. 300, note 4 ; *Contra* Berlauld, *op. cit.*, t. Ier, p. 46, n. 57.]

conditions de la prescription extinctive des différents droits réels (art. 617, 706 C. civ.) (1).

II. **Prescription des meubles.** — Conformément au principe généralement adopté pour les meubles, on faisait régir, dans l'ancien droit, la prescription de ce genre de biens par la loi du domicile du propriétaire (2). Aujourd'hui, la prescription des meubles est dominée par le principe : *En fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279 C. civ.), qui a remplacé définitivement en France les prescriptions très variables des anciennes coutumes. Or, que l'on voie dans cette règle une prescription instantanée établie par le législateur pour les meubles, ou un genre d'acquisition spécial et venant *ipso facto* de la possess'on des biens mobiliers, ou enfin une simple présomption de propriété formulée par la loi en faveur de ceux qui détiennent des meubles corporels avec juste titre et bonne foi, il n'en est pas moins certain que la règle elle-même est fondée sur une considération d'ordre public ; elle a pour but, en effet, de sauvegarder le crédit des acquéreurs de meubles et d'assurer la sécurité dans les transactions si rapides et si fréquentes portant sur ce genre de biens. Aussi la disposition de l'art. 2279 C. civ. s'impose-t-elle nécessairement à tous, sur le territoire français, sans distinction entre les nationaux et les étrangers (3). C'est encore, et pour les mêmes raisons, la *lex rei sitæ* qu'il faudra exclusivement appliquer pour fixer la prescription spéciale des meubles perdus ou volés qui en France est de trois ans (art. 2289, alin. 2 C. civ.), en Italie de deux ans (art. 2146 code civil italien), et est même supprimée en Allemagne (C. civ., art. 1007).

Mais que faut-il entendre par la *lex rei sitæ* en ce qui concerne les meubles ? Généralement on décide que c'est la loi du pays où le meuble se trouve au moment où l'on invoque le droit de pro-

(1) [Aubry et Rau, t. Ier, 5e édit., § 31, p. 135; Milhaud, *op. cit.*, p. 69; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 221 et p. 270-271; *Id., Manuel*, 6e édit., 1909, p. 536, p. 538-539 et p. 544-545.]

(2) Pothier, *Prescription*, n. 251.

(3) Trib. Seine, 17 avril 1885, J. C., 1886, p. 593; *id.*, 19 février 1889, *ibid.*, 1889, p. 621; Douai, 11 déc. 1891, *ibid.*, 1892, p. 928; *id.*, 7 janv. 1892, *ibid.*, 1894, p. 1005; Cass., 14 juin 1899, *Gaz. Pal.*, 8 juill. 1899; [Trib. Seine, 21 déc. 1895, J. C., 1896, p. 1032; Trib. rég. supér. Hambourg, 19 janv. 1894, *Zeitschr. für int. Privatrecht*, 1894, p. 573; Fœlix, *op. cit.*, t. Ier, p. 134; Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 240, et t. VIII, p. 333, 343 et suiv.; Pillet, *De l'ordre public en Droit int. privé*, p. 76, et J. C., 1894, p. 50; *Id., Principes*, n. 207, p. 405-406, et n. 218, p. 424; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 201-202 et *Man.*, 6e édit., p. 531.]

priété résultant de la prescription (1). Puisque, en effet, il s'agit de l'application d'une règle concernant l'organisation de la propriété et touchant à l'ordre public, il faut en conclure que la loi du pays où le bien se trouve matériellement situé quand on le revendique doit être suivie. C'est ainsi qu'un meuble possédé d'abord en France, dans les conditions déterminées par l'art. 2279 C. civ., est acquis au possesseur quelles que soient les dispositions de la loi du pays où ce meuble sera transporté plus tard.

De même, un meuble possédé d'abord en Autriche où la prescription est de trois ans (C. civ., art. 1466) sera immédiatement la propriété du possesseur, si celui-ci se rend en France et y détient ce meuble dans les conditious fixées par l'art. 2279 C. civ. Si, au contraire, le meuble était resté en Autriche, il ne serait acquis au détenteur, même au point de vue des tribunaux français, qu'après une possession de trois ans. De là il suit qu'une prescription non achevée dans un pays ne peut être considérée comme un droit acquis par rapport à une autre loi et que, notamment, elle peut être modifiée par une loi nouvelle en cas d'annexion (2).

[En définitive, la règle de situation des conflits peut être ainsi formulée : « Lorsque se pose d'une manière générale, la question de savoir quelle loi doit décider du droit de revendiquer une chose mobilière qui a subi un ou plusieurs déplacements succes-

(1) R. Vincent, J. C., 1886, p. 679 et suiv. — Trib. Seine précité, 17 avril 1885, J. C., 1886, p. 593. — Trib. Seine précité, 21 déc. 1895, J. C., 1896, p. 1032; [Trib. rég. supér. Hambourg précité du 19 janv. 1894, *Zeitschr. cit.*, 1894, p. 573; Savigny, *Système*, t. VIII, § 367; Laurent, *Droit civ. int.*, t. VII, p. 348; Lainé, *Introd. au dr. int. privé*, t. II, p. 253 et s.; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 174; Weiss, *Traité*, t. IV, p. 202-203 et *Man.*, 6e éd., p. 531; Asser et Rivier, p. 99; Fiore, *op. cit.*, 2e éd., trad. Ch. Antoine, t. II, n. 817 et s., p. 369 et s.; Glard, *op. cit.*, p. 139. — V. cep. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 302. Cet auteur semble pourtant, t. VIII, p. 349, se rallier à l'opinion communément admise. L'art. 5 du projet de la commission de révision du code civil belge, en cas de changement survenu dans la situation des biens meubles, donne la préférence à la loi de la situation la plus récente, parceque, dit le rapport, la dernière situation seule est effective, matérielle, tangible, les autres n'étant plus que des souvenirs, des faits disparus. Soit, répondrons-nous; mais à la condition de respecter ce principe primordial que la propriété valablement acquise dans un pays doit être reconnne comme telle dans tous les pays. Le traité de droit civil sud-américain de 1889 dispose (art. 55) : « Si le bien est meuble et a changé de situation, la prescription se règle par la loi du lieu où s'est complété le temps nécessaire pour prescrire ».]

(2) Saint-Julien, 3 août 1868, S., 69. 1. 155. — *Contra* Tunis, 26 déc. 1889, J. C., 1898, p. 557.

sifs, il faut donner la préférence à la loi du lieu où le meuble se trouve actuellement, quelle que soit la contrée où le procès s'élève, sauf à tenir compte de cette idée essentielle, à savoir que la propriété, valablement acquise dans un pays, doit être respectée partout » (1).]

421. En ce qui concerne les meubles incorporels, la loi établit des règles spéciales pour en protéger les propriétaires, quand les titres qui les constatent sont perdus ou volés (loi du 15 juin 1872, modifiée par la loi du 8 février 1902). Ces règles doivent être appréciées à deux points de vue.

1° Les unes, par exemple la notification de la perte ou du vol faite au débiteur, ont pour objet de faire maintenir et exécuter les obligations de celui-ci envers son créancier. A ce premier point de vue, le meuble perdu ou volé est considéré comme incorporel, et, par conséquent, comme fictivement situé au domicile du débiteur, où les formalités protectrices des droits du créancier doivent être remplies. Ainsi, en ce qui concerne les mesures de cette première catégorie, on n'applique notre loi de 1872 que pour les titres dont les débiteurs sont en France, tandis que c'est la loi étrangère qui doit être appliquée pour ceux dont les débiteurs sont à l'étranger (2).

2° Les mesures qui tendent à faire recouvrer le titre perdu ou volé, en assurant son inaliénabilité, visent ce titre dans l'*instrumentum* même qui le constate et en tant que meuble corporel : elles devraient donc être déterminées par la loi du pays où le titre se trouve matériellement. Cependant, pour arrêter la fraude trop facile qui permettrait d'échapper à la loi française en négociant les titres à l'étranger où la loi permet leur aliénation nonobstant leur perte ou leur vol, on fait de notre loi de 1872 une règle d'ordre public absolu, suivant laquelle la négociation est nulle en France, même faite à l'étranger et portant sur des titres étrangers (3). Cette solution est, d'ailleurs, fort critiquable, car elle tend

(1) Surville et Arthuys, 4e éd., n. 174.

(2) Jurisprudence constante : V. J. C., 1878, p. 165; 1882, p. 324 et 548; 1892, p. 727; 1894, p. 566 et D. P., 1895. 2. 88, note de M. Valéry.

(3) Cpr. Wahl, *Titres au porteur en France et à l'étranger,* II, n. 1596 et suiv.; Amsterdam, J. C., 1887, p. 246; Paris, 29 avril 1875, *ibid.,* 1876, p. 363; Cass., 13 février 1884, *ibid.,* 1884, p. 75; Trib. Seine, 10 janvier 1893, *ibid.,* 1893, p. 596; [Trib. comm. Oloron-Sainte-Marie, 7 août 1906, J. C., 1907, p. 412; Trib. civ. Seine, 5e ch., 4 mars 1907, p. 771 ; Trib. civ. Seine, 3e ch., 8 fév. 1906 et Paris, 3e ch., 14 déc. 1908, J. C., 1908, p. 523 et la note critique de M. Perroud; — Reichsgericht de Leipzig, 6 oct. 1897, J. C., 1898, p. 378; Cour d'Alexandrie, 4 mars 1908,

à faire de notre loi de 1872 une espèce de règle universelle, régissant, même à l'étranger, des valeurs étrangères qui, par leur nature et leur situation, ne relèvent en rien de la loi française (1).

J. C., 1908, p. 1247; — Clunet, *Tables générales,* v° *Titres au porteur perdus ou volés,* p. 902.] — Barlin, *Etudes de Droit int. privé,* 1899, p. 197 et suiv. — Vincent, *De l'application de la loi française aux négociations à l'étranger de titres au porteur perdus ou volés,* n. 14 et s.; [Mercier, *Conflits et lois relatifs à la revendication des titres au porteur perdus ou volés et à leur annulation, J. des Trib.* et *Rev. jud. suisse,* 30 novembre 1906 et J. C., p. 321 et s.; Thaller, *Ann. de dr. comm.,* 1905, p. 249 et s.; Odier, *Les conflits de lois relatifs à la dépossession des titres au porteur, Semaine judiciaire de Genève,* 5 août 1907; Paul-Dauphin, *Emission et circulation des titres des sociétés étrangères en France,* Paris, 1907; Bézard-Falgas, *R. D. I. P.,* 1909, p. 79-98.]

(1) V. note dans J. C., 1889, p. 452; Surville, *Rev. critiq.,* 1894, p. 274; [de Bar, *Theorie und Praxis,* 2e édit., t. II, n. 292, p. 307; Pillet, *De l'ordre publ. endr. int. privé,* p. 78 et s.; *Id., Principes,* n. 324, p. 563-565; Weiss, *Traité,* t. IV, p. 207-210 et *Man.,* 6e édit., p. 531-533; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription,* 3e édit., n. 976. — La jurisprudence française admet deux points de vue contradictoires, sous couleur de mieux protéger les intérêts français. Elle considère, d'une part, qu'en cas de perte ou de vol d'un titre, les relations entre le propriétaire dépossédé et le futur acquéreur seront régies par la *lex loci contractus* et qu'ainsi celui qui achète en France un titre perdu ou volé, émis par un Etat ou une société étrangère, n'a rien à craindre. Cela posé, elle devrait admettre, d'autre part, que celui qui achète à l'étranger un titre frappé d'opposition en France échappe à l'effet produit par la loi française. Or, ce corollaire logique de ses prémisses, notre jurisprudence le repousse à l'unanimité. — Les questions internationales soulevées en cette matière ont fait l'objet d'un important débat à l'Institut de droit international en 1906 à la session de Gand. Dans ses *Résolutions* relatives au conflit des lois en matière de dépossession de titres au porteur, l'Institut recommande la solution suivante : la loi du pays du débiteur (Etat, province, société, etc.) régira les rapports entre ce débiteur et les tiers; et la loi du lieu de la négociation régira les rapports entre le propriétaire dépossédé et l'acquéreur de bonne foi. J. C., 1907, p. 321-324, et p. 572. V. l'exposé magistral de la théorie mise en minorité à la session de Gand, par M. Thaller, *Ann. du dr. comm.,* 1905, p. 249 et s. — L'art. 935 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 exclut absolument la revendication de la monnaie et des titres au porteur contre l'acquéreur de bonne foi. J. C., 1907, p. 324.]

APPENDICE

De la faillite en Droit international privé.

---

422. Par la complexité même de ses effets, la faillite est une institution qui soulève un très grand nombre de difficultés, soit en elle-même, soit surtout lorsqu'on l'envisage au point de vue des conflits de législations auxquels elle peut donner lieu. L'intérêt pratique que présente l'étude de ces dernières difficultés se comprend sans peine, si l'on songe que les relations de commerce international ont déjà pris un développement qui va tous les jours en croissant, et qui met sans cesse en rapport des créanciers de nationalité différente venant se partager le patrimoine d'un débiteur dont les biens sont souvent situés dans des pays éloignés les uns des autres. Du reste, même dans l'ordre du droit civil, la question des faillites a une importance capitale au point de vue international, car, par suite d'une évolution dans les idées qui s'accentue tous les jours davantage, le droit commercial tend de plus en plus à s'absorber dans le droit civil, ou, pour mieux dire, ce dernier tend à emprunter au premier ses institutions plus faciles, d'une réglementation plus simple, et plus protectrices des intérêts privés : c'est ainsi que le code des faillites de l'empire allemand, du 10 février 1877 (texte du 20 mai 1898, mis en harmonie avec le code civil et le code de procédure civile), assimile la déconfiture du non commerçant à la faillite du commerçant (1),

(1) V. encore assimilation presque complète entre la faillite et la déconfiture en Autriche, loi du 25 déc. 1868, en Angleterre depuis le *Bankruptcy Act* du 25 août 1883, en Danemark depuis 1872, aux Etats-Unis depuis 1867 [(loi fédérale du 1er juillet 1898; v. *Ann. de législ. étrang.*, 1889, p. 759; Stocquart, *La nouvelle loi fédérale des Etats-Unis sur la faillite, R. D. I.*, 1900, p. 253 et J. C., 1899, p. 495-504), en Hollande (loi du 30 sept. 1893, en vigueur depuis le 1er sept. 1896 (v. Jitta, *Ann. de dr. comm.*, 1902, p. 57), en Espagne (le code de commerce de 1885, dans ses articles 870 et suiv., s'occupe de la faillite des commerçants appelée *quiebra;* la procédure de la faillite est régie par la *Ley de Enjuiciamento civil* du 3 février 1881, qui, avec quelques dispositions spéciales (art. 1130-1317), étend cette procédure aux non commerçants sous le nom de *concurso*), en Suisse depuis

et cette innovation est vivement réclamée dans d'autres pays (1).

Le principe fondamental qui devrait être appliqué pour régler la faillite dans les relations internationales peut se déduire aisément de l'idée essentielle sur laquelle repose cette institution. On sait que, le patrimoine d'un débiteur étant le gage commun de ses créanciers, dès qu'un commerçant cesse ses paiements, c'est-à-dire tombe en faillite, le but poursuivi par le législateur est de faire de l'insolvabilité de ce débiteur un malheur commun pour tous les créanciers, de telle sorte que chacun ait, au prorata de sa créance, une part de l'actif du failli, sans qu'aucun, sauf des exceptions limitativement indiquées, puisse obtenir un paiement intégral au détriment des autres créanciers. Aussi semble-t-il que, lorsqu'un débiteur est déclaré en faillite dans un pays quelconque, aurait-il des biens situés dans divers Etats et ses créanciers seraient-ils de nationalité différente, la faillite doit avoir un effet universel, et tous les biens du failli, réunis en une seule masse, doivent être attribués à tous les créanciers sans distinction, proportionnellement au montant de leur créance. Tous les créanciers, en effet, lorsqu'ils ont traité avec le failli, ont compté que ses biens seraient leur gage commun, en quelque lieu qu'ils soient situés, et ont pensé qu'en cas d'insolvabilité du débiteur son patrimoine entier leur serait partagé au marc le franc. Il va sans dire d'ailleurs que cette unité et cette universalité de la faillite ont, au point de vue pratique, le grand avantage d'éviter la multiplicité des frais, la perte de temps et la contrariété possible des jugements que provoquerait la répétition d'une même déclaration de faillite dans différents pays; or cet avantage est particulièrement précieux dans une matière où l'économie et la rapidité sont si recherchées et avec juste raison.

[Il y a plus qu'une question d'économie et de célérité. L'unité et l'universalité de la faillite sont commandées par l'honnêteté la plus élémentaire. « Qu'arrive-t-il maintenant? se demande M. Rahusen, dans le rapport qu'il a présenté au nom de la cinquième

le 1er janvier 1892, date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, qui sera modifiée sur plus d'un point à dater du 1er janvier 1912, date de la mise en vigueur du nouveau code civil suisse du 10 décembre 1907 (art. 60 du titre final).]

(1) V. *De la déconfiture et des améliorations dont notre législation en cette matière est susceptible,* 1880, par M. Garraud; Thézard, *De l'influence des relations commerciales sur le développement du droit privé, Rev. critique,* 1874, III, pp. 103-117, 166-182, 250-266.

Commission à la quatrième Conférence de La Haye dans la séance du 31 mai 1904. Le jugement prononçant la faillite n'est pas exécutoire dans un autre pays. Et quelle est la conséquence ? Que des créanciers sans foi ni honneur saisissent dans le dernier pays à leur profit les biens de la faillite qui se trouvent dans ce pays. Et le syndic ou curateur n'y peut rien. L'existence de cet état de choses a été qualifiée de véritable scandale. C'est un vol plus ou moins légalement organisé » (1).

Mais ce *desideratum* de l'unité et de l'universalité de la faillite est-il réalisé par les législations modernes et spécialement par la nôtre? En réalité, la plupart des lois actuellement en vigueur ne mettent pas d'obstacle positif à son application; elles ne disent rien ou donnent peu d'indications sur les conflits de lois en matière de faillite; aussi la doctrine et la jurisprudence sont-elles souvent hésitantes, parfois même confuses et contradictoires. C'est par les traités que l'on peut arriver à une entente internationale sur ce point, comme on y est arrivé pour la protection de la propriété industrielle, littéraire et artistique; les résolutions votées par le Congrès juridique italien à Turin, en 1880, par l'Institut de Droit international à Paris en 1894 et à Bruxelles en 1902, [enfin le projet relatif aux faillites élaboré à la IVe Conférence de La Haye], serviront probablement de base à cette entente (2). C'est d'ailleurs dans le sens de l'unité et de l'universalité de la faillite que l'opinion de la doctrine s'accentue chaque jour davantage, et c'est sur ce terrain que l'accord des différents pays, s'il se réalise, se fera sous la forme d'un traité (3).

(1) [*Actes de la IVe Conférence de La Haye*, 1904, p. 55. — Cpr. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, II, 1887, p. 340.]

(2) *Annuaire de l'Institut*, XIII, 1894-1895, p. 279; XIX, 1902-1903, p. 231. [*Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 222. Nous avons déjà constaté (n. 17, p. 56-57) que le *Protocole final* déclare que le texte du projet relatif à la faillite « ne doit pas être considéré comme projet d'une convention générale; il pourra seulement servir de base à des conventions à conclure éventuellement d'Etat à Etat ». — « Votre Commission a été d'avis que, pour le moment, il serait impossible de régler cette matière par un traité général, déclare M. Rahusen dans son rapport. C'est avec regret qu'elle émet cette opinion, puisqu'un traité général entre toutes les puissances de pays commerçants serait bien plus efficace qu'une série de traités spéciaux... Mais pour le moment et en prenant en considération l'opinion de plusieurs gouvernements, il faut s'en tenir à des traités spéciaux ». *Actes de la IVe Conférence*, p. 51.]

(3) Cons. *La faillite dans le droit intern. privé*, par G. Carle, trad. Dubois, 1875; Fiore, *Del fallimento secondo il diritto privato internazionale*, Pise, 1873; [Lomonaco, *Trattato di dir. civ. internaz.*, 1874, p. 266-270; De Rossi, *Studi di*

SECTION PREMIÈRE

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE FAILLITE

423. Si un débiteur peut être assigné, pour l'exécution de ses obligations, dans différents lieux, notamment dans celui qui est fixé dans la convention, dans celui où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou enfin à son domicile, dès qu'il s'agit de liquider son patrimoine pour en distribuer le montant à ses créanciers, un seul tribunal devient compétent, c'est celui de son domicile. Après la faillite, en effet, la personnalité du failli s'efface en quelque sorte, et ceux qui ont traité avec lui n'ont plus affaire qu'avec son patrimoine représenté par le syndic : or c'est au lieu du principal établissement du débiteur que son patrimoine, considéré dans sa masse et comme *universitas juris*, peut et doit être réputé avoir son assiette.

C'est en s'inspirant de cette considération et aussi en tenant compte de l'avantage pratique résultant de l'unité de la procédure au point de vue de l'économie de temps et de frais, comme de la facilité qu'on trouve en général au domicile du débiteur pour recueillir les renseignements propres à édifier sur son bilan, que

dir. internaz. priv., Livourne, 1889, p. 175 et s.; Vidari, *Corso di dir. comm.*, 4e éd., VIII, n. 7452; Vivante, *Elem. di dir. comm.*, Milan, 1891, n. 174; Pennetti, *Il fallimento delle società commerciali*, Turin, 1898, p. 67]; Renault, *La faillite dans les rapports internationaux*, *Le Droit*, 11 et 12 décembre 1880; Thaller, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887; Jitta, *La codification du Droit int. de la faillite*, La Haye, 1895, p. 42 et s., p. 133 et s.; Diena, *Dir. comm. int.*, III, 1905, n. 289-295, p. 475-516; Travers, *La faillite et la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux*, Paris, 1894, p. 31-51; Nachbaur, *De la faillite en droit intern.*, 1883; Bufnoir, *La législation de la faillite en Allemagne et en Autriche*, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1888, p. 366; Ch. Lyon-Caen, *Exposé de la législ. anglaise sur la faillite*, *ibid.*, 1888, p. 292; [Thaller et Percerou, *Traité général de droit commercial. Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 1, Paris, 1907; Surville, *Rev. crit.*, 1907, p. 93; Tarica, J. C., 1908, p. 1241; Perrier, *Les droits préférentiels dans la faillite en dr. int. privé*, Lausanne, 1906; Meili, *Moderne Staatsverträge über das intern. Konkursrecht*, Zurich, 1907; Freund, *Der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses im Recht des Auslands*, *Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht*, X, fasc. 1 et 2; Dove, *Das chinesische Konkursgesetz von 26 avril 1906*, *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft*, Berlin, 1907, p. 161; Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e éd., VII et VIII *passim*; Weiss, *Traité*, V, 1905, p. 733 et s. et *Man.*, 6e éd., 1909, p. 181 et s.]. — Les solutions indiquées pour la faillite doivent s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux institutions analogues, telles que la liquidation judiciaire organisée par la loi du 4 mars 1889.

toutes les législations attribuent compétence, pour la déclaration de faillite, au tribunal du lieu où l'insolvable est domicilié (art. 59 Pr. civ.).

Lorsqu'il s'agit d'une faillite dont les conséquences dépassent les limites d'un seul pays, les mêmes raisons subsistent pour justifier encore la compétence exclusive du tribunal du lieu où le failli est domicilié. On a objecté, il est vrai, que « la concentration » de l'actif dans un autre pays peut-être lointain, et la nécessité » d'y faire valoir ses droits dans des conditions souvent défavora- » bles, presque toujours différentes de celles qui avaient été pré- » vues lors du contrat, la difficulté d'y surveiller toutes les opéra- » tions de la faillite », sont de nature à faire hésiter sur le bien fondé de cette décision (1). Mais les inconvénients que l'on signale sont, croyons-nous, beaucoup moins considérables que ceux qui résulteraient de l'attribution de compétence, pour déclarer la faillite, aux tribunaux des différents pays dans lesquels le débiteur peut avoir des biens ou un établissement de commerce. On peut ajouter, du reste, que les inconvénients que l'on redoute sont moins une conséquence de la solution qui attribue compétence exclusive à la juridiction du lieu où le failli est domicilié que du fait même d'entrer en relations d'affaires avec une personne qui est établie en pays étranger, ou qui a des biens sur le territoire de plusieurs Etats dans lesquels il est toujours plus ou moins difficile de faire valoir ses droits.

Du principe posé, il résulte qu'un étranger peut être déclaré en faillite en France, n'aurait-il dans notre pays qu'un domicile de fait et sans autorisation, mais non s'il a simplement sa résidence sur le territoire français (2). Cependant, beaucoup d'auteurs et nombre de décisions de jurisprudence, considérant la déclaration de faillite comme l'application d'une règle d'ordre public, admettent que cette déclaration peut avoir lieu pour un étranger qui n'a en France qu'une simple résidence, ou qui n'y a qu'un établissement de commerce secondaire (3). Du reste, la qualité de

(1) Bard, *Précis de dr. intern.*, p. 339.

(2) Req., 24 nov. 1857, S., 58. 1. 65; Cass., 4 fév. 1885, S., 86. 1. 200; Carle, *loc. cit.*, p. 17 et 40; Glasson, J. C., 1881, p. 125; [L. Renault, *Rev. crit.*, 1884, p. 715; Alb. Rolin, *R. D. I.*, 1904, p. 59; Weiss, *Traité*, t. V, 1905, p. 763-764.]

(3) [Paris, 7 mars 1878, S., 79. 2. 164; Cass., 4 fév. 1885, J. C., 1885, p. 86 et D. P., 1885, p. 159; Cass., 5 juillet 1897, J. C., 1897, p. 1021 et D. P., 1897. 1. 524; Cour d'appel d'Amsterdam, 6 déc. 1898, J. C., 1903, p. 924; cpr. Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 232; Vareilles-Sommières, *Synthèse du dr. int. pr.*, t. I, p. 268-269;

commerçant, au point de vue de la déclaration de faillite, doit être appréciée d'après la loi du pays où la faillite est déclarée (1).

La question de savoir si le domicile de l'étranger est en France constituant une question de fait, les tribunaux sont souverains pour décider si un étranger, qui se prétend domicilié hors de France, est fondé dans son dire, et spécialement si une société prétendue étrangère a son siège social dans notre pays et peut y être déclarée en faillite (2).

Réciproquement, un Français, domicilié à l'étranger peut être déclaré en faillite par la juridiction étrangère.

Les raisons qui font attribuer compétence exclusive au tribunal du domicile réel du débiteur sont même tellement graves et touchent tellement à l'intérêt général, qu'il ne serait pas possible d'y apporter une dérogation en vertu d'une élection de domicile faite par le débiteur dans ses rapports avec les créanciers. Du reste, la plupart du temps, cette élection de domicile n'est relative qu'à un ou à quelques-uns des créanciers, elle ne concerne qu'une affaire spéciale, tandis que la faillite intéresse tous les créanciers et a pour but de donner à tous une situation identique dans leurs rapports avec le débiteur : or, le seul moyen d'unifier cette situation, au point de vue de la déclaration de faillite, est d'attribuer compétence à un seul tribunal connu de tous, c'est-à-dire à celui du domicile du failli (3).

424. On sait que l'art. 14 C. civ. permet aux Français de soustraire leurs débiteurs étrangers à leurs juges naturels en les assignant en France : faut-il en conclure qu'un créancier français peut assigner en France, pour l'y faire déclarer en faillite, son débiteur étranger domicilié dans un autre Etat?

Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e édit., t. VIII, n. 1231 ; Pillet, *Principes,* n. 306, p. 550.]

(1) Aix, 3 avril 1884, *Rev. des sociétés*, 1885, p. 92 ; [Cass. précité, 4 fév. 1885 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 3e édit., t. VIII, n. 1274, p. 227 ; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 534, p. 660. — *Contrà,* Weiss, *Traité,* t. V, p. 756 et *Man.*, 6e édit., p. 689-690 : d'après cet auteur, c'est à la loi nationale du débiteur qu'il appartient de dire si la faillite peut et doit être déclarée ; ainsi l'étranger ne pourrait être déclaré en faillite en France que si la profession qu'il exerce comporte une telle mesure au regard de la législation de son pays.]

(2) C. de Paris, 20 juin 1874, J. C., 1874, p. 154, affaire du Crédit foncier suisse. — V. Vavasseur, J. C., 1875, p. 345.

(3) Cass., 20 juin 1870, S., 70. 1. 417 et D. P., 70. 1. 289 ; Rouen, 30 juill. 1870, D. P., 1872. 5. 239 ; Dubois, sur Carle, note 50, VII ; Nachbaur, *op. cit.*, p. 82 ; Travers, *op. cit.*, p. 178, note 1 ; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 519, p. 649 ; Weiss, *Traité*, t. V, p. 771.

On a déjà vu que, dans la pratique, on maintient l'application de l'art. 14, même dans les cas spéciaux prévus par l'art. 59 Pr. civ. et pour lesquels la loi établit une compétence exceptionnelle : notamment on permet à un Français d'user de la faveur que lui donne l'art. 14 pour assigner en France son cohéritier étranger afin de procéder au partage d'une succession ouverte en pays étranger, bien que le tribunal compétent soit en pareil cas celui du lieu où la succession est ouverte (art. 59, § 6 Pr. civ.). Admettre cette solution pour la déclaration de faillite, c'est désorganiser complètement l'unité de celle-ci qui doit être exclusivement établie par le tribunal du domicile du débiteur, et créer des conflits de compétence très préjudiciables aux intérêts des parties, car, en pays étranger, on n'acceptera évidemment pas que le créancier français puisse centraliser devant la juridiction de son pays toute la liquidation de la faillite. Mais, quoi qu'on en ait dit, il semble bien difficile d'affirmer que notre cas ne rentrait pas dans les prévisions du législateur quand il a écrit l'art. 14 C. civ. Cette dernière disposition, on l'a déjà vu, est la manifestation d'un esprit de méfiance absolue à l'égard des juridictions étrangères, et, à raison de la généralité de son texte comme du but en vue duquel elle a été rédigée, il faut décider que toujours, même pour la déclaration de faillite, un Français peut assigner en France son débiteur. Cette dernière conséquence doit être une raison de plus pour hâter l'abrogation d'une disposition qui jure dans le Droit des gens moderne (1). Nous avons déjà dit d'ailleurs qu'il est toujours possible de renoncer, expressément ou tacitement, au bénéfice de l'art. 14 C. civ. (2).

Réciproquement, en vertu de l'art. 15 C. civ., des créanciers étrangers pourront demander en France la déclaration de faillite d'un Français (3).

(1) Cass., 12 nov. 1872, J. C., 1874, p. 180; C. de Paris, 7 mars 1878, J. C., 1878, p. 606; [Aix, 30 nov. 1880, D. P., 1882. 2. 64; Rouen, 1er avril 1881, D. P., 1882. 2. 92; Trib. comm. Amiens, 8 mai 1888, J. C., 1891, p. 917; Paris, 19 juin 1891, J. C., 1891, p. 1198; Trib. comm. Seine, 3 déc. 1895, J. C., 1897, p. 526; Demangeat sur Fœlix, 4e édit., t. Ier, p. 530, note *a*; Aubry et Rau, 4e édit., t. VIII, p. 948 *bis*, p. 138; Ch. Brocher, *Cours de Dr. int. pr.*, t. III, p. 210; Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e édit., t. VIII, n. 1232, p. 498. — *Contra* Weiss, *Traité*, t. V, 767-771; Dubois sur Carle, note 50, III; Glasson, J. C., 1881, p. 126, note 3; L. Renault, *Rev. crit.*, 1884, p. 715; Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 360, note 1; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 534, p. 660, et n. 536, p. 668; Alb. Rolin, *R. D. I.*, 1904, p. 59.]

(2) Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit comm.*, n. 3136.

(3) Paris, 2 août 1883, J. C., 1884, p. 63; Renault, *Rev. critiq.*, 1884, p. 715; Bordeaux, 25 mars 1885, J. C., 1886, p. 710.

425. Souvent le failli a plusieurs établissements dont le siège est dans des pays différents, et l'on peut, en pareil cas, hésiter pour décider dans quel lieu doit être prononcée la déclaration de faillite.

Il est tout d'abord deux cas qui ne sauraient présenter de difficultés sérieuses, au moins au point de vue de la solution théorique à fournir, et abstraction faite de la question de fait.

Si le débiteur est associé dans des établissements *distincts* situés dans des pays différents, la faillite devra être déclarée au siège de chacun de ces établissements, d'une manière indépendante, bien que, par suite des relations d'affaires existant entre eux, la faillite de l'un des établissements ait entraîné celle de l'autre (1).

Si le commerçant a, dans différents pays, plusieurs établissements dont l'un joue le rôle de siège principal par rapport aux autres qui ne sont que des annexes ou des succursales, la faillite devra être déclarée par la juridiction dans le ressort de laquelle l'établissement principal se trouve. Cette manière de voir est confirmée par la jurisprudence française, qui reconnaît aussi, avec raison, que la détermination de l'établissement qui doit être qualifié de principal est une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux : c'est ainsi qu'il ne faut pas accepter d'une façon absolue l'autorité des statuts d'une société qui fixent le siège social dans un lieu, tandis qu'en fait le centre des affaires est dans un autre (2).

Enfin, le failli, simple particulier ou société, peut avoir dans différents pays plusieurs établissements parfaitement distincts et ayant chacun son administration séparée. En pareil cas on décide généralement, soit en France, soit à l'étranger, que la faillite peut être déclarée pour chacun de ces établissements d'une manière indépendante, de telle sorte qu'il y a autant de faillites que d'établissements distincts (3).

(1) [Cpr. Trib. comm. Lyon, 19 juill. 1907, J. C., 1908, p. 150; Fuzier-Herman, v° *Faillite,* n. 4922; Thomas, *Etudes sur la faillite,* 1880, p. 102; Roy, *De l'effet en France des jugements étr. rendus en mat. de faillite,* 1887, p. 150 et suiv.; Pic, *De la faillite et de la liquid. judic. des soc. comm.,* 1892, p. 33; Clunet, *Tables générales,* t. III, v° *Faillite,* p. 882.]

(2) Trib. comm. Seine, 10 août 1872, J. C., 1874, p. 124; *id.,* 5 mars 1874, *ibid.,* p. 96. — Cpr. Cour de Genève, 25 mai 1874, J. C., 1874, p. 154. — V. cependant, quand il s'agit de la déclaration de faillite d'un étranger en France, n. 423, p. 1194.

(3) La jurisprudence française paraît aujourd'hui être fixée dans ce sens. V. J. C., 1894, p. 112 et 556. — [Trib. comm. Lyon précité, 19 juill. 1907, J. C., 1908, 152 et les autorités citées en note.]

Cette opinion est fondée sur cette idée que les créanciers, distincts pour chacun des établissements indépendants du failli, ont en vue uniquement la fraction de patrimoine du débiteur représentée par l'établissement à propos duquel ils sont entrés en relation avec lui, sans se préoccuper de la personnalité du débiteur ni de l'ensemble de ses biens : suivant la parole de Stracca, *unusquisque creditor magis merci, quàm debitori credidit.*

Cette raison nous semble peu décisive. Les créanciers, en effet, comptent que le patrimoine entier du débiteur sera leur gage (art. 2092 C. civ.), alors même qu'ils ne traitent qu'à propos d'un des établissements qui lui appartiennent; cela est si vrai, que telle entreprise qui périclite trouvera du crédit si son propriétaire a d'autres établissements de commerce ou d'industrie dont la prospérité est regardée comme une garantie suffisante. On ne saurait morceler, en quelque sorte, la personnalité du débiteur en autant d'individus qu'il a d'établissements distincts; pareille fiction, autorisée et recommandée même pour la bonne tenue d'une comptabilité, serait, si l'on en faisait une réalité, la négation même de ce principe fondamental de droit et de justice que *tout* le patrimoine d'un débiteur répond de ses engagements.

Aussi, afin d'éviter que la même personne ne soit en faillite pour une de ses entreprises et non pour les autres, afin d'empêcher que quelques-uns de ses créanciers ne subissent son insolvabilité tandis que les autres ne perdraient rien, faut-il décider qu'un seul tribunal pourra déclarer la faillite : c'est celui du lieu où se trouve l'établissement principal. D'autre part, la faillite ainsi déclarée englobera tous les biens du débiteur, qui formeront une masse unique pour tous les créanciers, sans distinguer suivant qu'ils relèvent de l'établissement à propos duquel la faillite a été déclarée ou d'un autre (1).

426. La règle établie pour la compétence en matière de déclaration de faillite ne saurait être écartée par le fait que le failli a des immeubles situés dans différents pays. Ceux qui maintiennent encore la vieille notion du statut réel, d'après laquelle tout ce qui concerne les immeubles dépend de la *lex rei sitæ*, prétendent que la souveraineté de l'Etat serait compromise si la déclaration de faillite émanant d'une juridiction étrangère s'étendait aux immeubles situés dans un autre pays. Mais nous savons déjà que cette conception du statut réel est erronée; la souveraineté de

(1) [Weiss, *Traité,* t.V, p. 739, p.764 et p.765, note 1; *Id.*, *Man.*, 6e éd , p.492.]

l'Etat ne peut être compromise que par la violation des règles d'ordre public, et, en ce qui concerne les immeubles, ces règles sont celles que le législateur a établies pour l'organisation de la propriété et la sauvegarde du crédit public. Or la déclaration de faillite, en elle-même, ne fait nullement échec à ces règles; mais, si certaines des conséquences qu'elle entraîne d'après la loi du pays où elle est prononcée avaient ce résultat, on les écarterait dans les pays où les biens sont situés. L'application de cette idée sera indiquée lorsque nous déterminerons la loi à suivre pour régler les droits de préférence des créanciers en cas de faillite (1).

427. La compétence du tribunal du domicile du failli subsiste encore, bien que les créanciers soient de nationalité différente. Comme l'a dit justement M. Carle, « on ne viole nullement le droit » des créanciers en substituant cette juridiction unique aux diver- » ses juridictions spéciales aux obligations qui avaient été con- » tractées avec eux. Ils devaient prévoir, en contractant, l'éven- » tualité de la faillite et savoir que, dans le cas où cette éventualité » se réaliserait, il serait dérogé aux règles communes, à la rigueur » de leur droit propre et à la diversité des jugements qui pou- » vaient résulter des conventions : le tout parce que, en cas de » faillite, l'intérêt particulier de chaque créancier cède le pas à » l'intérêt général de tous, à quelque nationalité qu'ils appartien- » nent ».

D'ailleurs, on abandonne aujourd'hui la distinction que l'on admettait jadis entre les créanciers nationaux du pays où la faillite est déclarée et les étrangers, distinction en vertu de laquelle les premiers étaient admis à faire valoir leurs droits, tandis que les seconds étaient exclus. Cependant quelques Etats, au grand préjudice de l'équité et même de leur crédit international, font encore passer les créanciers nationaux avant les étrangers (V. code de comm. de l'Uruguay, art. 1539) [Aux Etats-Unis, la jurisprudence de la Cour suprême de Washington a consacré le principe admis par les juridictions inférieures, à savoir que les créanciers domiciliés dans un Etat doivent être considérés comme privilégiés à l'égard de ceux du dehors dans la répartition de l'actif d'une fail-

(1) [V. dès à présent, d'une part, la décision du Trib. fédéral suisse en date du 20 nov. 1906, J. C., 1908, p. 927 et, d'autre part, la décision de la Cour suprême d'Autriche en date du 24 octobre 1905, J. C., 1906, p. 1212 et 1909, p. 815 et les observations présentées par M. Töry, délégué de Hongrie, à la Conférence de La Haye dans la séance du 31 mai 1904, sur l'art. 1er du projet relatif à la faillite. *Actes de la IVe Conférence,* 1904, p. 49.]

lite (1).] Dans quelques législations, l'admission des créanciers étrangers sur le même pied que les nationaux est subordonnée à la condition de réciprocité. C'est ainsi que la loi autrichienne de 1868 sur les faillites (art. 51 et 52) écarte les créanciers étrangers de la faillite déclarée en Autriche, si, d'après la loi du pays auquel ces étrangers appartiennent, les Autrichiens ne peuvent pas faire valoir leurs droits sur les biens de leur débiteur déclaré en faillite dans ce pays. De même, le code des faillites allemand, 10 février 1870, art. 4 (et la loi du 17 mai 1898, § 5), tout en accordant aux créanciers étrangers les mêmes droits qu'aux nationaux, dispose que « le chancelier de l'Empire pourra, avec l'assentiment du » Conseil fédéral, ordonner l'application d'un système de repré- » sailles envers les personnes de nationalité étrangère ou envers » leurs successeurs à titre universel ou particulier ». En France, il n'existe aucune règle de ce genre, et l'on admet même qu'un étranger peut être nommé syndic de faillite (2). Cependant, si les créanciers français sont exclus ou primés par les créanciers nationaux du pays étranger, la jurisprudence a d'abord écarté ces derniers du partage des biens en France, par sentiment de justice. Mais on a objecté l'art. 492 C. com. qui appelle également les créanciers au partage, sans distinction. On a fait valoir aussi que le principe de représailles a été introduit, puis rejeté, dans le projet de loi sur les faillites en 1880, et que le fait même de présenter une semblable proposition montre qu'on ne croyait pas qu'il y eût de moyen direct d'exclure les créanciers étrangers dans le cas où leur loi nationale leur permettait d'écarter les Français. En fait, on corrige actuellement l'iniquité en contraignant les créanciers avantagés en pays étranger à effectuer le rapport exigé par la loi française : s'ils veulent invoquer celle-ci pour prendre part au partage, qu'ils la subissent en tant qu'elle impose le rapport de ce qui a été indûment touché. Mais de là il résulte que ce rapport n'est exigé que si, en fait, les créanciers ont perçu, au détriment de la masse, ce que leur attribue la loi étrangère (3).

[L'art. 5 du projet relatif à la faillite élaboré par la Conférence

(1) [J. C., 1908, p. 1322.]

(2) Cass., 7 janv. 1862, *Gaz. des Trib.*, 8 janv. 1862; Nancy, 8 mai 1875, J. C., 1877, p. 144.

(3) Paris, 23 juin 1885, J. C., 1885, p. 436; Cass., 30 juin 1887, *Journ. des faill*, 1887, p. 346; [Cpr. Weiss, *Traité*, t. V, p. 759-762; Trib. comm. Cette, 3 juill. 1890, J. C., 1891, p. 203.]

de La Haye en 1904 déclare que : « Les créanciers étrangers qui sont les ressortissants d'un des Etats contractants sont entièrement assimilés aux créanciers nationaux ». L'art. *4 bis* du projet soumis aux délibérations de la Conférence le 31 mai 1904 était plus compréhensif et portait : « Aucun privilège ne résultera ni de la nationalité ni du domicile des créanciers ». M. Töry, délégué de Hongrie, trouva trop large la rédaction proposée par la Commission et recommanda la proposition hongroise, conforme au texte qui est devenu l'art. 5 du projet définitif. M. Rahusen, rapporteur, expliqua que l'intention de la Commission avait été d'établir nettement le principe de l'unité de la faillite, auquel ne pourrait porter atteinte aucune sorte d'inégalité pour la seule raison de la nationalité ou du domicile. M. Renault appuya la manière de voir de M. Töry en faisant ressortir que des règles diverses, comme celles des délais variant suivant le domicile, ne sauraient établir que des différences et non des inégalités en droit. Finalement l'amendement de M. Töry fut mis aux voix et accepté par trois voix contre deux et neuf abstentions » (1).]

428. Pour couper court à toutes les difficultés en matière de faillite, le seul moyen pratique est d'établir une entente entre les Etats au moyen de traités. Malheureusement la France n'a encore conclu de convention spéciale sur ce point qu'avec la Suisse et la Belgique.

En ce qui concerne la compétence, le traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 6, al. 1, dispose ce qui suit : « La faillite d'un » Français ayant un établissement de commerce en Suisse pourra » être prononcée par le tribunal de sa résidence en Suisse, et réci- » proquement, celle d'un Suisse ayant un établissement de com- » merce en France, pourra être prononcée par le tribunal de sa » résidence en France ».

On a critiqué avec raison cette disposition trop large qui attribue compétence au tribunal du lieu où le failli a un établissement et réside; le domicile seul doit fixer la compétence : sinon, en effet, la faillite peut être déclarée à la fois pour une même personne par le tribunal de son domicile en France et par celui de sa résidence en Suisse. C'est ce qui est arrivé pour le Crédit foncier suisse qui avait son siège social à Paris et une succursale à Genève; déclaré en faillite par le tribunal de commerce de la Seine et la cour de Paris, cette société le fut aussi par le tribunal de Genève et par la

(1) [*Actes de la IVe Conférence,* 1904, p. 51-52.]

Cour du canton : heureusement le Conseil fédéral suisse annula, le 21 juin 1875, les décisions du tribunal et de la cour de Genève en déclarant, par interprétation du traité de 1869, que la liquidation de la faillite devait être maintenue dans le lieu où les intérêts les plus importants étaient engagés et où la société faillie avait le centre principal de ses affaires, c'est-à-dire, dans l'espèce, à Paris (1).

La convention franco-belge du 8 juillet 1899, art. 8, § 1er, consacre le principe de l'unité de la faillite pour les commerçants nationaux de l'un ou de l'autre pays : « Le tribunal du lieu du domicile d'un commerçant français ou belge dans l'un ou l'autre des deux pays est seul compétent pour déclarer la faillite de ce commerçant. Pour les sociétés commerciales françaises ou belges, ayant leur siège social dans l'un des deux pays, le tribunal compétent est celui de ce siège social » (2). Une restriction à cette règle est cependant établie par l'alinéa 2 du § 1er de l'article 8 : « Les commerçants des deux nations, dont le domicile n'est ni en France, ni en Belgique, peuvent être néanmoins déclarés en faillite dans l'un des deux pays, s'ils y possèdent un établissement commercial. Dans ce cas, le tribunal compétent est celui du lieu de l'établissement ». D'où il suit que, un commerçant français ou belge pouvant également être déclaré en faillite dans le pays tiers où il est domicilié, l'unité de la faillite n'existera plus (3).

428 *bis*. [Le projet relatif à la faillite proposé par la Conférence de La Haye de 1904 aux gouvernements qui voudront l'adopter s'est inspiré de l'idée de l'unité de la faillite et s'est efforcé de réaliser cette idée, notamment dans ses art. 1 et 2 ainsi conçus : Article premier. « La déclaration de faillite d'un commerçant,

(1) V. J. C., 1874, p. 95 et 154; 1875, p. 80 et 462. — [Cela revient à dire que c'est au lieu du principal établissement, c'est-à-dire au lieu du domicile du débiteur, que la faillite doit être déclarée. Trib. fédéral suisse, 22 juil. 1889, *Le Droit*, 6 oct. 1889; Trib. de Genève, 5 fév. 1891, *Rev. prat. de dr. int. pr.*, 1890-1891. 1, 255; Trib. comm. Genève, *ibid.*, p. 258, et J. C., 1893, p. 249. — Weiss, *Traité*, t. V, p. 774. — V. cep. E. Roguin, *Conflits*, n. 614, p. 735.]

(2) [Il faut que ce siège social n'ait rien de fictif et soit le véritable centre de l'activité de la société. Trib. comm. Seine, 5 mars 1902, J. C., 1902, p. 587. — Paris, 26 mai 1903, J. C., 1904, p. 135. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 3e édit., t. VIII, n. 1324, p. 562; Weiss, *Traité*, t. V, p. 777, note 1. — Cpr. Amiens, 9 nov. 1901, J. C., 1903, p. 167.]

(3) [M. Bernard, *De la comp. des trib. franç.*, etc., p. 201; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n. 1324, p. 564; Weiss, *Traité*, p. 777, texte et notes 2 et 3.]

prononcée dans l'un des Etats contractants par l'autorité compétente, aux termes de l'art. 2, sera reconnue et produira ses effets dans les autres Etats contractants de la manière et dans la mesure déterminés par les articles suivants ». Art. 2. « L'autorité seule compétente pour prononcer la déclaration de faillite est celle du pays dans lequel le débiteur a son principal établissement commercial. — Pour une société, l'autorité seule compétente est celle du pays où elle a son siège social, à la condition qu'il ne soit ni frauduleux ni fictif » (1).]

[Sur l'art. 1er, Son Exc. M. van den Bulcke, Délégué de Belgique, proposa, pour ne laisser subsister, si possible, aucune question douteuse, de préciser d'après quelle loi il faut attribuer à une personne la qualité de commerçant et de fixer les conditions dans lesquelles la faillite peut être déclarée; aux yeux du Délégué belge, cette question relève du statut personnel, et par conséquent de la loi nationale du débiteur. En conséquence, M. le Délégué de Belgique proposa un amendement tendant à maintenir l'alinéa 2 du projet belge ainsi conçu : « La qualité de commerçant et les conditions dans lesquelles la faillite peut être déclarée sont déterminées par la loi nationale du débiteur ». M. Renault, Délégué de France, contesta cette opinion et déclara qu'il ne saurait admettre que la loi nationale du débiteur détermine les conditions dans lesquelles la faillite pourra être déclarée. C'est là où le débiteur exerce son activité qu'il faut déclarer la faillite, et d'après la loi locale. Mis aux voix, l'amendement de la Commission belge fut repoussé par sept voix contre une et trois abstentions (2).

[Au sujet de l'art. 2, le Président de la Conférence, M. Asser, fit observer qu'il y a contradiction entre les deux règles posées par cet article : à l'égard du débiteur individuel, c'est le principal établissement commercial qui détermine la compétence de l'autorité appelée à prononcer la faillite; pour les sociétés, c'est le siège social, qui souvent ne se confond pas avec leur principal établissement. M. Beichmann, Délégué de Norvège, déclara maintenir l'opinion émise dans son Mémoire, d'après lequel ce serait le domicile qui doit régir la compétence. « Je suis d'avis, disait M. Beichmann, dans ce Mémoire (3), que la compétence devra être déterminée d'après le domicile ou, pour les sociétés, d'après le

(1) [*Actes de la IVe Conférence,* p. 222.]
(2) [*Actes de la IVe Conférence,* séance du 31 mai 1904, p. 49.]
(3) [*Actes de la IVe Conférence,* p. 61.]

siège légal. J'admets que la portée du mot *domicile* n'est pas la même d'après toutes lois. Mais, comme celle du mot *commerçant* change également d'un pays à l'autre, je crois qu'on ne gagnera guère en établissant les distinctions proposées. Il se présentera quelquefois des difficultés considérables à décider où se trouve le siège principal des affaires d'une personne ou d'une société. Et dans les pays où le domicile ne se confond pas avec le principal établissement, on ne devrait pas être tenu d'appliquer un critère aussi peu précis ». M. van den Bulcke ajouta que la Commission belge a également proposé le mot domicile, et que domicile et siège social concordent parfaitement. Enfin M. Heermskerk, Délégué des Pays-Bas, estima qu'il sera parfois très difficile de déterminer le principal établissement, vu qu'un commerçant peut avoir plusieurs centres d'activité commerciale; beaucoup de questions sont à craindre, qui seraient évitées, si l'on acceptait le principe du domicile.]

[Devant la vivacité de l'attaque, les partisans du texte proposé par la Commission ne demeurèrent pas sans réponse. La Commission, déclara M. Roguin, Délégué de Suisse, a attribué compétence à l'autorité du pays où le débiteur individuel a son principal établissement commercial, c'est-à-dire le siège de ses affaires, la direction de ses opérations, et non pas à celle du pays qui est simplement le théâtre local de l'activité et du mouvement de ses affaires. On a exclu sans doute la compétence du simple domicile civil, du foyer domestique, pourrait-on dire. En ce qui concerne les sociétés, on a considéré que l'autorité compétente devait être celle du siège social, c'est-à-dire du lieu où se centralise la direction, l'organisation, et non du pays qui sert de plateforme à la manipulation des affaires ou à leur déploiement. La Commission a fait cette réserve que le siège social ne serait ni frauduleux ni fictif, pour déférer en particulier au désir de la Délégation française et éviter que des sociétés ne déplacent leur siège social au seul effet de se soustraire à un droit impératif ou prohibitif d'un autre Etat. On ne pouvait, en effet, reconnaître la compétence de l'autorité du siège social ou siège statutaire, si ce dernier était fictif et la Commission a préféré la compétence du siège social véritable.]

[M. Rahusen, rapporteur, confirma la thèse de M. Roguin. Il ne voit, dit-il, aucune raison pour que le tribunal du siège social soit considéré comme moins compétent que le tribunal du lieu où se traitent simplement les affaires, alors que la direction est

concentrée ailleurs. M. Missir, Délégué de la Roumanie, envisageant tour à tour l'hypothèse d'une société et celle d'un commerçant, demanda : Où une société commerciale fait-elle appel au crédit, au capital? C'est à l'endroit où elle se constitue; c'est donc à l'endroit où elle a fait cet appel de fonds que la faillite doit être déclarée. Toutefois, ne conviendrait-il pas au terme *siège social* d'ajouter un qualificatif, siège social *administratif*, par exemple, en opposition avec siège social d'exploitation? Là où se trouvent le conseil d'administration, les assemblées, les registres, les bilans, les dividendes, sera le siège administratif; et c'est ce dernier qui déterminera la compétence. Et quant au commerçant, s'il se trouve en face de difficultés de paiement et si la loi, pour éviter une surprise, ordonne une liquidation générale, où doit avoir lieu cette liquidation? Pourquoi serait-ce au domicile? Le commerçant a-t-il acquis son crédit au foyer familial? Non, c'est au siège de ses affaires, de son activité, et, par conséquent, pas à son domicile.]

[Après cet intéressant échange de vues, l'art. 2 du projet fut adopté par la Conférence en première lecture le 31 mai 1904 (1), et sans débat nouveau en seconde lecture le 6 juin 1904 (2).]

SECTION II

EFFETS EXTRATERRITORIAUX DU JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE

429. Le but même de la faillite montre bien que l'on ne saurait trop faire pour en assurer l'unité, l'universalité et l'indivisibilité : cette institution tend, en effet, à placer tous les créanciers sur un pied d'égalité en présence du malheur commun qui les atteint, c'est-à-dire l'insolvabilité du débiteur; or, pour que ce résultat soit obtenu, il faut que la faillite soit prononcée par un tribunal unique, afin d'éviter la contrariété des décisions sur la déclaration même de faillite; il faut, de plus, que le jugement rendu par ce tribunal produise ses conséquences dans tous les pays où la faillite peut avoir son contre-coup; il est nécessaire enfin que, nulle part, un créancier ne puisse agir individuellement sur les biens qui sont à sa portée, de manière à se faire payer intégralement et sans tenir compte du dividende auquel il est réduit par la faillite prononcée en pays étranger.

(1) [*Actes de la IVe Conférence*, séance du 31 mai 1904, p. 49-51.]
(2) [*Actes de la IVe Conférence*, séance du 6 juin 1904 (après-midi), p. 173.]

Le premier *desideratum*, c'est-à-dire l'unité de la faillite, résulte de l'unité de compétence du tribunal dans le ressort duquel le failli est domicilié, comme il a été établi à la précédente section. Mais il faut rechercher si les effets de la déclaration de faillite pourront se faire sentir dans un autre pays que celui où siège le tribunal qui l'a prononcée, si, en un mot, l'universalité de la faillite peut être réalisée.

La déclaration de faillite constitue une décision de justice dont l'effet essentiel est de dessaisir le failli de l'administration de ses biens, et de confier celle-ci à des syndics nommés par le juge, qui ont pour mission de liquider l'actif du failli au bénéfice de ses créanciers.

On a proposé de donner un effet extraterritorial à la déclaration de faillite en la considérant comme un acte de juridiction gracieuse, approuvant une procuration donnée aux syndics par le failli pour réaliser ses biens et payer ses créanciers au prorata de leurs droits : de même, a-t-on dit, que le mandat a des effets universels comme tout contrat, de même la procuration donnée par le failli, avec le concours de la justice qui la rend authentique, doit produire les mêmes résultats (1).

Cette manière de voir est inexacte parce que, la plupart du temps, la déclaration de faillite et la nomination des syndics qui en est la suite sont imposées au débiteur : on ne peut donc considérer ce dernier comme conférant un mandat aux syndics. En réalité, la déclaration de faillite est un vrai jugement, presque toujours contradictoire entre le failli et ses créanciers, ce qui exclut toute idée d'adhésion volontaire de la part du failli, et dont l'effet capital est de dessaisir ce dernier de ses biens : quant à la

(1) [Paris, 28 mars 1868 et Cass., 21 juin 1870, D. P., 71. 1. 294; Paris, 22 février 1872, S., 72. 2. 290 et D. P., 72. 2. 107; Bordeaux, 2 juin 1874, S., 75. 2. 57; Paris, 7 mars 1878 et 28 février 1881, J. C., 1878, p. 606 et 1881, p. 863; Toulouse, 17 avril 1883, J. C., 1883, p. 161; Nancy, 12 juillet 1887, S., 90. 2. 187; D. P., 88. 2. 289; *Pand. fr. pér.*, 1887. 2. 332 et J. C., 1888, p. 521; Cass., 6 déc. 1887, *Pand. fr. pér.*, 1888. 1. 15; Paris, 18 fév. 1888, *Ann. de dr. comm.*, 1888. 1. 134; 14 nov. 1889, J. C., 1891, p. 434; *Journal des faillites*, 1890, p. 107; Aix, 5 juin 1895, *La Loi* des 11-12 octobre 1895; Trib. comm. Seine, 19 juin 1895, *Journal du trib. de comm.*, 1896, p. 202; Fœlix et Demangeat, 4e éd., t. II, n. 468, p. 295; Bonfils, *De la compét. des trib. franç. à l'égard des étr.*, n. 245 et 246. — *Contra* Ripert, *Rev. crit.*, 1877, p. 708; Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e éd., t. VIII, n. 1252, p. 514; Thaller, *Des faillites*, t. II, p. 355; Travers, *op. cit.*, p. 43; Weiss, *Traité*, t. V, p. 779-780 et *Man.*, 6e éd., p. 696-697; — Chambéry, 18 mars 1885, J. C., 1886, p. 82.]

nomination des syndics, elle n'est qu'une conséquence de ce dessaisissement et l'œuvre directe du tribunal comme le dessaisissement lui-même, sans que la volonté du failli y participe en rien.

La déclaration de faillite devant être considérée comme un vrai jugement contentieux, et non pas comme un acte de juridiction gracieuse, il en résulte qu'il faut lui appliquer les principes déjà indiqués à propos de l'autorité des jugements étrangers, lorsqu'on veut apprécier les conséquences de cette déclaration de faillite hors du pays où elle a été prononcée.

Or, on sait que l'exécution, dans un pays, d'un jugement émanant d'une juridiction étrangère n'est possible que lorsque ce jugement a été revêtu de l'*exequatur* par l'autorité locale compétente. Par conséquent, aucun acte d'exécution ne sera possible de la part des syndics nommés en pays étranger que lorsque le jugement de faillite aura été déclaré exécutoire : c'est ainsi que les syndics ne pourront saisir les biens du failli, ni les faire vendre, avant d'avoir obtenu l'*exequatur* de la sentence qui les a investis de l'administration du patrimoine du failli pour le compte de ses créanciers. Ils ne pourraient davantage prendre inscription hypothécaire au bénéfice de la masse, comme la loi les y autorise dans la plupart des pays; car ce n'est pas là seulement une mesure conservatoire, mais encore un acte qui conduit à l'exécution.

Mais, d'autre part, un jugement étranger, même non déclaré exécutoire, vaut comme titre authentique rédigé en pays étranger, et peut autoriser tous les actes qui ne constituent pas une exécution proprement dite, c'est-à-dire qui peuvent être accomplis sans recourir à la force publique, par exemple des saisies-arrêts (1). De même, sans être revêtu de l'*exequatur*, le jugement de faillite étranger peut être invoqué comme déterminant l'époque de la cessation des paiements, comme fixant la condition du failli, et enfin comme exception aux poursuites qu'un créancier voudrait exercer pour son compte personnel sans tenir compte des pouvoirs dont les syndics sont investis pour la masse.

Cette distinction, au point de vue de la nécessité de l'*exequatur*, entre les conséquences de la faillite qui constituent des actes d'exécution et celles qui n'ont pas le même caractère, est

(1) Trib. civ. Lille, 4 juin 1885, p. 560; [Trib. civ. Auxerre, 13 janvier 1909, *Gaz. des Trib.*, 17 fév. 1909.]

acceptée par les jurisprudences française (1), italienne (2) et belge (3).

[Toutefois, la jurisprudence, en France, en Italie et en Belgique, comme en d'autres pays, hésite et des décisions nombreuses ont admis que, le jugement déclaratif n'ayant aucune existence hors du pays où il a été rendu, tant qu'il n'a pas été revêtu de l'*exequatur*, les créanciers conservent le droit individuel de poursuivre leur débiteur nonobstant ce jugement (4).]

[En Allemagne, l'interprétation des art. 237 et 238 de la loi d'Empire du 17 mai 1898, conformes sur ce point au texte de la loi du 10 février 1877, donne lieu à de grandes divergences parmi les juristes allemands. Un grand nombre d'auteurs affirment que ces dispositions qui, d'une part, semblent refuser effet en Allemagne au jugement de faillite rendu à l'étranger, qui, d'autre part, autorisent l'ouverture de la faillite d'un débiteur même non domicilié sur le territoire de l'Empire, ne font que déroger au principe général de la législation allemande, qui est celui de l'unité et de l'universalité de la faillite : ils fondent leur opinion sur les travaux préparatoires de la loi de 1877 et sur son *Exposé*

(1) Trib. comm. Bordeaux, 22 février 1869, S., 75. 2. 37; Trib. comm. Marseille, 7 déc. et 20 déc. 1876, J. C., 1879, p. 423 et 424; C. de Paris, 7 mars 1878, J. C., 1878, p. 608, et 28 février 1881, J. C., 1881, p. 263; [Cpr. Trib. civ. Seine, 2 avril 1903 et Paris, 1re ch., 1er juin 1906 : « il n'y a pas à distinguer entre l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire, la chose jugée n'étant invoquée, dans l'espèce, que pour parvenir à l'exécution ». J. C., 1907, p. 135.]

(2) C. de Milan, 15 décembre 1876, J. C., 1879, p. 77; [Cour cass. Turin, 18 juillet 1908, J. C., 1909, p. 563 : les jugements déclaratifs de faillite n'ont pas besoin d'*exequatur* quand ils sont simplement invoqués comme documents probatoires devant les tribunaux italiens; par conséquent, lorsqu'un débiteur failli produit un tel jugement, la demande en condamnation introduite contre lui devant les tribunaux italiens devient irrecevable. Cet arrêt consacre la thèse de l'universalité de la faillite, en excluant les poursuites individuelles contre le failli. Cpr. Diena, *Dir. comm. internaz.*, t. III, 1905, n. 299, p. 530-536.]

(3) Humblet, J. C., 1880, p. 93; [Trib. civ. Liège, 30 mai 1896, J. C., 1898, p. 185; Bruxelles, 1re ch., 30 janvier 1907, J. C., 1907, p. 799.]

(4) [Aix, 15 mars 1870, S., 70. 2. 297; Bordeaux, 2 juin 1874, S., 75. 2. 37; Paris, 13 août 1875, J. C., 1877, p. 40; Trib. comm. Seine, 29 juin 1881 et 5 mars 1891, J. C., 1883, p. 50 et 1892, p. 455; Trib. comm. Marseille, 15 novembre 1901, J. C., 1902, p. 588; — Gênes, 25 mars 1892, *Rev. prat. de dr. int. pr.*, 92. 1. 253; — Cass. Pays-Bas, 5 avril 1888, *Ann. de dr. comm.*, 1890. 2. 280; Trib. de La Haye, 14 juin 1889, *ibid.*; Trib. Rotterdam, 27 février 1893, J. C., 1894, p. 185; Trib. Arnhem, 6 décembre 1894 et 29 avril 1896, J. C., 1897, p. 420; Amsterdam, 26 avril 1899, J. C., 1903, p. 41; Amsterdam, 17 février 1905, J. C., 1908, p. 919; — Trib. supr. Madrid, 20 novembre 1894, J. C., 1896, p. 673.]

des motifs qui déclare formellement « que le principe fondamental est que la procédure ouverte dans un Etat de la Confédération étend son action sur les biens situés dans un autre pays et que ce principe a une portée générale et correspond aux données de la science moderne ». La faillite prononcée à l'étranger produirait donc, d'après ces auteurs, d'une manière générale, ses effets en Allemagne, et ne cesserait de les produire qu'exceptionnellement, dans les cas prévus par les art. 237 et 238 (1). Plusieurs auteurs allemands affirment, au contraire, que c'est la territorialité de la faillite qui est à la base de la législation allemande (2). M. Thaller estime que les exceptions ci-dessus rappelées réduisent le principe de l'universalité de la faillite à une vaine formule, et un certain nombre d'auteurs français partagent ce sentiment (3).]

[La loi autrichienne du 25 décembre 1868, § 61, admet l'effet extraterritorial du jugement déclaratif de faillite pour les valeurs mobilières. « La fortune *mobilière* du failli autrichien, située à l'étranger, doit être comprise dans la faillite ouverte en Autriche et, en conséquence, la demande de remise de cette fortune doit être adressée aux autorités étrangères. Par contre, la fortune *mobilière* d'un failli étranger, située en Autriche, doit être trans-

(1) [V. not. Böhm, *OErtliche Statutenkollision,* p. 199; Petersen et Kleinfeller, *Kommentar zur Konkursordnung,* p. 207; Völderndorf, *Konkursordnung für das Deutsche Reich,* II, p. 110; Cpr. Reichsgericht de Leipzig, 6 juillet 1886, J. C., 1888, p. 110 et la note. — Trib. rég. sup. de Hambourg, 7 juin 1906, J. C., 1909, p. 210 : aux termes de cette décision, le failli qui, dans une faillite ouverte en Suisse, a obtenu relativement à une créance de change le *beneficium competentiæ* admis par le droit suisse peut invoquer ce bénéfice lorsqu'il est poursuivi devant un tribunal allemand en paiement de cette créance et demander à n'être condamné que dans le cas où il serait revenu à meilleure fortune.]

(2) [V. notam. Kohler, *Lehrbuch der Konkursrechts,* p. 123; Sarwey, *Kommentar zur Konkursordnung,* p. 870; Forster-Eccius, *Preussische Privatrecht,* I, p. 68; Kaufmann, *Des biens sis en Allemagne appartenant à un failli étranger,* J. C., 1885, p. 34; Keidel, J. C., 1894, p. 87; Gramming, *Die Wirkungen des aüslandischen Konkurses auf das Inland nach deutschen Reichsrecht, Zeitschr. für int. Privatr.,* 1895, p. 344 et suiv.]

(3) [Thaller, *Des faillites,* II, p. 538 et s.; Beauchet, J. C., 1887, p. 87, note sous arrêt du tribunal supérieur hanséatique du 30 avril 1886, et J. C., 1888, p. 110, note sous l'arrêt précité du Reichsgericht de Leipzig du 10 juillet 1888; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 538, p. 671 et note 1. — V. ci-dessous, n. 431 *in fine,* p. 1216. M. Weiss, *Traité,* V, p. 819, note 4, donne le texte des articles 237 et 238 et les autorités en sens contraire et déclare que, « suivant une interprétation très autorisée, la législation allemande a également fait accueil » à la doctrine de l'unité et de l'universalité de la faillite. Nous sera-t-il permis de trouver l'accueil un peu froid?]

mise au tribunal étranger de la faillite, sur sa demande ». Quant aux immeubles, que la faillite ait été déclarée en Autriche ou à l'étranger, ils restent soumis, au point de vue de la faillite, aux lois et aux juridictions du lieu de leur situation. « La procédure de la faillite, relative à la fortune *immobilière*, continue le § 61, demeure réservée aux tribunaux de l'Etat où est située cette fortune ». Enfin, même pour les meubles, le principe de réciprocité, qui domine toute la législation autrichienne, conserve son application à la matière de la faillite. Le § 61 le rappelle en ces termes : « Si les autorités d'un Etat étranger refusent la remise de la fortune mobilière ou ne l'accordent que dans des limites restreintes, il y a lieu d'appliquer le principe de réciprocité. Le tribunal doit porter tous les cas de cette nature à la connaissance du ministre de la justice » (1). Les lois sur la faillite, promulguées en Croatie en 1853, en Hongrie en 1881, dans la Bosnie et l'Herzégovine en 1883, contiennent des dispositions analogues (2).]

[La distinction faite par la loi autrichienne entre les meubles et les immeubles se retrouve encore dans les traités austro-prussiens des 12 mai et 16 juin 1844 et austro-saxon des 1er-6 janvier 1854. Ces traités ont survécu, dans les rapports de l'Autriche avec la Saxe et avec la Prusse, à la constitution de l'Empire allemand et à la nouvelle législation impériale sur les faillites (3). On s'est même demandé si le traité austro-prussien de 1844 ne pourrait pas être invoqué par les Français en Prusse, sur le fondement de l'art. 11 du traité de Francfort, qui leur concède en matière commerciale le traitement de la nation la plus favorisée. L'affirmative a été soutenue par M. Contuzzi, mais l'opinion contraire semble avoir prévalu (4).]

[La jurisprudence autrichienne applique avec une grande fermeté la distinction entre les meubles et les immeubles (5). Les

(1) [Von Kissling, *Die österreichische Konkursordnung,* Vienne, 1889, p. 100 et suiv.; Jettel, *Handbuch des int. Privats und Strafrechtes mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen Oesterreichs, Ungarns, Croatiens und Bosniens,* Vienne et Leipzig, 1892, p. 199; Travers, *op. cit.*, p. 79 et suiv.]

(2) [Jettel, *op. cit.*, p. 199; Jitta, *op. cit.*, p. 22.]

(3) [Reichsgericht de Leipzig, 1er juillet 1889, J. C., 1892, p. 1194; Trib. rég. sup. Prague, 10 mars 1891, *Zeitschr. für int. Privatr.*, 1890-1891, p. 707; Jettel, *op. cit.*, p. 205; Travers, *op. cit.*, p. 261 et suiv.]

(4) [Contuzzi, J. C., 1892, p. 1116; Kaufmann, J. C., 1885, p. 42; Weiss, *Traité,* V, p. 820, note 2 *in fine*.]

(5) [Cour suprême de Vienne, 11 juin 1884, J. C., 1888, p. 126; 12 avril 1893, *ibid.*, 1893, p. 157; 24 oct. 1905, J. C., 1908, p. 1212 et J. C., 1909, p. 815. Aux

Hongrois ne sont pas moins attachés à la compétence exclusive en matière de faillite de la juridiction territoriale sur les immeubles de leur pays. Et le Délégué de Hongrie, M. Töry, en fit la remarque à la Conférence de la Haye, le 31 mai 1904, lors de la discussion de l'art. 1er du projet relatif à la faillite. Selon le projet, déclara M. Töry, la déclaration de faillite prononcée dans l'un des Etats contractants par l'autorité compétente sera reconnue et produira ses effets dans tous les autres Etats contractants tant sur les biens meubles qu'immeubles du failli. Le gouvernement hongrois ne veut pas contester la justesse de ce principe. Mais la compétence exclusive de la juridiction territoriale sur les immeubles du pays, présente, dans le système du droit hongrois, des ramifications si nombreuses et si complexes qu'un changement dans le sens susmentionné ne pourrait pas être, au moins pour le moment, effectué en Hongrie. M. Roguin, désireux d'éviter tout malentendu, expliqua que le texte de la Commission est formulé dans le sens de l'unité stricte, tant pour les meubles que pour les immeubles : ce ne seraient donc que des dispositions de forme spéciales aux immeubles, se référant à la constitution du régime foncier, qui resteraient soumises à la loi de la situation. A cet exposé si net qui précisait la pensée de la Commission, le délégué hongrois répondit non moins nettement que son observation était contraire au principe de l'unité de la faillite, car la Hongrie voudrait l'organisation d'un régime de faillite spécial aux immeubles situés en Hongrie. Après un échange de vues entre MM. Töry, Rahusen, rapporteur, et M. Asser, président de la Conférence, il fut arrêté que mention spéciale serait consignée au procès-verbal de la déclaration de M. le Délégué de Hongrie (1).]

[En Angleterre, la distinction, au point de vue de la nécessité de l'*exequatur*, entre les conséquences de la faillite qui constituent des actes d'exécution et celles qui n'ont pas le même caractère, est acceptée pour les meubles et repoussée pour les immeubles, qui sont régis par la *lex rei sitæ* (2).]

termes de ce dernier arrêt, le syndic d'une faillite ouverte à l'étranger ne peut comprendre dans la faillite les immeubles appartenant au failli, en Autriche, et par suite, demander la nullité des actes passés relativement à ces immeubles. Il en est autrement en ce qui concerne les meubles, mais à la condition que l'autorité étrangère chargée de la faillite en ait fait la demande.]

(1) [*Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 49.]

(2) Westlake, *R. D. I.*, 1874, p. 399 et suiv.; *Id.*, *Priv. int. law*, 4e édit., 1905, § 166, p. 207; Direy et Stocquart, *Le statut personnel anglais*, t. II, p. 239 et

430. De ce qui précède, il résulte que l'état même de faillite doit être reconnu pour le débiteur en vertu d'un jugement rendu en pays étranger, et que l'on doit en accepter partout la conséquence principale, c'est-à-dire le dessaisissement du failli, la nomination du syndic et l'exercice de son administration des biens du failli (1), même sans concession préalable de l'*exequatur*, puisque cette conséquence ne constitue en aucune manière un acte d'exécution.

Mais, dans le système consacré par la jurisprudence française, les jugements étrangers n'ont pas l'autorité de la chose jugée, en ce sens que si les parties ne se soumettent pas volontairement à leur exécution, il y aura lieu de les réviser quant au fond. Cette révision s'impose encore avant d'accorder l'*exequatur* demandé pour procéder à des actes d'exécution proprement dite sur le territoire français en vertu d'un jugement de faillite étranger. Les tribunaux de notre pays en concluent que, lorsque la déclaration de faillite prononcée en pays étranger est contestée en France, soit en fait, soit au point de vue de son bien fondé, le syndic ne peut être reconnu qu'après que le jugement de faillite est déclaré exécutoire par les juges français (2). En examinant la demande d'*exequatur*, le tribunal français révise la sentence étrangère et peut, la trouvant mal fondée, lui refuser toute autorité dans notre pays. Ce sera un grave échec porté au principe de l'universalité de la faillite qui, admise en pays étranger, n'aura pas d'effet en France; mais, étant donné l'état de notre législation, on ne peut éviter absolument ce résultat qu'au moyen de traités qui accordent aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée et qui limitent la mission du juge, dans l'examen de la demande d'*exequatur*, à l'étude de la question de savoir si l'ordre public est violé par le jugement étranger et si ce jugement émane de l'autorité compétente.

C'est ainsi que le traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 6, alin. 2, dispose ce qui suit : « La production d'un jugement de » faillite dans l'autre pays donnera au syndic ou représentant de » la masse, après toutefois que le jugement de faillite aura été

suiv.; Travers, *op. cit.*, p. 84 et suiv.; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 538, p. 672; Weiss, *Traité*, t. V, p. 820, note 1. — V. sur la législation et la pratique des Etats-Unis, Jitta, *op. cit.*, p. 22; Surville et Arthuys, n. 538, p. 673.]

(1) Notamment la tierce-opposition faite par le syndic contre une décision judiciaire qui nuit aux créanciers. V. J. C., 1878, p. 606 à 609.

(2) Trib. Seine, 21 décembre 1877, J. C., 1878, p. 376; Bordeaux, 2 juin 1874, J. C., 1875, p. 269.

» déclaré exécutoire, conformément aux règles établies en l'art. » 16 ci-après, le droit de réclamer l'application de la faillite aux » biens, meubles et immeubles, que le failli possède dans ce » pays ». Or, aux termes de l'art. 16 du traité, dans les rapports de la France et de la Suisse, l'autorité de la chose jugée est reconnue à tous les jugements, et l'*exequatur* est accordé sous la seule condition que l'exécution n'en viole pas l'ordre public. La même observation s'applique d'ailleurs à tous les pays avec lesquels la France a conclu un traité pour l'exécution des jugements.

Cependant le texte du traité franco-suisse de 1869, art. 6, exige une explication particulière. On pourrait conclure des termes généraux dans lesquels il est conçu que l'*exequatur* est nécessaire, même pour que le jugement déclaratif de faillite puisse être produit et pour que le syndic nommé dans l'un des pays puisse invoquer ses pouvoirs dans l'autre. Or, d'après ce qui a été dit plus haut par application des principes généraux, la formule exécutoire ne doit être demandée que si les syndics veulent procéder à un acte d'exécution proprement dite, tandis que, en tant qu'il déclare la faillite et nomme les syndics, le jugement a un effet universel.

Mais interpréter ainsi le traité de 1869 serait méconnaître la pensée qui l'a inspiré. C'est pour faciliter les relations entre les deux peuples que l'on a renoncé à imposer la révision des jugements quant au fond avant d'accorder l'*exequatur;* or il serait étrange que, en se montrant libéral à ce point de vue, on eût été plus rigoureux en ce qui concerne les jugements de faillite auxquels on cherche à accorder le caractère d'universalité, et qu'on les eût astreints à la formalité de l'*exequatur*, même en tant qu'ils ne donnent pas lieu à des actes d'exécution, alors que les jugements ordinaires en sont dispensés en pareil cas. Aussi est-il bien certain, malgré les termes trop généraux du traité de 1869, que les déclarations de faillite prononcées en Suisse ou en France ne sont pas soumises à l'*exequatur* pour être invoquées dans l'autre pays, à moins que les syndics ne veuillent procéder à de véritables actes d'exécution (').

(') Cass., 17 juillet 1882, D. P., 83. 1. 65; J. C., 1882, p. 370. V. Bernard, *Des effets du traité franco-suisse du 15 juin 1869 en matière de faillite,* J. C., 1882, p. 269 et suiv.; [Chausse, *Rev. crit.,* 1886, p. 686; Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e éd., t. VIII, n. 1316, p. 552; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 539, p. 677; Weiss, *Traité,* t. V, p. 793-795 et *Manuel,* 6e éd., p. 701. — *Contrà* Paris, 8 juillet 1880, J. C., 1880, p. 581; Chambéry, 18 mars 1885, J. C., 1886, p. 82 et *Jour-*

L'universalité de la faillite, avec la distinction raisonnable que nous avons signalée entre les cas où l'*exequatur* du jugement est nécessaire et ceux où il ne l'est pas, est nettement établie, dans les rapports de la France et de la Belgique, par la convention du 8 juillet 1899, art. 8, § 2 : « Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent d'après les règles qui précèdent s'étendent au territoire de l'autre. Le syndic ou curateur peut, en conséquence, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration, et exercer toute action comme représentant du failli ou de la masse. Il ne peut toutefois procéder à des actes d'exécution qu'autant que le jugement, en vertu duquel il agit, a été revêtu de l'*exequatur*, conformément aux règles édictées par le titre II ci-après. Le jugement d'homologation du concordat, rendu dans l'un des deux pays, aura autorité de chose jugée dans l'autre et y sera exécutoire d'après les dispositions du même titre II » (1).

[Toutefois, pour éviter que l'unité de la faillite ainsi proclamée et pratiquement organisée ne soit pour les tiers une menace et un danger, l'art. 8, § 3, de la convention franco-belge prend des mesures pour assurer, le cas échéant, une publicité effective à la décision belge en France et à la décision française en Belgique : « Lorsque la faillite déclarée dans l'un des deux pays comprend une succursale ou un établissement dans l'autre, les formalités de publicité exigées par la législation de ce dernier pays sont remplies, à la diligence du syndic ou du curateur, au lieu de cette succursale ou de cet établissement » (2).]

[**430** *bis*. Cette sage disposition a été adoptée dans le projet relatif à la faillite élaboré à la quatrième Conférence de La Haye

nal des faillites, 1885, p. 232 ; Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 364 ; Marlin, *Rapport sur le traité de 1869*, p. 21 ; Roguin, *Conflits de lois*, n. 635, p. 752 et suiv. — V. aussi Ch. Brocher, *Comment. du traité franco-suisse*, p. 68 : ce savant auteur considère la question comme douteuse.]

(1) [Trib. comm. Rennes, 27 décembre 1905, J. C., 1906, p. 186 ; Amiens, 2e ch., 11 mars 1905, J. C., 1906, p. 788 ; Trib. civ. Nancy, 20 juin 1905, J. C., 1906, p. 1124. — Cpr. Bruxelles, 1re ch., 30 janvier 1907, J. C., 1907, p. 135 : cette décision admet que la faillite déclarée en tout pays étranger, par exemple en Angleterre, en dehors de toute convention internationale, produit effet en Belgique, sans qu'il soit besoin de l'y faire déclarer exécutoire. — V., sur l'influence de la convention franco-belge en matière de faillite, de Paepe, J. C., 1905, p. 533, et 1906, p. 322.]

(2) [Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e éd., t. VIII, n. 1324^{8} et 1324^{9}, p. 564 et 565 ; M. Bernard, *op. cit.*, p. 202 et suiv. ; Weiss, *Traité*, t. V, p. 798-799.]

en 1904. L'art. 3 de ce projet porte : « Lorsque la faillite déclarée dans l'un des Etats contractants comprend une succursale ou un établissement dans un autre, les formalités de publicité exigées par la législation de ce dernier Etat sont, sans préjudice des mesures conservatoires ou d'administration prévues à l'art. 5, remplies à la diligence du syndic ou du curateur au lieu de cette succursale ou de cet établissement ». Et, les mesures de publicité ainsi édictées, le projet proclame le principe de l'universalité de la faillite, en attribuant effet au jugement déclaratif sur le territoire de chaque Etat contractant, sauf à exiger l'*exequatur* pour les mesures d'exécution proprement dites. Art. 6. « Sans qu'un exequatur préalable soit nécessaire, le syndic, curateur ou autre administrateur de la faillite, dûment nommé conformément à la loi de l'Etat où la faillite a été déclarée peut, dans chaque Etat contractant, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration concernant la faillite. Il peut également ester en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, en qualité du représentant du failli ou de la masse. Mais il ne procèdera à des actes d'exécution qu'autant que la décision en vertu de laquelle il agira aura été revêtue de l'exequatur, conformément à la loi de l'Etat où ces actes doivent avoir lieu ». Art. 7. « L'exequatur sera accordé si le requérant établit : 1° que la faillite a été déclarée par l'autorité compétente d'après l'art. 2; 2° que la décision est exécutoire dans l'Etat où elle a été rendue; 3° que l'expédition qui en est produite réunit, d'après la loi de cet Etat, les conditions nécessaires à son authenticité; 4° que le débiteur a été dûment appelé, représenté ou déclaré défaillant ». Art. 8. « La procédure d'exequatur est réglée par la loi de l'Etat où la demande est formée. L'exequatur peut être demandé non seulement par l'administrateur de la faillite, mais encore par toute personne ayant qualité à cet effet en vertu de la loi du pays où la faillite a été déclarée » (').]

431. L'universalité du jugement déclaratif de faillite doit conduire à cette conséquence, déjà signalée, que la faillite est *indivisible*, c'est-à-dire qu'on peut l'invoquer en n'importe quel pays contre un créancier qui voudrait exercer des poursuites en son nom personnel, de manière à agir sur les biens qui sont à sa portée sans tenir compte de la faillite prononcée en pays étranger. Mais cette conséquence logique de l'universalité et de l'indivisibi-

(') [*Actes de la IV*e *Conférence*, 1904, p. 222-223.]

lité de la faillite est complètement écartée, dans notre législation, par l'application de l'art. 14 C. civ.

Nous avons déjà constaté que cette disposition permet à un créancier français de faire déclarer son débiteur étranger en faillite devant un tribunal français, bien que ce débiteur soit domicilié à l'étranger, ce qui détruit absolument le principe de l'unité de la faillite.

Nous constatons, maintenant, que ce texte même autorise les créanciers français à agir contre leur débiteur étranger, malgré la déclaration de faillite prononcée contre ce dernier par le tribunal d'un autre pays. En vain a-t-on invoqué contre cette solution le principe rationnel de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite : la généralité et l'esprit de l'art. 14 C. civ. montrent bien que sa disposition, quelque regrettable qu'elle soit, s'applique dans tous les cas et sans aucune distinction (1). Aussi la jurisprudence autorise-t-elle les actions exercées pour son compte individuel par un créancier français contre son débiteur étranger déclaré en faillite dans un autre pays. Cependant on atténue peu à peu la rigueur de l'art. 14 C. civ. et l'on reconnaît, dans une certaine mesure, l'universalité et l'indivisibilité de la faillite prononcée en pays étranger. C'est ainsi que l'on autorise une saisie-arrêt faite par un Français contre un étranger déclaré en faillite hors de France, par application de l'art. 14 C. civ., mais sans permettre de percevoir la somme pour laquelle la saisie-arrêt est opérée et dont le saisissant ne touchera qu'un dividende conformément aux résultats de la faillite déclarée à l'étranger ; la saisie-arrêt n'étant plus ainsi qu'une mesure conservatoire, les effets de la faillite quant à la limitation des droits des créanciers français sont acceptés en France (2).

Le code des faillites allemand de 1877 [remanié par la loi impériale du 17 mai 1898, dont les art. 237 et 238 sont conformes sur ce point au texte de 1877], n'admet pas non plus qu'une déclaration de faillite prononcée en pays étranger fasse obstacle aux poursuites individuelles d'un créancier sur les biens du failli qui sont en Allemagne, et cela que le créancier soit Allemand ou étranger ; cependant des exceptions peuvent être apportées à cette règle par le chancelier de l'Empire avec l'assentiment du Conseil fédéral (art. 207). Par où l'on voit que la loi allemande repousse

(1) Lyon-Caen, *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, n. 37.
(2) Paris, 13 août 1875, J. C., 1877, p. 40.

le principe de l'universalité et de l'indivisibilité de la faillite, non pas seulement pour les créanciers nationaux, comme cela a lieu en France par application de l'art. 14 C. civ., mais d'une façon absolue (1).

SECTION III

DE LA LOI QUI RÉGIT LES CONSÉQUENCES DE LA FAILLITE

432. Après avoir établi quel est le juge compétent au point de vue international pour déclarer la faillite, après avoir vu encore dans quelle mesure le jugement de faillite peut produire ses effets en pays étranger, il faut préciser quels seront ces effets. Les conséquences qu'entraîne la faillite variant suivant les diverses législations, la question revient à celle-ci : quelle loi faut-il consulter pour déterminer les effets du jugement déclaratif de faillite ?

Il est tout d'abord bien certain que tout ce qui concerne les formalités de la faillite est régi par la loi du pays où la déclaration de faillite est prononcée, conformément à la règle *Locus regit actum*. C'est donc par cette loi qu'il faudra déterminer les règles à suivre pour provoquer la faillite et la rendre publique (2).

De même la *lex fori* s'appliquera exclusivement pour tout ce qui est relatif à la procédure de la faillite, par exemple pour la convocation et les délais de comparution des créanciers, les pouvoirs du juge-commissaire et des syndics, etc.

Les effets mêmes du jugement déclaratif de faillite dépendent encore, en principe, de la *lex fori*, car c'est en s'inspirant de sa propre loi que le juge déclare la faillite et en attachant à sa sentence les conséquences que cette loi en fait résulter : par exemple, le dessaisissement du failli par rapport à ses biens, l'exigibilité des créances à terme, la suspension du cours des intérêts, etc.

[Ces principes ont été consacrés par l'art. 4 du projet de La Haye relatif à la faillite, ainsi conçu : « La nomination et les pouvoirs des administrateurs de la faillite, les formes à suivre dans

(1) Kauffmann, J. C., 1885, p. 33. — [V. sur les effets en Allemagne d'une faillite déclarée à l'étranger, Clunet, *Tables générales*, v° *Faillite*, p. 911, n. 280 et suiv., et ci-dessus, n. 429 *in fine*, p. 1208-1209.]

(2) [V. ci-dessus n. 430 *in fine*, p. 1214 et 430 *bis*, p. 1214-1215, le texte de la convention franco-belge du 8 juillet 1899, art. 8, § 3 et celui du projet de La Haye relatif à la faillite, art. 3.]

la procédure de faillite, l'admission des créanciers, la formation du concordat et la distribution de l'actif entre les créanciers, sont réglés par la loi du lieu où la faillite a été déclarée (1).] Mais quelques points présentent des difficultés particulières.

433. Incapacité du failli. — Par suite de la déclaration de faillite, le débiteur est mis dans l'impossibilité d'accomplir des actes par lesquels il pourrait disposer de son patrimoine au préjudice de ses créanciers. Beaucoup d'auteurs ont vu dans cette conséquence de la faillite une véritable incapacité, comparable à celle qui résulte d'un jugement d'interdiction, et ils en ont conclu qu'elle fait partie du statut personnel. En se plaçant à ce point de vue, on doit logiquement décider que l'incapacité provenant de la faillite est fixée par la loi nationale du failli, car on ne pourrait admettre que des tribunaux pussent modifier la condition juridique d'un individu autrement que ne le permet la loi de son pays (2).

Mais il est inexact que la faillite entraîne une véritable incapacité : le failli conserve la situation juridique qu'il avait; seulement il est dessaisi de ses biens, dont il ne peut disposer au préjudice de ses créanciers. Il est vrai de dire que la faillite rend les biens du failli indisponibles pour lui, plutôt qu'elle ne le rend incapable d'en disposer (3). On peut donc mettre hors de cause le statut personnel du failli et ne pas s'occuper des dispositions de sa loi nationale. L'indisponibilité des biens du failli, en ce qui concerne les actes accomplis par lui, apparaît comme une conséquence directe du jugement de faillite et doit être réglée d'après la loi conformément à laquelle ce jugement a été rendu, c'est-à-dire d'après la *lex fori*.

Cependant, la faillite peut créer une véritable incapacité au point de vue politique : en France, les faillis non réhabilités ne sont ni électeurs, ni éligibles, ni capables de faire partie du jury. Il est bien certain qu'une juridiction étrangère ne peut, en le déclarant en faillite, modifier la capacité politique d'un Français qui ne pourra être frappé de déchéance à ce point de vue que par l'autorité de son pays; cette dernière interviendra, en pareil cas, en accordant l'*exequatur* au jugement déclaratif de faillite rendu en pays étranger (V. décret du 2 février 1852, art. 15, n. 17 [sur l'élection des députés, reproduit par la loi du 3 décembre 1884,

(1) [*Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 222.]
(2) [Weiss, *Traité*, t. V, p. 783-784 et *Manuel*, 6e édit., p. 698.]
(3) Cass., 12 janv. 1864, S., 64. 1. 17.

art. 9] et loi du 8 décembre 1883 [sur l'élection des juges consulaires], art. 2, n. 8) (1).

433 *bis*. **Nullité des actes faits par le failli.** — Certains actes accomplis par le failli à une époque rapprochée de la faillite sont déclarés nuls ou annulables; mais pour statuer sur ces cas de nullité, on se demande quelle loi il faut appliquer, lorsque les actes sont accomplis à l'étranger ou avec des étrangers, ou enfin à propos de biens situés en pays étranger.

Si la déclaration de faillite entraînait une véritable incapacité, on devrait apprécier la validité de ces actes d'après la loi nationale du failli (2); on arriverait ainsi à un résultat satisfaisant, puisque la loi appliquée serait celle que les parties s'attendent à voir appliquer, quand elles contractent, pour fixer la validité de l'acte.

Mais nous savons déjà que la faillite ne crée pas d'incapacité, et c'est à un tout autre point de vue qu'il faut se placer pour résoudre notre question.

La situation du failli après la déclaration de faillite et l'impossibilité pour lui d'accomplir certains actes sont fixées par la *lex fori;* or, le jugement déclaratif de faillite a un effet rétroactif au jour indiqué comme étant celui où a commencé l'insolvabilité de fait du débiteur, et c'est pour les actes accomplis dans cette période par le failli que la nullité peut ou doit être prononcée : par conséquent, la *lex fori* qui détermine les effets du jugement déclaratif de faillite quant à la nullité des actes accomplis par le failli après le jugement, les déterminera aussi dans le passé jusqu'au jour où ils remontent. Sur ce point, le traité franco-suisse du 15 janvier 1869, art. 7, contient une disposition spéciale : « Les actions en dommages, restitution, rapport, nullité et autres qui, par suite d'un jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement reportant l'ouverture de la faillite à une époque autre que

(1) Cpr. Cass. Belgique, 21 mars 1883, *Pasicrisie,* 83. 1. 72; Lyon-Caen et Renault, *Pr. de dr. comm.,* II, p. 930, note 2; [Weiss, *Traité,* t. V, p. 784 et *Manuel,* 6e éd., p. 698.]

(2) [Weiss, *Traité,* t. V, p. 785 et *Manuel,* 6e éd., p. 698 *in medio*. — *Contra* Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.,* 3e éd., t. VIII, n. 1242 *a,* p. 507; Pillet, *Principes,* p. 555; — Paris, 13 déc. 1864, *Journ. trib. comm.,* 1865, p. 171; 2 juin 1875, *ibid.,* 1876, p. 150; Trib. Seine, 7 nov. 1894, J. C., 1895, p. 93; Trib. comm. Marseille, 26 janv. 1900, J. C., 1900, p. 584; Paris, 14 nov. 1901, J. C., 1902, p. 110; — Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 18 avril 1895, J. C., 1902, p. 899; Trib. rég. sup. Colmar, 29 mai 1887, J. C., 1889, p. 868; Trib. comm. Copenhague, 18 juillet 1907, J. C., 1909, p. 832.]

celle primitivement fixée, ou pour toute autre cause, viendraient à être exercées contre des créanciers ou des tiers, seront portées devant le tribunal du domicile du défendeur, à moins que la contravention ne porte sur un immeuble ou sur un droit réel et immobilier ».

434. Répartition de l'actif entre les créanciers. — Le principe fondamental de la faillite est que l'actif doit être réparti entre les créanciers proportionnellement au montant de leur créance. L'application de ce principe ne souffre pas de difficulté lorsqu'il n'y a que des créanciers chirographaires en présence; mais un conflit de lois est possible quand certains créanciers invoquent un droit de préférence sur des biens situés dans un autre pays que celui où la faillite est déclarée.

Sur les immeubles, ces droits de préférence peuvent provenir des hypothèques ou des privilèges. Nous n'avons pas à revenir sur la question de savoir quelle est la loi qui détermine les causes de ces droits réels et les circonstances dans lesquelles ils peuvent être invoqués; mais nous devons rappeler que, pour tout ce qui se rattache au crédit public, la loi de la situation des biens est seule applicable. Or, la détermination de l'ordre de préférence des créanciers hypothécaires et privilégiés, ainsi que les restrictions du droit de préférence en cas de faillite du débiteur, par exemple en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme du failli (art. 563 C. com.), intéressent particulièrement le crédit public : on devra donc, pour tous ces points, appliquer exclusivement la *lex rei sitæ*. Cette solution est formellement consacrée dans le traité franco-suisse de 1869, art. 6, alin. 5. Sera également d'ordre public, opposable aux femmes étrangères, l'art. 560 C. com., suivant lequel la femme ne peut reprendre en nature ses propres mobiliers qu'après avoir prouvé leur identité par acte authentique (1).

Pour les meubles, le principe généralement admis est que, quel que soit le pays où ils se trouvent, leur valeur est distribuée

(1) Orléans, 17 juillet 1895, J. C., 1895, p. 1038; Brissaud, *Des droits de la femme dans la faillite du mari au point de vue du Droit int. privé, Rev. génér. de Droit*, 1881, p. 18 et 159; [Weiss, *Traité*, t. V, p. 803; Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e édit., t. VIII, n. 1290, p. 536; Travers, *op. cit.*, p. 250; — Trib. Tunis, 19 nov. 1886, J. C., 1889, p. 295; Orléans, 17 juillet 1895, J. C., 1895, p. 1038; Bruxelles, 2 juillet 1902, J. C., 1904, p. 202. — V. cep. Ed. Marx, *Etude sur les droits de la femme dans la faillite du mari*, Paris, 1889, p. 103-104; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 532, p. 659.]

par le syndic entre tous les créanciers conformément à la loi du pays où la faillite est déclarée : telle est, notamment, la règle consacrée dans le traité franco-suisse de 1869, art. 6, alin. 4. Cet article ne vise que les faillites des Français établis en Suisse ou des Suisses établis en France; l'art. 9 du même traité déclare applicables les règles générales contenues aux art. 7 et 8 pour la faillite d'un national d'une puissance tierce établi en France ou en Suisse, qui aura des créanciers suisses ou français et des biens situés dans l'un des deux pays, si la faillite est déclarée soit dans l'un, soit dans l'autre (1).

Néanmoins, l'application de la loi du pays où la faillite est déclarée peut être écartée en ce qui concerne les questions intéressant le crédit public. C'est ainsi qu'il faudra suivre la loi du pays où les meubles du failli sont situés pour fixer le droit de préférence appartenant à un créancier sur les meubles par suite de privilèges (2) et la mesure dans laquelle ce droit est restreint en cas de faillite du débiteur (V. loi du 12 février 1872 sur la restriction du privilège du bailleur d'immeuble en cas de faillite du

(1) Trib. fédéral, 19 mars 1886, J. C., 1887, p. 113.

(2) [Trib. civ. Seine, 2 avril 1903 et Paris, 1re ch., 1er juin 1906, J. C., 1907, p. 135 : si un gage sur des meubles situés en France n'a pas été constitué régulièrement eu égard aux prescriptions de la loi française, il est inefficace en France au regard des tiers et ne saurait permettre l'exercice d'un privilège. — Cpr. Trib. fédéral (Chambre des poursuites et des faillites), 20 nov. 1906, J. C., 1908, p. 957 : le principe de l'universalité et de la puissance attractive de la faillite est applicable uniquement à la Suisse; les biens du failli sis à l'étranger ne sont donc pas nécessairement englobés dans la masse; tel est le cas d'une créance remise en nantissement à un créancier domicilié hors de Suisse; cette créance est censée exister non pas au domicile du créancier du titre, comme c'est le cas dans la règle, mais au domicile du créancier gagiste qui peut seul disposer de la créance; le fait que cette créance serait hypothécaire ne change rien à la situation; le fait que la masse conteste le droit du créancier gagiste ne lui permet point de conserver la créance remise en nantissement qui lui a été envoyée pour examen; elle doit la restituer au créancier, sauf ensuite à agir pour faire constater la non existence du droit de gage ou du droit de créance par les moyens que la loi met à sa portée. Dans l'espèce, le titre litigieux se présentait comme un document destiné à prouver l'existence d'une créance du failli contre le tiers débiteur Herbstreith, créance garantie par une hypothèque constituée sur des immeubles situés dans le grand duché de Bade et donnée en nantissement à un frère du failli, domicilié en Alsace. Le Tribunal fédéral affirme que la créance remise en nantissement est censée exister au domicile du créancier gagiste, c'est-à-dire en Alsace, et ajoute : « Quant au fait qu'en l'espèce la discussion porte sur le domaine international, il est sans influence sur ce qui vient d'être dit. Il n'y a aucun motif pour admettre une autre solution que si le domicile du bénéficiaire du gage se trouvait en Suisse ». J. C., 1908, p. 931.]

locataire (1); et l'art. 550 C. com. sur la suppression du privilège du vendeur de meubles quand l'acheteur est failli).

La plupart des législations autorisent le vendeur d'effets mobiliers à les revendiquer lorsqu'ils n'ont pas été encore reçus par le failli (art. 576 C. com. français et art. 689 C. com. italien), pourvu que le vendeur paie les frais déboursés par le failli pour recevoir la marchandise, tels que fret, voiture, etc., et pourvu que, avant sa réception, la marchandise n'ait pas été revendue sans fraude par le failli, sur factures, connaissements ou lettres de voiture signés par l'expéditeur.

Or, au fond, cette revendication n'est qu'une résolution de la vente résultant de la faillite elle-même; il est donc logique de la faire régir, soit quant à son admission, soit quant aux conditions auxquelles elle est assujettie, par la loi du pays où la faillite est déclarée. On ne pourrait appliquer la loi qui régit la vente elle-même, parce que la résolution dont il s'agit intéresse le crédit public par le préjudice qu'elle peut causer aux autres créanciers; aussi le juge qui déclare la faillite doit-il appliquer sa propre loi qui est d'ordre public en ce qui concerne la réglementation de cette résolution de la vente, sans tenir compte des dispositions différentes de la loi étrangère à laquelle le vendeur et le failli se seraient référés en contractant (2).

434 *bis*. [L'art. 4 du projet de La Haye relatif à la faillite porte que : « La nomination et les pouvoirs des administrateurs de la faillite, les formes à suivre dans la procédure de la faillite, l'admission des créanciers, la formation du concordat *et la distribution de l'actif entre les créanciers* sont réglés par la loi du lieu où la faillite à été déclarée ». Nous avons donné quelques applica-

(1) [Les restrictions apportées par cette loi au privilège du bailleur d'immeubles en cas de faillite du preneur, et par l'art. 563 du Code de commerce à l'hypothèque légale de la femme du failli leur sont donc opposables en France, quelle que soit la loi qui régit la faillite. Travers, *op. cit.*, p. 249; Weiss, *Traité,* t. V, p. 805, note 2, et *Manuel,* 6e édit., p. 703. — V. cependant Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e édit., t. VIII, n. 1288, p. 535, et un arrêt du tribunal régional supérieur de Darmstadt du 3 nov. 1885 (J. C., 1888, p. 109), d'où il résulte que c'est la loi du lieu de la faillite qui tranche la question de savoir si la femme mariée peut invoquer un privilège dans la faillite de son mari.]

(2) Cour de Bruxelles, 29 juin 1891, J. C., 1893, p. 225; [Trib. civ. Seine, 6 mai 1904, J. C., 1904, p. 691 et *Rev. crit.*, 1905, p. 212, observations de M. Surville; Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes,* t. II, p. 360-361; Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e éd., t. VIII, n. 831 et s., p. 126 et s.; Surville et Arthuys, 4e éd., n. 531, p. 658; Cpr. Weiss, *Traité,* t. V, p. 808 et *Manuel,* 6e éd., p. 703-704.]

tions de ce principe général. Mais le projet s'était efforcé de préciser, et la commission de la Conférence avait proposé et fait adopter en première lecture un article 8, ainsi rédigé : « L'ordre des créanciers est fixé par la loi de l'Etat de la faillite sous les réserves suivantes : Les droits réels d'hypothèque et de privilège sur les immeubles sont soumis à la loi de l'Etat où les immeubles se trouvent. Les droits de préférence sur les meubles qui se fondent sur un état de possession ou de détention, une inscription publique ou toute autre forme de publicité sont soumis à la loi de l'Etat où les meubles se trouvent ». A la séance plénière de la Conférence du 31 mai 1904, M. Renault demanda si l'hypothèque d'un navire était visée par cet article. M. Rahusen, rapporteur, répondit qu'il faudrait se référer à la loi du pavillon et M. Roguin appuya l'observation du rapporteur; la loi applicable est, pour le navire hypothéqué, celle de l'Etat où l'hypothèque se trouve inscrite dans un registre. Après une réplique de M. Renault estimant que la rédaction ne répond pas à cette idée et une déclaration de M. Beichmann trouvant que la question ne paraît pas suffisamment mûrie pour être formulée et dans tous les cas croyant devoir émettre des réserves à cet égard, l'art. 8 du projet de la commission fut adoptée (1).]

[Légèrement amendé par le Comité de rédaction et devenu l'art. 9 du projet soumis à la Conférence en deuxième lecture (2), cet article, dans la séance plénière de l'après-midi du 6 juin 1904, eut à subir un nouvel assaut, auquel il ne put résister. M. le président Asser fit connaître que certains délégués lui avaient manifesté le désir de voir cet article supprimé. M. Renault se prononça en ce sens et déclara qu'il n'était pas trop tard pour se résoudre à cette suppression. Les règles posées à l'art. 9 lui semblent ou inutiles ou incomplètes. Aucune hésitation n'est possible en ce qui concerne les droits de privilège et d'hypothèque sur les immeubles ; c'est la loi de la situation qui les régit. En ce qui concerne les meubles, la règle posée par l'art. 9 est incomplète, ou si on la prend à la lettre, on aboutit à une conclusion inexacte : si les meubles se trouvent, en effet, au lieu où se présente la question du droit de préférence à exercer sur eux, c'est-à-dire de leur vente, la règle devient très aléatoire en ce qui concerne les navires, parce que

(1) [*Actes de la IV^e Conférence,* séance du 31 mai 1904, p. 53.]

(2) [*Actes de la IV^e Conférence,* Comité de rédaction, projet relatif à la faillite, p. 192.]

l'étendue des droits sur tel navire déterminé dépendra, non plus de la loi du pavillon, discutable sans doute, mais simplement de l'endroit où ce navire se trouve accidentellement. M. Pierantoni, délégué d'Italie et président de la Commission, appuierait la suppression du projet entier. On propose la suppression de l'art. 9, parce qu'on reconnaît l'impossibilité de régler le concours des privilèges et des hypothèques. La proposition prouve l'impossibilité d'un traité pour unifier la faillite.]

[Seul, M. Meili, délégué de Suisse, exprima ses regrets au sujet de la suppression de l'art. 9, qui, à ses yeux, aurait pu être d'une certaine utilité pratique : on pourrait insérer dans le texte incriminé une phrase déclarant que les droits de préférence sur les meubles dépendront du lieu où ils se trouvent physiquement ou juridiquement; ce dernier mot sauvegarderait la question des navires, la situation de ceux-ci dépendant sans doute, d'après la théorie moderne, de la loi du pavillon. Une jurisprudence habile, ajoutait M. Meili, aurait certainement pu tirer cette conclusion du texte, tel qu'il est. Mais le délégué de Suisse déclarait qu'il n'insistait pas.]

[La proposition de M. Renault, mise aux voix, fut acceptée par huit voix et six abstentions, et l'art. 9 fut supprimé. Ont voté pour : l'Allemagne, la Hongrie, la Belgique, la France, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et la Roumanie. Se sont abstenus : le Danemark, l'Espagne, le Japon, le Luxembourg, la Russie, la Suède et la Suisse (1).]

SECTION IV

DU CONCORDAT ET DE LA RÉHABILITATION

§ I. *Du concordat.*

435. On est d'accord pour régler d'après la loi du pays où la faillite est déclarée tout ce qui se rattache à la procédure du concordat, conformément au principe déjà établi en ce qui concerne les *ordinatoria litis* : c'est ainsi que cette loi s'appliquera pour indiquer la manière de former le concordat, la réunion où il doit être accepté et la majorité qui peut le voter, la nécessité de l'homologation et ses effets, les formes des oppositions, etc.

La loi du lieu où la faillite est prononcée s'appliquerait encore pour fixer les oppositions admises contre le concordat, ainsi que

(1) [*Actes de la IV*e *Conférence,* p. 173-174.]

les actions en résolution ou annulation du concordat; la raison en est que le concordat est régi par la loi du pays où il est conclu, c'est-à-dire par celle du lieu où la faillite est déclarée, et que, par conséquent, la même loi doit s'appliquer à ses causes de nullité ou de résolution (1).

La capacité requise pour obtenir le concordat semblerait devoir être régie par la loi nationale du failli; mais il faut remarquer que l'incapacité établie par le législateur en pareille matière est toujours motivée par une considération d'ordre public, spécialement par le désir d'empêcher un indigne, par exemple un banqueroutier frauduleux (art. 510 C. com.), d'échapper aux conséquences de la faillite : aussi, quelles que soient les dispositions de sa loi nationale, un failli pourra se voir refuser le concordat d'après la loi du pays où la faillite a été déclarée, s'il est dans un cas d'incapacité prévu par cette dernière loi (2).

Le concordat obtenu dans le pays où la faillite a été déclarée aura-t-il effet dans les autres Etats? Telle est la question capitale à laquelle le concordat donne lieu au point de vue international.

Bien des systèmes ont été proposés pour trancher cette question; mais ils n'ont guère rallié d'autres partisans que leurs auteurs (3). Il est facile, croyons-nous, d'arriver à une solution à la fois juridique et rationnelle en établissant quelques distinctions.

On doit, en premier lieu, se demander si le concordat homologué par le tribunal qui a déclaré la faillite est opposable aux

(1) [Aux termes de l'art. 4 du projet de La Haye relatif à la faillite, la nomination et les pouvoirs des administrateurs de la failite... la formation du concordat..... sont réglés par la loi du lieu où la faillite a été déclarée. *Actes de la IVe Conférence*, p. 222. V. ci-dessus, n. 432 *in fine*, p. 1217-1218].

(2) [Cpr. Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e éd., t. VIII, n. 1286, p. 534; Weiss, *Traité*, t. V, p. 808 et *Manuel*, 6e éd., p. 705-706.]

(3) [Quelques-uns, et non des moindres, dénient tout effet possible au concordat étranger en France; ils n'admettent pas qu'il puisse y être rendu exécutoire. Massé, *Droit comm.*, t. Ier, n. 613, t. II, n. 811; Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 63; Thaller, *Des faillites*, t. II, p. 377; Pillet, *Principes*, p. 558. — La jurisprudence et une doctrine presque unanime reconnaissent que rien, dans sa nature, n'empêche un concordat d'étendre ses effets au delà du pays où il a été conclu. Weiss, *Traité*, t. V, p. 809; Diena, *Dir. comm. int.*, t. III, p. 311, p. 596-603. Toutefois, des auteurs considérables admettent que le concordat obtenu à l'étranger ne doit être respecté que de la part des créanciers dont les droits sont fondés sur des obligations soumises à la loi de l'Etat où le concordat a été conclu. Von Bar, *Theorie und Praxis*, 2e édit., t. II, § 491-492, et *Lehrbuch*, p. 204. Cpr. Diena, *op. cit.*, t. III, p. 598, note 1.]

créanciers appartenant à un autre pays; si, en un mot, ces derniers sont liés par ce concordat. En second lieu, il faut résoudre la question de savoir, en supposant l'affirmative établie pour le premier point, s'il est nécessaire d'obtenir l'*exequatur* pour rendre le concordat opposable en pays étranger.

En ce qui concerne la première question, aucune controverse n'est possible quand tous les créanciers ont adhéré au concordat; ce dernier est un véritable contrat qui les lie tous, quelle que soit leur nationalité (1).

Dans le cas contraire, il semble, tout d'abord, qu'il y ait quelque difficulté à admettre que l'homologation d'un tribunal étranger, donnée au concordat auquel les créanciers d'un autre Etat n'ont pas adhéré, puisse obliger ces derniers à l'accepter. Cependant, on constatera que ce résultat n'est pas de nature à trop surprendre si l'on s'inspire du principe, déjà établi, de l'unité de compétence en matière de faillite. Puisque, par la force même des choses, les créanciers, à quelque pays qu'ils appartiennent, doivent accepter la compétence d'un tribunal unique pour la déclaration de faillite; puisque ce tribunal est le seul à même, par conséquent, de surveiller les opérations de la faillite par l'organe du juge-commissaire qu'il délègue, et de se prononcer en connaissance de cause sur l'opportunité d'accorder ou de refuser le concordat, il faudra bien reconnaître que l'homologation sera opposable à tous les créanciers comme la déclaration de faillite l'est elle-même. Du reste, les droits des créanciers étrangers ne sont nullement compromis, puisqu'ils peuvent faire opposition au concordat et en demander l'annulation ou la résolution (2).

(1) [Asser et Rivier, *Eléments,* p. 240; Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.,* 3e édit., t. VIII, n. 1262, p. 516; Audinet, *Principes élém.,* 2e édit., 1906, n. 783, p. 639; Weiss, *Traité,* t. V, p. 800 et 812-813; Travers, *op. cit.,* n. 138; — Paris, 3 mai 1854, *Journ. Trib. comm.,* 1858, p. 360; Trib. comm. Nantes, 28 nov. 1866, *Rec. Nantes,* 1867. 1. 97; Trib. Seine, 18 juillet 1884, J. C., 1884, p. 616 et *Journ. des faillites,* 1884, p. 605; Toulouse, 4 fév. 1886, J. C., 1886, p. 332; Trib. Seine, 26 fév. 1886, J. C., 1886, p. 331; Gênes, 9 avril 1888, J. C., 1889, p. 911; Cass. Belg., 23 mai 1889, S., 91. 4. 7 et J. C., 1889, p. 891. Cpr. Cour supr. Suède, 30 mars 1900, J. C., 1902, p. 180. — Toutefois, par son arrêt dont il est question ci-dessous, p. 1223, la chambre civile de la Cour de cassation de France, le 21 juillet 1903, répudiant toute distinction entre les créanciers adhérents et les créanciers dissidents, a posé en principe que le concordat, homologué par un tribunal étranger ne vaut en France au regard des créanciers, quels qu'ils soient, que s'il a reçu l'*exequatur* d'une juridiction française.]

(2) Trib. Bruxelles, 1er décembre 1873, J. C., 1874, p. 137; [Fœlix, *op. cit.,* 4e édit., t. II, n. 368, p. 111; Alauzet, *Comment. du code de comm.,* t. VI, n. 2686;

On se demande, en second lieu, si le jugement homologuant le concordat ne peut être opposé en pays étranger qu'autant qu'il est revêtu de l'*exequatur*.

Il n'est pas douteux que l'*exequatur* est nécessaire si l'on veut arriver à de véritables actes d'exécution sur les biens du failli, par exemple à la saisie et à la vente de ses biens pour en distribuer la valeur aux créanciers conformément au concordat. En pareil cas, il faudrait rendre exécutoire, non seulement le jugement homologuant le concordat, mais encore le jugement déclaratif de faillite dont le jugement d'homologation n'est que l'application.

Mais en est-il de même si le concordat n'est invoqué que comme moyen d'exception, par exemple pour faire opposition aux poursuites individuelles d'un créancier étranger qui n'y a pas adhéré? On s'accorde, en général, pour reconnaître qu'en pareil cas l'*exequatur* n'est pas nécessaire, mais la raison qu'on en donne n'est pas très satisfaisante. Ce n'est pas, comme on l'a dit, parce que le concordat n'est qu'une convention approuvée par la justice qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir la formule exécutoire, car le concordat ne peut être considéré comme un contrat constituant une transaction que pour les créanciers qui l'ont accepté : or, nous étudions la question de savoir si on peut l'opposer sans *exequatur* aux créanciers étrangers qui n'y ont pas souscrit.

La dispense de l'*exequatur* dans le cas qui nous occupe se justifie par d'autres raisons. De l'unité de compétence pour la déclaration de faillite résulte, comme nous l'avons établi, la nécessité pour tous les créanciers, à quelque pays qu'ils appartiennent, d'accepter le concordat approuvé par le tribunal qui a déclaré la faillite ; or, la décision de ce tribunal homologuant le concordat ne constitue pas une sentence contentieuse, mais bien un acte de juridic-

Brocher, *Cours de Dr. int. pr.*, t. III, p. 217 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e édit., t. VIII, p. 1262, p. 517; Stélian, *La faillite,* 1885, p. 122 ; Trib. comm. Seine, 11 fév. 1884, S., 90. 2. 197; 6 mars 1886, *Journ. des faillites,* 1887, p. 237 et J. C., 1887, p. 614; Paris, 9 mars 1887, J. C., 1888, p. 90; 11 fév. 1894, J. C., 1894, p. 1013; Trib. Seine, 20 mai 1898, J. C., 1899, p. 557. D'après ces auteurs et ces décisions judiciaires, le concordat ne peut être invoqué pour ou contre le créancier dissident ou non participant qu'autant que le jugement d'homologation a été admis à l'*exequatur*. C'est en faveur de ce système que s'est prononcée la Cour de cassation le 21 juillet 1903, mais en lui donnant une portée plus large que la jurisprudence antérieure, c'est-à-dire en décidant que le concordat ne vaut en France, à l'égard des créanciers, *quels qu'ils soient,* que s'il a reçu l'*exequatur* d'un tribunal français.]

tion gracieuse qui peut être considéré comme une formalité essentielle du concordat réalisé au lieu où le failli a son domicile ; par conséquent, appliquant le principe déjà établi pour les actes de juridiction gracieuse et nous inspirant de la règle *Locus regit actum*, nous dirons que le jugement d'homologation est opposable partout sans qu'il soit nécessaire de le revêtir de l'*exequatur*, au moins quand il ne donne pas lieu à une exécution proprement dite sur les biens du failli (1).

[La plupart des auteurs admettent l'efficacité internationale du concordat sans *exequatur*, à l'égard des créanciers adhérents ou dissidents, nationaux et étrangers domiciliés ou non. Seulement les motifs invoqués à l'appui de cette thèse sont loin d'être uniformes. L'une des opinions les plus récentes consiste à assigner à cette thèse un fondement contractuel, mais en y ajoutant le fait que la déclaration de faillite ou en général la déclaration du magistrat qui suspend les actes d'exécution individuels établit entre tous les créanciers un état de communauté *qualifiée* pour la garantie collective de leurs droits. Les contractants dans le concordat obligatoire sont, d'une part, le débiteur, et, d'autre part, la collectivité des créanciers qui manifeste sa volonté par un vote majoritaire; et ce vote oblige la minorité, précisément à cause de l'état de *communauté qualifiée* dans laquelle se trouvent les créanciers. L'autorité judiciaire intervient uniquement pour accomplir un office de tutelle, non pour donner la vie à un acte dont les effets dérivent de la volonté qu'a manifestée la collectivité des intéressés (2).]

[La jurisprudence française, telle qu'elle résulte de l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 21 juillet 1903, subordonne l'efficacité du concordat, envers les créanciers adhérents ou les créanciers dissidents, à la concession de l'*exequatur* de la part d'une juridiction française. « Le concordat, dit la Cour suprême, ne saurait être considéré, *même au regard des créanciers*

(1) Cpr. Paris, 9 mars 1887, J. C., 1888, p. 96; Trib. Seine, 17 nov. 1886, *ibid.*, 1887, p. 181; *id.*, 18 juill. 1884, *ibid.*, 1884, p. 616; *id.*, 26 fév. 1886, *ibid.*, 1886, p. 331; Trib. com. Seine, 6 mars 1886, *ibid.*, 1887, p. 614; Cass., 15 janv. 1896, J. C., 1896, p. 306; [Cass. civ., 21 juill. 1903, *Pand. franç. pér.*, 1903. 5. 41 et les conclusions de M. le procureur général Baudouin, S., 1903. 1. 449 et la note de M. Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1905, p. 213 et suiv. et les observations de M. Surville.]

(2) [Alfredo Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turin, 1902, n. 75-83 et *passim*; Diena, *op. cit.*, n. 311, p. 598-603.]

qui l'ont volé, comme une convention ordinaire, se suffisant à elle-même; le concours de volontés qu'il constate entre le débiteur failli et les créanciers de la majorité ne devient définitif et efficace que s'il est ratifié par l'autorité judiciaire compétente. En effet, l'homologation du concordat a pour résultat, non seulement d'en imposer les clauses aux créanciers dissidents, mais encore de réaliser la condition suspensive à laquelle l'engagement des créanciers adhérents est subordonné, et de rendre ainsi le concordat obligatoire pour les uns comme pour les autres; d'où il suit que le concordat et le jugement qui l'homologue forment un tout indivisible, et que le débiteur failli ne peut invoquer en France le bénéfice du concordat qu'il a obtenu à l'étranger, sans se prévaloir en même temps du jugement de la juridiction étrangère qui en a prononcé l'homologation. Or, aux termes des articles 2123 du code civil et 546 du code de procédure civile, ce jugement est dépourvu de toute autorité en France, tant qu'il n'a pas été déclaré exécutoire par un tribunal français. On ne saurait admettre, à cet égard, une distinction entre les créanciers de la minorité et ceux de la majorité, sans rompre, au préjudice de ces derniers, l'égalité, qui est la loi du concordat comme celle de la faillite. Enfin il importe peu que l'usage qui est fait sur notre territoire du jugement d'homologation n'ait pas pour but de poursuivre une exécution forcée; il suffit, pour que la formalité préalable de l'*exequatur* soit nécessaire, que le débiteur failli prétende invoquer en France la chose jugée par cette décision pour faire échec aux poursuites intentées contre lui par un tiers » (1).]

[Cet arrêt attribue au concordat après faillite un caractère que la doctrine la plus récente et la plus exacte tend à lui attribuer : on peut et on doit reconnaître que ce caractère est le même, pour les créanciers qui lui ont donné leur adhésion et pour la minorité dissidente; pour les uns et les autres, le concordat ne vaut que par l'homologation judiciaire qui le ratifie et fait avec lui « un tout indivisible », suivant l'expression de la Cour suprême »; l'efficacité du concordat doit être subordonnée aux mêmes conditions que l'homologation judiciaire qui le confirme (2). Mais faut-il en conclure, avec la Cour de cassation, qu'une déclaration d'*exe-*

(1) [Cass. civ., 31 juillet 1903, S., 1903. 1. 449 et *Pand. fr. pér.*, 1903. 5. 51.]

(2) [Ces raisons ont paru si décisives à M. Lyon-Caen, note dans S., 1903. 1. 45, que le savant auteur déclare se rallier à la doctrine de l'arrêt et abandonner l'opinion, d'abord adoptée par lui, qui distingue, au point de vue de la nécessité de l'*exequatur,* entre les créanciers adhérents et les créanciers dissidents.]

qualur soit, dans tous les cas et en dehors de toute mesure d'exécution proprement dite, nécessaire pour donner effet en France au concordat intervenu en pays étranger? Nullement : à l'encontre de tous les créanciers, adhérents ou non, ce concordat, homologué à l'étranger, peut être invoqué en France, avant toute sentence d'*exequatur*. Nous avons reconnu l'autorité de la chose jugée aux décisions de la justice étrangère en général (n. 195, p. 608-611) et spécialement en matière de faillite (n. 429, p. 1205-1208). Quel que soit le caractère du jugement d'homologation, — véritable jugement ou acte de juridiction gracieuse destiné à rendre opposable à tous un contrat privé, — on ne saurait le traiter autrement que le jugement déclaratif lui-même : comme ce jugement, il constate un fait qui doit être tenu pour acquis en tous lieux et par tous (1).]

Le traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 8, dispose « que les » stipulations du concordat produiront, par la production du jugement d'homologation déclaré exécutoire conformément à l'art. 16, » tous les effets qu'il aurait dans le pays de la faillite ». Cette disposition, comme celle de l'art. 6, alin. 2, du même traité, relative à l'universalité du jugement déclaratif de faillite, est trop générale. Il serait contraire à l'esprit de la convention, qui a pour but de faciliter les relations entre la France et la Suisse, d'exiger l'*exequatur* pour que le jugement d'homologation rendu dans l'un des pays fût opposable dans l'autre, alors que, d'après ce que nous avons dit, la concession de la formule exécutoire n'est pas nécessaire pour obtenir ce résultat : ce n'est que lorsque le jugement d'homologation du concordat donnera lieu à une exécution proprement dite que l'*exequatur* sera nécessaire. La convention franco-belge du 8 juillet 1899, art. 8, §§ 2 et 4, étend d'un pays à

(1) [Dubois sur Carle, n. 116 *in fine;* de Boeck, note dans D. P., 1891. 2. 227; Surville et Arthuys, 4e édit., n. 525, p. 653; Surville, *Rev. crit.*, 1905, p. 218; Weiss, *Traité,* t. V, p. 813 et *Manuel,* 6e édit., 1909, p. 704. — Cpr. Alb. Rolin, *R. D. I.*, 1904, p. 183. — *Contra* Audinet, n. 783, p. 639-640. — De l'arrêt de cassation du 21 juillet 1903, on peut rapprocher celui de la cour néerlandaise de Bois-le-Duc qui a décidé, le 24 juin 1894 (J. C., 1896, p. 683), que le failli concordataire ne peut opposer en Hollande un concordat obtenu en Belgique à ses créanciers, que ceux-ci aient adhéré ou non à ce concordat; le consentement du créancier qui adhère au concordat ne crée pas de lien de droit entre ce créancier et le failli, aux termes des art. 509 et suiv. du code de commerce belge, d'après lesquels le concordat ne devient obligatoire pour les créanciers *adhérents ou non adhérents* qu'après le jugement d'homologation; or le jugement d'homologation rendu par le juge belge est un jugement étranger, et en vertu de l'art. 431 du code de procédure civile néerlandais, les jugements étrangers n'ont point d'effet aux Pays-Bas. Weiss, *Traité,* t. V, p. 717 et p. 810, note 3. — Cpr. Jitta, *op. cit.*, p. 196 et suiv.]

l'autre, sous réserve de l'observation des règles générales, l'effet des concordats, sursis et concordats préventifs et de la liquidation judiciaire (loi française du 4 mars 1889, loi belge du 29 juin 1887) (1).

[Le projet de La Haye relatif à la faillite, art. 9, déclare que : « Le concordat postérieur à la déclaration de la faillite produira de plein droit ses effets dans tous les Etats contractants, s'il a été accordé par les créanciers et homologué par l'autorité compétente, avec les formalités prescrites par la loi de l'Etat où la faillite a été ouverte » (2).

Du concordat, il faut rapprocher les sursis de paiement (*moratorium*, lettres de répit) que certaines législations autorisent, et en vertu desquels l'autorité judiciaire peut, dans certains cas, accorder un délai au débiteur pour s'exécuter.

On est généralement d'accord pour refuser tout effet en pays étranger aux sentences judiciaires qui accordent ces sursis. Elles constituent en effet une dérogation très grave au droit des créanciers tel qu'il résulte de la convention, et ne sauraient avoir d'effet ailleurs que dans le pays où la loi les autorise et où siège le tribunal qui les accorde (3). D'ailleurs, il est certain que, si l'*exequatur* d'un jugement est demandé dans un pays où la loi permet de donner ces sursis, le débiteur pourra les obtenir s'il se trouve dans un cas où cette loi les autorise, alors même qu'il n'y aurait pas droit d'après la loi du pays où le jugement a été rendu, parce que, lorsqu'un législateur permet d'accorder ces délais de grâce, il s'inspire de considérations d'humanité qu'il regarde, à tort ou à raison, comme intéressant l'équité, et, par conséquent, l'ordre public. Au surplus, à peu près partout, on s'accorde pour demander l'abolition de ces sursis qui sont contraires au principe fondamental du respect des conventions librement consenties.

Il ne faut pas, du reste, confondre avec le sursis de paiement l'abandon consenti par le débiteur de ses biens aux créanciers, et qui, accepté par ces derniers, peut avoir un effet universel comme tout contrat, ou peut être imposé par un jugement d'homologation comme un concordat (4).

(1) [*Ann. de législ. étr.*, 1888, p. 563.]

(2) [*Actes de la IVe Conférence*, 1904, p. 223.]

(3) [J. C., 1883, p. 620; Asser et Rivier, *Elémenls*, p. 245; Fiore, *Del fallimento*, p. 103-105. — *Contra* Dubois sur Carle, note 121; Christian Daguin, J. C., 1889, p. 46; Weiss, *Traité*, V, p. 815-816.]

(4) Toulouse, 4 février 1886, J. C., 1886, p. 332.

[On s'est demandé s'il faut assimiler au concordat l'ordre de décharge (*order of discharge*) par lequel les tribunaux anglais ou américains, sans concordat proprement dit, à savoir sans vote exprimé par la majorité des créanciers et sans que le failli ait été remis à la tête de ses affaires, libèrent le débiteur purement et simplement d'une partie de ses dettes. Les décisions des tribunaux sont contradictoires. Dans sa session de Bruxelles en 1902, l'Institut de droit international a voté la résolution suivante : « Les décisions judiciaires qui libèrent le failli d'une partie de ses dettes sans le consentement des créanciers, spécialement l'*order of discharge* des lois anglaise et américaine, ne produisent aucun effet dans les autres Etats » (1).]

§ II. *De la réhabilitation.*

436. Le jugement de réhabilitation ne peut être rendu en connaissance de cause que par le tribunal même qui a déclaré la faillite, c'est-à-dire par le tribunal du domicile du failli ; ce tribunal a seul, en effet, les éléments nécessaires pour apprécier les circonstances de la faillite, la moralité du failli et les indications indispensables pour se prononcer sur le bien fondé de la demande en réhabilitation (2).

La compétence exclusive de ce tribunal étant ainsi établie, il faut conclure logiquement que la réhabilitation pourra produire ses effets dans tous les pays ; l'*exequatur* ne sera même pas nécessaire en pareil cas, puisque la sentence dont il s'agit ne fait que constater la situation nouvelle du failli, sans donner lieu à aucun acte d'exécution. On éprouve, du reste, d'autant moins de difficulté à accepter cette universalité du jugement de réhabilitation,

(1) [*Ann. de l'Instit.*, XIX, p. 287 ; Trib. Seine, 1er juin 1883, *Gaz. des Trib.* des 22-23 juin 1883 ; Bruxelles, 3 janvier 1860, *Pasicris.*, 61. 2. 146 ; Anvers, 20 août 1879, *Journ. jurispr. Anvers*, 79. 1. 369 ; Haute-Cour de justice d'Angleterre, 1er février 1902, J. C., 1904, p. 966 ; Kohler, *Das Konkursrecht*, p. 639 ; Alb. Rolin, *R. D. I.*, 1904, p. 185. — *Contra* Trib. comm. Seine, 15 novembre 1853, *Journ. trib. comm.*, 1854, p. 158 ; Toulouse, 4 février 1886, J. C., 1886, p. 332 ; Trib. comm. Anvers, 10 juillet 1880, *Journ. jurispr. Anvers*, 80. 1. 271 ; Gênes, 9 avril 1888, J. C., 1889, p. 911 ; Weiss, *Traité*, V, p. 805 et *Manuel*, 9e éd., p. 707 ; Diena, *op. cit.*, III, p. 311, p. 603-604. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e éd., VIII, n. 1263, p. 518.]

(2) [Lyon-Caen et Renault, *Droit comm.*, 3e édit., t. VIII, p. 1268, p. 522 ; Thaller, *Des faillites*, t. II, n. 378, note 4 ; Christian Daguin, *De l'autorité et de l'exécut. des jug. étr.*, p. 188 ; Cass., 15 avril 1886, *Mon. jud. Lyon* du 7 septembre 1886.]

que presque toutes les législations exigent, pour qu'il soit rendu, que le failli ait entièrement payé ses créanciers : on ne pourra donc pas objecter, la plupart du temps, que le failli réhabilité en pays étranger ne satisfait pas aux conditions requises par la loi locale pour sa réhabilitation (1).

[Toutefois la loi française du 23 mars 1908 modifiant la loi du 30 décembre 1903 relative à la réhabilitation des faillis et remaniant les art. 605, 607, 608 et 612 du code de commerce, non contente d'accorder la réhabilitation dite facultative aux concordataires faillis ou liquidés qui justifient du paiement des dividendes concordataires, quoique n'ayant pas remboursé le solde de leur passif, comme l'avait fait la loi du 30 décembre 1903, qui avait porté une première atteinte au vieux droit de la faillite, a institué la réhabilitation automatique de tous les faillis et liquidés, banqueroutiers exceptés : c'est la disposition capitale de la loi nouvelle, et à cette innovation s'ajoute la réinscription des faillis sur les listes électorales trois ans après la faillite. « A quel chiffre réduit, pour ne pas dire nul, s'écrie avec juste raison M. Thaller (2) dans la notice approfondie qu'il a consacrée à cette loi, vont tomber à l'avenir les commerçants disposés à rembourser volontairement le reliquat de leur passif! » On comprendrait parfaitement que le failli ou le liquidé réhabilité en France dans de pareilles conditions ne fût pas considéré comme réhabilité, au nom de l'ordre public, dans des pays étrangers dont la loi soumettrait la réhabilitation à des exigences plus rigoureuses et peut-être justifiées.]

(1) [Carle, *op. cit.*, p. 145; Travers, *op. cit.*, p. 244, *ad notam*; Weiss, *Traité*, t. V, p. 817 et *Manuel*, 6e édit., 1909, p. 707-708; Diena, *Dir. comm. internaz.*, t. III, n. 315, p. 624-630. Cpr. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 3e édit., t. VIII, n. 1268, p. 521-522.]

(2) *Ann. de législ. franç.*, 1909, t. XXVIII, p. 78; Cpr. *ibid.*, p. 73-81.

ADDENDA

Page 78, *ajouter* à la note 1 la mention suivante : [La convention du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile, approuvée par la loi du 7 avril 1909, a été promulguée en France par le décret du 30 avril 1909. *J. off.* du 2 mai.]

Page 110, *ajouter* à la note 1 : [Martini, *L'expulsion des étrangers,* étude de droit comparé. Paris, 1909, 1 vol. in-8.]

Page 112, *ajouter* à la note 2 : [La loi mexicaine du 22 décembre 1908 sur l'immigration, imitée de la loi nord-américaine, a interdit l'accès du territoire à diverses catégories d'*indésirables. R. D. I. P.,* 1909, p. 460.]

Page 127, *ajouter* après le deuxième alinéa, un troisième alinéa ainsi conçu : [Une convention franco-anglaise ayant trait aux accidents du travail a été signée à Londres le 3 juillet 1909. Aux termes de cette convention, tout ouvrier français employé en Angleterre qui sera victime d'un accident au cours de son travail dans ce pays aura droit à une indemnité *(compensation),* conformément aux lois anglaises actuelles, et il en sera de même pour les ouvriers anglais en France. La nouvelle convention entrera en vigueur dès que certaines dispositions auront été prises en Angleterre quant au paiement des sommes qui pourront être allouées à titre d'indemnité aux ouvriers français. Elle est d'autant plus significative que la Grande-Bretagne a montré jusqu'ici peu d'empressement à se lier en matière sociale par des accords internationaux.]

Même page 127, *ajouter* à la note 2 : [Cpr. Trib. civ. Lyon, 26 décembre 1907, D. P., 1909. 2. 129 et la note de M. Loubat, procureur général près la Cour d'appel de Lyon.]

Page 139, *ajouter* à la note 2 cette mention : [La convention du 17 juillet 1905 est actuellement exécutoire en France. Décret du 30 avril 1909, *J. off.* du 2 mai.]

Page 167, note 2, *ajouter :* [Cpr. Paris, 6e ch., 18 mai 1909, *Gaz. des Trib.* du 22 juillet; Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial,* 4e édit., t. II, n. 1162-1170.]

Page 183, ligne 5, après p. 104, *ajouter :* [La loi du 21 décembre 1908, *Companies (Consolidation) Act,* qui a retouché et refondu en les abrogeant toutes les lois antérieures, précise plus qu'elle n'innove (V. Goulé, *R. D. I. P.,* 1909, p. 130-139).]

Page 200, note 1, *ajouter :* [La loi du 4 mars 1909, qui est entrée en vigueur le 1er juillet, a supprimé la nécessité de la réimpression aux Etats-Unis. J. C., 1909, p. 883-885.]

Page 246, ligne 29, *ajouter :* [V. loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles, *J. off* du 19 juillet.]

Page 274, *ajouter* à la fin du 1er alinéa : [Décret du 17 décembre 1908 autorisant les sociétés roumaines à exercer leurs droits en France, *J. off.* du 23 décembre 1908 et J. C., 1909, p. 594.]

Page 330, note 2, *ajouter :* 1909, p. 12-40.

Page 335, note 2, *ajouter :* Lainé, *R. D. I. P.*, 1909, p. 24-34.

Page 391, note 1, ligne 10, *ajouter* après p. 1919 : Rapport pour l'année 1908, *J. off.* du 11 avril 1909, p. 3902.

Page 403, ligne 30, après p. 83, *ajouter :* [Ce projet est devenu la loi du 5 avril 1909, ajoutant à l'article 20 du Code civil un paragraphe 2 ainsi conçu : « Quand les personnes désignées à l'art. 9 § 10 auront, au nom d'un mineur, renoncé à la faculté qui lui appartiendrait à sa majorité, dans le cas de l'art. 8 §§ 3 et 4, de l'art. 12 § 3 et de l'art. 18, de décliner la qualité de Français, celui-ci ne sera plus recevable à user de cette faculté ». *J. off.* du 8 avril 1909. V. D. P., 1909. 3. 68 et les rapports de M. le député Jeanneney, *J. off.* des 26 et 29 mai 1909, annexes, p. 240 et de M. le sénateur Vidal de Saint-Urbain, *Doc. parl.*, Sénat, 1909, sess. ord., annexe n. 68, p. 61.]

Page 453, note 2, *ajouter :* Rapport pour l'année 1908, *J. off.* du 11 avril 1909, p. 3900.

Page 455, ligne 29, après page 1917, *ajouter :* Rapport pour l'année 1908, *J. off.* du 11 avril 1909, p. 3900.

P. 456, note 1, *ajouter :* Rapport pour l'année 1908, *J. off.* du 11 avril 1909, p. 3900.

P. 498, note 1, *ajouter :* [Mais la loi du 5 avril 1909, qui a ajouté un nouveau paragraphe à l'art. 20 du code civil (*J. off.* du 9 avril) a régularisé la situation.]

P. 530, ligne 10, après le 27 avril 1909 (art. 28), *ajouter :* promulguée en France par le décret du 30 avril 1909 (*J. off.* du 2 mai).

P. 589, note 2, *ajouter :* Ce traité a été promulgué en France par le décret du 30 avril 1909, *J. off.* du 2 mai.

P. 668, après la ligne 5 de l'al. 3, n. 219 A, *ajouter :* [En ce qui concerne les actes de naissance, le décret du 17 mai 1909 (*J. off.* du 6 juin ; rapport du ministre des affaires étrangères au président de la République en date du 15 mai 1909, *J. off.* du 6 juin, p. 6037), a porté de dix jours à trente jours, à compter de l'accouchement, pour la Russie et tous les pays hors d'Europe, le délai accordé en pays étranger pour faire des déclarations de naissance devant les agents diplomatiques et consulaires.]

P. 669, ligne 19, *ajouter* après les mots hors chrétienté : [Le décret du 2 août 1902 a ajouté à ces pays l'Abyssinie, le Monténégro et la Serbie. Décret concernant le mariage d'un Français et d'une étrangère dans les pays précités. *Bulletin des Lois,* 1907, n. 2826, 1er sem., p. 2017 ; J. C., 1908, p. 626.]

P. 673, avant-dernière ligne, *ajouter :* et par le décret du 2 août 1902.

P. 693, note 1, *ajouter :* Cpr. Surville, J. C., 1909, p. 625-640.

P. 753, note 1, *ajouter :* [Loi du 30 avril 1909 relative aux travaux interdits aux femmes et aux enfants employés dans les établissements commerciaux. *J. off.* du 2 mai 1909.]

P. 819, note 1, *ajouter :* [Cpr. Trib. civ. Nice, 29 mars 1909, *Gaz. des Trib.* des 7 et 8 juin : des époux italiens naturalisés français peuvent invoquer en France, à fin de divorce, la séparation de corps prononcée en Italie par consentement mutuel, quoique le consentement mutuel ne soit pas légalement une cause de divorce ; et l'on doit tenir compte, dans la durée de la séparation, du temps écoulé avant la naturalisation. V. sur cette question M. Travers, *La Convention de La Haye relative au divorce et à la séparation de corps,* 1909, n. 116 et 154.]

P. 833, ligne 20, après les mots rapt ou viol, *ajouter :* [Elle est admise plus largement et dans des cas déterminés par la loi belge du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel, qui a remplacé et

complété les art. 337, 338, 340, 341 et 342 du code civil belge (J. C., 1909, p. 316-320).]

P. 868, note 2, *ajouter :* [Bordeaux, 1re ch., 6 juillet 1909, *Le Droit* des 26 et 27 juillet 1909 : lorsqu'un tuteur provisoire a été nommé en France à un mineur étranger et que, postérieurement, celui-ci a été pourvu d'un tuteur par les autorités de son pays d'origine (Allemagne, dans l'espèce), cette nomination fait cesser la tutelle provisoire ; mais l'art. 4 de la Convention de La Haye du 12 juin 1902, promulguée en France par décret du 17 juin 1904, laisse le soin à la législation du pays où a été organisée cette tutelle provisoire de décider à quel moment elle prendra fin ; il résulte de cette disposition que les autorités judiciaires françaises saisies par le tuteur étranger (allemand) d'une demande à fin de remise de l'enfant ont un pouvoir souverain d'appréciation pour fixer cette date ; et s'il est allégué que l'état de santé du mineur s'oppose à ce qu'il soit emmené dans son pays d'origine, il appartient à ces autorités de s'entourer de tous renseignements à ce sujet, notamment de faire examiner le mineur par des experts et de réclamer l'avis du conseil de famille.]

Page 880, note 3, *ajouter :* [Travaux et résolutions de l'Institut de droit international dans sa session de Florence, 1908, *R. D. I. P.,* 1909, p. 355-369.]

P. 891, note 1, *ajouter :* [Cpr. Aix, 1re ch., 23 novembre 1908, J. C., 1909, p. 746 et la note de M. Perroud.]

Page 1189, note 1, *ajouter :* [V. la discussion à la Société d'économie politique de Paris, le 5 janvier 1909, *R. D. I. P.,* 1909, p. 345-351.]

ERRATA

Page 53, note 1, *au lieu de :* 17 novembre, *lire :* 17 juillet.

Page 128, ligne 3, *au lieu de :* 1907, *lire :* 1905.

Page 168, note 1, *au lieu de :* 2e éd., t. II, n. 1168, p. 999, *lire :* 4e éd., t. II, n. 1168.

Page 182, ligne 30, et p. 183, lignes 1 et 5, *au lieu de :* Viroulet, *lire :* Virolet.

Page 222, note 1, *au lieu de :* les lois des 7 avril et 11 mars 1902 sur les brevets d'invention et les dessins et modèles de fabrique, *lire :* [la loi du 7 avril 1902 sur les brevets d'invention, l'art. 58 de la loi de finances du 26 décembre 1908 qui substitue au secrétariat de la préfecture de la Seine l'Office national de la propriété industrielle pour le dépôt des demandes de brevets d'invention et de certificats d'addition, ainsi que pour l'enregistrement des actes comportant cession ou mutation en matière de brevets (*Ann. de législ. franç.,* 1909, p. 180 et la notice de M. G. Maillard), ni la loi sur les dessins et modèles du 14 juillet 1909 (*J. off.* du 19 juillet), n'ont d'influence sur la condition des étrangers.]

Page 499, note 1, ligne 5, *au lieu de :* p. 410-408, *lire :* p. 408-410.

Page 990, note 1, 2e al., *initio, au lieu de :* judiciaire, *lire :* fiduciaire.

Page 1014, note 2, après Martin, *suppléer : ll. cc.*

Page 1057, alinéa 2, ligne 2, *au lieu de :* Beaudouin, *lire :* Baudouin.

Page 1211, note 2, ligne 2, *au lieu de :* Direy, *lire :* Dicey.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R F

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION. 1

1. Le Droit des gens ou Droit international. — 2. Les Etats sujets du Droit international. — 3. Notion de l'Etat. — 4. Caractères essentiels de l'Etat au point de vue des rapports internationaux. — 5. Classification des Etats au point de vue de l'exercice de leur indépendance internationale. — 6. Distinction du Droit international public et privé. — 7. Objet propre du Droit international privé : la solution du conflit des lois. — 8. Des conflits de lois qui constituent l'objet du Droit international privé. — 9. Causes des conflits de lois. — 10. Terminologie. — 11. Conflits entre les lois d'un même pays. — 12. Rapports du Droit international public et du Droit international privé. — 13. Théorie de la *Comitas gentium*. — 14. Négation du caractère international des conflits de lois : doctrine anglo-américaine. — 15. Différences entre le Droit international public et le Droit international privé. — 16. Modes de formation du Droit international privé. — 17. Tentatives d'unification des règles relatives aux conflits de lois ; les Conférences de la Haye. — 18. Rôle du juge en droit international privé. — 19. Preuve des dispositions de la loi étrangère. — 20. Caractère obligatoire pour le juge de la loi étrangère. — 21. Sources du Droit international privé.

LIVRE I

THÉORIES PRÉLIMINAIRES

CHAPITRE Ier. — Condition des étrangers 89

22. Condition des étrangers, question préjudicielle. [Aspect international.]

Section I. L'Antiquité 90

23. Les Juifs et les Grecs. — 24. Les Romains.

Section II. Le moyen âge et l'époque monarchique 95

25. Les Celtes. — 26. Les Barbares. — 27. Les Barbares en Gaule. — 28. Le Droit coutumier. — 29. Classification des aubains. — 30. Les aubains au point de vue du droit privé. — 31. Le droit d'aubaine. — 32. La procédure et les aubains. — 33. Les consulats.

Section III. Droit intermédiaire. 105

34. Les étrangers en France de 1790 au Code civil.

Section IV. Droit actuel 107

35. Division.

§ I. Droits politiques 107

36. Refus des droits politiques aux étrangers.

§ II. Droits publics. 109

37. Limitations des droits publics pour les étrangers.

§ III. Droits privés 135

Pages

38. Classification des étrangers quant aux droits privés.
I. Etrangers non admis à domicile 136
39. Réciprocité diplomatique, art. 11 C. civ. — 40. Dispositions complémentaires de l'art. 11. — 41. Sens de l'art. 11. — 42. Portée de la controverse sur l'art. 11. — 43. Les étrangers et l'assistance judiciaire.
II. Etrangers admis à domicile 149
44. L'art. 13 C. civ. — 45. Situation de l'étranger admis à domicile.
Section V. Condition des personnes morales étrangères. 154
46. Division.
I. Personnes morales en général 155
47. Leur admission en théorie. — 48. Solution pratique.
49. Personnalité civile des Etats étrangers. — 50. Législation comparée.
II. Des sociétés de commerce étrangères 162
51. Nationalité des sociétés. — 52. Loi du 30 mai 1857. — 53. Division.
A. Sociétés anonymes ou soumises à l'autorisation du gouvernement étranger. 170
54. Autorisation de ces sociétés en France. — 55. Assimilation de ces sociétés à des étrangers. — 56. Situation des sociétés non autorisées. — 57. Influence de la loi de 1867 sur les sociétés étrangères. — 58. Législation comparée.
B. Sociétés en nom collectif ou en commandite non soumises à l'autorisation d'un gouvernement étranger 186
59. Leur admission sans autorisation.
Section VI. La propriété littéraire, artistique, industrielle et commerciale. . . . . .
60. Division.
§ I. Propriété littéraire et artistique. 187
61. Division.
I. Droit commun des étrangers en France 188
62. Législation française. — 63. Droit des écrivains et artistes étrangers. — 64. Décret du 28 mars 1852. — 65. Application du décret. — 66. Traduction des ouvrages publiés à l'étranger. — 67. Représentation des œuvres dramatiques et musicales. — 68. Loi qui régit le droit des auteurs et artistes étrangers.
II. Droit des auteurs et artistes étrangers d'après les traités 199
69. Nécessité des traités. — 70-71. Conventions de la France. — 72. Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. [Convention de Berne révisée, signée à Berlin le 13 novembre 1908.]
§ II. Propriété industrielle et commerciale. 221
73. Division.
I. Droit commun des étrangers. 222
74. Division. — 75. Brevets d'invention. — 76. Marques de fabrique. — 77. Nom commercial. — 78. Dessins et modèles de fabrique.
II. Droit des étrangers d'après les traités. 264
79. Brevets d'invention. — 80. Marques de fabrique. — 81. Nom commercial. — 82. Dessins et modèles de fabrique. — 83. Convention générale du 20 mars 1883. — 84. Conférence de Madrid en 1890.
Section VII. Législation comparée . . . . . .
85. Aperçu des principales législations sur la condition des étrangers.

Pages

CHAPITRE II. — Développement historique de la théorie du conflit des lois privées 289

86. Division.

Section I. Le Droit romain 290

87. Conjectures sur le Droit romain.

Section II. Epoque barbare 291

88. La personnalité des lois.

Section III. La féodalité. 293

89. La territorialité des coutumes.

Section IV. La théorie des statuts. 294

§ I. Origine de la théorie 294

90. Les postglossateurs.

§ II. Le développement de la théorie des statuts en France 297

91. Transformation de la doctrine italienne par les statutaires français : les réalistes et les personnalistes. — 92. Classement historique des écoles.

§ III. Critique de la théorie des statuts 303

93. Défauts de la théorie.

§ IV. La théorie des statuts dans le code civil 306

94. Sens de l'art. 3 C. civ.

§ V. Véritable notion du statut réel et du statut personnel. 309

95. Répudiation de la tradition. — 96. Le statut personnel. — 97. Le statut réel. — 98. Sens de l'art. 3 C. civ. — 99. Le statut réel et les meubles.

100. Législation comparée.

Section V. Théories modernes 317

101. Défaut commun de ces théories. — 102. Système anglo-américain. — 103. Systèmes allemands. — 104. Théorie italienne.

Section VI. Véritable théorie 325

105. Idée fondamentale de Savigny. — 106. Renvoi de la *lex fori* à la loi étrangère. — 106 *bis*. Conflits relatifs à la qualification des rapports juridiques. — 107. Notion de l'ordre public. — 108. Distinctions dans l'ordre public.

CHAPITRE III. La nationalité. 366

109. Caractère de la question de nationalité. — 110. Appréciation de la nationalité en pays tiers. — 111. Revendication internationale des nationaux. — 112. Conciliation des lois par les traités. — 113-114. Règles essentielles à consacrer en matière de nationalité. — 115. Transformations de la loi française sur la nationalité.

Section I. Acquisition de la qualité de Français. 379

116. Division.

§ I. Nationalité d'origine 379

117. Division. — 118. Acquisition par la filiation. — 119. L'enfant légitime. — 120. L'enfant naturel. — 121. Preuve de la nationalité *jure sanguinis*. — 122. Conflits des lois. — 123. Nationalité d'origine *jure soli*. — 124. Cas du *jus soli*. — 125. Cas d'attribution de la nationalité *jure soli*. — 126. Cas de l'art. 8, n. 2. — 127. Cas de l'art. 8, n. 3. — 128. Cas de l'art. 8, n. 4.

§ II. Acquisition de la nationalité par un fait postérieur à la naissance. 410

129. Division.

I. Bienfait de la loi. 410

Pages

130. Caractère du bienfait de la loi et sa transformation. — 131. Cas de l'art. 9 C. civ. — 132. Etrangère épousant un Français. — 133. Enfants d'ex-Français. — 134. Descendants de réfugiés protestants. — 135. Contrôle des déclarations faites au sujet de la nationalité. — 136. Preuve et publicité des déclarations.

II. La naturalisation 434

137. Sens divers du mot naturalisation. — 138. Ancien Droit. — 139. Loi du 26 juin 1889. — 140. Effets de la naturalisation. — 141. Législation comparée. — 142. Naturalisation en Algérie et aux colonies.

III. Acquisition de la nationalité par l'annexion 457

143. Effet de l'annexion sur la nationalité. — 144. Théorie de l'annexion. — 145. Principaux traités intéressant la France depuis la Révolution. — 146. Influence de l'annexion sur les mineurs et les femmes mariées.

Section II. Perte de la qualité de Français. 476

147. Division. — 148. Naturalisation acquise en pays étranger. — 149. Acceptation de fonctions publiques à l'étranger sans autorisation. — 150. Etablissement à l'étranger sans esprit de retour. — 151. Mariage d'une Française avec un étranger. — 152. Service militaire à l'étranger sans autorisation. — 153. Démembrement du territoire français. — 154. Trafic des esclaves.

Section III. Recouvrement de la qualité de Français 493

155. Cas divers des art. 18, 19 et 21 C. civ. — 156. Décret du 13 août 1889.

CHAPITRE IV. — Le domicile 499

157. Importance ancienne et actuelle du domicile.

Section I. Français domiciliés à l'étranger 501

§ I. Principes généraux 501

158. Rattachement à sa patrie du Français domicilié à l'étranger.

§ II. Traités d'établissement. 504

159. Diverses espèces de traités d'établissement.

§ III. Situation des Français établis en Orient 506

160. Division.

I. Empire Ottoman 506

161. Les Capitulations. — 162. Juridiction civile et commerciale. — 163. Juridiction criminelle. — 164. Domaine géographique des Capitulations.

II. Egypte. 514

165. Les tribunaux mixtes.

III. Extrême-Orient 518

166. Chine, Japon, etc.

Section II. Etrangers domiciliés en France. 521

167. Droit des étrangers d'avoir un domicile légal en France. — 168. Questions relatives au domicile des étrangers.

CHAPITRE V. — De la procédure au point de vue du Droit international privé. 526

169. Division.

Section I. Des formes de procéder 526

170. Principe de la *lex fori*. — 171. Des ajournements. — 172. Des preuves.

Section II. Compétence 539

173. Principe de la *lex fori*.

§ I. Contestations entre Français et étrangers 542

Pages

174. Division.
I. Etranger demandeur. 542
175. Principe, art. 15 C. civ. — 176. Caution *Judicatum solvi.*
II. Etranger défendeur. 550
177. Art. 14 C. civ. — 178. Questions relatives à l'application de l'art. 14 C. civ. — 179. Application de l'art. 14 C. civ. à un Etat étranger. — 180. Tribunal français compétent quand l'étranger est défendeur. — 181. Traités.
§ II. Contestations entre étrangers. 569
182. Système de la jurisprudence. — 183. Atténuations au système de la jurisprudence. — 184. Caractère relatif de l'incompétence dans les contestations entre étrangers. — 185. Traités. — 186. Législation comparée.
Section III. Des voies d'exécution. 585
187. Principe de la *lex loci executionis.*
Section IV. Des commissions rogatoires. 587
188. Principes et traités.
Section V. Traité d'union de la Haye (17 juillet 1905; décret du 30 avril 1909). 589
189. Texte du traité.
CHAPITRE VI. — De l'autorité des jugements rendus en pays étranger. 601
190. Principe.
Section I. Législation française. 603
191. Art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ. — 192. Système de l'ordonnance de 1629. — 193. Système de l'autorité de la chose jugée. — 194. Système de la révision au fond. — 195. Autorité de la chose jugée à titre d'exception. — 196. Autorité des jugements modifiant l'état des personnes. — 197. Des jugements gracieux. — 198. Procédure pour obtenir l'exequatur. — 199. Rôle du juge dans la concession de l'exequatur. — 200. Effets en France d'un jugement étranger non revêtu de l'exequatur.
Section II. Législation comparée. 622
201. Classification des législations étrangères.
Section III. Traités conclus par la France relativement à l'exécution des jugements étrangers. 628
202. Art. 2123 C. civ. — 203. Traités de la France. — 204. Règles communes à ces traités.
Section IV. Jugements rendus par des tribunaux spéciaux ou placés dans des conditions particulières. 638
205. Jugements rendus en pays envahi. — 206. Jugements rendus avant ou après une annexion. — 207. Jugements rendus par les consuls français à l'étranger. — 208. Jugements des tribunaux mixtes.
Section V. Sentences arbitrales. 643
209. Sentences volontaires et forcées.
CHAPITRE VII. — De la loi régissant la forme des actes juridiques. . 646
210. Caractère préjudiciel de la question.
Section I. Le principe 647
211. La règle *Locus regit actum.* — 212. Sa justification.
Section II. Portée du principe. 650
213. Application aux actes authentiques, privés et solennels. — 214. Application frauduleuse de la règle *Locus regit actum.*
Section III. Exceptions au principe. 658

Pages

215. Exceptions d'après le Droit des gens. — 216. Exceptions en vertu de l'ordre public.
Section IV. — Caractère de la règle *Locus regit actum*. 663
217. La règle est facultative.
Section V. Législation comparée 666
218. Aperçu des législations modernes.
Section VI. Des actes rédigés par les agents diplomatiques et les consuls 668
219. Compétence de ces fonctionnaires. — 220. Particularité des pays hors chrétienté. — 221. Limitation de la compétence des consuls aux actes entre leurs nationaux. — 222. Explication de cette compétence.

LIVRE II

DROIT DES PERSONNES OU STATUT PERSONNEL

223. Rappel de la notion du statut personnel.
CHAPITRE I. — De l'état et de la capacité 677
224. Division.
Section I. De la loi devant régir l'état et la capacité 678
225. Epoque ancienne. — 226. Epoque moderne. — 227. Influence du changement de nationalité.
Section II. Droit positif français. 685
228. Division.
§ 1. Français à l'étranger. 685
229. Principe de la loi nationale.
§ II. Etrangers en France 686
230. Application de la loi nationale. — 230 *bis*. Cas de l'étranger appartenant à un pays qui n'a pas l'unité de législation.
§ III. Exceptions au principe 688
231. Exception de l'ordre public. — 232. Exception prétendue de l'intérêt des nationaux.
§ IV. Portée du principe 693
233. Portée absolue.
Section III. Législation comparée. 695
234. Lois attachées au principe du domicile. — 235. Lois attachées au principe de la nationalité. — 236. Valeur comparée des deux principes.
Section IV. Des actes de l'état civil. 700
237. Leur importance quant au statut personnel.
§ 1. Autorité des actes de l'état civil rédigés à l'étranger. 700
238. Doctrine et pratique.
§ II. Transmission des actes de l'état civil 702
239. Usages et traités.
CHAPITRE II. — De l'absence 704
240. Notion de l'absence.
Section I. Présomption d'absence. 705
241. Compétence et effets.
Section II. Déclaration d'absence 706

Pages

242. Division. — 243. Tribunal compétent. — 244. Loi compétente pour régler les effets de la déclaration.

CHAPITRE III. — Du mariage 710

245. Importance de la matière.

Section I. Du mariage quant aux conditions de forme. 710

246. Division.

§ I. Mariage des Français à l'étranger. 710

247. *Locus regit actum*, art. 170 C. civ. — 248. Exceptions. — 249. Preuve du mariage des Français à l'étranger.

§ II. Mariage des étrangers en France 721

250. *Locus regit actum* et compétence des consuls.

Section II. Du mariage quant aux conditions de fond 726

251. Loi nationale.

§ I. Mariage des Français à l'étranger. 730

252. Art. 170 C. civ. — 253. Applications. — 254. Preuve de la capacité pour le mariage.

§ II. Mariage des étrangers en France. 737

255. Loi nationale et ordre public. — 255 *bis*. Convention de La Haye du 12 juin 1902.

Section III. Des effets du mariage 749

256. Division.

§ I. Loi régissant les effets du mariage 749

257. Loi nationale.

§ II. Application de la loi nationale aux effets du mariage 750

258. Applications : droits et devoirs des conjoints ; incapacité de la femme ; droits et devoirs respectifs des enfants et des parents ; puissance paternelle ; dette alimentaire. — [258 *bis*. Convention de La Haye du 17 juillet 1905, relative aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels.]

Section IV. Séparation de corps, dissolution du mariage, divorce. . . 770

259. Séparation de corps. — 260. Dissolution du mariage.

§ I. De la loi qui régit le divorce 771

261. Division. — 262. Quelle loi détermine l'aptitude à divorcer. — 263. Des causes de divorce. — 264. Effets du divorce.

§ II. Législation comparée 780

265. Aperçu des principales législations.

§ III. Compétence en matière de divorce et de séparation de corps. 786

266. Système de la jurisprudence et ses atténuations. — 266 *bis*. Convention de La Haye du 12 juin 1902. [— Question du divorce confessionnel des étrangers en France.]

Section V. Influence du changement de nationalité sur les rapports de famille 816

267. Division.

§ I. Cas où toute la famille change de nationalité. 816

268. Application de la nouvelle loi nationale.

§ II. Cas où quelques membres de la famille changent de nationalité. 819

269. Applications : puissance maritale et paternelle, divorce, dette alimentaire.

CHAPITRE IV. — La filiation 827

Pages

Section I. Filiation légitime. 827
270. Conditions de la légitimité. — 271. Recherche de la filiation légitime.
Section II. Filiation naturelle 830
§ I. Reconnaissance volontaire 830
272. Formes de la reconnaissance. — 273. Capacité.
§ II. Recherche de la filiation naturelle 832
274. Recherche de la paternité naturelle. — 275. Recherche de la maternité naturelle.
CHAPITRE V. — Légitimation 837
Section I. Légitimation par mariage 837
276. Loi nationale. — 277. Conflits de lois. — 278. Fausse application de l'ordre public. — 279. Conditions de la légitimation.
Section II. Légitimation autrement que par mariage 843
280. Loi nationale
CHAPITRE VI. — Adoption 845
281. Caractère moderne de l'adoption.
Section I. Conditions de l'adoption 845
282. Loi nationale. — 283. Aptitude des étrangers à adopter ou à être adoptés. — 284. Combinaison de la loi des parties de nationalité différente. — 285. Formes de l'adoption.
Section II. Effets de l'adoption 850
286. Loi nationale.
CHAPITRE VII. — Protection des incapables 851
287. Idée générale et division.
Section I. Loi qui régit la protection des incapables. 853
288. Loi nationale. — 289. Applications.
Section II. Traités. 863
290. Traités en général. — 291. Convention franco-suisse de 1869. — 291 *bis*. Convention de La Haye du 12 juin 1902. — [291 *ter*. Convention de La Haye du 17 juillet 1905 concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues.]
CHAPITRE VIII. — De l'émancipation 876
292. Loi nationale.

LIVRE III

DES OBLIGATIONS

CHAPITRE Ier. — Des obligations en général 879
293. Principe de l'autonomie.
Section I. Formation des obligations conventionnelles 886
294. Présomptions pour l'interprétation de la volonté. — 295. Système de la *lex loci executionis*. — 296. Contrats unilatéraux. — 297. Contrats maritimes. — 297 *bis*. Contrat de transport par terre. — 298. Lieu de formation du contrat. — 299. Contrats par correspondance. — 300. Contrats par mandataires. — 301. Ratification. — 302. Interprétation des termes.
Section II. Effets des conventions. 897
§ I. Loi régissant les effets des conventions 897
303. Distinction des *effets* et des *suites* : réfutation. — 304. Applications : confirmation ; nullité, rescision et résolution.

Pages

§ II. Effet extraterritorial des conventions 904
305. Autonomie et ordre public. — 306. Loterie, jeu et pari. — 307. Contrebande. — 308. Taux de l'intérêt.
Section III. Exécution des obligations 913
809. *Lex loci executionis.*
Section IV. Extinction des obligations 915
310. Division.
§ I. Du paiement 915
311. Du paiement en général. — 312. Paiement avec subrogation.
§ II. Modes d'extinction autres que le paiement 919
313. Novation. — 314. Remise de la dette. — 315. Perte de la chose due. — 316. Compensation et confusion. — 317. Prescription libératoire.
Section V. Des obligations non contractuelles 926
318. Division.
§ I. Obligations venant de la loi 926
319. Principe. — 320. Applications en droit maritime.
§ II. Obligations venant des quasi-contrats. 932
321. Règle de l'autonomie. — 321 *bis*. Théorie de l'ordre public appliquée aux quasi-contrats.
§ III. Délits et quasi-délits 936
322. Ordre public. — 323. Abordages.
CHAPITRE II. Du contrat de mariage. 942
Section I. De la loi qui régit le contrat de mariage 942
324. Contrat exprès et contrat tacite. — 325. Autonomie des contractants. — 326. Présomptions d'interprétation de la volonté. — 327. Théorie du statut personnel. — 328. Immutabilité des conventions matrimoniales en cas de changement de nationalité ou de domicile. — 329. Capacité dans le contrat de mariage. — 330. Formes du contrat de mariage : difficulté pour les art. 1394 et 1395 C. civ. et la publicité du contrat.
Section II. Effets extraterritoriaux du contrat de mariage 956
331. Indivisibilité et universalité de la volonté. — 332. Restrictions de l'ordre public. — 333. Régime dotal. — 334. Compétence en matière de conventions matrimoniales. [— Renvoi et autonomie de la volonté en matière de régime matrimonial.] — [334 *bis*. Convention de La Haye du 17 juillet 1905 concernant les effets du mariage sur les biens des époux.]
CHAPITRE III. De la lettre de change 981
335. Conceptions diverses sur la nature de la lettre de change.
Section I. Capacité en matière de lettre de change 984
336. Statut personnel. — 337. Exceptions.
Section II. Formes de la lettre de change. 987
338. *Locus regit actum :* applications.
Section III. Effets des actes relatifs à la lettre de change 989
339. Principe de l'autonomie. — 340. Emission de la lettre de change. — 341. Endossement. — 342. Aval. — 343. Solidarité. — 344. Paiement. — 345. Conséquences du défaut de paiement et d'acceptation. — 346. Force majeure. — 347. Rechange. — 348. Prescription. — 349. Règles fiscales. — 350. Du chèque.

LIVRE IV

DES SUCCESSIONS ET DES DONATIONS

Pages

351. Division.
CHAPITRE I. Des successions *ab intestat* 1013
Section I. Aptitude des étrangers à succéder. 1013
352. Loi du 14 juillet 1819.
§ I. Dans quel cas le prélèvement a lieu 1015
353. Concours d'héritiers français et étrangers. — 354. Concours d'héritiers français. — 355. Traités.
§ II. Sur quels biens et comment se fait le prélèvement 1023
356. Applications.
Section II. De la loi qui régit la succession 1025
357. Idée générale du problème.
§ I. De la loi qui rationnellement doit régir la succession *ab intestat*. 1026
358. Doctrine des statutaires. — 359. Doctrine moderne. — 360. Loi nationale du défunt.
§ II. Système suivi dans la pratique. 1034
361. Jurisprudence française. — 362. Applications. — 363. Exceptions. — 364. Législation comparée.
§ III. Application du système théorique et du système suivi dans la pratique 1046
365. Cas divers. — 366. Restrictions de l'ordre public.
Section III. Du partage et de ses suites. 1066
§ I. Du partage et de ses effets. 1066
367. Principe. — 368. Capacité. — 369. 370. Incidents divers du partage.
§ II. Du paiement des dettes. 1069
371. Système des statuts et loi nationale du défunt. — 372. Séparation des patrimoines. — [372 *bis*. Discussion aux Conférences de La Haye en 1900 et 1904.]
§ III. Compétence et procédure en matière de partage. 1076
373. Compétence. — 374. Procédure. — 375. Traités. — 376. Mission des consuls. — [376 *bis*. Vœu de la IVe Conférence de La Haye relatif à la compétence et la procédure en matière de successions et de testaments.]
CHAPITRE II. — Successions testamentaires. 1086
377. Division.
Section I. Forme des testaments 1087
378. *Locus regit actum*. — [378 *bis*. Son caractère facultatif. — 378 *ter*. Solution adoptée par le projet de convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments (La Haye, 1904).]
Section II. Règles de fond. 1106
379. Loi nationale du testateur. — 380. Interprétation des testaments. — 381. Modes d'institution des héritiers et légataires. — 382. Révocation des testaments. — 383. Caducité des testaments. — [383 *bis*. Projet d'une convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments adopté par la IVe Conférence de La Haye le 7 juin 1904, et non encore ratifié.]
CHAPITRE III. — Des donations 1117
384. Principes.

Pages

Section I. Irrévocabilité des donations 1118

385. Loi nationale du donateur. — 386. Exceptions à l'irrévocabilité. — 387. Donations entre époux.

Section II. La réserve 1122

388. Loi nationale du donateur.

Section III. Capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit 1123

389. Incapacités absolues. — 390. Incapacités relatives. — 391. Ordre public.

LIVRE V

STATUT RÉEL

392. Division.

CHAPITRE I. — Propriété, droits réels principaux et possession. . . . 1135

Section I. De la propriété 1135

393. Loi territoriale. — 394. Etendue des droits du propriétaire. — 395. Transfert de la propriété. — 396. Des créances. — 397. Vente des navires. — 398. Distinction des biens.

Section II. Droits réels principaux 1148

399. Division.

§ I. Servitudes personnelles 1148

400. Combinaison du principe d'autonomie et de l'ordre public. — 401. Usufruit légal.

§ II. Servitudes réelles 1154

402-403. Autonomie et ordre public.

Section III. La possession 1157

404. Loi territoriale.

CHAPITRE II. — Nantissement, privilèges et hypothèques 1158

405. Principe.

Section I. Nantissement 1159

406. Autonomie et ordre public. — 407. Droit de suite sur les navires.

Section II. Hypothèques 1163

408. Points relatifs à l'ordre public. — 409. Hypothèque maritime.

§ I. Hypothèques conventionnelles. 1167

410. Autonomie des parties. — 411. Formes. — 412. Art. 2128 C. civ. — 413. Hypothèque maritime quant à la forme.

§ II. Hypothèque judiciaire. 1172

414. Conflits de législations.

§ III. Hypothèques légales 1175

415. Droit des étrangers. — 416. Loi applicable, loi nationale. — 417. Hypothèque de l'Etat et des établissements publics.

Section III. Privilèges 1180

418. Loi territoriale. — 419. Privilèges sur les navires. — [419 *bis*. Projet d'un code international des hypothèques et des privilèges maritimes.]

CHAPITRE III. — Prescription acquisitive. . . . . .

420. Prescription des immeubles et des meubles. — 421. Des titres perdus et volés.

APPENDICE. — De la faillite en Droit international privé. 1190

422. Idée générale de la question.

Pages

Section I. Compétence en matière de faillite. 1193

423. Tribunal du domicile du failli. — 424. Réserve de l'art. 14 C. civ. — 425. Conflits de compétence. — 426. Compétence quant aux immeubles. — 427. Exclusion des créanciers étrangers. — 428. Traité franco-suisse de 1869.

Section II. Effets extraterritoriaux du jugement déclaratif de faillite. 1205

429. Universalité de la faillite. — 430. Révision du jugement déclaratif de faillite et traité franco-suisse de 1869. — 431. Indivisibilité de la faillite et art. 14 C. civ.

Section III. De la loi qui régit les conséquences de la faillite. 1217

432. *Lex fori.* — 433. Incapacité du failli. — 433 *bis.* Nullité des actes faits par le failli. — 434. Répartition de l'actif entre les créanciers.

Section IV. Du concordat et de la réhabilitation. 1224

§ I. Du concordat. 1224

435. *Lex fori,* effet extraterritorial du concordat.

§ II. De la réhabilitation 1232

436. Compétence du tribunal du domicile du failli.

31.493. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., 17, rue Poquelin-Molière.

VIENT DE PARAITRE :

LA 8e ANNÉE COMPLÈTE DE LA

REVUE TRIMESTRIELLE.

DE DROIT CIVIL

PAR

A. ESMEIN
Membre de l'Institut
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Paris

R. SALEILLES
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Paris

Ch. MASSIGLI
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Paris,

Albert WAHL
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris,
Doyen honoraire de la Faculté de droit
de l'Université de Lille.

La Revue paraît à la fin de chaque trimestre par fascicule de 12 à 15 feuilles in-8° cavalier

Prix de l'abonnement annuel : FRANCE . . . . . **20 francs.**
COLONIES ET ÉTRANGER. . . . . **22 francs.**
Le numéro se vend séparément . . . . . **6 francs.**
Prix des 7 années parues . . . . . **120 francs.**

Traité théorique et pratique de Droit international privé, par André WEISS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris, associé de l'Institut de droit international 1898 1908, 5 volumes in-8. . . . . **60 fr.**

Dictionnaire de Droit international privé. *Législation, doctrine, jurisprudence française,* par MM. René VINCENT et Edouard PINAUD, avocats à la Cour d'appel de Paris. 1887, 1 fort volume grand in-8 à 2 colonnes. . . **20 fr.**
La Revue de 1888 . . . . . **8 fr.**
Le Dictionnaire et la Revue . . . . . **25 fr.**

Précis de Droit civil, *contenant, dans une première partie, l'exposé des principes, et dans une deuxième, les questions de détail et les controverses,* par G. BAUDRY-LACANTINERIE, doyen et professeur de droit civil à la Faculté de droit de Bordeaux. 10e édition pour les tomes I et II, revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence. 1906-1909, 3 volumes in-8 . . . . . **37 fr. 50**; cartonné, **41 fr. 25**
Chaque volume séparément . . . . . **12 fr. 50**; cartonné, **13 fr. 75**

Manuel de Droit international privé, par André WEISS, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, membre de l'Institut de Droit international. 6e édit., revue et mise au courant. 1909, 1 vol. in-8. Cartonné **11 fr. 25**

La Nationalité au point de vue des rapports internationaux (droit des gens), par Georges GOUGORDAN, docteur en droit, ministre plénipotentiaire. 2e édition, mise au courant du dernier état de la législation en France et à l'étranger 1890, 1 volume in 8 . . . . . **10 fr.**

De l'exécution des jugements étrangers *d'après la jurisprudence française avec le texte des principaux arrêts et jugements,* par Charles LACHAU, avocat à la Cour de Paris, et Christian DAGUIN, docteur en droit, avocat à la Cour de Paris, secrétaire de la Société de législation comparée, lauréat de la Faculté de droit de Paris 1889, 1 volume in-8 . . . . . **6 fr.**

Traité théorique et pratique du Droit pénal français, par R. GARRAUD, avocat à la Cour d'appel professeur de Droit criminel à l'Université de Lyon. 2e édition complètement revue et considérablement augmentée 1898-1902, 6 volumes in 8 . . . . . **60 fr.**

Traité théorique et pratique de Procédure *(Organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale),* par E. GARSONNET, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Paris 2e édition, revue, corrigée et mise au courant de la législation et de la jurisprudence, par Charles CEZAR-BRU, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille. 1898 1904, 8 volumes in 8 . . . . . **80 fr.**

---

31 387 — Bordeaux, Y. CADORET, impr., 17, rue Poquelin Molière

INTRODUCTION
1. Le Droit des gens ou Droit international. - **2.** Les Etats sujets du Droit international. - **3.** Notion de l'Etat. - **4.** Caractères essentiels de l'Etat au point de vue des rapports internationaux. - **5.** Classification des Etats au point de vue de l'exercice de leur indépendance internationale. - **6.** Distinction du Droit international public et privé. - **7.** Objet propre du Droit international privé: la solution du conflit des lois. - **8.** Des conflits de lois qui constituent l'objet du Droit international privé. - **9.** Causes des conflits de lois. - **10.** Terminologie. - **11.** Conflits entre les lois d'un même pays. - **12.** Rapports du Droit international public et du Droit international privé. - **13.** Théorie de la *Comitas gentium.* - **14.** Négation du caractère international des conflits de lois: doctrine anglo-américaine. - **15.** Différences entre le Droit international public et le Droit international privé. - **16.** Modes de formation du Droit international privé. - **17.** Tentatives d'unification des règles relatives aux conflits de lois; les Conférences de la Haye. - **18.** Rôle du juge en droit international privé. - **19.** Preuve des dispositions de la loi étrangère. - **20.** Caractère obligatoire pour le juge de la loi étrangère. - **21.** Sources du Droit international privé.
LIVRE I THEORIES PRELIMINAIRES
CHAPITRE I[er]. - Condition des étrangers
22. Condition des étrangers, question préjudicielle. [Aspect international.]
Section I. L'Antiquité
23. Les Juifs et les Grecs. - **24.** Les Romains
Section II. Le moyen âge et l'époque monarchique
25. Les Celtes. - **26.** Les Barbares. - **27.** Les Barbares en Gaule. - **28.** Le Droit coutumier. - **29.** Classification des aubains. - **30.** Les aubains au point de vue du droit privé. - **31.** Le droit d'aubaine. - **32.** La procédure et les aubains. - **33.** Les consulats
Section III. Droit intermédiaire
34. Les étrangers en France de 1790 au Code civil
Section IV. Droit actuel
35. Division.
§ I. Droits politiques
36. Refus des droits politiques aux étrangers
§ II. Droits publics
37. Limitations des droits publics pour les étrangers
§ III. Droits privés
38. Classification des étrangers quant aux droits privés.
I. Etrangers non admis à domicile
39. Réciprocité diplomatique, art. 11 C. civ. - **40.** Dispositions complémentaires de l'art. 11. - **41**. Sens de l'art. 11. - **42.** Portée de la controverse sur l'art. 11. - **43.** Les étrangers et l'assistance judiciaire
II. Etrangers admis à domicile
44. L'art. 13 C. civ. - **45.** Situation de l'étranger admis à domicile
Section V. Condition des personnes morales étrangères
46. Division.
I. Personnes morales en général
47. Leur admission en théorie. - **48.** Solution pratique
49. Personnalité civile des Etats étrangers. - **50.** Législation comparée
II. Des sociétés de commerce étrangères
51. Nationalité des sociétés. - **52.** Loi du 30 mai 1857. - **53.** Division
A. Sociétés anonymes ou soumises à l'autorisation du gouvernement étranger
54. Autorisation de ces sociétés en France. - **55.** Assimilation de ces sociétés à des étrangers. - **56.** Situation des sociétés non autorisées. - **57.** Influence de la loi de 1867 sur les sociétés étrangères. - **58.** Législation comparée
B. Sociétés en nom collectif ou en commandite non soumises à l'autorisation d'un gouvernement étranger
59. Leur admission sans autorisation
Section VI. La propriété littéraire, artistique, industrielle et commerciale
60. Division
§ I. Propriété littéraire et artistique
61. Division
I. Droit commun des étrangers en France
62. Législation française. - **63.** Droit des écrivains et artistes étrangers. - **64.** Décret du 28 mars 1852. - **65.** Application du décret. - **66.** Traduction des ouvrages publiés à l'étranger. - **67.** Représentation des oeuvres dramatiques et musicales. - **68.** Loi qui régit le droit des auteurs et artistes étrangers.
II. Droit des auteurs et artistes étrangers d'après les traités
69. Nécessité des traités. - **70-71.** Conventions de la France. - **72.** Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques. [Convention de Berne révisée, signée à Berlin le 13 novembre 1908.]
§ II. Propriété industrielle et commerciale
73. Division.
I. Droit commun des étrangers
74. Division. - **75.** Brevets d'invention. - **76.** Marques de fabrique. - **77.** Nom commercial. - **78.** Dessins et modèles de fabrique
II. Droit des étrangers d'après les traités
79. Brevets d'invention. - **80.** Marques de fabrique. - **81.** Nom commercial. - **82.** Dessins et modèles de fabrique. - **83.** Convention générale du 20 mars 1883. - **84.** Conférence de Madrid en 1890
Section VII. Législation comparée
85. Aperçu des principales législations sur la condition des étrangers
CHAPITRE II. - Développement historique de la théorie du conflit des lois privées
86. Division.
Section I. Le Droit romain
87. Conjectures sur le Droit romain
Section II. Epoque barbare
88. La personnalité des lois.
Section III. La féodalité
89. La territorialité des coutumes.
Section IV. La théorie des statuts
§ I. Origine de la théorie
90. Les postglossateurs.
§ II. Le développement de la théorie des statuts en France
91. Transformation de la doctrine italienne par les statutaires français: les réalistes et les personnalistes. - 92. Classement historique des écoles.
§ III. Critique de la théorie des statuts
93. Défauts de la théorie.
§ IV. La théorie des statuts dans le code civil
94. Sens de l'art. 3 C. civ.
§ V. Véritable notion du statut réel et du statut personnel
95. Répudiation de la tradition. - **96.** Le statut personnel. - **97.** Le statut réel. - **98.** Sens de l'art. 3 C. civ. - **99.** Le statut réel et les meubles.
100. Législation comparée.
Section V. Théories modernes
101. Défaut commun de ces théories. - **102.** Système anglo-américain. - **103.** Systèmes allemands. - **104.** Théorie italienne.
Section VI. Véritable théorie
105. Idée fondamentale de Savigny. - **106.** Renvoi de la lex fori à la loi étrangère. - **106** *bis.* Conflits relatifs à la qualification des rapports juridiques. - **107.** Notion de l'ordre public. - **108.** Distinctions dans l'ordre public.
CHAPITRE III. La nationalité
109. Caractère de la question de nationalité. - **110.** Appréciation de la nationalité en pays tiers. - **111.** Revendication internationale des nationaux. - **112.** Conciliation des lois par les traités. - **113-114.** Règles essentielles à consacrer en matière de nationalité. - **115.** Transformations de la loi française sur la nationalité.
Section I. Acquisition de la qualité de Français
116. Division.
§ I. Nationalité d'origine
117. Division. - **118.** Acquisition par la filiation. - **119.** L'enfant légitime. - **120.** L'enfant naturel. - **121.** Preuve de la nationalité jure sanguinis. - **122.** Conflits des lois. - **123.** Nationalité d'origine jure soli. - **124.** Cas du jus soli. - **125.** Cas d'attribution de la nationalité jure soli. - **126.** Cas de l'art. 8, n. 2. - **127.** Cas de l'art. 8, n. 3. - **128.** Cas de l'art. 8, n. 4.
§ II. Acquisition de la nationalité par un fait postérieur à la naissance
129. Division.
I. Bienfait de la loi
130. Caractère du bienfait de la loi et sa transformation. - **131.** Cas de l'art. 9 C. civ. - **132.** Etrangère épousant un Français. - **133.** Enfants d'ex-Français. - **134.** Descendants de réfugiés protestants. - **135.** Contrôle des déclarations faites au sujet de la nationalité. - **136.** Preuve et publicité des déclarations.
II. La naturalisation
137. Sens divers du mot naturalisation. - **138.** Ancien Droit. - **139.** Loi du 26 juin 1889. - **140.** Effets de la naturalisation. - **141.** Législation comparée. - **142.** Naturalisation en Algérie et aux colonies.
III. Acquisition de la nationalité par l'annexion
143. Effet de l'annexion sur la nationalité. - **144.** Théorie de l'annexion. - **145.** Principaux traités intéressant la France depuis la Révolution. - **146.** Influence de l'annexion sur les mineurs et les femmes mariées.

Section II. Perte de la qualité de Français
147. Division. - **148.** Naturalisation acquise en pays étranger. - **149.** Acceptation de fonctions publiques à l'étranger sans autorisation. - **150.** Etablissement à l'étranger sans esprit de retour. - **151.** Mariage d'une Française avec un étranger. - **152.** Service militaire à l'étranger sans autorisation. - **153.** Démembrement du territoire français. - **154.** Trafic des esclaves.
Section III. Recouvrement de la qualité de Français
155. Cas divers des art. 18, 19 et 21 C. civ. - **156.** Décret du 13 août 1889.
CHAPITRE IV. - Le domicile
157. Importance ancienne et actuelle du domicile
Section I. Français domiciliés à l'étranger
§ I. Principes généraux
158. Rattachement à sa patrie du Français domicilié à l'étranger.
§ II. Traités d'établissement
159. Diverses espèces de traités d'établissement.
§ III. Situation des Français établis en Orient
160. Division.
I. Empire Ottoman
161. Les Capitulations. - **162.** Juridiction civile et commerciale. - **163.** Juridiction criminelle. - **164.** Domaine géographique des Capitulations.
II. Egypte
165. Les tribunaux mixtes.
III. Extrême-Orient
166. Chine, Japon, etc.
Section II. Etrangers domiciliés en France
167. Droit des étrangers d'avoir un domicile légal en France. - **168.** Questions relatives au domicile des étrangers.
CHAPITRE V. - De la procédure au point de vue du Droit international privé
169. Division.
Section I. Des formes de procéder
170. Principe de la lex fori. - **171.** Des ajournements. - **172.** Des preuves.
Section II. Compétence
173. Principe de la lex fori.
§ I. Contestations entre Français et étrangers
174. Division.
I. Etranger demandeur
175. Principe, art. 15 C. civ. - **176.** Caution Judicatum solvi.
II. Etranger défendeur
177. Art. 14 C. civ. - **178.** Questions relatives à l'application de l'art. 14 C. civ. - **179.** Application de l'art. 14 C. civ. à un Etat étranger. - **180.** Tribunal français compétent quand l'étranger est défendeur. - **181.** Traités.
§ II. Contestations entre étrangers
182. Système de la jurisprudence. - **183.** Atténuations au système de la jurisprudence. - **184.** Caractère relatif de l'incompétence dans les contestations entre étrangers. - **185.** Traités. - **186.** Législation comparée.
Section III. Des voies d'exécution
187. Principe de la lex loci executionis
Section IV. Des commissions rogatoires
188. Principes et traités.
Section V. Traité d'union de la Haye (17 juillet 1905; décret du 30 avril 1909)
189. Texte du traité
CHAPITRE VI. - De l'autorité des jugements rendus en pays étranger.
190. Principe.
Section I. Législation française
191. Art. 2123 C. civ. et546Pr. civ. - **192.** Système de l'ordonnance de 1629. - **193.** Système de l'autorité de la chose jugée. - **194.** Système de la révision au fond. - **195.** Autorité de la chose jugée à titre d'exception. - **196.** Autorité des jugements modifiant l'état des personnes. - **197.** Des jugements gracieux. - **198.** Procédure pour obtenir l'exequatur. - **199.** Rôle du juge dans la concession de l'exequatur. - **200.** Effets en France d'un jugement étranger non revêtu de l'exequatur.
Section II. Législation comparée
201. Classification des législations étrangères.
Section III. Traités conclus par la France relativement à l'exécution des jugements étrangers
202. Art. 2123 C. civ. - **203.** Traités de la France. - **204.** Règles communes à ces traités.
Section IV. Jugements rendus par des tribunaux spéciaux ou placés dans des conditions particulières
205. Jugements rendus en pays envahi. - **206.** Jugements rendus avant ou après une annexion. - **207.** Jugements rendus par les consuls français à l'étranger. - 208. Jugements des tribunaux mixtes.
Section V. Sentences arbitrales
209. Sentences volontaires et forcées.
CHAPITRE VII. - De la loi régissant la forme des actes juridiques
210. Caractère préjudiciel de la question.
Section I. Le principe
211. La règle Locus regit actum. - **212.** Sa justification.
Section II. Portée du principe
213. Application aux actes authentiques, privés et solennels. - **214.** Application frauduleuse de la règle Locus regit actum.
Section III. Exceptions au principe
215. Exceptions d'après le Droit des gens. - **216.** Exceptions en vertu de l'ordre public.
Section IV. - Caractère de la règle *Locus regit aclum*
217. La règle est facultative.
Section V. Législation comparée
218. Aperçu des législations modernes.
Section VI. Des actes rédigés par les agents diplomatiques et les consuls
219. Compétence de ces fonctionnaires. - **220.** Particularité des pays hors chrétienté. - **221.** Limitation de la compétence des consuls aux actes entre leurs nationaux. - **222.** Explication de cette compétence.
LIVRE II DROIT DES PERSONNES OU STATUT PERSONNEL
223. Rappel de la notion du statut personnel.
CHAPITRE I. - De l'état et de la capacité
224. Division.
Section I. De la loi devant régir l'état et la capacité
225. Epoque ancienne. - **226.** Epoque moderne. - **227.** Influence du changement de nationalité
Section II. Droit positif français
228. Division.
§ 1. Français à l'étranger
229. Principe de la loi nationale.
§ II. Etrangers en France
230. Application de la loi nationale. - **230** *bis.* Cas de l'étranger appartenant à un pays qui n'a pas l'unité de législation.
§ III. Exceptions au principe
231. Exception de l'ordre public. - **232.** Exception prétendue de l'intérêt des nationaux.
§ IV. Portée du principe
233. Portée absolue.
Section III. Législation comparée
234. Lois attachées au principe du domicile. - **235.** Lois attachées au principe de la nationalité. - **236.** Valeur comparée des deux principes.
Section IV. Des actes de l'état civil
237. Leur importance quant au statut personnel.
§ I. Autorité des actes de l'état civil rédigés à l'étranger
238. Doctrine et pratique.
§ II. Transmission des actes de l'état civil.
239. Usages et traités
CHAPITRE II. - De l'absence
240. Notion de l'absence.
Section I. Présomption d'absence
241. Compétence et effets.
Section II. Déclaration d'absence
242. Division. - **243.** Tribunal compétent. - **244.** Loi compétente pour régler les effets de la déclaration.
CHAPITRE III. - Du mariage
245. Importance de la matière.

Section I. Du mariage quant aux conditions de forme
246. Division.
§ I. Mariage des Français à l'étranger
247. Locus regit actum, art. 170 C. civ. - **248.** Exceptions. - **249.** Preuve du mariage des Français à l'étranger.
§ II. Mariage des étrangers en France
250. *Locus regit actum* et compétence des consuls.
Section II. Du mariage quant aux conditions de fond
251. Loi nationale.
§ I. Mariage des Français à l'étranger
252. Art. 170 C. civ. - **253.** Applications. - **254.** Preuve de la capacité pour le mariage.
§ II. Mariage des étrangers en France
255. Loi nationale et ordre public. - **255** *bis.* Convention de La Haye du 12 juin 1902.
Section III. Des effets du mariage
256. Division.
§ I. Loi régissant les effets du mariage
257. Loi nationale.
§ II. Application de la loi nationale aux effets du mariage
258. Applications: droits et devoirs des conjoints; incapacité de la femme; droits et devoirs respectifs des enfants et des parents; puissance paternelle; dette alimentaire. - [**258** *bis.* Convention de La Haye du 17 juillet 1905, relative aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels.]
Section IV. Séparation de corps, dissolution du mariage, divorce
259. Séparation de corps. - **260.** Dissolution du mariage.
§ I. De la loi qui régit le divorce
261. Division. - **262.** Quelle loi détermine l'aptitude à divorcer. - **263.** Des causes de divorce. - **264.** Effets du divorce.
§ II. Législation comparée
265. Aperçu des principales législations.
§ III. Compétence en matière de divorce et de séparation de corps
266. Système de la jurisprudence et ses atténuations. - **266** *bis.* Convention de La Haye du 12 juin 1902. [- Question du divorce confessionnel des étrangers en France:]
Section V. Influence du changement de nationalité sur les rapports de famille
267. Division.
§ I. Cas où toute la famille change de nationalité
268. Application de la nouvelle loi nationale.
§ II. Cas où quelques membres de la famille changent de nationalité
269. Applications: puissance maritale et paternelle, divorce, dette alimentaire.
CHAPITRE IV. - La filiation
Section I. Filiation légitime
270. Conditions de la légitimité. - **271.** Recherche de la filiation légitime.
Section II. Filiation naturelle
§ I. Reconnaissance volontaire
272. Formes de la reconnaissance. - **273.** Capacité.
§ II. Recherche de la filiation naturelle
274. Recherche de la paternité naturelle. - **275.** Recherche de la maternité naturelle.
CHAPITRE V. - Légitimation
Section I. Légitimation par mariage
276. Loi nationale. - **277.** Conflits de lois. - **278.** Fausse application de l'ordre public. - **279.** Conditions de la légitimation.
Section II. Légitimation autrement que par mariage
280. Loi nationale
CHAPITRE VI. - Adoption
281. Caractère moderne de l'adoption.
Section I. Conditions de l'adoption
282. Loi nationale. - **283.** Aptitude des étrangers à adopter ou à être adoptés. - **284.** Combinaison de la loi des parties de nationalité différente. - **285.** Formes de l'adoption.
Section II. Effets de l'adoption
286. Loi nationale.
CHAPITRE VII. - Protection des incapables
287. Idée générale et division.
Section I. Loi qui régit la protection des incapables
288. Loi nationale. - **289.** Applications.
Section II. Traités
290. Traités en général. - **291.** Convention franco-suisse de 1869. - **291** *bis.* Convention de La Haye du 12 juin 1902. - [**291** *ter.* Convention de La Haye du 17 juillet 1905 concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues.]
CHAPITRE VIII. - De l'émancipation
292. Loi nationale.
LIVRE III DES OBLIGATIONS
CHAPITRE I^{er}. - Des obligations en général
293. Principe de l'autonomie.
Section I. Formation des obligations conventionnelles
294. Présomptions pour l'interprétation de la volonté. - **295.** Système de la lex loci executionis. - **296.** Contrats unilatéraux. - **297.** Contrats maritimes. - **297** *bis.* Contrat de transport par terre. - **298.** Lieu de formation du contrat. - **299.** Contrats par correspondance. - **300.** Contrats par mandataires. - **301.** Ratification. - **302.** Interprétation des termes.
Section II. Effets des conventions
§ I. Loi régissant les effets des conventions
303. Dictinction des effets et des suites: réfutation. - **304.** Applications: confirmation; nullité, rescision et résolution.
§ II. Effet extraterritorial des conventions
305. Autonomie et ordre public. - **306.** Loterie, jeu et pari. - **307.** Contrebande. - **308.** Taux de l'intérêt.
Section III. Exécution des obligations
809. Lex loci executionis.
Section IV. Extinction des obligations
310. Division.
§ I. Du paiement
311. Du paiement en général. - **312.** Paiement avec subrogation.
§ II. Modes d'extinction autres que le paiement
313. Novation. - **314.** Remise de la dette. - **315.** Perte de la chose due. - **316.** Compensation et confusion. - **317.** Prescription libératoire.
Section V. Des obligations non contractuelles
318. Division.
§ I. Obligations venant de la loi
319. Principe. - **320.** Applications en droit maritime.
§ II. Obligations venant des quasi-contrats
321. Règle de l'autonomie. - **321** *bis.* Théorie de l'ordre public appliquée aux quasi-contrats.
§ III. Délits et quasi-délits
322. Ordre public. - **323.** Abordages.
CHAPITRE II. Du contrat de mariage
Section I. De la loi qui régit le contrat de mariage
324. Contrat exprès et contrat tacite. - **325.** Autonomie des contractants. - **326.** Présomptions d'interprétation de la volonté. - **327.** Théorie du statut personnel. - **328.** Immutabilité des conventions matrimoniales en cas de changement de nationalité ou de domicile. - **329.** Capacité dans le contrat de mariage. - **330.** Formes du contrat de mariage: difficulté pour les art. 1394 et 1395 C. civ. et la publicité du contrat.
Section II. Effets extraterritoriaux du contrat de mariage
331. Indivisibilité et universalité de la volonté. - **332.** Restrictions de l'ordre public. - **333.** Régime dotal. - **334.** Compétence en matière de conventions matrimoniales. [- Renvoi et autonomie de la volonté en matière de régime matrimonial.] - [**334** *bis.* Convention de La Haye du 17 juillet 1905 concernant les effets du mariage sur les biens des époux.]
CHAPITRE III. De la lettre de change
335. Conceptions diverses sur la nature de la lettre de change.
Section I. Capacité en matière de lettre de change
336. Statut personnel. - **337.** Exceptions.
Section II. Formes de la lettre de change
338. Locus regit actum: applications.
Section III. Effets des actes relatifs à la lettre de change
339. Principe de l'autonomie. - **340.** Emission de la lettre de change. - **341.** Endossement. - **342.** Aval. - **343.** Solidarité. - **344.** Paiement. - **345.** Conséquences du défaut de paiement et d'acceptation. - **346.** Force majeure. - **347.** Rechange. - **348.** Prescription. - **349.** Règles fiscales. - **350.** Du chèque.

LIVRE IV DES SUCCESSIONS ET DES DONATIONS
351. Division.
CHAPITRE I. Des successions ab intestat
Section I. Aptitude des étrangers à succéder
352. Loi du 14 juillet 1819.
§ I. Dans quel cas le prélèvement a lieu
353. Concours d'héritiers français et étrangers. - **354.** Concours d'héritiers français. - **355.** Traités.
§ II. Sur quels biens et comment se fait le prélèvement
356. Applications.
Section II. De la loi qui régit la succession
357. Idée générale du problème
§ I. De la loi qui rationnellement doit régir la succession *ab intestat*
358. Doctrine des statutaires. - **359.** Doctrine moderne. - **360.** Loi nationale du défunt.
§ II. Système suivi dans la pratique
361. Jurisprudence française. - **362.** Applications. - **363.** Exceptions. - **364.** Législation comparée.
§ III. Application du système théorique et du système suivi dans la pratique
365. Cas divers. - **366.** Restrictions de l'ordre public
Section III. Du partage et de ses suites
§ I. Du partage et de ses effets
367. Principe: - **368.** Capacité. - **369. 370.** Incidents divers du partage. § II. Du paiement des dettes
371. Système des statuts et loi nationale du défunt. - **372.** Séparation des patrimoines. - [**372** *bis.* Discussion aux Conférences de La Haye en 1900 et 1904.]
§ III. Compétence et procédure en matière de partage
373. Compétence. - **374.** Procédure. - **375.** Traités. - **376.** Mission des consuls. - [**376** *bis.* Voeu de la IV^e^ Conférence de La Haye relatif à la compétence et la procédure en matière de successions et des testaments.]
CHAPITRE II. - Successions testamentaires
377. Division
Section I. Forme des testaments
378. Locus regit actum. - [**378** *bis.* Son caractère facultatif. - **378** *ter.* Solution adoptée par le projet de convention sur les conflits des lois en matière de successions et de testaments (La Haye, 1904).]
Section II. Règles de fond
379. Loi nationale du testateur. - **380.** Interprétation des testaments. - **381.** Modes d'institution des héritiers et légataires. - **382.** Révocation des testaments. - **383.** Caducité des testaments. - [**883** *bis.* Projet d'une convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments adopté par la IV^e^ Conférence de La Haye le 7 juin 1904, et non encore ratifié.]
CHAPITRE III. - Des donations
384. Principes.
Section I. Irrévocabilité des donations
385. Loi nationale du donateur. - **386**. Exceptions à l'irrévocabilité. - **387.** Donations entre époux
Section II. La réserve
388. Loi nationale du donateur
Section III. Capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit
389. Incapacités absolues. - **390.** Incapacités relatives. - **391.** Ordre public
LIVRE V STATUT REEL
392. Division.
CHAPITRE I. - Propriété, droits réels principaux et possession
Section I. De la propriété
393. Loi territoriale. - **394.** Etendue des droits du propriétaire. - **395.** Transfert de la propriété. - **396.** Des créances. - **397.** Vente des navires. - **398.** Distinction des biens.
Section II. Droits réels principaux
399. Division.
§ I. Servitudes personnelles
400. Combinaison du principe d'autonomie et de l'ordre public. - **401.** Usufruit légal.
§ II. Servitudes réelles
402-403. Autonomie et ordre public.
Section III. La possession
404. Loi territoriale
CHAPITRE II. - Nantissement, privilèges et hypothèques
405. Principe.
Section I. Nantissement
406. Autonomie et ordre public. - **407.** Droit de suite sur les navires.
Section II. Hypothèques
408. Points relatifs à l'ordre public. - **409.** Hypothèque maritime
§ I. Hypothèques conventionnelles
410. Autonomie des parties. - **411.** Formes. - **412.** Art. 2128 C. civ. - **413.** Hypothèque maritime quant à la forme.
§ II. Hypothèque judiciaire
414. Conflits de législations
§ III. Hypothèques légales
415. Droit des étrangers. - **416.** Loi applicable, loi nationale. - **417.** Hypothèque de l'Etat et des établissements publics.
Section III. Privilèges
418. Loi territoriale. - **419.** Privilèges sur les navires. - [**419** *bis.* Projet d'un code international des hypothèques et des privilèges maritimes.]
CHAPITRE III. - Prescription acquisitive
420. Prescription des immeubles et des meubles. - **421.** Des titres perdus et volés.
APPENDICE. - De la faillite en Droit international privé
422. Idée générale de la question
Section I. Compétence en matière de faillite
423. Tribunal du domicile du failli. - **424.** Réserve de l'art. 14 C. civ. - **425.** Conflits de compétence. - **426.** Compétence quant aux immeubles. - **427.** - Exclusion des créanciers étrangers. - **428.** Traité franco-suisse de 1869.
Section II. Effets extraterritoriaux du jugement déclaratif de faillite.
429. Universalité de la faillite. - **430.** Révision du jugement déclaratif de faillite et traité franco-suisse de 1869. - **431.** Indivisibilité de la faillite et art. 14 C. civ.
Section III. De la loi qui régit les conséquences de la faillite
432. Lex fori. - **433.** Incapacité du failli. - **433** *bis.* Nullité des actes faits par le failli. - **434.** Répartition de l'actif entre les créanciers
Section IV. Du concordat et de la réhabilitation
§ I. Du concordat
435. *Lex fori,* effet extraterritorial du concordat
§ II, De la réhabilitation
436. Compétence du tribunal du domicile du failli.