

Principes de droit
international privé et
applications aux
diverses matières du
Code civil (Code
Napoléon), par Albéric
[...]

Rolin, Albéric (1843-1937). Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon), par Albéric Rolin,... 1897.

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.

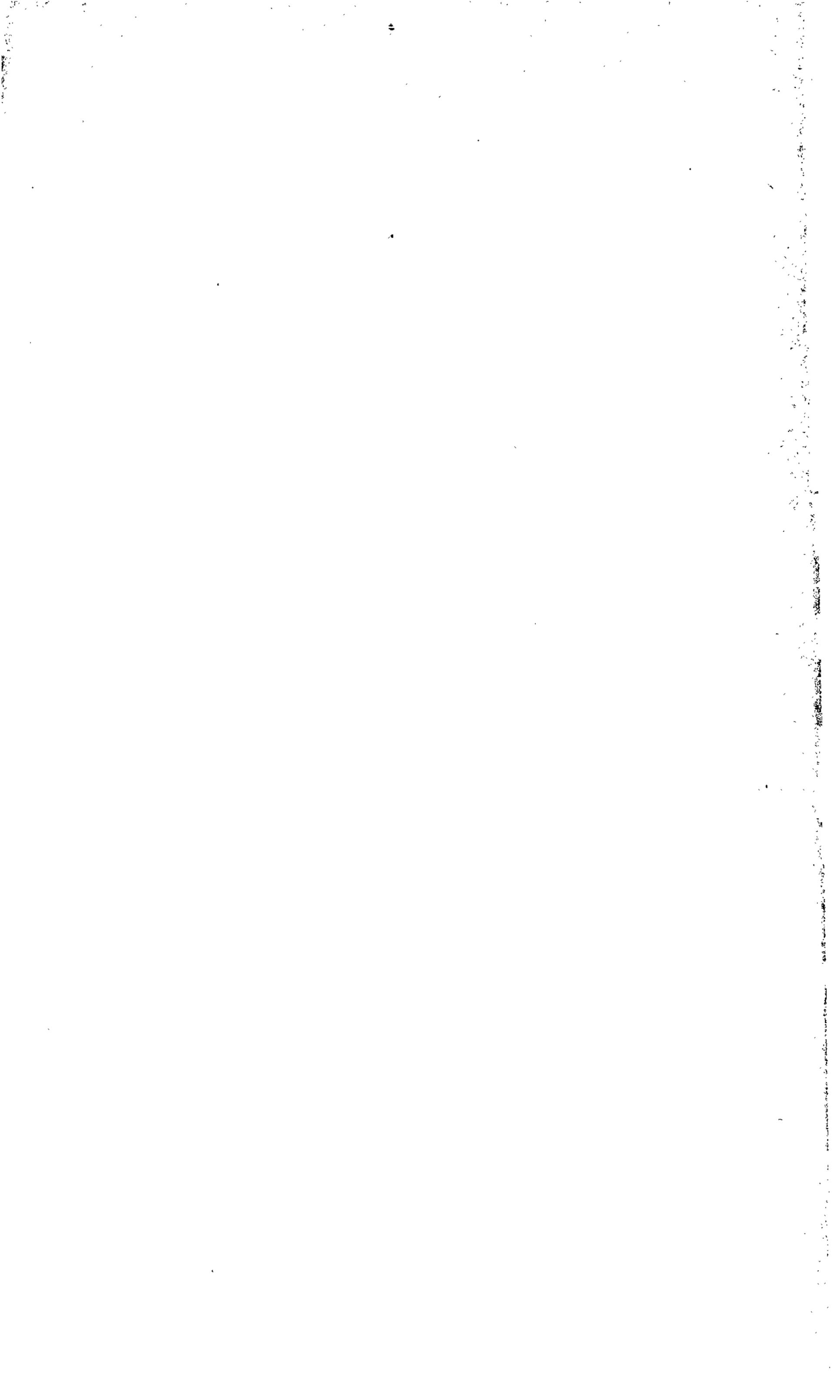
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions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

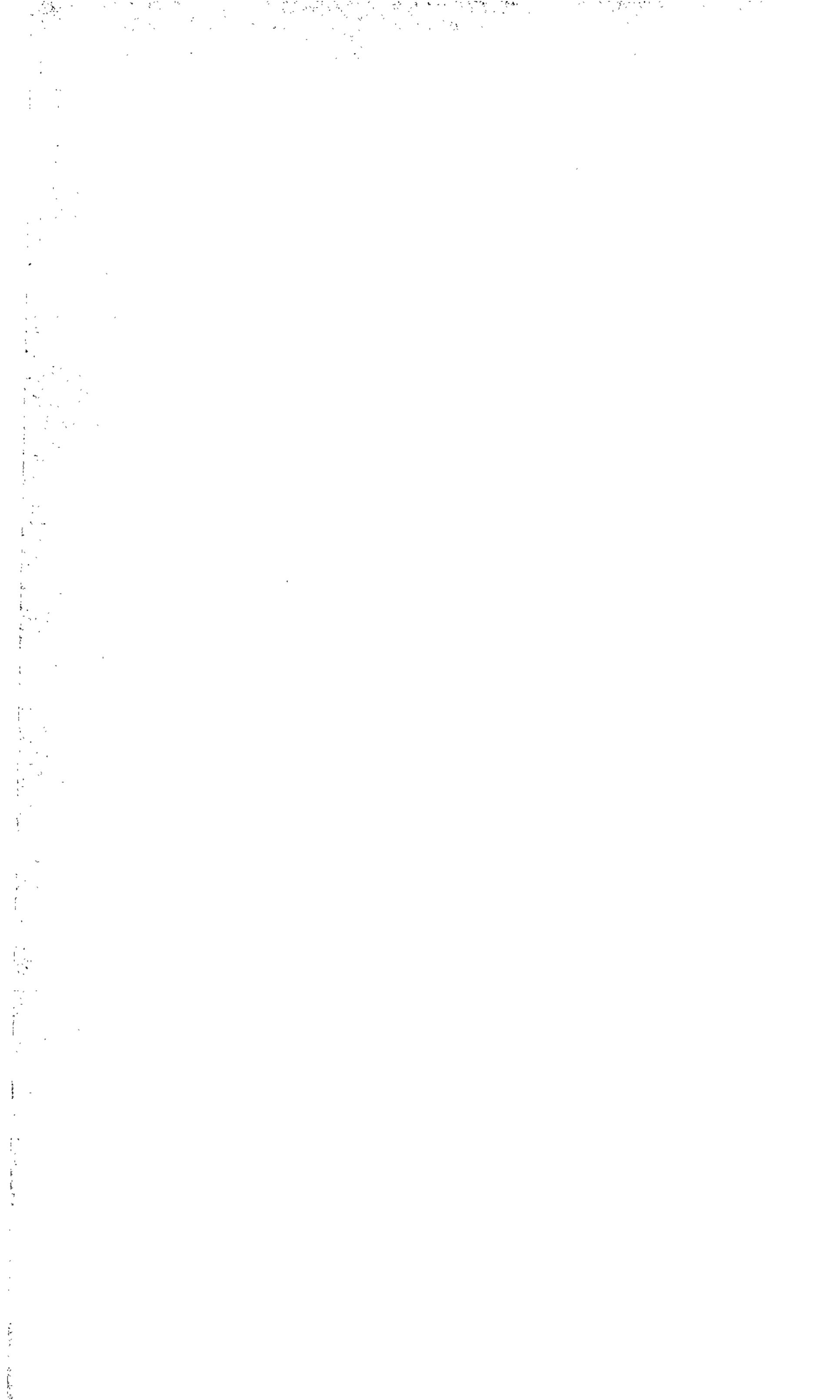
4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

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.





Cours de la Cour de Gand

PRINCIPES

DU

3524

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ET

applications aux diverses matières du Code civil

(CODE NAPOLÉON)

PAR

ALBÉRIC ROLIN

Professeur à l'Université et Avocat à la Cour d'Appel de Gand
Membre et ancien vice-président de l'Institut de droit international

Tome II

APPLICATIONS

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

RUE SOUFFLOT, 20

—
Gand, imp. Van Doosselaere

—
1897



PRINCIPES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

et applications aux diverses matières du Code civil

(CODE NAPOLEON).

II

812



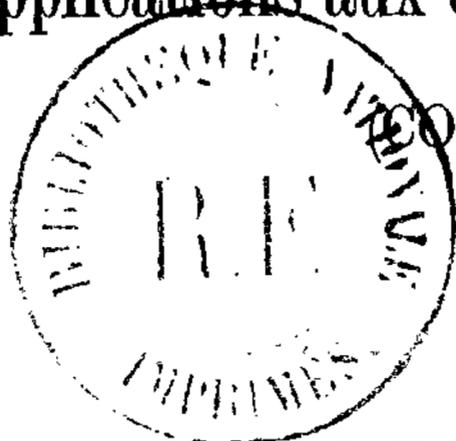
PRINCIPES

DU

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ET

applications aux diverses matières du Code civil



(CODE NAPOLÉON)



PAR

ALBÉRIC ROLIN

Professeur à l'Université et Avocat à la Cour d'Appel de Gand
Membre et ancien vice-président de l'Institut de droit international

Tome II

APPLICATIONS

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

RUE SOUFFLOT, 20

Gand, imp. Van Doosselaere

1897

DEUXIÈME PARTIE.



Application des principes généraux.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

523. — En nous occupant dans la première partie de notre ouvrage des principes généraux, nous avons dû passer sous silence beaucoup de difficultés d'application auxquelles ces principes donnent lieu. Nous n'y avons examiné que quelques-uns des problèmes qui se posent, soit simplement à titre d'exemples, soit pour contrôler sérieusement la valeur même des principes en les soumettant à cette pierre de touche. Nous nous proposons, comme nous l'avons dit, de parcourir les diverses matières du Code civil, et de tâcher de résoudre les difficultés de droit international privé auxquelles elles peuvent donner lieu. On remarquera que nous avons poursuivi ce travail analytique, d'une manière moins complète et moins rigoureuse en ce qui concerne les deux premiers livres, qu'en ce qui concerne le troisième. C'est que dans le troisième, les difficultés abondent et se présentent pour ainsi dire à chaque pas. Il n'y a pas de matière dans laquelle il soit plus difficile d'accepter un principe uniforme et absolu,

pour la solution d'une foule de questions délicates, qu'en matière d'obligations et de contrats, et lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la loi qui en régit les effets. Nous avons déjà essayé de mettre en lumière les défauts et l'insuffisance des règles absolues que l'on a essayé d'établir, et nous croyons que ces défauts et cette insuffisance ressortiront plus clairement encore du travail qui suit.

TITRE I^{er}.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

524. — Conformément à la règle *locus regit actum*, l'acte de l'état civil, dressé en pays étranger, fait foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays. Le principe est formellement consacré par l'art. 47 du Code civil. Dans les pays où il n'existe pas de registres de l'état civil proprement dits, et où la naissance, le décès, le mariage sont constatés par un acte de baptême, un acte inséré dans des registres paroissiaux constatant le décès ou le mariage, ou par un acte quelconque, cet acte fera foi, en Belgique et en France, lors même qu'il s'agirait d'un Belge ou d'un Français. Et, comme le fait remarquer M. Weiss⁽¹⁾, c'est la loi étrangère qui détermine l'officier compétent, le nombre des témoins dont l'assistance est requise, le délai dans lequel l'acte doit être rédigé, le degré de force probante qui s'y attache, en ce sens que c'est d'après la loi étrangère qu'il faudra décider si l'acte est authentique ou sous seing privé, et la nature de la force probante qui s'attache à l'un et à l'autre.

M. Weiss pense également que, dans le cas où aucun acte de l'état civil n'a pu être dressé en pays étranger, par quelque cause que ce soit, il y a lieu d'appliquer l'art. 46 du Code civil aux termes duquel « la preuve de l'inexistence des registres ou de leur perte doit être reçue tant par titres que par témoins, et les mariages, naissances et décès

(1) Weiss. Op. cit., 2^e édit., p. 382.

peuvent être prouvés, tant par les registres émanés des pères et mères décédés que par témoins ». C'est une question assez délicate. L'art. 46 ne prévoit que le cas d'impossibilité résultant de l'inexistence ou de la perte des registres de l'état civil. Nous doutons fort que cette disposition puisse être appliquée à tous les cas d'impossibilité. Il faudrait plutôt consulter la loi du lieu où le fait se produit, et aurait dû être constaté.

525. — Il n'en résulte pas que les expéditions ou extraits de ces actes ne puissent être soumis à un visa, à une légalisation, ou à quelque formalité, dans le but non pas précisément de certifier l'*identité*, mais plutôt d'attester la *qualité* de l'officier public étranger qui délivre la copie de l'acte. Ceci ne concerne du reste pas la force probante de l'acte en lui-même, mais celle de l'expédition qui en est produite. L'art. 23 de l'ordonnance de 1681 (publiée en Belgique dans le Code Merlin) porte : « Tous actes expédiés dans les pays étrangers, où il y aura des consuls ne feront aucune foi en France, s'ils ne sont par eux légalisés. » Et la loi consulaire du 31 décembre 1851 a conservé aux consuls ces attributions. L'art. 14 de cette loi porte : « Il légalise les actes et documents expédiés dans l'étendue de sa juridiction et destinés à être produits ailleurs. » Une circulaire du 12 avril 1827 exige en outre que ces actes soient visés sur timbre et enregistrés, avant de pouvoir servir en Belgique. Toutefois, les formalités exigées ont été simplifiées par certaines conventions internationales. C'est ainsi qu'en vertu d'une déclaration échangée entre la Belgique et la France le 18 octobre 1879, les actes à produire pour contracter mariage doivent simplement être légalisés, soit par le président d'un tribunal, soit par un juge de paix ou son suppléant. De plus, la Belgique a conclu avec divers pays des arrangements internationaux pour l'échange des actes de l'état civil, et spécialement des actes de décès.

526. — La règle *locus regit actum* est cependant soumise ici à une modification toute de faveur. Aux termes de l'art. 48 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des

Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques et par les consuls. »

La loi belge du 31 décembre 1851 sur les consulats attribue aux consuls les fonctions d'officier de l'état civil, et l'arrêté royal du 29 avril 1886 détermine leurs obligations à cet égard. La loi ne statue rien relativement à la question de savoir si les étrangers peuvent faire recevoir en Belgique des actes de l'état civil par les agents diplomatiques ou consulaires de leurs pays, et si ces actes sont valables au regard de la loi belge. Mais nous pensons que la question doit être résolue affirmativement, pourvu qu'ils aient ce droit d'après la législation de leur pays. Une circulaire du 25 septembre 1866 le leur reconnaît implicitement, en décidant que les étrangers qui font recevoir en Belgique des actes de l'état civil par les agents diplomatiques ou consulaires, doivent se conformer aux prescriptions de la loi belge en matière d'actes de l'état civil.

A la vérité, les conventions consulaires presque calquées les unes sur les autres, n'attribuent en général aux consuls étrangers que le droit de recevoir *conformément aux lois et règlements de leur pays*, dans leurs chancelleries ou bureaux, *tous actes conventionnels* passés entre des citoyens de leur pays et des citoyens ou autres habitants du pays où ils résident, et même tous actes de ces derniers, pourvu que ces actes aient rapport à des biens situés, ou à des affaires à traiter sur le territoire de la nation à laquelle appartiendra le consul ou l'agent devant lequel ils seront passés. Et cette disposition ne paraît nullement viser les actes de l'état civil. Mais, à notre avis, lorsque la Belgique admet des consuls, elle les admet avec les attributions qui leur sont confiées par l'Etat de qui ils tiennent leurs pouvoirs, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public intérieur. Et il y aurait quelque inconséquence à proclamer d'une part la compétence de nos consuls pour recevoir les actes de l'état civil de nos nationaux en pays étranger, et à méconnaître d'autre

part la compétence des consuls étrangers pour recevoir les actes de l'état civil des étrangers appartenant à la nation dont ils relèvent. M. Weiss fait observer que la jurisprudence paraît fixée en ce sens (1).

527. — Mais l'art. 48 a généralement été interprété comme ne s'appliquant qu'aux actes concernant exclusivement des Belges, de sorte que nos consuls ne pourraient recevoir en pays étranger des actes de mariage, que lorsqu'il s'agit de mariage entre Belges; et c'est en ce sens que la question a été résolue par la loi belge du 20 mai 1882, laquelle permet cependant aux agents diplomatiques et consuls belges de célébrer des mariages entre Belges et étrangères, *s'ils ont obtenu l'autorisation spéciale du ministre des Affaires étrangères*. Cette loi donne lieu à plusieurs observations.

Il en résulte tout d'abord que le principe *locus regit actum* forme toujours la règle : « Les mariages en pays étranger entre Belges et entre Belges et étrangers seront célébrés dans les formes usitées dans le pays. » Mais la loi accorde aussi aux Belges la faculté de faire célébrer leur mariage, soit entre eux, soit moyennant autorisation spéciale, avec une femme étrangère *conformément aux lois belges*. Il faut donc que nos agents observent les lois de leur pays quant à la forme, ce qui ne cadre pas complètement avec les exigences de la circulaire du 25 septembre 1866, laquelle prescrit aux agents diplomatiques et consulaires étrangers, recevant des actes de l'état civil concernant des étrangers, *d'observer les lois locales*. Si les nations étrangères élèvent la même prétention relativement aux actes dressés par des agents belges sur leur territoire, ces actes seront valables d'après nos lois, mais nuls d'après la *lex loci*, ce qui est assurément un grave inconvénient. Les formes à observer par nos consuls et par nos agents diplomatiques sont déterminées avec précision par l'arrêté royal du 29 avril 1886. Il est à remarquer que l'art. 18 de cet arrêté étend aux agents non rétribués du corps consulaire,

(1) Op. cit., p. 391, 2^e édition.

jusqu'au grade de vice-consul inclusivement, la faculté de dispenser pour causes graves de la seconde publication, déjà attribuée aux chefs de mission et aux consuls de carrière par l'arrêté royal du 14 mars 1857. Mais il ne nous paraît pas tout à fait certain que ces dispositions soient tout à fait légales, et que le souverain puisse ainsi déléguer d'une manière générale un droit qui lui est accordé à lui seul par l'art. 169 du Code civil (1).

528. — Nous observons en second lieu qu'aux termes de cette loi, les mariages en question, et ceci s'applique à tous les mariages célébrés en pays étranger entre Belges ou entre Belges et étrangers, doivent être « publiés conformément aux lois belges, en Belgique, par l'officier de l'état civil, et par les agents diplomatiques et les consuls dans les chancelleries où les unions seront célébrées ».

De quel officier de l'état civil s'agit-il ici? La loi ne le dit pas, et les travaux préparatoires sont muets. La raison indique qu'il ne peut être question que de l'officier de l'état civil de leur domicile en Belgique. Et, en effet, l'art. 19 de l'arrêté royal du 29 avril 1886 ordonne aux consuls de s'assurer « qu'en outre des publications qui doivent être faites dans leur résidence, les futurs époux se sont soumis aux prescriptions de la loi relativement aux publications à faire à leur domicile en Belgique, et au domicile des personnes dont l'autorisation est nécessaire, etc. » Que si elles n'ont plus de domicile en Belgique, il

(1) Les auteurs de la loi ne se sont pas fait illusion sur la possibilité que le mariage célébré dans les chancelleries belges, valable d'après la loi belge, fût tenu pour nul ou inexistant par la loi étrangère. « En droit, nous devons le reconnaître, ces mariages n'auront nécessairement d'existence valable qu'en Belgique. » Ainsi s'exprime l'exposé des motifs. Mais ils semblent n'avoir eu en vue que les mariages entre Belges et étrangères, tandis que le danger peut exister jusqu'à un certain point pour tous les mariages célébrés dans les chancelleries, au moins ailleurs que dans les pays hors chrétienté, s'ils doivent être célébrés dans les formes prescrites par la loi belge. L'exposé des motifs déclare que les consuls et agents diplomatiques recevront pour instructions : 1^o de ne marier un Belge avec une étrangère qu'après s'être assuré si les parties se trouvent dans l'impossibilité absolue de s'unir selon les formes locales ; 2^o d'informer les futurs époux que leur mariage, s'il est contracté à la chancellerie, n'est nécessairement valable qu'en Belgique ; 3^o d'exiger, s'il y a lieu, de l'étrangère la justification de sa capacité d'après la loi de son pays. Il ne faut plus aujourd'hui qu'une seule publication, comme on le verra plus loin.

semble qu'il serait nécessaire de faire les publications au lieu de leur dernier domicile dans ce pays ; car les dispositions de l'art. unique, 4°, de la loi du 20 mai 1882 sont générales. Mais la loi du 26 décembre 1891 supprime la nécessité des *deux* publications successives au domicile des époux, et se contente d'une seule, laquelle peut avoir lieu soit au domicile, soit au lieu d'une résidence de six mois au moins (art. 4 et 5). Et l'art. 7, qui permet aux chefs de mission, consuls de carrière et agents non rétribués du corps consulaire belge, jusqu'au grade de vice-consul inclusivement, de dispenser pour des causes graves de cette publication unique, démontre que les dispositions de cette loi s'appliquent même aux mariages des Belges en pays étranger. Il en résulte, à notre avis, que les publications dans les chancelleries suffisent pour les Belges ayant une résidence continue de six mois en pays étranger, si les personnes dont le consentement leur est nécessaire, y résident également.

529. — La loi de 1882 exige à peine de nullité que tous les mariages des Belges à l'étranger soient conformes aux dispositions prescrites à peine de nullité du Chap. I, T. V, L. I du Code civil, et ajoute que la capacité de la femme étrangère est régie par son statut personnel, pour éviter sans doute qu'on ne puisse soutenir que, devenant Belge par le mariage, sa capacité est régie par la loi belge. Il est évident que la capacité *du Belge* doit être à plus forte raison appréciée d'après sa loi nationale. Nous examinerons plus loin, quelles sont celles des dispositions du Chap. I, T. V, L. I du Code civil qui se rattachent à proprement parler à la capacité, quelles sont celles qui sont, en outre, d'ordre public absolu. Nous observerons seulement, pour le moment, qu'on ne peut considérer comme prescrites à peine de nullité les dispositions des articles 151, 152 et 153, modifiées du reste par notre loi du 16 août 1887, laquelle n'exige plus qu'un seul acte respectueux pour les enfants ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148 (25 ans pour les hommes, 21 ans pour les femmes), permettant, à défaut de consentement sur l'acte respectueux, de passer outre un mois après à la célébration

du mariage, et supprimant même, en cas d'indigence, et lorsque le père ou la mère dont le conseil doit être demandé n'a pas de demeure connue en Belgique, la nécessité de l'acte respectueux.

530. — La loi de 1882 ne dit mot des oppositions au mariage, et il nous semble discutable que le 4^o, où il est question des publications à faire par l'officier de l'état civil, *et dans les chancelleries*, puisse viser les mariages contractés dans les formes locales. Nous opinons cependant pour l'affirmative, parce que l'art. 170 du Code civil exigeait les publications en Belgique, même en cas pareil, et que les travaux préparatoires ne révèlent aucunement l'intention du législateur de supprimer cette formalité. Mais quel est l'effet d'un mariage accompli en pays étranger au mépris d'une opposition, ou sans publications en Belgique? Il ne serait certainement pas nul s'il avait été célébré dans notre pays. Et, malgré les termes très nets de l'art. 170 du Code civil, qui paraît exiger, comme condition de la validité du mariage d'un Belge en pays étranger, qu'il ait été précédé de publications en Belgique, la jurisprudence et la doctrine avaient fini par admettre en général que le défaut de publications n'en entraîne pas nécessairement la nullité. Toutefois, imaginant un système transactionnel assez arbitraire, la jurisprudence en a fréquemment prononcé la nullité, soit lorsqu'il y avait dessein manifeste d'éluder la loi nationale en allant contracter mariage en pays étranger, soit dans le cas où les publications étaient en fait le seul élément de publicité du mariage. Ce système d'expédient ne repose sur aucun texte, comme l'a fait remarquer avec raison Laurent (1). Selon lui, il n'y avait point de nullité, pas même de nullité facultative, tandis que le texte de l'art. 170 conduirait à admettre la nullité nécessaire du mariage belge célébré à l'étranger sans publications préalables en Belgique. La controverse nous paraît aujourd'hui tranchée par la loi de 1882. Cette loi n'exige certainement pas de publications préalables en

(1) Laurent. *Droit civil*, T. III, n^o 3.

Belgique comme condition de la validité du mariage contracté par des Belges à l'étranger. Ce mariage sera valable, la loi est formelle, si l'on n'a point contrevenu aux dispositions prescrites à peine de nullité par le Chap. I, T. V, L. I du Code civil, où il n'est question ni des publications, ni même de la publicité, ni des oppositions au mariage et de leur effet. Non-seulement les nullités ne s'improvisent point, mais la loi les exclut virtuellement pour omission des publications. C'est donc uniquement d'après la loi locale que la question de validité ou d'invalidité du mariage à cet égard devra être résolue.

531. — Telle ne semble cependant pas être l'opinion de la jurisprudence. A la vérité, le tribunal de Liège a décidé, sous l'empire de cette loi, le 28 octobre 1882, que le mariage célébré à l'étranger dans les formes locales, est valable, n'eût-il pas été précédé en Belgique des publications prescrites par l'art. 170 du Code civil⁽¹⁾. Mais il ajoute qu'il en serait autrement, si cette omission avait été faite frauduleusement, c'est-à-dire avec l'intention d'éluder les lois belges.

De même, le tribunal de Bruxelles a décidé que, depuis la mise en vigueur de la loi du 20 mai 1882, on ne saurait plus soutenir que le défaut d'actes respectueux et de publications en Belgique *doive entraîner la nullité* d'un mariage contracté par un Belge à l'étranger, lors même que les époux ne seraient allés s'y marier que pour frauder la loi belge⁽²⁾. Et à cet égard la décision en question est en contradiction avec la précédente. Mais il ajoute que ce mariage peut être annulé pour cause de clandestinité, si la femme a fui nuitamment la maison paternelle, si les époux se sont rendus à l'étranger pour cacher leur mariage et éviter que les parents de la femme y fassent opposition, etc. Un jugement du tribunal d'Anvers du 30 mai 1885⁽³⁾ admet également l'annulation, pour cause de clandestinité, s'il y a eu intention de faire fraude à la

(1) Cloes et Bonjean. XXXIII, p. 14.

(2) Bruxelles, 20 mars 1883. Pas. 1883, III, 75.

(3) Cloes et Bonjean XXXIII, p. 852.

loi belge. Le tribunal de Bruxelles déclare que la loi du 20 mai 1882, remplaçant l'art. 170 du Code civil, n'a point exempté les mariages contractés à l'étranger des publications exigées par cet article, et il a annulé un mariage dans les mêmes circonstances : clandestinité et intention de frauder la loi belge⁽¹⁾. Et le tribunal d'Anvers, accentuant sa jurisprudence, a annulé un mariage contracté en pays étranger, à raison uniquement du défaut de publicité et par application de l'art. 191 du Code civil⁽²⁾.

Toutes ces décisions sont absolument arbitraires. La publicité est question de pure forme ; tout dépend, en dehors du cas des mariages consulaires, du point de savoir si elle est prescrite à peine de nullité par la loi du lieu où le mariage est contracté. Il est certain que la loi proclame la validité du mariage contracté par les Belges en pays étranger, dans les formes usitées dans le dit pays, à la seule condition qu'ils n'aient point contrevenu aux dispositions prescrites à peine de nullité *du chap. I.* Il est certain qu'il n'est pas question dans ce chapitre de la publicité. Il n'y est pas davantage question des publications, et dès lors que l'on considère les publications comme se rattachant aux formes de la célébration, ou ainsi que l'a fait la Cour de Bruxelles, comme une condition de la capacité des parties, il est certain que le défaut de cette formalité proprement dite ou habilitante n'est pas une cause de nullité. Quant au motif d'annulation déduit de ce que les époux auraient eu l'intention de faire fraude à la loi belge, nous doutons fort qu'il soit juridique et admissible, surtout dans une matière comme celle du mariage, où l'on admet généralement qu'il n'y a d'autres causes de nullité que celles qui résultent d'un texte formel.

532. — Mais quelle sera la validité des mariages célébrés en pays étranger, devant nos agents diplomatiques ou consuls, entre Belges, et exceptionnellement entre un

(1) Bruxelles, 16 juillet 1887. Pas. 1888, III, 248.

(2) Anvers, 11 mai 1888. J. T. 1888, p. 886.

Il est à noter que toutes ces décisions ont été rendues dans des cas où il s'agissait de mariages célébrés dans les formes de la loi locale. Cette jurisprudence est formellement désapprouvée par M. Buzzati dans son excellente monographie.

Belge et une étrangère, au regard du pays étranger où ce mariage est célébré, et au regard des nations tierces? Laurent examine et discute très longuement la question dans son savant traité de droit civil international.

Il a mille fois raison de repousser la thèse d'après laquelle ces mariages devraient être considérés partout comme valablement célébrés, en vertu du prétendu principe d'exterritorialité. Non-seulement l'exterritorialité n'est qu'une fiction, comme il le fait remarquer, et une fiction assez malheureusement imaginée pour exprimer et résumer les immunités dont jouissent les agents diplomatiques, plutôt que pour en marquer la raison d'être; mais cette fiction ne s'applique pas aux consuls. Il a raison aussi de faire observer qu'une nation n'a pas le pouvoir matériel de forcer les tribunaux étrangers, les autorités étrangères à reconnaître la validité de ces unions. Mais, dans l'état actuel d'organisation de l'univers, et même du monde civilisé, il en est ainsi de tous les actes passés devant les autorités d'un pays même sur son territoire. Il a encore raison, quand il remarque que la validité internationale de ces mariages est loin d'être admise par tous les auteurs. Mais il s'agit de savoir si, au point de vue des principes, la reconnaissance de la validité internationale de ces sortes de mariage s'impose, et quelles sont les règles que l'on admettrait à cet égard, en pratique, dans les divers Etats. Au point de vue des principes, rien ne s'oppose, à notre avis, à la validité internationale de ces sortes de mariages, lorsque les futurs époux, étrangers tous deux, et de même nationalité, contractent mariage devant le consul de leur nation commune. En vain prétendrait-on que cela serait contraire à la règle *locus regit actum*, à laquelle on reconnaît presque unanimement en pareille matière un caractère obligatoire et non pas seulement facultatif. Cette règle ne sera nullement violée, si, dans le pays où le mariage est contracté, on reconnaît en fait, implicitement ou explicitement, aux ministres diplomatiques ou consuls étrangers le droit d'y marier leurs nationaux. Et il est juste, il est utile qu'on le fasse,

d'abord parce que la constatation régulière de l'union conjugale intéresse avant tout le pays auquel appartiennent l'un et l'autre des futurs époux par leur nationalité, ensuite parce qu'ils pourraient sans cela se trouver dans l'impossibilité de contracter une union régulière dans les formes locales ordinaires, enfin parce qu'après tout le ministre public, le consul même, bien que relevant d'un pouvoir étranger, ont un certain caractère public dans le pays où ils exercent leurs fonctions, et y sont reçus en cette qualité. En fait, il nous paraît indubitable qu'une nation reconnaît, au moins tacitement, la validité des mariages célébrés sur son territoire entre étrangers devant le consul de leur nation commune, lorsqu'elle confère à ses agents diplomatiques ou consuls en pays étranger le droit de procéder au mariage de ses sujets. On peut citer parmi ces nations : la France, la Belgique, les Pays-Bas, l'Angleterre, l'Allemagne, la Suisse et l'Italie (1). Et dans ce cas la validité de ces mariages semble devoir être reconnue partout. Ces nations ne pourraient, sans inconséquence, méconnaître la validité des mariages célébrés sur leur territoire par des consuls et agents diplomatiques étrangers, ayant mission à cet effet, *entre personnes de leur nation*. Ajoutons que, dans les pays où le seul consentement, donné sans aucune solennité, suffit pour le mariage, comme les Etats-Unis, et l'Ecosse, le consentement donné devant un agent diplomatique ou un consul de la nation à laquelle appartiennent les parties contractantes doit suffire à plus forte raison. La question de la validité d'un mariage célébré par eux entre un national et une étrangère paraît plus délicate en principe. Mais il semble que les Etats, qui confèrent d'une manière générale un pareil pouvoir à leurs consuls ou agents diplomatiques, ne

(1) Code civil, art. 170, et ordonnance française du 23 octobre 1833 ; loi belge du 20 mai 1882 ; lois hollandaises des 15 avril 1866, 25 juillet 1871 et 9 novembre 1875 ; loi anglaise du 28 juillet 1849 ; lois allemandes du 4 mai 1870 et du 6 février 1875, art. 85 ; loi fédérale suisse du 24 déc 1874, art. 13 ; loi italienne du 28 juin 1866, art. 29 et Code civil italien, art. 368. Quelques-unes de ces lois vont jusqu'à autoriser les consuls à procéder au mariage entre un national et une étrangère.

pourraient guère méconnaître la validité d'un pareil mariage célébré sur leur territoire par des agents étrangers qui en ont reçu le pouvoir.

Notons qu'en Belgique ce pouvoir ne leur est reconnu que très exceptionnellement, et ne doit l'être, d'après l'esprit de la loi de 1882, que lorsqu'il n'y a pas moyen de procéder au mariage suivant les formes locales. En Italie, en France, et dans les Pays-Bas on ne leur reconnaît pas ce droit. Pareil mariage ne serait donc en général valable, sauf en Ecosse et dans les Etats-Unis, *qu'aux yeux de l'Etat qui l'a autorisé*. Il n'en serait pas ainsi du mariage contracté en Ecosse ou aux Etats-Unis, puisque dans ces pays le simple consentement suffit pour constituer un mariage valable. A plus forte raison ne pourrait-on y contester la validité, en la forme, des mariages qui y seraient célébrés devant le consul de l'une des parties, lorsqu'elles ne sont pas de même nationalité. Mais on semble appliquer sans restriction aux Etats-Unis la maxime *locus regit actum*, s'agissant d'apprécier la validité en la forme de tous mariages célébrés en pays étranger, même entre ressortissants de ce pays et devant ses consuls ou agents diplomatiques.

Il nous paraît résulter en effet de certains faits rapportés par M. Stocquart⁽¹⁾ que cette nation, s'agissant des mariages de ses ressortissants en France, devant ses consuls, s'est uniquement préoccupée de leur validité d'après la loi française. Aux termes d'une dépêche adressée par M. Wickham Hoffmann, secrétaire de légation des Etats-Unis à Paris, à M. Fisch, secrétaire du *Department of State* à Washington, le 31 août 1874, cent cinquante mariages ont été célébrés dans l'espace de sept années dans l'hôtel de la légation. « Les diplomates si consciencieux qui ont précédemment représenté les Etats-Unis en France, notamment depuis 1858, MM. Mason, Faulkner, Dayton, Bigelow, Dix et Washburne, ont, après mûr examen, admis la validité de ces mariages

(1) Emile Stocquart dans la *Revue de droit international*, année 1888, pp. 260 et ss.

et ont toujours agi en conséquence. (1) » En fait, deux de ces mariages seulement ont été annulés par les tribunaux français, et c'étaient des mariages *entre un Américain et une Française et entre un Anglais et une Française*. Ils l'ont été uniquement parce que la femme était Française. La discussion qui s'était élevée entre les ministres résidant à Paris et le gouvernement des Etats-Unis, semble cependant avoir porté principalement sur le point de savoir si les mariages, même entre Américains, célébrés à l'hôtel de la légation, étaient valables *aux yeux de la loi américaine*. Leur invalidité, qui ne paraît pas avoir été soupçonnée en France, eût entraîné, d'après nous, leur nullité aux yeux de la loi française. Il y avait, sous ce rapport, des différences entre la loi générale des Etats-Unis, et les statuts particuliers de certains Etats de l'Union. Nous n'avons pas à examiner cette question de droit intérieur. Mais il résulte de la réponse de M. Fisch qu'il a admis la validité de ce genre de mariages entre citoyens américains, *pourvu que les lois françaises ne s'y opposent point*. Or, il semble bien résulter des précédents, cités par M. Hoffmann, qu'elles n'y font nul obstacle. Au surplus, les arrêts français n'ont jamais prononcé la nullité des mariages contractés devant les agents diplomatiques et consulaires, que lorsqu'une seule des parties appartenait à la nationalité de ces agents. On connaît le célèbre arrêt Sommaripa rendu en ce sens par la Cour de Cassation de France le 10 août 1819. Il y en a eu d'autres depuis (2).

En ce qui concerne l'Angleterre, on n'y reconnaît pas seulement comme valable, *dès que l'un des époux est sujet britannique*, le mariage célébré à l'étranger par ou en présence du consul britannique, conformément aux dispositions du statut 12 et 13, Victoria C. 68, mais aussi le mariage célébré par un ministre de l'Eglise anglicane dans la chapelle ou l'hôtel d'un ambassadeur

(1) Dalloz. *V^o Acte de l'état civil*, n^o 355.

(2) Cour de Paris, 6 avril 1869. Sirey. 1870, 715. — Tr. de la Seine, 2 juillet 1872 et 21 juin 1873. *J. du P.*, 1874, T. I, pp. 70-713.

ou d'un ministre britannique résidant dans le pays où il est accrédité, et même le mariage célébré par un ministre de l'Eglise anglicane dans la chapelle appartenant à une factorerie britannique, ou dans la maison d'un sujet britannique résidant à cette factorerie⁽¹⁾. Mais M. Dicey déclare qu'il n'est pas certain que les tribunaux anglais reconnaissent la validité du mariage d'un étranger en Angleterre, par le simple motif que la loi du pays de cet étranger l'admettrait par analogie avec les statuts 12 et 13, Victoria C. 68.

533. — Pour ce qui concerne spécialement la Belgique, il nous paraît certain que l'on y reconnaîtrait la validité des mariages célébrés dans notre pays par des agents diplomatiques ou consuls étrangers, entre personnes appartenant à la nation dont ils tiennent leur mission, pourvu toutefois que le pouvoir leur en ait été conféré par celle-ci. Toutefois, aux termes de la circulaire du 25 septembre 1866, ces agents doivent se conformer, comme nous l'avons dit, aux prescriptions de la loi belge en matière d'actes de l'état civil, et cette disposition peut donner lieu à certaines difficultés d'application. Il ne nous paraît pas que ces agents puissent en aucun cas célébrer un mariage, soit entre personnes qui ne relèvent point de leur nation, soit entre une personne qui en relève et une autre, Belge ou étrangère. A la vérité, notre loi de 1882 admet la compétence de nos agents en pays étrangers, pour procéder à la célébration d'un mariage entre un Belge et une étrangère ; mais c'est à titre tout à fait exceptionnel, et il a été dit qu'ils ne pourraient y procéder qu'en cas d'impossibilité de célébrer le mariage d'après les formes locales. Cette impossibilité n'existe pas en Belgique pour les étrangers, et nous ne croyons pas en conséquence qu'on y puisse reconnaître comme valable un mariage célébré par un agent diplomatique français entre un Français et une femme belge. En fait, il est fort rare, pensons-nous, que des mariages entre étrangers soient célébrés dans notre

(1) Dicey et Stocquart. T. II, p. 66, et 4 Geo., 4 C., 91, § 1.

pays par les agents diplomatiques ou consuls de leur nation, et nous n'en trouvons que peu d'exemples dans la jurisprudence. Mais nous ne connaissons aucun cas dans lequel ces mariages auraient été annulés, lorsqu'il s'agissait de mariages contractés entre personnes relevant toutes deux de l'Etat représenté par l'agent. Par contre, la jurisprudence belge, comme la jurisprudence française, a déclaré nul le mariage contracté en Belgique devant un agent diplomatique étranger entre un étranger et un Belge, et notamment le mariage contracté à Bruxelles entre un Anglais et une Belge, au vice-consulat d'Angleterre, devant le vice-consul Anglais (1). Cette décision et d'autres reconnaissent implicitement ou explicitement que le mariage eût été valable, si les époux avaient été tous deux Anglais. Il n'est pas certain que nos tribunaux jugeraient encore dans le même sens sous l'empire de la loi de 1882, qui accorde aux consuls belges, au moins à titre d'exception, le droit de procéder en pays étranger au mariage d'un Belge ou d'une étrangère. Nous pencherions pour la négative, s'il s'agissait d'un droit normal, accordé sans réserve aux consuls belges en pays étranger. Mais comme il s'agit au contraire d'un droit qu'ils ne pourront exercer d'après l'esprit de la loi, ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, que là où il est impossible aux étrangers de se conformer à la *lex loci*, ce qui ne peut guère être le cas en Belgique, nous pensons plutôt que la juridiction belge persisterait dans sa jurisprudence antérieure. Il est fâcheux, dans tous les cas, que la question n'ait pas été élucidée dans la loi de 1882.

534. — La question des mariages diplomatiques et consulaires a été plusieurs fois discutée au sein de l'Institut de droit international. Des divergences de vue très profondes s'étant produites sur le point de savoir si, *en principe*, la loi du lieu de la célébration doit seule régir les formes du mariage, ou si les parties peuvent aussi

(1) Anvers, 4 août 1877. Pas. Belge, 1877, T. III, p. 157. V. aussi arrêt de Bruxelles 1853. Pas. 1854, T. II, p. 54. — Jugement de Bruxelles, 19 février 1881. Pas. 1881, T. III, p. 94 et arrêt de Bruxelles du 14 mai 1881, *B. jud.*, pp. 758 et ss.

suivre les formes prescrites par leur loi nationale commune, ces divergences ont naturellement réagi sur les opinions exprimées relativement aux mariages diplomatiques et consulaires. MM. de Bar et Brusa avaient primitivement présenté un projet autorisant les parties à suivre la loi du pays, auquel elles appartiennent toutes deux comme citoyens, l'observation de la *lex loci* restant cependant la règle. M. Koenig présenta à son tour un projet imposant également en règle l'observation des formes prescrites par la loi du lieu où le mariage est célébré, et n'autorisant les étrangers à se marier suivant les formes légales de leur pays d'origine, que lorsque, dans le pays où le mariage est célébré, la forme de la célébration est purement religieuse, et lorsqu'il s'agit en outre d'étrangers appartenant à un autre culte. Ces deux projets s'accordaient à reconnaître la validité des mariages diplomatiques et consulaires, célébrés en pays étranger conformément à la législation nationale *du mari*, devant les autorités diplomatiques ou consulaires *du mari*. Le projet Koenig fut adopté à *titre provisoire* par l'Institut dans sa session de Bruxelles en septembre 1885. Le projet Arntz et Westlake n'autorisait pas les parties à suivre leur loi nationale quant à la forme du mariage, et maintenait la règle absolue de la loi du lieu de la célébration, exprimant simplement le vœu que tous les Etats autorisent leurs agents diplomatiques et consulaires « ou à célébrer des mariages entre leurs sujets et des étrangers (à plus forte raison entre leurs sujets), ou bien à délivrer des déclarations ayant pleine force probante et portant que le régnicole, qui se propose de contracter mariage, en a la capacité et a obtenu le consentement nécessaire, conformément aux lois de son pays ». Ces questions firent l'objet de longues discussions lors de la session de Heidelberg en 1888. L'Assemblée finit par admettre qu'en principe les parties n'ont pas le choix entre les formes du lieu de la célébration et celles prescrites par leur loi nationale, et qu'elles sont tenues de suivre les premières, reconnaissant ainsi, en matière de mariage du moins, que

la règle *locus regit actum* est d'ordre public et obligatoire. Elle émit le vœu que la validité des mariages diplomatiques et consulaires fût reconnue, même entre pays chrétiens, dans le cas où les deux parties contractantes appartiennent au pays de qui relève la légation ou le consulat (1).

Elle écarta donc non-seulement la proposition de Bar et Brusa, autorisant d'une manière générale l'observation des formes prescrites par la loi nationale des parties, mais même la proposition Koenig, dérogeant seulement à la règle de l'observation absolue et exclusive des formes locales (abstraction faite des mariages diplomatiques et consulaires) dans le cas où la loi nationale des parties exige impérieusement le mariage religieux. L'Institut, dans sa session de Lausanne, revint sur cette partie de ses résolutions, et, tout en maintenant en principe la portée obligatoire de la règle *locus regit actum*, il admit l'exception proposée par M. Koenig, donnant ainsi dans une certaine mesure satisfaction aux observations présentées par MM. de Bar et Brusa. C'est, sauf quelques modifications de rédaction, le seul changement important que l'Institut ait introduit dans les résolutions délibérées par lui à Munich sur les formes de la célébration du mariage (2).

(1) De la loi qui régit la forme de la célébration du mariage :

1^o Il *suffit*, pour qu'un mariage soit valable partout, que les formes prescrites par la loi du lieu de la célébration aient été observées ;

2^o Il est *nécessaire*, pour qu'un mariage soit valable partout, que les formes prescrites par la loi du lieu de la célébration aient été observées (sauf les exceptions à admettre pour les mariages consulaires et diplomatiques) ;

3^o Il est désirable d'admettre, à titre d'exception, et même entre pays chrétiens — la question des capitulations étant réservée — la validité des mariages diplomatiques et consulaires, dans le cas où les deux parties contractantes appartiennent au pays de qui relève la légation ou le consulat (*Annuaire de l'Institut*, 1887-1888, p. 126).

(2) Résolutions de Lausanne :

Article 1^{er}. — La loi qui régit la forme de la célébration du mariage est celle du pays où le mariage est célébré.

Article 2. — Seront toutefois reconnus partout comme valables quant à la forme :

1^o Les mariages célébrés en pays non chrétiens conformément aux capitulations en vigueur ;

2^o Les mariages diplomatiques ou consulaires célébrés dans les formes pres-

535. — Le nouveau projet de Code civil belge reproduit la loi de 1882, et ne dit rien de nouveau en ce qui concerne les mariages consulaires. Il se borne à préciser un peu la disposition du § 4 de cette loi, en exigeant que les mariages des Belges en pays étranger *soient précédés* de publications en Belgique, et de publications dans les chancelleries. Observons d'abord que ce texte, à peine proposé, doit déjà être modifié, la loi du 26 décembre 1891 n'exigeant plus en général qu'une seule publication, laquelle doit être faite « dans le lieu du domicile ou de la résidence de chacun des époux », et que si la résidence actuelle n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication doit être faite en outre au domicile. Il ne faut donc point deux publications successives, et la publication au lieu de la résidence suffit, s'il s'agit d'une résidence de six mois au moins. D'où il suit que, si les futurs époux ont une résidence continue de six mois dans le pays étranger où ils se marient, la publication en Belgique paraît superflue. Mais quel est l'effet du défaut de publications régulières? L'avant-projet belge laisse subsister le 5° de la loi de 1882, d'où l'on pourrait conclure que les mariages des Belges en pays étranger sont valables dès qu'il a été satisfait aux dispositions prescrites à peine de nullité du Chap. I, et qu'en conséquence ils ne pourraient être annulés pour défaut de publications. Néanmoins la commission, se ralliant dans le Chapitre des Nullités à une jurisprudence qui nous semble aussi peu rationnelle sous

crites par la loi du pays de qui relève la légation ou le consulat, si les deux parties contractantes appartiennent à ce pays.

Article 3. — Si dans un pays la forme de la célébration est purement religieuse, les étrangers doivent être autorisés à célébrer leur mariage selon les formes légales de leur pays d'origine ou devant les autorités diplomatiques ou consulaires du mari, même si dans le pays où ils sont accrédités leur qualité d'officiers d'état civil n'est pas reconnue.

Article 4. — Chaque mariage contracté à l'étranger doit être constaté par un document officiel et communiqué aux autorités du pays d'origine du mari.

N.-B. Dans l'art. 3 il eût fallu dire : les étrangers *appartenant à une autre religion*. Dans l'art. 4 il semble qu'il eût fallu exiger également la communication de l'acte aux autorités du pays d'origine de la femme.

La conférence de La Haye se borne à dire : « Il est également entendu que les dispositions de la loi nationale en matière de publications devront être respectées. » Art. 4 *in fine*.

le régime de loi de 1882, que sous celui du Code, et que nous avons combattue plus haut, permet au juge de prononcer l'annulation de ces mariages, *suivant les circonstances*, par exemple s'il s'y est joint d'autres éléments de clandestinité. Outre que cela implique une contradiction de textes, cette disposition est regrettable en elle-même. De deux choses l'une : ou le défaut de publicité a eu pour résultat d'empêcher des oppositions de la part de personnes dont le consentement était nécessaire à la validité du mariage, et, dans ce cas, le défaut de consentement pourra être une cause de nullité ; ou bien il ne s'agissait que d'éviter des oppositions de la part des personnes dont le consentement n'était point requis, et alors il serait d'autant plus rigoureux d'annuler le mariage, que celui-ci ne serait point nul s'il avait été contracté au mépris d'une opposition réellement faite, au moins d'après nos lois. Cela reviendrait au fond à annuler, à raison de la possibilité d'une opposition, ce que l'on n'annule point sur le fondement d'une opposition réelle, effective. C'est une chose trop grave que d'annuler un mariage pour qu'on le fasse dans un cas de ce genre. Ajoutons que la disposition de l'avant-projet est vague, et laisse planer sur la validité du mariage une incertitude des plus fâcheuses au point de vue des époux, et même des tiers. Tout dépend de circonstances que ceux-ci ne peuvent connaître et qui sont livrées à l'appréciation des juges.

536. — Nous avons été entraîné, en nous occupant des actes de l'état civil, à traiter non-seulement de l'acte de mariage, mais de la forme du mariage lui-même. Nous reviendrons avec plus de détails sur cette dernière question. Il nous reste à faire quelques observations sur certains actes de l'état civil qui, par une espèce de fiction de la loi, doivent être considérés comme passés sur notre territoire. Nous voulons parler, tout d'abord, des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire. A cet égard, les dispositions des art. 88 à 98 du Code civil français sont encore en vigueur en Belgique, sauf

que l'inspecteur aux revues est remplacé chez nous par l'intendant militaire. Le premier consul les justifiait, en disant que le soldat, qui sert son pays hors de France, n'est jamais sur un territoire étranger, *que là où est le drapeau, là est la France*. Elles nous paraissent se justifier plus complètement par de véritables nécessités pratiques, sur lesquelles il est inutile d'insister. Elles ont droit par cela même à être reconnues internationalement, au moins dans leur ensemble. Nous pensons qu'en fait la plupart des législations établissent des prescriptions du même genre, ou autorisent le gouvernement à les établir. La loi anglaise autorise le mariage célébré dans les lignes de l'armée britannique par un chapelain, ou un officier ou tout autre personne officiant d'après les ordres du commandant en chef d'une armée britannique en pays étranger (1). On peut consulter aussi l'art. 61 du Code néerlandais, et l'art. 71 de la loi impériale allemande. M. Weiss émet cependant l'opinion que les art. 88 à 98 n'excluent pas la compétence simultanée des autorités locales, et dit que les inconvénients pratiques, résultant de la solution contraire, ont amené la jurisprudence à la repousser. Il croit, du reste, que les autorités militaires auraient compétence pour célébrer le mariage même entre un Français (appartenant à l'armée bien entendu) et un étranger. Telle est aussi notre opinion. La commission de revision du Code civil a cru devoir exclure ces dispositions de son projet, et les a remplacées, à l'exemple des Pays-Bas, par une disposition aux termes de laquelle « un arrêté royal déterminera, s'il y a lieu, par qui et dans quelles formes sont reçus les actes de l'état civil concernant des militaires hors du royaume ». Elle se fonde sur ce que la Belgique, neutre en vertu des traités, a besoin, moins encore que la Hollande, d'une législation spéciale détaillée concernant les militaires en expédition hors du territoire du royaume. La raison nous paraît médiocre. Bien que la Belgique soit neutre, elle peut être engagée dans une guerre, et il ne convient guère d'attendre le

(1) Dicey. T. II, p. 66.

moment où elle se trouverait en présence de ces graves complications pour légiférer sur cette matière. On n'aperçoit surtout pas l'utilité qu'il peut y avoir à rayer d'un trait de plume une législation déjà existante sur la matière.

Le Code civil contient aussi des dispositions relatives à la constatation des décès et des naissances en mer. Ces dispositions ne s'appliquent évidemment qu'aux décès et naissances survenus sur des navires *nationaux*. Et à cet égard leur effet international ne saurait donner lieu à aucune difficulté, les navires étant considérés comme une partie mouvante du territoire. Enfin, quant aux actes de l'état civil à dresser dans les pays hors de chrétienté, on se conforme évidemment aux capitulations. Mais, pour ce qui concerne la Belgique, les consuls exercent dans ces pays les mêmes fonctions en matière d'état civil que dans les autres pays étrangers.

537. — On ne peut qu'approuver au point de vue des rapports internationaux, et des intérêts respectifs des nations, les conventions conclues dans ces derniers temps pour l'échange entre divers pays des actes d'état civil intéressant leurs nationaux. La Belgique a conclu des conventions de ce genre avec la Suisse le 9 mars 1870, avec l'Autro-Hongrie le 30 avril 1871, avec l'Espagne le 27 janvier 1872, la France le 25 août 1876, l'Italie le 17 juillet 1876, Monaco le 25 novembre 1876, la Roumanie le 7 mai 1874 (1). La France en a conclu également quelques-unes mais moins nombreuses. Aux termes de ces conventions, les puissances contractantes s'engagent à se transmettre réciproquement dans des délais déterminés, les actes de l'état civil dressés sur le territoire de l'une, et concernant les ressortissants de l'autre. Le traité franco-belge, plus précis que la plupart des autres, oblige même « 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 ».

(1) Pasiomie 1870, n° 71; 1871, n° 128; 1872, n° 13; 1876, nos 257, 214, 310; 1874, n° 113.

TITRE II.

DES ABSENTS.

538. — Lorsqu'une personne a *disparu* sans laisser de ses nouvelles, elle est absente dans le sens où nous employons ce mot, et où l'emploie l'intitulé du Livre IV, T. I du Code. Il ne s'agit donc pas de ceux qui sont simplement non présents, et dont on connaît la résidence. L'absence proprement dite implique une incertitude sur l'existence de l'individu. Il y a lieu dans ce cas, de prendre des mesures dans son intérêt éventuel, dans l'intérêt des tiers créanciers ou associés, dans l'intérêt même des héritiers présumptifs de l'absent. Il existe une assez grande diversité de législations à cet égard. On sait que le Code civil distingue trois périodes dans l'absence. Dans la première, lorsque l'absence ne s'est pas prolongée pendant quatre ans au moins depuis la disparition de l'absent, ou depuis ses dernières nouvelles, et n'a pas laissé de procuration, son décès n'est considéré ni comme certain, ni comme probable, et ce délai est prolongé jusqu'à dix ans s'il a laissé procuration. Mais il peut néanmoins être nécessaire de prendre certaines mesures pour l'administration des biens de l'absent. C'est dans cette première période la considération de l'intérêt de l'absent qui domine. C'est pour son compte que son patrimoine est administré. C'est lui que l'on a en vue. Les mesures autorisées par le Code sont purement conservatoires. Le tribunal désigne un administrateur de ses biens sur la demande des parties intéressées (art. 112, C. civ.). S'il est intéressé dans des

inventaires, comptes, partages et liquidations, le tribunal commet un notaire pour le représenter (art. 113). Il faut, d'ailleurs, évidemment qu'il s'agisse de successions ouvertes à une époque où l'existence de l'absent était encore constante.

Dans cette première période les tribunaux de tous les pays, où l'absent a des biens, sont compétents pour prescrire les mesures de précaution que commande la nécessité. C'est l'opinion de Laurent (T. VII, n° 93, p. 140, *in fine*) et nous la croyons parfaitement rationnelle. Il la fonde sur ce qu'en cas pareil il n'y a encore à prendre que des mesures nécessaires et locales. Il eût été utile d'ajouter : *et conservatoires*, car c'est le grand point. Les mesures de ce genre se rattachent toujours plus ou moins à l'ordre public, la fortune publique étant intéressée à ce que les biens particuliers dont elle se compose ne soient point laissés à l'abandon, et improductifs, à ce qu'ils soient *conservés*. L'autorité la plus intéressée à ce qu'ils le soient, l'autorité la plus naturellement indiquée pour prendre et ordonner ces mesures est celle de la situation des biens. Il peut du reste être nécessaire de prendre des mesures sans retard, de nommer un représentant de l'absent là où les biens sont situés, là où il y a lieu de procéder à un partage, à une liquidation, à un inventaire. Aussi y a-t-il accord à peu près général sur cette solution. Laurent estime, il est vrai, que ce système n'est admissible qu'à raison du silence de la loi et des traités. Il trouverait plus logique que la question de savoir s'il y a absence fût tranchée au préalable par le tribunal du domicile, les mesures à prendre pour l'administration des biens devant seules être prises par les tribunaux et les lois du pays de leur situation. Mais, en pratique, ce système impliquant la nécessité d'une décision préalable, avant que l'on puisse prendre des mesures pour régler l'administration des biens, entraînerait des retards, alors qu'il peut y avoir urgence. Et, en théorie même, nous ne voyons guères pourquoi, ne s'agissant que de mesures conservatoires qui intéressent dans une certaine mesure l'ordre

économique et qui ne peuvent entraîner de préjudice pour personne, tout tribunal dans le ressort duquel il y a lieu de pourvoir à l'administration de certains biens de l'absent, de sauvegarder certains intérêts de ce dernier, ne pourrait pas statuer sur cette question de fait si simple : y a-t-il absence ? Ignore-t-on où est l'intéressé, s'il existe ou s'il est décédé ? Certes, il peut y avoir, il y a presque toujours un lieu où il est possible de répondre à cette dernière question. Mais qu'est-ce que cela fait, aussi longtemps qu'il ne s'agit que de mesures conservatoires ?

539. — Il en est tout autrement lorsqu'il s'agit de la seconde période, pendant laquelle le décès de l'individu, sans être devenu presque certain, devient plus probable à raison de la prolongation de l'absence. Aux termes du Code civil, s'il s'est écoulé quatre ans depuis que l'on n'a point eu de nouvelles de l'absent, les parties intéressées peuvent demander la déclaration d'absence, le tribunal statue sur cette demande après enquête en tenant compte des motifs de l'absence et des causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'absent, et le jugement déclaratif peut être rendu un an après celui qui a ordonné l'enquête. Immédiatement après, si l'absent n'a pas laissé de procuration, dix ans après sa disparition ou après les dernières nouvelles, s'il en a laissé une, les héritiers présomptifs peuvent se faire envoyer en possession *provisoire*, sauf le droit de préférence de l'époux commun en biens ; les légataires, les donataires, et tous ceux qui auraient certains droits à exercer en cas de décès, les exercent à charge de donner caution. L'absent, s'il reparaît, ne recouvre plus que le $\frac{1}{5}$ de ses revenus, et le $\frac{1}{10}$ seulement s'il ne reparaît pas après 15 ans révolus depuis sa disparition, etc. (art. 120 et ss., C. civ.). Il ne s'agit donc plus ici de mesures purement conservatoires. Il y a attribution provisoire des biens de l'absent, attribution définitive même d'une partie importante de ses revenus. Quelle est la loi applicable en pareil cas ? Le problème est des plus délicats. Laurent si complet, si prolix parfois sur d'autres points, n'examine pas la question à fond. Il commence par

affirmer que, dans la seconde période, les mesures changent de nature et prennent un caractère de généralité qui implique la nécessité d'appliquer le statut personnel. Or, le statut personnel, c'est, d'après lui, le statut national, comme on le sait. Puis, après avoir rapidement résumé le système français, il se demande quel sera le juge compétent, et il répond que ce sera le tribunal du domicile (1).

Il semble au premier abord que l'auteur se contredise. Mais il n'en est rien, à notre avis, puisque le juge compétent ne doit pas toujours appliquer sa propre loi, puisqu'il doit, au contraire, faire application de la loi nationale de l'étranger s'agissant de statut personnel. Laurent s'est malheureusement abstenu de démontrer qu'il s'agit vraiment d'une question de ce genre. Il est certain d'une part que la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire, s'ils n'ouvrent pas le droit des héritiers et des successeurs en général, l'ouvrent *tout au moins*. C'est comme héritiers, comme successeurs qu'ils recueilleront provisoirement, et s'approprièrent même définitivement une partie très importante des revenus. N'y a-t-il pas lieu d'appliquer ici la loi qui régit la succession? En théorie cette loi devrait être la loi nationale, nous y souscrivons volontiers, mais en fait elle ne l'est pas, ni en France ni en Belgique, ainsi que nous l'avons déjà dit. Quant à la compétence il semble bien à première vue que le juge du domicile soit plus à même qu'aucun autre d'apprécier s'il y a incertitude sur la vie et la mort de l'absent, et que le juge de la situation, par exemple, n'ait pas autant de compétence à cet effet que le juge du domicile.

540. — M. Weiss admet une espèce de système transactionnel. Il suppose le cas où un sujet hollandais *domicilié sur le territoire français et y ayant des biens* quitte son domicile et en reste éloigné pendant cinq ans, sans donner signe de vie. C'est d'après la loi française que l'on devra apprécier *le délai* dans lequel l'envoi en possession pourra

(1) Op. cit., T. VII, n° 94.

être réclamé, pourvu que le délai de la loi française soit plus court que celui de la loi étrangère « parce que c'est, dans ce cas, » dit-il, « le souci de l'intérêt général qui a porté le législateur à limiter le plus possible la période de l'administration judiciaire du patrimoine, qui n'est pas favorable à sa bonne gestion ». Pour le surplus, il admet la loi nationale. Mais, si c'est par des motifs d'intérêt général que les délais sont déterminés, il semble que, dans chaque pays où se trouveraient situés les biens de l'absent, on devrait appliquer la *lex loci*, la *lex rei sitae*. C'est la remarque que fait Fiore. Au surplus, si l'on doit considérer la fixation des délais comme se rattachant à des considérations d'intérêt général, est-ce que les effets de l'envoi en possession provisoire en ce qui touche les biens ne pourraient pas être envisagés comme tels également? Tel est bien le système de Rocco. « Pour les effets réels de l'absence c'est la *lex rei sitae* qui doit primer. » Et il applique le principe à la question de savoir à qui la possession provisoire doit être accordée, après combien de temps, comment doit se régler l'administration, si on doit exiger ou non une caution, pour combien de temps, comment on partagera les fruits dans le cas où l'absent se représenterait etc... (1) Fiore fait ressortir les singulières conséquences auxquelles ce système aboutirait et applique uniformément la loi nationale (2). Dans ce dédale des systèmes, auquel donner la préférence?

Le système de Fiore a, sans doute, l'avantage d'une très grande simplicité. Mais les solutions les plus simples ne sont pas toujours les plus exactes : il y a plutôt chance que le contraire soit vrai, spécialement en matière de droit international privé. Et cependant, pour ce qui nous concerne, en présence des incohérences auxquelles conduisent les distinctions que l'on serait tenté de faire en pareille matière, nous pensons qu'il est absolument nécessaire de trouver un fil conducteur, un principe unique. Les mots d'intérêt général sont si vagues ; il n'y a pour

(1) Rocco. Op. cit., 3^e partie, ch. 28.

(2) Fiore. § 72 et ss.

ainsi dire pas une disposition légale qui ne touche dans une certaine mesure à l'intérêt général. L'envoi en possession provisoire des biens d'un absent implique en somme, ainsi que le fait très justement remarquer de Bar⁽¹⁾, une espèce de règlement provisoire ou provisionnel des rapports de famille et des rapports successoraux. Il le dit seulement à propos du jugement déclaratif de décès, équivalant à peu près au jugement d'envoi en possession définitif. Mais on peut dire la même chose en ce qui concerne l'envoi en possession provisoire, qui n'est que le premier acte de ce règlement. Il se demande si, dans l'hypothèse, par exemple, où l'on admettrait que le droit de succession est régi par le statut personnel, on hésiterait à reconnaître partout une règle formulée de la manière suivante : « La succession aux biens d'une personne absente depuis dix ans, sans avoir donné de ses nouvelles, ou qui aurait atteint l'âge de cent ans depuis son absence, doit être considérée comme ouverte. » Et il ajoute que la procédure judiciaire n'a pour objet que d'établir une série de mesures de précaution spéciales, dont l'observation sera constatée par jugement, ce qui n'est certes pas un motif pour ne pas respecter, en pays étranger, l'effet d'un statut personnel. Ces observations sont parfaitement exactes, au moins si la succession est de statut personnel comme elle devrait l'être, bien que le savant jurisconsulte ne nous paraisse pas en avoir déduit toutes les conséquences. Il en résulte, à notre avis, que la loi qui régirait l'ouverture proprement dite de la succession, son attribution, etc., régit également cette ouverture anticipée de la succession que produit l'absence prolongée. Nous reconnaissons volontiers que des considérations d'intérêt général peuvent ne pas avoir été étrangères à la fixation de délais, aux effets mêmes de l'absence. Mais, n'en est-il pas de même, lorsqu'il s'agit du mode de partage et d'attribution des biens d'une succession? Il n'y a ni plus ni moins de motifs pour les faire prévaloir lorsqu'il s'agit de

(1) Op. cit., T. I, p. 376.

l'ouverture anticipée d'une succession, que lorsqu'il s'agit de son ouverture définitive. Une seule considération nous paraît, du reste, de quelque importance en la matière : c'est l'inconvénient qu'il peut y avoir à ce que certains biens soient, plus ou moins longtemps, forcément inaliénables, et à ce que cette inaliénabilité puisse être prolongée dans un pays déterminé en vertu de la loi nationale de l'absent, alors que des considérations économiques locales exigeraient qu'ils cessent d'être, en fait comme en droit, pour ainsi dire en dehors du commerce. Mais cette considération nous paraît être de minime importance, d'abord parce qu'il s'agit de cas exceptionnels, ensuite parce qu'il n'y a jamais qu'une différence de délais, en troisième lieu parce qu'il y a bien d'autres cas où des biens se trouvent en fait ou en droit inaliénables dans tous les pays du monde, pendant un temps souvent très prolongé.

541. — Ce que nous disons de la déclaration d'absence et de l'envoi en possession provisoire s'applique à plus forte raison à l'envoi en possession définitive, qui consume le partage provisionnel de succession, et la dépossession de l'absent. D'après le Code civil, s'il s'est écoulé 30 ans depuis l'envoi provisoire ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens aura pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions sont déchargées; tous les ayants-droit peuvent demander le partage des biens de l'absent et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de 1^{re} instance (art. 129, C. civ.). C'est une attribution et un partage de successions sous condition résolutoire qui se produisent en ce moment. La plupart des législations contiennent du reste des dispositions plus ou moins analogues, mais les délais diffèrent. D'après la loi italienne, la déclaration d'absence peut être demandée *trois ans* ou *six ans* à dater des dernières nouvelles, suivant que l'absent a laissé ou non un mandataire (Code civil, art. 22). Le Code civil néerlandais autorise, suivant la même distinction, la déclaration de mort, *cinq ans* ou *six ans* à dater de la même époque

(art. 523 et 526). Le partage a lieu, mais ne devient définitif que 30 ans après les dernières nouvelles ou cent ans après la naissance. Toutefois, dix ans après les dernières nouvelles le conjoint de l'absent peut être autorisé à contracter un nouveau mariage (art. 540, 549 et ss.) Aux termes du Code prussien (art. 82), la déclaration de mort (*Todes Erklärung*) peut être provoquée si dix années au moins se sont écoulées depuis les dernières nouvelles. D'après le Code autrichien, un absent peut être réputé mort : 1° s'il a atteint l'âge de quatre-vingts ans, et si l'on n'a plus reçu de nouvelles de lui depuis 10 ans à dater de sa disparition ; 2° si l'on n'en a pas de nouvelles depuis trente ans ; 3° s'il a été grièvement blessé dans une bataille, ou s'il s'est trouvé sur un navire qui s'est perdu, et si l'on n'en a plus de nouvelles depuis trois ans (art. 24). Jusques-là ses biens sont administrés par un curateur. D'après le Code général russe, l'absence se divise en deux périodes, celle de la présomption d'absence, pendant laquelle les biens de l'absent sont administrés par un tuteur ; celle de la déclaration d'absence entraînant l'envoi en possession et la faculté pour le conjoint de se remarier (1). En Pologne on a maintenu à peu près le système du Code civil français. Dans les provinces baltiques la déclaration de mort de l'absent ouvre sa succession comme en Prusse et en Autriche. En Bavière la déclaration de décès, qui produit tous les effets d'un décès véritable, est prononcée lorsqu'il s'est écoulé dix années sans qu'on ait reçu de nouvelles, ou lorsque l'absent aurait atteint soixante-dix ans, s'il avait plus de soixante ans, et moins de soixante-cinq ans au moment de sa disparition, ou cinq ans après sa disparition si à cette dernière époque il avait soixante-cinq ans révolus. D'après le Code civil espagnol, la déclaration d'absence peut être prononcée 2 ans ou 5 ans après la disparition ou les dernières nouvelles, suivant que l'absent a laissé ou non un administrateur de ses biens. La femme de l'absent peut alors admi-

(1) Lehr. *Éléments du droit civil russe*, pp. 27, 156 et ss.

nistrer ses biens propres et en disposer sans autorisation. La présomption de mort n'est admise que 30 ans après les dernières nouvelles ou 90 ans après la naissance de l'absent, et sa succession est partagée. Nous ne pensons pas que la femme de l'absent puisse être autorisée à se remarier. Aucun texte ne le dit. En Angleterre la jurisprudence admet, dans le silence de la *Common Law*, qu'il faut présumer le décès d'un individu qui n'a pas donné de ses nouvelles depuis sept ans, et ses héritiers sont alors autorisés à percevoir ses revenus; treize ans à partir de la même époque ils sont envoyés en possession de ses biens meubles, six ans plus tard ils peuvent obtenir la libre disposition de ses biens immeubles. Et une loi du 22 août 1881 a étendu ce système à l'Ecosse avec quelques modifications (1). Il nous paraît incontestable qu'il faut suivre la loi qui régit la succession, aussi bien en ce qui concerne l'époque et les conditions dans lesquelles elle s'ouvre ainsi anticipativement, qu'en ce qui touche sa répartition. Il est certes à souhaiter que cette loi devienne la loi nationale; mais il y a peu de pays qui admettent actuellement ce principe.

542. — D'autre part, il n'y a qu'une seule loi que l'on puisse rationnellement suivre, lorsqu'il s'agit des effets de l'absence déclarée quant aux droits personnels du conjoint de l'absent, c'est la loi qui régit le mariage. Or, cette loi est, d'après une opinion qui tend à s'accréditer de plus en plus, la loi nationale des époux, et spécialement la loi nationale du mari si les époux sont de nationalités diverses. Telle est en effet la loi à laquelle est soumis leur régime personnel, et c'est elle qui régit la durée de l'union conjugale. Il en résulte que le conjoint du sujet prussien, au sujet duquel une déclaration de mort a été rendue dans son pays, a parfaitement le droit de conclure une nouvelle union en Belgique ou en France sans qu'on puisse lui opposer l'existence du lien antérieur lequel est censé rompu. Un doute ne pourra surgir que

(1) Ces renseignements sont puisés en grande partie dans l'ouvrage de M. Weiss, pp. 397 et ss.

s'il n'était pas de la même nationalité, ce qui sera exceptionnel. Sa situation présente en somme une grande analogie avec celle de l'époux divorcé conformément à sa loi nationale régulatrice des effets du mariage, lorsqu'il prétend contracter une nouvelle union dans un pays où le divorce n'est pas admis, et nous avons déjà vu qu'après une lutte assez longue, la Cour de Cassation de France a elle-même admis la licéité et la validité du mariage contracté en France par un étranger divorcé conformément à sa loi nationale dans son pays d'origine (1).

Une troisième loi pourrait encore exercer de l'influence sur la solution des questions que soulève cette difficile matière. Lorsque l'absent paraît, quelle est la loi qui détermine et règle les obligations des envoyés en possession vis-à-vis de lui? Est-ce encore la loi qui régit la succession? Il nous est difficile de l'admettre. Le titre en vertu duquel les biens avaient été provisoirement attribués est anéanti. Ce n'est certainement pas en vertu du droit successoral que l'envoyé en possession pourra conserver tout ou partie des revenus. Le droit successoral n'a plus voix au chapitre. L'envoyé en possession provisoire n'est plus qu'un possesseur ordinaire. Il nous paraît assez rationnel de lui appliquer la loi qui régit les effets de la possession en ce qui concerne l'acquisition des fruits, et cette loi nous semble être celle de la situation. Nous nous écartons donc ici de ceux qui préconisent d'une manière générale l'application de la loi nationale. Mais nous reconnaissons que la question est extrêmement délicate, bien qu'il n'y ait lieu de balancer qu'entre la *lex situs* et la loi qui régit la succession. Quant aux droits d'administration et même d'aliénation qui appartiennent à l'envoyé en possession, nous estimons qu'ils doivent lui être reconnus, dès qu'ils sont consacrés par la loi qui régit la succession de celui dont l'absence a été déclarée. Mais

(1) Weiss. Op. cit., p. 401, note 4. — Laurent. *Droit civil int.*, T. VI, p. 549 et T. VI, nos 341 et 342. — Olivi. *Revue de droit int.*, 1883, p. 228. — Cornu. *Théorie de l'absence*, p. 134.

s'ils ne l'étaient pas, si cette loi ne lui reconnaissait pas le droit d'aliénation, si en conséquence les actes d'aliénation accomplis par lui pouvaient être attaqués et annulés par application de cette loi, tandis qu'ils ne pourraient pas l'être d'après la loi de la situation, nous pensons que cette dernière loi devrait prévaloir, l'intérêt général et l'intérêt des tiers étant engagés à ce que les biens de l'absent ne soient pas pour ainsi dire frappés d'inaliénabilité, pendant toute la durée d'une absence qui peut se prolonger fort longtemps. On appliquera donc la loi qui régit la succession, sauf les obstacles que pourrait opposer à l'application de cette loi celle du lieu de la situation, en vertu des intérêts économiques du pays où les biens sont situés. Telle est la solution que nous croyons devoir admettre relativement à ces questions si délicates, que la plupart des auteurs n'ont pas examinées dans leurs détails. Il serait sans doute plus simple d'admettre une loi unique, celle qui régit la succession; mais nous pensons que cette solution générale serait fautive, à cause de la variété des intérêts auxquels touche nécessairement la théorie de l'absence.

543. — En ce qui concerne les successions qui viendraient à s'ouvrir au profit de l'absent, les législations des divers Etats sont loin d'être d'accord. Dans le système du Code civil français, encore en vigueur en Belgique, il faut que l'existence du successible, au moment de l'ouverture de la succession, soit démontrée pour qu'il puisse recueillir (art. 135 et 137, C. civ.). Il en est de même d'après le Code néerlandais, d'après le Code espagnol et d'après quelques autres législations. Mais il n'en est pas ainsi d'après d'autres législations étrangères. En droit international privé, on ne peut appliquer que la loi qui régit la succession elle-même. Il ne s'agit plus de l'attribution de la succession de l'absent, mais de l'attribution d'une autre succession à l'absent, pour le tout ou pour partie. Notre opinion est celle de Brocher et de M. de Bar; et ici apparaît l'exactitude de la distinction entre la *Rechtsfähigkeit*, ou capacité de droit, et la *Handlungsfähigkeit*, ou capacité

d'agir ⁽¹⁾. M. de Bar cite cependant, en sens contraire, un arrêt rendu à Stuttgart le 10 juillet 1862, et l'opinion de Seuffert (n° 199). Mais il ajoute : « Comment serait-il possible de considérer le droit de succéder attribué à l'absent (par sa loi personnelle), comme concluant, quant au droit de succéder établi au lieu du domicile de la personne dont il doit hériter ? »

544. — En ce qui concerne la compétence, M. de Bar est d'avis que les lois qui régissent le droit matériel sur l'absence décident aussi, par voie de conséquence, de la question de savoir quel est le tribunal compétent. Cette solution nous paraît assez discutable. Tout d'abord, en ce qui concerne les mesures purement conservatoires, il faut, nous paraît-il, reconnaître comme compétente la juridiction de tout pays où seraient situés des biens appartenant à l'absent.

En ce qui concerne les mesures tendant à faire déclarer que son décès est certain ou probable, et à faire attribuer à ses héritiers ou à des tiers quelconques certains droits sur les revenus ou sur la propriété de ses biens, il est très simple de dire que la loi qui règle le droit matériel règle aussi la compétence, mais cela est-il très exact ? Et que décider si la loi nationale est muette sur la question de compétence ? Nous croyons devoir nous ranger plutôt de

(1) Nous avons admis la distinction dans la première partie de notre ouvrage. La capacité d'agir est seule régie d'une manière absolue par la loi nationale. La capacité de droit, c'est-à-dire l'aptitude à la jouissance des droits, à leur possession doit être appréciée d'après d'autres bases. S'il s'agit de l'aptitude générale à être sujet de droit, à posséder des droits, elle est reconnue dans notre pays, et dans la plupart des États, à toute personne humaine quelle que soit sa nationalité. Mais la faculté de jouir d'un droit déterminé se confond avec ce droit lui-même, et dépend de la loi qui le régit en principe. Il en est ainsi notamment de la capacité à l'effet de succéder qui se confond avec le droit de succéder : elle dépend de la loi qui régit la succession. La capacité d'agir à proprement parler, c'est-à-dire celle d'exercer par soi-même les droits que l'on possède, est seule régie, en ce qui concerne les biens patrimoniaux, par la loi personnelle ou nationale. S'il en est ainsi également de la capacité de droit en ce qui concerne les droits purement personnels, c'est que ces droits dérivent aussi de la loi nationale. La distinction est admise expressément dans le projet allemand Gebhard et dans le Code du Montenegro. Elle l'est d'une manière implicite dans le projet officiel de Code civil allemand, 2^e lecture, dans le projet Niemeyer. Elle est établie avec plus de netteté dans le projet Neumann. — Voir Neumann, Op. cit, pp, 3, 57-62 et 170. Cet auteur qualifie de *Parteifähigkeit* la capacité de droit générale et de *Rechtsfähigkeit* la capacité de posséder un droit déterminé.

l'opinion de Weiss, d'après lequel le tribunal compétent est celui du dernier domicile de l'absent. N'est-ce pas ce tribunal qui est le mieux à même d'apprécier la date de la disparition, les circonstances qui environnent ce fait, et la date des dernières nouvelles? De Bar objecte que l'on rattache ainsi à une déclaration d'absence, émanée, par exemple, d'un tribunal français, et relative à un Hollandais, des conséquences que cette déclaration ne peut avoir d'après la loi française, ou qu'on force les tribunaux français à rendre des décisions absolument prohibées par la *lex fori*. Mais, à notre avis, la *lex fori* n'a rien à faire dans le débat. S'agissant d'une question de statut personnel, le tribunal français prononcera d'après la loi étrangère, tant en ce qui concerne les conditions de la *déclaration d'absence ou de mort* qu'en ce qui touche ses effets. Il y a peut-être quelque difficulté, en ce qui concerne le droit de convol attribué par certaines législations au conjoint de l'absent. M. Weiss est d'avis qu'un tribunal français ne pourrait accorder à ce conjoint l'autorisation de contracter une nouvelle union, qui serait, au regard de la loi française, entachée de bigamie et par conséquent contraire à l'ordre public international. Mais il ajoute que, si la déclaration de mort avait été prononcée en Hollande, et si le conjoint de l'absent Hollandais avait obtenu d'un tribunal hollandais la permission de contracter un nouveau mariage, l'officier de l'état civil français ne pourrait refuser d'y procéder; la première union ayant été légalement dissoute, il n'y a pas de bigamie à en former une autre. Ces décisions nous paraissent un peu contradictoires. Ne peut-on pas dire que lorsque la déclaration de mort est prononcée en France, conformément à la loi hollandaise, elle l'est avec les effets que la loi hollandaise y attache, notamment la dissolution légale de l'union conjugale, sous la simple condition d'obtenir du juge l'autorisation de contracter un nouveau mariage? L'ordre public international ne nous paraît pas plus lésé par cette solution, s'agissant d'un étranger, que par la solution transactionnelle que propose M. Weiss. On pourrait cependant invoquer,

pour justifier cette solution, la distinction généralement admise en France, sous l'empire de la loi du 8 juin 1816 qui supprimait le divorce. L'étranger n'y pouvait obtenir un jugement de divorce, alors même que le divorce était admis par la loi nationale des deux époux. Mais les époux divorcés dans leur pays, conformément à leur loi nationale, étaient considérés, même en France, comme affranchis du lien conjugal.

L'analogie serait complète s'il était certain que, d'après la loi hollandaise, la dissolution du mariage résulte uniquement de la déclaration de mort. L'argument serait irréfutable, si la distinction admise en France, sous l'empire de la loi abolitive du divorce, était rationnelle. Nous ne discuterons cependant pas le second point, parce que nous nous heurterions contre des idées trop généralement reçues, non-seulement en France, mais dans d'autres pays. Mais le premier point nous paraît des plus douteux. La faculté de contracter un nouveau mariage ne résulte pas *reïpsa* du jugement d'absence d'après la loi hollandaise : elle résulte d'un jugement séparé qui ne peut jamais être rendu que dix ans après la disparition et après les dernières nouvelles, et qui n'est rendu qu'après une procédure spéciale, après trois assignations échelonnées, suivant les prescriptions de la loi. Rien n'empêche donc que les tribunaux de France, en supposant que le dernier domicile de l'absent soit en France, statuent sur la demande en déclaration d'absence d'un citoyen néerlandais, et que la demande tendant à obtenir l'autorisation de contracter une nouvelle union, ne soulevant plus qu'une pure question de statut personnel, soit ensuite soumise à un tribunal des Pays-Bas.

545. — M. de Bar croit cependant que les tribunaux du dernier domicile se résoudront difficilement à statuer sur la demande en déclaration d'absence, ou en déclaration de mort d'un étranger, conformément aux lois étrangères ; et, pour ce qui concerne les tribunaux français, il a incontestablement raison. M. Weiss cite en ce sens un arrêt de la Cour de Douai du 2 août 1854 (Dr. P. 1855, 2, 4),

aux termes duquel les tribunaux français n'ont pas qualité pour déclarer l'absence d'un étranger. Cette solution n'est toutefois, comme il le fait observer, que l'application de la théorie générale de la jurisprudence française sur l'incompétence des magistrats de France au regard des plaideurs étrangers. On remarquera, d'autre part, qu'au point de vue des relations entre l'Autriche et la Hongrie, la compétence, aux fins de rendre un jugement de déclaration de mort, est déterminée, selon M. Jettel, par le dernier domicile et non par la nationalité. Il est vrai qu'il en infère que les conditions et les effets juridiques d'un pareil jugement sont déterminés par la même loi⁽¹⁾. Il nous paraît qu'on se trompe en considérant la loi qui détermine la compétence comme réglant par cela même le droit matériel. Ce sont deux questions qui ne s'identifient en aucune manière.

Nous reconnaissons toutefois qu'il y a des motifs sérieux pour attribuer compétence aux tribunaux du pays dont l'absent relève comme sujet. Ils nous paraissent même tellement importants, que nous sommes tenté d'admettre tout au moins un droit de juridiction concurrente ou subsidiaire pour les tribunaux de ce pays. Il serait même à désirer, au point de vue des conflits internationaux, que l'on admît pour ce cas une exception à la règle générale de la compétence des tribunaux du domicile du défendeur. Et l'on se demande même si cela constituerait une véritable exception, s'agissant d'une personne dont le domicile est absolument incertain. Il y a donc des motifs très sérieux à faire valoir en faveur de la compétence des tribunaux nationaux. Nous ne connaissons aucune décision judiciaire qui ait résolu la question en Belgique.

(1) Jettel. *Handbuch des internationaler Privat- und Strafrechts*, p. 27. I cite le § 1 de la loi autrichienne du 16 févr. 1883. C'est la loi votée à la suite de l'incendie du Ringtheater de Vienne.

TITRE III.

DU MARIAGE.

546. — La question de savoir quelle est la loi qui régit le mariage présente, en droit international privé, des difficultés toutes particulières. C'est un contrat, sans doute, puisqu'il repose sur l'accord de volontés et entraîne des obligations réciproques; on pourrait donc le qualifier même de contrat synallagmatique. Et cependant, il semble que l'on profane pour ainsi dire le mariage, en lui appliquant la qualification de contrat. Le mot de contrat emporte, en général, l'idée de conventions relatives aux biens, et c'est aux conventions matrimoniales concernant les biens que le Code civil français réserve la qualification de *contrat de mariage*. On entend généralement par contrats les pactes relatifs aux *choses* dont les parties ont l'entière et libre disposition et dont les effets dépendent absolument de leur libre volonté, sauf les restrictions exceptionnelles établies par la loi dans un intérêt d'ordre public ou de moralité publique; les conventions dont l'effet n'intéresse pas ou n'intéresse guère la société en général. Il n'en est pas ainsi du mariage. Le mariage est le fondement de la famille dont l'organisation intéresse directement l'Etat, auquel elle appartient et dont elle fait partie intégrante. Il est le sol fécond sur lequel germent et se développent les êtres qui sont destinés à perpétuer cette communauté politique que l'on appelle une nation. Aucun Etat, digne de ce nom, ne peut se désintéresser de l'organisation du mariage, des mesures à prendre pour rendre

aussi pure, aussi saine que possible cette source où la nation se renouvelle sans cesse. Il ne s'y agit pas seulement, il n'y est pas même question toujours de l'aliénation des biens des conjoints, de renonciation à certains droits d'administration ou de disposition. Il implique l'aliénation, dans une certaine mesure, de la personne humaine, l'absorption d'une existence dans l'autre, la fusion de deux existences en vue de l'accomplissement d'une œuvre commune, la régénération du corps national, la procréation et l'éducation des futurs citoyens.

Ces quelques observations préliminaires sont de nature à démontrer, nous paraît-il, qu'en principe un Etat a le droit de régler les conditions du mariage de ses nationaux. Il y a peu de matières dans lesquelles l'observation du droit national, de la loi nationale semble s'imposer avec plus d'évidence en principe. Mais l'Etat a, d'autre part, le devoir de ne pas rendre une union régulière impossible à ceux de ses ressortissants qui se trouvent en pays étranger, soit momentanément, soit pour un temps plus ou moins long. Il serait à la fois immoral et contraire à leur liberté naturelle de leur prescrire l'observation de certaines formes, auxquelles ils seraient dans l'impossibilité de se soumettre dans le pays où ils se trouvent. Aussi la règle *locus regit actum* ne se justifie-t-elle en aucune matière par des arguments aussi concluants, aussi décisifs, que lorsqu'il s'agit du mariage. Enfin, quoiqu'un Etat ait en principe le droit de se désintéresser d'un mariage conclu entre étrangers, il est évident qu'il ne peut tolérer sur son territoire ce qui, aux termes de ses lois d'ordre public constituerait un crime ou un délit, ou même un état de choses qui serait contraire à son ordre public, d'une manière absolue, quelle que soit la nationalité des parties. Procédant à l'exemple de la plupart des auteurs, nous nous occuperons d'abord des conditions intrinsèques de la validité du mariage.

Section I. — Des conditions de validité du mariage en la substance.

§ I. — De l'âge.

547. — En Belgique et en France l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage. Mais il est loisible à l'empereur d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves. Ce droit, qui lui appartient comme chef de l'Etat, a passé nécessairement au Président de la République en France, au Roi en Belgique. L'exercice en est réglé en Belgique par l'arrêté royal du 5 janvier 1864, abrogeant l'arrêté du 20 prairial an XI. L'âge est le même d'après le Code des Pays-Bas (art. 86) et d'après le Code civil italien. Il est de quatorze ans pour les garçons, de douze ans pour les filles en Angleterre, en Ecosse et en Espagne ; de quatorze ans sans distinction de sexe en Autriche, de dix-huit ans pour l'homme et de seize ans pour la femme en Russie, où le mariage est, en outre, interdit aux personnes âgées de plus de quatre-vingts ans ; de vingt ans pour l'homme et de quinze ans pour la femme en Suède ; de vingt ans pour l'homme et de seize ans pour la femme d'après la loi fédérale allemande du 6 février 1875, ainsi qu'en Danemark et en Norwège (1).

548. — En ce qui concerne l'âge, la jurisprudence de tous les Etats de l'Europe continentale admet qu'il faut se conformer à la loi d'origine de chacune des parties, et, d'après l'opinion qui prédomine de plus en plus, cette loi est pour chacun des époux celle de la nation à laquelle il appartient, et non celle du pays où il a son domicile (2). C'est le principe admis en Belgique, en France, dans les pays de race latine en général, et même en Autriche-Hongrie. En Allemagne même l'opinion d'après laquelle la loi d'origine, la loi personnelle, est la loi nationale et non la loi du domicile gagne sans cesse du terrain. Nous nous en référons sous ce rapport aux observations que nous

(1) V. sur ces détails relatifs à la législation comparée, Weiss, pp. 439 et ss.

(2) Martens. *Droit international privé*, p. 303.

avons faites en examinant d'une manière générale quelle doit être la loi personnelle de l'individu, et à quel élément il faut s'attacher pour la déterminer : au domicile ou à la nationalité. Pour ne pas tomber dans des redites, nous nous bornerons à cette observation, que l'on est d'accord dans l'Europe continentale pour reconnaître que la capacité aux fins de contracter mariage est régie par cette loi personnelle, spécialement en ce qui concerne l'âge (1).

549. — Il semble qu'en Angleterre le principe que la capacité de contracter mariage dépend de la loi personnelle des futurs conjoints ait été assez vivement contesté. Laurent affirme même que, d'après le système anglo-américain, on s'en rapporte à la loi locale, non-seulement quant aux formalités de la célébration, mais même quant à la capacité, quant aux conditions, quant aux effets du mariage. Or, quand il parle des Anglo-Américains, il entend généralement par là les Anglais et les Etats-Unis de l'Amérique du Nord (T. IV, p. 395). En ce qui concerne l'Angleterre, son affirmation est erronée, tout au moins actuellement. La capacité de contracter mariage ne dépend pas, il est vrai, en Angleterre, de la loi nationale des conjoints, mais elle dépend de la loi de leur domicile personnel, c'est-à-dire de ce qu'en Angleterre on considère encore comme la loi personnelle. Voici comment s'exprime Dicey à cet égard (2).

« La capacité de contracter mariage dépend de la loi du domicile. » Il cite en ce sens une décision rendue par la Cour des *probate and divorces* en cause Sottomayor-De Barros : « C'est un principe bien reconnu que la capacité personnelle de contracter dépend de la loi du

(1) Jettel, précité p. 28. « De même que les rapports qui concernent la situation juridique de la personne, de même les relations juridiques entre les membres de la famille sont régies d'une manière prépondérante par les lois de la communauté juridique à laquelle la famille se rattache à titre permanent par son chef. On admet donc en règle que les rapports entre époux, entre parents et enfants, et les droits des personnes qui, à raison de leur âge ou de l'imperfection de leur jugement, ont besoin d'une surveillance spéciale remplaçant parfois la surveillance paternelle (tutelle, curatelle), doivent être appréciés d'après le droit (civil ou religieux) du pays *auquel ces personnes appartiennent comme citoyens*. Ce principe semble admis en Bavière, et dans le duché de Baden. »

(2) T. II, p. 75. Trad. Stocquart.

domicile. Il a cependant été dit que cette règle ne s'applique pas au mariage, et que le mariage valable d'après la loi du pays où il est célébré est valable partout ailleurs. Mais à notre avis, cette interprétation de la loi n'est pas exacte. La loi du pays de la célébration doit seule trancher toutes les questions relatives à la validité de la cérémonie par laquelle on prétend que le mariage a été consacré; *mais de même que pour d'autres contrats, pour le mariage aussi, la capacité personnelle dépend de la loi du domicile;* et si les lois d'un pays prohibent le mariage à un certain degré de parenté, si elles stigmatisent comme incestueux un mariage entre parents aux degrés défendus, dans notre opinion, les empêchements frappent les sujets de ce pays d'une incapacité personnelle, qui continue à les affecter aussi longtemps qu'ils restent domiciliés dans le pays où cette loi règne; ils rendent nul, en quelque lieu qu'il soit célébré, le mariage d'époux qui, à l'époque de leur union, sont citoyens du pays qui impose la restriction, et y sont en même temps domiciliés⁽¹⁾. » Il est vrai qu'il s'agissait des empêchements résultant de la parenté, mais la solution s'impose à fortiori quand il s'agit de l'âge. L'opinion de M. Dicey est aussi l'opinion de M. Westlake, bien qu'il semble exiger en même temps que chacun des époux satisfasse en outre aux conditions de capacité exigées par la loi du lieu de la célébration⁽²⁾. Mais il en est tout autrement dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. On s'en tient d'une manière absolue dans ce pays à la loi du lieu de la célébration, même en ce qui concerne la capacité. Dudley Field⁽³⁾ constate la règle en termes absolus. D'après lui, comme d'après la jurisprudence américaine, un mariage valable d'après les lois de la nation où il est célébré est valable partout, et les enfants qui en sont issus sont partout légitimes. Et il affirme en

(1) *J. d. dr. int. privé*, 1881, p. 313.

(2) L'erreur de Laurent provient sans doute de ce que la nécessité du consentement des parents est considérée en Angleterre comme une question de forme, et dépend en conséquence de la *lex loci actus*.

(3) Dudley Field. *Code de droit international*, traduction de M. Albéric Rolin, n° 547.

termes non moins formels la règle inverse : Un mariage nul d'après la loi du lieu où il est contracté est nul partout et les enfants issus d'un tel mariage sont partout illégitimes. Cet auteur n'admet d'exception à la première règle que lorsque le mariage a été contracté en pays étranger pour éluder l'application de la loi personnelle, à la seconde lorsque le mariage a été conclu dans les lignes d'une armée envahissante, et lorsque l'observation des formes locales est impossible. Mais ces exceptions (et les secondes ne concernent que la forme) n'enlèvent rien de sa force à la règle.

550. — Que cette règle soit fautive en ce qui concerne la capacité des parties contractantes, cela nous paraît évident. La capacité, en ce qui concerne l'âge spécialement, est généralement déterminée d'après la race, d'après le climat, d'après le développement physique et moral, plus ou moins précoce d'après les latitudes, d'après le degré de culture et de civilisation. Il y a quelque chose d'absurde à supposer qu'une personne puisse devenir capable ou incapable, au point de vue de l'âge, par le seul fait qu'elle se transporte même momentanément en pays étranger pour y faire célébrer son mariage. Eh quoi ? Il lui suffira de franchir cette ligne impalpable, que l'on appelle la frontière, pour que son état et sa capacité se modifient instantanément. En vain, dira-t-on, que le principe perd considérablement de ses inconvénients si l'on admet la faculté d'annuler un mariage contracté en pays étranger avec l'intention de faire fraude à la loi nationale. Pareille intention est toujours difficile à prouver, et les Cours américaines ne sont pas même fixées sur le point de savoir si le mariage peut-être annulé pour un motif de ce genre. On se trouve du reste toujours en présence de la question de savoir si le fait d'accomplir en pays étranger un acte que la loi nationale ou la loi domicile ne permet pas d'accomplir sur le territoire, et que la loi de ce pays étranger permet indistinctement, qu'il s'agisse de nationaux ou d'étrangers, peut être annulé dans ce dernier pays, comme faisant réellement fraude à la loi nationale ou à la loi du domicile.

La règle admise dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord n'est donc pas rationnelle. Et nous considérons également comme irrationnelle, mais à un moindre degré, l'application de la loi du domicile. S'il est vrai de dire que la capacité d'une personne, telle qu'elle est déterminée par sa loi nationale, ne se modifie point par cela seul qu'elle s'établit momentanément en pays étranger, cela est vrai aussi, bien qu'à un degré un peu moindre, lorsqu'elle établit son domicile en dehors du territoire. L'établissement du domicile n'implique pas nécessairement une résidence de quelque durée sous d'autres climats. Il peut s'opérer presque instantanément, et il s'opère par la seule volonté de l'intéressé. Il est vrai que la nationalité elle aussi peut être modifiée instantanément par une naturalisation obtenue en pays étranger. Mais d'abord les naturalisations sont relativement rares, et ensuite elles ne s'opèrent point par la volonté seule de l'intéressé. La nationalité répond en somme beaucoup plus souvent à la race que le domicile, et quand elle n'y répond point, elle est presque toujours le résultat du séjour de quelques générations, équivalant à une acclimatation, et ayant nécessairement modifié les influences de race, quant à la précocité du développement physique et intellectuel. La loi nationale doit donc être censée la base la plus sûre pour déterminer la capacité naturelle (1).

551. — Il existe quelque controverse dans la doctrine sur le point de savoir, si la capacité de la femme doit être également appréciée d'après sa loi personnelle, ou si elle doit l'être d'après la loi personnelle de son mari. Selon nous, la solution de la question n'est pas douteuse. Il s'agit de savoir quelle est la base d'appréciation de la capacité de la femme aux fins de contracter mariage. Il importe peu que par le mariage elle acquière, suivant la

(1) Les projets allemands admettent ici l'application de la loi nationale d'une manière plus absolue que lorsqu'il s'agit de la capacité aux fins de s'obliger relativement à son patrimoine. Dans ce dernier cas, le contrat fait par un mineur étranger en Allemagne serait maintenu en principe s'il avait atteint la majorité allemande. — Neumann. Op. cit., p. 180. — Dans le même sens : Loi allemande sur les lettres de change, 1848, art. 84.

plupart des législations, la nationalité de son mari. Lorsqu'il s'agit de déterminer sa capacité *aux fins de contracter mariage*, il faut nécessairement l'examiner avant le mariage. Quelques auteurs, M. de Bar entre autres, contestent qu'un mariage puisse être attaqué par le motif que la femme serait incapable d'après sa loi personnelle, si elle est capable d'après la loi personnelle de son mari. Mais ils font une exception formelle pour les empêchements de mariage, ayant pour but principal la protection de l'individu et de ses droits ⁽¹⁾, et ils y rangent la capacité en ce qui concerne l'âge, et la nécessité de certains consentements. En Belgique il n'est pas douteux que la femme doit être capable d'après sa loi nationale pour contracter mariage. La loi du 20 mai 1882 dispose en termes exprès que la capacité de la femme étrangère est réglée par son statut personnel.

552. — Supposons toutefois qu'une Anglaise domiciliée en Belgique désire se marier dans notre pays. D'après quelle loi sa capacité devra-t-elle être appréciée ? D'après sa loi nationale. Mais aux termes de sa loi nationale, ou plutôt de son droit national (car il s'agit de principes établis par la doctrine et la jurisprudence anglaises), sa capacité doit être appréciée d'après la loi de son domicile. Or, son domicile est en Belgique. On appliquera dans notre pays la loi du domicile, la loi belge ; et en appliquant cette loi, on ne fera que rendre hommage au principe d'après lequel l'étrangère est régie, quant à sa capacité, par sa loi nationale. C'est conformément à ces principes que la Cour de Bruxelles a appliqué à deux époux anglais domiciliés en Belgique la loi de leur domicile. Dans une excellente consultation reproduite dans la *Belgique judiciaire* avec l'arrêt, M. Arntz a soutenu que le divorce et la cause du divorce étaient régis, dans l'espèce, par la loi belge parce que telle est la règle proclamée par le droit anglais lui-même. C'est la thèse que le tribunal de 1^{re} instance et la Cour de Bruxelles ont successivement admise ⁽²⁾.

(1) De Bar. T. I, p. 453 et la note 30.

(2) Arrêt du 14 mai 1881. *B. j.*, 1881, p. 758.

Supposons d'autre part qu'une Américaine ou un Américain des Etats-Unis du Nord contractent mariage en Belgique, sans même y être domiciliés. D'après quelle loi leur capacité devra-t-elle être appréciée? D'après leur loi nationale. Mais leur loi nationale, ou tout au moins les principes universellement admis par la jurisprudence et la doctrine, veulent que l'on se conforme à la loi du lieu de la célébration. Le mariage sera-t-il valable si l'Américaine n'a que douze ans accomplis, si l'Américain n'a que quatorze ans? Nous croyons devoir répondre négativement. Cela paraît dur, mais c'est la conséquence rigoureuse du principe absurde admis dans les Etats-Unis, de la loi nationale des parties. Nous croyons cependant que la jurisprudence se résignerait difficilement à sanctionner cette conclusion. Peut-être soutiendrait-on avec succès que la loi nationale, dont nos principes réclament ici l'application, est la loi normale qui règle leur capacité d'une manière directe, sans qu'on doive avoir égard à l'abandon que le législateur national fait lui-même de ces principes, pour le cas de mariage contracté par ses nationaux en pays étranger, par un respect exagéré de l'indépendance des souverainetés étrangères.

Cette théorie a été en effet soutenue par d'excellents auteurs (1). Lorsque le législateur d'un pays dispose que la capacité d'un étranger doit être appréciée d'après sa loi nationale, il établit, d'après eux, une règle de droit international privé qui fait partie de son ordre public, et contre laquelle ne saurait prévaloir une règle de droit international étrangère.

Nous avons examiné la question à propos de l'ordre public. Mais nous reconnaissons que lorsqu'il s'agit de déterminer l'âge auquel une personne est apte à contracter mariage, la question est particulièrement délicate. Et nous doutons que les tribunaux, qui ont appliqué la loi étrangère en matière de causes du divorce, même en tant

(1) Laurent. *Journal du Palais*, 1881, 2^e part., pp. 71 et 72; — Labbé. *J. de dr. int. pr.*, 1885, pp. 5 et ss. — Antonio de Bustamante y Sirven. *El Orden publico*, pp. 153 et ss.

qu'elle renvoie à la loi du domicile, se prononcent dans le même sens lorsqu'il s'agit de fixer l'âge auquel un Anglais est apte à contracter mariage dans notre pays.

553. — Il nous paraît évident que lorsque la législation nationale de l'étranger ou la loi de son domicile permet au chef de l'Etat d'accorder des dispenses d'âge, cette dispense doit émaner du souverain dont l'étranger relève. Il n'appartient pas au souverain d'un Etat quelconque, au chef de l'Etat, dans le lieu de la célébration, de relever l'étranger d'une incapacité qui pèse sur lui à raison de sa nationalité ou de son domicile.

Aux termes d'une circulaire ministérielle du 16 mai 1824, les étrangers qui se marient en France doivent solliciter une dispense du roi, dans tous les cas déterminés par le Code français. Une circulaire du 29 avril 1832 exige spécialement la dispense royale quand il s'agit pour des étrangers de se marier en France, avant qu'ils n'aient atteint l'âge fixé par le Code civil, lors même qu'ils seraient nubiles d'après leur loi nationale. Ces dispositions, fondées sur des considérations d'ordre public, nous paraissent erronées et illégales, et telle est aussi l'opinion de Laurent ⁽¹⁾. Elles sont contraires à la portée générale de l'art. 3 du Code civil tel qu'il a été interprété par la jurisprudence. Les dispositions concernant l'état et la capacité touchent évidemment à l'ordre public, mais seulement en général à un ordre public national, établi pour les nationaux. En décider autrement impliquerait contradiction entre le principe que les étrangers sont régis en France par leur loi nationale, quant à leur état et leur capacité, et le principe que les lois d'ordre public, ou pour nous servir des termes plus restreints de l'art. 3, al. 1, les lois de police et de sûreté, obligent tous ceux qui habitent le territoire. On peut même dire que la disposition établissant implicitement la prédominance de la loi nationale de l'étranger, en ce qui concerne son état et sa capacité, fait partie intégrante de nos lois d'ordre public.

(1) T. IV, nos 227 et ss. — En sens contraire : Résolutions de l'Institut, session de Lausanne, art. 6.

§ II. — De la condition du consentement des père, mère, ascendants, ou de ceux qui les remplacent.

554. — D'après la plupart des législations, presque toutes, l'individu nubile n'a pas par cela même une capacité complète à l'effet de contracter mariage. Les art. 148 et 149 du Code civil, encore en vigueur en Belgique comme en France, disposent que le fils qui n'a pas 25 ans accomplis, la fille qui n'a pas 21 ans accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père, et, si leur père est mort ou incapable de manifester sa volonté, sans le consentement de l'autre époux, ou, si tous deux sont décédés ou incapables de manifester leur volonté, sans celui des aïeuls et aïeules, etc. L'art. 149 exige, lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel non reconnu, ou ayant perdu ses père et mère, ou dont les père et mère sont incapables de manifester leur volonté, le consentement d'un tuteur *ad hoc*, s'il n'a pas atteint l'âge de 21 ans. Enfin, aux termes de l'art. 160, s'il s'agit d'un enfant n'ayant plus d'ascendants, ou dont les ascendants sont tous incapables, il ne peut se marier sans le consentement du conseil de famille, quand il n'a pas 21 ans révolus. Aux termes des art. 182 et 183, l'absence du consentement requis n'entraîne toutefois qu'une nullité relative. Presque toutes les législations contiennent des prescriptions de ce genre, mais elles sont très diverses, aussi bien quant à l'âge jusqu'auquel le consentement est exigé, qu'en ce qui concerne les personnes dont le consentement doit être requis. C'est ainsi qu'en Angleterre les futurs ne doivent avoir le consentement de leur père, ou à défaut, de leur mère survivante ou de leur tuteur, que jusqu'à l'âge de 21 ans. En Ecosse, ils n'ont besoin d'aucun consentement, dès qu'ils sont nubiles. En Allemagne, les fils jusqu'à 25 ans, les filles jusqu'à 24 ans, ont besoin du consentement de leur père, en cas de décès de leur père, du consentement de leur mère; de plus, si l'enfant n'a pas 21 ans, il a besoin du consentement de son tuteur. Mais il peut toujours, s'il est majeur de 21 ans, en appeler à la justice du

refus de consentement de son père ou de sa mère. L'enfant adoptif a besoin du consentement de l'adoptant, l'adoption conférant dans ce pays la puissance paternelle. Dans les Pays-Bas, on retrouve à peu près les dispositions du Code français, sauf que l'âge extrême, jusqu'auquel le consentement des père et mère, ascendants, etc. est exigé, est de 23 ans pour les garçons comme pour les filles. Le Code civil italien se rapproche plus encore des dispositions du Code civil français. En Russie, le consentement des père et mère, du tuteur ou du curateur semble toujours exigé. En Suisse, après 20 ans, aucune autorisation n'est requise. En Espagne, il y a deux espèces de mariages : le mariage civil et le mariage canonique, et les conditions de consentement différent suivant les deux hypothèses.

Ce simple coup d'œil jeté sur les législations étrangères suffit pour faire ressortir l'importance de la question de savoir quelle est la loi qui régit à cet égard les étrangers. Logiquement, il est évident que la nécessité du consentement d'un tiers, quel qu'il soit, pour habiliter le futur époux aux fins de contracter mariage, se rattache à la capacité. Il est capable dans une certaine mesure, mais sa capacité n'est pas complète. La loi qui exige le consentement du père, de la mère, etc., règle donc l'état, la capacité de celui qui se propose de se marier. Il aura donc besoin des mêmes consentements que s'il était dans son pays d'origine, quel que soit le lieu où il se marie, et il en aura besoin dans les cas déterminés par sa loi personnelle, c'est-à-dire par sa loi nationale, suivant la règle admise en Belgique, en France, et, en général, dans les pays de race latine.

555. — Mais on considère en Angleterre le consentement des parents, ou d'autres personnes, exigé par plusieurs législations pour la validité du mariage, comme faisant partie des formes du mariage régies exclusivement par la loi du lieu de la célébration⁽¹⁾. Et ce qui aggrave la portée de cette doctrine, c'est que la validité du mariage ne peut être affectée, même par la circonstance que les

(1) V. Dicey et Stocquart. T. II, p. 8 et 11.

parties, en se mariant hors de leur pays, auraient eu pour but d'é luder les conditions de la loi de leur domicile *quant au consentement*, à la publicité, etc., ou par le fait qu'aucune cérémonie régulière n'est exigée par la loi du pays où le mariage a lieu. M. Dicey admet, du reste, « que logiquement cette jurisprudence donne prise à la critique ». Pendant longtemps la jurisprudence anglaise a été beaucoup plus loin. Elle ne faisait aucune distinction entre la capacité et la forme, et soumettait l'une et l'autre à la loi du lieu du contrat : cette jurisprudence favorisait singulièrement les mariages dits de « *Gretna green* » et les mariages célébrés en pays étranger dans le but évident d'échapper aux exigences de la loi anglaise quant à la capacité. Les tribunaux ont établi récemment une distinction entre la capacité et la forme, mais, de peur sans doute d'introduire une innovation trop radicale et d'entamer la validité des mariages écossais, ils ont été conduits à adopter la thèse « très douteuse au point de vue de la logique », dit M. Dicey, que le consentement ne devait être considéré que comme faisant partie des formes du mariage. Dans les Etats-Unis, où l'on admet encore la prédominance absolue de la loi du lieu de la célébration, en ce qui concerne la validité du mariage, aussi bien au fond que quant à la forme, l'on admet nécessairement que le consentement des père, mère, etc., n'est nécessaire que lorsqu'il est exigé par la loi du lieu du contrat. Ce système est peut-être plus logique, mais conduit à des conséquences plus regrettables encore que le système anglais. Il nous reste à examiner rapidement quels sont les effets de cette doctrine, lorsqu'elle se trouve en conflit avec le principe généralement admis, que cette question est régie par la loi personnelle des parties contractantes.

556. — S'agit-il du mariage d'un Belge ou d'une Belge en Angleterre, en Ecosse ou dans les Etats-Unis, il sera évidemment considéré comme nul dans notre pays, lorsque le consentement exigé par la loi belge n'aura pas été obtenu. Et nos tribunaux considéreraient de même comme nul ou annulable le mariage contracté par un Italien ou

un Français en Angleterre, sans le consentement exigé par sa loi nationale. Les principes admis dans notre pays sur le statut personnel ne leur permettraient certainement pas de considérer un pareil mariage comme valable. Sur tous ces points il n'y a pas de doute possible. Quant au mariage contracté dans ces pays par un Allemand ou une Allemande, on le considérerait sans doute dans notre pays comme valable ou non, eu égard aux consentements, suivant qu'il aurait été satisfait ou non à la loi du domicile, si tant est que la loi allemande soumette en réalité les Allemands, en ce qui concerne cette question, à la loi du domicile.

Mais supposons qu'il s'agisse d'un mariage conclu par un Anglais âgé de 21 ans mais de moins de 25 ans, en Belgique. D'après la loi anglaise il n'a pas besoin du consentement de son père. Mais d'autre part, d'après le droit anglais, tel qu'il est fixé par la jurisprudence, laquelle forme jusqu'à un certain point le droit dans ce pays, la nécessité du consentement du père, de la mère, etc., fait partie de la forme, et la forme est régie par la loi du lieu de la célébration. On arrive à cette singulière conséquence au premier abord, que le mariage est nul au point de vue de la loi anglaise, et s'il est nul au point de vue de la loi anglaise, il est difficile que, s'agissant d'un Anglais, il puisse être tenu pour valable aux yeux de la loi belge. Toutefois cette conséquence paraît outrée, contraire à l'équité et à la raison, quand la nullité du mariage en est le résultat. Le vice est dans la loi anglaise.

557. — Ce que nous disons de la nécessité du consentement s'applique aux conséquences de l'absence du consentement, à la question de savoir si l'on peut se pourvoir devant les tribunaux contre le refus du consentement, aux causes de nullité qui en résultent, à la nature de ces causes de nullité, aux déchéances. Tout cela fait parti du statut personnel, tout cela concerne la capacité, l'état et les rapports de famille. La nullité pourra donc être demandée, elle sera absolue ou relative en principe, il y aura déchéance ou non du droit de provoquer l'annulation du

mariage, suivant les dispositions de la loi personnelle de l'époux auquel le consentement d'un tiers était nécessaire. Cette loi personnelle est en principe la loi de la nation à laquelle cet époux appartient. Elle pourra être la loi de son domicile, si, d'après sa loi nationale, c'est à cette loi qu'il faut s'en référer quant à son statut personnel. Il n'est pas même impossible qu'on doive s'en référer à la loi du lieu de la célébration, si, d'après la loi nationale de l'étranger, c'est à cette loi qu'il faut s'en rapporter, tant en ce qui concerne la capacité qu'en ce qui touche la forme.

Nous savons bien que nos solutions ne sont pas d'accord en tous points avec celles enseignées par Laurent et par d'autres auteurs. Il nous est impossible d'analyser toutes les divergences. Mais, s'il n'y a pas accord sur les déductions que nous avons faites, il y a accord sur les principes. Nous avouons sincèrement qu'en présence d'opinions souvent contradictoires sur les applications, nous avons cru devoir, après les avoir examinées très consciencieusement, nous placer, sans le moindre parti pris, en présence des principes, et tâcher d'en indiquer nettement les conséquences. M. Laurent semble croire que la règle *locus regit actum*, si largement, si abusivement étendue dans les Etats-Unis à toutes les questions relatives à la validité du mariage, n'a, d'après la jurisprudence de ce pays, qu'une portée purement facultative. Nous pensons que c'est une erreur. Dudley Field s'est évidemment préoccupé d'exprimer l'opinion généralement reçue dans son pays, en traçant dans son *Projet de code international* cette double règle : « Un mariage valable d'après la loi du pays où il est célébré est valable partout ; — Un mariage non valable d'après la loi du pays où il est célébré n'est valable nulle part. »

558. — Il nous reste à dire encore un mot, avant de terminer cette matière, des publications, des actes respectueux, et du mariage contracté au mépris d'une opposition régulièrement faite. Nous pensons que les actes respectueux et les publications rentrent dans les formes

du mariage. On remarquera, en ce qui concerne les publications, qu'elles figurent dans le Code civil, sous le chapitre II, intitulé: *des formalités relatives à la célébration du mariage*. Mais ce sont des formes habilitantes, et dès lors non soumises à la maxime *locus regit actum*. Le Code civil exige l'observation de cette forme, même de la part des nationaux qui se marient en pays étranger suivant les formes de la loi locale. Son observation présente de l'importance pour les parents du fiancé ou de la fiancée restés probablement dans leur pays, afin de ne pas rendre leur droit d'opposition absolument illusoire. Aussi la Cour de Bruxelles a-t-elle décidé à bon droit, d'après nous, par arrêt du 11 juin 1885, dans l'affaire Schellenberger contre l'officier de l'état civil de Bruxelles, que ce n'est pas là une forme proprement dite. Elle considère les publications comme se rattachant au statut personnel, aux conditions de capacité des parties, et a décidé que les publications requises par l'art. 168 du Code civil ne doivent pas avoir lieu à l'étranger, si elles ne sont pas requises par la loi personnelle de l'étranger, en se fondant sur ce que le principe inscrit en l'art. 3 du Code civil rend applicables en Belgique les lois étrangères concernant la capacité des étrangers. Cette décision mérite d'être approuvée. Les publications constituent une forme habilitante, parce que leur accomplissement préalable est nécessaire pour que les parties soient aptes à contracter mariage, et cette aptitude doit être appréciée d'après leur loi nationale. La Cour de Bruxelles a, du reste, basé cette décision, qui satisfait au bon sens et à l'équité, sur l'explication qui a été donnée par Portalis de l'art. 170: « Nous ne refusons donc pas aux Français le droit de contracter mariage en pays étranger, ou de s'unir à une personne étrangère. La *forme du contrat* est réglée par la loi du lieu où il est passé. Mais tout ce qui touche à la substance même du contrat, aux qualités et aux conditions qui déterminent la capacité des contractants, continue à être réglé par la loi française. » Il ne considérerait donc pas les publications comme une forme proprement dite, puisqu'il exigeait l'observation de la loi personnelle.

Il faut, à notre avis, en dire autant des actes respectueux, ceux-ci figurant du reste dans le chap. I intitulé : *des qualités et conditions* requises pour pouvoir contracter mariage. L'acte respectueux est une forme, mais une forme habilitante. Pourra-t-on imposer cette forme aux étrangers appartenant à un pays où elle n'est point prescrite? Nous ne le pensons point. Elle touche essentiellement à la capacité des parties. C'est une restriction apportée par la loi à cette capacité. Elle ne fait point partie de l'acte de célébration; elle le précède. Il y a lieu d'en décider de même, quant à la question de savoir si les parties et l'officier de l'état civil sont tenus ou non de respecter une opposition à mariage. Le droit d'opposition limite, entrave temporairement la capacité des parties. Tout dépendra du statut personnel de la partie au mariage de laquelle il est fait opposition.

Si, d'après son statut personnel, elle est tenue de respecter les oppositions de certains parents, elle y sera tenue même dans notre pays. Sinon, non!

559. — En résulte-t-il que le mariage contracté au mépris de ces prescriptions sera nul? En ce qui concerne les mariages contractés par des étrangers en Belgique, tout dépendra de leur statut personnel. En ce qui concerne les mariages contractés par des Belges en pays étranger, la question doit être résolue uniquement suivant nos lois. Nous avons déjà dit plus haut que, sous le régime de la loi de 1882, on ne pouvait plus soutenir que ces mariages pussent être annulés pour défaut de publications. En ce qui concerne les actes respectueux, et le mariage contracté au mépris d'une opposition régulièrement formée, il faut en décider de même, bien que le contraire pût être soutenu sous le régime de l'art. 170. Cet article exigeait d'une manière générale que le Français n'eût point contrevenu aux dispositions du chap. I. La loi de 1882 exige seulement pour la validité du mariage que les Belges n'aient point contrevenu aux dispositions *prescrites sous peine de nullité du chap. I*. Or, tout le monde convient qu'il n'en est pas ainsi des dispositions relatives aux actes respectueux et au droit d'opposition.

§ III. — De l'incapacité résultant de l'existence d'un premier mariage.

560. — Dans les législations de tous les pays civilisés, la bigamie est considérée comme un crime ou un délit; elle est donc interdite par des lois qui constituent au plus haut chef des lois de police et de sûreté ⁽¹⁾. D'où il suit que personne ne pourrait se prévaloir de son statut personnel pour soutenir qu'il a le droit de contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Sur ce point il n'y a aucun doute. Ni en Angleterre, ni dans les Etats-Unis, ni dans aucun pays civilisé, un individu n'est admis à contracter mariage avant la dissolution du premier. Mais la difficulté naît, lorsqu'il s'agit de déterminer quand il existe véritablement un premier mariage s'opposant à une nouvelle union, et quand le premier mariage doit être considéré comme dissous. Il n'y a aucun auteur, à notre connaissance, qui ait examiné ces questions d'une manière quelque peu complète.

561. — Il est évident d'abord que si le premier mariage allégué par ou devant l'officier de l'état civil est inexistant, c'est le néant, et il n'existe aucun empêchement. S'il est simplement annulable, il doit être considéré comme existant, aussi longtemps que la nullité n'en a pas été régulièrement prononcée, et nous partageons parfaitement l'opinion de Laurent ⁽²⁾, d'après laquelle il forme obstacle à la célébration d'un nouveau mariage. Mais s'il a été passé outre à la célébration de cette nouvelle union, il n'en résulte pas que celle-ci doive être nécessairement annulée. L'art. 189 dispose que, si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce premier mariage doit être jugée préalablement. Il établit donc une véritable question préjudicielle,

(1) Dans tous les pays de civilisation chrétienne la bigamie est considérée comme un délit ou un crime. Le mariage est monogame. Mais il n'en faut pas conclure que les unions polygamiques contractées dans les pays où elles sont autorisées, entre personnes auxquelles elles ne sont pas interdites par leur loi nationale, n'auraient à nos yeux aucune existence, et que les enfants issus de ces unions seraient illégitimes.

(2) *Droit civil*, T. II, n° 362.

de la solution de laquelle dépendra la validation ou l'invalidation du second mariage. A notre avis, une telle disposition se rattache essentiellement à la procédure ; elle est du domaine de la *lex fori*. Nous ne pensons pas que nos tribunaux puissent se dispenser d'examiner cette question préjudicielle, alors même qu'il s'agirait de deux étrangers qui se seraient mariés en pays étranger, et seraient venus plus tard fixer leur domicile en Belgique.

Quant à la question de nullité du premier mariage, elle doit être appréciée, d'après nous, s'il s'agit d'une nullité de forme proprement dite, d'après la loi du lieu où le mariage a été célébré, sauf les exceptions admises pour les mariages diplomatiques et consulaires. S'il s'agit de la capacité des parties, elle sera en général appréciée d'après la loi qui régit leur statut personnel. Mais lorsqu'il s'agira d'une question de capacité qui touche à l'ordre public international, le juge se trouvera en présence de très sérieuses difficultés. Il devra sans doute considérer comme nul le mariage célébré, même entre étrangers, sur le territoire de la nation dont il relève, s'il a été contracté en violation des lois d'ordre public de cette nation. Et il nous paraît que, comme l'enseigne Laurent, il devra en agir de même lorsqu'il s'agira de mariages contractés, même en pays étranger, par un national ou une nationale, à plus forte raison par deux nationaux, contrairement aux lois d'ordre public nationales. Telle est la solution à laquelle conduisent les lois française et belge, et nous pensons qu'il en est de même d'après la plupart des législations. Le motif en est apparent : c'est que le lien de sujétion n'est point brisé par le déplacement, par l'établissement en pays étranger, et que les lois d'ordre public présentent un caractère impératif ou prohibitif. Mais, à part ces hypothèses assez simples, il peut s'en présenter d'autres bien plus délicates.

562. — Un mariage peut-il être tenu pour nul, lorsqu'il est contraire aux lois d'ordre public du pays où il est célébré, alors même qu'il ne serait pas contraire aux lois d'ordre public du pays où le procès s'engage ? Le

peut-il, même lorsqu'il s'agit de personnes relevant de ce dernier pays? Le peut-il lorsqu'il n'est pas contraire aux lois d'ordre public du lieu de la célébration, mais contraire aux lois d'ordre public du lieu où le procès s'engage, alors qu'il s'agit d'étrangers, sujets de la nation sur le territoire de laquelle ils se sont unis? Parcourons rapidement ces diverses hypothèses.

Lorsque le mariage est contraire aux lois d'ordre public absolu du pays où il est célébré, il semble qu'il puisse toujours être annulé, même en pays étranger, par exemple, lorsque sa validité est mise en question au point de vue de l'application de l'art. 189. Une exception ne nous paraît s'imposer qu'au cas où cette annulation se heurterait contre l'ordre public établi par la *lex fori*. Mais on ne peut pas dire que l'annulation d'un mariage se heurte contre des principes établis par la *lex fori*, lorsque la *lex fori* se borne à ne pas reconnaître telle ou telle cause d'annulation. La distinction est cependant des plus délicates, et nous pensons que dans beaucoup de cas les tribunaux de chaque pays habitués à considérer l'ordre public établi dans l'État dont ils relèvent comme un ordre public idéal, et à se montrer un peu intolérants pour les conceptions différentes admises en pays étranger, ne reconnaissent aucune autre cause d'annulation par des motifs d'ordre public, que celles établies par la *lex fori*.

En ce qui concerne les nationaux, il n'en est pas de même. Aux termes de la loi belge de 1882, comme d'après le Code civil, art. 170, le mariage conclu par un Belge en pays étranger est valable s'il a été contracté dans les formes locales, et pourvu que le Belge n'ait pas contrevenu aux dispositions du chap. I. Il en résulte que la capacité du Belge, en tant qu'elle pourrait dépendre soit de considérations d'ordre public national, comme l'âge et le consentement des parents, soit même de considérations d'ordre public absolu indépendantes de la nationalité, est régie uniquement par la loi belge. Mais peut-on admettre qu'il en soit de même de la capacité de l'étranger, dès qu'il se marie avec un Belge ou une Belge, fût-ce en pays

étranger? La généralité du texte de la loi de 1882, 5°, comme de l'art. 170 du Code civil, semblerait conduire à cette conclusion, qui serait absolument contraire aux principes généraux. Mais la 6° de cette loi limite singulièrement la portée du paragraphe précédent, en disposant que la capacité de la *femme étrangère* est régie par son statut personnel, d'où il faut conclure qu'il en est ainsi à fortiori de la capacité *du futur époux étranger*. En effet ce dernier point n'a jamais été sérieusement contesté en Europe, et si le législateur a cru devoir s'expliquer nettement quant à la femme, c'est parce que, d'après une théorie qui a trouvé beaucoup de faveur en Allemagne et qui a pour elle la haute autorité de Savigny, la capacité de la femme est régie par la loi du domicile matrimonial c'est-à-dire par celle du domicile du mari au moment du mariage. D'où il suit que, pour que le mariage soit valable en Belgique, il faut en outre que l'étranger ou l'étrangère en cas de mariage mixte, soit capable d'après son statut personnel propre.

563. — On ne pourra donc pas soutenir, dans notre pays, que le mariage conclu en pays étranger par un Belge, fût-ce avec une étrangère, est nul à raison d'une interdiction ou prohibition qui pèserait sur ce Belge aux termes de la *lex loci*, par exemple s'il était engagé dans les ordres, ou frappé de mort civile dans ce pays, ou époux simplement divorcé là où le divorce n'est pas admis. Ce n'est pas seulement parce que nos lois d'ordre public n'admettent point ces empêchements au mariage, c'est surtout en vertu du principe que son statut personnel est réglé par sa loi nationale. Mais, par contre, ce mariage pourra être annulé, par exemple si l'étranger ou l'étrangère avec lequel une personne de nationalité belge se serait unie n'était pas capable d'après son propre statut. La validité du mariage, comme celle de tout contrat, suppose nécessairement la capacité des deux parties. Si l'une d'elle n'est pas capable, et si, aux termes de sa loi nationale, cette incapacité est absolue et dirimante, le mariage est nul pour le tout.

En vain dirait-on, lorsque l'incapacité de l'étranger tient à une cause non reconnue comme telle dans l'état de nos mœurs, et de notre civilisation, qu'elle est en opposition avec notre droit public, avec notre ordre public. On conçoit bien l'extension de l'empire de nos lois d'ordre public à nos nationaux qui se trouvent en pays étranger, et cette extension n'a pas même toujours été admise. Mais ce qu'il est difficile d'admettre, c'est qu'on puisse l'invoquer pour considérer comme nuls ou comme valables des actes passés par un étranger en pays étranger, et qui seraient valides ou frappés de nullité par la loi du pays de la célébration, lorsque ce pays est en même temps le lieu d'origine de cet étranger. Nous n'avons en ce cas qu'à reconnaître et à appliquer les conséquences d'un état de choses très légalement établi en pays étranger, à la seule condition que ces conséquences, envisagées isolément de la valeur de l'acte dont elles jaillissent, ne blessent pas en elles-mêmes nos lois d'ordre public. C'est, comme nous l'avons dit plus haut, le système de de Bar, et ce système nous paraît parfaitement rationnel.

564. — Un prêtre belge se marie en Belgique, le mariage est parfaitement valable, tant au point de vue de la *lex loci*, qu'au point de vue de son statut personnel. A tort ou à raison, à tort suivant Laurent, on considère en France le mariage des prêtres comme nul sous le régime du concordat⁽¹⁾. Le mariage d'un prêtre belge en Belgique sera-t-il considéré comme nul en France? Il ne pourrait l'être, d'après nous. Et il en serait de même en Espagne, en Autriche où le mariage des prêtres est également considéré comme interdit. S'agit-il de savoir si le mariage d'un prêtre espagnol en Espagne pourrait être tenu pour nul même en Belgique, nous déciderons au contraire la question affirmativement. En décider autrement constituerait d'après nous, une usurpation sur le champ d'action légitime de la législation étrangère. Il s'agit d'un acte accompli par un étranger en pays étranger. A tous égards, nous paraît-il,

(1) Il n'en est plus ainsi d'après des arrêts récents.

cet acte échappe à notre contrôle. D'où suit, à notre avis, que si un prêtre espagnol, marié en Espagne, contractait un second mariage en Belgique, et si la légalité de son mariage antérieur était mise en question devant les tribunaux belges par application de l'art. 189 du Code civil, ceux-ci devraient incontestablement se prononcer pour sa nullité. Mais sa qualité de prêtre ferait-elle obstacle d'une manière absolue à ce qu'il se mariât en Belgique? Nous ne le croyons pas : car, dans notre pays, son statut personnel étranger ne saurait prévaloir contre les principes qui établissent la liberté de conscience, principes qui appartiennent essentiellement à l'ordre public⁽¹⁾. La distinction paraît au premier abord irrationnelle : elle s'explique cependant en y réfléchissant bien. Dans le dernier cas il s'agit de donner directement effet en Belgique à une prohibition que nos principes excluent ; dans le premier de constater un état personnel, l'état de célibat, qui existe d'après la loi étrangère, qui, en lui-même, n'est pas contraire à nos lois, qui n'a point été altéré dans le pays étranger par un acte que ses lois frappent de nullité, bien que cette nullité ait sa source dans des considérations que nos lois réprouvent. C'est seulement par une distinction de ce genre que peut se justifier l'opinion d'après laquelle un acte juridique accompli par un esclave, quand il se trouvait encore dans son pays (où il était en état d'esclavage), ne peut être jugé d'après le principe de la capacité complète⁽²⁾ qu'il aurait acquise plus tard. C'est par les mêmes considérations que l'on pourrait justifier l'opinion d'après laquelle, sous le régime de la loi abolitive du divorce, l'étranger qui avait légalement obtenu son divorce dans son pays d'origine pouvait se remarier en France, tandis qu'il n'a jamais été

(1) En ce sens : Laurent, T. IV, n° 222. La jurisprudence et la doctrine françaises sont contraires. Mais la question s'y pose d'une manière un peu différente (Concordat). Parmi les orateurs qui se sont prononcés en ce sens, dans le sein du Congrès national belge, on peut citer M. de Gerlache qui s'est exprimé en termes nets : « Il faut que la liberté soit égale pour tout le monde. La puissance civile peut marier qui bon lui semble, par exemple un homme lié par des vœux religieux, un prêtre, un capucin. Il y a plus, Messieurs, elle ne peut refuser de les marier. » L'orateur ne distinguait pas entre Belges et étrangers.

(2) Jettel. p. 26, *in fine*.

admis qu'il put faire prononcer son divorce en France. Et l'on pourrait aussi rattacher à cette distinction l'opinion peu contestable, d'après laquelle les enfants issus d'un mariage polygamique contracté entre musulmans en pays musulman, peuvent être admis à réclamer comme enfants légitimes, même dans notre pays, des biens dépendant de la succession de leurs parents (1).

565. — Laurent est d'avis qu'un mariage polygamique est inexistant et ne peut produire aucun effet, comme le dit énergiquement l'art. 1131 du Code Napoléon. C'est aller un peu loin, ce nous semble. Sans doute, l'art. 1131 du Code civil peut être considéré comme une loi d'ordre public. Sans doute, il est vrai de dire que la combinaison des art. 3 et 6 du Code civil doit faire considérer, sinon comme inexistantes, du moins comme annulables, toutes conventions contraires aux lois d'ordre public et aux bonnes mœurs nationales, faites *même par des étrangers* EN BELGIQUE. Mais nous avons essayé de démontrer plus haut, en traitant de l'ordre public, qu'il n'en était pas de même des conventions faites en pays étranger entre étrangers, que les tribunaux ne pouvaient pas refuser de les reconnaître comme un fait, et comme un fait dont ils ne peuvent critiquer la légalité, tout en n'étant pas tenus de prêter leur autorité à la consécration des conséquences de ces conventions, en tant que ces conséquences seraient en elles-mêmes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cela étant, l'individu étranger, qui a contracté, en pays étranger, un mariage polygamique valable d'après les lois nationales des époux et d'après la loi du lieu de la célébration, pourra-t-il contracter un nouveau mariage dans un pays où l'on ne reconnaît que la monogamie? Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Laurent cite, il est vrai, en sens contraire, un arrêt anglais qui a déclaré inexistant un mariage contracté suivant le rite mormon à Utah (2). Mais il importe de remarquer que le mariage mormon n'est pas reconnu comme légal dans les

(1) Laurent. T. IV, n° 293.

(2) Laurent. T. IV, n° 292.

Etats-Unis, où le dit mariage avait été célébré. Il s'agissait donc d'une espèce différente. Nous doutons fort que la décision eût été la même s'il avait été question d'un mariage polygamique valable à la fois d'après la loi nationale des parties et d'après la loi du lieu de la célébration. Est-ce que, dans le grand empire des Indes, les Anglais ne reconnaissent pas la validité des mariages polygamiques contractés entre Hindous? N'en est-il pas de même des mariages polygamiques contractés entre Arabes en Algérie? En fait, le souci des bonnes mœurs conduirait ici les législateurs des pays monogames à une singulière contradiction. Sous prétexte qu'il est contraire aux bonnes mœurs, à notre ordre public qu'un individu puisse avoir deux épouses, ils autoriseraient l'étranger musulman, bien et dûment marié en vertu de sa loi nationale avec deux femmes, à en prendre une troisième dans leur pays. Etrange aberration!

Résumons donc! Un étranger bien et dûment marié, d'après la loi de son pays et d'après les lois d'ordre public du lieu de la célébration, ne pourra être admis à contracter un second mariage dans notre pays. Quelque irrégulière, quelque illicite que sa première union eût pu être, si elle avait été contractée sur notre sol, nos tribunaux ne peuvent pas s'empêcher de la reconnaître comme un fait, qui, considéré en lui-même, est placé en dehors de leurs atteintes. Tout ce qu'ils peuvent faire, c'est de refuser l'appui de la puissance dont ils disposent au maintien forcé sur notre territoire de relations que nos lois considéreraient comme criminelles ou illicites. A cet égard, la décision des autorités administratives italiennes dans l'affaire de l'Egyptienne qui s'était évadée du harem d'Ismaël pacha, ex-khédive d'Egypte, laquelle a été admise par l'officier de l'état civil italien, sur les instructions du ministre, à contracter un second mariage avec un Napolitain dans la province de Naples, n'est pas irréprochable. Si tant est que cette Egyptienne eût le rang d'épouse d'après les lois égyptiennes, si elle n'était pas une simple concubine, les autorités italiennes pouvaient bien refuser

l'appui de la force publique à sa réintégration dans le harem, mais il nous paraît difficilement admissible qu'elles pussent autoriser un second mariage.

La distinction entre les nationaux et les étrangers, quand il s'agit de mariages en pays étrangers, réprouvés par nos lois d'ordre public, et autorisés par les lois d'ordre public du lieu de la célébration, prête à quelques difficultés quand il s'agit de mariage entre un Belge et une étrangère, ou vice-versa, et d'empêchements naissant d'un rapport de parenté, et existant par conséquent des deux côtés. Si les deux époux sont Belges la solution est simple. Le mariage sera considéré comme nul dans notre pays. Il en a été décidé ainsi à plusieurs reprises en Angleterre, et les décisions rapportées dans l'ouvrage de Dicey en font foi⁽¹⁾. Mais il en est de même, à notre avis, si l'empêchement ou l'incapacité n'existe que d'après la loi nationale de l'une des parties. Dicey rapporte le cas suivant : « Le mariage entre un veuf domicilié en Angleterre et la sœur de sa femme défunte est nul, d'après ce principe, en quelque lieu qu'il soit célébré. Ainsi D..., un Allemand naturalisé en Angleterre *et domicilié* dans ce pays, avait épousé à Francfort, *où elle était domiciliée*, M..., d'origine allemande également, sœur de la défunte femme de D..., mais née d'un autre lit : ce mariage était légal. D... revint alors en Angleterre et y résida jusqu'à sa mort. Il y fut jugé que D... n'avait pas la capacité d'épouser M..., et que l'incapacité de l'un des époux annulait le mariage. Ainsi encore D..., veuf, et M..., sœur de sa défunte femme, tous deux domiciliés en Angleterre, étant allés se fixer pendant quelque temps en Danemark afin de s'y marier, nos tribunaux déclarèrent que ce mariage, quoique conforme aux lois du Danemark, n'était point valable; et toutes les tentatives pour éluder la loi anglaise, en épousant la sœur de sa défunte femme dans un pays où ces mariages sont légaux, ont jusqu'ici complètement échoué devant nos tribunaux. » Il est à

(1) Dicey et Stocquart. T. 2, n° 179.

noter que les considérants sur lesquels se fondent ces décisions ne visent que l'application nécessaire de la loi personnelle (la loi du domicile, d'après la jurisprudence anglaise), à tout ce qui concerne la capacité des parties, et non l'intention de faire fraude à cette loi.

Cela nous paraît conforme aux principes, et il faut en conclure, à notre avis, que le mariage sera également considéré comme nul dans notre pays, si l'étrangère avec laquelle le Belge s'est uni en pays étranger était incapable d'après sa loi nationale. La validité du mariage implique la capacité des deux parties. La Cour de Bruxelles a bien déclaré valable un mariage contracté par un Belge avec sa nièce par alliance en Angleterre, bien que les mariages entre oncle et nièce, même par alliance, soient prohibés par la loi anglaise. Mais cette dernière était Belge⁽¹⁾. Les mêmes principes eussent dû faire considérer le mariage comme nul, si l'une des deux parties seulement eût été Anglaise. C'est dans l'espèce le statut personnel qui a été invoqué, beaucoup plus que des considérations d'ordre public.

§ IV. — Des empêchements naissant de la parenté et de l'alliance.

566. — Dans tous les pays civilisés le mariage est prohibé entre parents ou alliés en ligne directe, et entre frère et sœur légitimes ou naturels. C'est, pour ainsi dire, une règle de morale universelle, dont il n'est pas besoin de rechercher la justification. En Belgique le mariage est également prohibé entre les alliés en ligne collatérale au 2^e degré, entre oncle et nièce, tante et neveu (art. 162 et 163, C. civ.), et même entre grand-oncle et petite-nièce aux termes d'une décision impériale du 7 mai 1808. Mais toutes ces dernières prohibitions peuvent être levées par des dispenses royales pour des causes graves (art. 164, C. civ. et loi du 28 févr. 1831). Il est seulement à remarquer que, lorsqu'il s'agit de mariage entre beau-frère et belle-sœur, la dispense ne peut être accordée que lorsque

(1) Arrêt du 2 juin 1862. *B. j.*, 1862, p. 833.

le mariage est dissous par la mort naturelle de l'un des deux époux, et ne peut l'être en conséquence quand il est dissous par le divorce. Un arrêté royal du 5 janvier 1864 règle le mode de délivrance des dispenses.

Un coup d'œil jeté sur quelques législations étrangères suffit pour s'assurer de leur diversité. En Angleterre, l'alliance et la parenté en ligne collatérale interdisent le mariage jusqu'au 3^e degré inclusivement. En Allemagne, la parenté collatérale n'empêche le mariage que jusqu'au 2^e degré inclusivement, l'alliance à ce degré n'y fait point obstacle. En Autriche, l'alliance et la parenté empêchent le mariage jusqu'au 4^e degré inclusivement. Il en est de même en Espagne ainsi qu'en Russie, et, dans ce dernier pays, le mariage est même interdit entre parrain et filleule, marraine et filleul, à raison de la parenté spirituelle. En Italie et dans les Pays-Bas, la législation est conforme à cet égard à la loi belge. En Suède, il existe empêchement légal au mariage entre parents et alliés en ligne collatérale jusqu'au 3^e degré inclusivement, et, en outre, entre le fils et la mère de la femme de son père, pendant la vie de ce dernier. Nous avons extrait ces renseignements du traité de M. Weiss, pp. 439 et ss., auquel nous renvoyons le lecteur pour l'indication des sources. La législation péruvienne n'exclut le mariage en ligne collatérale qu'entre frère et sœur, d'après M. Stocquart (1). Mais les renseignements qu'il fournit à cet égard sont, nous semble-t-il, un peu incertains, en présence de la règle d'après laquelle le mariage ne peut être célébré dans ce pays qu'avec les formes établies par le concile de Trente. N'en est-il pas de même des conditions intrinsèques du mariage? Peut-être l'observation ci-dessus ne vise-t-elle que les mariages célébrés en pays étranger.

567. — Il s'agit ici encore d'une incapacité, qui peut tenir à la fois à la personne et à l'ordre public absolu, et qui, par conséquent, tout en se rattachant à la personne et en la suivant partout, en frappant de stérilité les actes

(1) Dicey et Stocquart. T. II, p. 51.

qu'elle accomplit en violation de son statut personnel partout où elle se trouve, sauf là où son incapacité même serait repoussée par des motifs d'ordre public, s'applique en même temps dans le pays où elle est établie à toutes les personnes qui y résident, même momentanément. En principe, cela n'est pas douteux. Et la règle nous paraît devoir être appliquée sans exception dans l'état actuel du droit international, chaque fois qu'il s'agit d'empêchements qui s'opposent au mariage d'une manière absolue. Le mariage sera donc nul, s'il est contracté entre parents ou alliés au degré prohibé d'une manière absolue, soit par la loi personnelle de l'une des parties, soit par la loi du lieu de la célébration. Mais, à notre avis du moins, cette dernière nullité n'aura point d'effet, dans le pays d'origine des parties contractantes, si le mariage était licite d'après leur loi personnelle, lors même qu'il s'agirait d'un empêchement absolu d'après la loi du lieu de la célébration.

Quand des relations de parenté ou d'alliance forment-elles un empêchement absolu au mariage? Dans l'état actuel du droit international, en l'absence de conventions ou traités réglant cette question, elle ne peut être résolue que d'après les dispositions mêmes de la loi consacrant l'incapacité. S'il s'agit d'un empêchement qui forme un obstacle inévitable au mariage, qui ne peut être levé par aucun moyen, l'empêchement sera absolu; s'il peut être levé par une dispense du chef de l'Etat ou du pouvoir exécutif, il n'est que relatif, et la distinction est importante dans le cas suivant.

Un Allemand et une Allemande, oncle et nièce, parents au 3^e degré en ligne collatérale, capables de se marier d'après leur loi personnelle, contractent mariage en Belgique. D'après la loi belge, le mariage n'est permis entre oncle et nièce que moyennant dispense royale. A notre avis, il s'agit ici d'une incapacité purement relative. Peut-on considérer comme contraire à notre ordre public, aux bonnes mœurs belges, une loi étrangère qui autorise ses ressortissants à se marier sans dispense? Cela nous paraît inadmissible. Ce que le pouvoir exécutif peut faire en

Belgique, en vertu d'une délégation du législateur, sans froisser nos bonnes mœurs, sans heurter notre ordre public, pour relever des Belges de leur incapacité, pourquoi la loi personnelle d'un étranger ne pourrait-elle pas le faire, en ce qui concerne cet étranger, sans heurter davantage notre ordre public? Et d'autre part, n'est-ce pas de sa loi personnelle que l'étranger relève quant à sa capacité? La conclusion en est que ce mariage sera valable même sans dispense. Nous avons déjà dit, au surplus, que si la dispense était prescrite dans les deux pays, pays de célébration et pays d'origine des époux, les étrangers ne pourraient évidemment se marier sans cette condition dans notre pays, mais que la mission de leur accorder dispense incomberait nécessairement au souverain de l'Etat dont ils relèvent. Enfin, si les étrangers appartenaient à des nations différentes, et si l'une et l'autre des lois nationales exigeaient la dispense, chacun des époux ne pourrait, à notre avis, être dispensé que par l'Etat dont il relève. Lui seul nous semble appelé à compléter sa capacité.

568. — Il nous paraît fort douteux que la distinction entre les empêchements absolus et les empêchements relatifs, en tant qu'ils résultent de la parenté, présente quelque utilité, lorsqu'il s'agit d'examiner si l'acte est valable *d'après la loi personnelle* des parties ou de l'une d'elles, et, selon nous, la question doit être résolue négativement. Un Belge, incapable d'après la loi belge d'épouser sa belle-sœur sans autorisation ou dispense royale, restera tel en pays étranger. Ce qui n'est d'ordre public que dans une mesure limitée, et ne peut obliger tous ceux qui se trouvent sur le territoire, est pour lui statut personnel et limite sa capacité en tous lieux. Telle nous paraît être la conséquence de l'art. 3 du Code civil. Peut-être ne devrait-il pas en être ainsi, au point de vue purement théorique, et devrait-on maintenir, même dans le pays d'origine du Belge, la validité du mariage légitimement célébré d'après la loi étrangère en pays étranger, surtout lorsqu'il s'agit d'un Belge qui y est domicilié, si ce mariage

n'est contraire qu'à des prohibitions relatives établies par sa loi nationale. Car ces prohibitions ont leur source non pas dans des considérations morales absolues, mais dans des considérations morales relatives essentiellement variables, suivant le milieu dans lequel le mariage est contracté et doit vraisemblablement produire ses effets.

Lorsque la question de savoir quelle est la validité d'un mariage de ce genre surgit devant les tribunaux d'un pays tiers, elle sera résolue diversement, suivant que dans ce pays tiers, l'on admet la nationalité, ou le domicile, ou le lieu du contrat comme prépondérant. En théorie, c'est, d'après nous, la loi de la nationalité qui devrait l'emporter. Ajoutons cependant que, si le mariage était contracté en violation des lois d'ordre public absolu réglant, dans ce pays tiers, la capacité de contracter mariage, les tribunaux de ce pays ne sauraient être obligés de prêter leur autorité à l'accomplissement forcé des obligations qui en dérivent, au maintien des rapports qui en résultent, si ces obligations et ces rapports considérés en eux-mêmes, abstraction faite de leur source, étaient considérés comme illicites d'après la *lex fori*.

§ V. — De quelques autres prohibitions de mariage établies par des considérations morales, ou par des motifs d'utilité publique.

569. — Parmi les prohibitions de mariage dictées par des motifs d'ordre moral ou religieux, on peut citer en Belgique celles qui résultent des art. 228, 295, 297 et 298 du Code civil. La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (art. 228). Les époux divorcés ne peuvent plus se réunir (art. 295). Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce (art. 297). Dans le cas de divorce pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice (art. 298). Au reste, on est à peu près unanime pour reconnaître que ces empêchements sont simplement prohibitifs. Mais la ques-

tion de savoir quel est leur effet en droit international privé, n'est pas pour cela dénuée de tout intérêt, puisqu'il s'agit de savoir si, en fait, on devrait les admettre à se marier en pays étranger où de semblables prohibitions n'existeraient pas. En principe, il faudrait, d'après nous, décider la négative, au moins quand il s'agit d'un mariage entre deux Belges, parce que de semblables prohibitions, bien que non édictées par la loi étrangère, n'ont rien qui puisse froisser l'ordre public ou la morale. La question serait plus délicate, s'il s'agissait d'un mariage entre un Belge ou une étrangère appartenant à ce pays, parce qu'il semble difficile d'admettre qu'une loi belge puisse avoir pour effet de restreindre la capacité de l'étrangère ou de l'étranger. Elle devrait cependant être décidée de la même manière en règle, la capacité devant exister dans le chef des deux parties. Mais un étranger ou une étrangère devrait-il être admis à se marier dans ces conditions en Belgique? M. Weiss pense que les dispositions dont il s'agit sont commandées par des motifs de décence, de moralité publique, ou d'intérêt public, et qu'il faut dès lors répondre négativement à la question ci-dessus (1). Il n'en est pas ainsi en tout cas quant à la disposition de l'art. 228, laquelle ne nous paraît pas avoir sa source dans un motif de décence ni de morale, mais plutôt dans le désir de maintenir l'ordre des familles, en prévenant des causes d'incertitude sur la filiation. Mais, bien que l'organisation de la famille belge intéresse seule au premier chef le législateur belge, il n'est pas exact qu'il puisse être absolument indifférent aux mesures qui sont propres à garantir la certitude de la filiation de tout enfant qui pourrait naître sur le sol belge. Quant aux autres prohibitions dont il s'agit ici, nous y reviendrons en parlant du divorce.

570. — Nous avons déjà parlé des motifs d'ordre purement religieux qui, dans certains pays, s'opposent au mariage. En Autriche, un chrétien ne peut épouser une

(1) Weiss. p. 451 et l'arrêt de la Cour de Paris du 13 février 1872. *D. P.* 1872, II, 160.

non-chrétienne ; les ecclésiastiques ayant reçu les ordres supérieurs et les religieux des deux sexes ayant fait vœu de célibat sont incapables de se marier. Il en est à peu près de même en Espagne, pour ce qui concerne le mariage des prêtres. En Russie le mariage est interdit aux membres du clergé régulier ou noir, mais non aux membres du clergé séculier. Il est interdit également aux personnes qui ont déjà été mariées. L'effet de mariages contractés au mépris de ces prohibitions, au point de vue de la nation qui les a édictées et au point de vue des nations qui les reconnaissent, dépend naturellement de leur législation, bien qu'il soit peu admissible qu'elles ne reconnaissent pas tout au moins la validité des unions de ce genre contractées dans des pays de liberté religieuse complète, entre ressortissants de ces Etats ou d'Etats dont les institutions sont semblables. C'est cependant le contraire qui est parfois vrai, par exemple en Autriche ⁽¹⁾ où l'on admet l'autorité universelle des empêchements de mariage établis par le droit autrichien, pour autant qu'il s'agit de ceux qui sont fondés sur le catholicisme. Dans les pays où ces prohibitions ne sont pas admises, comme en Belgique ou en France, des religieux appartenant à la religion catholique devraient être admis à se marier, lors même qu'ils ressortiraient, au point de vue du domicile ou de la nationalité, d'un Etat qui les admet. Nous partageons pleinement à cet égard l'opinion de Laurent. Mais nous n'oserions aller jusqu'à dire, que l'on devrait tenir pour valables, dans notre pays, les mariages qu'ils auraient contractés dans leur pays où existent ces lois prohibitives, alors qu'ils y étaient soumis à la fois à raison de leur nationalité et de considérations locales d'ordre public. Par contre, leurs principes de ces Etats ne leur permettraient certes pas de considérer comme nuls les mariages conclus par leurs nationaux même dans les pays où l'Etat croit devoir sanctionner des prohibitions d'ordre purement religieux. Nous pensons donc qu'un mariage contracté par un moine belge

(1) Jettel. Op. cit., p. 35.

en Espagne, ne serait pas plus nul aux yeux de la loi belge qu'un mariage contracté par un moine Espagnol en Belgique. Les principes de notre ordre public condamnent formellement ces limitations de la liberté humaine, et ils doivent prévaloir contre l'ordre public étranger, dès qu'ils ont titre à élever la voix, soit à raison de la nationalité des parties, soit à raison du lieu de la célébration du mariage.

571. — Il y a enfin des prohibitions uniquement fondées sur des considérations économiques ou politiques : ce sont celles qui concernent les mariages des miliciens, des remplaçants et des officiers en Belgique, comme dans quelques autres pays. Dans le Tirol et dans le Vorarlberg le mariage n'est permis qu'à ceux qui possèdent des ressources suffisantes. L'autorisation nécessaire aux militaires, dans beaucoup de pays, pour pouvoir contracter mariage, y est nécessaire également à beaucoup d'agents de l'ordre administratif. Ces empêchements, simplement prohibitifs dans le pays où ils sont édictés, ne pourraient s'opposer, d'après nous, au mariage des nationaux en pays étranger qu'en vertu de traités. Cela est incontestable surtout, lorsqu'il s'agit pour un national de contracter avec un étranger en pays étranger, la capacité de ce dernier ne pouvant être limitée par l'application extraterritoriale d'une loi de pur intérêt local à celui avec qui il contracte. Il en est de même, nous paraît-il, des dispositions en vertu desquelles certains princes ne peuvent se marier qu'avec l'autorisation d'un souverain, dont ils sont parents. Et bien que des empêchements de ce genre soient parfois dirimants dans le pays où ils sont établis ⁽¹⁾, nous croyons même que la question est moins douteuse encore, parce que cette incapacité a, plus encore que les autres, sa source dans des considérations politiques purement locales. Toutefois la question est assez discutable, et, s'agissant surtout d'empêchements dirimants, il serait utile qu'elle fût résolue par des traités.

(1) Dicey, p. 71, rapporte que le *Royal Marriage act* établit en substance : que, sauf certaines exceptions et restrictions, aucun descendant de Georges II ne pourra contracter mariage sans le consentement préalable du souverain, et les tribunaux considèrent pareil mariage comme absolument nul.

572. — L'avant-projet de Code civil belge, rédigé par la commission traite en son art. 38 des conditions de validité substantielle des mariages contractés par des étrangers en Belgique. Il déclare applicables à ces mariages les art. 13 à 19 et 21 du projet, c'est-à-dire tous les empêchements qui naissent de la parenté légitime, naturelle ou adoptive (art. 13 à 18), de l'existence d'un premier mariage (art. 19), et de la complicité, en cas de divorce prononcé pour cause d'adultère (art 21).

En ce qui concerne les empêchements de parenté non absolus, ceux qui peuvent être levés par une dispense royale, il nous paraît fort rigoureux d'établir que, s'agissant d'étrangers, ils ne pourront être levés également par *leur loi nationale*, qui en principe est souveraine quant à leur capacité. Il nous paraît peu logique d'exiger l'autorisation du roi des Belges, et nous avons vu que, d'après Laurent, cela est contraire à la saine raison. La capacité incomplète de l'étranger doit être complétée par son souverain, lequel sera du reste en général le meilleur juge des circonstances spéciales qui doivent faire autoriser de pareilles unions. Mais comme il s'agit d'incapacités nécessairement communes aux deux parties, il faudra, si elles sont de nationalité différente, que chacune soit autorisée, soit par son souverain, soit par sa loi nationale⁽¹⁾.

L'art. 38 nous paraît prêter à la critique également, en ce qui concerne la parenté adoptive. On peut bien alléguer que le motif de la prohibition est d'ordre public, la crainte de favoriser des relations illicites en laissant ouverte la perspective de pouvoir les régulariser plus tard par le mariage. Mais il n'en est pas moins vrai que la parenté résultant de l'adoption est purement factice; c'est une création du législateur. Elle est en outre moins

(1) Weiss, op. cit., 2^e édit., p. 453, est cependant d'avis que l'autorisation devra émaner du gouvernement français, s'agissant du mariage d'un étranger en France, et non de celui de l'Etat dont les futurs époux relèvent, et il ne croit pas même nécessaire de motiver son opinion. Cela va sans dire, d'après lui. Mais, dans la note 1 de la page 447, il approuve des décisions suivant lesquelles le mariage d'un Français en pays étranger est également soumis, dans ce cas, à l'autorisation du gouvernement français. Cela ne nous paraît pas très logique.

étroite que celle qui résulte des liens du sang. Aussi la plupart des auteurs sont-ils d'avis que les empêchements de mariage, résultant de l'adoption, ne sont nullement dirimants, mais simplement prohibitifs⁽¹⁾. Il est à remarquer de plus, que la question de savoir si l'adoption engendre des prohibitions de mariage, semble devoir être régie par la loi qui règle les effets de l'adoption en général. Aussi le Code civil ne s'occupait-il pas de cette question sous le titre du mariage. Il n'en traitait qu'à propos de l'adoption, et ce système est peut-être préférable. L'adoption est une institution de pur droit civil, dont la nature et les effets sont extrêmement variables d'après les diverses législations, et il nous paraît excessif de déclarer que les prohibitions de mariage qui en résultent s'appliqueront aux étrangers. Si, d'après leur statut personnel, ces étrangers peuvent se marier, le but de moralité publique que la loi poursuit en interdisant le mariage ne sera même en aucune façon atteint. Car, en vertu de leur statut personnel, ils n'en auront pas moins pu concevoir l'espérance légitime de couvrir un jour leur faute par le mariage. Ils auront toujours le droit de se marier dans leur pays. Et le seul effet de la loi belge, qui leur déclarerait applicables les prohibitions dont il s'agit, serait d'éloigner peut-être l'heure de la réparation, et de maintenir provisoirement entre ces étrangers des relations illicites et coupables.

573. — L'art. 38 du projet déclare applicables, à bon droit, aux étrangers qui se marient en Belgique la disposition qui défend à l'épouse coupable, dans le cas de divorce prononcé pour cause d'adultère, d'épouser son complice.

Il s'agit d'une règle de décence et de moralité publiques. Mais nous sommes fort tenté de préconiser également l'extension aux étrangers de la prohibition de l'art. 20 : - La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution

(1) Laurent. *Droit civil*, T. 2, n° 484.

ou l'annulation du mariage précédent. » On peut bien objecter que l'idée inspiratrice de cette disposition est de prévenir la *turbatio sanguinis*, ou plutôt de garantir la certitude de la filiation, en empêchant les confusions de part et d'assurer par cela même les bonnes relations familiales, la bonne organisation de la famille; que la bonne organisation de la famille étrangère intéresse la législation nationale des étrangers et non le législateur belge. Mais M. de Bar fait observer que nos fonctionnaires ne peuvent cependant être tenus de prêter leur assistance à l'accomplissement d'un acte qui constitue, d'après nous, une immoralité. Cette opinion qui est celle de Weiss, Demolombe, Aubry et Rau, Brocher et Chrétien (1), a été consacrée dans un arrêt de la Cour de Paris en date du 13 fév. 1872 (2). Laurent, Bressolles et Fiore sont cependant d'un avis contraire (3).

574. — La Conférence de La Haye s'est bornée à proposer en 1893 quelques dispositions très générales sur le mariage. Les art. 1 à 3 de ces dispositions concernent seules les conditions requises pour la validité du mariage au fond. Nous croyons devoir les reproduire.

« ART. 1.—Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, sauf à tenir compte soit de la loi du domicile, soit de la loi du lieu de la célébration, si la loi nationale le permet. En conséquence, et sauf cette réserve, pour que le mariage puisse être célébré dans le pays autre que celui des époux ou de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective.

» ART. 2.—La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant :

» 1° La nécessité de la dissolution d'un mariage anté-

(1) Weiss. Op. cit., p. 451. — Demolombe. T. I, p. 114. — Aubry et Rau. T. I, p. 96. — Brocher. Op. cit., T. I, p. 277. — Chrétien sous Fiore. *J. de dr. int. pr.*, 1886, p. 169, note 1.

(2) *D. P.* 1872, II, 160.

(3) Laurent. Op. cit., T. IV, p. 589. — Bressolles. p. 21. — Fiore, dans le *Journal de dr. int. pr.*, 1886, p. 168.

rieur; — 2° les degrés de parenté ou d'alliance *pour lesquels il y a une prohibition absolue*; — 3° 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.

» ART. 3. — Les étrangers doivent, pour pouvoir se marier, établir que les conditions nécessaires d'après leurs lois nationales pour contracter mariage sont remplies.

» Ils pourront faire cette preuve, soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires ou bien des autorités compétentes de leur pays, soit par tout autre mode jugé suffisant par l'autorité locale, qui aura, sauf convention internationale contraire, toute liberté d'application dans les deux cas (1). »

L'art. 3 est relatif aux preuves à fournir. Les deux premiers articles concernent seuls la détermination des conditions de validité substantielle du mariage. Le principe de l'application de la loi nationale est conforme aux tendances de la science et des législations les plus récentes. L'application subsidiaire de la loi du domicile, et même de la loi du lieu de la célébration, lorsqu'elle est autorisée par la loi nationale, a pour but de résoudre les difficultés qui peuvent s'élever au sujet des mariages contractés dans notre pays par des Anglais, par des Américains des Etats-Unis, etc... Ces dispositions nous paraissent mériter approbation (2). Nous critiquerons seulement la proposition de l'alinéa 2: « pour que le mariage puisse être célébré dans le pays autre que celui des époux ou de l'un d'eux ». Ce membre de phrase est inutile et même défectueux, car il faut toujours en règle que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale, même s'ils se marient dans leur propre pays, et à fortiori. L'art. 2, 2°, en établissant que la loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant les degrés de parenté ou d'alliance, *pour lesquels il y a une prohibi-*

(1) *Revue de dr. intern.*, T. XXVI, p. 367.

(2) Rappelons toutefois que la question est fort controversée.

tion absolue, exclut par le fait cette interdiction lorsqu'il ne s'agit que d'empêchements qui peuvent être levés par des dispenses. Il repousse ainsi le système du législateur belge que nous avons combattu plus haut. Nous ne pensons pas du reste qu'il soit entré dans les idées de la conférence d'admettre également l'application de la loi du lieu de la célébration aux étrangers, en ce qui concerne la parenté adoptive. Mais nous croyons qu'il eût été peut-être sage de l'admettre en ce qui concerne la prohibition de se marier fondée sur la nécessité d'éviter les confusions de part (art. 228, C. civ.). C'est en somme l'opinion la plus généralement admise. Ces propositions ou résolutions se rapprochent beaucoup de celles de l'Institut de droit international à Lausanne, reproduites ci-dessus. Ces dernières sont cependant plus précises, et par cela même laissent peut-être plus de prise à la critique. Elles indiquent les conditions auxquelles les futurs époux doivent satisfaire, tant au point de vue de la *lex loci actus* que de leur loi nationale, et cette indication n'est pas complète. Il n'est point parlé de la cause d'empêchement naissant de l'existence d'un premier mariage non dissous. Et il nous semble excessif d'exiger qu'ils satisfassent à la fois à la loi locale et à leur loi d'origine, quant aux publications.

Section II. — Des formes du mariage.

575. — Nous avons déjà parlé des formes du mariage, en étudiant la portée générale de la maxime *locus regit actum*. Mais à raison de la diversité extrême des législations, en ce qui concerne les formes de cet acte important, nous serons obligé d'y revenir et de préciser davantage. Dans son excellent livre sur l'autorité des lois étrangères relativement aux formes des actes civils, M. Buzzati divise toutes les législations en deux grandes catégories : La première comprend celles qui ne reconnaissent qu'une seule forme de célébration du mariage obligatoire pour tous, sans distinction de religion ; la seconde, les États

qui admettent deux ou plusieurs formes de célébration⁽¹⁾. La première catégorie se subdivise. Il y a tout d'abord des Etats qui n'admettent que le mariage civil, notamment la France, la Belgique, la Hollande, le grand duché de Luxembourg, l'Italie, la Suisse, l'Allemagne, la Roumanie, la principauté de Monaco, et, en vertu d'une loi récente, la Hongrie. Il faut y ajouter certains pays extra-européens, notamment l'île Maurice, le Congo, la Mexique, la République de San Salvador, l'Uruguay, la République Argentine, le Brésil et le Japon. D'autres Etats de la même catégorie n'admettent que la forme religieuse, et une forme religieuse unique. Ce sont le Pérou, la Grèce, et probablement aussi, d'après M. Buzzati, la Bolivie, l'Equateur, le Nicaragua et La Plata. Ces derniers sont en petit nombre, par conséquent. En Chine, on ne reconnaît également qu'une seule forme de célébration du mariage. Elle implique certaines cérémonies accomplies par les familles des époux sans la participation d'aucun ministre civil ou religieux, et l'échange de certains documents. Quant aux Etats de la seconde catégorie, ils se subdivisent également en Etats qui, tout en reconnaissant différentes formes de célébration suivant le culte des époux, exigent toujours une forme religieuse, notamment la Serbie, le Chili, la Turquie, le Canada, et jusqu'à une époque très récente la Hongrie; en Etats qui admettent en même temps la forme civile pour certaines classes de personnes, comme le Portugal, l'Espagne, l'Autriche, la Norwège, la Suède, la Russie et la Finlande; en Etats qui admettent plusieurs formes de célébration au choix des parties, notamment le Danemark, l'Angleterre, l'Empire Indien et l'Australie, la Colombie et l'Etat de Costa-Rica; enfin, en Etats qui n'exigent aucune forme spéciale et se contentent du simple consentement exprimé d'une manière quelconque, spécialement l'Ecosse, les Etats-Unis de l'Amérique du Nord et quelques colonies anglaises, entre autres l'île de Ceylan. Il faut y ajouter le

(1) *L'autorità delle leggi straniere* etc., pp. 187 et ss.

Paraguay, où existe à la fois le mariage civil, le mariage catholique pour les catholiques, et, dans tous les cas, le mariage *solo consensu* (1).

576. — L'importance extrême du mariage, et la diversité de ses formes dans les différents Etats, ne rendent que plus pressante la nécessité de l'adoption de règles identiques sur la question de savoir quelle est la loi qui régit le mariage quant à la forme. Aussi certaines législations prescrivent-elles en termes exprès l'application de l'ancienne maxime *locus regit actum*, alors même qu'elles se sont abstenues de proclamer cette maxime en termes généraux comme s'appliquant aux formes de tous les actes juridiques(2). Il y a de plus quelques législations, comme celles du Chili, de la Californie, et du Kentucky, qui appliquent la loi du lieu de la célébration, même quant aux conditions de validité du mariage en la substance, à plus forte raison quant à la forme; et l'on sait que tel est le droit en vigueur dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, tandis qu'en Angleterre on n'applique la maxime *locus regit actum* qu'en ce qui concerne les formes du mariage, mais en y comprenant les consentements des ascendants. En somme, l'on peut considérer comme véritablement entrée dans le domaine du droit

(1) Comme le présent ouvrage n'est point une étude de législation comparée, nous nous bornons à ces indications sommaires. On peut consulter, pour les détails, l'excellent ouvrage de M. Buzzati. Nous remarquerons seulement que, si, d'après le droit écossais, on reconnaît la validité des mariages *per verba de presenti*, et *per verba de futuro copula subsequente*, si le mariage peut même s'établir ou du moins être prouvé *by habite and repute*, ces mariages n'en sont pas moins qualifiés d'irréguliers et tendent à tomber plus ou moins en désuétude. Mais ils sont valables et produisent des effets légaux.

(2) Code civil, art. 170; loi belge du 20 mai 1882, art. 1, n° 1; loi congolaise du 20 février 1891, art. 6; loi argentine de 1888, art. 2; Code civil italien, art. 100; loi hongroise du 18 décembre 1894; Code civil des Pays-Bas, art. 138; Code roumain, art. 152; Code du Mexique, art. 183; Code du Japon, art. 50; loi fédérale Suisse de 1874, art. 25 et Constitution fédérale, art. 25; loi brésilienne de 1890; Code civil de l'Uruguay, art. 101; le Code Portugais, art. 1065; le droit suédois (V. décret du 20 novembre 1874 et d'Olivecrona, *J. d. i. p.*, 1883, pp. 351 et ss.); et probablement aussi le droit norvégien; le Code civil du Canada, art. 135; le droit autrichien, le Code prussien, probablement, V. Buzzati, p. 231). La loi matrimoniale allemande de 1875 n'affirme la règle, en termes exprès, que pour les mariages des étrangers en Allemagne, mais quelques lois particulières l'établissent également quant aux mariages des Allemands en pays étranger.

international coutumier, la règle qu'*il suffit* d'observer la loi du lieu de la célébration pour que le mariage soit valable en la forme. La règle ainsi formulée est acceptée par presque tous les auteurs, consacrée par la loi ou par la jurisprudence dans presque tous les pays. La jurisprudence espagnole elle-même l'a admise, au témoignage de Torres Campos⁽¹⁾, dans ses plus extrêmes limites. Il n'est pas difficile de justifier ici cette large application de la maxime, et nous l'avons fait dans la première partie de notre ouvrage. En ce qui concerne les mariages des Belges en pays étranger, en particulier, la question ne présente pas l'ombre d'un doute en présence de la loi du 20 mai 1882. La question des publications, ou de la publication à faire en Belgique, peut seule soulever quelque difficulté. Mais nous avons vu que, dans tous les cas, il ne semble point que le législateur ait attaché au défaut de publications la sanction de la nullité. Peut-être même n'est-ce pas une forme proprement dite⁽²⁾. Ces questions ont été examinées plus haut.

577. — On s'est demandé si la règle que le mariage est valable en la forme, dès que les parties ont observé la loi du lieu de l'acte, s'applique même au mariage contracté par un étranger, un Belge, un Italien, un Français, par exemple, *solo consensu* en Ecosse ou dans l'Amérique du Nord, et tous les auteurs répondent affirmativement, ainsi que le constate M. Buzzati⁽³⁾. Cet auteur fait observer toutefois qu'un doute, *un simple doute* peut surgir lorsque le législateur exige l'observation *des formes* usitées en pays étranger (loi belge de 1882, et art. 170 du C. civ.), si les formes s'y réduisent à rien, si le mariage y est conclu *solo consensu*. On ne s'y est pas arrêté, le but de la maxime étant principalement de rendre possible, en tous lieux, l'accomplissement de cet acte juridique important, en suivant simplement la loi locale. Si l'on imposait au Belge en pays étranger l'observation de sa loi nationale,

(1) Torres Campos. *Principios de derecho internacional privado*, p. 280.

(2) *Op. cit.*, p. 228.

(3) C'est l'opinion de la jurisprudence belge et française, mais elle est bien discutable en principe.

sous prétexte que la loi du lieu du mariage n'organise aucune forme, on irait directement contre le but du principe. Aussi M. Buzzati reconnaît-il lui-même la validité en la forme du mariage contracté par un Italien dans les Etats-Unis *per verba de praesenti*, ou *per verba de futuro*. Il se borne à contester qu'un Italien puisse être tenu, en Italie, pour valablement marié dans les Etats-Unis *by habit and repute*. Et il faut avouer qu'il y a bien des motifs de douter. Est-ce bien une forme ou un mode de mariage, que le mariage *by habit and repute*, expressions que nous pourrions traduire de la manière suivante: mariage par l'*attitude et la notoriété*? Nous ne le croyons pas plus que lui. Il s'agit plutôt d'un mode de preuve par présomptions, que d'une forme de mariage. L'existence d'un concours de consentements est alors induite de certaines circonstances: l'intimité, la cohabitation, le fait que la femme a porté le nom de l'homme, l'aveu des parties, ou de l'une d'elles, l'accueil qui lui a été fait dans la famille, la vie commune, même pendant un temps fort court, le fait que l'homme a traité la femme comme son épouse, etc... Des tribunaux ont même considéré comme une circonstance suffisante, pour constater l'existence d'une union légitime, le fait que les domestiques d'un hôtel avaient envisagé comme mari et femme, un monsieur et une dame qui y avaient séjourné un petit nombre de jours ⁽¹⁾. Il semble qu'il y ait quelque chose d'absurde à ce qu'aux yeux de notre législation, nos concitoyens puissent être considérés comme dûment mariés, en vertu de faits de ce genre constatés en Amérique. Ils pourraient se trouver mariés, bigames peut-être, complètement à leur insu. Et que l'on n'objecte pas que le crime de la bigamie suppose la volonté, puisque c'est précisément le concours de volontés qui est *présumé*, ce concours de volontés formant l'essence du mariage. Aussi M. Buzzati ne peut-il admettre, en présence de ces circonstances, qu'un pareil mariage entre Italiens puisse être tenu pour valable en Italie. La seule

(1) Buzzati. Op. cit., p. 229.

chose qui soit établie dans ce cas c'est une espèce de possession d'état, et il ne croit pas possible d'appliquer à la possession d'état une règle concernant uniquement la forme des actes. Mais il ne semble pas se dissimuler l'insuffisance de sa réponse ; et l'argumentation par laquelle il s'efforce de concilier sa solution avec la portée qu'on attribue assez généralement et qu'il attribue lui-même à la règle *locus regit actum* est obscure et défectueuse. Il enseigne en effet, et l'on admet en général, que cette maxime ne concerne pas seulement la forme de l'*instrumentum*, mais celle de l'acte juridique ; et il en résulte que c'est d'après la *lex loci* qu'il faut apprécier non-seulement la force probante de l'*instrumentum*, mais les éléments de preuve de l'acte juridique. Pour ce qui nous concerne, nous nous demandons si, en ce qui concerne les mariages américains et écossais *solo consensu* en général, on n'a pas donné une extension un peu exagérée à la maxime. Sans doute, il serait erroné de ne considérer l'art. 170 du Code civil et l'art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi belge de 1882 comme ne pouvant s'appliquer qu'à un mariage étranger accompli dans certaines formes. Mais ne peut-on pas soutenir que si en fait, à côté du mariage *solo consensu*, *irrégulier* quoique valable, il existe en pays étranger des formes *régulières* de mariage, comme c'est le cas en Ecosse, et dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, nos concitoyens ne seront tenus pour valablement mariés en Amérique aux yeux de la loi belge, que s'ils se sont mariés dans une de ces formes régulières ? Si ce principe n'est pas établi jusqu'à présent, nous croyons qu'il n'y aurait rien d'injuste à le reconnaître législativement pour l'avenir.

578. — Nous avons dit que l'observation, au moins facultative, de la *lex loci actus*, quant aux formes du mariage, est admise dans la plupart des pays. Il n'y en a que fort peu, en effet, qui imposent à leurs ressortissants l'observation des formes nationales, même quand ils se marient en pays étranger. Ce sont la Russie, et probablement aussi la Serbie, la Grèce et l'Espagne. La question nous paraît cependant douteuse en ce qui concerne

l'Espagne. Le Code civil espagnol ne contient aucune disposition expresse à ce sujet. Mais c'est précisément de ce silence que l'on a tiré argument, en l'opposant aux dispositions explicites des art. 40 et 51 de la loi provisoire de 1870 sur le mariage civil (lesquelles reconnaissent la prédominance de la loi locale quant à la forme du mariage), pour soutenir qu'il ne doit plus en être ainsi sous le Code (1). Ce mode d'argumentation n'est jamais sans danger. Peut-être le législateur espagnol a-t-il cru superflu de consacrer, en termes exprès, cette application d'une maxime générale qu'il reconnaissait en termes généraux (art. 11, § 1). Et il paraît assez invraisemblable, en présence de la marche générale des idées, qu'il ait fait un pas rétrograde, et soit revenu sur le principe libéral consacré par la loi matrimoniale de 1870. Pour ce qui concerne la Hongrie, Jettel déclare formellement, contrairement à ce que semble dire M. Buzzati, que la maxime *locus regit actum* reçoit application en cette matière, et que : « Malgré l'inexistence du mariage civil en Hongrie, » (ce qui n'est plus exact aujourd'hui) « les autorités ont reconnu à diverses reprises comme légalement valables, les mariages contractés, même dans la forme purement civile, par des sujets hongrois dans les pays étrangers où cette forme est obligatoire (2). » Quoi qu'il en soit, le mariage contracté par un étranger, par un Russe par exemple, en Belgique, dans la forme purement religieuse seule autorisée par sa loi nationale, même quand il se trouve en pays étranger, sera évidemment tenu pour valable en Russie. Mais le sera-t-il en Belgique? La négative nous paraît certaine dans l'état actuel de notre législation. Le sera-t-il, doit-il l'être dans les autres pays? La réponse dépend de la solution d'une autre question que nous avons examinée déjà en parlant de l'autorité de la maxime *locus regit actum*, et qui appelle encore quelques observations en ce qui concerne spécialement le mariage.

579. — Il semble que la portée impérative de la

(1) Audinet. *J. d. dr. i. p.*, 1891, p. 1122.

(2) Jettel. *Op. cit.*, § 13.

maxime *locus regit actum* soit plus généralement reconnue, lorsqu'il s'agit pour chaque Etat d'apprécier la validité en la forme des mariages contractés par un étranger sur son territoire, que lorsqu'il s'agit d'apprécier ceux qui ont été contractés par ses nationaux en pays étranger. Lorsque deux étrangers se marient en Belgique, en France, en Italie, leur mariage est-il valable s'ils ne suivent pas les formes prescrites par la loi locale, s'il n'est point célébré devant l'officier de l'état civil? Les auteurs et la jurisprudence se prononcent presque unanimement pour la négative. La loi qui établit la forme civile du mariage est considérée comme une loi d'ordre public, si bien que, dans notre pays, le prêtre qui procéderait au mariage religieux avant le mariage civil commettrait une infraction à la loi pénale. La jurisprudence belge et la jurisprudence française se sont nettement prononcées pour le caractère impératif de la maxime, au moins à ce point de vue ⁽¹⁾. Il en a été de même en Italie, en Suisse et en Allemagne ⁽²⁾. Dans ce dernier pays il y a un texte formel. La loi matrimoniale de 1875 déclare expressément *qu'aucun mariage ne peut être contracté valablement sur le territoire de l'empire si ce n'est devant l'officier de l'état civil* (art. 41). Il semble en résulter logiquement que ces Etats doivent reconnaître aux Etats étrangers le droit, qu'ils s'attribuent à eux-mêmes de régler souverainement, et à l'exclusion de tout autre, la forme des mariages qui s'accomplissent sur leur territoire. Les vrais principes du droit international privé ne semblent pas permettre, qu'on refuse aux autres une compétence que l'on revendiquerait pour soi-même, dans des circonstances identiques. Telle est en effet la doctrine généralement admise dans la plupart des pays, et la jurisprudence est conforme. Mais quelques auteurs contestent la force impérative de la maxime en droit international privé d'une manière générale. Et, si l'on ne peut guère nier qu'elle s'applique à tous

(1) Cass. belge, 19 juin 1852. Pas. 1852, I, 85. — Bruxelles, 29 mai 1852. Pas. 1852, II, 237. — Gand, 26 juillet 1879 et 12 mai 1880. Pas. 1880, II, 167 et 169.

(2) Buzzati. Op. cit., p. 209.

les mariages contractés en Allemagne, même entre étrangers, en présence du texte formel de la loi de 1875, on y conteste qu'elle doive recevoir application à des mariages contractés entre Allemands en pays étranger.

M. de Bar⁽¹⁾ affirme que la règle *locus regit actum* n'a, même en cette matière, qu'une portée facultative, que les parties peuvent aussi recourir aux formes prescrites par leur loi nationale ou personnelle, commune, que telle est l'opinion générale, laquelle aurait servi de base aux dispositions des art. 165 et ss. du Code civil. C'est à Laurent qu'il attribue l'honneur d'avoir inventé le système contraire, et il croit que la raison déterminante en est sa répugnance contre la forme religieuse du mariage. Nous estimons que ces observations contiennent beaucoup d'erreurs. Laurent n'a nullement inventé le système de la force impérative de l'ancienne maxime, et il n'est pas exact que, dans l'opinion commune, elle n'implique que la simple faculté d'observer les formes locales. La très grande majorité des auteurs est favorable à la doctrine de sa force impérative, et la jurisprudence s'est ralliée à cette opinion. Il n'y a lieu d'y faire exception, à notre connaissance, qu'en ce qui concerne la jurisprudence allemande, et pour un fort petit nombre d'auteurs. Le tribunal de l'Empire a validé, en effet, par un arrêt du 27 juin 1887, un mariage contracté à Buenos-Ayres, entre un Allemand protestant et une Allemande catholique, devant le prêtre catholique compétent d'après la loi locale, bien qu'il fût nul d'après la loi alors en vigueur dans la République Argentine. Mais, d'abord, nous ne savons si ce mariage avait été célébré lorsque la loi matrimoniale de 1875 était déjà en vigueur. Ensuite, il est fort douteux, il nous paraît impossible, qu'on eût validé également, en présence de l'art. 41 de la loi de 1875, un mariage religieux qui aurait été contracté en Allemagne entre étrangers, conformément à leur loi nationale commune, de sorte qu'on ne peut guère induire de cet arrêt la reconnaissance de la

(1) Op. cit. T. I, p. 461.

portée facultative de la maxime *locus regit actum* en général. En présence de la loi de 1875, cette décision nous paraît illogique et inconséquente.

M. de Bar a invoqué en faveur de son opinion l'autorité de Savigny, de Weiss et de Durand. Savigny a effectivement exprimé cette opinion, mais en se fondant simplement sur la portée traditionnelle de la maxime *locus regit actum*. Nous l'avons discutée plus haut, et nous persistons à croire que, si l'observation de la forme locale a été une pure faculté dans le principe, elle a perdu ce caractère dans la suite. Weiss reconnaît parfaitement que l'Espagnol, qui se marierait d'après une forme purement religieuse en France, ne serait pas valablement marié aux yeux de la loi française, parce que cela constituerait une violation de la loi pénale, c'est-à-dire, d'une loi d'ordre public, mais il soutient que deux Américains des Etats-Unis pourraient parfaitement se marier en France *solo consensu*⁽¹⁾. Ce n'est pas l'opinion courante dans les Etats-Unis⁽²⁾, car on a été jusqu'à y révoquer très sérieusement en doute, comme nous l'avons vu plus haut, la validité en la forme des mariages célébrés entre ressortissants de ce pays devant le consul ou l'agent diplomatique à Paris, bien que cette question ait été résolue affirmativement. Au surplus, la distinction établie par Weiss ne se justifie pas même nécessairement. De ce que le prêtre qui marie religieusement deux étrangers, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage civil, commet une infraction, il ne suit pas nécessairement que ce mariage soit nul. Durand soutient d'une manière absolue que le mariage est valable en la forme, lorsque les époux se sont conformés à leur loi nationale commune. Si le législateur national des époux règle leur capacité, c'est à lui seul qu'il appartient de régler aussi la forme du mariage. M. Buzzati, qui reproduit son argumentation, n'a pas jugé

(1) Weiss. Op. cit., 481.

(2) Il y a cependant des décisions judiciaires américaines qui ont admis la validité de ces mariages, et Wharton les approuve par des motifs absolument inadmissibles. Mais le principe posé par Dudley Field, lequel résume, croyons-nous, l'opinion générale en Amérique, y est absolument contraire.

nécessaire de la réfuter, et il paraît en effet étrange de conclure de la compétence législative aux fins de déterminer la capacité des parties, à la compétence législative aux fins de régler la forme des actes. L'argumentation de M. de Bar est bien plus sérieuse, et, au point de vue de la théorie pure, elle est de nature à inspirer quelque hésitation. Nous ne la croyons cependant pas exacte. M. de Bar se demande quel intérêt peut bien avoir l'Etat, sur le sol duquel est par hasard célébré un mariage entre personnes étrangères, à ce qu'elles observent des formes déterminées. Mais, lorsqu'en fait des personnes étrangères viennent y contracter mariage, ce ne sera pas le plus souvent par hasard, mais parce qu'elles y auront ou se proposeront d'y établir leur domicile ou leur résidence. Elles font ou feront vraisemblablement partie, dans une certaine mesure, de la communauté existant sur le territoire où elles se marient. Il se peut qu'elles y procréent des enfants. Elles auront certaines relations suivant toutes probabilités avec les régnicoles. De là suit l'utilité de constater, suivant les formes prescrites par la loi du lieu, leur changement d'état. On peut même remarquer que la question touche dans une certaine mesure au droit pénal. Il peut arriver que l'union contractée constitue un crime, en cas de bigamie par exemple. Ne faut-il pas, dans ce cas, pour que le crime soit consommé, que le second mariage soit accompli dans les formes prévues par la loi du lieu de la célébration? En résumé, nous envisageons les prescriptions de forme, en cette matière surtout, comme des espèces de mesures de police générale, ou d'ordre public territorial que chaque pays organise sur son sol, comme il l'entend. Dans ces conditions nous croyons devoir opiner pour la nullité du mariage qui serait contracté par un Russe en France dans une forme purement religieuse, non-seulement au point de vue de la loi française, mais au point de vue de presque toutes les législations.

580. — Il résulte de la combinaison de l'art. 9 du projet de la commission belge de révision du Code civil,

avec les explications de M. le rapporteur Van Berchem, que les auteurs de ce projet se rallient au système de la force impérative de la maxime, en ce qui concerne le mariage. Telle est bien aussi la portée de l'art. 11 de la convention de Montevideo. Les dispositions de divers projets allemands (projet Gebhard, projet Niemeyer, projet de Code civil allemand, 1^{re} lecture) sont conçues dans le même sens. Le projet de Code civil allemand, 2^e lecture, admet le principe de la force impérative d'une manière absolue pour ce qui concerne les mariages célébrés en Allemagne. Elle est simplement facultative pour les Allemands qui se marient en pays étranger : « *Die Form einer im Inlande geschlossenen Ehe bestimmt sich ausschliesslich nach den deutschen Gesetzen. Ein Deutscher kann im Auslande die Ehe auch in der am Orte der Eheschliessung geltende Form eingehen.* » Pareille disposition est illogique et injuste : cela résulte suffisamment des observations que nous avons faites précédemment. Quant au projet de M. Neumann, il commence par affirmer que la loi, d'après laquelle il faut apprécier la validité du mariage en la forme, est déterminée par le *droit international privé* en vigueur au lieu de la célébration, et résout ainsi d'une manière assez sage une question délicate, celle de savoir quelle loi les tribunaux belges, par exemple, devront appliquer lorsque la loi applicable d'après nos principes au point en litige renvoie à une autre loi. Mais le projet Neumann ajoute : « Toutefois un mariage conforme au droit allemand doit toujours être tenu pour valable en la forme. » S'il fallait prendre cette proposition à la lettre, elle serait absolument inadmissible. Mais il résulte du commentaire explicatif que M. Neumann a simplement voulu réserver la validité des mariages consulaires, et M. Neumann est nettement partisan de la force impérative de la règle *locus regit actum*, aussi bien pour les mariages des Allemands à l'étranger que pour les mariages des étrangers en Allemagne. On peut dire en somme que cette force impérative est admise au moins en règle, dans tous les projets récents.

581. — Un seul fait exception : le projet de la Conférence de La Haye. On n'y trouve pas même l'affirmation de cette force impérative en termes généraux, et sauf exceptions. L'art. 4 de ce projet a été, en outre, vivement et amèrement critiqué par M. Buzzati. Et il est étrange, en effet, comme il le fait remarquer, qu'une conférence réunie pour uniformiser certaines règles afin de prévenir des conflits, en arrive à cette conclusion de sanctionner elle-même un insoluble conflit. Voici, au surplus les règles qu'elle propose quant à la forme du mariage :

» ART. 4. — Sera reconnu partout 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 législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux, à l'étranger, sans observer cette prescription.

» Il est également entendu que les dispositions de la loi nationale en matière de publications devront être respectées.

» Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays auquel appartiennent les époux.

» ART. 5. — Sera également reconnu partout, comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, *conformément à sa législation*, si les deux parties contractantes appartiennent à l'Etat dont relève la légation ou le consulat, et si la législation du pays où le mariage a été célébré ne s'y oppose pas. »

Nous n'aurons que peu d'observations à faire sur ces propositions. Ce sont des règles destinées à entrer dans le droit international conventionnel, et par conséquent elles ne peuvent reproduire celles des législations particulières. Il suffit que ces dernières ne s'en écartent pas. L'alinéa 1 de l'art. 4 ne fait que consacrer un principe pour ainsi dire entré dans le droit international coutumier, celui de

la validité universelle, en la forme, du mariage célébré suivant la loi du pays où il a lieu. Il n'affirme pas le caractère obligatoire de la maxime *locus regit actum* en cette matière, sauf le cas de mariages diplomatiques et consulaires. Or, c'est précisément ce caractère obligatoire qui est contesté. Il en résulte que, dans certaines législations, les mariages conformes à la *lex loci* seront seuls tenus pour valables en la forme, tandis que, dans d'autres, on pourra également tenir pour valables les mariages célébrés dans les formes requises par la loi nationale des parties. Il eût été utile de résoudre cette question. Il est probable que la Conférence a reculé devant la crainte que la consécration du caractère obligatoire de l'ancienne maxime, en cette matière, n'entraînât l'échec de ses propositions. L'Institut de droit international a cru devoir reconnaître ce caractère obligatoire en posant le principe suivant :

« La loi qui régit la forme de la célébration du mariage est celle du pays où le mariage est célébré⁽¹⁾. » Et nous croyons qu'il a bien fait. C'est couper court à des diversités extrêmes d'appréciation sur la validité du mariage, en la forme, et substituer la certitude en cette matière, à un état de doute très préjudiciable non-seulement aux époux et aux enfants, mais même aux tiers.

Le 2^d alinéa contient une restriction importante du principe suivant lequel le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu est valable partout. C'est une concession que l'on a cru devoir faire aux idées, peu en harmonie avec la liberté religieuse, qui prédominent encore dans certains pays : la Russie, la Serbie, la Grèce et peut-être l'Espagne, sur la validité ou la forme des mariages de leurs ressortissants en pays étranger. C'est précisément cette concession que critique M. Buzzati. Il fait remarquer qu'elle est d'autant plus inopportune, que certains Etats fort attachés à la forme religieuse du mariage, comme l'Autriche et le Portugal, se sont ralliés récemment

(1) Session de Lausanne en 1888. *Annuaire* de 1888.

à l'application de la règle *locus regit actum* en cette matière. Il préfère de beaucoup et avec raison à la formule de La Haye, celle de l'Institut de droit international ainsi conçue : « Si dans un pays, la forme de la célébration est purement religieuse, les étrangers doivent être autorisés à célébrer leur mariage selon les formes légales de leur pays d'origine », ce qui est tout différent. Nous partageons pleinement son opinion.

Le 3^e alinéa de l'art. 4 prête à des doutes encore plus graves. Il semble attacher la sanction de la nullité à l'omission des publications prescrites par la loi nationale, lors même qu'elle ne la comminera pas. Cela nous paraît excessif. On peut se demander de plus comment il sera possible que le mariage soit précédé de publications, lorsqu'il sera célébré dans un pays où il s'effectue *solo consensu*. On doit espérer toutefois que de pareils mariages, encore reconnus comme valables en Belgique et en France, par une application étendue de l'art. 170 du Code civil, quand ils le sont d'après la loi du lieu de la célébration, disparaîtront des législations et des coutumes qui les admettent jusqu'ici. S'il est difficile de concevoir les publications, s'agissant de ces unions sans formalité aucune, il est plus difficile encore de comprendre comment il pourra être satisfait à cette autre prescription de l'art. 4 des propositions de la Conférence : « Une copie authentique de l'*acte de mariage* (?) sera transmise aux autorités du pays auquel appartiennent les époux. » Mais lorsqu'il existe un acte de mariage, ce qui sera presque toujours le cas, l'observation de cette formalité mériterait d'être recommandée, sans que son inobservation doive jamais entraîner la nullité du mariage.

L'art. 5 tend à généraliser la reconnaissance de la validité en la forme des mariages diplomatiques et consulaires, en la subordonnant toutefois à cette condition fort rationnelle, que les deux parties contractantes appartiennent à l'Etat dont relève la légation ou le consulat. C'est, nous l'avons vu, la doctrine prépondérante en droit international privé, et il est fort naturel que l'agent

diplomatique ou le consul suive les lois de son propre pays. Seulement la Conférence nous paraît ici encore avoir fait preuve d'un excès de timidité en subordonnant la règle qu'elle pose à cette restriction : « et si la législation du pays où le mariage a été célébré ne s'y oppose pas ». Il eût été rationnel de consacrer au moins la validité internationale de ce genre de mariages dans tous les cas, sans la faire dépendre du bon vouloir du législateur du pays où le mariage est célébré.

582. — Nous ne nous arrêterons pas à l'art. 171 qui prescrit la transcription du mariage contracté par le Belge en pays étranger sur le registre public des mariages du lieu de son domicile, dans les trois mois de son retour en Belgique, parce que l'inobservation de cet article ne peut évidemment pas entraîner la nullité du mariage. La question nous paraît, comme à Laurent, si claire qu'elle ne comporte pas une discussion ; jamais, du reste, les tribunaux n'ont admis une prétention contraire. Mais nous devons reconnaître que, si la règle *locus regit actum*, combinée avec la reconnaissance de la validité des mariages consulaires, permet aujourd'hui aux Belges de se marier presque partout dans une forme régulière, valable aux yeux de l'autorité belge, valable même internationalement, des difficultés très graves peuvent cependant surgir dans des cas exceptionnels. La célébration du mariage dans les formes locales peut leur être impossible, ou même interdite, si elles ont un caractère essentiellement religieux. Le recours au consul n'est pas ouvert à la femme belge qui veut épouser un étranger ou une personne sans nationalité ; il est toujours incertain au point de vue de la validité absolue du mariage pour le Belge qui veut épouser une femme étrangère. Enfin, il se peut qu'il n'y ait aucun consul, ni agent diplomatique Belge dans la contrée où le Belge désire contracter mariage. En Turquie, et dans les Etats tributaires, une loi sur l'état civil de 1881 (année 1298 de l'Egire) reconnaît la situation de fait déjà existante, notamment le droit des prêtres catholiques, protestants, orthodoxes, juifs, etc... de célébrer valable-

ment le mariage de leurs coreligionnaires. Ici donc pas de difficulté en général. Quant à la Chine, où les formes du mariage sont accomplies par les familles des deux époux et présentent probablement un certain caractère religieux, il semble rationnel d'y admettre, comme l'on admettait en fait en Turquie dès avant la loi turque de 1881, la validité des mariages célébrés par les prêtres catholiques, protestants, etc...

Nous irions même plus loin, et nous sommes d'avis que si, dans tel ou tel pays barbare il n'existe aucune forme de mariage accessible aux étrangers d'après les mœurs et les usages locaux, si la forme locale leur est interdite, il doit leur être permis logiquement en vertu de ces coutumes et usages de se marier sans formalités, à plus forte raison dans leurs formes religieuses propres. Bien que la maxime *locus regit actum* soit en cette matière aujourd'hui impérative et non pas seulement facultative, bien qu'on tende, généralement du moins, à lui reconnaître ce caractère, on ne peut oublier que le droit de se marier est un droit sacré de la personne humaine, et que, d'après la saine doctrine du droit international privé, elle ne peut être dépouillée de ce droit nulle part, ni directement ni indirectement. La règle *locus regit actum* n'a certes pas été introduite pour lui rendre plus difficile l'exercice de ce droit. Lorsqu'un Etat dénie aux étrangers le droit de se marier, ou le subordonne à l'accomplissement de formalités absolument impraticables, ces entraves ne peuvent être prises en considération par le droit international; elles ne peuvent l'être par notre pays s'agissant de ses ressortissants. On demeure donc en présence de lois et usages qui ne prescrivent aucune forme réalisable par les étrangers, ce qui équivaut virtuellement à l'absence des formes. M. Buzzati semble bien près d'admettre qu'il faut faire exception dans ce cas à la maxime ancienne. Nous croyons qu'il ne s'agit pas d'une exception véritable. En réalité, il n'y a pas plus de formes, il y en a plutôt moins de praticables, qu'en Amérique où l'on se marie *solo consensu*.

Section III. — De la loi qui régit les effets du mariage quant aux époux et quant aux enfants.

583. — D'après une opinion très généralement et très anciennement admise, les effets du mariage, quant aux rapports personnels des époux entre eux et avec leurs enfants, sont régis par la loi du domicile matrimonial. C'est encore, dit Pasquale Fiore ⁽¹⁾, une *communis opinio*, bien qu'il la combatte énergiquement. Mais cela était vrai à l'époque où il écrivait. Il cite en ce sens divers auteurs anciens et modernes : Bouhier, Burgundus, Boullenois, Burge, Savigny et Rocco. Ce système a visiblement ses racines dans l'ancien droit, dans l'ancienne théorie des statuts qui soumettait à la loi de domicile la personne, son état, sa capacité, tous ses rapports personnels. Aujourd'hui, comme nous l'avons vu plus haut, il existe une tendance de plus en plus marquée vers la substitution du principe de la nationalité à celui du domicile. Il n'y a pas de motifs pour faire exception à cette règle nouvelle, lorsqu'il s'agit de déterminer les rapports personnels qui dérivent du mariage. L'organisation de la famille intéresse avant tout l'Etat auquel elle appartient, dont elle fait partie, dont elle est pour ainsi dire la pierre angulaire et la base. Il est conforme à la raison qu'il règle tout ce qui concerne les rapports personnels entre époux, entre eux et leurs enfants.

Pour ce qui concerne la Belgique et la France, cette règle n'est qu'une application inverse et rationnelle du principe consacré par l'art. 3 du Code civil. Elle y est écrite en toutes lettres en ce qui concerne le Belge ou le Français qui se trouve en pays étranger. Elle en résulte logiquement en ce qui concerne le Français, l'étranger qui se trouve en Belgique. *Les droits et obligations des époux l'un vis-à-vis de l'autre, leurs droits et obligations vis-à-vis de leurs enfants, ceux de ces derniers vis-à-vis de leurs parents, les devoirs d'obéissance, de protection, l'incapa-*

(1) Op. cit. Trad. Pradier Fodéré, p. 171.

*cit*é plus ou moins absolue de la femme, tout cela tient éventuellement à l'état, à la capacité de la personne. En vain objecterait-on que les droits et obligations dérivant du mariage, d'après certaines législations, peuvent froisser les bonnes mœurs et se heurter contre l'ordre public absolu dans le pays où les époux ont fixé le domicile matrimonial. Il est clair que, dans un cas de ce genre, on n'y aura aucun égard dans ce pays. Mais on n'y aura pas davantage égard, dans le pays où ils ne seraient que de passage, où ils n'auraient qu'une résidence momentanée, ces droits et obligations fussent-ils établis, reconnus, aussi bien par la loi du domicile matrimonial, que par la loi nationale des deux époux.

584. — A part ces cas extrêmes où les lois d'ordre public d'un pays doivent toujours prévaloir sur son territoire, on ne voit pas quel intérêt l'Etat pourrait avoir à régler les rapports d'une famille étrangère d'après les lois faites pour ses sujets. Quel intérêt peut-il avoir à écarter les lois étrangères qui règlent dans une famille la puissance maritale, le devoir de protection, le devoir d'obéissance, l'incapacité de la femme mariée, le devoir d'éducation, les obligations alimentaires? Aucun, à moins que les dispositions d'une loi étrangère ne blessent quelque disposition d'ordre public indépendante de l'intérêt spécial que le législateur peut avoir à la bonne organisation de la famille. En France comme en Belgique, comme en Italie, on a fait fréquemment application de la loi nationale des parties, notamment en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée. La femme est capable ou incapable d'administrer, de disposer, de se choisir un domicile séparé, de se faire naturaliser en pays étranger, d'ester en justice, dans la mesure où elle l'est d'après sa loi nationale.

Mais en ce qui concerne les lois d'ordre public absolu, et parmi elles il faut signaler tout d'abord la loi pénale, il n'en est plus de même. Elles prévaudront toujours contre un statut personnel étranger. Un mari anglais ne pourrait recourir en Belgique contre sa femme aux

mesures de séquestration et de correction que la loi anglaise autorise. L'adultère de la femme y sera toujours punissable d'après nos lois; l'adultère du mari le sera lorsqu'il sera convaincu d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale (art. 387 et 389, C. p.). La loi française sur l'enseignement obligatoire du 28 mars 1882 s'impose évidemment, même aux parents étrangers. Les enfants de parents étrangers ne peuvent, pas plus que les enfants des Belges, être assujettis à des travaux pénibles dangereux, nuisibles à leur développement, dans des usines ou des baraques foraines par exemple. Mais il n'en est pas ainsi seulement des lois pénales, il en est ainsi de toutes les lois fondées sur un intérêt de moralité publique, sur un intérêt social indépendant de l'organisation de la famille. On peut même soutenir que les obligations alimentaires, établies par la loi locale, pèsent sur toutes les personnes auxquelles elles incombent d'après la loi du lieu où les parties résident, tout au moins si elles y sont domiciliées. Si elles ne s'en acquittent pas, les personnes qui ont droit à des aliments pourront tomber à la charge de l'assistance publique, et d'ailleurs il y a un intérêt de moralité publique en cause. Nous admettrons du reste que les personnes qui en seraient tenues d'après leur statut personnel, ne cesseraient pas de l'être, bien que la loi de leur résidence ou de leur domicile ne leur impose pas cette obligation. La loi étrangère n'a rien dans ce cas qui blesse l'ordre public local. Par contre, nous acceptons parfaitement qu'un mari étranger ne puisse contraindre *manu militari* sa femme à réintégrer le domicile conjugal, si la loi nationale ne lui en donne pas le droit; qu'il puisse donner, conformément à sa loi nationale à sa femme une autorisation générale de contracter, même en Belgique; que des époux puissent se faire une donation irrévocable en Belgique, si leur loi nationale en dispose ainsi. Dans tous les cas, il ne s'agit que de garantir la bonne organisation d'une famille étrangère, et il ne paraît pas que l'ordre public absolu soit intéressé à la révocabilité de ces donations. La disposition du Code civil qui les déclare

toujours révocables, est toujours une mesure de prévoyance, une mesure de protection pour les époux, et ces donations n'ont certes rien de contraire à la morale, puisqu'elles sont autorisées. Autre est la question de savoir si elles sont *présumées faites* sous la condition de la révocabilité, lorsqu'elles l'ont été dans un pays où cette règle est inscrite dans la législation, et en l'absence d'une convention contraire expresse. Peut-être devrait-elle être résolue affirmativement par application de la loi du lieu du contrat, que les parties sont mieux à même de connaître, et connaissent probablement mieux, si c'est en même temps la loi de leur domicile. La question doit être décidée d'après les principes généraux sur les effets des contrats.

585. — Ces questions se compliquent toutefois singulièrement lorsqu'elles viennent à surgir entre personnes appartenant à des nationalités différentes, ce qui peut arriver même s'il s'agit de contestations entre époux, entre parents et enfants, entre frères. Certes, la femme étrangère qui épouse un Français devient Française, la femme étrangère qui épouse un Belge devient Belge, et elle perd en général sa nationalité d'origine, même suivant la loi du pays auquel elle appartenait précédemment. Mais on admet presque unanimement, en Belgique et en France, que le changement de nationalité, réalisé par le mari seul pendant le mariage, ne produit aucun effet sur la nationalité de la femme, ni sur la nationalité des enfants déjà nés, tandis que les enfants nés depuis la naturalisation de leur père en pays étranger, sont étrangers comme celui-ci. D'où suit que, dans la même famille, les époux pourront être de nationalités diverses, et les enfants également.

Dans son ouvrage, très complet sous une forme assez concise, M. Weiss examine quelques unes des difficultés qui peuvent surgir dans cette hypothèse. Quelle sera la loi qui régira l'incapacité ou la capacité de la femme, lorsque le mari Français se fait naturaliser Anglais pendant le mariage? Bien que l'incapacité de la femme mariée



soit établie plus encore dans l'intérêt du mari que dans celui de la femme, il admet que ce sera la loi française (moins rigoureuse en cette matière que la loi anglaise), « parce qu'un changement de nationalité obtenu isolément par l'un des époux ne peut porter atteinte aux droits privés de l'autre, pour lequel il est *res inter alios acta* ». Ce n'est, d'après lui, que si elle y trouve quelque avantage, qu'elle réclamera l'application de la loi dont son mari relève désormais. Mais cette extension de la règle *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* au statut personnel, et à la naturalisation considérée comme une simple convention, nous paraît assez contestable, d'autant plus qu'on ne l'applique pas même complètement, puisque, d'après Weiss, la naturalisation obtenue par le mari peut profiter à la femme. Il nous paraît plus rationnel que le mariage soit régi et continue à être régi, quant à ses effets personnels entre époux, par la loi nationale des deux époux au moment de sa célébration, quels que soient les changements qui se produisent ultérieurement, à moins qu'ils ne s'opèrent par leur volonté commune. Il ne peut pas dépendre de la volonté d'un seul de le placer sous tel régime, ou sous tel autre. Telle est, en réalité, l'opinion de Laurent que M. Weiss semble citer à l'appui de la sienne⁽¹⁾.

586. — Mais quel sera le régime personnel des époux, si, au moment même du mariage, ils sont et restent de nationalité différente, si la femme n'a pas acquis la nationalité de son mari, ce qui peut être le cas d'après certaines législations? On peut hésiter, dans ce cas, entre la loi du domicile matrimonial, et la loi de la nationalité du mari, qui, en général, se confondra avec la première, mais qui peut aussi être différente. Nous donnerions dans l'hésitation la préférence à la loi de la nationalité du mari, qui, d'après toutes les législations, sera le chef de la famille future. Il nous paraît qu'en se mariant la femme accepte

(1) Laurent, T. III, p. 523. — V. en ce sens l'art. 3 des résolutions de la Conférence de La Haye (1894), § 20, du projet allemand de M. Neumann. Les autres projets allemands ne prévoient pas nettement cette éventualité.

non pas seulement d'une manière tacite, mais d'une manière nécessaire, la loi de la nationalité du mari, auquel elle doit obéissance d'après la plupart des législations, et qu'elle sera désormais contrainte de suivre partout où il jugera opportun de résider. Cela répond assez bien à l'ancienne doctrine, *mutatis mutandis*, dès que l'on substitue le principe de la nationalité à celui du domicile. Car les relations personnelles des deux époux étaient régies autrefois, d'après l'opinion commune, par la loi du domicile matrimonial, et l'on entendait par là, la loi du domicile du mari au moment du mariage ⁽¹⁾.

587. — Il paraît assez rationnel, au premier abord, d'admettre la même règle quant aux relations des époux avec les enfants. Et cependant il y a des motifs de douter. Le père est devenu étranger par une naturalisation obtenue après le mariage. Les enfants nés subséquemment, et même d'après certaines législations les enfants mineurs nés antérieurement à l'obtention de cette naturalisation, y participent. En ce qui concerne les premiers, il ne saurait y avoir de doute. On ne peut pas soutenir que les relations personnelles entre ce père et ces enfants, tous étrangers, puissent être réglés par l'ancienne loi nationale du père. On objecterait vainement quant à eux, que la naturalisation obtenue par leur père en pays étranger ne peut pas modifier leur état, leur capacité, leurs obligations et leurs droits personnels. Car on suppose qu'ils sont nés après la naturalisation obtenue, et avant celle-ci ils n'avaient ni état, ni droits, ni obligations; ils n'existaient point. Eussent-ils été conçus auparavant, il faudrait, à notre avis, appliquer les principes, sans qu'il y ait lieu d'invoquer la maxime : *infans conceptus pro nato habetur* etc..., laquelle n'a, selon nous, rien à faire dans le domaine du droit international privé, à moins que son application ne soit commandée par un texte positif. Elle ne saurait conduire qu'à des conflits. Mais la question est beaucoup plus délicate s'agissant des enfants déjà nés. D'après plu-

(1) En ce sens tous les projets allemands, les résolutions de l'Institut et celles de la Conférence de La Haye.

sieurs législations, la naturalisation du père entraîne celle des enfants. Dans ce cas, et à la condition que ce principe puisse recevoir application dans notre pays, on appliquera la loi nationale commune de toutes les parties. Dans le cas contraire, s'agissant, par exemple, des enfants déjà nés d'un Belge qui obtient la naturalisation en pays étranger, est-ce la loi nationale du père, c'est-à-dire la loi qui régit les effets personnels du mariage, ou celle des enfants qui doit prévaloir, relativement aux rapports entre les parents et les enfants? Nous pensons que c'est la loi qui régit le mariage, en tant qu'il s'agit d'effets dérivant à proprement parler du mariage. Ces effets, en ce qui concerne les rapports avec les enfants, sont peu importants et peu nombreux; car l'obligation alimentaire et les droits et devoirs de la puissance paternelle ne dérivent pas seulement du mariage; ils naissent de la paternité. Les seules questions qui nous paraissent soumises à la loi régulatrice des effets du mariage sont celles de savoir à qui du père ou de la mère appartient la puissance paternelle, et peut-être celle de savoir si l'enfant a action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. Nous parlerons de la puissance paternelle ultérieurement.

588. — Une question plus délicate est celle de savoir quelle est la loi qui règle les rapports entre enfants de nationalités différentes. La loi italienne établit l'obligation alimentaire entre frères et sœurs. M. Weiss suppose qu'un sujet italien demande en France des aliments à son frère qui est Français. Et il admet que sa prétention devra être accueillie, « c'est-à-dire » ajoute-t-il, « que dans le conflit de la loi personnelle du créancier et de la loi personnelle du débiteur, nous donnons l'avantage à la première, à la loi de celui dans l'intérêt duquel la dette alimentaire existe dans l'espèce ». Pourquoi? « L'intérêt du débiteur français, qui est de s'y soustraire, ne peut entrer en ligne de compte. » Pour quelle raison? Il ajoute que l'intérêt de l'Etat français n'exige pas qu'un des nationaux ne laisse, par sa dureté, d'autre recours à son frère que la charité publique. Mais la question n'est pas là. L'inté-

rêt de l'Etat français exige-t-il qu'un frère soit obligé de fournir des aliments à son frère? S'il en est ainsi, on ne comprend pas que la loi française n'en fasse pas une obligation à un frère français vis-à-vis de son frère français.

Toutes ces raisons ne nous semblent donc nullement décisives. Nous voudrions savoir pourquoi l'intérêt du créancier doit l'emporter sur celui du débiteur. N'est-ce pas la règle contraire qui prévaut en matière d'interprétation de conventions, et cette règle n'a-t-elle point son fondement rationnel sur ce que la liberté est le principe, et le lien obligatoire l'exception? Y a-t-il, en toute hypothèse, un motif logique pour préférer ici l'intérêt du créancier? Si la question doit être décidée d'après le statut personnel, il faut reconnaître que l'Italien a, dans l'espèce prévue, le droit de réclamer des aliments en vertu de son statut personnel, et que le Français a le droit de les refuser en vertu de son statut personnel. Envisagée au point de vue du droit, la question ne peut pas être résolue autrement. Les lois d'ordre public intérieur pourraient seules prévaloir contre la loi nationale; mais qui dira que l'ordre public français impose au Français l'obligation de fournir des aliments à son frère italien, si cette obligation ne lui incombe pas vis-à-vis de son frère français? ⁽¹⁾

Par la même raison nous ne reconnâtrions en aucune manière à la fille autrichienne le droit de réclamer en France une dot de son père français, conformément à l'art. 1220 du Code civil autrichien. En supposant qu'elle puisse avoir ce droit en Autriche, et elle ne pourrait l'avoir, d'après nous, que si ce droit reposait sur l'ordre public absolu, sur des règles d'ordre public obligatoire, même pour les étrangers, elle ne l'aurait pas en France, elle ne l'aurait pas en Belgique. Il est beaucoup plus rationnel, lorsqu'il s'agit de déterminer les obligations personnelles d'un citoyen, de s'en tenir à sa loi nationale que de s'en référer à la loi nationale du prétendu créancier étranger. Il n'y a pas de droit sans obligation correspondante, et

(1) La question est très controversée, et il y a des décisions en sens divers. — V. Weiss. Op. cit., p. 499.

dans l'espèce il n'y a pas d'obligation. Mais, à notre avis, il faut, pour qu'une obligation de ce genre existe, concordance entre les deux législations, celle du prétendu créancier et celle du prétendu débiteur.

Section IV. — Des nullités de mariage et du mariage putatif.

589. — Nous avons terminé l'examen de la question de savoir quelles sont les conditions de validité du mariage et ses formes, quels sont les effets de ces actes si importants, quelle est la loi par laquelle il est régi dans les cas de conflits entre des législations diverses. Il nous reste à dire un mot des nullités, bien que cette question ait été touchée incidemment. Il est évident, nous paraît-il, que la loi qui régit les conditions, auxquelles le droit de contracter mariage est subordonné, régit aussi les effets de l'inobservation de ces conditions. L'inobservation de telle ou telle condition, de telle ou telle forme entraînera-t-elle nullité? Cette nullité sera-t-elle absolue ou relative? Qui aura le droit des'en prévaloir? Dans quels délais faudra-t-il que l'on agisse? La nullité peut-elle être couverte et de quelle manière? Toutes ces questions doivent être résolues d'après la loi qui régit le mariage relativement aux formes ou aux conditions prescrites. Il nous paraît inutile d'insister sur les conséquences qui en dérivent. Mais la question du mariage putatif est un peu plus délicate. Supposons qu'un Belge contracte un mariage en pays étranger, et que ce mariage soit frappé de nullité comme contraire à sa loi nationale, il n'en produira pas moins les effets d'une union valable, au point de vue de l'époux de bonne foi, en vertu des art. 201 et 202 du Code civil, et comme mariage putatif. S'il est nul pour inobservation des formes prescrites par la loi belge, ce qui peut arriver s'il a été contracté devant un agent diplomatique ou un consul belge, il en sera incontestablement de même. S'il est nul dans le pays où il est contracté, par des motifs d'ordre public absolu, et que la loi belge ne reconnaisse pas, cette nullité n'aura,

comme nous l'avons dit plus haut, aucun effet, ni en Belgique, ni dans les pays où la loi ne les admet pas davantage. S'il est nul pour inobservation des formes locales, bien que la question soit plus difficile, nous admettrions avec M. Weiss qu'il vaudrait encore en Belgique comme mariage putatif, alors même que la loi du pays où la nullité est prononcée ignorerait le mariage putatif, comme la loi anglaise. Ces solutions ne nous paraissent pas douteuses en ce qui concerne les enfants, ni même en ce qui concerne l'époux de bonne foi, pour autant que celui-ci soit Belge, parce qu'il s'agit ici d'une véritable faveur accordée à l'époux de bonne foi par sa loi nationale, et dont il ne semble pas qu'on puisse le priver, quel que soit le lieu de la célébration du mariage. Mais supposons qu'il s'agisse d'un mariage contracté par un Belge avec une étrangère, et frappé de nullité pour inobservation des formes locales, cette étrangère bénéficiera-t-elle en Belgique des dispositions des art. 201 et 202 du Code civil, pourvu qu'elle soit de bonne foi? Cela nous paraît des plus douteux, lorsque ce bénéfice ne lui est accordé ni par la loi du lieu de la célébration ni par sa loi nationale. En vain objecterait-on qu'elle est devenue Belge par son mariage. Cela n'est vrai que si elle est valablement mariée. En peut-il être ainsi si le mariage est nul, et a été effectivement annulé? Nous ne le pensons pas. Nous ne voyons pas comment la loi française pourrait relever l'étranger ou l'étrangère des conséquences de la nullité de son mariage, d'après la loi du pays où il a été célébré et d'après sa loi nationale, tout au moins si cette nullité est prononcée par application des lois de ce pays. Nous ne pouvons donc adopter sous ce rapport l'opinion de M. Weiss qu'avec une distinction ⁽¹⁾. S'agit-il d'une nullité fondée sur le statut personnel du Belge ou sur les lois belges d'ordre public, la loi belge en règlera pleinement les conséquences, les effets, et la question du mariage putatif s'y rattache directement. S'agit-il d'une

(1) Weiss. Op, cit., p. 523.

nullité fondée sur l'inobservation des formes prescrites par la loi étrangère, l'époux de bonne foi ne bénéficiera des art. 201 et 202 que s'il est Belge.

Quelle sera la situation de cet époux et des enfants dans un pays tiers? M. Weiss ne s'occupe pas de la question. Si le mariage putatif y est reconnu, il n'y a aucun motif, d'après nous, pour que leur situation n'y soit point aussi favorable qu'en Belgique. S'il n'y est pas reconnu, il n'en résulte pas cependant, à notre avis, que les dispositions des lois belges à cet égard soient en contradiction à cet égard avec des lois d'ordre public absolu dans ce pays. En d'autres termes, si la législation de ce pays n'attribue pas, comme la loi belge, certains effets au mariage nul, au profit de l'époux de bonne foi, et des enfants qui en sont nés, il ne s'en suit pas qu'il soit contraire à l'ordre public de ce pays de lui attribuer ces effets quand il s'agit du mariage de deux étrangers. Mais étant donné qu'il y a dans l'espèce conflit entre la loi du lieu de la célébration et la loi nationale, à quelle loi donnera-t-on la préférence? A notre avis, la loi qui devra prévaloir, même en pays tiers, est la loi nationale en pareille matière. Car il en est ainsi en général, quand il s'agit des effets légaux du mariage, pourvu que cette loi ne se heurte pas contre des principes d'ordre public absolu.

TITRE IV.

DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

—

Section I. — Du droit au divorce et à la séparation de corps.

590. — Il n'est plus guères possible aujourd'hui de soutenir que le divorce soit contraire à la morale absolue, à la morale universelle. Nous croyons inutile, par conséquent, de suivre Laurent dans les digressions assez longues auxquelles il se livre pour établir que c'est à tort qu'on le considère comme condamné par la religion catholique romaine, qu'il y a eu interprétation erronée des anciennes doctrines à cet égard, et que, dans tous les cas, la morale religieuse est ici en contradiction avec la morale naturelle. La liberté religieuse étant aujourd'hui reconnue partout, même dans une mesure plus ou moins complète dans les pays où il y a une religion d'Etat, l'interdiction du divorce ne peut plus revendiquer, dans les pays où on la rencontre encore, qu'une autorité limitée et purement locale ; et, à moins de dispositions expresses, elle n'y saurait être considérée comme fondée sur des motifs d'ordre public absolu, et comme applicable même aux étrangers. Dans tous les cas, il ne semble pas qu'elle puisse être respectée dans d'autres pays, où la liberté religieuse et la liberté de conscience seraient reconnues dans toute leur étendue. Un coup d'œil rapide jeté sur diverses législations, permettra de se rendre compte des conflits qui peuvent s'élever en cette matière.

On peut dire qu'aujourd'hui le divorce est admis partout. Il l'est notamment en Belgique, en France, dans les Pays-Bas, en Allemagne, en Angleterre, en Ecosse, en Suisse, en Russie, en Roumanie, en Serbie, en Suède, en Norvège, en Danemark, ainsi que dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Il n'est interdit, à notre connaissance, d'une manière complète, qu'en Espagne, en Portugal et en Italie; et l'on reconnaît même en Italie que cette prohibition ne s'applique pas aux étrangers, mais seulement aux mariages contractés entre Italiens, ou entre un Italien et une étrangère. Il y a un grand nombre de ces pays qui n'admettent toutefois que le divorce pour causes déterminées, notamment : la France, l'Angleterre, l'Ecosse, les Pays-Bas, la Suède, la Russie, la Serbie, la Suisse et divers Etats allemands (Bavière, Brunswick, Francfort-sur-Mein, Hambourg, Hanovre, Saxe et Wurtemberg). Le divorce par consentement mutuel est donc une assez rare exception, et il est désapprouvé, avec raison, nous paraît-il, par des auteurs des plus sérieux. Laurent le considère comme une inconséquence⁽¹⁾. Il est incontestable qu'il ne tend pas seulement à introduire, sans le contrôle du législateur et des tribunaux, quelques exceptions au principe de l'indissolubilité du mariage, comme le divorce pour cause déterminée, mais à ruiner le principe. L'Autriche et la Hongrie n'admettent le divorce qu'entre époux non catholiques; mais il existe une différence notable entre les législations autrichienne et hongroise. En Autriche il suffit que l'un des deux époux soit catholique au moment du mariage, pour que le divorce lui soit interdit à jamais, quand même il changerait de religion plus tard. En Hongrie, aux termes de l'art. LIII, § 8, de la loi de 1868, on ne tient compte que de la religion des époux *au moment de la demande en divorce*⁽²⁾. « Tous les actes accomplis après la conversion d'une religion à une autre par le converti, doivent être appréciés d'après les dogmes de l'Eglise dans

(1) Op. cit., T. V, n° 112.

(2) Jettel. Op. cit., p. 52. — Weiss. Op. cit., p. 533.

laquelle il est entré, et les principes de l'Eglise qu'il a abandonnée ne lui sont plus applicables. » C'est ce qui a donné naissance à la fameuse question des mariages transylvaniens ou mariages de Klausenburg, mariages dont les tribunaux autrichiens ont maintes fois prononcé la nullité. La législation brésilienne considère comme absolument indissolubles les mariages contractés devant l'Eglise catholique : le divorce prononcé dans ce cas n'implique qu'une séparation de corps. La conversion subséquente des époux à une religion qui admet le divorce n'enlèverait au mariage rien de son indissolubilité, et ce qu'il y a de plus extraordinaire c'est que le mariage entre non catholiques devient indissoluble, dès que l'un d'eux se convertit à la foi catholique, bien que le mariage contracté entre époux appartenant à des rites dissidents ne soit pas indissoluble, et qu'un véritable divorce puisse être prononcé en ce cas, d'accord avec la religion des parties.

La séparation de corps et de biens ne se rencontre pas en Danemark, en Norvège, en Suède, en Russie, en Suisse, en Serbie, en Bavière, en Saxe, Wurtemberg, Hanovre, à Hambourg, à Francfort-sur-Mein, dans le Grand Duché de Bade, en Prusse, en Roumanie et en Alsace-Lorraine où le divorce est seul admis. Quelques-uns de ces Etats admettent cependant une séparation de corps temporaire. La séparation de corps peut être prononcée, même par consentement mutuel, en Italie, dans les Pays-Bas et en Autriche. Quant aux causes de séparation de corps et de divorce, elles varient considérablement suivant les pays. La législation prussienne est peut-être une des plus larges à cet égard. Nous signalerons comme causes de divorce admises par certaines législations : l'aliénation mentale, les habitudes d'ivrognerie, l'impuissance, le changement de religion, etc.

591. — Ces divergences considérables rendent excessivement intéressante la question de savoir quelle est la loi qui régit le divorce. Nous croyons que c'est en principe la loi nationale des parties. Il s'agit en effet d'une matière qui touche essentiellement au statut personnel. Pour les

pays qui considèrent encore comme loi personnelle des parties la loi du domicile, ce sera nécessairement la loi du domicile qui régira le divorce et la séparation de corps. L'on est du reste généralement d'accord pour reconnaître que, lorsque les époux ne sont pas soumis à la même loi personnelle, c'est celle du mari qu'il faut appliquer. Le cas n'est pas de nature à se présenter souvent. M. de Bar admet aussi avec raison qu'il faut s'en tenir à la loi personnelle au moment où la demande est formulée. Car, comme il le fait observer⁽¹⁾, le droit au divorce n'est pas un droit contractuel, mais un droit que le législateur décrète parce qu'il ne veut pas maintenir, contrairement à la volonté de l'époux ou des époux, une union profondément troublée. Toutefois, cela n'est absolument exact que quant au droit de divorce en lui-même, quant à la question de savoir si un époux a, oui ou non, le droit de recourir à ce moyen extrême de retrouver une existence calme et paisible. M. de Bar reconnaît que le mari, en changeant de domicile ou de nationalité, ne peut pas enlever à sa femme, si elle n'en change pas en même temps, le droit de faire valoir un grief qui lui était acquis, et constituait une cause de divorce sous l'empire de la loi personnelle antérieure du mari, ni la priver de la faculté de porter son action devant le tribunal qui était compétent pour la juger. L'acquisition d'une nationalité nouvelle, ou d'un domicile nouveau, ne saurait avoir non plus pour effet de faire une cause de divorce d'un grief de date ancienne, qui ne l'était pas d'après la loi personnelle antérieure des époux. La question de savoir quel est l'effet d'un divorce obtenu en pays étranger à la faveur d'une naturalisation acquise *in fraudem legis* est très controversée. De Bar semble disposé à le considérer comme valable. Nous partageons pleinement cette opinion. On abuse singulièrement, à notre avis, de l'annulation des actes comme faits *in fraudem legis*, quand on prétend l'appliquer lorsque les parties, ne pouvant faire tel ou tel

(1) *Lehrbuch* etc., p. 78.

acte valablement, se mettent par des voies parfaitement légales dans une situation où la loi le leur permet. Peu importe qu'elles l'aient fait intentionnellement. Nous croyons cependant que les tribunaux ne renonceront pas facilement à exercer ce prétendu droit.

La loi personnelle des époux, celle du mari s'ils sont de nationalités diverses, règle donc tout d'abord la question de savoir s'ils ont le droit de demander la séparation de corps, ou le divorce, ou de choisir entre les deux. Mais leur statut personnel peut se heurter, dans les pays où le divorce est complètement interdit, contre des lois d'ordre public absolu. La question dépendra dans ce cas de la manière dont on envisagera dans ces pays l'interdiction du divorce. En Espagne, en Portugal, en Italie, des étrangers essaieraient sans doute vainement d'obtenir le divorce en se fondant sur leur loi nationale. Et cependant la question nous paraît un peu douteuse, malgré la haute autorité de Pasquale Fiore, pour ce qui concerne l'Italie. C'est en somme une question de mœurs, et les modifications dans les mœurs précèdent généralement les modifications législatives.

592. — Mais il y a des pays où le divorce n'est pas condamné d'une manière absolue, comme en Autriche, en Hongrie, dans le Brésil. On y permet au contraire aux époux non catholiques de divorcer. Nous croyons cependant qu'eu égard aux idées d'intolérance encore prédominantes dans ces pays, on n'hésiterait pas à repousser toute demande en divorce formulée par un époux catholique étranger, lors même que le divorce lui serait permis d'après sa loi nationale. Il est bien vrai qu'à diverses reprises la jurisprudence autrichienne a reconnu l'empire de la loi nationale; mais loin de le faire contrairement à ses vues particulières en ce qui concerne l'ordre public, elle l'a fait parfois au profit de principes excessivement intolérants. Dans un cas où il s'agissait d'un Israélite *autrichien*, qui avait épousé suivant le rite juif en pays étranger une jeune fille hongroise, originellement chrétienne et convertie au judaïsme, la Cour suprême de Vienne

a déclaré le mariage nul, en se fondant sur ce qu'une sujette hongroise ne pouvait, d'après sa loi nationale, se convertir au judaïsme!! (1) Il nous paraît clair que des étrangers catholiques ne pourraient y obtenir le divorce.

C'était la règle suivie en France sous l'empire de la loi de 1816. Le célèbre Troplong a cependant émis une opinion contraire dans un réquisitoire prononcé devant la Cour de Nancy (2), et il invoquait à l'appui de son opinion la tradition de l'ancien droit. Il est certain, en effet, qu'avant la Révolution, les Juifs régis en France par leurs propres lois, quant à leurs rapports personnels, et quant à leur état personnel, étaient admis à divorcer; et les tribunaux prononçaient le divorce des Juifs. Ils étaient admis à divorcer même à Rome, et ni le pape, ni l'inquisition n'y faisaient obstacle, toujours, dit Laurent, parce qu'ils étaient régis par les lois de leur pays quant à leur état. Par la même raison, les tribunaux, dit cet auteur, auraient prononcé le divorce entre des étrangers appartenant à des pays où le divorce est permis. Merlin exprime la même opinion. Il suppose que, sous l'ancien régime, deux époux mariés en Pologne, où la loi admet le divorce, fussent venus en France, et que l'un d'eux y eût demandé le divorce (3). « *Très certainement* nos tribunaux n'auraient pas repoussé cette action, sous le prétexte que la loi française condamnait le divorce; ils l'auraient accueillie sur le fondement que le divorce était reconnu par la loi de Pologne (4). » Mais il n'en est pas moins certain que cette opinion n'a jamais prévalu devant les Cours françaises. Et les mêmes raisons qui l'ont fait échouer en France sous la loi de 1816, raisons dans lesquelles entre toujours une certaine dose d'amour propre national, et d'exclusivisme jaloux, la feraient probablement encore condamner

(1) Jettel. *Op. cit.*, p. 54.

(2) Rapport sur l'arrêt de 1860. Dalloz, 1860, I, 64.

(3) Merlin. *Rép.*, v^o *Divorce*, sect. IV, § X.

(4) Il est bien vrai que Merlin considère le mariage comme régi par la loi du domicile matrimonial, et la faculté de divorcer comme gouvernée par la même loi, en vertu du prétendu principe que le droit de régler la dissolution d'un contrat n'appartient qu'à la loi qui en règle la formation. Mais cela importe peu au point de vue du principe qui nous occupe.

aujourd'hui dans les pays où le divorce n'existe pas encore.

593. — La science doit constater cet état de choses qui a un lien intime avec l'état de l'opinion. Mais elle a le devoir de protester contre toute prétention tendant à ériger en règle de morale absolue, s'imposant non-seulement aux nationaux mais aux étrangers, une règle de morale que l'on est à peu près seul à conserver au milieu de toutes les nations civilisées. Les rapports entre nations, spécialement en ce qui concerne le droit privé, gagnent considérablement, comme les rapports entre individus, par des concessions réciproques, et par une large tolérance en ce qui concerne les opinions et les convictions qui prédominent ailleurs. C'est de ces idées que semblent s'être inspirés Troplong et Merlin; et elles sont incontestablement justes. Mais ils ont également invoqué des considérations d'ordre positif, ainsi que nous l'avons vu, et notamment la ligne de conduite observée par l'ancienne jurisprudence en ce qui concerne les divorces des Juifs. M. Weiss rencontre cette objection⁽¹⁾ et la considère évidemment comme sérieuse. Il ajoute toutefois qu'elle perd un peu de sa valeur, lorsqu'on réfléchit qu'avant la Révolution le mariage était purement religieux, si bien que son indissolubilité résultait plutôt d'une loi religieuse que d'une loi d'Etat. Dans ce système, il était logique, dit-il, de ne pas refuser la faculté de divorcer aux dissidents. Aujourd'hui le mariage est un contrat purement civil, et lorsque la loi de 1816 a aboli le divorce et proclamé l'indissolubilité absolue du mariage, elle s'est inspirée non de motifs religieux, mais de l'ordre public international peut-être mal compris. Nous ne répondrons qu'un mot à ces observations, qui ne sont du reste pas sans valeur. C'est qu'il n'est pas tout à fait exact que la loi de 1816 se soit inspirée uniquement de l'ordre public international. Il eût dû en être ainsi, il en a été tout autrement. « Le mot de religion » dit Laurent, « figure en première

(1) Weiss. Op. cit., p. 534.

ligne dans les discussions des chambres, et dans le préambule de la loi. En veut-on la preuve? Voici comment s'exprimait le rapporteur Trinquelague : « ... Une union formée par la Divinité ne doit pas pouvoir être détruite par les hommes : de là son *indissolubilité religieuse*. Si ce dogme n'est pas reconnu par toutes les églises chrétiennes, il l'est par *l'Eglise catholique*, et *la religion de cette Eglise est la religion de l'Etat*. La loi civile qui permet le divorce est donc en opposition avec la loi religieuse. Or, cette opposition ne doit point exister; il faut donc pour les concilier que l'une des deux fléchisse, et mette ses dispositions en harmonie avec celles de l'autre. Mais la loi religieuse appartient à un ordre de choses fixe, immuable, élevé au dessus du pouvoir des hommes. *C'est donc à la loi civile de céder*, et l'interdiction du divorce prononcée par la loi religieuse doit être respectée par elle (1). » C'est donc bien au nom de la foi religieuse que le divorce a été aboli.

On pourrait répondre, il est vrai, que lorsque l'Etat s'approprie l'ordre moral religieux, celui qu'établit une religion déterminée considérée comme religion de l'Etat, il l'érige à la hauteur d'ordre moral ou d'ordre public absolu.

594. — Quoi qu'il en soit, bien des auteurs admettent encore aujourd'hui que, là où le divorce n'est pas admis, les tribunaux ne peuvent pas même recevoir une demande en divorce dirigée par un étranger contre un étranger. M. Asser, appliquant avec une logique apparente les conséquences de ce système, soutient que « le juge d'un pays où le divorce est admis n'en pourrait repousser la demande, sous prétexte qu'au lieu de la célébration du mariage ou du premier domicile conjugal, le divorce n'existe pas. Dans les pays où ce moyen de dissolution est admis, le législateur a pensé qu'il serait contraire à l'ordre public de maintenir un mariage dont la dissolution serait réclamée pour un motif légal. Et en cela il n'a pas

(1) Laurent. Op. cit., p. 210.

été guidé seulement par l'intérêt personnel des époux, mais s'est inspiré avant tout de considérations qui se rattachent à l'intérêt de la famille, à l'ordre public, aux bonnes mœurs⁽¹⁾ ». Il cite en ce sens diverses autorités, un arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles du 14 mai 1881 et un arrêt de la Cour de Cassation du 9 mars 1882⁽²⁾. Mais ces deux décisions n'ont fait que consacrer en termes formels l'autorité du statut personnel en la matière. Quant aux autorités citées, elles reconnaissent effectivement que c'est d'après la *lex fori* que l'on doit apprécier si un individu peut obtenir, oui ou non, le divorce, et cela parce que tout ce qui touche au divorce est essentiellement d'ordre public. Mais comme elles n'attribuent compétence à cet effet qu'au juge du domicile, et comme la loi du domicile est, d'après elles, la loi personnelle des parties, la loi personnelle se confond nécessairement dans l'espèce avec la *lex fori*, la loi du lieu où l'action est intentée.

Pour nous, il nous paraît évident que le principe admis par ces auteurs doit être rejeté, parce que la loi qui autorise le divorce se rattache peut-être moins encore que la loi qui le prohibe à l'ordre public international. L'intérêt des époux n'est certes pas le seul motif sur lequel reposent des dispositions de ce genre : l'intérêt de la famille, souche de la nation, y entre pour une grande part. Mais c'est là un intérêt national. L'ordre public absolu ne nous paraît pas exiger impérieusement que l'état de deux époux étrangers puisse être modifié en Belgique par la dissolution de leur mariage, si cette dissolution est repoussée par leur loi nationale, ou par leur loi personnelle, pour nous servir d'une expression plus générale. Comme le fait remarquer avec raison M. Weiss⁽³⁾, la séparation de corps prononcée à titre définitif, si la loi étrangère l'autorise, sinon à titre provisoire, par nos tribunaux, suffira à sauvegarder la paix publique, à prévenir le scandale et le

(1) Asser. Op. cit., p. 118.

(2) Waechter. *Archiv*, T. XXV, p. 187. — Schaeffner, § 124. — Savigny, p. 337. — De Bar, p. 92. — Surtout l'encyclopédie de Holtzendorff, p. 702, et Westlake, § 43. *R. d. d. i.*, T. XIII, p. 440. *Belg. judiciaire*, 1881, p. 758, et 1882, p. 468.

(3) Weiss. Op. cit., p. 539.

mauvais exemple d'une existence commune insupportable. Ajoutons qu'au point de vue des rapports internationaux, il serait assez étrange que les autorités de notre pays prêtassent leur appui à des étrangers, pour les aider à violer leurs lois nationales d'ordre public qui les obligent même sur notre sol, et que ce système aboutirait à placer les époux étrangers dans cette situation singulière, qu'ils seraient tenus pour encore mariés aux yeux de leur loi nationale, pour non mariés et libres de disposer de leur personne en Belgique, tandis qu'en pays tiers ils seraient dans une situation équivoque et douteuse. Cette solution accroîtrait donc le danger des mariages nuls, et le désordre international en matière de droits privés.

595. — Par contre le divorce légalement prononcé en pays étranger entre étrangers doit, à notre avis, être respecté partout, et partout ces époux désunis devront être considérés comme capables de contracter une nouvelle union, même dans les pays où le divorce n'est pas admis. La Cour de Cassation l'a reconnu en France sous l'empire de la loi de 1816, contrairement à l'opinion de Demangeat et de Mailher de Chassat, sur les remarquables conclusions du procureur général Dupin, et conformément au rapport du conseiller Sévin; l'arrêt a fait jurisprudence⁽¹⁾. On l'a admis également en Italie, contrairement à l'opinion de Rocco, mais conformément à celle de Pasquale Fiore⁽²⁾, et la Cour de Milan a accordé l'exequatur d'un jugement d'Athènes ayant prononcé le divorce entre deux époux grecs. Nous ne doutons guère que la même solution ne soit admise en Autriche, et cela semble résulter des décisions rendues à l'occasion des mariages transylvaniens. Quant à l'Espagne et au Portugal, nous ne savons guère ce que l'on y déciderait à cet égard. Mais il nous paraît indubitable que l'on y finira, si on ne l'a déjà fait, par admettre les principes exposés plus haut. Il est certain, en tout cas, que, dans les pays tiers où le divorce existe, un nouveau mariage, contracté

(1) V. dans Laurent (op. cit., T. V, n° 128) de longs détails sur ces débats.

(2) Arrêt de Milan, 29 nov. 1887. *J. d. d. i. p.*, 1889, p. 168.

en Espagne par un individu non Espagnol et valablement divorcé d'après sa loi personnelle, sera considéré comme valable, quelle que soit à cet égard la jurisprudence espagnole.

Laurent aperçoit une certaine contradiction entre ces principes, admis même en France sous l'empire de la loi de 1816, et la règle d'après laquelle des étrangers ne pouvaient y faire prononcer leur divorce, malgré les dispositions de leurs lois nationales. Nous ne sommes pas partisan de cette dernière règle, mais la contradiction n'est cependant qu'apparente. Comme nous l'avons déjà fait ressortir, il y a une grande différence entre le fait de sanctionner directement et immédiatement, dans notre pays, les dispositions d'une loi étrangère contraire à notre ordre public, et celui de reconnaître les résultats qu'elle a produits en fait dans un pays étranger et entre des étrangers, c'est-à-dire dans un lieu absolument soustrait à notre contrôle, entre personnes qui n'étaient pas même temporairement soumises à notre droit public national. Lorsque à une époque postérieure l'étranger dégagé du lien matrimonial se rend dans n'importe quel pays, sa capacité doit nécessairement être appréciée d'après sa loi personnelle : aux yeux de celle-ci il n'est pas engagé dans les liens d'un premier mariage, et le fait qu'il contracte, dans cette situation ainsi fixée, un nouveau mariage, ne peut avoir, en lui-même, rien de contraire aux lois d'ordre public de ce pays.

596. — Il est à peine nécessaire de remarquer ici que, pour un certain nombre de pays, la loi personnelle est encore la loi du domicile. Il en est ainsi en Angleterre, et même en Allemagne, jusqu'à l'heure présente. Partant de ce principe la jurisprudence anglaise admet : I) que la Cour anglaise de divorce a compétence pour dissoudre le mariage d'époux domiciliés en Angleterre au moment de la demande, quels que soient le lieu de célébration du mariage, le lieu ou la cause de divorce est née, le domicile des époux au moment du mariage, leur nationalité et leur résidence ; II) qu'elle n'a pas compétence pour dis-

soudre le mariage d'époux non domiciliés en Angleterre, lors de l'intentement de l'action, sauf : 1° dans le cas de résidence accompagnée de circonstances exceptionnelles ; 2° si le défendeur comparait en personne et sans faire de réserves ; 3° entre sujets britanniques si la femme demande en divorce y a une résidence ; III) qu'un tribunal étranger a compétence pour dissoudre le mariage d'époux domiciliés dans son pays, et que le divorce prononcé par ce tribunal est valable. Ce principe s'applique aux mariages anglais, c'est-à-dire lorsque le mari est domicilié en Angleterre au moment du mariage, comme aux mariages étrangers, c'est-à-dire lorsque le mari est domicilié à cette époque en pays étranger. Et M. Dicey incline à penser que cette règle serait appliquée dans tous les cas, alors même qu'il s'agirait d'époux n'ayant pas la faculté de divorcer d'après leur loi nationale. Il n'en excepte que le cas où un divorce étranger a été obtenu par fraude ou collusion des époux, celui où les principes naturels de la justice ont été violés dans la procédure, et celui où, s'agissant d'un mariage anglais, la cause du divorce n'est pas admise en Angleterre. Toutefois, M. Dicey a des doutes graves sur la valeur de cette exception. Et son habile traducteur et commentateur, M. Stocquart, constate que la jurisprudence anglaise la plus récente ne l'admet plus (1).

Il résulte de ces observations que le juge anglais applique d'une manière presque constante la loi du domicile. Le tribunal compétent étant le tribunal du domicile du mari, c'est-à-dire, en règle, celui du domicile des époux, il ne saurait y avoir de contradiction entre la loi du for et la loi du domicile, laquelle est en définitive la loi personnelle d'après la jurisprudence anglaise. Ce système est en somme assez simple ; mais est-il aussi juste et aussi rationnel qu'il est simple ? Par les motifs énoncés ailleurs nous préférons, quant à nous, la loi nationale des parties ou tout au moins du mari, au moment de l'action en divorce. Et la doctrine anglaise nous paraît surtout

(1) Dicey et Stocquart. Op. cit., pp. 109 et ss.

exagérée et inadmissible, en ce qu'elle tend à considérer comme dépourvu de tout effet en Angleterre le divorce obtenu par un étranger contre son conjoint étranger, conformément à sa loi nationale, et devant les tribunaux de sa nation, dès qu'il n'est pas domicilié sur le territoire de celle-ci. Quoi qu'il en soit, cette doctrine n'en rend pas moins hommage à la loi personnelle, lors même qu'il s'agirait d'une loi étrangère non conforme (en cette matière, intéressant l'ordre public) à la loi anglaise. Seulement cette loi est, comme nous l'avons vu, la loi du domicile.

597. — Lorsque l'on admet la loi nationale des parties comme loi personnelle, il n'y a pas de motif pour ne pas lui attribuer une action aussi étendue qu'à la loi du domicile. Et les conflits entre la loi du for et la loi nationale seront également impossibles, si l'on admet, comme en Italie, comme on l'a fait longtemps en France, que les tribunaux ne peuvent connaître que des divorces entre nationaux. Malheureusement il est impossible, semble-t-il, que l'on agisse de cette manière, sans commettre des espèces de dénis de justice vis-à-vis d'étrangers domiciliés sur le territoire national. C'est un inconvénient de l'application de la loi nationale, en la matière qui nous occupe, mais ce n'est pas un motif pour s'en départir si en définitive elle est plus juste et plus rationnelle. En Belgique, la jurisprudence est fixée dans le sens de la compétence des tribunaux belges, pour prononcer le divorce entre étrangers domiciliés dans notre pays. Et les tribunaux français semblent tendre de plus en plus à abandonner leur ancienne jurisprudence, si vertement critiquée par Laurent, par Phillimore et par d'autres auteurs. La 1^{re} Chambre du tribunal civil de la Seine a décidé le 6 juin 1890, conformément à sa jurisprudence antérieure, que l'incompétence des tribunaux français pour juger des questions d'état entre étrangers n'est point absolue, qu'elle tient seulement à la qualité personnelle des parties en cause, qui ont toujours le droit de demander leur renvoi devant leurs juges naturels, et qu'il incombe dès

lors au défendeur d'établir tout d'abord qu'il est de nationalité étrangère, *et de justifier*, d'autre part, qu'il possède à l'étranger un domicile réel devant les juges duquel l'action pourrait être portée⁽¹⁾. Et par trois arrêts successifs des 8 août, 4 novembre et 5 décembre 1890, la Cour de Paris (1^{re} et 4^e Chambre) a consacré les mêmes principes. Le premier de ces arrêts a été rendu sur des conclusions conformes très savantes de M. l'avocat général Roullier⁽²⁾. Dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, on semble reconnaître comme compétents pour statuer sur une action en divorce, les tribunaux du pays où les deux parties sont domiciliées, et même celui du lieu où l'un des époux est domicilié, pourvu que l'autre s'y trouve au moment où l'action est intentée et que la demande lui ait été signifiée à personne, ou même s'il ne se trouve pas dans le territoire de l'Etat, à la condition que le mariage y ait été célébré et qu'il en ait reçu notification dans les formes exigées par la loi de son pays⁽³⁾.

598. — Si la loi personnelle des parties, laquelle est dans beaucoup de pays leur loi nationale, régit en principe la faculté de demander un divorce, une séparation de corps perpétuelle ou une séparation temporaire, il semble logique d'en conclure que c'est d'après cette loi également que devront être appréciées les causes sur lesquelles l'on pourra baser cette demande. C'est le principe admis en Belgique, et l'on n'en excepte que le cas où l'une ou l'autre cause de divorce admise par la loi étrangère se heurterait, dans notre pays, contre une loi d'ordre public⁽⁴⁾. Un arrêt du 16 janvier 1882 avait reconnu le même principe⁽⁵⁾, et décidé en conséquence que la loi nationale d'un Anglais prescrivant l'application de la loi de son domicile, en ce qui concerne le divorce, cette dernière loi devait recevoir application en ce qui concerne

(1) *J. d. d. i. p.*, 1890, p. 483.

(2) *Id.*, 1890, pp. 875, 877 et 890.

(3) Dudley Field. *Op. cit.*, p. 452.

(4) Arrêts de Bruxelles des 17 avril et 13 nov. 1889. *B. jud.*, 1889, pp. 1083, et 1890, p. 315.

(5) *B. jud.*, 1882, p. 579.

les causes du divorce. C'est pousser très loin, mais non sans logique, le respect de la loi nationale étrangère, et il y a controverse, comme nous l'avons vu, sur cette extension du principe. Mais le principe même a été appliqué par un grand nombre d'autres décisions (1), et c'est la doctrine enseignée par de très nombreuses autorités citées dans Vincent et Pénaud (2). C'est aussi l'opinion de Fiore (3). On peut donc considérer ce point comme assez généralement admis par l'école française et l'école italienne, tandis que la jurisprudence allemande et l'école anglo-américaine appliquent plutôt en cette matière la loi du domicile ou la *lex fori*, qui se confond souvent avec la première à raison des règles sur la compétence. Pour nous, nous préférons, comme nous l'avons dit, la loi nationale, sous les restrictions d'ordre public absolu établies par la *lex fori*. On ne peut pas demander à un tribunal de rendre des décisions contraires à l'ordre public absolu en vigueur dans l'Etat dont il émane, c'est-à-dire à ces principes que l'on considère comme applicables aux étrangers aussi bien qu'aux indigènes. Toutefois, l'application uniforme de la *lex fori* conduirait aux situations les plus regrettables et les plus scandaleuses. Il est certain que, dans les pays nombreux où l'on reconnaît en cette matière l'empire de la loi nationale, les divorces obtenus par des nationaux en pays étranger, pour des motifs non reconnus par celle-ci, ne seraient nullement considérés comme valables. Le second mariage contracté par le national dans ces conditions serait entaché de bigamie, et constituerait un crime. Les enfants qui en naîtraient seraient tenus pour illégitimes et adultérins. Et n'est-il pas souverainement immoral qu'un époux puisse modifier son statut, acquérir le droit de divorce, rien qu'en changeant de domicile, c'est-à-dire par un acte dépendant exclusive-

(1) Trib. de Bruxelles, 19 févr. 1881. Pas. 1881, III, 94. — Arrêt Bruxelles, 14 mai 1881, *B. jud.*, 1881, p. 758. — Cassat. B., 9 mars 1882, *B. jud.*, p. 468, an. 1882. — Tr. de Bruxelles, 6 févr. 1889. *J. des Trib.*, 1889, p. 615.

(2) Op. cit., v° *Séparat. de corps*, n° 58. — Laurent. Op. cit., T. V, p. 244. — Weiss. Op. cit., p. 535.

(3) Op. cit., nos 131 et ss.

ment de sa volonté? Ce système est du reste inconséquent; car si les lois qui déterminent les causes du divorce sont d'ordre public absolu, c'est-à-dire obligatoire même pour les étrangers, à plus forte raison s'imposent-elles aux nationaux. Or, il nous paraît indéniable que, le lien de sujétion n'étant pas brisé par le simple déplacement du domicile, les sujets qui se trouvent en pays étranger sont encore tenus d'y respecter les lois d'ordre public de leur pays. Ce système est donc irrationnel, et pernicieux au point de vue des rapports internationaux.

599. — L'applicabilité de la loi nationale aux causes du divorce et de la séparation peut être envisagée sous deux aspects : au point de vue de ce qu'elle repousse, au point de vue de ce qu'elle admet. En tant qu'elle exclut implicitement telle ou telle cause de divorce ou de séparation, son applicabilité ne peut guères être envisagée comme contraire à l'ordre public. S'il y a véritablement scandale dans le maintien d'une union entre étrangers, profondément troublée par une cause, qui cependant n'autorise, d'après leur loi nationale, ni le divorce, ni même la séparation de corps, une séparation de fait pourrait être autorisée, et l'époux dont la conduite causerait du scandale pourrait même être expulsé. Souvent sa conduite tomberait sous l'application de la loi pénale. Mais il est peu vraisemblable qu'un état de choses pareil se réalise en fait. Partout, en tous lieux, les infractions graves aux devoirs matrimoniaux entraînent sinon le divorce, au moins la séparation de corps.

Il se peut aussi que la loi nationale des époux étrangers admette le divorce ou la séparation de corps, pour des causes contraires à l'ordre public absolu du pays où l'instance est engagée. Dans ce cas leur demande n'y sera point reçue. Mais il faut se garder de considérer une cause de divorce ou de séparation de corps comme contraire à l'ordre public absolu d'un pays, par cela seul qu'elle ne figure point dans sa législation sur la matière, et de s'exagérer les exigences de cet ordre public. C'est un peu, nous paraît-il, la tendance de certains auteurs.

M. Weiss fait remarquer que la loi française de 1884 voit une cause de divorce dans le simple adultère du mari, tandis que la législation anglaise exige que cet adultère ait été accompagné d'inceste ou de bigamie pour que la dissolution du mariage puisse être prononcée. « Les juges anglais » dit-il, « n'hésiteront pas à repousser la demande de divorce fondée sur le seul adultère du mari, parce que la preuve de cet adultère aboutira à des investigations souvent scandaleuses, dans tous les cas jugés par la loi anglaise dommageables à la morale publique et à l'intérêt des familles. » Il est certain, en effet, que les juges anglais en décideront ainsi, mais par une raison différente. La jurisprudence anglaise admet en effet comme base exclusive de sa compétence en cette matière le domicile, de même qu'elle le considère comme seule base de la compétence des tribunaux étrangers. La loi du for se confond donc pour eux avec la loi du domicile. Mais la jurisprudence anglaise tend à considérer comme valables les divorces prononcés par des tribunaux étrangers, même entre Anglais, et fussent-ils fondés sur des motifs inadmissibles d'après la loi anglaise, pourvu que les époux soient domiciliés dans leur ressort. En fait, nous ne verrions dans l'admission de cette cause de divorce rien de contraire à l'ordre public anglais, lorsqu'il s'agit d'étrangers. Notre législation ne considère pas comme une cause de divorce ou de séparation de corps le simple adultère du mari non commis dans la maison conjugale. Mais, s'agissant d'un étranger, qui, d'après sa loi nationale, peut demander le divorce pour cette cause, on peut, en présence des conceptions qu'elle atteste quant aux devoirs conjugaux, considérer ce fait comme une injure grave, et il n'y a rien de contraire à nos lois d'ordre public à l'admettre comme une cause de divorce entre étrangers⁽¹⁾. De même, un époux français qui a obtenu la séparation de corps peut parfaitement, d'après notre jurisprudence, obtenir de nos tribunaux la conversion de

(1) En ce sens : Tr. Bruxelles, 30 juillet 1887. *J. T.* 1887, p. 1230.

la séparation de corps en divorce, bien que notre législation y autorise seulement l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée⁽¹⁾. Qu'y a-t-il en cela de contraire à notre ordre public? De même, l'abandon malicieux pourrait être considéré comme pouvant servir de base au divorce entre étrangers, si leur loi nationale en dispose ainsi, cet abandon revêtant par cette circonstance même le caractère d'injure grave. Mais nous pensons que nos tribunaux ne pourraient admettre, comme cause suffisante de divorce entre des étrangers, ni l'impuissance, ni probablement l'aliénation mentale incurable, les maladies graves et infectieuses, ou l'absence prolongée n'ayant pas le caractère d'un abandon malicieux. Pour l'impuissance, cela nous paraît certain, à cause des investigations scandaleuses auxquelles cela pourrait donner lieu, du résultat souvent incertain de ces investigations et du fait que l'impuissance n'implique pas une faute de la part de l'époux qui se trouverait dans cette triste situation. Ce dernier motif trouve également application lorsqu'il s'agit de l'aliénation mentale, des maladies physiques et de l'absence. Quant aux maladies et à la démence, de pareilles infortunes appellent la pitié; et de qui l'époux, qui en est victime, peut-il attendre de la commisération, si ce n'est en toute première ligne de son conjoint? L'admission d'un divorce pour de pareils motifs répugnerait, pensons-nous, à nos mœurs, à ce que l'on considère comme les *bonnes mœurs* dans notre pays. Peut-être faut-il en dire autant de l'absence, même prolongée; mais nous hésiterions davantage, lorsqu'elle a duré au point de faire présumer la mort. On peut trouver quelque inconvénient à condamner à un célibat perpétuel, celui qui ne peut plus croire son conjoint encore vivant, dont l'affection s'est nécessairement émoussée par une très longue séparation, et qui, à défaut d'affection, ne lui est même plus uni par les liens de la pitié. Laurent objecte

(1) Tr. de Bruxelles, 2 janvier 1885, 14 février 1885, 20 mai 1885.—Tr. Liège, 3 avril et 14 juin 1885. Pas. 1885, III, pp. 46, 243, 992, et 1886, III, p. 13. *J. T.* 1885, p. 622.

vainement⁽¹⁾ que pareille loi légitimerait l'oubli de la foi jurée, et consacrerait la bigamie dans le cas où l'absent reviendrait et trouverait son conjoint engagé dans de nouveaux liens. Cela n'est pas plus exact que dans les autres cas de divorce, dès que le mariage est déclaré dissous. Nous ne prétendons point qu'une loi de ce genre doive être considérée comme digne d'approbation, mais là n'est pas la question : il s'agit de savoir si elle est contraire à notre ordre public, et nous avons à cet égard quelque hésitation.

600. — Nous ne considérons pas comme contraire à nos lois d'ordre public la disposition de la loi italienne qui permet à la femme de demander la séparation de corps, lorsque le mari, sans juste motif, n'adopte pas une résidence fixe, ou quand, en ayant les moyens, il refuse de la fixer d'une manière qui convienne à sa condition. Cela constitue certainement la violation d'un des devoirs qu'entraîne le mariage. « Si le mari est un pingre, » dit Laurent, « sera-ce une raison pour autoriser le divorce ⁽²⁾? » Mais d'abord, il ne s'agit pas du divorce ; il s'agit de la séparation de corps, et il y a peut-être lieu de se montrer moins rigoureux, quant aux motifs de la séparation de corps, laquelle n'entraîne pas nécessairement la séparation perpétuelle des époux, que quant aux causes du divorce. Ensuite ce n'est point parce qu'une loi étrangère se montrerait moins rigoureuse que la nôtre, quant aux causes de la séparation de corps, qu'on devrait la considérer comme absolument contraire à notre ordre public. L'importance du devoir violé dépend plus ou moins des mœurs nationales. D'après l'état des mœurs, ce qui constitue une injure légère suivant nous, peut être considéré comme une injure grave par la législation nationale des époux. N'y a-t-il pas quelque contradiction, au surplus, dans le système de Laurent, à déclarer que le divorce ne peut être refusé à des époux étrangers auxquels il est permis, d'après

(1) Op. cit., T. V. p. 289. — Dans tous les cas l'effet de ces divorces prononcés entre étrangers par un tribunal compétent devrait être respecté dans notre pays.

(2) Laurent. Op. cit., T. V, p. 289.

leur loi nationale, lors même que la loi du for le considère comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et à ériger d'autre part le législateur du for, en appréciateur absolu des *causes* du divorce entre époux étrangers? Nous le pensons.

601. — Ce que nous venons de dire des causes du divorce et de la séparation de corps s'applique, nous paraît-il, également en ce qui concerne la question de savoir si l'étranger pourra obtenir un divorce par consentement mutuel ou une séparation par consentement mutuel, malgré sa loi nationale qui le lui défend, là où le consentement mutuel est admis, s'il pourra l'obtenir en vertu de sa loi nationale, là où ce mode de divorce ou de séparation n'est point admis par la loi du for. La question peut donc être envisagée, comme la précédente, à un double point de vue. Pour ce qui concerne les limites auxquelles le droit de l'étranger est subordonné en cette matière par sa loi nationale, il n'y a nul inconvénient à les respecter. Qu'un Hollandais ne puisse pas obtenir dans notre pays ou en France un divorce par consentement mutuel, en quoi notre ordre public pourrait-il en être lésé? Qu'un Belge ne puisse pas obtenir une séparation de corps par consentement mutuel en Hollande, quel inconvénient en peut-il résulter au point de vue de l'ordre public hollandais? La règle qui autorise ce mode de dissolution ou de relâchement des liens du mariage est plutôt établie dans l'intérêt des époux, que dans un intérêt général, et la morale n'a rien à y voir. Mais il en est autrement peut-être de la règle qui l'autorise. Un Hollandais pourrait-il obtenir une séparation de corps par consentement mutuel en Belgique; un Belge pourrait-il obtenir un divorce par consentement mutuel en Hollande? Laurent résout la question affirmativement, au moins en ce dernier cas, parce qu'il conclut du texte de l'art. 233 du Code civil que le divorce par consentement mutuel, tel que les auteurs du Code l'ont entendu, n'est autre chose qu'un divorce pour cause déterminée. Mais il reconnaît que ce n'est là qu'une fiction, et qu'en réalité les époux divorcent parce que tel

est leur bon plaisir⁽¹⁾. La question est de savoir si, en pays étranger, on s'en tiendra à la fiction ou à la réalité. Il n'est pas douteux pour nous qu'on s'en tiendra à la réalité. Et lorsque les époux demandeurs répondront, la loi à la main, aux objections qui leur seraient opposées en Hollande, « qu'il existe pour eux une cause péremptoire de divorce (C. Nap., art. 233) », ce qui paraît *décisif* à Laurent, on leur répliquera que c'est précisément cette fiction, cette présomption, que la loi hollandaise repousse et condamne.

602. — La question revient donc toujours à examiner si la prohibition de ce genre de divorce ou de séparation de corps repose sur des considérations d'ordre public absolu, ou d'ordre public relatif. Il faut donc chercher sur quels motifs elle repose. En fait, les auteurs ne s'accordent guère sur les motifs pour lesquels le Code civil français exclut la séparation de corps par consentement mutuel. Laurent en conclut même qu'il n'y a pas de bonne raison⁽²⁾. On ne peut guère affirmer en présence de ces incertitudes qu'une loi étrangère, autorisant la séparation de corps par consentement mutuel, serait contraire à notre ordre public. Et il en résulte que rien ne s'opposerait en principe à ce que des époux hollandais demandassent et obtinssent la séparation de corps par consentement mutuel dans notre pays. A cet égard, nous partageons complètement l'opinion de M. Laurent. S'agit-il de savoir, au contraire, si des époux belges seront admis à demander le divorce par consentement mutuel en Hollande ou en France, en vertu de leur loi nationale, et contrairement à la *lex fori*, nous doutons fort que la question fût décidée dans le même sens. Lors même que l'on admettrait la séparation de corps par consentement mutuel, on comprendrait aisément que l'on n'admît point *le divorce* par consentement mutuel. Le divorce ayant seul pour effet de rompre définitivement et d'une manière absolue le lien conjugal, il est aisé de concevoir que l'on se montre plus

(1) Laurent. Op. cit., T. V, p. 291.

(2) Weiss. Op. cit., p. 540.

difficile, plus rigoureux en pareille matière, et que l'on considère comme contraire à l'ordre public local une règle étrangère qui abandonne en somme l'appréciation des causes de divorce à la discrétion des parties. C'est l'opinion de Weiss⁽¹⁾, qui cite en ce sens Fiore, et dans le sens contraire un arrêt de la Cour de Chambéry du 15 juin 1869 (D. P. 1859. 2. 188). Seulement l'opinion de M. Weiss et de Fiore nous paraît trop absolue, en ce qu'elle embrasse toutes les causes de divorce non admises par la loi du for.

603. — Il peut arriver que la loi du for se borne à autoriser le divorce pour causes déterminées, et interdise à la fois tout divorce par consentement mutuel et toute séparation perpétuelle, même pour causes déterminées. Nous pensons que des dispositions de ce genre pourraient reposer, dans les pays où elles existent, sur des considérations d'ordre public absolu. C'est une question abandonnée à l'appréciation des juges. Mais en thèse générale, nous doutons qu'il en soit ainsi de l'exclusion de la séparation de corps seule. S'il n'est pas contraire aux bonnes mœurs de dissoudre le mariage pour des causes graves, pourquoi serait-il contraire aux bonnes mœurs d'autoriser simplement une distension du lien conjugal pour les mêmes causes? D'où nous concluons qu'une disposition de ce genre n'est en général fondée que sur l'intérêt commun des époux et de la famille. Or, le législateur ne doit se préoccuper que des intérêts des époux nationaux, de la famille nationale. Il peut arriver cependant que cette exclusion de la séparation de corps perpétuelle soit fondée sur des considérations d'ordre public absolu, et nous croyons qu'il en est ainsi en Allemagne. Il est funeste à la morale, d'après l'opinion prédominante dans ce pays, de placer à perpétuité les époux ou l'un d'eux dans une situation où ils sont encore enchaînés par les liens d'un mariage précédent, sans pouvoir revendiquer l'un des droits de l'époux, et ce serait les encourager, les entraîner dans une certaine

(1) *Principes du droit civil*, T. III, p. 368.

mesure, à conclure des unions illicites, en un mot au libertinage. Lorsque tel est le motif de cette règle prohibitive, nous estimons que, dans les pays où elle existe, elle doit être envisagée comme applicable même aux époux étrangers.

604. — On peut du reste se trouver en présence d'assez sérieuses difficultés pratiques, lorsque l'on admet l'application extensive des lois admettant le divorce ou la séparation par consentement mutuel, dans un pays où ce mode de divorce ou de séparation n'est pas consacré et organisé par la loi. Quelle procédure suivra-t-on ? Il est de principe assez généralement admis qu'en matière de formes de procédure on doit se conformer à la loi du lieu où le procès s'engage, à la *lex fori*. Mais s'il s'agit d'une procédure spéciale qui n'est pas organisée par la *lex fori*, comment procédera-t-on ? A la rigueur, lorsque la *lex fori* admet soit le divorce par consentement mutuel, soit la séparation par consentement mutuel, on pourra suivre par analogie, lorsqu'il s'agira de séparation de corps, les formes établies pour le cas de divorce, et vice-versâ. Mais si la *lex fori* n'admet ni le divorce par consentement mutuel, ni la séparation par consentement mutuel, il faudra ou bien que le juge se contente de la preuve du consentement mutuel, et statue ensuite comme dans les cas ordinaires, ce qui impliquerait probablement une contradiction avec l'esprit de la législation nationale des époux, ou qu'il aille puiser dans une législation étrangère la détermination des formes à observer, ce qui serait en contradiction avec les principes généralement admis. C'est une raison assez puissante pour que des époux belges ne puissent obtenir le divorce par consentement mutuel dans les Etats allemands, qui n'admettent ni cette forme de divorce, ni cette forme de séparation.

Section II. — Des effets du divorce et de la séparation de corps.

605. — Le principal effet du divorce est la rupture complète du lien conjugal, de telle manière que chacun

des époux recouvre la faculté de contracter un nouveau mariage. Quant à la séparation de corps, on l'a appelée, avec quelque apparence de raison, le divorce des catholiques. Elle ne diffère guères du divorce que par le fait que les époux ne cessent pas d'être engagés dans les liens du mariage, et sont dans l'impossibilité de contracter une nouvelle union, aussi longtemps que ces liens ne sont point brisés par le décès de l'un d'eux. Sous ce rapport, le divorce de la loi espagnole n'est qu'une véritable séparation de corps. En thèse générale, l'effet de ces actes quant à la capacité, quant à l'état des parties, nous paraît incontestablement régi par leur loi personnelle, et nous entendons par là leur loi nationale. Il est à remarquer cependant que, si l'on a appelé la séparation de corps le divorce des catholiques, l'expression n'est pas parfaitement exacte. Elle laisse subsister, outre le devoir de fidélité, l'obligation alimentaire, l'incapacité de la femme à l'effet d'aliéner, et, d'après l'opinion générale, son incapacité d'ester en justice sans l'autorisation de son mari, bien que ceci soit assez contestable.

606. — Le divorce, tout en rendant aux époux leur liberté personnelle à l'effet de contracter une nouvelle union, établit certains empêchements de mariage. Il importe d'examiner si ces empêchements, qui ne sont du reste que prohibitifs d'après nos lois et n'ont pas d'effet dirimant, se rattachent à l'ordre public absolu ou à l'ordre public national. Dans le premier cas, en effet, ils feront toujours obstacle au mariage des époux divorcés étrangers, dans notre pays. Dans le second, ils n'y feront obstacle que s'ils figurent également dans leur loi nationale. Le Code Napoléon dispose : que les époux divorcés ne peuvent plus se réunir (art. 295); que l'épouse coupable ne peut jamais se marier avec son complice (art. 298); que, dans le cas de divorce pour cause déterminée, la femme ne peut se remarier que dix mois après le divorce prononcé (art. 296); que, dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du

divorce. Un premier point nous paraît certain, c'est que ces incapacités spéciales ou limitées suivent, aux yeux de notre législation, comme aux yeux de tous les Etats qui admettent la loi nationale comme réglant la capacité, le Belge qui se rend à l'étranger : mais elles l'y suivent avec leur caractère d'empêchements simplement prohibitifs. C'est l'opinion de Laurent. Il admet cependant une exception à ce dernier principe, au cas où des époux belges se seraient rendus en pays étranger précisément pour éluder ces lois prohibitives, pour faire fraude à leur loi nationale. Et, dans ce cas, le mariage pourrait être annulé : car sans cela, il serait vraiment trop facile de se jouer de ces dispositions prohibitives. Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion. On fait un véritable abus de ces annulations pour fraude à la loi. Cela revient en somme à transformer des empêchements prohibitifs en empêchements dirimants. Il se peut parfaitement qu'un époux divorcé, quoi qu'en dise Laurent, parvienne à contracter mariage, même en Belgique, au mépris de ces prohibitions, soit parce que l'officier de l'état civil aura ignoré la loi, soit parce qu'il aura ignoré les faits. Annulera-t-on dans ce cas le mariage, parce que les parties l'auront sciemment laissé dans cette ignorance ? Nous ne pouvons l'admettre. La loi crée ici des empêchements, il est vrai, mais elle ne les juge pas assez graves pour que les inconvénients, qui résultent d'un mariage contracté au mépris de ces empêchements, doivent être réparés par un mal à ses yeux plus grave encore : l'annulation du mariage.

607. — La question a une seconde face, et nous l'avons indiquée plus haut. Un époux étranger divorcé en pays étranger ou en Belgique, non soumis d'après sa loi nationale aux empêchements prohibitifs énumérés ci-dessus, pourra-t-il contracter mariage en Belgique avec son complice, lorsque le divorce a été prononcé contre lui pour cause d'adultère ? Pourra-t-il, s'il s'agit de divorce par consentement mutuel, se remarier moins de trois ans après la prononciation du divorce ? Les époux divorcés pourront-ils se remarier ? Et, dans le cas de divorce pour cause

déterminée, la femme étrangère divorcée pourra-t-elle se remarier moins de dix mois après le divorce prononcé? Laurent se prononce pour l'affirmative. Weiss admet la négative, spécialement dans ce dernier cas, et lorsqu'il s'agit du mariage de l'épouse divorcée avec son complice. Il se fonde simplement sur ce que les dispositions des art. 296 et 298 du Code civil sont d'ordre public international, et cite à l'appui un arrêt de la Cour d'Appel de Paris⁽¹⁾. Dans le même sens se sont prononcés Demolombe, Aubry et Rau et Brocher⁽²⁾. Il nous est absolument impossible de nous rallier à cette opinion. Il nous semble tout d'abord qu'il y a quelque contradiction à admettre, d'une part, que l'étranger divorcé et capable de se remarier, d'après sa loi nationale, pourra contracter une seconde union, même dans un pays où le divorce est *absolument inconnu et interdit*; et d'autre part, que si le divorce est permis dans ce pays, il devra respecter des prohibitions beaucoup moins absolues, beaucoup plus spéciales. De plus, le caractère simplement prohibitif de ces empêchements paraît indiquer que, dans la pensée du législateur, ils ne sont pas dictés par des considérations d'ordre public absolu. M. Weiss lui-même les envisage comme ayant leur base dans des motifs de décence. Cela est-il assez grave pour exclure l'application de la loi nationale des parties s'agissant d'un époux étranger? Le plus grave de ces empêchements, celui d'après lequel l'époux contre lequel le divorce a été prononcé ne peut pas épouser son complice, donne lieu à des appréciations très diverses, suivant les pays. Non-seulement il n'existe pas en Angleterre, mais on y considère pareil mariage comme un devoir d'honnêteté pour le complice⁽³⁾.

608. — La séparation de corps et de biens produit parfois un autre effet : celui d'autoriser l'époux contre lequel

(1) Paris, 13 févr. 1862. D. P. 1873, 2, 160.

(2) Demolombe. T. I, p. 114. — Aubry et Rau. T. I, p. 96. — Brocher. Op. cit., T. I, p. 277.

(3) Le projet du nouveau Code belge, art. 40, considère cet empêchement comme absolu, et applicable même à l'étranger. C'est du reste le seul. Et la question n'a pas été examinée à fond.

elle a été prononcée, et, dans certains pays, l'époux même au profit duquel elle a été prononcée, à demander le divorce, lorsqu'elle s'est prolongée pendant quelque temps. Nous croyons que, là au moins où l'on admet le divorce, cette disposition de la loi personnelle des époux étrangers ne peut se heurter contre l'ordre public absolu. En France l'époux demandeur en séparation de corps a ce droit, et, comme nous l'avons dit, nos tribunaux admettent que l'époux français peut l'exercer même en Belgique, bien que nos lois ne l'attribuent qu'à l'époux contre lequel la séparation a été prononcée.

609. — Les effets du divorce et de la séparation de corps, quant aux biens, nous paraissent incontestablement réglés partout par la loi personnelle des époux, c'est-à-dire par leur loi nationale, ou par celle de leur domicile, suivant que l'on admet l'une ou l'autre comme régissant leur statut personnel. Mais il y a cependant une distinction qui s'impose, nous paraît-il. En tant qu'il s'agira de répartir les biens d'après le régime matrimonial tacitement accepté par ou imposé à deux époux, on devra appliquer incontestablement la loi personnelle qui régit leurs biens *ab initio*, et qui ne peut être modifiée par un changement de nationalité ou de domicile. On appliquera dès lors soit leur loi nationale au moment du mariage, soit la loi du domicile matrimonial. S'agit-il au contraire de certaines déchéances, de la privation de certains avantages, espèces de pénalités civiles que le divorce peut entraîner, on appliquera la loi personnelle à laquelle les époux sont soumis au moment où l'action est intentée, et la même règle nous paraît devoir être suivie en ce qui concerne les effets du divorce quant aux enfants. Ce sont des questions qui nous paraissent toucher directement au statut personnel. En aucune matière du reste la loi nationale ne paraît davantage mériter la préférence sur la loi du domicile.

610. — L'Institut de droit international a adopté, dans sa session de Lausanne, en ce qui concerne le divorce, les deux règles suivantes :

« ART. 17. — La question de savoir si un divorce est

légalement admissible ou non, dépend de la législation nationale des époux.

» ART. 18. — Si le divorce est admis en principe par la loi nationale, les causes qui le motivent doivent être celles de la loi du lieu où l'action est intentée.

Le divorce ainsi prononcé par le tribunal compétent est reconnu valable partout. »

Nous n'avons pas à critiquer la première proposition. Elle est digne d'être proposée à l'acceptation des nations. Etant donné que le divorce est admis par presque toutes les nations, par plusieurs des grandes nations qui marchent à la tête de la civilisation, il ne devrait plus être considéré nulle part comme contraire à l'ordre public absolu. Quant à la seconde proposition qui ne semble avoir fait l'objet d'aucune discussion, elle nous paraît beaucoup trop absolue. Elle a en réalité deux faces, comme la plupart des questions qui peuvent surgir en cette matière. L'étranger qui se trouve dans notre pays peut-il demander le divorce pour des causes admises par la loi du for, lors même qu'elles ne le seraient point par sa loi nationale? Le peut-il pour des causes admises par sa loi nationale, lorsque la loi du for n'en fait aucune mention? A notre avis, il faut répondre négativement à la première question, même en théorie. Puisque la loi nationale est la base du droit de l'étranger au divorce, elle est logiquement aussi la base sur laquelle repose l'appréciation des causes de divorce, et l'ordre public du lieu où l'action est intentée ne peut avoir pour effet que de limiter ces causes. L'on admet que le droit au divorce est réglé par la loi nationale, d'où il résulte que l'étranger, auquel le divorce est interdit d'une manière absolue par celle-ci, ne pourra divorcer nulle part. Et l'on admettrait que, si le divorce ne lui est permis par sa loi nationale que pour telles causes déterminées, il pourra divorcer en pays étranger pour toute autre cause admise par la loi locale !! C'est une contradiction manifeste. — La proposition inverse se conçoit mieux, mais elle est encore trop absolue. La loi du for peut à la rigueur limiter en cette matière la capacité de

l'étranger, pour autant qu'elle repose sur des considérations *d'ordre public absolu*. Mais il ne suffit pas que telle ou telle cause de divorce ne figure point dans la législation du for, pour en conclure qu'elle serait contraire à l'ordre public absolu, même d'après cette loi. Des raisons d'opportunité, de mœurs nationales ou locales, un simple oubli même, peuvent en expliquer l'absence dans la loi du for. Il n'y a pas de motif, en cas pareil, pour que les tribunaux ne puissent prononcer le divorce pour des causes admises par la loi nationale, bien qu'elles ne le soient point par la loi du lieu où l'action est intentée. Il nous paraît donc incontestable que la résolution de l'Institut sur ce point a une portée trop étendue.

611. — La Conférence internationale de La Haye pour la codification du droit international privé a voté, en ce qui concerne le divorce et la séparation de corps, les propositions suivantes⁽¹⁾ :

« ART. 1^{er}. — Les époux ne sont admis à former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée les y autorisent.

» ART. 2. — Le divorce ne peut être demandé que pour les causes admises à la fois par la loi nationale des époux, et par la loi du lieu où l'action est intentée.

» En cas de contradiction entre la loi nationale des époux et celle du pays où la demande a été formée le divorce ne pourra être prononcé.

» ART. 3. — La séparation de corps peut être demandée : 1° Si la loi nationale des époux et la loi du lieu où l'action est intentée l'admettent également ; 2° Si la loi nationale n'admet que le divorce et si la loi du lieu où l'action est intentée n'admet que la séparation de corps.

» ART. 4. — La séparation de corps ne peut être demandée que pour les causes admises à la fois par la loi nationale des époux, et par la loi du lieu où l'action est intentée. Dans le cas prévu par l'art. 3, 2°, on se référera aux causes de divorce admises par la loi nationale.

(1) *Revue de droit international*, T. XXVI, p. 369.

» ART. 5. — La demande en divorce ou en séparation de corps peut être formée :

» 1° Devant le tribunal compétent du lieu où les époux sont domiciliés. Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

» Toutefois est réservée l'application de la loi nationale qui, pour les mariages religieux, établirait une juridiction spéciale exclusivement compétente pour connaître des demandes en divorce et en séparation de corps ;

» 2° Devant la juridiction compétente d'après la loi nationale des époux.

» ART. 6. — 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. »

Nous ne pourrions, sans nous répéter, indiquer les quelques critiques auxquelles ce projet nous paraît prêter au point de vue de la théorie, pour ne pas parler de certaines imperfections de formes. Nous reconnaissons du reste que, lorsqu'une conférence internationale veut sérieusement rédiger un projet de convention, dans une matière aussi délicate, qui ait quelque chance d'être généralement adoptée, elle doit nécessairement se résigner à certaines concessions, à des transactions entre des principes opposés. Il est en outre infiniment probable qu'il y avait parmi les membres de la Conférence des jurisconsultes ou diplomates imbus d'idées assez diverses. Ce serait déjà un progrès considérable que l'adoption en principe de la prépondérance de la loi nationale, en ce qui concerne la séparation de corps et le divorce, et tel nous paraît être l'idée fondamentale du projet. Mais on nous semble avoir fait une part trop grande encore à la *lex fori*. Elle est plus grande même que celle que lui font la jurisprudence et la pratique actuelles. Il peut fort bien arriver que la *lex fori* qui n'admet pas telle ou telle cause de divorce ou de séparation, n'ait rien de commun avec l'ordre public absolu, et ne soit qu'une loi d'ordre public national con-

cernant seulement la famille nationale et les nationaux. Et nous ne voyons pas pourquoi on ne l'admettrait pas dans ce cas, s'agissant d'époux étrangers soumis à une loi différente.

TITRE V.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

612. — On admet presque universellement que les questions relatives à la paternité et à la filiation sont régies par la loi personnelle, et cette loi est la loi nationale, d'après le principe qui tend à prévaloir actuellement, la loi du domicile, d'après les règles encore observées en pratique dans beaucoup de pays. Ce sont des questions qui touchent en effet essentiellement au statut personnel, à l'état de la personne ; et ce principe s'impose dès lors, si l'on admet comme le font la loi française, la loi belge, la loi italienne et d'autres législations, que l'état et la capacité de la personne sont régis par sa loi nationale. L'application de ce principe peut donner lieu toutefois, en matière de filiation naturelle, et même en matière de filiation légitime, à de très sérieuses difficultés, non seulement lorsqu'il s'agit de le concilier avec la force impérative ou prohibitive des lois d'ordre public, et avec la règle *locus regit actum*, mais aussi en l'absence de toute opposition réelle ou apparente de ce genre. Si, en effet, l'on admet qu'il faut en général s'en référer à la loi personnelle, comme l'état et les droits personnels de *deux* individus au moins sont engagés dans la question, il importe de se demander si c'est à la loi personnelle de l'un, ou à celle de l'autre qu'il faut s'en référer, à celle du père ou à celle de l'enfant.

613. — Comme il est très rare que la nationalité du

père ne soit pas celle de l'enfant, lorsqu'il s'agit d'un enfant né pendant le mariage, plus rare encore qu'ils n'aient pas le même domicile, cette question ne présente qu'un faible intérêt au point de vue de la filiation légitime. Elle peut cependant en présenter, par exemple pour l'enfant légitime né en France d'un père étranger qui lui-même y est né. Cet enfant est Français aux termes de la loi de 1889, sauf répudiation de la nationalité française. Il est donc considéré en France comme Français de naissance. Au reste, si le père acquiert une nationalité étrangère après la naissance, ce changement de nationalité n'influe ni d'après la loi française, ni d'après la loi belge sur la nationalité de l'enfant. Laurent est d'avis qu'en ce cas, c'est-à-dire dans le cas de nationalités différentes, la filiation légitime doit être appréciée d'après la loi nationale de l'enfant (1). Ce serait donc d'après la loi nationale de l'enfant qu'il faudrait décider si l'enfant est présumé légitime, et si le père a, oui ou non, le droit de le désavouer.

Le motif qu'il en donne, c'est que la filiation est un droit de l'enfant. Ce motif nous paraît très insuffisant. Si la filiation est un droit de l'enfant, le droit de désaveu est un droit du père. Lorsque l'on envisage la question au point de vue du droit de l'un ou de l'autre, il n'y a pas plus de raison pour se décider dans un sens que dans l'autre. Laurent objecte vainement que l'enfant naît légitime, et que sa légitimité, s'il est Français, ne peut lui être enlevée que par la loi française qui forme son statut. La question est précisément de savoir s'il naît légitime d'une manière absolue, lorsque le père étranger a, d'après la loi étrangère, le droit de le désavouer. Or, si le père est étranger, c'est la loi étrangère qui régit les effets du mariage, et il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas ainsi quant à la présomption de légitimité de l'enfant. Le droit du père est donc antérieur à celui de l'enfant, et

(1) Laurent. *Op. cit.*, T. V, p. 515. — V. dans le même sens : Weiss, *op. cit.*, p. 550, qui cite à tort Laurent comme contraire à son opinion, en ce qui concerne l'action en désaveu.

celui-ci ne naît légitime que sauf le droit de désaveu du père (1).

614. On appliquera donc la loi personnelle et, d'après nous, la loi nationale du père, lorsqu'il s'agira d'apprécier si l'enfant né 180 jours au moins après la célébration du mariage, est présumé légitime, s'il l'est encore lorsqu'il est né 300, 301 ou 302 jours après la dissolution du mariage, si la présomption de légitimité s'applique à tout enfant né pendant le mariage, si le désaveu est permis et sous quelles conditions il l'est. Nous nous abstenons ici de jeter un coup d'œil sur les législations étrangères parce que les différences ne sont pas très grandes. Néanmoins il est certain que l'action en désaveu ne pourrait être intentée avec effet, dans un pays où la cause sur laquelle il est fondé se heurterait contre des considérations d'ordre public. Une action en désaveu fondée, par exemple, sur l'impuissance du mari ne pourrait être accueillie chez nous, quand même l'étranger invoquerait sa loi nationale. L'impuissance n'est pas admise en Belgique comme cause de désaveu, non-seulement à cause du scandale des investigations auxquelles cette cause de désaveu donnerait lieu, mais à raison de l'incertitude de leurs résultats (2).

Ce que nous disons des conditions auxquelles le droit de désaveu est subordonné, des motifs du désaveu, s'applique également aux délais dans lesquels l'action doit être intentée. C'est à tort que l'on envisagerait la détermination de ces délais comme se rattachant à *la forme du désaveu*, et comme étant soumise par conséquent à la loi du for. C'est en réalité une limitation du droit de désaveu. Il n'en est pas du tout des délais dans lesquels une action doit être intentée, une poursuite commencée, sous peine de déchéance, comme de ceux dans lesquels il est permis de former opposition, d'interjeter appel ou de se pourvoir

(1) Brocher. T. I, p. 316. — Asser et Rivier. p. 124. — Duguit. p. 93.

(2) Mais l'enfant désavoué par un étranger en pays étranger pour un motif de ce genre ne serait pas considéré comme légitime chez nous. Son état le suit.

en cassation. Ces derniers concernent uniquement la procédure, et sont régis par la *lex fori*. Mais on ne peut considérer comme se rattachant à la procédure, ceux qui limitent les droits des parties en les obligeant à commencer le procès dans un certain délai, puisqu'elles sont déchues de leurs droits avant toute procédure quelconque. On soutiendrait en vain que la détermination des délais touche à l'ordre public absolu, qu'elle est dictée par la nécessité de restreindre dans une période très courte une situation périlleuse pour la paix des familles, et que dès lors le juge est enchaîné sous ce rapport par la *lex fori*. M. Weiss répond que l'art. 316 du Code civil s'explique par un double motif auquel l'ordre public absolu est complètement étranger ; d'abord parce qu'un ou deux mois passés sans réclamation sont de nature à faire présumer chez les intéressés la volonté de renoncer au désaveu, et de reconnaître la légitimité de l'enfant, ensuite parce que plus on s'éloigne de la naissance, plus la preuve de la filiation de l'enfant devient incertaine et difficile à fournir. Le second motif n'est certes pas suffisant pour expliquer l'extrême brièveté des délais : mais le premier nous paraît être leur raison déterminante. Et il est certain que, s'il en est ainsi, il n'y a aucune raison pour considérer la disposition de l'art. 316 comme d'ordre public absolu. En supposant, du reste, que le législateur ait eu également pour but d'assurer, dans la mesure du possible, la paix de la famille contre des réclamations tardives, cette considération d'intérêt familial aurait beaucoup moins d'importance lorsqu'il s'agit de l'organisation d'une famille étrangère.

615. — La question de savoir quelle loi régit la filiation des enfants naturels doit logiquement être résolue en principe de la même manière ; mais l'application du principe donne lieu à plus de difficultés. D'après les lois belges, comme d'après les lois françaises, la filiation des enfants naturels peut être établie par la reconnaissance volontaire ; mais cette reconnaissance ne peut être faite que par acte authentique, si elle ne l'a pas été dans l'acte

de naissance. Le mineur, même non émancipé, et la femme mariée peuvent, d'après l'opinion générale, reconnaître un enfant naturel. Toutefois, la reconnaissance faite par l'un des époux pendant le mariage ne peut être opposée à l'autre, ni aux enfants communs. L'enfant peut en outre établir sa filiation maternelle par l'action en recherche de la maternité ou en réclamation d'état. Il ne peut établir de cette manière sa filiation paternelle, que dans le cas d'enlèvement de la mère et lorsque l'époque de l'enlèvement coïncide avec l'époque présumée de la conception. Enfin une filiation adultérine ou incestueuse ne peut être établie ni par une reconnaissance volontaire, ni par une réclamation d'état (art. 334 à 342 du Code civil).

Il s'en faut que les mêmes principes soient admis partout. Certaines lois étrangères, la loi anglaise par exemple, n'admettent pas que l'enfant naturel puisse être reconnu ; et, si sa filiation peut être établie en justice, il n'en résulte pour lui qu'un droit à des aliments. En Prusse, la reconnaissance est admise même pour les enfants adultérins ou incestueux. En Espagne, le père peut reconnaître un enfant naturel même par acte sous seing privé. En Hollande, le père ne peut accomplir un acte de ce genre, s'il n'est âgé de 19 ans, ni sans le consentement de la mère si celle-ci existe encore. En Russie, bien que le Svod passe presque sous silence les enfants naturels, on établit en pratique une distinction. L'enfant né de parents nobles ne peut jamais être reconnu : l'enfant né dans une autre classe sociale peut être reconnu par sa mère, dont il suit la condition et qui exerce sur lui la puissance paternelle, mais il ne peut acquérir certains droits de famille vis-à-vis de son père que par l'adoption. Le Code italien se rapproche du Code français. Mais il se contente, quant à la forme de la reconnaissance, d'un acte authentique, dans le sens que la terminologie italienne attache à ce mot, c'est-à-dire d'un acte émané de celui dont il constate les consentements ou déclarations, et revêtu de toutes les formes requises pour sa validité. L'acte authentique du

droit français et du droit belge correspond à l'*acte public* du droit italien. De nombreuses législations autorisent l'emploi de toutes les formes du testament. Nous empruntons ces indications à l'ouvrage de M. Weiss (pp. 352 et ss.). Ajoutons que la recherche de la paternité est autorisée dans un grand nombre d'Etats, notamment en Angleterre, en Ecosse, en Autriche, en Hongrie, en Bavière, en Wurtemberg, dans les provinces baltiques, en Prusse, en Saxe, en Danemark, en Suède, en Norvège, dans la plupart des cantons suisses, en Espagne, en Portugal, dans les Etats-Unis, dans le Brésil, le Canada anglais, le Pérou, le Guatemala, la République Argentine et à S^{te}-Lucie. L'Italie ne l'admet que dans les cas d'enlèvement et de viol, sous les mêmes conditions que le Code Napoléon, et il en est de même en Hollande, en Serbie, à Monaco, dans l'Uruguay, le Vénézuéla et dans quelques cantons suisses⁽¹⁾. Le projet de Code civil belge élaboré par la commission l'autorise dans une mesure beaucoup plus large que le Code civil.

Quant aux effets de la reconnaissance volontaire ou forcée, ils varient également dans une mesure considérable suivant les pays. Il est cependant à remarquer qu'en général, plus la recherche de la paternité est rendue facile, et moins les effets qui résultent du jugement sont importants. En Angleterre, par exemple, il n'en résulte qu'un droit à des aliments très limité quant au chiffre, et seulement jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de treize ans. Dans quelques pays cependant, où le droit de recherche est illimité, l'enfant judiciairement reconnu participe même à la succession de son père, s'il n'y a pas de descendants légitimes. Telles sont les principales différences entre les diverses législations.

616. — Nous avons dit déjà qu'il fallait, en présence de cette diversité des lois, appliquer en cas de conflit la loi nationale, sous les modifications que comporte l'application de la maxime *locus regit actum* quant à la forme,

(1) V. pour plus de détails les rapports sur les titres VII à XI du projet de nouveau Code civil belge, p. 104.

et des lois d'ordre public absolu quant au fond. Mais ici se présente de nouveau la question de savoir à quelle loi personnelle il faut avoir recours : à celle du père et, le cas échéant, à celle de la mère, ou bien à celle de l'enfant. Et elle se présente dans des conditions plus embarrassantes encore en apparence ; car on ne peut invoquer le droit de famille, puisqu'il n'y a pas de famille, puisqu'il s'agit uniquement de rapports éphémères et non sanctionnés par la loi.

La plupart des auteurs n'examinent pas la question, et il ne semble pas que les tribunaux de France ou de Belgique aient eu à s'en occuper jusqu'ici. Mais plus les rapports internationaux se multiplient, plus il y a de chances qu'elle se présente. Laurent admet que dans ce cas il faut s'en tenir à la loi nationale de l'enfant⁽¹⁾. Il en donne pour toute raison qu'il s'agit de son statut personnel. Weiss se pose la question dans les termes suivants : « Un enfant naturel est né en France ; il n'a été reconnu, supposons-le, ni par son père, ni par sa mère ; la jurisprudence le considère donc comme Français *jure soli*. Quelque temps après, un étranger se présente comme son père, et demande à le reconnaître. A quelles conditions, à quelles formalités cette reconnaissance sera-t-elle soumise, quels seront ses effets ? » Notons d'abord que la question n'est pas très exactement posée.

L'étranger n'a pas besoin en thèse générale de *demander à reconnaître* l'enfant ; il le reconnaît. Et il faut se demander simplement à quelles conditions la validité de cette reconnaissance est soumise. Voici au surplus la réponse de Weiss : « La reconnaissance met en présence deux personnes : le père et l'enfant ; elle attribuera à ce dernier la nationalité qui appartenait à son père au jour de sa naissance, et leur donnera ainsi le plus souvent une nationalité commune. On pourrait donc essayer de soutenir, en s'appuyant sur la rétroactivité de la reconnaissance, que la seule loi personnelle à consulter ici est la

(1) Laurent. Op. cit., T. V, p. 523. — Weiss. Op. cit., pp. 553 et 554.

loi du père, qui va devenir celle de l'enfant, qu'il suffit que le père soit capable de reconnaître pour que l'enfant soit capable d'être reconnu. — Ce point de vue serait inexact. L'unité de nationalité résulte, il est vrai, même dans le passé, de la reconnaissance, mais, pour que cet effet soit produit, il faut que la reconnaissance elle-même ait été valablement opérée; et elle ne l'a été que si les deux parties, le père d'une part, et l'enfant de l'autre, sont respectivement capables d'après leur loi personnelle, l'un de reconnaître, l'autre d'être reconnu. Il faut donc tenir compte à la fois de la loi française, qui est encore celle de l'enfant et de la loi étrangère, à laquelle ressortit le père; lorsque ces deux lois auront été obéies, mais alors seulement la reconnaissance sera parfaite... » Nous ne pouvons certainement pas admettre l'opinion de Laurent. Il n'est nullement exact qu'il s'agisse seulement de l'état de l'enfant. Il s'agit aussi de l'état du père. Il faut indubitablement que celui-ci soit capable de reconnaître. On ne doit pas oublier que la reconnaissance peut donner à l'enfant certains droits de succession, qu'elle constate un rapport de parenté et va engendrer des droits et des obligations réciproques. Mais faut-il également que l'enfant soit capable d'être reconnu? Nous sommes fort tenté d'admettre l'affirmative avec M. Weiss. On pourrait bien objecter que l'attribution de nationalité qui lui est faite n'est que provisoire. Mais elle existe néanmoins, et doit servir, jusqu'à nouvel ordre, à apprécier sa capacité. Or, s'agissant d'un acte qui aura pour résultat de modifier son état, il semble rationnel d'exiger qu'il soit capable d'après sa loi. Toutefois la question est discutable.

Nous en concluons qu'un Anglais ne pourrait reconnaître valablement un enfant naturel, fût-il né en France, et nous sommes à cet égard en désaccord formel avec M. Laurent. Au moins en sera-t-il ainsi au cas où cet Anglais est domicilié en Angleterre. De même, l'enfant naturel né et domicilié en Angleterre ne peut à notre avis être reconnu par un Français ou par un Belge. Quant aux effets de la reconnaissance, ils doivent en général être

appréciés d'après la loi nationale de son auteur, et si l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère, ils seront déterminés vis-à-vis de chacun d'eux par sa loi nationale. Nous ne pensons pas que l'on puisse tenir compte ici de la loi nationale de l'enfant, sa nationalité pouvant dépendre de la reconnaissance elle-même. Il en est ainsi notamment, nous paraît-il, de la disposition de l'art. 337 du Code civil, aux termes de laquelle « la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit de l'enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage ». La capacité de l'auteur de la reconnaissance sera limitée partout en vertu d'une disposition de ce genre, si elle l'est d'après sa loi nationale, ou par la loi de son domicile dans les pays où cette dernière loi est considérée comme loi personnelle.

617. — En ce qui concerne la forme de la reconnaissance, nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer ici d'une manière absolue la maxime ancienne *locus regit actum*⁽¹⁾. Nous avons dit plus haut quelle est notre opinion quant à la portée de cette maxime, lorsqu'il s'agit d'actes solennels. Nous la considérons en ce cas non pas comme facultative, mais comme obligatoire, en ce sens qu'un acte juridique accompli dans un pays déterminé ne sera en général valable, tout au moins aux yeux de ce pays, que s'il est fait dans les formes requises par la loi locale. Peu importe qu'il s'agisse d'indigènes ou d'étrangers. La forme des actes relève du droit public, quand il s'agit de formalités substantielles, et, comme nous l'avons vu plus haut, cette opinion a été consacrée par notre Cour de Cassation. Il s'en suit que l'acte de reconnaissance fait dans notre pays par écrit sous seing privé serait nul, quel qu'en soit l'auteur, quelle que soit sa nationalité. Mais, en vertu de la même maxime, nous admettons la validité de la reconnaissance faite en pays étranger, dès lors qu'elle est faite suivant les formes locales, quand

(1) Telle est aussi l'opinion exprimée par M. Buzzati dans son excellente monographie. V. p. 328.

même la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance prescrirait des formes différentes. En des matières de ce genre il y a des motifs particuliers d'en décider ainsi. Reconnaître n'est pas seulement un droit mais un devoir ; et s'il importe que l'exercice d'un droit ne soit pas rendu impossible dans un pays par suite de l'impossibilité éventuelle d'observer les formes prescrites par une loi étrangère, cela est beaucoup plus important encore, quand il s'agit de l'accomplissement d'un devoir. Ensuite, d'après la loi belge, comme d'après la loi française, la reconnaissance ne doit être faite par acte authentique que si elle ne l'a pas été dans l'acte de naissance. Or, aux termes de l'art. 46 du Code civil, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays. Et l'on en conclut que si l'acte de l'état civil, l'acte de mariage par exemple, a été fait même sans aucune forme, et par conséquent s'il a été dressé sans l'intervention d'aucun officier public quelconque, il n'en est pas moins valable, pour peu que la loi locale n'en exige pas davantage. Il en sera donc ainsi quand il aura été fait par acte sous seing privé. Or, la reconnaissance faite dans l'acte de naissance est valable. Elle le sera donc, si elle a été faite par acte sous seing privé dans un pays où cette forme est admise.

618. — La règle qui interdit la reconnaissance volontaire ou forcée des enfants adultérins ou incestueux, nous paraît essentiellement d'ordre public absolu. Il est impossible de la rattacher à d'autres motifs qu'à des motifs de moralité publique. L'intérêt des parties, l'intérêt des familles n'y entre pour rien, ou est du moins absolument secondaire. D'où il suit qu'un étranger même ne pourra reconnaître valablement en Belgique des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux. Et toute action en réclamation d'état devant tendre à ce résultat, c'est-à-dire à constater une filiation adultérine ou incestueuse, devrait nécessairement être rejetée. Il se peut toutefois que leur filiation soit constatée d'une manière indirecte, soit par

l'effet d'une action en désaveu, soit de quelque autre manière, et la loi admet que cette constatation puisse produire effet, puisqu'elle accorde à ces enfants un droit à des aliments (art. 762 et ss., C. civ.). Il s'en suit, d'après nous, qu'une reconnaissance volontaire, accomplie dans un pays étranger où elle est licite, pourra produire ses effets en Belgique, tout au moins si elle est émanée d'un père étranger ou d'une mère étrangère. Il s'agit en définitive de reconnaître les résultats d'une situation de fait, qui a été légalement constatée dans le pays où la reconnaissance a eu lieu. Il en est de même de la reconnaissance forcée, si elle est légale dans le lieu où le jugement a été prononcé, si l'action en recherche d'une paternité ou d'une maternité adultérine ou incestueuse y est admise. Nos lois interdisent toute action de ce genre dans notre pays à cause du scandale des débats. S'ils ont eu lieu en pays étranger, si l'enfant adultérin ou incestueux se présente devant nos tribunaux avec une situation légalement acquise en pays étranger, il n'y a pas de motif pour ne pas y avoir autant d'égard que si la filiation adultérine ou incestueuse avait été établie indirectement dans notre pays, par la force des choses, et malgré le vœu du législateur.

Ce que nous disons de la filiation adultérine ou incestueuse s'applique nécessairement à la recherche de la paternité en général. Elle n'est admise dans notre pays que dans un cas tout à fait exceptionnel, en cas d'enlèvement et lorsque l'époque de l'enlèvement coïncide avec l'époque présumée de la conception. Pourquoi la loi la répudie-t-elle en général? A cause du scandale des recherches et des investigations auxquelles de pareils procès peuvent conduire. Motif d'ordre public, sans contredit, et qui s'applique par sa nature aussi bien aux procès qui seraient intentés par des étrangers dans notre pays qu'à ceux qui seraient poursuivis par des indigènes. Notre législation ne veut pas de pareils procès chez nous, sauf dans un cas tout à fait exceptionnel où ils lui paraissent pouvoir aboutir à des résultats certains. Toutefois, l'exception

même indique que le législateur a été guidé encore par un autre motif que le désir d'éviter des débats scandaleux. Il a cru qu'en dehors du cas exceptionnel d'enlèvement il était impossible de constater le fait de la paternité. On en pourrait conclure au premier abord qu'il n'y aurait pas lieu d'avoir égard à une filiation constatée par un procès de ce genre, même en pays étranger, en dehors du cas exceptionnel prévu par l'art. 340. Cette conclusion serait erronée, d'après nous, au moins s'il s'agit d'un père étranger. En pareille matière les preuves se réduisent toujours à de simples présomptions, même dans le cas d'enlèvement, même dans le cas de reconnaissance volontaire. La loi qui interdit la recherche de la paternité peut bien être considérée comme d'ordre public absolu, en tant qu'elle repose sur le désir d'éviter le scandale des débats auxquels la procédure donnerait lieu. Elle ne l'est plus en tant qu'elle serait basée sur l'incertitude des résultats. Elle n'est plus dictée alors que par l'intérêt du prétendu père. Si ce père est un étranger, le législateur est désintéressé dans le débat; et si la procédure se déroule en pays étranger, aucun motif d'ordre public ne s'oppose à ce qu'il en retienne les résultats pour acquis, et à ce qu'il applique inversement la règle établie par l'art. 3 du Code civil, en ce qui concerne l'état et la capacité du national.

619. — Mais la recherche de la paternité soulève une autre question. Supposons qu'elle ne soit en aucune manière interdite par la loi du lieu où l'action est intentée. Celle-ci sera-t-elle recevable, quelle que soit la nationalité des parties, et lors même que la loi nationale de l'enfant, ou celle du prétendu père, répudierait ce mode de preuve de la filiation? Les principes relatifs à la preuve des contrats ne sont d'aucune application possible dans l'espèce. Il ne s'agit pas de rapports contractuels, mais de rapports naturels dérivant d'un fait plus ou moins enveloppé de nuages, et dont la preuve doit être réglée par le législateur, sans égard à la volonté des parties intéressées ou de l'une d'elles. M. Weiss est d'avis que la question de

savoir si l'action en recherche sera recevable, en supposant qu'elle soit admise par la loi du for, dépend à la fois de la loi nationale du prétendu père, et de celle de l'enfant. Nous estimons que cette opinion est erronée. On ne peut avoir égard qu'à la loi nationale de celui contre qui l'action est dirigée. Il s'agit ici d'un véritable procès dans lequel le défendeur est assigné aux fins de voir statuer sur les conséquences d'un acte se rattachant à son statut personnel, et d'où dériveraient pour lui des obligations purement personnelles.

N'est-ce pas en pareille matière à la loi du défendeur qu'il faut s'attacher? Dans un pareil procès le demandeur est un créancier, qui réclame la reconnaissance de son état, la reconnaissance de sa filiation, de celui qu'il considère comme lui ayant donné le jour. C'est d'après la loi de ce dernier, d'après la loi de l'auteur prétendu, que la preuve de l'acte semble devoir être faite. Et il en est d'autant plus ainsi que l'effet de l'action, si elle aboutit, sera probablement de faire attribuer à l'enfant la même nationalité, de le placer sous l'empire de la même loi nationale. Cela est d'autant plus vrai, lorsqu'il s'agit de la reconnaissance forcée, que l'enfant en désignant son père déclare par cela même que la question de la filiation est régie par la loi de ce dernier. Il joue un rôle actif; il n'a, lorsqu'il s'agit de la reconnaissance volontaire, qu'un rôle absolument passif. Et par des raisons identiques, nous admettrions que c'est par la loi nationale du prétendu père, et non par celle de l'enfant, qu'il faut déterminer les moyens par lesquels la filiation pourra être établie. Faire prévaloir ici la loi personnelle, le statut personnel de l'enfant, ce serait supposer résolue la question que le procès soulève, et la supposer résolue contrairement aux vœux et aux prétentions de l'enfant. Cela est inadmissible.

620. — Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la reconnaissance. Mais la légitimation, cette fiction légale en vertu de laquelle l'enfant né hors mariage acquiert la qualité d'enfant légitime, ne donne pas lieu à moins de difficultés. Ici encore la diversité des législations est assez

grande. En Angleterre et en Irlande on n'admet d'autre légitimation que par acte du Parlement. La légitimation par mariage subséquent est au contraire admise en Ecosse. Les lois de la plupart des Etats européens l'admettent également, ainsi que celles de divers Etats de l'Amérique du Nord : Vermont, Maryland, Virginie, Géorgie, Alabama, Louisiane, Mississippi, Kentucky, Missouri, Indiana et Ohio. Il en est de même dans le bas Canada, dans les îles de Man, Guernesey et Jersey, à S^{te}-Lucie, La Trinité, à Demerara, aux îles Barbades, au cap de Bonne-Espérance, à Ceylan et à Maurice. La légitimation par rescrit du prince est admise par la plupart des législations allemandes, par les lois espagnoles, néerlandaises et italiennes et par quelques lois suisses. Les législations qui interdisent la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux interdisent aussi, par voie de conséquence, leur légitimation. Enfin, dans certains pays, dans la plupart, la légitimation par mariage subséquent implique une reconnaissance antérieure, ou dans l'acte même de célébration, tandis que d'après certaines lois, d'après le Code espagnol, par exemple, et conformément aux règles établies par le concile de Trente, la reconnaissance peut être faite par acte subséquent⁽¹⁾.

621. — Il est généralement admis, même en Angleterre, que la question de savoir si, en principe, le mariage subséquent entraîne légitimation doit être décidée d'après la loi personnelle des deux époux au moment du mariage, comme celle des effets du mariage en général, quant à la personne des époux et des enfants. Savigny l'enseignait déjà, et c'est l'opinion presque universelle. Laurent s'est donc trompé en affirmant que « les juges anglo-américains ne reconnaissent pas d'autre loi que celle de leur pays », que « pour les Anglais il n'y a qu'une loi au monde : la loi anglaise », etc.⁽²⁾. La vérité est que les juges anglais appliquent en cette matière la loi du *domicile* des époux qu'ils considèrent comme leur loi personnelle⁽³⁾. Toutefois,

(1) V. pour plus de détails Buzzati. Op. cit., p. 329.

(2) Laurent. Op., cit., T. I, pp. 15 et 36.

(3) Dicey et Stocquart. Op. cit., T. 1, pp. 398 et ss.

d'après la jurisprudence qui prévaut encore dans ce pays, et qui a été fixée définitivement, dit M. Stocquart, par un arrêt de la Cour d'Appel de Londres du 13 avril 1881, la légitimation qui s'est opérée ainsi par l'effet d'une loi étrangère ne produit aucun effet quant à la succession à des immeubles situés en Angleterre. Il est douteux cependant que cette jurisprudence doive être considérée comme définitive et immuable, en présence de l'avis exprimé à cette occasion par un éminent jurisconsulte, lord Justice James, doyen à la Cour d'Appel, et rapporté par M. Stocquart. Les motifs, qu'il a invoqués pour justifier l'application de la loi du domicile, sont en effet d'une portée si générale que l'on ne comprend pas la distinction entre les meubles et les immeubles.

Pour les pays qui considèrent la loi nationale et non la loi du domicile comme régissant l'état des personnes et leurs rapports de famille, il faudra évidemment s'en tenir à la loi nationale des deux époux. Si deux Belges reconnaissent leur enfant naturel et contractent ensuite mariage en Angleterre, cet enfant sera légitimé aux yeux de la loi belge. Il ne le sera pas aux yeux de la loi anglaise, si ces deux Belges sont domiciliés en Angleterre. Un Français se marie en Angleterre avec une Française ou même avec une Anglaise. L'enfant naturel reconnu par eux antérieurement sera pleinement légitimé aux yeux de la loi française : il ne le sera aux yeux de la loi anglaise que si les époux sont domiciliés dans un pays où l'on admet la légitimation *per subsequens matrimonium*. L'application de la loi personnelle exigerait *vice-versa* que si des Anglais se marient en France, en reconnaissant un enfant issu de leurs relations antérieures, ce mariage ne soit pas considéré comme emportant légitimation. La Cour de Cassation de France en a cependant décidé autrement⁽¹⁾. Un Anglais avait contracté mariage en France avec une Française. Il s'agissait de savoir si ce mariage avait pu avoir pour effet, malgré la loi anglaise,

(1) Cassat. chambre civile, 23 nov. 1857. P. D. 87, 1, 423.

la légitimation d'un enfant naturel qu'ils avaient reconnu antérieurement, et si en conséquence une donation, faite par le père avant la naissance de cet enfant, devrait être tenue pour révoquée par survenance d'enfants. La Cour suprême, cassant un arrêt de la Cour d'Orléans, a décidé cette double question affirmativement. Elle considère la légitimation par mariage subséquent comme établie en France par des considérations d'ordre public, et tout mariage contracté en France doit nécessairement produire cet effet, surtout si l'un des époux est Français, cet époux fût-il la femme. D'après les termes absolus dans lesquels cet arrêt met en relief les considérations d'ordre public, il semble que la décision de la Cour eût été la même, si aucun des époux n'avait été Français. Nous croyons ne pouvoir nous rallier en aucune manière à cette décision (1). C'est en vain que la Cour cite les paroles prononcées par divers orateurs, pour justifier par des considérations de haute moralité la disposition de l'art. 332 du Code civil. Nous admettons volontiers qu'elle repose sur des considérations de moralité publique, d'ordre public. Mais il ne nous paraît pas que le législateur ait intérêt, au point de vue de la moralité publique, à régulariser la situation d'enfants naturels issus d'époux étrangers antérieurement à leur mariage; et s'il n'y a pas intérêt, il n'a pas compétence à cet égard. S'il n'a pas compétence à cet égard, il ne faut pas présumer qu'il ait voulu le faire en l'absence d'une manifestation de volonté formelle, et il semble qu'il faille appliquer la loi personnelle.

622. — La circonstance que la femme est Française est-elle de nature à exiger l'application de sa loi nationale, plutôt que de la loi nationale du mari? Nous ne le pensons pas. Il faut bien choisir, nous paraît-il, entre les deux lois. Et d'ailleurs, la femme française a perdu la nationalité française par son mariage avec un étranger. Nous comprenons parfaitement que cette observation soit sans portée lorsque la validité même du mariage est mise

(1) Weiss. Op. cit., p. 560.

en question. Car dans ce cas, se serait tourner dans un cercle vicieux que de dire : vous attaquez en vain la validité du mariage en vous fondant sur la loi nationale de la femme, puisque son mariage lui a fait perdre sa nationalité, la question étant précisément de savoir si elle est valablement mariée, et si elle a perdu sa nationalité. Mais ici rien de pareil : il s'agit simplement de l'un des effets du mariage : et ces effets semblent devoir être appréciés d'après la loi qui régit en général l'association conjugale quant aux personnes.

Weiss exige, pour qu'il y ait légitimation effective, non seulement qu'elle soit valable d'après la loi nationale du père, mais aussi qu'elle le soit d'après la loi nationale de l'enfant. Il suffirait, d'après lui, pour que la légitimation soit nulle, que l'un d'eux soit incapable, le père de légitimer ou l'enfant d'être légitimé. Nous ne connaissons aucune décision judiciaire qui ait sanctionné une règle aussi rigoureuse, et les auteurs s'accordent en général à dire que la légitimation a lieu par mariage subséquent, dès qu'il en est ainsi d'après la loi personnelle des époux. En somme, l'enfant non légitimé n'a, du moins jusqu'à ce qu'il soit reconnu, qu'une nationalité provisoire. En thèse générale le père, en le reconnaissant, lui donnera par le fait sa nationalité. Il cesse d'être un enfant né de parents inconnus. Dans les cas les plus fréquents la question ne présentera donc pas d'intérêt. Elle peut en présenter si le père a changé de nationalité soit après la naissance, soit même après la reconnaissance de l'enfant. Il se pourra alors qu'ils n'aient pas la même nationalité. Mais, même dans ce cas, comme la légitimation est un effet du mariage, il n'y aura lieu d'avoir égard, d'après nous, qu'à la loi personnelle, à la loi nationale des époux. Il n'en peut résulter que des avantages pour l'enfant, au moins en thèse générale.

623. — En Angleterre même, on reconnaît les effets du mariage subséquent quant à la légitimation, dès qu'elle est valable d'après la loi du domicile des parents, sans exiger en aucune façon qu'elle le soit en outre d'après la

loi du domicile de l'enfant. On ne le reconnaît pas, il est vrai, quant au droit de succéder à des immeubles situés en Angleterre, en vertu du principe qu'ils sont régis exclusivement par la loi anglaise. Mais pour le surplus sa validité est admise, et nous ne voyons pas que l'on se soit jamais préoccupé de savoir si l'enfant était capable d'être légitimé d'après la loi de son domicile. Dicey dit à ce sujet : « Le lieu de naissance de l'enfant est également sans importance. — On a pensé pendant quelque temps que la loi du lieu de naissance de l'enfant (non celle du domicile du père au moment de la naissance) déterminait l'effet du mariage subséquent sur l'état de l'enfant. Mais il est actuellement établi que le lieu de naissance est indifférent et que le domicile du père a seul de l'importance... (1) »

Toutefois, comme on vient de le voir, il est généralement admis en Angleterre qu'il faut s'en référer à la loi du domicile *du père au moment de la naissance*. On n'a aucun égard au domicile de *la mère*, ce qui n'est peut-être pas tout à fait logique, étant donné que, d'après le droit anglais, un enfant illégitime tire son domicile d'origine de sa mère. On n'a pas davantage égard au lieu de célébration du mariage, et sous ce rapport la doctrine anglaise est conforme aux principes généralement reçus. Mais elle s'en écarte en un point des plus importants. Savigny, dont l'opinion a été suivie, enseigne qu'il faut s'en référer uniquement à la loi du domicile du père au moment de la célébration du mariage, et combat à cet égard la doctrine de Schaeffner par des raisons que Laurent approuve non sans quelque hésitation. C'est, on le voit, l'opinion de Schaeffner qui a décidément prévalu en Angleterre. Nous ne pouvons nous y rallier. Schaeffner écarte par d'excellentes raisons la loi du lieu de la célébration du mariage, par des raisons meilleures encore la loi du lieu où les biens sont situés ; mais, lorsqu'il repousse la loi du domicile des parents lors du mariage « parce

(1) Dicey. T. I, p. 399.

qu'ils pourraient établir leur domicile dans un pays qui n'admet point la légitimation, et priver ainsi leurs enfants de ce bénéfice », il suppose à tort que ce bénéfice résulte *uniquement* de la loi. La vérité est que tout ne dépend pas *de la loi*, en cette matière, quoiqu'on ne puisse aller jusqu'à dire avec Laurent que *tout* dépend de la volonté du père. Le père est libre de ne pas reconnaître, en thèse générale du moins ; il est libre de ne pas se marier avec la mère naturelle, mais s'il a reconnu, et s'il a contracté mariage, la légitimation s'en suit nécessairement, qu'il le veuille ou ne le veuille pas. Elle est donc un effet attaché par la loi nécessairement et de plein droit à un acte qui dépend de la volonté du père, ou plutôt de la volonté commune du père et de la mère. Quoiqu'il en soit, dès que les parents sont libres d'accomplir ou de ne pas accomplir les actes dont dépend la légitimation, on ne peut plus dire que ce bénéfice résulte uniquement de la loi, et l'objection que l'on fait à l'application de la loi du domicile du père au moment de la célébration du mariage vient à tomber, en tant qu'elle est fondée sur ce que le père pourrait priver l'enfant de ce bénéfice en transférant simplement son domicile. Cela n'est du reste guère à craindre parce que les unions entre père et mère naturels ont le plus souvent pour but la légitimation. Au surplus, l'enfant n'a pas un droit acquis à la légitimation, et il ne saurait être question de la violation de son droit. Ce qui pourrait arriver plus fréquemment, c'est que le père changeât de domicile pour faire bénéficier l'enfant de la naturalisation. Mais quel mal y voit-on, si l'on admet que c'est la loi du domicile qu'il faut considérer comme loi personnelle des époux, et qui doit régler les effets personnels du mariage ?

624. — Laurent fait observer que, dans tous les cas, le principe de la loi nationale ne prête en aucune manière à des inconvénients de ce genre. Cela n'est pas tout à fait exact. La vérité est qu'il y prête beaucoup moins. Il est vrai qu'on n'acquiert pas une nationalité nouvelle aussi facilement qu'un domicile nouveau. Mais il ne serait pas

impossible cependant que le père naturel, avant d'épouser la mère, sollicitât et obtînt une naturalisation en pays étranger, afin de dépouiller ou de gratifier l'enfant naturel commun du bénéfice de la légitimation. Et nous ne verrions dans ces combinaisons rien d'illicite. En vain soutiendrait-on qu'elles ont pour but d'éluder la loi nationale. Nous avons dit à plusieurs reprises qu'il n'y avait aucune fraude à la loi nationale, dans le fait de se placer très régulièrement en dehors des conditions où elle doit recevoir application d'après les dispositions mêmes de cette loi. Nous avons dit qu'il avait été fait un véritable abus de ces annulations pour cause de fraude à la loi nationale. Nous ne revenons pas sur cette question qui a été examinée ailleurs. Il suffit de constater que, d'après l'opinion dominante, et contrairement à la doctrine anglaise, c'est d'après la loi personnelle des époux au *moment de la célébration du mariage*, d'après la loi de leur domicile ou du domicile du père suivant la science et la jurisprudence allemandes, d'après leur loi nationale suivant la doctrine franco-italienne laquelle tend à prévaloir, qu'il faut décider si le mariage emporte oui ou non légitimation⁽¹⁾.

625. — La jurisprudence française est passablement incohérente sur la matière qui nous occupe. Il y a cependant quelques points qui s'en dégagent avec netteté. Le premier et le plus important est l'application de la loi nationale en cette matière par préférence à la loi du domicile. Nous ne connaissons aucune décision judiciaire française qui ait consacré l'application de cette dernière loi⁽²⁾. La Cour de Cassation de France, tout en annulant l'arrêt de la Cour d'Orléans qui en avait décidé ainsi, a elle-même rendu hommage au principe. Mais elle y a fait exception, comme nous l'avons vu, lorsque son application se heurte en France contre des lois d'ordre public ;

(1) V. en ce sens : Asser et Rivier, p. 126. — Pasquale Fiore. Op. cit., p. 257.

(2) Caen, 18 févr. 1852. *D. P.*, 53, II, 61. — Orléans, 17 mai 1856. *D. P.*, 57, I, 423. — Cassation, 23 nov. 1857. *D. P.*, 57, I, 423. — Paris, 2 août 1866. *D. P.* 67, II, 41. — Pau, 17 janvier 1872. *D. P.*, 1875, 2, 193. — Bordeaux, 27 août 1877. *D. P.* 1878, 2, 193. — Req. 20 janvier 1879. *D. P.*, 78, I, 107.

et elle considère comme contraire à l'ordre public, qu'un mariage contracté EN FRANCE par un Anglais avec une Française n'ait pas la légitimation pour effet. Ainsi la légitimation par mariage subséquent résultera non-seulement du mariage contracté par des Français en France *ou en pays étranger*, et à cet égard la loi est personnelle, mais même du mariage contracté par des étrangers en France. S'il en est ainsi c'est une loi d'ordre public absolu. Il est vrai que la Cour suprême semble avoir eu égard à cette circonstance qu'il s'agissait d'une femme française, mais elle n'y a vu qu'une considération surabondante. L'arrêt de la Cour de Caen n'est pas en contradiction avec cette décision, car il s'agissait d'un mariage contracté par un Anglais avec une Française en pays étranger. Nous avons examiné cette doctrine. Mais sauf cette restriction : que tous les mariages célébrés *en France* produisent légitimation des enfants naturels reconnus, la jurisprudence française applique pleinement la loi nationale, et d'après ce qui semble résulter de certains arrêts, la loi nationale du père à l'époque de la célébration du mariage. (V. les arrêts de Bordeaux et de la Chambre des Requêtes précités.)

C'est par application de ces principes qu'il a été décidé par les dits arrêts que la reconnaissance d'un enfant naturel, *et le mariage subséquent* de ses père et mère ont pour effet de légitimer cet enfant, alors même que ces actes ont eu lieu dans un pays (l'Angleterre) dont la loi n'admet pas la légitimation par mariage, *si le père*, Français d'origine, n'a point perdu cette qualité ; et que l'on a appliqué en France, s'agissant d'époux espagnols, la loi espagnole, d'après laquelle l'enfant naturel est légitimé par le mariage subséquent des père et mère, alors même qu'il n'a été reconnu que postérieurement au mariage. Il est à noter que, dans le premier de ces arrêts (l'arrêt de Bordeaux), il s'agissait d'un enfant né en Angleterre. Le lieu de naissance n'a pas été pris en considération.

626. — La légitimation par rescrit du prince est admise par le Code italien (art. 198), par le Code hollandais

(art. 330), par le Code autrichien (art. 162 et loi du 9 août 1856), par le Code prussien (art. 601-604); et le Code prussien admet en outre que le fils peut être légitimé 1° par sentence judiciaire, lorsqu'il y a eu promesse de mariage (art. 191); 2° par déclaration du père devant le juge, quand il y a eu promesse de mariage, sans célébration postérieure (art. 597); 3° par les tribunaux supérieurs *ad delendum*, c'est-à-dire à l'effet de détruire un obstacle à l'établissement de l'enfant, résultant de la bâtardise. La légitimation par rescrit du prince ou par ordonnance royale, d'après le Code prussien, présuppose la demande du père, et par conséquent son consentement. Il en est de même du Code italien (art. 198 à 200), et le Code hollandais qui ne l'exige point, tout en subordonnant, comme le Code italien, la légitimation à certaines conditions (art. 330 à 332), dispose cependant que la légitimation ne peut préjudicier aux droits successifs des tiers, et ne donne des droits à la succession des parents de son auteur qu'autant que ceux-ci ont consenti à la légitimation (1). La légitimation par rescrit du prince n'est donc pas la seule forme de légitimation admise, en dehors de celle résultant d'un mariage subséquent; une sentence judiciaire, une déclaration du père devant le juge peuvent produire légitimation dans certains pays. Mais, quand elle est le résultat soit d'un décret du pouvoir souverain, soit d'une sentence judiciaire, ou bien elle présuppose le consentement de l'auteur, ou bien elle est fort limitée dans ses effets.

627. — La plupart des auteurs n'établissent aucune distinction nette entre ces diverses espèces de légitimation, d'une part, et la légitimation *par subsequens matrimonium*, d'autre part, au point de vue de la loi qui doit les régir en droit international privé. Savigny ne parle pas des premières. Schaeffner applique à toutes les légitimations la même règle : elles sont régies par la loi du lieu de naissance de l'enfant, parce que c'est du droit de l'enfant qu'il s'agit. Phillimore exprime la même opinion,

(1) Laurent. Op cit., T, V, p. 607.

mais en faisant des réserves plus ou moins hypothétiques quant à ses effets au point de vue du droit de succession de l'enfant à des immeubles situés en pays étranger où ce mode de légitimation ne serait pas admis. Rocco prétend que la légitimation *per rescriptum principis* ne peut avoir d'effet, que dans le territoire où commande le souverain qui a conféré le bienfait. Pasquale Fiore opine qu'il faut décider selon la loi personnelle (et il entend par là la loi nationale de l'individu), si l'enfant est illégitime, naturel, légitime ou légitimé, et que l'état de chacun, tel qu'il est établi par sa loi doit être reconnu partout. Asser et Rivier émettent l'opinion que, lorsqu'il s'agit de la légitimation par rescrit du prince, il faut appliquer la loi nationale du père, mais en ajoutant que, si l'enfant est d'une nationalité différente, il faut de plus que la légitimation soit valable d'après la loi nationale de l'enfant. Ils ne s'expliquent pas sur le point de savoir à quel moment la nationalité du père doit être appréciée lorsque le père a changé de nationalité. Weiss admet que la validité de la légitimation par rescrit du prince concerne la capacité de l'enfant, et dépend par conséquent toujours de sa loi personnelle. « Un enfant naturel espagnol ou italien excipera valablement sur notre territoire d'une légitimation semblable émanée de son souverain, pourvu que cette légitimation ne blesse en rien l'ordre public international français; et il en serait ainsi, par exemple, de celle dont bénéficierait un enfant adultérin ou incestueux. » Laurent professe exactement la même opinion. Il estime, du reste, que la légitimation d'un Français, par un décret d'un gouvernement étranger, serait radicalement nulle en France, ce qui, dans ce système, est incontestablement logique.

628. — La conclusion qui se dégage de ce rapide examen des autorités est celle-ci : Les écrivains qui considèrent comme loi personnelle la loi du domicile, pensent en général que la validité de la légitimation doit être appréciée d'après la loi du lieu de naissance, ou peut-être, pour parler plus exactement, d'après celle du domicile

d'origine de l'enfant naturel. Ceux qui substituent à la loi du domicile, comme loi personnelle de l'individu, la loi nationale, sont d'avis pour la plupart, que la question doit se décider d'après la loi nationale de l'enfant. Ils ne disent pas si c'est d'après sa loi nationale au moment de sa naissance, ou d'après sa loi nationale au moment de l'acte d'où dérive la légitimation. Laurent cite à l'appui de son opinion un arrêt du grand conseil de Malines du 11 octobre 1631, qui ne prouve rien en faveur de sa thèse, parce qu'il est essentiellement fondé sur la réalité des coutumes, et la décision arbitrale rendue par Louis IX entre Gui de Dampierre et Jean d'Avesnes au XIII^e siècle, qui n'est pas plus concluante, parce qu'elle semble reposer également sur ce principe généralement abandonné depuis, et non sur la nationalité du légitimé (1).

Si nous avons à faire un choix entre ces diverses opinions, nous nous prononcerions sans hésiter pour l'opinion d'Asser et de Rivier. On oublie trop, à notre avis, que l'acte par lequel on légitime un enfant ne modifie pas seulement les droits de celui-ci, mais les droits et la situation de son père, qu'il crée ou modifie un rapport de famille. Il a pour effet de lui attribuer comme enfant légitime, de faire rentrer dans sa famille légitime un bâtard, de conférer à celui-ci certains droits sur sa succession, certains droits vis-à-vis de lui et même vis-à-vis des enfants légitimes, ne fût-ce que les droits à des aliments et à l'éducation. En thèse générale, nous ne croyons pas que le pouvoir d'une autorité étrangère, d'un souverain étranger, auquel le père n'est point soumis, puisse aller jusque là. Nous pensons donc que la légitimation conférée par un rescrit du prince ou par une sentence judiciaire, ne peut avoir aucun effet vis-à-vis d'un père étranger, lors même qu'il s'agirait d'un enfant soumis à l'Etat dont elle émane. Nous pensons que, lors même

(1) Savigny. Op. cit., p. 335. — Schaeffner. *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, pp. 53 et ss. — Phillimore. *Conflict of Laws*, p. 393, § 542. — Rocco. Op. cit., 1^{re} partie, chap. XXIII. — Asser et Rivier, p. 126 et la note. — Pasquale Fiore. Op. cit., p. 261. — Laurent. Op. cit., T. V, p. 613. et aussi 618.

qu'il l'aurait demandée, elle ne produirait aucun effet, ne donnerait à l'enfant aucun droit de succession à titre d'enfant légitime sur ses biens situés dans un autre pays, et au préjudice des héritiers légaux. Autant dire qu'elle ne produira d'effet que dans le pays où elle est conférée. Quant à la question de savoir à quelle époque le rapport de sujétion doit exister, elle nous paraît simple. Il doit exister à l'époque où le pouvoir souverain lui attribue comme enfant légitime un enfant naturel.

Faudra-t-il également que l'enfant légitimé soit soumis à l'autorité du pouvoir qui légitime et qui le relève ainsi de son incapacité, qu'il soit sujet de l'Etat par lequel ce bénéfice lui est conféré? Au premier abord il semble que l'affirmative s'impose. Et cependant la question est des plus délicates. Dès que l'on admet que *la loi* peut donner aux père et mère naturels, soumis à son empire, la faculté de légitimer en se mariant un enfant naturel, fût-il de nationalité étrangère, de faire de lui, par une espèce de fiction, un enfant légitime, pourquoi n'admettrait-on pas qu'elle peut conférer un pouvoir semblable au souverain? Or, le premier point est assez généralement admis. Il ne s'agit en somme que de conférer à un enfant étranger un bénéfice vis-à-vis d'un de ses sujets. En vain objecterait-on qu'un pouvoir étranger ne peut modifier la nationalité d'une personne qui ne lui est pas soumise. L'Etat auquel appartient l'enfant légitimé (et il ne lui appartient généralement qu'à titre provisoire, comme enfant né de parents inconnus) est libre de ne pas reconnaître les effets de cette légitimation au point de vue du changement de nationalité. Au reste, ce n'est pas en général la légitimation, c'est la reconnaissance précédant la légitimation qui produira cet effet.

629. — Lorsque la légitimation a été faite en pays étranger par rescrit du prince, et lorsqu'elle est valable au point de vue de la loi nationale, elle doit en général produire ses effets, même dans les pays où ce mode de légitimation n'est pas admis. Ainsi le veulent les principes; et la plupart des auteurs sont d'accord sur ce point. Il en

sera ainsi même en Belgique et en France, bien que, d'après les paroles prononcées par Duveyrier, le rapporteur du *Tribunat*, l'esprit de la législation française qui nous régit ait été de réprover, comme un abus, toute légitimation par rescrit du prince. La question de savoir, si telle ou telle institution étrangère est contraire à l'ordre public absolu établi chez nous, ne doit pas être décidée d'après les paroles de tel ou tel orateur, écho plus ou moins fidèle des idées de l'époque, mais d'après nos idées et nos mœurs actuelles. Et d'ailleurs, comme nous l'avons dit maintes fois, nos lois d'ordre public peuvent bien s'opposer à ce que nous laissions s'accomplir sur notre sol un acte, ou s'y former un rapport de droit, même entre étrangers, qui soit condamné par nos mœurs, mais elles ne s'opposent pas à ce que nous y reconnaissons les effets produits sur le territoire étranger et entre étrangers, par des institutions que nous répudions. C'est pourquoi nous doutons fort qu'une légitimation, accordée par un souverain étranger à des enfants nés d'une union adultérine ou incestueuse, ne puisse produire aucun effet en Belgique, s'il s'agit de personnes étrangères et d'actes accomplis dans un Etat étranger. Ne reconnaît-on pas capacité à l'effet de succéder aux enfants issus d'une union polygamique, contractée dans des pays où la polygamie est permise, bien que, d'après nos lois d'ordre public, la polygamie soit un crime? Laurent lui-même reconnaît qu'il est impossible d'en décider autrement. Il s'agit alors pour la justice française non pas d'appliquer une loi étrangère contraire à son ordre public, suivant une distinction faite avec raison par la Cour de Pau le 17 janvier 1872 (*D. P.* 1875, 2, 193-194) et tracée avec netteté par de Bar, mais d'apprécier les conséquences de l'état d'un étranger, après que cet étranger a fait fixer cet état par les tribunaux et d'après les lois de son pays.

630. — Les effets de la légitimation sont évidemment régis par la loi qui régit les conditions de la légitimation, et en vertu de laquelle elle a été opérée. C'est dire qu'ils doivent être appréciés d'après la loi nationale du père. La

solution de la question pourrait présenter beaucoup de difficultés, si l'on admettait que les conditions de la légitimation sont régies à la fois par la loi nationale du père et par celle de l'enfant, lorsqu'ils sont de nationalités différentes. On peut bien comprendre l'application simultanée de l'une et de l'autre, dès qu'il ne s'agit que de savoir si la légitimation peut être admise; on ne la comprend plus dès qu'il s'agit des effets de la légitimation, et que les dispositions des deux lois ne sont pas les mêmes. Le choix s'impose. Pour nous, il n'est pas douteux. C'est à la loi nationale du père qu'il faut donner la préférence. Mais quelque choix que l'on fasse, et l'on est forcé d'en faire un, entre la loi personnelle du père et celle de l'enfant, on reconnaît par la force des choses qu'en cette matière l'une des lois doit primer l'autre. L'une a donc plus d'importance que l'autre; et nous y voyons un motif de plus pour repousser le système de MM. Asser et Rivier consistant à mettre sur la même ligne la loi nationale du père, et la loi nationale de l'enfant, en ce qui concerne la détermination des conditions nécessaires pour la validité de la légitimation par rescrit du prince. La seule loi à laquelle on puisse avoir égard, d'après nous, est la loi nationale du père, parce que c'est cette loi qui régit la famille, et qu'il s'agit essentiellement ici de rapports de famille.

631. — D'après les règles généralement admises en droit international privé, les effets de la légitimation ne sont pas subordonnés à la situation des biens, à la *lex rei sitae*, quand même il s'agirait d'immeubles. On sait qu'il en est autrement d'après le droit anglais. Mais cette doctrine a rencontré en Angleterre même d'éloquents contradicteurs. Phillimore n'hésite pas à combattre cette distinction entre les meubles et les immeubles. Lord Brougham s'est également insurgé contre ce système arbitraire en termes éloquents. Il nous paraît incontestable qu'elle n'est qu'un legs du régime féodal, et nous pensons que les temps sont proches où elle disparaîtra, même dans la jurisprudence et la doctrine anglaises. Il y a quelque chose qui répugne au bon sens à ce que l'enfant tenu en principe

pour valablement légitimé, soit considéré comme légitime, en tant que cette qualité influerait sur son droit relativement à des meubles, comme illégitime en ce qui concerne son droit à des immeubles. Aussi cette distinction est-elle repoussée actuellement même par la jurisprudence et la doctrine allemandes⁽¹⁾.

(1) D'après le projet allemand, 2^e lecture, p. 1610, on doit appliquer la loi nationale du père.

TITRE VI.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

632. — L'adoption est généralement considérée comme une institution de pur droit civil. Elle a pour effet d'établir entre deux personnes un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation légitimes. On la trouve dans les temps les plus anciens, chez les Egyptiens, les Grecs, les Romains. On la rencontre également chez les anciens Germains où elle se faisait par les armes, et Merlin en cite plusieurs exemples⁽¹⁾. Elle se faisait du reste sous d'autres formes encore, et c'est ainsi que l'empereur Alexis adopta, en 1096, Godefroi, duc de la Basse-Lorraine, en le revêtant de ses habits impériaux, et que son frère Baudouin fut adopté par le prince d'Edesse, qui le fit entrer nu sous sa chemise et le serra dans ses bras, forme d'adoption usitée chez les Musulmans. Les capitulaires de Charlemagne n'en font pas mention, mais ceux de ses successeurs autorisent encore l'adoption. La plupart des anciennes coutumes n'autorisent pas l'adoption ou la proscrivent en termes formels. Et, là où elle se pratiquait encore, ses effets étaient très restreints. Elle fut rétablie en France par une loi du 18 janvier 1792. Mais ses effets n'ont été réglés que par le Code civil; et la loi du 25 germinal an XI règle tout ce qui est relatif aux adoptions faites dans l'intervalle de la publication de la première de ces lois à la publication de la seconde. Aujourd'hui l'adop-

(1) Merlin. *Rep.*, v^o *Adoption*, § I.

tion est admise par les lois de la plupart des Etats européens.

Envisagée dans son essence, l'adoption est une véritable convention, mais une convention à laquelle la sanction légale est indispensable, puisqu'elle crée une véritable parenté fictive. De ce qu'elle est une convention, il faut conclure nécessairement qu'elle implique la capacité de ceux entre qui elle s'effectue ; et, conformément à la règle générale, la capacité s'apprécie d'après la loi personnelle des parties. Il s'en suit que des personnes, appartenant par leur nationalité à l'Angleterre ou à ses possessions régies par le *common Law*, aux Etats-Unis d'Amérique, à la Hollande et en général à des pays où l'adoption n'est pas autorisée, ne pourraient ni adopter, ni être adoptées valablement aux yeux de notre législation. Il en serait cependant autrement, si ces personnes étaient domiciliées dans notre pays, et si, d'après leur loi nationale, leur capacité était régie par la loi du domicile. Car, dans ce cas, en les reconnaissant comme capables d'adopter ou d'être adoptées en vertu de la loi de leur domicile, on ne ferait en somme qu'appliquer leur loi nationale.

Les conditions auxquelles l'adoption est subordonnée sont très diverses. Comme il s'agit en somme d'un contrat qui n'a de force et d'effet que par la sanction légale, il nous paraît rationnel que les conditions de validité de l'adoption soient régies à la fois par la loi nationale de l'adoptant et par celle de l'adopté. Tout cela fait partie en somme de la capacité. Le Code italien (art. 102) permet l'adoption aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, qui n'ont pas de descendants légitimes ou légitimés, sont âgées de 50 ans accomplis, et ont dépassé d'au moins 18 ans l'âge de ceux qu'ils veulent adopter. Le Code français exige que l'adoptant ait plus de 50 ans, et au moins 14 ans de plus que l'adopté, qu'il n'ait en outre à l'époque de l'adoption ni enfants ni descendants légitimes. Il exige de plus qu'il ait fourni des secours et donné des soins interrompus à l'adopté pendant sa minorité durant six ans, à moins que l'adopté ne lui ait sauvé la vie, soit

dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots. Quant à l'adopté, il doit être majeur; s'il n'a pas 25 ans il doit rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère ou par le survivant; et s'il a plus de 25 ans il doit requérir leur conseil. Le Code autrichien (art. 173), le Code prussien (art. 663) et le Code bava-rois interdisent l'adoption à celui qui a fait vœu solennel de célibat, et le Code bava-rois l'interdit en outre aux femmes (art. 10 et 11). Nous nous contentons de ces quelques renseignements sur la législation comparée. Pour plus de détails sur la forme, on pourra consulter l'ouvrage de M. Buzzati⁽¹⁾.

633. — La première question qui se présente ici est celle de savoir, si, d'après la législation actuelle, un étranger pourrait adopter ou être adopté en Belgique. On admet en général la négative, parce qu'il s'agit dans l'espèce d'un *droit civil* dans le sens restreint du mot. Nous partageons cette opinion, à la condition bien entendu qu'il ne s'agisse pas d'un étranger privilégié, c'est-à-dire autorisé à établir son domicile en Belgique, ou assimilé au Belge, quant à l'exercice des droits civils, en vertu des traités. L'adoption a des effets qui ne peuvent être le résultat que d'une espèce de fiction légale. Elle assimile à un enfant légitime celui qui n'est pas même enfant, et cette assimilation produit effet non-seulement relativement aux biens, mais relativement aux personnes. Il est très vrai que la légitimation repose aussi, dans une certaine mesure, sur une fiction, ou qu'elle implique une fiction. Et cependant l'on admet généralement qu'un étranger légitime son enfant naturel par mariage subséquent, contracté même dans notre pays, si tel est le prescrit de sa loi nationale; et, ainsi que nous l'avons vu, la Cour de Cassation de France a même été jusqu'à considérer la légitimation comme imposée par l'ordre public français⁽²⁾. Mais il y a une différence considérable entre la légitimation et l'adoption. La légiti-

(1) Op. cit., p. 340. — Dans certains pays l'adoption est inconnue, en Portugal, en Norvège, par exemple.

(2) Civ. Cass., 23 nov. 1857. *D. P.*, 57, 1, 423.

mation n'est pas seulement un droit : elle dérive nécessairement du mariage, dès qu'il y a eu reconnaissance. L'étranger qui peut se marier dans notre pays a par cela même le droit de légitimer, au moins si le mariage produit légitimation d'après sa loi nationale, comme d'après la loi belge. C'est un effet que le mariage produit de plein droit. L'adoption est au contraire un acte purement volontaire, absolument libre, et qui ne peut avoir pour résultat de créer une catégorie nouvelle d'enfants légitimes que par la volonté expresse du législateur.

634. — Que l'adoption ne soit permise aux étrangers, dans notre pays, que dans des cas exceptionnels, ou qu'elle le soit d'une manière générale, on reconnaît qu'il s'agit d'un droit personnel, et qu'en conséquence, pour pouvoir adopter ou être adopté en Belgique, l'étranger doit avoir capacité à cet effet d'après sa loi personnelle, c'est-à-dire, selon nous, d'après sa loi nationale. Cette opinion est si généralement admise qu'il semblerait téméraire de s'insurger contre elle. Nous ne sommes cependant pas convaincu qu'elle soit complètement exacte. Que la capacité de l'adoptant, d'après sa loi nationale, soit absolument nécessaire, nous le concevons. Mais que l'adoption ne puisse avoir lieu que si l'adopté appartient à un pays où l'adoption est admise, et est en conséquence capable d'être adopté, cela nous paraît plus douteux, et la solution de la question devrait peut-être dépendre des effets que l'adoption doit produire. En droit français et en droit belge elle ne confère guère de droits qu'à l'adopté. Elle n'en confère aucun à l'adoptant, si ce n'est un droit assez peu important à des aliments, et un droit de succession se réduisant à la faculté de reprendre ce qu'il a donné. Un Français adopte un Vaudois, ou un Anglais. L'adoption sera-t-elle considérée comme nulle ou inefficace par les tribunaux français, par le motif que l'adoption n'existe pas, n'est pas admise dans le canton de Vaud ni en Angleterre? Il nous est bien difficile de l'admettre, lors même que l'adoption serait formellement prohibée dans le canton de Vaud ou en Angleterre. Cette prohibition même ne ten-

drait pas, d'après nous, à rendre le Vaudois ou l'Anglais incapable d'être adopté par un étranger et en pays étranger. Quelle est la raison d'ordre social ou moral qui s'opposerait à ce qu'une pareille adoption fût considérée comme valable? Nous n'en voyons aucune.

635. — A un certain point de vue cependant la loi nationale de l'adopté doit être prise en considération. C'est lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il est majeur ou mineur. Nos lois ne permettent pas d'adopter une personne qui n'a pas atteint sa majorité. S'agit-il d'apprécier si l'étranger adopté par un Belge est majeur ou mineur, on consultera évidemment sa loi nationale. C'est l'application des principes généraux sur le statut personnel. Mais beaucoup plus douteuse est la question de savoir si un Belge pourrait adopter valablement un étranger mineur d'après sa loi nationale, au cas où cette dernière ne s'y opposerait point, n'exigerait pas la majorité de l'adopté, s'il pourrait adopter valablement un étranger âgé de moins de 25 ans, sans le consentement des père et mère de ce dernier. L'opinion généralement admise conduirait à faire résoudre cette question affirmativement. Nous ne pouvons nous résigner à l'accepter. Il ne faut pas se le dissimuler, la loi belge ne permet pas l'adoption en dehors des conditions qu'elle détermine. Or, il s'agit d'une institution de pur droit civil, exceptionnelle de sa nature; toutes les dispositions qui la règlent forment un tout harmonique, et cette harmonie est troublée si l'on fait intervenir une loi étrangère pour la détermination de la capacité de l'adopté. Celle dont nous nous occupons semble même dictée par des considérations d'ordre public. Nous avouons toutefois que la question est douteuse.

Dans tous les cas, nous sommes pleinement d'avis, avec M. de Bar, que plusieurs des dispositions légales, restreignant ou prohibant dans certains cas l'adoption, ne sont édictées que dans l'intérêt de la famille du père adoptif, et qu'en ce cas, si elles ne se rencontrent que dans la législation nationale de l'adopté, on ne devra point y avoir égard, tandis que les prohibitions qui se rencontrent dans

le statut personnel du père adoptif doivent toujours, et quelles que soient leurs bases rationnelles, produire un effet extraterritorial. La loi belge ne permet d'adopter que celui auquel on aura dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours ou donné des soins non interrompus, ou celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant... Double incapacité dans l'espèce. Incapacité de l'adoptant, incapacité de l'adopté. Mais c'est une espèce d'incapacité de droit : il s'agit de savoir si une personne, capable du reste en général, peut recevoir le bénéfice d'une institution étrangère. Cela ne dépend-il pas de la loi étrangère ? Supposons qu'un étranger, dans la loi nationale duquel cette incapacité n'existe pas, veuille adopter un Belge. Y aura-t-on égard ? Nous ne le pensons pas. Et cependant le Belge est incapable d'être adopté, d'après sa loi nationale, par celui dont il n'a pas reçu des secours ou des soins etc... à moins qu'il ne lui ait sauvé la vie. Mais dans l'intérêt de qui cette incapacité est-elle établie ? Ce n'est évidemment pas dans l'intérêt de l'adopté, mais dans l'intérêt de l'adoptant qui est étranger, de sa famille présente ou future qui est ou sera, suivant toute apparence, étrangère. En somme, comme l'a dit avec raison Laurent, l'adoption n'est guères dans le système du droit français et belge qu'une institution contractuelle d'héritier, bien que l'intention du premier consul fût d'en faire une imitation fidèle des rapports véritables de paternité et de filiation légitimes. Lorsqu'il s'agit d'une adoption étrangère présentant un caractère analogue, nous comprenons bien que l'on ne considère l'adopté belge comme capable de recevoir à ce titre, que s'il est en thèse générale capable de s'obliger et de recevoir à titre gratuit d'après sa loi nationale, mais nous n'avons ni intérêt ni compétence pour décider s'il est capable en outre de recevoir de cette manière, d'être adopté parce qu'il ne s'agit pas d'une adoption belge, mais d'une adoption étrangère.

636. — Ce que nous disons de l'adoption faite par un étranger en Belgique, lorsque l'adopté est Belge, s'appliquera par identité de raison et même à fortiori à pareille

adoption faite en pays étranger. Il importe peu que l'adopté n'eût pas été capable d'être adopté d'après sa loi nationale. S'il est majeur, s'il est capable de s'obliger, de contracter, pourquoi n'en recueillerait-il pas le bénéfice? Il s'agit en somme d'une institution étrangère. Pour peu que l'on n'y trouve rien de contraire à notre ordre public, est-il raisonnable de dire que ce Belge n'aurait pas pu être adopté par un étranger dans ces conditions, et de le dépouiller des droits qu'il a acquis, alors qu'il les a acquis en pays étranger et vis-à-vis d'un étranger? Nous ne le pensons pas. C'est en définitive comme si l'on disait qu'un Belge ne peut pas succéder à un étranger, parce qu'il n'est pas au degré successible d'après la loi belge. La matière qui nous occupe présente en effet avec le droit successoral une affinité étroite, surtout si l'on se place au point de vue de la loi belge. Le principal effet de l'adoption est de créer un droit successoral extraordinaire par une espèce de fiction de la loi.

Renversons les hypothèses. L'adoptant est Belge. Au point de vue des âges respectifs, la loi exige qu'il ait 15 ans de plus que l'adopté. L'adopté doit donc avoir 15 ans de moins. D'après le Code italien, il doit avoir en thèse générale 18 ans de moins. Or, il s'agit d'un adopté italien qui a 16 ans de moins que l'adopté. Pourra-t-on, par cette seule raison que l'adopté n'a pas l'âge requis par la loi italienne, considérer comme nulle en Belgique, ou même en Italie, l'adoption, dont il aurait été l'objet de la part d'un Belge? Nous ne le croyons pas. Nous pensons que les rapports d'âge exigés par la loi italienne le sont pour les adoptions italiennes. Nous ne voyons aucun motif d'intérêt public ou privé qui s'oppose soit en Belgique, soit en Italie, à ce que l'on reconnaisse la parfaite validité d'une pareille adoption. Et, s'il n'y a pas de motif d'intérêt public ou privé qui prescrive l'annulation d'un acte de ce genre, les règles sagement comprises du droit international privé commandent de le respecter quel que soit le lieu où il a été accompli (1).

(1) De Bar, § 103, Brocher, 101, Fiore, 150-154, Asser et Rivier, p. 127,

637. — La question de savoir quelle est la loi qui régit les formes de l'adoption est très délicate. Ces formes impliquent, d'après nos lois (Sect. II. Des formes de l'adoption), un acte des consentements respectifs passé devant le juge de paix, la remise de cet acte au procureur du roi, une décision du tribunal sur le point de savoir s'il y a lieu à adoption, décision qui suppose l'examen de la question de savoir si toutes les conditions de la loi sont remplies, et si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation, une décision de la Cour d'Appel sur les mêmes points (art. 353 et ss., C. civ.). Au premier abord il semble qu'il faille appliquer ici, sans hésitation, la règle *locus regit actum*, au moins si on est d'avis, avec la plupart des auteurs et avec la jurisprudence, qu'elle doit recevoir application même en ce qui touche les formes solennelles. Beaucoup d'auteurs se sont effectivement prononcés en ce sens⁽¹⁾. Laurent est nécessairement d'un avis contraire, puisqu'il n'admet pas complètement la maxime en ce qui concerne les actes solennels. Mais il y a même des auteurs favorables à l'application extensive de la règle *locus regit actum*, et qui se refusent à l'accepter ici en ce qui concerne l'intervention des tribunaux pour autoriser ou homologuer l'adoption. L'intervention d'une autorité qui peut refuser ou admettre l'adoption n'est pas une forme, d'après de Bar; et Buzzati admet absolument son opinion⁽²⁾. Cela n'empêche nullement que ces auteurs ne fassent une part à la règle traditionnelle dans l'adoption. D'après le système de M. Buzzati, la forme de la déclaration à faire par l'adoptant et par l'adopté sera toujours régie par la *lex loci*. Mais si les parties sont belges ou françaises, elles devront s'adresser aux tribunaux de leur pays

Weiss, p. 565, et d'autres auteurs exigent cependant d'une manière générale que l'adopté soit capable d'être adopté d'après sa loi nationale. Mais nous avons vu sous quelles restrictions de Bar (*Lehrbuch*, p. 88) admet ce principe. Et il nous semble qu'un examen approfondi de ses conséquences conduit à la solution que nous avons adoptée.

(1) Asser et Rivier. Op. cit., n° 58. — Jettel. Op. cit., § 17. — Renault. *Revue critique*, 1884, p. 705. — Despagnet. Op. cit., n° 385. — Catellani. *Il diritto internazionale privato* etc., n° 587, etc.

(2) De Bar. *Lehrbuch*, p. 88. — Buzzati. Op. cit., p. 345.

pour faire sanctionner l'adoption. Ce système est parfaitement rationnel, mais il semble difficile au premier abord de le concilier avec le Code civil français et le Code italien qui, l'un et l'autre, considèrent comme faisant partie de la forme l'intervention de l'autorité judiciaire. Et cependant, à notre avis, cette solution s'impose. Il s'agit bien d'une forme, si l'on veut, mais d'une forme habilitante. En somme, nos lois exigent le consentement de l'autorité judiciaire pour que l'on puisse faire une adoption. Or, les formes habilitantes ne sont pas régies par la règle *locus regit actum*. Il faut consulter la loi nationale. Il y a seulement un point que M. Buzzati n'examine point. Si les parties sont de nationalité différente, à quelle loi nationale faut-il en référer? Nous n'hésitons pas à répondre que c'est à la loi nationale de l'adoptant, au moins s'il s'agit d'une adoption qui, comme l'adoption belge et l'adoption française, n'a guère d'autre effet que de procurer certains avantages à l'adopté, et ne rompt pas tous les liens de la famille originaire ⁽¹⁾.

638. — Les auteurs sont loin d'être d'accord sur la question de savoir quelle est la loi qui régit les effets de l'adoption. Elle est d'une certaine importance, parce qu'il y a sous ce rapport des différences entre les diverses législations. C'est ainsi qu'en France et en Belgique l'adopté a les mêmes droits de succession que les enfants légitimés vis-à-vis de l'adoptant, tandis qu'en Espagne il ne peut hériter de l'adoptant sans testament. D'après les lois de certains Etats de l'Amérique du Nord, le Rhode Island par exemple, les parents véritables sont privés de tout droit légal sur l'enfant, et l'enfant est affranchi de l'obligation de leur fournir des aliments, et du devoir d'obéissance vis-à-vis d'eux. Si l'adoptant et l'adopté sont

(1) Le tribunal de la Seine a déclaré nulle par jugement du 4 août 1883 (*J. de dr. int. privé*, 1884, p. 170) l'adoption d'un sr Parmentier, Belge, par un certain Grand, Français, régulièrement faite à Bruxelles, en se fondant non-seulement sur ce qu'un Français ne peut adopter un étranger (?), mais sur ce que les obligations réciproques qui résultent de l'adoption, ne sont valablement contractées qu'avec le contrôle et la sanction discrétionnaire des tribunaux français. Ce dernier considérant est critiqué par Renault et Cattellani. Nous croyons que c'est plutôt le premier qui donnerait lieu à critique.

de même nationalité, aucune difficulté : les effets de l'adoption sont régis par leur loi nationale commune. Mais il en est autrement s'ils sont de nationalité différente. Fiore est d'avis qu'on doit appliquer la loi nationale de l'adoptant, en ce qui concerne les droits qui découlent de la paternité et de la filiation adoptive, et pour tous les rapports juridiques de l'adopté avec l'adoptant et avec la famille de celui-ci, tandis que pour régler les droits et les obligations entre l'adopté et sa famille naturelle on doit appliquer la loi nationale de l'adopté. Il ne donne aucune raison à l'appui de cette distinction (1). Elle paraît rationnelle à M. Despagnet (2), qui y fait cependant une restriction : « L'état juridique des personnes constituant un ensemble de règles d'ordre public, auxquelles il ne peut être dérogé par des conventions particulières, les dispositions de la loi de l'adoptant cesseront de s'appliquer, quand elles seront en contradiction avec celles 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. » Cette observation est très juste, lorsque l'adoption ne peut avoir, d'après la loi de l'adopté, des effets aussi étendus sous ce rapport que d'après la loi de l'adoptant. La loi nationale de l'adopté limite alors son droit de modifier par convention ses rapports de famille. Mais si elle en a de plus étendus, il faudra, nous paraît-il, suivre la loi de l'adoptant, qui limite également les effets de l'adoption consentie par ce dernier. En somme, la loi nationale de l'un comme de l'autre peut être invoquée comme restrictive des effets de l'adoption, mais non comme extensive, parce qu'elle se heurterait contre la loi nationale de l'autre partie. On évite ainsi les inconvénients qui peuvent résulter du principe que nous avons admis plus haut, et d'après lequel le droit d'adopter et

(1) Fiore. *Op. cit.*, p. 272.

(2) Despagnet. *Op. cit.*, p. 380.

d'être adopté dépend de la loi nationale de l'adoptant, exclusivement. Weiss ⁽¹⁾ donne, en cas de conflit, la préférence à la loi nationale de l'adopté « dont l'état juridique est plus directement atteint par l'adoption que celui de l'adoptant ». Asser et Rivier ne s'expliquent pas sur la question, et il en est de même de la plupart des auteurs. Laurent et Rougelot de Lioncourt ⁽²⁾ donnent la préférence, dans tous les cas, à la loi nationale de l'adoptant. Il importe peu d'après, eux, que l'état juridique de l'adopté se trouve principalement atteint par l'adoption. Il ne l'est qu'avec son consentement, et il ne l'est même en général que dans une très faible mesure. La réponse est que les effets de ce consentement sont précisément limités par sa loi nationale, et qu'il ne s'agit pas d'une matière absolument abandonnée à l'autonomie des parties, lorsque l'adoption entraîne une modification du statut de famille de l'adopté. On peut objecter encore que, de l'avis général, l'adoptant doit être capable d'adopter d'après sa loi nationale, et que la seule adoption qu'il puisse faire est celle que cette loi organise et règle. Cette objection est fort sérieuse, mais elle n'entame point les arguments que l'on peut faire valoir contre la prise en considération exclusive de la loi de l'adoptant, en ce qui concerne les effets de l'adoption. La seule conclusion qui puisse en être déduite par conséquent est que l'adoption serait inadmissible entre personnes de nationalités différentes, si elle ne produisait pas exactement les mêmes effets d'après leurs deux lois nationales, ce qui arrivera rarement. Ne peut-on pas admettre que la loi, lorsqu'elle détermine les effets de l'adoption en ce qui concerne les droits et obligations personnels de l'adoptant et de l'adopté, et spécialement les modifications du statut personnel de l'adopté, ne peut prétendre à les régler que dans la mesure où la loi nationale de l'adopté le permet?

639. — Telle est, nous paraît-il, la véritable solution de la difficulté, et c'est dans tous les cas celle qui devrait

(1) Weiss. Op. cit., p. 866.

(2) Laurent. T. VI, p. 78. — Rougelot, Op. cit., p. 250.

prévaloir dans les pays tiers, en supposant que dans le pays de l'adoptant on fasse bon marché de l'autorité de plus en plus généralement reconnue de la loi nationale en cette matière. Si l'adoption, comme c'est le cas pour celle admise par le Code civil, ne rompt pas les liens entre l'adopté et sa famille naturelle, il n'y aura, en général, aucun inconvénient à appliquer la loi nationale de l'adoptant. Et c'est probablement en se plaçant au point de vue de l'adoption belge et de l'adoption française que Laurent préconise l'application de cette loi. Il est vrai que cette adoption même entraîne certaines incapacités de mariage, mais il suffit, pour que le mariage soit prohibé entre personnes de nationalité différente, que l'une d'elles soit incapable d'après sa loi nationale. Que ce soit l'adopté, ou que ce soit l'adoptant, la prohibition devra produire ses effets. Il est vrai encore que l'obligation de se fournir des aliments existera entre l'adopté et l'adoptant. Mais, là même où cette obligation ne dérive pas *ipso jure* de l'adoption, il n'y a aucun obstacle à ce qu'elle soit assumée volontairement par l'adopté, et ne l'assume-t-il pas en acceptant le bénéfice d'une adoption qui produit nécessairement cet effet? Enfin, comme au point de vue du droit successoral, l'adoption d'après nos lois ne confère véritablement des avantages qu'à l'adopté, quel inconvénient pourrait-il y avoir à ce que les effets de l'adoption d'un étranger par un Belge en pays étranger, fussent régis à cet égard par la loi belge? Mais supposons qu'une personne, relevant par sa nationalité de la loi du Rhode Island, adopte un Belge, pourrions-nous considérer comme rompus les liens de famille existant entre ce Belge et sa famille naturelle? Evidemment non. Ce Belge ne peut pas déroger par une convention privée à sa loi nationale qui règle son statut de famille. La liberté des conventions se heurte contre son statut personnel. Il ne sera donc pas affranchi du devoir de respect, ni de l'obligation alimentaire vis-à-vis de ses vrais parents, et ceux-ci ne perdront pas le droit de lui succéder en cas de décès.

640. — C'est du reste avec un tempérament analogue

que l'on doit entendre ce que nous avons dit plus haut de la faculté d'adopter. Elle ne se heurtera guère, si elle existe d'après la loi de l'adoptant, contre la loi nationale de l'adopté, qui pourra seulement limiter les effets de cette adoption ; mais elle pourra se heurter, dans le pays où l'on veut y procéder, contre des lois d'ordre public absolu, et dans ce cas, ces dernières devront nécessairement l'emporter. Nous reconnaissons, par exemple, avec Fiore et Weiss⁽¹⁾, qu'un Belge ne pourrait adopter son enfant naturel en Italie, bien que, d'après une jurisprudence aujourd'hui constante en Belgique et en France, l'adoption des enfants naturels n'ait rien de contraire aux lois belges ni aux lois françaises. Si la loi italienne prohibe l'adoption des enfants naturels, c'est par des motifs de moralité publique, d'ordre public, parce qu'elle craint de détourner leurs parents, en leur offrant ces facilités, de l'idée de régulariser leur union par le mariage subséquent. Et M. Fiore a parfaitement raison de dire que « lorsqu'il existe, dans le lieu où l'on veut adopter, une loi absolue et prohibitive qui empêche l'adoption de l'enfant naturel, l'étranger doit s'y conformer, quelle que soit la loi de sa patrie, parce que cette disposition doit être considérée comme établie pour protéger la moralité publique et les bonnes mœurs, et qu'elle est obligatoire pour les citoyens et pour les étrangers ». Laurent exprime cependant une opinion contraire⁽²⁾, mais cette opinion est à peu près isolée. — Certaines lois allemandes frappent d'incapacité, au point de vue de l'adoption, les personnes engagées dans des ordres ou ayant fait vœu de chasteté, et il en est de même de la loi espagnole. Un prêtre catholique belge pourra-t-il adopter un autre Belge en Espagne ? Nous en doutons fort, bien que cela lui soit incontestablement permis d'après sa loi nationale. Mais ni Fiore, ni Weiss n'examinent la question de savoir quel effet produirait en Italie l'adoption d'un enfant naturel faite par un Belge en Belgique. A notre avis, cette adoption devrait y

(1) Weiss. *Op. cit.*, p. 567. — Fiore. *Op. cit.*, p. 270.

(2) Laurent. *Op. cit.*, T. VI, pp. 62 et ss.

être considérée comme valable, tout au moins si l'adopté est Belge. Il ne s'agit pas alors de faire directement produire en Italie au statut personnel étranger des effets contraires à l'ordre public italien. Il s'agit de reconnaître ou de méconnaître l'état, la condition personnelle de deux étrangers, tels qu'ils se sont formés par des actes accomplis en territoire étranger, et dont les effets n'ont en eux-mêmes, quelque immorale que la source en puisse être, rien de contraire à l'ordre public local.

641. — Il nous reste à dire un mot d'une question que M. Weiss n'examine pas dans son traité, c'est celle de savoir si un étranger peut adopter un Français ou être adopté par un Français. Qu'il ne puisse pas en général être adopté ou adopter en France, nous l'admettons, puisqu'il s'agit d'un contrat de pur droit civil, lors même qu'il s'agirait d'une adoption entre étrangers. Mais ne pourra-t-il adopter un Français en pays étranger; n'y pourra-t-il être adopté par lui, là où il jouit de tous ses droits civils? La jurisprudence française lui dénie ce droit, et, sur le fondement de cette jurisprudence, MM. Vincent et Pénaud n'hésitent pas à déclarer que « l'étranger ne peut être adopté par un Français, ni adopter un Français, pas plus en France qu'à l'étranger ». Cette doctrine, qui est enseignée par plusieurs auteurs, nous paraît excessive. On peut certes soutenir que l'étranger non privilégié ne peut pas adopter ou être adopté en France, en se fondant sur l'art. 11 du Code civil. Mais s'il a adopté un Français en pays étranger, si cette adoption est valable d'après la loi du lieu où elle a été effectuée, y a-t-il une disposition quelconque de la loi française qui la frappe de nullité? La loi française ne saurait prétendre limiter la capacité de l'étranger en pays étranger, et elle n'y prétend point. Dès lors, si cet acte ne peut être annulé, il faut bien lui reconnaître les effets qu'il a produits, à moins que l'ordre public ne s'y oppose. Il ne s'agit plus que des effets d'un contrat qui est si peu en opposition avec l'ordre public français qu'il est autorisé en France, bien que les *étrangers* ne puissent le conclure en France. Prétendra-t-on que, par le fait seul que

l'étranger veut faire reconnaître les effets de cette convention en France, il prétend y exercer un droit civil *stricto sensû*, contrairement à l'art. 11 tel qu'on l'interprète en général? Il faudrait dans ce cas aller plus loin, et refuser de reconnaître en France une adoption faite en pays étranger, entre étrangers. Personne ne va jusque là, et ce serait cependant la conséquence logique du système de la jurisprudence française. MM. Vincent et Pénaud citent un grand nombre d'arrêts, mais il est à remarquer que presque tous concernent exclusivement des adoptions faites en France. Un jugement du tribunal de la Seine du 4 août 1833 ⁽¹⁾ a cependant décidé que l'adoption *en Belgique* d'un Belge par un Français n'est pas valable en France, parce que d'une part le Français adoptant est soumis à sa loi personnelle, et que d'autre part l'adopté belge n'a pas en France la jouissance des droits civils. Cette décision ne pourrait se justifier, à notre avis, que par cette considération que l'adoptant ne jouissait pas de ce droit civil *stricto sensû* en Belgique, c'est-à-dire au point de vue de la loi belge.

642. — La tutelle officieuse présente avec l'adoption une assez trompeuse analogie. C'est un contrat de bienfaisance organisé par les auteurs du Code dans le but de faciliter l'adoption. Par ce contrat le tuteur dit *officieux* se charge d'administrer gratuitement la personne et les biens du pupille, de l'élever à ses frais et de le mettre en état de gagner sa vie (art. 364 et 365, C. civ.). — Duranton dit que les dispositions sur la tutelle officieuse sont pour ainsi dire un objet de luxe dans le Code civil. Et on le comprend; car la tutelle officieuse, bien qu'elle ne doive être dans la pensée des auteurs du Code qu'une *préparation à l'adoption*, entraîne immédiatement d'assez lourdes obligations pour celui qui assume cette charge, et des obligations qu'il ne peut plus décliner. Aussi cette institution nouvelle n'est-elle pas entrée dans nos mœurs. Laurent ne s'en occupe que très brièvement dans son grand

(1) *J. de dr. int. pr.*, 1884, p. 179; *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884, p. 705, avec une note de M. Renault.

ouvrage sur le droit civil, et il déclare sans ambages que c'est parce que le droit n'est pas une science de luxe, se ralliant ainsi à l'opinion de Duranton au sujet de cette institution nouvelle.

643. — La tutelle officieuse est évidemment une institution de pur droit civil. Si l'on admet que l'étranger, non autorisé à établir son domicile en Belgique, ne peut adopter ni être adopté dans notre pays à moins que des traités ne lui accordent ce droit, il faut en décider de même, quant à la tutelle officieuse. Pour le surplus, le droit d'être investi de cette qualité d'assumer une tutelle officieuse nous paraît nécessairement régi par la loi nationale du tuteur officieux. Quant au droit de bénéficier de cet acte, d'être mis sous tutelle officieuse, nous le considérons comme régi par la loi nationale du mineur, parce que la tutelle officieuse, tout en ne devant être qu'une préparation de l'adoption, entraîne immédiatement un changement bien plus considérable que celle-ci dans l'état personnel du mineur. La puissance paternelle est d'ordre public tout au moins national; elle est inaliénable en principe; le père n'y peut renoncer, l'enfant ne peut s'y soustraire. Or, voici un acte par l'effet duquel ses principaux attributs sont transmis à un étranger (art. 365, C. civ.). Cet acte sera sans valeur tout au moins aux yeux de l'Etat auquel appartient l'enfant, et peut-être aux yeux de tout Etat sur le sol duquel il aurait été accompli au mépris de ses lois d'ordre public, lors même que l'enfant appartiendrait par sa nationalité à une autre communauté politique. Toutefois, si le mineur ainsi soumis à la tutelle officieuse était Belge, ainsi que le tuteur officieux, et si l'acte constatant les consentements avait été passé en Belgique ou en France, l'Etat étranger, sur le territoire duquel ses effets seraient mis en question, ne pourrait les lui dénier que dans la mesure où ils sont contraires à son ordre public. Il devrait les admettre pour le surplus, et reconnaître, par exemple, force et valeur à l'acte d'adoption testamentaire qui s'en est suivi. Nous nous bornons à ces quelques indications générales, puisqu'il s'agit d'une institution de luxe,

et que c'est à peine si dans la pratique française et belge on en trouve un seul exemple, d'après ce qu'affirme Laurent (1).

(1) Laurent. *Principes du droit civil*, T. IV, p. 325, n° 237.

TITRE VII.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

644. — La puissance paternelle n'a plus aujourd'hui, d'après la plupart des législations, le caractère de pouvoir absolu qu'elle avait d'après le droit romain, et surtout d'après l'*ancien* droit romain. On sait que, d'après les lois romaines les plus antiques, le père avait sur ses enfants, quel que fût leur âge, un pouvoir illimité. Il pouvait les mettre à mort, les vendre : ils n'avaient aucun droit en propre, pas plus sur leurs personnes que sur les biens. Leur personnalité était absorbée dans la personnalité du père. Ces principes rigoureux subirent, dans la suite, des adoucissements nombreux.

Mais la puissance paternelle conserva toujours à Rome son caractère essentiel, celui d'un pouvoir établi dans l'intérêt du père, n'existant que dans cet intérêt. Ces principes furent suivis en France dans les pays de droit écrit. C'était dans la personne du père exclusivement que se concentrait la puissance paternelle, la mère n'y avait aucune part. Le fils, fût-il marié, restait toute sa vie sous puissance, à moins qu'il ne fût émancipé. Les biens du fils appartenaient au père, à l'exception des pécules, comme à Rome. Mais dans les provinces de droit coutumier l'on suivait des principes tout différents. Loysel disait : « droit de puissance paternelle n'a lieu » (1). Il entendait par là l'ancienne puissance paternelle, celle du

(1) Loysel. *Institutes coutumières*, L. I, n° 37, T. I, p. 82, édition de Laboulaye.

droit romain, car l'expression puissance paternelle se trouve dans un grand nombre de coutumes. La puissance paternelle y revêt donc un aspect tout différent. « C'est » dit Bourjon ⁽¹⁾, « un pouvoir de direction tempéré par la piété paternelle. » C'est déjà un pouvoir de protection, ayant son principal fondement dans l'intérêt de l'enfant pour maintenir la moralité et l'ordre dans la famille, et aussi dans l'intérêt de l'Etat qui ne peut rester indifférent à rien de ce qui concerne l'ordre des familles. Il en est de même dans le Code Napoléon, et dans la plupart des législations actuelles, ainsi que le constate Pasquale Fiore ⁽²⁾, et comme il résulte du reste des observations plus détaillées faites par M. Weiss ⁽³⁾.

645. — Il ne faut pas s'y méprendre cependant et ne pas attribuer à cette règle générale une portée trop absolue. Sans doute la puissance paternelle est en principe un pouvoir de protection établi dans l'intérêt de l'enfant. Mais, s'il en est ainsi de l'institution envisagée dans son ensemble, il faut bien qu'aux devoirs qui en résultent pour le père, ou pour la mère, correspondent certains droits et certains avantages attribués à celui-ci, et qui envisagés isolément ne sont pas établis dans l'intérêt de l'enfant mais bien dans celui des parents. Cette remarque conduit à des conclusions importantes. De plus, s'il est vrai que l'intérêt de l'Etat, à un point de vue important, au point de vue de l'ordre public, soit engagé dans l'organisation de la puissance paternelle, ce n'est pas cependant l'ordre public absolu qui y est engagé en général, mais plutôt l'ordre public national. Il s'agit en effet de l'ordre des familles, il s'agit de l'intérêt des enfants qui sont appelés à devenir des citoyens, à composer la grande famille politique, et auxquels l'Etat doit protection, qu'il est même intéressé à protéger. Il suit de là que ce pouvoir tutélaire de l'Etat ne doit s'étendre en général que sur la

(1) Bourjon. *Droit commun de la France*, L. I, T. V, chap. I, Sect. I, art. 1.

(2) Pasquale Fiore. *Op. cit.*, p. 276.

(3) Weiss. *Op. cit.*, pp. 569 et ss.

famille nationale, celle dont sortent les citoyens, mais qu'elle doit s'étendre sur l'organisation de cette famille, dans la mesure des possibilités pratiques, partout où elle se trouve. Pour le surplus, l'État ne doit aux enfants étrangers que la protection générale qu'il doit à toute personne se trouvant sur son sol. Il ne doit s'opposer aux actes que des parents étrangers ont la prétention d'accomplir sur son territoire, vis-à-vis de leurs enfants étrangers, en vertu de leur loi nationale, que si ces actes sont contraires à son ordre public général, absolu, à plus forte raison s'ils constituent des délits.

646. — Il suit de là que les droits et obligations dérivant de la puissance paternelle sont régis en général par la loi qui régit la famille. Comme nous l'avons vu plus haut, cette loi, c'est la loi nationale et non la loi du domicile. Et, en aucune matière, l'application de la loi nationale par préférence à celle du domicile ne nous paraît plus conforme à la raison. Nous tenons donc avec Laurent, Fiore, Weiss, et avec les nombreuses autorités mentionnées par ce dernier ⁽¹⁾, que c'est la loi nationale du père qui définira les droits de la puissance paternelle, les personnes appelées à l'exercer, les personnes qui y sont soumises, les événements qui y mettent fin, les obligations des enfants. Nous croyons qu'il n'y a aucune raison pour en décider autrement en ce qui concerne l'usufruit légal, même sur des immeubles situés en pays étranger. Telle était déjà l'opinion d'anciens auteurs très favorables à une application extensive de la règle, d'après laquelle les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation, par exemple D'Argentré et Hert ⁽²⁾. Telle est aussi l'opinion de Fiore, Laurent, Demangeat sur Foelix, Durand, Asser et Rivier cités par Weiss ⁽³⁾. Quelques auteurs, Merlin par exemple, exigent cependant, pour que le père puisse réclamer l'usufruit légal sur les biens de ses enfants, que

(1) Weiss. Op. cit., p. 573.

(2) D'Argentré. Op. cit., art. 218, glose 6. n° 7. — Hertius. *De collisione legum*, § 4, nos 17, 22.

(3) Weiss. Op. cit., p. 575.

sa loi personnelle et la *lex situs* s'accordent à le lui reconnaître. C'est exagérer, à notre avis, la portée rationnelle de la règle inscrite dans l'art. 3, al. 2, du Code civil. Nous croyons l'avoir démontré ailleurs. Elle ne concerne, d'après les motifs qui lui ont servi de base, que le régime de la propriété et de ses démembrements, la classification des biens, la question de savoir de quels droits les biens, les immeubles spécialement, peuvent être grevés, les limitations de ces droits. Or, l'usufruit légal n'est pas d'une autre nature que l'usufruit conventionnel : il n'en diffère guère que par la source dont il jaillit. L'usufruit du père n'intéresse en rien le régime de la propriété, l'ordre public : il est un accessoire de la puissance paternelle, une compensation des charges qu'elle entraîne, et doit avoir comme accessoire une action extraterritoriale aussi bien que la puissance paternelle elle-même.

647. — La doctrine anglaise contesterait évidemment cette application du statut personnel étranger. Mais la question ne peut guère s'élever en Angleterre en ce qui concerne spécialement la puissance paternelle. On y admet en effet d'une manière absolue que l'autorité des père et mère, qu'ils soient anglais ou étrangers, sur la personne de leur enfant, durant son séjour en Angleterre, ne s'exerce pas d'après la loi de leur domicile étranger, mais d'après la loi anglaise⁽¹⁾. M. Dicey ne croit pas même devoir donner la raison de cette doctrine. Il se borne à indiquer diverses autorités et un arrêt qui se sont prononcés en ce sens. Nous ne pouvons considérer comme un motif sérieux, à l'appui de cette opinion, l'observation suivante : « Si, d'après la loi nationale des parties, l'autorité paternelle était plus étendue ou plus arbitraire qu'en Angleterre, peut-on supposer que, dans ce pays, on laisserait au père dépasser les pouvoirs que lui donne la loi anglaise? » Car d'abord, c'est n'envisager qu'un des côtés de la question. Ensuite, nous doutons fort qu'on puisse répondre à la question posée par l'auteur en termes absolus, et sans

(1) Dicey et Stocquart. T. I, pp. 356 et ss.

faire certaines distinctions que nous examinerons plus loin. En définitive, la doctrine anglaise semble basée sur ce que toutes les dispositions relatives à l'autorité paternelle se rattacheraiient à l'ordre public absolu, obligatoire pour tous ceux qui se trouvent sur le territoire. Nous pensons avoir démontré que cela est inexact. Telle semble être également la doctrine américaine⁽¹⁾, où l'on applique du reste, en général, la loi locale, d'une manière plus absolue encore qu'en Angleterre. Elle est décidément repoussée par la jurisprudence et la doctrine en Belgique, en France, en Italie et dans la plupart des autres pays, en Allemagne, par exemple, où l'on considère toutefois comme loi personnelle du père la loi de son domicile et non la loi de sa nationalité⁽²⁾.

648. — Sauf les restrictions que peut nécessiter l'ordre public absolu, l'application de la loi nationale du père, ou de la mère si c'est elle qui exerce la puissance paternelle, ne souffre aucun doute, nous paraît-il, lorsque le père et l'enfant sont de même nationalité, et sont régis en conséquence par la même loi personnelle. Mais il peut arriver qu'ils soient de nationalité différente. M. Weiss se prononce dans cette hypothèse pour la loi nationale de l'enfant, parce que la puissance paternelle est aujourd'hui organisée partout dans l'intérêt exclusif de l'enfant, en vue de son entretien, de son éducation, de son développement moral. Il applique ce principe en ce qui concerne l'usufruit légal qui, bien qu'établi en apparence, dit-il, dans l'intérêt du père, a pour objet réel de stimuler par une récompense le zèle et le dévouement du père dans la gestion du patrimoine de ses enfants, si bien qu'il profite en définitive à ces derniers. Le motif est des plus discutables. Pothier, dont l'autorité est si grande, y voit une récompense de l'éducation confiée aux père et mère⁽³⁾. Proudhon appelle l'usufruit un traitement⁽⁴⁾. Toullier en

(1) Dudley Field, trad. Albéric Rolin, p. 433.

(2) Savigny. Op. cit., T. VIII, § 380. — Cass. France, 14 mars 1877. S. 1879, 1, 125. — Cass. belge, 19 janvier 1882 P. B. 1882, 1, p. 40, etc.

(3) Pothier. *Traité de la garde noble et bourgeoise*, article préliminaire, nos 1 à 12.

(4) *Traité de l'usufruit*, T. I, n° 126.

donne cette fort mauvaise raison « qu'il est contraire à la morale de ne présenter aux enfants leur père ou mère que sous l'aspect d'un homme d'affaires, dont les comptes doivent être rendus de cleric à maître, et suivis de discussions, souvent de procès, qui ne peuvent s'accorder avec la piété filiale⁽¹⁾ », comme si le père n'était pas toujours comptable de son administration, comme si l'administration ne se prolongeait pas jusqu'à la majorité, tandis que l'usufruit s'éteint lorsque l'enfant a 18 ans accomplis. Demolombe combine, et admet que l'usufruit légal a pour but : d'indemniser, récompenser le père et après lui la mère, des peines et des soins que leur cause l'éducation des enfants, de prévenir *le plus possible* la nécessité de comptes anciens et *compliqués de revenus* entre le père ou la mère et l'enfant. Nous croyons que cette dernière opinion pourrait bien être la plus exacte. Quoi qu'il en soit, la première observation de M. Weiss sur le caractère général de la puissance paternelle conserve son importance. Et cependant, à deux reprises, la Cour de Cassation de France a adopté, comme il le constate lui-même, un système contraire, en ce qui touche spécialement l'usufruit légal⁽²⁾. Le dernier de ces arrêts est même beaucoup plus absolu que le premier. L'arrêt de 1873 avait reconnu la tutelle légale et l'usufruit légal à une femme française vis-à-vis de ses enfants autrichiens, bien que d'après la loi autrichienne, c'est-à-dire d'après la loi personnelle des enfants, elle n'y pût prétendre. Mais il n'était point basé sur le principe absolu que la loi personnelle des parents devrait l'emporter sur celle des enfants, lorsqu'il s'agit de la puissance paternelle et de ses attributs. Le motif principal, essentiel de cette décision, était : que la loi autrichienne se heurtait contre la loi française, et qu'en présence de cet antagonisme la loi française doit prévaloir, lorsqu'il s'agit des droits et des intérêts français. M. l'avocat général Blanche avait dit

(1) Toullier. *Droit civil français*, T. II, n° 1060.

(2) Cassat. Fr., 13 janvier 1873, Sir., 1873, 1, 13, et 14 mars 1877, Sir., 1878, 1, 125.

nettement que la loi étrangère blessait, dans l'espèce, des principes que la loi française considère *comme fondamentaux pour la famille*. L'arrêt de 1877 a une autre portée. D'après cet arrêt, ainsi que le constate l'arrêtiste dans une note fort intéressante, l'usufruit légal, tout à fait distinct et indépendant de la tutelle, qui n'est qu'une charge à l'avantage des mineurs, est un attribut de la puissance paternelle, une conséquence et un accessoire de cette puissance : et c'est par la loi des parents à qui appartient cette puissance, et non des mineurs qui la subissent, qu'il doit être régi.

649. — Ces deux arrêts méritent de fixer un moment notre attention. Le premier renferme un élément de vérité, mais il est trop absolu. Il n'est pas exact que la loi française doive prévaloir en France, chaque fois qu'il s'agit des droits et des intérêts français, et une distinction s'impose. Cette loi l'emportera, sans doute, lorsque l'application de la loi étrangère se heurtera en France contre un intérêt général : elle ne l'emportera pas nécessairement si l'intérêt d'un particulier français est seul en question, peut seul être compromis par l'application de la loi étrangère. C'est aller trop loin que d'interdire aux tribunaux d'appliquer jamais une loi dont l'effet serait de priver des nationaux du bénéfice de la loi française, si les principes du droit international privé exigent l'application de la loi étrangère. M. l'avocat général Blanche disait plus exactement que la loi étrangère ne pouvait être appliquée, lorsqu'elle blesse des principes que la loi française considère comme fondamentaux pour les familles, mais il eût dû ajouter : « s'agissant d'une famille française », car l'organisation de la famille étrangère est en général indifférente au législateur français. Quant au deuxième arrêt, il affirme, sans le justifier suffisamment, le principe que la puissance paternelle, et l'usufruit légal qui n'en est qu'un attribut, doivent être régis par la loi des parents à qui appartient cette puissance, et non par celle des mineurs qui la subissent.

Si la puissance paternelle n'était établie que dans le

seul intérêt des mineurs, comme on l'enseigne assez généralement, on serait plutôt conduit, comme l'est M. Weiss, à une conclusion diamétralement contraire. Mais nous croyons que ce point de vue est trop exclusif. Le père a un intérêt moral respectable, un droit naturel à l'éducation de l'enfant, suivant ses vues particulières, à la condition qu'il ne fasse pas de lui un homme inutile ou pervers et un mauvais citoyen. L'Etat a un droit évident d'intervention dans ces limites, et n'est pas non plus désintéressé par conséquent dans l'organisation de la puissance paternelle. C'est lui qui est juge souverain de la mesure de cette intervention, et par conséquent de l'organisation de la famille nationale. En somme, dans l'ensemble des dispositions qui concernent la puissance paternelle, il en est qui paraissent édictées dans l'intérêt de l'enfant, d'autres dans l'intérêt du père, considérées isolément. Mais tout ce corps de dispositions vise avant tout l'intérêt de la bonne organisation de la famille. La question de savoir si l'une ou l'autre a particulièrement en vue l'intérêt de l'un ou de l'autre de ses membres n'est pas péremptoire. Il s'agit de savoir quel est l'Etat qui a le droit de régler leurs rapports réciproques. Aucune difficulté s'il s'agit d'une famille homogène, où parents et enfants appartiennent à la même nationalité. Mais, s'il s'agit d'une famille mixte, il ne suffit pas de faire observer que, d'après telle législation, la puissance paternelle est établie dans l'intérêt de l'enfant, pour en induire que la loi nationale de ce dernier devra recevoir application, en tant qu'elle définit les droits et obligations du père. Il ne suffit pas de faire remarquer que, d'après telle autre législation, l'on aurait surtout en vue l'intérêt du père, pour que l'application de la loi nationale de ce dernier s'impose. Il semble en vérité que, dans ce cas, deux Etats aient compétence égale pour régler ces rapports de famille entre personnes de nationalité différente, et que dans chacun la puissance paternelle et ses attributs seront réglés d'après sa loi propre. Quant aux Etats tiers, auxquels n'appartiendrait ni le père, ni l'enfant, on devrait suivre,

semble-t-il, la loi qui se rapproche le plus de l'organisation de la famille dans leurs territoires respectifs.

Ce n'est cependant qu'à regret que nous nous rallierions à cette solution un peu empirique, spécialement pour les Etats tiers. Et s'il fallait nécessairement choisir entre les deux lois d'après des principes plus rigoureux, nous donnerions la préférence à la loi du père, sauf en ce qui concerne la durée de la puissance paternelle. Le motif en est que le père et après lui la mère est après tout le chef de la famille. Il en est la pierre angulaire ; c'est sur lui qu'elle repose. C'est lui qui est le chef naturel de la famille, abstraction faite de toute loi positive. La considération de la nationalité du père semble donc devoir être prépondérante. Ajoutons que, s'il y avait des enfants de nationalités diverses, la solution d'après laquelle il faut suivre la loi de l'enfant romprait l'unité de la famille. Les effets en seraient bizarres, spécialement en ce qui concerne l'usufruit légal. Le père aurait ce droit sur les biens de l'un de ses enfants, il ne l'aurait pas sur les biens de l'autre. De là des complications étranges, des inégalités, et peut-être de sourdes jalousies éminemment nuisibles à la bonne organisation des familles, que chacun à sa manière désire favoriser. Ne vaut-il pas mieux envisager la loi nationale du père comme prépondérante ?

650. — Pasquale Fiore n'examine pas cette difficile question en ce qui concerne l'usufruit. Il semble admettre en principe la loi nationale du père, mais fait certaines distinctions qui nous paraissent un peu arbitraires. Les effets de la puissance paternelle peuvent, dit-il, être distingués en effets relatifs à la personne et effets relatifs aux biens ; et il subdivise les premiers en deux catégories : ceux qui dérivent de *l'assistance* que doit prêter le père comme tuteur légal de la personne du fils, comme le droit d'accorder ou de refuser son consentement au mariage, celui de nommer un tuteur au fils par acte notarié, de consentir à l'adoption, etc., et ceux que le père a *sur la personne du fils* corrélatifs à l'obligation d'obéir. Nous ne comprenons pas très bien la subdivision. Nous ne saisis-

sons pas la raison pour laquelle les droits *d'assistance* seraient régis par la loi nationale du père, et les droits sur la personne du fils corrélatifs à l'obligation d'obéir, par la loi *du domicile actuel* du père. Le droit *d'assistance* est, dans une certaine mesure, également corrélatif à l'obligation d'obéir. La vérité est que le droit naturel du père sur la personne de son fils peut être *limité* par la loi de son domicile actuel, mais il n'y trouve pas son fondement. Il est limité non-seulement par la loi de son domicile actuel, mais par la loi de sa résidence, même momentanée, en tant qu'il se heurterait contre l'ordre public local. Nous admettons parfaitement, avec Pasquale Fiore, que l'étranger qui demeure en Italie, ne peut avoir de plus amples pouvoirs de correction que ceux qui lui sont accordés par la loi italienne⁽¹⁾. Il ne lui sera pas permis, par exemple, comme le Code prussien l'admet, de le corriger *modicis virgis*. Mais il en sera exactement de même, Pasquale Fiore ne le niera pas, de l'étranger qui se trouve simplement de passage en Italie. — En ce qui concerne les effets de la puissance paternelle sur les biens, Fiore applique, comme nous l'avons fait, la loi personnelle.

Il n'examine, à vrai dire, les conséquences d'une différence de nationalité entre le père et le fils qu'à propos d'une seule question : celle de savoir si le fils serait émancipé de droit par le mariage, dans un cas où le père se ferait naturaliser dans un pays étranger où cette émancipation ne serait pas admise, en Bavière, par exemple, pendant la minorité du fils. Il admet l'affirmative, pourvu que le fils ait conservé sa nationalité. Mais il a soin d'ajouter que l'émancipation légale est considérée comme indépendante de la puissance paternelle, et plutôt comme une modification d'état. Il en résulte que, dans sa pensée, s'il s'agissait de déterminer les effets de la puissance paternelle, il appliquerait la loi nationale du père. En ce qui concerne cette question d'émancipation, nous parta-

(1) Pasquale Fiore. Op. cit., p. 281.

geons son opinion, pour autant du moins qu'il s'agirait d'en apprécier les effets en Italie, bien qu'elle touche, quoi qu'il en dise, à la puissance paternelle. Certes, il s'agit pour l'enfant d'une question d'état, mais celle-ci dépend précisément du point de savoir quand la puissance paternelle cesse, ou est restreinte dans une mesure considérable. — De Bar s'occupe d'une question analogue. Quand la puissance paternelle finit-elle lorsque le père et l'enfant sont régis par des lois personnelles différentes? Et il répond qu'elle prend fin, dès qu'il en est ainsi d'après l'une de ces lois. Nous estimons que cette solution mériterait pleinement d'être consacrée par un traité; mais en l'absence de traité, nous pensons qu'il y a un conflit de lois insoluble d'après les principes actuellement admis. L'enfant sera considéré comme sous puissance dans celui des deux pays où la loi le considère comme tel, comme affranchi de la puissance paternelle dans l'autre. Mais, comme la puissance paternelle met ici directement en question l'état de l'enfant et sa capacité, nous pensons que dans les pays tiers on s'en rapportera uniquement à sa loi nationale.

651. — Nous avons dit que la puissance paternelle, telle qu'elle est organisée par la loi qui régit la famille (et cette loi est en général la loi nationale du père), pouvait être limitée dans chaque pays par des lois d'ordre public (proprement dites ou absolues). Nous considérons comme telles celles qui ne concernent pas directement l'organisation de la famille, mais qui ont plutôt en vue la protection des individus. Si une loi étrangère permettait au père, en vertu de la puissance paternelle, de faire subir certains mauvais traitements à ses enfants, de les séquestrer, cette loi ne devrait pas être respectée chez nous. Il s'en suit que les mesures de rigueur auxquelles un père pourra avoir recours pour contraindre ses enfants à l'obéissance, pour les corriger, seront nécessairement limitées dans chaque pays par la loi locale. Ce qui n'empêche pas que le Belge qui même, en pays étranger, exercerait sur ses enfants des sévices autorisés par la loi locale, mais

punissables d'après nos lois, pourrait être poursuivi devant nos tribunaux. Lorsqu'une loi interdit au père, sous la menace d'une peine, d'imposer à ses enfants ou de leur permettre de se livrer à des occupations funestes à leur santé, cette loi devra être respectée même par les étrangers. Il en est de même des lois qui interdisent l'emploi des enfants dans les manufactures avant qu'ils n'aient atteint un certain âge, de celles qui imposent au père, sous la menace d'une peine, le devoir de les envoyer à l'école, de leur faire donner une certaine instruction. Ce sont là des lois pénales, c'est-à-dire des lois de police et de sûreté au premier chef, et à ce titre elles obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire. Nous n'insistons pas sur ces observations à raison de leur évidence même.

TITRE VIII.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION

652. — La question de savoir quand un individu est mineur, c'est-à-dire incapable à raison du défaut de maturité, à raison de son jeune âge, est nécessairement régie par sa loi personnelle; et le principe d'après lequel on doit considérer comme loi personnelle la loi nationale, est de plus en plus généralement admis dans la science. Il prévaut, comme nous l'avons indiqué ailleurs, dans un grand nombre de législations. Il est à prévoir que, dans peu de temps, il sera consacré par toutes les législations de l'Europe continentale. Mais en Angleterre, et dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, la résistance sera plus opiniâtre. La loi du domicile y a conservé des partisans nombreux et influents, pour ne pas parler de la loi du lieu du contrat et de la *lex situs*. Nous ne revenons pas sur les observations que nous avons faites à ce sujet.

Nous rappellerons aussi que, tout en admettant en principe que la capacité de l'étranger est régie en France par sa loi nationale, en tant qu'elle dépend spécialement de l'âge, la jurisprudence française s'est souvent montrée rebelle à l'application des conséquences de ce principe. *L'intérêt* français, et elle a compris fréquemment dans cet intérêt, tout intérêt d'un *particulier Français*, a déterminé ces dérogations aux principes. La jurisprudence belge n'a pas pu s'en affranchir complètement non plus. Elles ne se produisent pas, lorsqu'il s'agit d'apprécier, avant l'accomplissement de tel ou de tel acte, si l'étranger est majeur

et capable, mais seulement lorsque l'acte est consommé, lorsqu'un national y est intervenu, et lorsqu'il s'agit de savoir s'il peut être annulé ou rescindé au préjudice du national et à raison de la minorité de l'étranger. Et nous savons que la jurisprudence française, après avoir admis la négative à la seule condition que le Français ne soit pas en faute, incline aujourd'hui à admettre qu'il faut en outre, pour que l'acte soit maintenu, que l'étranger ait commis une fraude, ait trompé le Français sur sa qualité. Rappelons que la doctrine anglaise va plus loin encore. Elle admet bien que la loi du domicile régit les droits relatifs à l'état ou à la capacité des personnes, et dès lors la minorité et la majorité ⁽¹⁾. Elle admet également les conséquences de ce principe *relativement aux actes accomplis en pays étranger*. Mais, d'après la plupart des décisions, on ne pourrait attaquer un acte fait par un étranger en Angleterre, en se fondant sur ce qu'il est mineur d'après sa loi personnelle, d'après sa loi nationale et celle de son domicile, s'il a atteint l'âge de la majorité anglaise. Les décisions les plus récentes tendent seulement, nous paraît-il, à l'application de la loi du domicile lorsqu'il s'agit d'apprécier au préalable si l'étranger peut être admis à passer certains actes, à exercer certains droits en Angleterre; mais nous ne voyons pas qu'on l'ait jamais admise lorsqu'il s'agit d'apprécier l'acte *ex post facto*, et comme fondement d'une action en nullité, ou en rescision ⁽²⁾.

653. — Les dispositions des différentes législations sur l'âge de la majorité sont très diverses. En Suisse, la loi fédérale du 22 juin 1881 la fixe à vingt ans; et elle résulte en outre du mariage conclu avant cet âge. En France, en Belgique, en Italie, en Russie, dans les provinces baltiques, en Allemagne, en Angleterre et dans les Etats-Unis, elle est fixée à vingt et un ans; dans la Répu-

(1) Dicey et Stocquart. T. I., pp. 286, 318, 346 et ss.

(2) Le projet allemand, 2^{de} lecture, admet que l'acte accompli en Allemagne par un étranger, est valable également s'il a atteint la majorité allemande. Cela nous paraît injustifiable.

blique Argentine à vingt-deux ans, dans les Pays-Bas à vingt-trois ans, en Autriche et en Hongrie à vingt-quatre ans, en Espagne, en Portugal, au Mexique, en Danemark et en Norvège à vingt-cinq ans. Les limites extrêmes sont donc vingt et vingt-cinq ans. Au premier abord il semble incompréhensible que la majorité soit fixée à vingt ans en Suisse, à vingt-cinq ans en Espagne et en Portugal, à vingt et un ans en Allemagne, à vingt-quatre ans en Autriche et en Hongrie, etc. Mais l'âge de la majorité ne dépend pas seulement du développement physique plus ou moins hâtif suivant les climats. Il dépend plus encore du développement intellectuel, qui n'est pas soumis seulement à l'influence du climat, mais à celle du milieu, de l'état de culture générale d'un peuple, de l'expansion plus ou moins grande de l'instruction. Il se peut du reste que le législateur ait fixé la majorité à un âge trop avancé ou trop peu avancé. Mais, en thèse générale, on doit supposer qu'il correspond à la précocité plus ou moins grande du développement intellectuel. Et, dans tous les cas, le législateur national semble avoir le plus de compétence pour fixer l'âge auquel ses ressortissants peuvent être considérés comme capables.

654. — Un certain nombre de législations admettent aussi que le mineur peut être habilité, soit pour certains actes, soit pour tous les actes de la vie civile, par l'émancipation, avant l'âge normalement requis pour la majorité. Il en est ainsi notamment en France, en Belgique, en Allemagne, dans les Pays-Bas, en Italie, en Espagne, en Autriche et dans certains cantons suisses. Il peut donc y avoir une majorité exceptionnelle, une majorité de faveur, qui se produit avant la majorité normale, mais qui doit être expressément reconnue, ou octroyée suivant des formes diverses, et qui s'applique à tous les actes ou à quelques-uns seulement. Elle aussi devra produire des effets extraterritoriaux. Bien qu'elle ne dépende pas immédiatement de la loi personnelle, elle en est le résultat indirect, puisqu'elle est attribuée en vertu de la loi. Il n'y a donc aucune raison pour distinguer.

655. — On peut se demander si un individu, majeur d'après sa loi nationale, redevient mineur, lorsqu'il se fait naturaliser dans un pays où la majorité est plus tardive. Ce serait la conséquence rigoureuse du principe d'après lequel l'âge de la majorité est régi par la loi nationale. La jurisprudence autrichienne a cependant décidé, à diverses reprises, que la majorité, une fois acquise, ne se perd point, lors même que la circonstance dont elle est le résultat vient à défaillir, ou lorsque la personne intéressée devient sujette d'un pays d'après les lois duquel elle ne serait point majeure⁽¹⁾. Pasquale Fiore pose la question, mais en termes peu précis. Après avoir dit que la majorité est régie par la loi nationale, il déclare ne pouvoir partager l'opinion de Rocco, d'après laquelle le changement de domicile peut entraîner la perte des qualités personnelles acquises dans l'ancien domicile, et faire redevenir mineur un individu qui était majeur d'après la loi de son domicile, envisagée comme loi personnelle de l'individu. Il n'en est pas moins intéressant de constater que, lorsqu'on considérait la loi du domicile comme loi personnelle, et d'après les anciens auteurs, un individu pouvait redevenir mineur en changeant de domicile, et réacquérir la qualité de majeur par un nouveau changement. C'est contre cette opinion que s'est prononcée la Cour de la Louisiane, et que s'élève également Fiore. On peut en augurer que, si la loi nationale prend la place de la loi du domicile, un changement de nationalité ne pourra pas non plus avoir pour effet, d'après lui, de faire perdre une majorité acquise.

Le système de Fiore nous paraît sage et rationnel, et son adoption mérite d'être recommandée aux nations. Il y a quelque chose qui heurte le bon sens, à ce qu'un individu qui est majeur d'après sa loi nationale, perde cette qualité acquise, en changeant de nationalité. La nation, qui l'adopte pour ainsi dire, le prend tel qu'il est, avec la capacité personnelle qu'il possède. Elle tient compte en

(1) Jettel, *Op. cit.*, p. 27.

règle générale de cette capacité, et cela d'après sa loi nationale antérieure, lorsqu'il s'agit d'examiner s'il est capable de demander et d'obtenir la naturalisation. Pour pouvoir obtenir la naturalisation en Allemagne, par exemple, il faut que l'étranger soit *dispositionsfähig* d'après sa loi nationale. Elle le considérera donc comme majeur à ces fins, dès qu'il l'est d'après sa loi personnelle. Le traiter ensuite comme mineur dès que la naturalisation est octroyée, ce serait se mettre en contradiction avec le principe sur lequel repose la légalité de celle-ci. Il y a certes quelque inconvénient pratique à ce qu'il y ait ainsi certains nationaux de fraîche date, devenus majeurs avant l'âge normal. Mais n'y a-t-il pas des inconvénients aussi à les faire retomber en minorité (1) ?

La question de savoir si l'étranger qui est mineur d'après sa loi nationale primitive, devient majeur lorsqu'il acquiert une nationalité nouvelle, d'après laquelle il serait tenu pour tel, si tant est qu'elle lui fût applicable, donne lieu à moins de difficultés. Il y a quelque chose qui révolte le bon sens dans le fait qu'un majeur redevienne mineur, perde sa majorité acquise ; il n'y a rien qui y répugne dans l'acquisition de la majorité par un mineur. On appliquera donc, sans nul doute, dans un cas de ce genre la loi de la nationalité nouvelle. Il n'y a guères de divergences d'opinions à cet égard (2). Mais il n'est pas moins évident, à notre avis, que pour l'appréciation des actes accomplis par lui, avant son changement de nationalité, on s'en rapportera uniquement à la loi nationale à laquelle il était soumis à cette époque. C'est en ce sens que se prononce de Bar (3). L'acquisition d'une nationalité nouvelle ne saurait produire effet rétroactif, quant aux droits définitivement acquis.

656.—La loi nationale déterminant l'âge de la majorité détermine par cela même jusqu'à quelle époque le citoyen

(1) En ce sens : de Bar. Op. cit., T. I, pp. 418 et ss. et les autorités qu'il cite, entre autres Savigny.

(2) De Bar. Op. cit., T. I, p. 419.

(3) Op. cit., T. I, p. 405.

peut être assujetti à une certaine direction, à une certaine surveillance, et doit même être représenté par un tuteur chargé d'administrer ses biens et de prendre soin de sa personne. La loi nationale du mineur déterminera donc aussi par la force des choses, quand le citoyen commence à être en tutelle, et quand la tutelle finit. Il ne peut s'agir d'hésiter ici entre la loi nationale du tuteur et celle du mineur. C'est essentiellement une question d'état pour le mineur (1). Il pourrait y avoir plus d'hésitation dans le choix entre la loi personnelle des parents et celle du mineur, pour autant qu'il s'agisse de savoir s'il y a lieu à tutelle légale, à tutelle testamentaire ou à tutelle dative. La tutelle légale n'est-elle pas un attribut de la puissance paternelle? Le droit de nommer un tuteur par testament ou par une déclaration devant le juge de paix, attribué au survivant des père et mère par l'art. 397 du Code civil, n'est-il pas également un des attributs de cette puissance? Il faut répondre affirmativement. Mais, d'autre part, s'agissant de tutelle et de la question de savoir à quelle autorité le mineur sera soumis, la question intéresse encore plus ce dernier, et il faut réfléchir qu'au moment où la tutelle s'ouvre, la famille n'est plus entière. Weiss admet que c'est d'après la loi du mineur que doit être appréciée la question de savoir, quelles personnes seront ou pourront être investies des fonctions de tuteur. Il reconnaît qu'il y a conflit ici entre la loi personnelle du tuteur et celle du mineur. Mais il fait remarquer que l'organisation et l'administration de la tutelle exigent une unité inconciliable avec l'application simultanée et contraire de deux lois personnelles différentes, et choisit la loi du pupille, parce que c'est elle qui, mesurant les pouvoirs du tuteur, du subrogé tuteur, du conseil de famille, peut le mieux apprécier le degré d'intelligence, de dévouement, d'activité et d'honorabilité que réclame leur exercice (2). Pasquale Fiore semble adopter la même manière de voir, sans s'expliquer cependant d'une manière formelle sur le conflit (3).

(1) De mures réflexions nous ont amené à cette conviction.

(2) Weiss. Op. cit., p. 414.

(3) Pasquale Fiore. Op. cit., p. 295.

Le système de Weiss paraît fort séduisant en théorie, et s'il s'agissait de régler la question par des conventions internationales, il nous paraîtrait peut-être mériter approbation. Mais, en l'absence de conventions internationales, ce système doit-il prévaloir, quelque pratique qu'il soit? Nous avons touché la question en parlant de l'usufruit légal et de la puissance paternelle. Il est certain que l'opinion de Weiss n'a pas trouvé faveur devant la Cour de Cassation de France. Il y a lutte entre deux lois personnelles, celle des parents, celle de l'enfant. Et, comme nous l'avons dit plus haut, on va trop loin en soutenant que la puissance paternelle est organisée dans le seul intérêt de l'enfant. On rencontre ici un mélange assez compliqué d'intérêts, celui du père, celui de l'enfant, celui de l'Etat. D'autre part, ne peut-on pas dire que le système de Weiss peut conduire, s'il y a des enfants de nationalités différentes, à donner à l'un pour tuteur sa mère, à l'autre son aïeul, par préférence à la mère, comme d'après la loi autrichienne, à un autre peut-être un tuteur datif? Et cela n'a-t-il pas pour résultat de troubler étrangement l'unité de la famille? Malgré la gravité de ces considérations, nous approuverions ce système en théorie, nous le répétons. Mais en fait, nous croyons que l'on appliquera, et que l'on appliquera à bon droit, dans le pays des parents, la loi nationale des parents; dans le pays de l'enfant, celle de l'enfant, en ce qui concerne la tutelle légale et l'effet d'une désignation de tuteur faite par le survivant des père et mère. Les pays tiers appliqueront probablement la loi qui se rapproche le plus de leur propre législation; mais, dans une question intéressant à un si haut degré les mineurs, la loi nationale de ceux-ci nous paraîtrait devoir être préférée.

657. — Par quelle loi appréciera-t-on les causes d'incapacité, d'excuse ou d'exclusion? Au premier abord, il semble que ce soit d'après la loi nationale des personnes prétendument incapables, excusées ou exclues. Mais la question est des plus délicates. Weiss se prononce ici encore pour l'application de la loi nationale du mineur,

toujours par le motif que l'organisation de la tutelle réclame impérieusement l'unité, et parce que le législateur national est le mieux à même d'apprécier ce que la tutelle exige d'activité, d'intelligence, de dévouement, etc.⁽¹⁾. Cela nous paraît bien absolu. Un mot d'abord de l'incapacité, et de l'exclusion, laquelle n'est qu'une forme ou une conséquence de l'incapacité et se résume dans l'indignité. La loi belge exclut de la tutelle les mineurs, excepté le père ou la mère, les interdits, les femmes autres que la mère et les ascendantes. Il est tout d'abord évident que la minorité et l'interdiction pourront résulter de la loi étrangère ou d'un jugement étranger, s'il s'agit d'un étranger. Pour le surplus, la question ne présente pas d'importance en ce qui concerne les mineurs et les interdits, parce qu'il n'est pas à supposer que des mineurs ou des interdits puissent exercer les fonctions de tuteur, d'après n'importe quelle loi étrangère en matière de tutelle. Cela n'est cependant pas impossible en ce qui concerne les mineurs, puisque la loi belge les admet exceptionnellement à ces fonctions. Supposons qu'un mineur émancipé puisse, d'après une loi de tutelle étrangère, remplir les fonctions de tuteur. Y sera-t-il admis en Belgique, s'agissant d'un mineur étranger? Y sera-t-il admis, même s'il est Belge? Nous ne le pensons pas, mais nous ajoutons qu'il ne devrait pas y être admis davantage s'il était étranger. L'incapacité dont il s'agit nous paraît d'ordre public absolu, et ne tient pas à l'ordre des familles. Il nous paraît contraire à l'ordre public absolu de livrer l'administration des biens et de la personne d'un incapable à un autre incapable. Nous ferions exception cependant si, en vertu de sa loi nationale, ce qui est le cas dans certains pays, l'émancipé était assimilé au majeur. Ce ne serait plus un mineur dans ce cas, mais un majeur de par l'émancipation. S'agissant de ces sortes d'incapacités qui nous paraissent fondées sur des motifs d'ordre public

(1) En ce sens, au moins pour les causes d'incapacité : Despagnet. *Op. cit.*, n° 344. — Loiseau. *Du conflit des lois françaises et étrangères en matière de tutelle*, p. 197. — Chavegrin. *Revue critique*, 1883, p. 512.

absolu, on appréciera d'après la loi nationale du prétendu incapable si la cause d'incapacité existe, et d'après la loi locale si cette incapacité opère quant à la tutelle. En ce qui concerne la femme, la question nous paraît devoir être résolue autrement. Il n'y a pas ici d'incapacité absolue, et l'ordre public absolu ne nous paraît pas intéressé à ce qu'elle soit exclue de la tutelle. La faiblesse supposée du sexe, le fait que les femmes sont souvent étrangères aux affaires, et plus souvent encore sous puissance maritale elles-mêmes, a pu inspirer à tort ou à raison au législateur cette disposition dans l'intérêt des mineurs. Mais qui ne voit que l'exactitude de cette appréciation dépend des mœurs, des habitudes de tel ou tel pays? Rien ne s'oppose, d'après nous, à ce que la loi qui régit la tutelle reçoive application à cet égard même en pays étranger, et surtout à ce que la femme étrangère, tutrice du mineur étranger, à ce désignée par la loi étrangère, ou conformément à celle-ci, exerce ses fonctions même en Belgique. Par contre, la quatrième cause d'incapacité nous paraît véritablement d'ordre public absolu. Lorsque la loi déclare incapables d'être tuteurs, ceux qui ont avec lui ou avec ses père et mère un procès grave, elle exprime des défiances qui sont absolument indépendantes de la nationalité du mineur ou de celui qui prétend aux fonctions de tuteur. Ces personnes ne pourraient être nommées tuteurs en Belgique. Mais autre est la question de savoir si, ayant été investies de ces fonctions en pays étranger, s'agissant d'une tutelle étrangère, par la loi ou conformément à une loi étrangère, elles pourraient les exercer en Belgique. Et nous croyons que cette question devrait être résolue affirmativement, parce qu'il ne s'agit pas d'une incapacité naturelle, mais d'une incapacité légale levée en fait par la loi étrangère, et qu'il ne s'agit pas pour nos tribunaux de prêter directement leur autorité à l'exécution de cette loi, contraire à notre ordre public, mais de reconnaître un état de fait qui s'est formé légalement en pays étranger en dehors de leur juridiction et de leur action.

658. — En ce qui concerne les causes d'exclusion fondées sur l'indignité, nous écartons tout d'abord d'une manière absolue la loi personnelle du tuteur. Lorsque la loi déclare que l'état et la capacité de l'individu sont régis par sa loi nationale, elle n'entend évidemment parler que de la capacité à l'effet de s'obliger, de contracter, d'accomplir les divers actes de la vie civile. Mais lorsqu'il s'agit de la capacité à l'effet de remplir certaines fonctions, c'est la loi qui crée et régit la fonction qui a compétence, pour déterminer les conditions auxquelles sera subordonné le droit de l'exercer, et il n'y a plus lieu de consulter en quoi que ce soit la loi nationale du tuteur. Or, il en est ainsi quand il s'agit d'indignité. Les causes d'indignité seront donc en principe celles établies par la loi nationale du mineur, et elles produiront leur effet partout. Mais si la loi locale, c'est-à-dire la loi du lieu où il s'agit de procéder à la nomination du tuteur, établissait d'autres causes d'indignité, il nous paraît qu'elle devrait également être respectée. Car il s'agit de dispositions d'ordre public, contre lesquelles une loi étrangère ne saurait prévaloir.

659. — Quant aux causes d'excuse et de dispense, notre solution sera toute différente. Savigny enseigne que la loi en vigueur au domicile *du tuteur* peut seule prononcer sur l'obligation d'accepter la tutelle, et sur les causes qui peuvent en dispenser. Or, la loi du domicile du tuteur, c'est, dans son système, la loi personnelle du tuteur. Nous nous rallions à son opinion, sous cette restriction : que, d'après nous, la loi nationale doit être substituée à la loi du domicile. Savigny écarte, et c'est le point important, la loi personnelle *du mineur*, lorsqu'il s'agit d'examiner si le tuteur peut être excusé ou dispensé. Ce système nous semble rationnel. Certes, chaque Etat a le droit d'organiser, comme il l'entend, la tutelle des enfants mineurs qui sont ses sujets, ses ressortissants, et à la protection desquels il doit veiller. Mais il n'en résulte pas qu'il puisse imposer cette charge à des étrangers qui en sont expressément dispensés d'après leur loi nationale ; cette prétention serait du reste destinée à un lamentable échec et

tournerait au préjudice des mineurs, s'il s'agissait d'étrangers domiciliés en pays étranger (1).

660. — Par contre, c'est la loi nationale du mineur qui déterminera s'il y a lieu oui ou non à tutelle. La Cour de Bruxelles n'a pas hésité à l'appliquer dans une affaire où il s'agissait de savoir, si une mineure espagnole était en tutelle ou sous puissance paternelle, par suite du décès de sa mère. La loi espagnole n'ouvre la tutelle que lorsque les père et mère sont tous deux décédés. La Cour décida que la fille était sous la puissance du père survivant et non en tutelle. L'espèce était assez intéressante, parce que le père avait lui-même fait convoquer un conseil de famille en Belgique, et procéder à la nomination d'un subrogé tuteur. La Cour décida que cette espèce de renonciation du père n'avait pu déroger à des lois d'ordre public, comme celles qui gouvernent l'état des personnes (2). Cette décision nous paraît à cet égard irréprochable.

661. — C'est la loi nationale du mineur qui fixe le lieu d'ouverture de la tutelle. D'après la plupart des législations, comme d'après la nôtre, elle s'ouvre au domicile du mineur (art. 406, C. civ.), c'est-à-dire en général au domicile de son père. Et l'on applique communément cette règle, même au cas où le mineur est domicilié dans un autre pays que celui auquel il appartient par sa nationalité, par exemple, à la tutelle d'un mineur belge domicilié en France, et *vice-versâ*. Comme c'est l'opinion prédominante, nous devons examiner les questions qui s'élèvent dans cette hypothèse. La tutelle s'ouvre au lieu du domicile, dit M. Weiss, *dans les formes et sous les conditions* prescrites par la loi nationale de chacun, c'est-à-dire du mineur (3). Cette opinion nous semble devoir être incontestablement admise, quant aux conditions d'ouverture de la tutelle, sous la réserve de ce que nous avons dit quant aux incapacités, aux causes d'exclusion et aux dispenses.

(1) En ce sens : Savigny. Op. cit., T. VIII, p. 343. — Vesque de Puttlingen. Op. cit., p. 260. — Despagnet. Op. cit., n° 394.

(2) Arrêt du 29 juillet 1865. *B. J.*, 1865, p. 1073.

(3) Weiss. Op. cit., p. 410.

Mais en est-il de même des formes ? M. Weiss reconnaît lui-même qu'il peut arriver qu'il soit impossible d'observer les formes prescrites par la loi nationale du pupille. Ne serait-ce pas le cas d'appliquer la maxime *locus regit actum* ? Et n'a-t-elle pas précisément pour but de permettre aux parties d'accomplir en tous lieux valablement les actes juridiques qu'elles sont dans le cas d'accomplir ? Mais l'insuffisance de cette maxime apparaît ici. Weiss suppose en effet le mineur français domicilié dans un pays où les juges de paix et les conseils de famille sont inconnus. On peut bien admettre que les fonctions de juge de paix seront valablement remplies, en ce cas, par le magistrat étranger, auquel elles seront attribuées par la loi locale. Mais s'il n'y en a point ? Weiss dit que, d'après certains auteurs, la plupart, dit-il, la tutelle doit être ouverte dans ce cas dans le pays auquel appartient le mineur, et notamment au lieu où ses parents ont eu leur dernier domicile avant d'émigrer (1). Si cette règle n'est édictée que pour le cas où il est impossible d'organiser la tutelle en pays étranger, elle n'est qu'un expédient, une exception à un principe général. Et cette exception ne pourrait guères être admise sans une disposition légale, lors même que son utilité pratique serait incontestable. Or, cette utilité peut être discutée si le mineur est domicilié dans un pays très éloigné de sa patrie. M. Weiss pense qu'il est impossible d'échapper à ces inconvénients, en attribuant compétence aux consuls à l'effet d'organiser la tutelle des mineurs ressortissant du pays qu'ils représentent et domiciliés à l'étranger, comme l'ont fait certains traités conclus par la France avec l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la Grèce, l'Etat de Salvador et la République Dominicaine, et comme il est évidemment loisible de le faire dans les pays hors chrétienté.

La loi belge du 31 décembre 1851 n'attribue à cet égard aucune compétence spéciale aux consuls belges. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 15, le consul reçoit et

(1) Chavegrin. Op. cit., p. 501. — Louiche Desfontaines. *De l'émigration*, p. 212. — Loiseau. Op. cit., p. 167. — Despagnet. Op. cit., p. 383.

dresse tous les actes autorisés par les lois, les usages et les conventions diplomatiques. Mais il résulte simplement de cet article, que, pour décider si le consul a le droit de convoquer et présider un conseil de famille aux fins de nommer un tuteur à un mineur de sa nation, il faut consulter les lois, les usages et les conventions internationales. Or, nous n'avons ni loi, ni convention internationale qui confère ce droit aux consuls belges en pays étranger, aux consuls étrangers en Belgique. Et quant aux usages, il n'en existe pas d'assez généraux et assez constants pour qu'ils puissent servir de base à un pareil droit. Il nous paraît cependant probable qu'on ne pourrait le leur refuser dans les pays hors chrétienté, où ils exercent en somme la juridiction, même en matière répressive, mais cela n'est pas certain. L'expédient suggéré par M. Weiss n'est donc pas pratique, pour nous du moins, ni pour la plupart des pays, dans l'état présent du droit international et de notre droit, et il faut chercher un autre moyen de parer à ces difficultés.

662. — Il y a tout d'abord des cas où l'observation de la maxime *locus regit actum* s'impose. Ce sont ceux où l'organisation de la tutelle est possible dans le pays étranger où le mineur est domicilié. Il faut dans ce cas appliquer l'ancienne maxime pour tout ce qui concerne les formes proprement dites. Mais il faut s'entendre sur la question de savoir quelles sont les formes qui tombent sous l'application de cette maxime. Nous rappellerons que si l'on y comprend en général les formes dites de solennité, on en exclut par contre les formes habilitantes. L'obligation imposée par l'art. 395 du Code civil, à la mère tutrice qui se remarie, de convoquer le conseil de famille; le principe qu'entre deux bisaïeux maternels ayant même titre à la tutelle légale, c'est le conseil de famille qui choisit (art. 404); qu'en l'absence de tutelle légale ou testamentaire c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur (art. 405); le principe que le tuteur légal ou testamentaire ne peut s'ingérer dans la gestion sans avoir fait nommer un subrogé tuteur par le conseil de famille

(art. 420 et 421), etc..., tout cela n'est point question de forme, tout cela est régi par la loi nationale du mineur. Nous considérons au contraire comme se rattachant à la forme proprement dite, le mode de composition du conseil de famille, bien que cela soit assez discutable. D'autres questions sont évidemment de pure forme, par exemple celle des délais pour comparaître, celles du lieu où le conseil de famille doit se réunir, du pouvoir de se faire représenter, du nombre de membres nécessaire pour délibérer, etc... Nous ne pensons pas que l'on puisse sérieusement attaquer une délibération du conseil de famille, sous prétexte que l'on se serait conformé à la loi locale à cet égard plutôt qu'à la loi nationale du mineur, si ces lois sont différentes. Si la tutelle d'un mineur belge venait à s'ouvrir en pays étranger, la délibération du conseil de famille ne serait pas nulle, si celui-ci avait été présidé par un magistrat autre qu'un juge de paix, fût-ce un magistrat de l'ordre administratif investi de cette mission d'après la loi locale, ni même si le tuteur avait été nommé par quelque autre autorité.

663. — Il est certain que toutes ces difficultés sont évitées dans une forte mesure, si l'on admet que la tutelle est régie d'une manière générale par la loi du domicile et non par la loi nationale du mineur. Mais on les éviterait également par le système de M. de Bar. D'après ce jurisconsulte éminent, la tutelle s'ouvre dans le pays auquel le mineur appartient par sa nationalité, fût-il domicilié dans un autre pays. C'est donc dans ce pays que le tuteur doit être régulièrement nommé, lorsqu'il s'agit de tutelle dative. Mais, comme il peut en résulter des inconvénients, et particulièrement des lenteurs préjudiciables à la personne et aux biens du mineur, rien n'empêche que les autorités du pays où le mineur est domicilié, et même, en cas de nécessité, où il est simplement de passage, ne lui nomment, conformément aux lois locales, une espèce de tuteur ou d'administrateur provisoire, dont les pouvoirs s'effaceront ultérieurement devant ceux du tuteur qui lui serait nommé définitivement dans son pays. Des considé-

raisons d'humanité peuvent même commander d'en agir ainsi. Weiss reconnaît du reste que cela est généralement admis en France, et cite des décisions en ce sens (1). Et certaines lois étrangères en disposent en termes exprès de cette manière : notamment la Patente autrichienne du 9 août 1854, § 183, la loi prussienne du 5 juillet 1875, art. 6-2°, la loi hongroise de 1877 et la loi serbe du 25 octobre 1872.

Nous pensons que le système de de Bar se concilie le mieux avec le principe général, et qui tend à prédominer dans la plupart des pays, que la loi nationale doit remplacer la loi du domicile comme loi personnelle de l'individu, et cette opinion n'est pas sans avoir des adhérents sérieux en France (2). Lorsque la loi nationale décrète que la tutelle s'ouvre au lieu du domicile, cette disposition ne peut s'appliquer, d'après nous, qu'à la condition que le mineur ait conservé son domicile dans le territoire de sa patrie. Elle n'a nullement pour but de déterminer dans quel pays elle s'ouvre, mais dans quelle localité du pays auquel le mineur appartient elle doit être considérée comme ouverte. Si le mineur n'y a plus aucun domicile, il ne semble pas qu'il faille en conclure que la tutelle s'ouvrira dans un autre pays, mais simplement que dans son pays d'origine il n'y aura pas de localité précise où les formalités nécessitées par cette ouverture de la tutelle devront être remplies, et qu'elles pourront l'être partout, à moins que l'on n'admette que le lieu d'ouverture de la tutelle est la commune de sa patrie, où ses parents ont eu leur dernier domicile (3).

664. — Les pouvoirs de tuteur doivent évidemment être régis de même par la loi nationale du mineur. C'est

(1) Weiss. Op. cit., p. 414, et la note.

(2) Despagnet. Op. cit., n° 395. — Chavegrin. Op. cit., p. 301. — Loiseau. Op. cit., p. 167. — Louiche Desfontaines. Op. cit., p. 316. — Vincent et Pénaud. *Dict.*, v° *Minorité*, n° 19.

(3) La plupart des projets nouveaux comportent l'organisation, en cas de nécessité, d'une espèce de tutelle provisoire dans le pays de la résidence. Cette tutelle cesse lorsque l'Etat d'origine organise la tutelle. Jusque-là elle est constituée et régie par la loi locale. En ce sens : les projets allemands, les résolutions de l'Institut, et celles de la Conférence de La Haye.

elle qui déterminera l'étendue du droit d'administration du tuteur, les conditions auxquelles son droit de disposition est subordonné, les cas dans lesquels il a besoin de l'assistance d'un subrogé tuteur, de l'autorisation du conseil de famille, ceux où la délibération doit être homologuée par le tribunal. Il en sera de même du droit du tuteur sur la personne du mineur, sauf les cas où ce droit se heurterait contre l'ordre public absolu dans le pays où le mineur réside. Sur ce dernier point pas de difficultés. Mais il peut y en avoir de très sérieuses lorsque la loi nationale du mineur exige, comme c'est le cas pour les aliénations d'immeubles en France, en Belgique et dans d'autres pays, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Tout d'abord, la loi nationale du mineur règle-t-elle les pouvoirs du tuteur à cet égard, même en ce qui concerne des immeubles situés en pays étranger? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Les auteurs sont presque unanimes à cet égard, sauf dans la doctrine anglo-américaine. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les immeubles et les meubles, quant à l'extension extraterritoriale de la capacité personnelle d'aliéner. L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ne sont pas des formes proprement dites, assujetties à la *lex loci* et réglées par cette loi. Ce sont des formalités habilitantes. La situation des biens ne modifie pas la capacité personnelle de l'individu. En vain invoquerait-on la règle que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation. On a, comme nous croyons l'avoir démontré plus haut, forcé la portée de cette règle. Nous croyons inutile d'y revenir.

665. — En ce qui concerne les formes proprement dites, la question de savoir quelle loi il faut suivre présente surtout de l'importance, lorsqu'il s'agit de la vente des biens appartenant à des mineurs. La matière est régie en Belgique par la loi du 12 juin 1816, qui exige entre autres formalités : la vente aux enchères, en présence des tuteurs et subrogés tuteurs, *ainsi que du juge de paix*. Le tuteur d'un mineur étranger est-il tenu de se

conformer à cette loi, lorsque la vente a lieu en Belgique, ou lorsque les immeubles y sont situés? Le tuteur d'un Belge est-il tenu de s'y conformer lorsque l'acte s'accomplit, ou lorsque les immeubles sont situés en pays étranger? Voilà tout un ensemble de questions des plus délicates. Appliquera-t-on sans réserves la maxime *locus regit actum*? Est-elle impérative ou facultative en pareille matière? Faut-il tenir compte de la loi qui régit la tutelle, c'est-à-dire de la loi nationale du tuteur? Peut-on prendre en considération la loi du lieu de la situation des biens qu'il s'agit de vendre? La jurisprudence paraît loin d'être fixée, en Belgique spécialement, sur ces importantes questions. Il suffit d'examiner rapidement quelques décisions pour s'en convaincre. Quant aux auteurs, il en est fort peu qui examinent spécialement, dans quelle mesure la règle *locus regit actum* peut recevoir application en pareille matière. Laurent⁽¹⁾ maintient ici sa doctrine générale en ce qui concerne les formes requises pour la validité de l'acte en la substance; mais nous avons vu que son système, assez rationnel cependant, est repoussé par la plupart des auteurs. Weiss applique la règle *locus regit actum* quant à toutes les formes proprement dites. Mais il ne considère pas comme une forme proprement dite la nécessité de l'autorisation préalable du tribunal ou de quelque autre autorité. En ce dernier point il applique la loi nationale du mineur⁽²⁾. Par arrêt du 28 févr. 1845⁽³⁾, la Cour de Cologne décidait que les dispositions du Code civil, relatives à la capacité des mineurs et aux *facultés* des tuteurs, ne sont pas applicables aux mineurs étrangers, et que c'est la loi de l'endroit où la tutelle a été établie qui doit régler les droits et la gestion du tuteur, même pour les actes qu'il a faits à l'étranger. Sur ce point la jurisprudence belge n'a pas varié, et elle ne distingue pas entre les meubles et les immeubles. Mais cette Cour, tout en rendant hommage à la règle *locus regit actum*,

(1) Op. cit., T. VI, p. 21.

(2) Weiss. Op. cit., p. 417.

(3) Belg. jud., 1845.

et en paraissant considérer cette règle comme obligatoire en matière de formalités substantielles, ne l'estime pas applicable quant aux formes prescrites par les art. 457 à 459 du Code civil, et décide que ce ne sont pas là des formes proprement dites, mais des restrictions de la faculté d'aliéner, établies non dans l'intérêt de la propriété foncière, mais dans l'intérêt des mineurs. « Ces dispositions étant une conséquence de la protection dont le législateur entoure la fortune du mineur, ne sont pas applicables à ceux des mineurs auxquels cette protection ne s'étend pas. » Cet arrêt est remarquablement motivé. On peut dire, en somme, que ces formes sont considérées par la Cour comme des formes habilitantes. Et s'il en est ainsi des formes prescrites par les art. 457 à 459 du Code civil, il faut en dire autant de celles prescrites en leur lieu et place par la loi du 12 juin 1816. La même Cour rend le 20 octobre 1857⁽¹⁾ un arrêt analogue, bien que la seconde question n'y soit pas formellement résolue. Mais, par un arrêt du 22 novembre 1864⁽²⁾, la Cour d'Appel de Liège décide que les formalités de la vente des biens des mineurs sont d'ordre public, et tiennent aux principes du *statut réel*, que, par conséquent, lorsque la vente des biens appartenant à des mineurs belges et situés en Hollande doit avoir lieu en Hollande, c'est la loi hollandaise qui doit être suivie. Aucune discussion ! Si la vente avait dû avoir lieu en Belgique, toutes choses égales, la Cour en aurait-elle décidé de même, bien que les immeubles fussent situés en pays étranger ? Nous l'ignorons. Mais si les formes étaient effectivement de *statut réel*, il faudrait répondre affirmativement. Et c'est en effet l'opinion de M. Timmermans, qui enseigne dans son ouvrage sur les ventes de biens de mineurs, qu'il est de principe qu'il faut suivre les formes déterminées par la loi du lieu de la situation⁽³⁾.

666. — Dans son arrêt du 29 juillet 1865⁽⁴⁾ la Cour

(1) *Belg. jud.*, 1857, p. 229.

(2) *Belg. jud.*, 1865, p. 265.

(3) V. n° 137 et aussi Arntz. *Droit civil*, T. I, nos 62 et 66.

(4) *Pasicrisie*, 1866, 2, 157.

de Bruxelles, après avoir admis, sur les conclusions de M. Mestdag de Ter Kiele, alors avocat général près la dite Cour, aujourd'hui procureur général près de la Cour de Cassation, que c'est d'après la loi nationale du mineur qu'il faut apprécier si la tutelle est ouverte ou si elle ne l'est pas, principe fort rationnel, examine également dans quelle forme doit se faire en Belgique la vente d'immeubles situés dans ce pays et appartenant à une mineure espagnole, et elle applique la loi belge. Mais est-ce à raison de la situation des biens, ou à raison du lieu de l'acte? On ne le sait trop. A l'exemple du ministère public, la Cour en donne deux raisons qui peuvent conduire à des conclusions contradictoires, lorsque le lieu de l'acte et celui de la situation des biens ne s'identifient pas. C'est parce qu'il s'agit d'immeubles situés en Belgique, et que, d'après l'art. 3, § 2, du Code civil, ces immeubles sont régis par la loi belge. C'est aussi parce que la maxime *locus regit actum* « exige que, pour les formalités de la vente, on suive la loi du lieu où l'acte est passé ». Mais si l'art. 3, § 2, doit recevoir application en ce qui concerne les formes des ventes d'immeubles, il en résulte qu'il faut appliquer la loi de la situation. Qu'aurait fait la Cour s'il s'était agi de vendre en Belgique des immeubles situés en France, ou inversement? Aurait-elle appliqué la *lex situs*, ou la loi du lieu de l'acte?

Un arrêt de Liège du 5 janvier 1867 ⁽¹⁾ semble décidément donner la préférence à la loi du lieu de l'acte. Il n'est plus question de la *lex situs*, et la maxime *locus regit actum* domine tout le débat. Et telle est, semble-t-il, la conclusion qui se dégage de la portée attribuée par la plupart des auteurs à ce principe.

667. — Ecartons tout d'abord la *lex situs*. M. le procureur général Mestdag et la Cour de Bruxelles ont évidemment attribué une portée excessive à la disposition de l'art. 3, § 2 du Code civil. Tout au plus pourrait-on soutenir qu'il en résulte qu'il faut suivre la loi du lieu de la situa-

(1) *Belg. jud.* 1868, p. 1403.

tion, quant aux formes auxquelles est subordonnée la transmission de propriété par suite de la vente. Mais aucun auteur ne soutient aujourd'hui qu'il puisse en être ainsi quant aux formes qui seraient requises pour la validité de la vente. Nous nous en référons à cet égard aux observations que nous avons faites dans la partie générale de notre ouvrage. Plus délicate est la question de savoir si la maxime *locus regit actum* devrait être appliquée dans l'espèce, et s'il ne faudrait pas préférer la loi nationale du mineur comme régissant la tutelle en général. La question de forme se lie ici encore plus étroitement à la question de capacité, que quand il s'agit d'une donation ou d'un contrat de mariage, et en théorie nous sommes fort tenté d'approuver le système de la Cour de Cologne. Lorsque la loi nationale du mineur prescrit certaines formes pour la vente des biens qui lui appartiennent, elle a en vue sa protection ; elle limite le droit de disposition qui appartient au tuteur, s'agissant de ces biens qui ne lui appartiennent point. Il n'est capable d'en disposer que dans les formes qu'elle prescrit. Il semble que ces formes puissent être, dans une certaine mesure, assimilées à des formes habilitantes. La nécessité de protéger les intérêts du mineur contre des aliénations inopportunes est-elle moins pressante quand il s'agit de biens situés en pays étranger ? Nous ne le pensons pas. Il y a, il est vrai, une grave objection, une objection qui plaide en faveur de la règle *locus regit actum*, c'est que l'observation de la loi nationale du mineur, quant à la forme, peut être impraticable dans le pays de la situation ; et il est en général favorable aux intérêts du mineur que la vente se fasse là où les biens sont situés. C'est probablement ce qui détermine en pratique l'application de la règle *locus regit actum*. Mais il est à observer que l'application de cette règle elle-même et l'observation des formes qu'elle prescrit peuvent se heurter contre d'étranges difficultés. Il en est ainsi de la disposition de notre loi du 12 juin 1816, qui prescrit l'assistance, à la vente, du tuteur et du subrogé tuteur. L'observation littérale de cette disposition peut être radi-

calement impossibles s'agissant d'une tutelle étrangère organisée tout différemment de la nôtre. Peut-être y aurait-il lieu de préconiser, en prévision d'une éventualité de ce genre, l'observation facultative des formes prescrites par la loi qui régit la tutelle, comme le propose M. Weiss. En théorie, ce système nous paraît ici recommandable, mais il n'est pas entré jusqu'ici dans le droit international privé coutumier, qui considère en général la maxime *locus regit actum* comme ayant force impérative, au moins quant il s'agit d'actes authentiques. Dans tous les cas la Cour de Bruxelles s'est trompée, en appliquant ici la *lex situs* qui n'a absolument rien à voir dans la question, les formes prescrites n'ayant rien de commun avec le régime de la propriété immobilière, et ne pouvant viser que la protection d'intérêts purement personnels.

668. — Elle a commis, à notre avis, une autre erreur. Elle reconnaît avec raison que la capacité d'un père Espagnol, administrateur légal des biens de sa fille mineure également Espagnole, de même que celle du tuteur, se règle d'après la loi nationale de la mineure, même aux fins d'aliéner des immeubles situés en pays étranger. Or, en Espagne le père n'a pas besoin d'autorisation pour vendre les biens de ses enfants mineurs. D'après la loi belge, l'autorisation du tribunal est indispensable. Voilà une formalité antérieure à la vente; l'intervention du tribunal est requise pour compléter la capacité du père, en tant que représentant légal de ses enfants, et il dépend de lui d'accorder l'autorisation. C'est essentiellement une formalité habilitante. Or, il est de principe que les formalités habilitantes sont régies par la loi personnelle. Dès lors le père n'était pas soumis sous ce rapport à la loi belge. L'autorisation avait cependant été demandée, et le tribunal, en l'octroyant, avait prescrit le dépôt des deniers à la caisse des consignations. La Cour, adoptant les conclusions du ministère public, a déclaré que cette disposition devait être maintenue. Or, le tribunal n'avait pas à intervenir, et ne pouvait dès lors rien prescrire, quant à l'emploi des deniers. Et de plus, la loi espagnole, qui formait

le statut personnel du père et des enfants, permet au père d'administrer la fortune de ceux-ci sans contrôle. La décision de la Cour méconnaissait donc, sous un double rapport, le statut personnel des parties. Ce qui paraît avoir dicté la décision de la Cour en fait, c'est, abstraction faite du principe que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation et de la maxime *locus regit actum*, l'un et l'autre faussement appliqués, la circonstance que la mesure tutélaire, et protectrice, du dépôt des deniers à la caisse des consignations est remplacée en Espagne par une autre garantie : le droit pour les mineurs, lésés par des aliénations inconsidérées, de former un recours contre les tiers acquéreurs. Impossible de leur donner cette garantie, dit la Cour, lorsqu'il s'agit d'immeubles situés en Belgique : il faut donc que cette garantie trouve son équivalent dans les mesures prescrites par la loi belge. L'inconvénient est réel et grave, mais ne suffisait pas pour violer le statut personnel, d'autant plus que le pouvoir social belge n'a pas pour mission de protéger les mineurs étrangers. Le vice est dans la loi espagnole qui devrait exiger d'autres garanties, lorsqu'il s'agit pour le tuteur ou pour le père de vendre en pays étranger, des immeubles situés dans ce pays. L'erreur est donc complète (1).

La Cour aurait pu, il est vrai, invoquer le principe constitutionnel de l'art. 128 (Constitution), aux termes duquel « tout étranger, qui se trouve sur le territoire de la Belgique, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens... » Mais, en supposant que le principe puisse recevoir application s'agissant d'une protection accordée à l'incapable en vertu de son statut personnel, et à un incapable qui ne se trouvait pas sur le sol belge, il semble que la Cour de Bruxelles aurait pu s'y prendre d'une autre manière, subordonner l'autorisation de vendre à la condition que la faculté pour le mineur d'attaquer la vente fût inscrite dans le cahier des charges. Nous ne voyons

(1) Arrêt du 20 juillet 1865. *B. j.*, 1865, p. 1073.

pas qu'une clause de ce genre eût été plus contraire à l'ordre public, qu'une clause révocatoire, ou la stipulation de la faculté de réméré, et l'on aurait ainsi rendu hommage au statut personnel du mineur étranger.

669. — La loi personnelle, c'est-à-dire la loi nationale du mineur, régit les pouvoirs que le tuteur peut avoir sur la personne du mineur. C'est l'opinion générale ⁽¹⁾. Il n'y a d'exception à faire que pour le cas où ces pouvoirs se heurteraient contre des lois d'ordre public absolu. Et l'on admet en général avec raison, que le tuteur ne pourrait revendiquer en pays étranger un droit de correction qui lui serait refusé par les lois locales. En Belgique surtout, les prétentions du tuteur à cet égard se heurteraient contre l'art. 128 de la Constitution, qui recevrait dans ce cas une juste application. Le tuteur d'un mineur étranger ne pourrait, par exemple, recourir en Belgique ni à la séquestration, ni aux châtimens corporels ⁽²⁾.

C'est encore la loi personnelle du mineur, c'est-à-dire, d'après nous, sa loi nationale, qui détermine s'il est obligé de faire inventaire, de donner caution, d'aliéner les meubles, s'il peut aliéner les immeubles, s'il a besoin pour cela d'une autorisation, s'il peut concéder des baux de plus de 9 ans, accepter des successions, legs ou donations ou y renoncer, procéder à des partages, etc... La règle *locus regit actum* ne s'applique qu'aux formes dans lesquelles ces actes pourraient devoir être faits. C'est encore la loi nationale du mineur qui préside à la liquidation de la tutelle, et à la reddition des comptes du tuteur, bien qu'en cette matière il faille toujours distinguer ce qui est question de formes, et est régi par conséquent par la loi locale, de ce qui touche au fond des obligations et droits du tuteur vis-à-vis du mineur. La disposition du second alinéa de l'art. 470, aux termes de laquelle les états de situation sont rédigés et remis sans frais, sur papier non

(1) Weiss Op. cit., p. 414. — Despagnet. Op. cit., p. 397. — Fiore. Op. cit., p. 180. — Chavegrin. Op. cit., p. 383. — Loiseau. p. 201.

(2) Weiss (op. cit., p. 415), Fiore (p. 281), Brocher (T. I, p. 345) et Asser et Rivier (p. 125), se prononcent en ce sens, en ce qui concerne la puissance paternelle.

timbré et sans aucune formalité de justice, et celle de l'art. 473 ne concernent évidemment que la forme. L'art. 472, qui annule tout traité entre le tuteur et le mineur avant la reddition de compte régulière, soulève une question plus délicate, et l'on peut se demander s'il constitue une disposition d'ordre public national, ou d'ordre public absolu. A notre avis, il est dangereux pour le mineur de valider un traité de ce genre en dehors des conditions déterminées par l'art. 472, et la disposition est très sage. Mais ce n'est cependant qu'une mesure de protection pour le mineur. Nous l'appliquerons en conséquence chaque fois qu'il s'agira d'un mineur belge, lors même que la tutelle s'exercerait en pays étranger. Nous ne l'appliquerons pas, dès qu'il s'agira d'un mineur étranger, lors même que la tutelle s'exercerait en Belgique, à moins que sa loi nationale n'édicte une nullité semblable.

670. — M. Weiss est d'avis que la prescription de l'action en reddition de compte de tutelle est régie également par la loi nationale du mineur. La question est douteuse. Il s'agit d'une véritable limitation de la responsabilité du tuteur, et en même temps d'une déchéance établie contre le mineur. On peut se demander tout d'abord si elle n'a pas son fondement dans des considérations d'ordre public, et cela dépend de la question de savoir quel est le motif sur lequel elle repose. Est-ce seulement sur une présomption de libération, sur la présomption que le tuteur a déjà rendu compte? Nous ne le pensons pas, car s'il en était ainsi on devrait admettre tout au moins le mineur à déférer le serment au tuteur sur ce point, comme on admet la délation du serment dans certaines prescriptions très courtes. D'un autre côté, ce ne peut être sur l'intérêt du tuteur; car son intérêt seul ne suffit point pour expliquer qu'il soit affranchi d'une obligation évidente. Il semble donc que ce soit surtout par des considérations d'intérêt général, d'utilité publique, dans le but d'éviter des procès, d'autant plus épineux, d'autant plus incertains que la réclamation est plus tardive. Ces considérations nous paraissent militer pour l'application de la loi du for. L'ac-

tion sera considérée comme prescrite en Belgique, dès qu'elle le sera d'après les lois belges, c'est-à-dire par 10 ans, et la prescription courra à dater de la majorité. Mais d'autre part, aucun intérêt d'ordre public belge ne s'oppose à ce que l'action soit tenue pour prescrite même par un terme plus court, si telle est la disposition de la loi qui régit la tutelle. Elle sera donc prescrite dès que la prescription sera acquise d'après l'une des deux lois, la loi du for ou la loi nationale du mineur. Cette dernière reprend toute son autorité, dès qu'elle ne se heurte plus contre une loi d'ordre public absolu. La durée de l'action peut donc se briser contre un double obstacle, la loi qui régit en principe l'obligation, et la loi du lieu où l'action est intentée. Cette solution admise par de Bar ⁽¹⁾, s'agissant de la prescription en général, nous paraît ici parfaitement rationnelle. Les auteurs qui ont examiné la question, s'agissant spécialement de la prescription de l'action en reddition du compte de tutelle, sont peu nombreux. Mais ils semblent admettre l'application de la loi nationale du pupille ⁽²⁾. Nous ne l'excluons qu'en tant qu'elle aurait pour effet d'étendre la durée de la prescription au delà des limites déterminées par la *lex fori*.

671. — Le principe que l'organisation et les effets de la tutelle sont en général déterminés par la loi personnelle du mineur n'est pas admis partout. Dans certains pays, notamment en Angleterre, un tuteur, nommé en vertu de la loi d'un pays étranger, n'a aucune autorité directe en Angleterre. On considère les droits du tuteur comme s'arrêtant aux limites du territoire où il est nommé. Et l'on applique cette doctrine même aux tuteurs écossais. Toutefois les tribunaux anglais admettent l'existence d'une tutelle étrangère, et s'attribuent un pouvoir discrétionnaire pour rendre efficace l'autorité du tuteur étranger sur son pupille. En fait, ils se montrent de plus en plus larges à cet égard ⁽³⁾, surtout en ce qui

(1) Op. cit., T. II, p. 101.

(2) Fiore, n° 281, p. 306. — Chavegrin. Op. cit., p. 587. — Loiseau, p. 246.

(3) Dicey et Stocquart. Op. cit., T. I, pp. 372 et ss.

concerne l'autorité du tuteur étranger sur la personne du mineur. Mais on admet toujours qu'un tuteur, nommé en pays étranger, n'a aucun pouvoir sur les meubles se trouvant en Angleterre et appartenant au mineur, à plus forte raison sur les immeubles. Dans tous les cas, pour être reconnu comme tuteur en Angleterre, il faut que l'on ait été investi de ces fonctions par les tribunaux du pays où le mineur est domicilié. Mais il ne semble pas que ces principes puissent s'appliquer lorsque le tuteur peut faire dériver ses pouvoirs des principes admis par la loi anglaise, lorsqu'il s'agit, par exemple, du père tuteur légal, ou de la mère, ou même d'un tuteur testamentaire. Les principes suivis dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord paraissent être les mêmes, bien qu'on y paraisse plus disposé encore qu'en Angleterre à se relâcher de la rigueur du droit strict, en vertu de la *comitas gentium*. Mais on applique toujours la loi locale, en ce qui concerne la détermination des pouvoirs du tuteur sur la personne et les biens du pupille. Ce que nous venons de dire ne s'applique donc pas à ces deux pays.

672. — L'Institut de droit international a adopté en 1891, dans sa session de Hambourg, sur un très remarquable rapport de M. Lehr, et après une discussion approfondie, une série de résolutions relatives à la tutelle des mineurs, que nous croyons devoir reproduire en note⁽¹⁾. Ces résolutions, qui d'après l'Institut pourraient

(1) Principes votés par l'Institut en séance plénière du 8 septembre 1891.

I. La tutelle des mineurs est réglée par *leur* loi nationale.

Cette loi détermine l'ouverture et la fin de la tutelle, son mode de délation, d'organisation et de contrôle, les attributions et la compétence du tuteur.

II. Lorsque, le mineur n'ayant conservé dans son pays d'origine aucun domicile et n'étant plus rattaché à lui par aucun lien de droit attributif de compétence, il est impossible de constituer la tutelle dans le dit pays, l'agent diplomatique ou consulaire de sa nation dans la circonscription duquel la tutelle s'est ouverte de fait, exerce les attributions conférées par la loi nationale aux autorités tutélaires de la métropole et pourvoit à l'organisation de la tutelle conformément à la dite loi.

Toutefois, si le mineur qui n'a plus personnellement aucun domicile attributif de compétence dans son pays, y possède des parents ou alliés jusqu'au 4^e degré exclusivement, la tutelle est réputée s'ouvrir au domicile du parent ou de l'allié le plus proche, le parent ayant le pas sur l'allié à égalité de degré.

Le deuxième alinéa du présent article ne s'applique pas aux pays dans lesquels la famille demeure étrangère à la constitution de la tutelle, et où la juridiction

former l'objet d'une convention internationale, se divisent en deux parties : une série de principes, et un corps de règles d'exécution « indiquant les mesures pratiques à l'aide desquelles les principes pourraient recevoir exécution ». Nous observons d'abord que l'Institut admet en règle l'application de la loi nationale du mineur, et il l'a admise pour ainsi dire sans opposition, bien que la plupart des nations européennes y fussent représentées. Il l'a admise spécialement « en ce qui concerne l'ouverture et la fin de la tutelle, son mode de délation, d'organisation et de contrôle, les attributions et la compétence du tuteur ». Il préconise ensuite avec raison l'intervention des agents diplomatiques et consulaires, lorsque le mineur n'a conservé dans son pays d'origine aucun domicile, et n'est plus rattaché à lui par aucun lien de droit attributif de compétence. M. Lehr a fait remarquer dans son rapport que

des tribunaux est formellement subordonnée au fait que le mineur se trouve personnellement domicilié dans leur ressort.

III. A défaut d'agent diplomatique ou consulaire du pays auquel ressortit le mineur, ou si, vu les circonstances, cet agent est hors d'état d'organiser la tutelle conformément à la loi de son pays, la tutelle est organisée conformément à la loi du domicile par les soins des autorités tutélaires du lieu.

Elle s'ouvre alors d'après les dispositions de ladite loi nonobstant celles de la loi nationale.

Mais elle prend fin à l'époque et pour les causes prévues par la loi nationale.

Dans les pays où il existe une tutelle légale, les personnes à qui la loi nationale confère la tutelle légale sont admises à l'exercer, encore que la *lex loci* ne reconnaisse pas ce droit aux indigènes. Dans les pays où la tutelle est conférée par l'autorité, les personnes à qui la loi nationale confère la tutelle légale seront investies de la tutelle, dans la mesure où le juge le trouvera possible.

IV La tutelle organisée conformément aux dispositions qui précèdent est réputée, dans les deux pays, régulièrement organisée à l'exclusion de toute autre.

Toutefois, si les raisons de droit ou de fait qui ont empêché de constituer la tutelle dans le pays du mineur viennent à disparaître par la suite et qu'il devienne possible de l'y constituer, les autorités nationales auront en tout temps le droit de le faire ou de le permettre, à condition d'en avertir préalablement les autorités étrangères qui y auraient pourvu conformément au présent règlement. Les tuteurs qui avaient été nommés par celles-ci seront relevés de leurs fonctions conformément à la *lex loci*; la validité des actes desdits tuteurs sera appréciée d'après la même loi.

V. En attendant l'organisation régulière de la tutelle et pour les actes d'administration urgents, les pouvoirs du tuteur sont dévolus à l'agent diplomatique ou consulaire, et à son défaut, aux autorités tutélaires locales.

Nous croyons devoir nous abstenir *brevitatis causa* de reproduire ici les règles d'exécution proposées par M. Lehr et adoptées par l'Institut. Malgré le vif intérêt qu'elles présentent, elles ne se rattachent pas directement à l'objet de notre travail.

si l'on peut admettre avec MM. De Clercq et de Vallat (*Guide des Consulats*, 4^e édit., T. II, p. 360), que les consuls français ont déjà ce droit et qu'il n'est pas *vraisemblable* « que les actes d'une tutelle ainsi organisée soient exposés à être attaqués devant les tribunaux », un droit moins précaire serait cependant souhaitable. Indépendamment des conventions conclues par la France, il en est quelques-unes conclues par l'Allemagne qui attribuent cette mission aux consuls. Mais il serait fort utile que cela fût généralisé. L'art. III dispose à bon droit que, s'il est pratiquement impossible que la tutelle du mineur étranger soit organisée par les consuls, elle doit l'être conformément à la loi du domicile par les soins des autorités tutélaires du lieu, tout en stipulant que les personnes appelées à la tutelle légale par la loi nationale seront admises à l'exercer, encore que la *lex loci* ne reconnaisse pas ce droit aux indigènes.

Il semble toutefois qu'il y ait une inconséquence à dire en outre que la tutelle s'ouvre d'après les dispositions de la loi du domicile, nonobstant celles de la loi nationale, et d'autre part, qu'elle prend fin à l'époque et pour les causes prévues par la loi nationale. C'est s'exprimer en termes trop absolus que de dire que la tutelle s'ouvre alors d'après les dispositions de la loi du domicile. L'auteur du projet, M. Lehr, a voulu dire seulement, si l'on s'en rapporte à son commentaire que, s'il n'y a pas lieu à tutelle d'après la loi du domicile, les autorités du lieu du domicile ne l'organiseront pas et cela est fort rationnel. Mais devront-elles l'organiser, s'il y a lieu à tutelle d'après cette loi, sans qu'elle soit ouverte d'après la loi nationale? Nous ne le pensons pas. Elles ne doivent pas aux mineurs étrangers, comme tels, une protection plus large que celle qui leur est accordée par la loi de leur nation. La vérité nous paraît être que de la durée de l'obligation, qu'ont les autorités du lieu du domicile de pourvoir à la tutelle des étrangers, est limitée tant par la loi du domicile que par la loi nationale. — La tutelle, ainsi organisée par les autorités de la loi du domicile, n'a pas un caractère irrévocable et

peut être remplacée par une tutelle organisée dans le pays auquel le mineur appartient, aux termes de l'art. IV, al. II ; et cette disposition qui constitue un hommage rendu à la prédominance de la loi nationale sur la loi du domicile a été introduite, chose remarquable, sur la proposition d'un jurisconsulte *allemand*, M. de Bar, légèrement amendée par M. Lehr : nouvelle manifestation de la tendance que nous avons signalée plusieurs fois vers la substitution de la loi nationale à la loi du domicile.

673. — La Conférence de La Haye, dont nous reproduisons les résolutions en note, s'est largement inspirée des délibérations de l'Institut, dans le projet qu'elle a formulée en 1894. Il est aisé de s'en convaincre⁽¹⁾. Il y a cependant entre les deux projets des différences assez saillantes. Bien que, dans l'un et dans l'autre, la prédomi-

(1) Voici le texte de ces dispositions en ce qui concerne la tutelle des mineurs :

ARTICLE 1^{er}. — La tutelle d'un mineur est régie par sa loi nationale.

ART. 2. — Si d'après la loi nationale, il n'y a pas dans l'Etat auquel ressortit le mineur une autorité compétente pour pourvoir à la tutelle, l'agent diplomatique ou consulaire de cet Etat, résidant dans la circonscription où la tutelle s'est ouverte de fait, exerce, si la loi nationale l'y autorise, les attributions conférées par cette loi aux autorités de l'Etat auquel ressortit le mineur.

ART. 3. — Toutefois la tutelle du mineur, résidant à l'étranger, se constitue devant les autorités compétentes du lieu et sera régie par leur loi dans les cas suivants :

a si, pour des raisons de fait ou de droit, la tutelle ne peut être constituée conformément aux art. 1 et 2 ;

b si ceux qui sont appelés à constituer la tutelle, d'après les articles précédents, n'y ont pas pourvu ;

c si la personne autorisée à cette fin par la loi nationale du mineur, lui a nommé un tuteur résidant dans le même pays que le mineur.

ART. 4. — Dans les cas prévus par l'art. 3 *a* et *b*, les autorités nationales du mineur pourront toujours pourvoir à la constitution de la tutelle si les empêchements qui avaient d'abord arrêté leur action ont disparu. Elles devront alors avertir préalablement les autorités étrangères qui avaient organisé la tutelle.

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. — En attendant l'organisation régulière de la tutelle de l'étranger mineur ou l'intervention des agents diplomatiques ou consulaires, les mesures nécessaires pour la protection de sa personne ou la conservation de ses biens seront prises par les autorités locales

ART. 7. — 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 reçoit exception, quant aux immeubles, si la législation du pays de leur situation prescrit à cet égard un régime spécial.

ART. 8. — Le gouvernement informé de la présence sur son territoire d'un étranger mineur, à la tutelle duquel il importera de pourvoir, en informera dans le plus bref délai le gouvernement du pays de cet étranger.

nance de la loi nationale du mineur soit consacrée, bien que l'un et l'autre tendent à utiliser fort ingénieusement, pour maintenir l'application de cette loi, l'activité des agents diplomatiques et consulaires, celui de l'Institut est plus minutieux, plus circonspect, plus prudent. L'œuvre de la Conférence porte naturellement déjà l'empreinte officielle, et a par conséquent des allures plus absolues et plus impératives. La plupart des dispositions de ce projet n'en sont pas moins excellentes. Nous préférons même le projet de la Conférence à celui de l'Institut, en ce qu'il affirme nettement que, même dans le cas où la tutelle est organisée par l'autorité étrangère, elle s'ouvre et prend fin aux époques déterminées par la loi nationale du mineur. Il est certain qu'il n'en sera pas ainsi partout dans l'état actuel du droit international privé, mais s'agissant de proposer des règles pour l'avenir, cette disposition nous paraît absolument conforme aux principes et ne peut se heurter contre des objections pratiques sérieuses. D'autre part, nous ne voyons pas bien pourquoi les autorités locales devraient intervenir « si la personne autorisée à cette fin par la loi nationale du mineur lui a nommé un tuteur résidant dans le même pays que le mineur ». Et nous ne voyons pas pourquoi la Conférence n'a pas comme l'Institut, consacré expressément l'obligation pour le tuteur nommé par les autorités locales de se démettre, lorsqu'il est pourvu à la constitution de la tutelle par les autorités nationales du mineur. Nous aurions quelques autres réserves à faire, en ce qui concerne les dispositions qui prescrivent d'une manière trop absolue, à notre avis, l'application de la *lex loci*, s'agissant de la tutelle organisée par les autorités étrangères, et quant à la nécessité de sauvegarder dans tous les cas l'application de la maxime *locus regit actum*, ainsi que l'observation des règles d'ordre public international ou absolu. Mais nous nous en référons à notre étude minutieuse des questions qui peuvent se présenter à cet égard. Dans tous les cas, l'adoption universelle ou quasi-universelle des règles adoptées par la Conférence constituerait un progrès

considérable, et auquel on ne pourrait qu'applaudir.

674. — Nous n'avons que peu de chose à dire de l'émancipation. L'âge auquel on peut être émancipé, les effets du mariage à cet égard, la mesure de l'émancipation ou les effets de celle-ci, la question de savoir quelle est l'autorité qui a le droit d'émanciper, tout cela nous paraît dépendre essentiellement de la loi personnelle, c'est-à-dire, d'après nous, de la loi nationale du mineur. Mais, en ce qui concerne l'émancipation de la femme mariée par le mariage, c'est la loi nationale de la femme, telle qu'elle peut être déterminée par le mariage, qu'il faut consulter, et non la loi de sa nationalité antérieure, car il s'agit de sa condition personnelle après le mariage, condition qui sera désormais réglée par sa nouvelle loi nationale. C'est la loi nationale du mineur émancipé qui décide quels actes il pourra faire seul, et pour quels actes il lui faut l'assistance d'un curateur, sous quelles conditions l'émancipation peut être révoquée, les effets de cette révocation et les effets de l'émancipation en ce qui concerne les actes du mineur relatifs à son commerce. Mais la forme de l'émancipation nous paraît toujours et nécessairement soumise à la règle *locus regit actum*. Seulement il faut se garder de confondre la question de forme avec celle de savoir quelle est l'autorité dont ce bénéfice peut émaner. Ainsi la disposition d'après laquelle le père, ou, à défaut du père, la mère peut émanciper ne concerne pas la forme : la question de savoir par qui la déclaration doit être reçue, ou même si elle doit être reçue par un magistrat quelconque, de quelle manière elle doit être faite, est essentiellement une question de forme.

675. — Enfin la question de savoir quand le mineur émancipé ou non émancipé a l'action en rescision, en nullité ou réduction dépend généralement de sa loi nationale. Elle se rattache étroitement à la mesure plus ou moins grande de sa capacité. Mais, quant à la durée de ces actions, nous admettrions une solution analogue à celle que nous avons indiquée relativement à la prescription de l'action en reddition de compte. Toutes ces actions sont

essentiellement établies dans l'intérêt du mineur. C'est donc la loi personnelle du mineur, c'est-à-dire, selon nous, sa loi nationale qui en déterminera les conditions et la durée. Elles ne se prolongeront pas au delà du terme fixé par la loi qui les a établies. Mais si les actions en question sont régies en principe par la loi nationale du mineur, étant établies dans son intérêt, et si l'on peut en conclure qu'elles ne peuvent durer au delà du terme qui leur est assigné par cette loi, il faut reconnaître aussi que la limitation de ces actions est fondée sur un intérêt général, et qu'en conséquence elles pourront se heurter contre une double prescription, celle établie par la loi nationale et celle établie par la *lex fori*.

TITRE IX.

DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

676. — L'individu, majeur d'après sa loi nationale, peut être incapable de diriger sa personne et d'administrer ses biens par suite d'infirmités intellectuelles et morales. La loi belge, la loi française et d'autres législations analogues organisent la mise en interdiction et sous tutelle des personnes en état d'aliénation mentale proprement dite : d'*imbécillité*, de *démence* ou de *fureur*. Quant aux personnes qui, sans être en état d'aliénation mentale, ont pris des habitudes de prodigalité, ou sont faibles d'esprit, ces législations organisent la mise sous conseil judiciaire. Elles ne permettent aucune mesure spéciale pour protéger contre leurs propres écarts les personnes qui, sans être prodigues ni faibles d'esprit, ont contracté certaines infirmités morales, certaines habitudes vicieuses tellement enracinées qu'elles ne peuvent point ou ne veulent point s'en corriger, et qui les exposent à de véritables dangers. Ces mesures tutélaires et protectrices sont dictées avant tout par l'intérêt de l'incapable. Et il semble qu'en conséquence ce soit la loi nationale de l'individu qui, en principe, ait compétence pour les organiser. Mais il est incontestable que l'intérêt des tiers, l'intérêt de la société au milieu de laquelle ces personnes vivent et agissent, y est engagé également dans une certaine mesure. Et, comme la source de l'incapacité, en cas pareil, ne dépend en aucune manière de la race, du climat, des circonstances matérielles et morales sous l'empire desquelles l'être humain

naît et se développe, c'est une erreur, à notre avis, que d'attribuer ici à la loi nationale de l'individu une portée extraterritoriale aussi grande, aussi exclusive, que lorsqu'il s'agit de la tutelle des mineurs.

Il est à noter du reste qu'il y a une autre différence essentielle entre la tutelle des aliénés et celle des mineurs. S'agit-il de mineurs, la loi règle directement leur capacité; l'action immédiate, directe de la loi les met en tutelle. Lorsqu'il s'agit d'aliénation mentale, il faut nécessairement un jugement constatant celle-ci, et plaçant l'aliéné sous ce régime. Nous savons qu'en règle on admet généralement que l'état et la capacité de l'individu sont régis par sa loi nationale, *et par les jugements compétemment rendus*, conformément à cette loi, dans son pays d'origine. Le national qui se rend en pays étranger y vient marqué, pour ainsi dire, du sceau de sa loi nationale, et du sceau des décisions judiciaires qui ont fixé dans son pays son état et sa capacité. Mais il nous paraît qu'il est donné satisfaction à cette règle, si l'on admet que l'étranger frappé d'incapacité par un jugement d'interdiction dans sa patrie, sera incapable partout, dans la mesure déterminée par les lois de sa patrie, que le Belge, qui a été mis sous conseil judiciaire en vertu d'un jugement belge, sera partout et en tous lieux, incapable de plaider, d'emprunter, de transiger, etc... sans l'assistance de son conseil. La plupart des auteurs qui admettent que le statut personnel est régi par la loi nationale reconnaissent cette conséquence du principe ⁽¹⁾. Il en est ainsi, d'après nous, lors même que l'interdiction ou la mise sous conseil judiciaire aurait été prononcée en pays étranger, pour une cause non admise d'après nos lois. On paraît en avoir décidé autrement en France, en ce qui concerne la déclaration d'interdiction prononcée en 1833 contre le duc Charles de Brunswick, par ses plus proches agnats, conformément à la législation dont il relevait. La Cour de Paris a

(1) Voir les nombreuses autorités citées par Weiss (op. cit., p. 432), entre autres Laurent (op. cit., T. VI, p. 134 et ss.), Brocher (op. cit., T. I, pp. 364 et ss.), Fiore (op. cit., p. 295, trad. Pradier), etc.

refusé de lui reconnaître effet en France (1). Elle s'appuie sur ce que cette interdiction « par sa forme, par l'autorité » dont elle émane, par la personne à laquelle elle s'applique, par les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, par les motifs sur lesquels elle est fondée, est un acte essentiellement politique, dont les effets ne peuvent se régler par la loi civile ». Weiss s'associe à la critique que Foelix a faite de cette décision. Elle nous paraît cependant justifiée, parce qu'il s'agissait dans cette espèce de faire admettre une incapacité fondée sur une cause que le droit public français répudie.

677. — Il est vrai que la jurisprudence anglo-américaine n'admet pas ces principes : mais il y a, dans cette jurisprudence, une tendance de plus en plus marquée à s'en rapprocher. M. Dicey constate, dans son excellent ouvrage sur la loi du domicile(2), que les tribunaux anglais ont montré, dans ces derniers temps, une certaine tendance à reconnaître l'autorité des curateurs ou tuteurs, nommés en vertu de la loi d'un pays étranger. Et il expose cette tendance dans les termes suivants : « On ne reconnaît pas le statut du curateur étranger comme lui donnant, par le seul fait de sa nomination, le droit de gérer la personne et les biens de l'interdit en Angleterre. Mais le curateur, par le fait de sa nomination dans un pays étranger, conformément à la loi étrangère, étant devenu possesseur à certains points de vue des biens de l'interdit, il peut faire reconnaître ses droits à cet égard par un tribunal anglais, comme il pourrait le faire s'il était devenu acquéreur de ces biens, ou s'il avait été nommé syndic d'une faillite. C'est là, en effet, un droit acquis par un acte juridique passé en vertu d'une loi étrangère, et qui, par conséquent, doit être homologué dans notre pays. »

M. Dicey ne résout pas la question de savoir si le jugement étranger produit ses effets en Angleterre, en ce

(1) Arrêt du 16 janvier 1836. Sirey 1836, 2, p. 170. — De Bar approuve pleinement cet arrêt. Op. cit., T. I, p. 426.

(2) Dicey et Stocquart. Op. cit., pp. 433 et 434.

qui concerne la constatation de l'incapacité par suite d'aliénation mentale. On pourrait croire, d'après les termes dans lesquels il s'exprime, qu'on ne lui refuse effet qu'en ce qui concerne la désignation du représentant légal de l'interdit. Nous ne croyons pas cependant qu'il en soit ainsi dans les Etats-Unis. Il semble, d'après Dudley Field⁽¹⁾, que les tribunaux américains puissent, dans les cas autres que celui de minorité, apprécier la question d'incapacité légale dont dépend la nomination d'un tuteur, à moins que cet individu ne soit *domicilié* dans le territoire d'une autre nation, dont les tribunaux auraient apprécié sa capacité personnelle, et qu'ils le puissent même dans tous les cas, quand il s'agit d'immeubles situés dans le territoire. Il le dit du reste d'une manière plus nette encore en un autre passage⁽²⁾ et cite l'opinion de Westlake. Il n'hésite pas à déclarer que les lois concernant la démence ou l'imbécillité d'une personne, ne sont que territoriales, et qu'une décision judiciaire, constatant l'insanité ou la démence, ne sera applicable, en ce qui concerne cette personne ou ses biens, qu'aussi longtemps qu'elle sera domiciliée dans le pays où la décision a été rendue... Il semble cependant, d'après les décisions citées par Dicey (*loc. cit.*), que, sur ce point également, on se soit notablement relâché en Angleterre de la rigueur des principes anciens.

678. — Quoi qu'il en soit, cette théorie ne prévaut point sur le continent, et avec raison. Elle serait en contradiction avec le principe que l'état et la capacité d'une personne, fixés par la loi nationale, et par les décisions judiciaires rendues par application de celle-ci, la suivent en pays étranger, s'attachent à sa personne, et sont pour ainsi dire inhérents à l'individu. Ce qui est vrai de l'incapacité de l'interdit l'est également, par identité de raison, de la capacité du tuteur. L'une est pour ainsi dire la conséquence de l'autre. Le tuteur d'un Belge mis en état d'interdiction par un jugement belge, représentera donc

(1) Op. cit., p. 497, n° 634.

(2) Op. cit., p. 436, n° 889.

l'interdit en France, en Italie, en Espagne; il administrera les biens que celui-ci pourrait y posséder. Il pourra disposer des immeubles, ou devra vendre les meubles, suivant les prescriptions de la loi belge. Les actes qu'y accomplirait l'interdit lui-même seraient nuls comme ceux qu'il accomplirait en Belgique, lors même qu'il serait domicilié en Allemagne ou en Autriche. Pareillement le tuteur ou curateur d'un interdit étranger exercerait en Belgique les mêmes pouvoirs que dans le pays auquel cet interdit appartient, lors même que l'interdiction aurait été prononcée pour une cause non admise en Belgique, ou qui ne comporterait en Belgique que la mise sous conseil judiciaire, comme la prodigalité qui, aux termes de la loi hongroise, est une cause d'interdiction. Il en serait exactement de même quant à la mise sous conseil judiciaire d'un étranger prononcée dans le pays dont il relève. La mesure de l'incapacité sera établie, réglée d'après la même loi. Toutefois, le tribunal de la Seine a admis ici un tempérament analogue à celui que la jurisprudence française a consacré quant aux effets de l'incapacité des mineurs. Il a décidé notamment par jugement du 17 mars 1885⁽¹⁾ que le jugement étranger, plaçant un étranger sous conseil judiciaire, ne peut être opposé aux tiers qui ont contracté avec lui de bonne foi en France que s'il a été publié dans ce dernier pays. La question est plus délicate encore que quand il s'agit d'un mineur, parce que l'incapacité du mineur dérive immédiatement de la loi, tandis que celle dont il s'agit ici ne dérive que d'un *jugement* étranger. En fait, l'application de la règle : *Qui cum alieno contrahit vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ejus* paraîtrait ici d'une sévérité singulière. Comment veut-on que l'indigène ait connaissance même d'un *jugement* étranger? Nous serions donc assez disposé à admettre ici, du moins en théorie, le tempérament consacré par la jurisprudence française, pourvu bien entendu qu'il n'y ait pas de faute imputable à celui qui a traité avec l'étranger. Il y aurait

(1) Journal *Le Droit*, 11 avril 1885.

faute évidente s'il avait traité avec un inconnu, sans prendre aucun renseignement, ou avec une personne dont l'apparence extérieure, les habitudes, le genre de vie devaient lui inspirer des méfiances : tout dépendrait en somme des circonstances.

679. — Mais, si tel est l'effet d'un jugement étranger, que dire de l'individu qui, sans être interdit, se rend en pays étranger, et dont l'aliénation mentale n'a pas encore été constatée par jugement, dont la démence ne s'est révélée, ou n'a surgi peut-être que depuis qu'il est en pays étranger? Un étranger domicilié en Belgique peut-il être mis en état d'interdiction dans notre pays? La question s'est présentée à plusieurs reprises dans notre pays. Elle y a toujours été décidée affirmativement, même avant la loi du 28 mai 1876 sur la compétence. Nous citerons entre autres deux arrêts de la Cour de Bruxelles, du 6 janvier 1872 et du 9 juin 1876⁽¹⁾. L'un et l'autre de ces arrêts sont fondés en droit sur l'art. 128 de la Constitution, qui étend aux étrangers les dispositions protectrices des personnes et des biens, et sur ce que les dispositions relatives à la mise en interdiction ou sous conseil judiciaire présentent incontestablement ce caractère. C'est l'argument de droit par lequel ils répondent à l'objection tirée de ce qu'une décision de ce genre modifie l'état et la capacité de l'étranger, régis par sa loi nationale suivant une application inverse mais logique de l'art. 3 du Code civil. Au point de vue de la loi positive, ces décisions nous paraissent exactes. Le sont-elles également au point de vue du droit international? Nous le pensons. Et nous nous fondons sur plusieurs considérations que nous allons résumer rapidement.

Le principe que l'état et la capacité de l'étranger sont régis par sa loi nationale n'implique pour nos tribunaux que l'obligation de respecter *la loi*, et d'après l'opinion commune, les *décisions* étrangères, en ce qui concerne l'état et la capacité de l'étranger. Mais on ne viole ni ces

(1) *Belg. jud.*, 1873, p. 846, et 1876, p. 1159.

lois ni ces décisions en déclarant interdit l'étranger qui est en état d'aliénation mentale. Les lois étrangères elles-mêmes admettent que la capacité de leurs ressortissants puisse être modifiée, s'il tombe en état d'aliénation mentale. Lorsque les tribunaux belges mettent un étranger en état d'interdiction, ils ne font que constater l'existence de cet état de choses, et lui faire produire ses conséquences. Si nos tribunaux prononcent l'interdiction par des motifs que la loi nationale de l'étranger admet comme suffisants à cet effet, cela nous paraît absolument incontestable. L'application exagérée du principe, que la capacité et l'état de l'étranger sont régis par sa loi nationale, tournerait en somme au détriment de l'étranger. Il s'agit de constater seulement une modification qui s'est produite dans son état mental, et cette constatation exige souvent la vérification d'une série de faits qui ne peuvent être établis que par des enquêtes. L'interrogatoire de l'individu dont l'interdiction est demandée est un des moyens les plus sûrs de vérifier sa capacité, le moyen le moins dangereux. Un examen médical peut être nécessaire. Ce serait rendre la procédure en interdiction presque impossible, que d'exiger qu'elle ait lieu dans le pays auquel le défendeur appartient par sa nationalité; ce serait la rendre plus dispendieuse et ses résultats bien plus incertains. Dans de pareilles matières, le tribunal du domicile à une compétence beaucoup plus logique, beaucoup plus naturelle. En vain objecterait-on que l'Etat ne doit protection qu'à ses nationaux, et peut s'en reposer sur l'Etat étranger du soin de veiller à la protection de ses ressortissants. C'est un point de vue étroit, égoïste et incompatible avec l'état actuel de nos mœurs, lorsqu'il ne s'agit pas de l'organisation de la famille et des rapports de famille. L'Etat doit protection non-seulement à ses nationaux, mais aux étrangers domiciliés et même à ceux qui ne se trouvent que de passage dans le territoire soumis à sa souveraineté. Seulement, il ne peut prendre, relativement à ces derniers, que des mesures provisoires, et de nature à ne produire tous leurs effets que pendant qu'ils

sont sur son territoire, ou jusqu'à ce qu'il ait été pris des mesures définitives dans le pays dont ils relèvent. Sa compétence et ses devoirs sont plus étendus vis-à-vis des étrangers domiciliés. Les méconnaître ne serait plus un acte de respect et d'égards vis-à-vis de l'Etat étranger, mais un acte de mauvais gré, ou tout au moins d'indifférence coupable. Enfin, comme nous l'avons dit, l'organisation de la tutelle des interdits, bien qu'elle ait principalement en vue l'intérêt des aliénés, n'est pas dénuée d'intérêt au point de vue des tiers. Le danger d'annulation des actes posés par l'aliéné n'est pas le seul danger auquel ils soient exposés en contractant avec eux. Il y a aussi le danger d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations contractées. Il se peut que les tiers eux-mêmes aient intérêt à faire annuler un contrat conclu avec un aliéné, et cela en se fondant sur sa démence. Qu'on songe au cas où un aliéné étranger, atteint seulement d'une monomanie, viendrait à contracter mariage dans notre pays, où il serait nommé tuteur, chargé de l'une ou l'autre fonction accessible même à des étrangers, ou même simplement désigné comme mandataire. L'intérêt public exige que sa situation soit bien et dûment constatée, son propre intérêt est conforme à l'intérêt général; l'intérêt de sa nation n'y est nullement opposé. Comment refuser compétence aux tribunaux de son domicile? (1)

(1) La question est fort controversée. Plusieurs auteurs admettent en principe qu'un individu ne peut être frappé d'interdiction, ou mis sous conseil judiciaire, que par les tribunaux de sa nation. Féraud Giraud. *J. de dr. int. privé*, 1880, p. 153. — Despagnet. n° 393, p. 383. — Louiche Desfontaines. Op. cit., p. 252. — De Folleville. *De la naturalisation*, n° 649. — En ce sens : Alger, 4 mars 1874. S. 74, 2, 103; Tr. de la Seine, 22 nov. 1881, 20 déc. 1882 et 30 juillet 1887, *J. de dr. int. pr.*, 1882, p. 300, et 1883, p. 51 et Loi 5 août 1887; Cass. Turin, 13 juin 1874, *J. de dr. int. pr.*, 1874, p. 330; Tribunal fédéral, 10 juin 1876, même Journal, 1876, p. 231. — Cependant des auteurs importants se sont prononcés pour la compétence des tribunaux du domicile. Glasson. *J. de dr. int. pr.*, 1881, p. 122. — Gerbaut. *Compét. du tr. fr.*, n° 404. — Weiss. Op. cit., 1^{re} édition, p. 935. — Dubois. *J. de dr. int. pr.*, 1876, p. 213. — En ce sens : Rouen, 5 déc. 1853, D. 54, 2, 123; Tr. de la Seine, 5 juillet 1836 Droit, 6 juillet; Rouen, 25 juillet 1861, *J. de Rouen*, 1861, p. 275; Caen, 29 janv. 1873, D. 76, 2, 224. — On admet en tout cas que les tribunaux sont compétents pour nommer un conseil judiciaire provisoire à un prodigue étranger. Milan, 13 janv. 1871; Cass. Turin, 13 juin 1874, et Cour suprême de Vienne, 31 juillet 1878 cités par Vincent et Pénaud, v° *Interdiction*. n° 24.

680. — Bien que l'intérêt général n'y soit pas engagé dans la même mesure, nous admettrions même la compétence du tribunal du domicile de l'étranger pour statuer sur une demande en main-levée d'interdiction formulée par celui-ci, bien qu'il ait été mis en état d'interdiction par un jugement rendu dans sa patrie. Ce jugement ne fait que constater la situation du moment qui peut s'être modifiée. Mais les tribunaux de notre pays ne pourraient baser un jugement de main-levée sur ce que le motif ayant servi de fondement au jugement étranger ne serait pas une cause d'interdiction d'après nos lois. Ils se mettraient ainsi en opposition avec le statut personnel de l'étranger. C'est ainsi qu'un Hongrois, qui aurait été interdit en Hongrie pour cause de prodigalité, ne pourrait obtenir la main-levée de l'interdiction dans notre pays, en se fondant sur ce que la prodigalité ne pourrait justifier, d'après la loi belge, qu'une mise sous conseil judiciaire (1).

681. — Les causes qui justifient l'interdiction ou la mise sous conseil judiciaire d'un étranger, d'après sa loi nationale, la justifieraient aussi dans notre pays, si cet étranger y était domicilié, et si nos tribunaux étaient saisis de la requête en interdiction. Que si la loi nationale de l'étranger renvoyait à la loi du domicile, nos tribunaux devraient, à notre avis, appliquer cette dernière loi, c'est-à-dire dans l'espèce la loi belge. C'est surtout en pareille matière que ce renvoi nous semble parfaitement légitime, et il n'y a aucun motif de raison ou de justice qui s'y oppose. Mais, à part cette circonstance, et lorsque la loi nationale ne renvoie pas à la loi du domicile, nous pensons qu'un étranger domicilié en Belgique pourrait être mis en état d'interdiction, dans tous les cas où l'interdiction pourrait être prononcée d'après nos lois, ces cas ne fussent-ils pas considérés

(1) La question de la main-levée est certainement assez délicate, puisqu'elle tend en apparence à renverser l'effet d'un jugement rendu par les tribunaux nationaux de l'étranger. Mais ce n'est là qu'une apparence. Le jugement d'interdiction n'a qu'une force temporaire, et est basé sur une situation qui peut se modifier.

comme des causes d'interdiction par la loi nationale de l'étranger, par la raison que ces mesures intéressent non-seulement l'interdit, l'incapable, mais aussi l'ordre public absolu. Nous croyons avoir démontré plus haut qu'il est erroné de considérer l'interdiction et la mise sous conseil judiciaire, comme organisées seulement dans l'intérêt de l'incapable. M. Weiss le reconnaît implicitement, en ce qui concerne l'interdiction. Car, examinant la question de savoir quelles sont les personnes qui ont le droit de la provoquer, il répond que ce sont en principe les personnes ayant qualité à cet effet d'après la loi nationale, mais que « le ministère public aurait également le droit de la provoquer *au nom de l'intérêt général*, dans le cas où cette faculté lui appartient au regard des nationaux; *l'ordre public international* reprendrait le dessus ».

Cette solution semblerait devoir conduire l'auteur à admettre qu'on peut, ou qu'un Français tout au moins, peut provoquer en France l'interdiction d'un étranger domicilié dans ce pays. Il ne s'explique pas cependant en termes formels sur la question et renvoie le lecteur (p. 430) au livre suivant. Mais il ne l'examine pas au livre en question et se borne à constater que le tribunal civil de Lyon s'est, par jugement du 5 août 1888, déclaré incompétent sur une demande en nomination de conseil judiciaire formée par un Français contre une femme italienne « *et n'a pas craint d'affirmer que cette incompétence est d'ordre public*⁽¹⁾ ». Il ne s'explique pas autrement sur cet arrêt. Et à la page 382, lorsqu'il s'agit d'actions dirigées par un étranger contre un étranger, il ne semble admettre la compétence des tribunaux français que pour ordonner des mesures provisoires sur l'administration des biens d'un aliéné ou d'un prodigue, comme lorsqu'il s'agit d'un mineur. Toutefois, cette compétence, même ainsi limitée, implique le droit de constater l'existence de l'aliénation mentale, l'existence du vice de prodigalité, et, si les tribunaux français ont compétence à cet égard, même vis-à-

(1) Weiss Op. cit., p. 747.

vis d'un aliéné étranger ou d'un prodigue étranger, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas en déduire les conséquences légales, déclarer l'aliéné en état d'interdiction ou placer le prodigue sous conseil judiciaire.

682. — Un pareil jugement aura, d'après nous, effet partout, à moins que l'interdiction ou la mise sous conseil judiciaire ne soit fondée sur des causes qui ne la justifieraient point d'après la législation nationale de l'incapable. Dans ce dernier cas, en effet, il est impossible qu'elle puisse produire effet dans le pays auquel il appartient, à moins que sa législation ne s'en réfère à la loi du domicile. Et nous avons vu à quelles restrictions la jurisprudence anglo-américaine subordonne à cet égard l'autorité des tuteurs nommés en pays étranger. Leurs pouvoirs dépendent en somme de l'arbitraire des tribunaux anglais ou américains, quant aux actes à accomplir en Angleterre ou dans les Etats-Unis. Le jugement de mise en interdiction ou de mise sous conseil judiciaire peut lui-même être discuté, et perd son autorité dès que l'incapable cesse d'être domicilié dans le pays où il a été rendu. Il ne doit pas en être ainsi, à notre avis, dans l'Europe continentale, d'après les principes du droit international. Le tribunal du domicile est mieux à même qu'aucun autre d'apprécier l'existence de l'incapacité totale ou partielle ; et sa compétence pour décider cette question ne saurait être sérieusement discutée. Si la mise en interdiction de l'étranger domicilié est prononcée par ce tribunal, pour des causes admises par sa loi nationale, c'est réellement celle-ci que l'on applique en tout autre pays, en reconnaissant cette incapacité, et la conséquence que le tribunal du domicile en a déduite.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles du 6 janvier 1872⁽¹⁾ semble cependant admettre qu'il n'en sera pas ainsi, tout en refusant d'y voir un motif pour se déclarer incompétent. L'on ne serait pas fondé à prétendre, d'après cet arrêt, que le juge doit se déclarer incompétent, en se fon-

(1) *Belg. Jud.*, 1873, p. 1159.

dant sur ce que la décision qu'on lui demande ne doit pas être respectée dans le pays d'origine de l'étranger, ou dans celui où il pourrait ultérieurement fixer sa résidence. La Cour admet qu'il en sera ainsi, mais elle répond que le jugement d'un tribunal belge n'a de force obligatoire que dans les limites du territoire de la Belgique, que c'est là une conséquence de l'indépendance des souverainetés étrangères, qui se produira en tout état de cause, et quelle que soit la nationalité de celui auquel la décision s'applique. Il y a ici une erreur manifeste. On admet au contraire, dans la plupart des pays, que les jugements en matière d'état, rendus dans le pays auquel l'étranger appartient, fixent son état et sa capacité partout, et ont autorité en tous lieux. Nous estimons seulement, quant à nous, que des décisions rendues dans d'autres pays, lorsque sur la base de la loi nationale de l'étranger domicilié dans leur ressort, et en se fondant sur des faits et circonstances qu'elles sont mieux à même d'apprécier qu'aucune autre juridiction, elles ont déterminé les modifications que l'état et la capacité de celui-ci ont subies, devraient avoir effet partout.

683. — Mais, il y a lieu d'appliquer la loi nationale de l'étranger, en ce qui concerne la question de savoir : si l'interdit sera représenté par un tuteur ou assisté d'un curateur, si la tutelle sera légale ou dative, et à qui appartient la tutelle légale. C'est également la loi nationale de l'incapable qui déterminera, si l'interdit doit être représenté par un tuteur désigné par le conseil de famille. Ce n'est pas là une question de forme, mais une question de fond. Quant aux formes proprement dites de la délibération, elles seront régies par la loi locale. Nous nous en référons à ce que nous avons dit à cet égard au sujet de la tutelle des mineurs. Les attributions et les pouvoirs du tuteur et du curateur, ceux du conseil judiciaire, s'il s'agit d'un prodigue, seront réglés par la loi nationale de l'incapable. Les garanties à exiger du tuteur seront déterminées d'après la même loi. Cela fait partie des mesures de protection organisées par le législateur en faveur des incapables qui sont ses ressortissants. Il y a exception toute-

fois pour les garanties assurées aux incapables contre la mauvaise gestion de leurs tuteurs, lorsqu'elles sont de nature à compromettre les droits des tiers, par exemple, si elles leur conféraient sur les biens de leurs tuteurs un droit d'hypothèque ou de privilège, qui ne serait pas reconnu par la loi du lieu où les biens qui en seraient grevés sont situés. Mais rien n'empêche le législateur du pays de la situation d'attribuer aux incapables des garanties de cette nature, lors même qu'elles ne seraient point établies par leur loi nationale; et nous croyons qu'ils pourraient s'en prévaloir malgré le silence de leur loi personnelle. Seulement nous pensons qu'il faut pour cela un texte formel. C'est une question de droit intérieur.

684. — Notre loi belge établit une hypothèque légale au profit de l'interdit sur les biens de son tuteur, comme au profit des mineurs, au profit des femmes mariées, sur les biens de leur mari, et des personnes placées dans des établissements d'aliénés, sur les biens de leur administrateur provisoire, etc... (art. 47, loi hyp.). Et l'art. 2 additionnel étend le bénéfice de cette hypothèque aux mineurs étrangers et aux femmes mariées étrangères. Il ne parle pas des interdits étrangers, ni des étrangers placés dans des établissements d'aliénés. De là une première question. Les étrangers interdits ou placés dans des établissements d'aliénés ont-ils une hypothèque légale sur les biens de leur tuteur ou de leur administrateur provisoire situés en Belgique? Bien que ce soit peut-être par inadvertance que le législateur ait omis de parler de ces incapables, nous croyons que la question doit être décidée négativement en présence du silence du texte. L'hypothèque légale est un droit civil dans le sens strict du mot : elle n'appartient aux étrangers que si elle leur est expressément attribuée par la loi belge. Une question plus douteuse est celle de savoir si elle appartient aux mineurs étrangers, aux femmes mariées étrangères, *alors même qu'elle* ne leur serait pas reconnue par leur loi nationale. Se fondant sur la généralité du texte de l'art. 2 des dispositions additionnelles et sur les paroles prononcées

par M. Lelièvre, rapporteur de la Chambre, M. Martou décide la question affirmativement⁽¹⁾. M. Delebecque⁽²⁾ se prononce au contraire pour la négative, en se fondant sur le rapport de M. d'Anethan au Sénat. Malgré la généralité du texte, nous croyons devoir nous rallier à cette dernière opinion. M. Lelièvre n'a pas résolu ni même examiné la question. Il s'est borné à émettre quelques idées générales, à déclarer notamment que l'hypothèque est attachée à la qualité de mineur, à celle de femme mariée, et qu'elle doit appartenir à l'étranger comme au régnicole, que les règles sur l'hypothèque légale constituent un statut réel, qu'elles frappent tous les immeubles situés sur notre territoire et que leur bénéfice dès lors profite même aux étrangers, s'ils réunissent la qualité énoncée dans la loi belge, etc... Il y a là une véritable confusion d'idées, ayant sa source dans l'abus de cette expression de statut réel. L'hypothèque est attachée à la qualité de femme mariée et de mineur par la loi belge, laquelle ne régit en principe que l'état et la capacité des Belges, et par conséquent les droits qui dérivent directement de leur capacité ou de leur incapacité. La question de savoir si des incapables étrangers ont un droit de ce genre, est donc régie en principe par leur loi nationale. La seule question qui pût être discutée est celle de savoir si, dans l'affirmative, ces incapables étrangers pouvaient exercer ce droit civil *stricto sensu*, même en Belgique. L'hypothèque légale est un véritable statut personnel, mais elle peut se heurter quand il s'agit de l'exercer en pays étranger, soit contre la règle qui interdit aux étrangers l'exercice des droits civils *stricto sensu*, soit contre les droits des tiers qui constituent un intérêt général touchant à l'ordre public. M. d'Anethan a très bien fait ressortir la portée de la loi nouvelle : « Pourquoi refuser à un mineur étranger, ou à une femme mariée étrangère, hypothèque légale sur des biens situés en Belgique ? Aucun motif ne justifierait ce refus ; mais il

(1) Martou. *Des privilèges et hypothèques*, T. IV, pp. 208 et ss.

(2) *Commentaire législatif de la loi du 16 déc. 1851*, p. 481.

doit être bien entendu qu'il n'y aurait pas lieu de faire jouir ces personnes de cette faveur, si la législation à laquelle le mineur étranger et la femme étrangère sont soumis, ne leur accordait pas une hypothèque légale dans leur pays. » Seulement, M. Delebecque s'est trompé du tout au tout, en voyant dans cette réserve la *stipulation d'une réciprocité internationale*. Il n'est pas question de cela. Et l'hypothèque légale accordée aux mineurs étrangers en Belgique n'est, en aucune manière, subordonnée à ce que la même faveur soit accordée aux mineurs belges, dans le pays de ces étrangers.

La loi belge ainsi interprétée accorde aux *mineurs* étrangers tout ce qu'elle doit raisonnablement leur accorder. Le législateur aurait certes la faculté d'aller plus loin encore, et de leur attribuer des droits qu'ils n'ont même pas d'après leur législation nationale, mais il n'est ni juste, ni même utile qu'il le fasse. Si le législateur national juge les garanties et les mesures de protection organisées par lui suffisantes pour ses nationaux, n'y aurait-il pas en général excès de zèle à vouloir aller plus loin encore? Ne courrait-on pas risque de froisser d'autres intérêts, des intérêts étrangers également respectables, l'intérêt peut-être de personnes appartenant à la même nationalité que les mineurs; et cette contrariété de législations créée, ici sans nécessité aucune, ne serait-elle pas une source nouvelle de conflits? Nous le pensons, et ce nous est un motif de plus pour n'attribuer à l'art. 2 des dispositions additionnelles de la loi du 18 décembre 1851 que la portée restreinte indiquée plus haut.

685. — L'Institut de droit international s'est longuement occupé de ces deux questions si importantes : la tutelle des mineurs et la tutelle des majeurs ; et nous avons examiné et reproduit aux pp. 218 et ss. le remarquable projet de règlement international de la tutelle des mineurs, voté par cette assemblée dans sa session de Hambourg en 1891. Mais les savants rapporteurs ont présenté à l'Institut, lors de sa session de Genève en 1892, un projet de règlement de la tutelle des majeurs qui n'a pas

eu la même bonne fortune. L'assemblée après avoir adopté successivement chacun des articles du projet, à la suite d'une longue discussion, a rejeté l'ensemble. Nous avons été de ceux qui ont voté l'adoption de ce règlement; et cependant, dussions-nous être accusé d'avoir eu en cette matière des opinions sinon contradictoires, du moins successives, ainsi que le disait spirituellement M. Glasson lors de la session de Paris en 1894, nous estimons que le règlement repoussé par l'Institut à Genève devait subir quelques modifications, et que la tutelle des majeurs ne doit point être assimilée d'une manière complète à la tutelle des mineurs, au point de vue de la question de savoir quelle est la loi qui la régit, et quel est le tribunal le plus compétent pour en reconnaître la nécessité, et pour ordonner les mesures appropriées.

Les questions les plus discutées dans la session de Genève avaient précisément été celles de savoir : 1° à quelles conditions le tribunal du domicile serait exceptionnellement compétent ; 2° quelle est la loi qu'il devrait appliquer, quant aux causes justifiant la mise en interdiction. Des partisans convaincus de la loi nationale n'avaient pu cependant se rallier, sous ce rapport, aux propositions de la Commission, par exemple, MM. de Bar, Brusa et Fiore. M. Brusa nous paraît avoir rendu compte assez exactement de la portée du vote de l'Institut sur l'ensemble du projet, en faisant observer que la Commission semblait s'être exagéré l'analogie pouvant exister entre la tutelle des mineurs et celle des interdits, et avait poussé peut-être trop loin les conséquences de l'application de la loi nationale. L'Institut n'en restait pas moins en principe partisan de l'application de cette loi, et il l'a prouvé en votant de nouveau dans la session Paris, en 1894, l'art. 1^{er} du projet, ainsi conçu : « L'interdiction des majeurs est régie dans ses conditions et ses effets par la loi nationale. » Le reste du projet, modifié par la Commission, a été de nouveau soumis aux délibérations de l'Institut lors de la session de Cambridge en 1895. Il contenait une disposition nouvelle, formulée par M. Glasson, et qui nous

semble inspirée par une pensée juste, bien que la rédaction en fût défectueuse. Les observations qui suivent en feront apprécier la portée. Après avoir établi qu'en principe l'interdiction des majeurs est réglée par leur loi nationale, *dans ses conditions* et dans ses effets (art. 1^{er}), la Commission n'attribuait compétence en général pour la prononcer, qu'aux autorités de la nation de l'interdit, sauf la faculté et l'obligation pour les autorités du pays de la résidence d'ordonner toutes mesures conservatoires et provisoires (art. 2); elle déclarait exceptionnellement ces mêmes autorités compétentes pour prononcer une interdiction véritable, lorsque les autorités du pays d'origine ne peuvent pour une cause quelconque la prononcer, mais seulement pour les causes admises par la loi nationale (art. 3 et 5, al. 1^{er} et 2). Or l'alinéa de l'art. 5 portait : « Toutefois si la personne à interdire a, dans le pays, à un titre quelconque, la jouissance des droits civils, les autorités de ce pays prononcent l'interdiction pour les causes admises par leur propre loi, et l'interdiction produit alors les effets que lui attribue cette même loi. » La forme de cette disposition est évidemment défectueuse, puisque les étrangers jouissant en règle des droits civils ; cela revenait en somme à renverser le principe de l'application de la loi nationale. Mais nous estimons que les tribunaux du domicile doivent pouvoir prononcer une interdiction *au moins provisoire*, pour des causes autres que celles prévues par la loi nationale. L'intérêt général peut exiger qu'une personne soit interdite pour les causes déterminées par la *lex fori*. Une mise en interdiction *provisoire* sera peut-être la seule des mesures provisoires, autorisées en général par l'art. 2 du projet, qui puisse donner satisfaction à cet intérêt. Seulement cette mise en interdiction pourra, dans ce cas, n'avoir pas de force extraterritoriale, et la loi nationale sera ainsi respectée dans la mesure du possible. La proposition de M. Glasson a cependant été rejetée presque sans discussion (1).

(1) Le projet n'a été adopté que par 14 voix contre 11. Le projet relatif à la tutelle des mineurs avait été adopté à l'unanimité, dans la session de Hambourg.

TITRE X.

DE LA DISTINCTION DES BIENS

(L. II, T. I, Code civil).

686. — Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, dit l'art. 3, § 2, du Code civil, sont régis par la loi française, et nous avons indiqué la portée de cette règle qui n'est que la reproduction en termes peu complets, (car la loi ne dit pas expressément qu'il s'agisse d'immeubles situés en France), de la règle d'après laquelle les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation. Il en résulte d'abord que c'est la loi de la situation qui déterminera quels biens sont meubles et immeubles. Car, par cela même qu'elle détermine quels sont les biens immeubles, elle range nécessairement tous les autres dans la catégorie des meubles. Sur ce premier point, aucun doute n'est possible, et il y a à cet égard unanimité. Toutes les dispositions des chap. 1^{er} et 2 du Code civil concernant la classification des biens en meubles et immeubles recevront dès lors application, en ce qui concerne les biens situés en Belgique, lors même qu'ils appartiendraient à des étrangers. En vain dirait-on que les meubles n'ont pas de situation. Cette maxime ancienne n'est vraie qu'en ce sens qu'ils n'ont pas une situation fixe, immuable, comme les immeubles proprement dits.

687. — Il y a cependant certains biens qualifiés meubles ou immeubles par la loi, dont la situation est un peu plus difficile à préciser, ce sont certains droits incorporels. Leur situation ne peut être déterminée que par celle

de l'objet immédiat et direct du droit lorsqu'il s'agit d'un corps certain déterminé *in specie*.

A notre avis, il n'y a pas lieu de distinguer, à cet égard, entre les droits réels *jura in re*, et les droits patrimoniaux personnels *jura ad rem*. Les droits incorporels grèvent toujours une chose corporelle, ou tendent à l'obtenir. S'il s'agit d'une chose déterminée *in specie*, il suffit de déterminer la situation de cette chose pour fixer la situation du droit, et pour résoudre la question de savoir d'après quelle loi il faudra décider s'il est meuble ou immeuble. Cela ne présente point de difficulté lorsqu'il s'agit des *jura in re*, des droits patrimoniaux réels. La nature mobilière ou immobilière du droit d'usufruit ou du droit d'usage sera déterminée d'après la loi de la situation des objets qu'il frappe. Il en est de même de la nature mobilière ou immobilière des servitudes ou services fonciers; c'est la loi de la situation du fonds qui sera prise en considération. Les actions qui tendent à revendiquer une chose seront mobilières ou immobilières d'après la loi de la situation de la chose, et suivant que celle-ci sera mobilière ou immobilière aux termes de cette loi. Il suit de là que l'usufruit portant sur une universalité sera mobilier ou immobilier, dans la mesure déterminée par la loi de la situation de chacune des choses qu'il comprend.

688. — Mais l'usufruit peut comprendre des choses corporelles qui n'ont qu'une situation absolument éphémère et même incertaine, et il se peut qu'il y ait lieu de déterminer, à d'autres points de vue, si ces choses sont meubles ou immeubles. « La place que les choses mobilières occupent dans l'espace peut être tellement indécise et tellement variable, qu'on ne saurait » dit Savigny ⁽¹⁾, « avoir aucune idée précise du territoire où elles se trouvent. » Et il en donne comme exemple : le bagage qu'un voyageur transporte avec lui en voyage, les marchandises en cours de transport vers un pays lointain « surtout quand elles sont expédiées par mer pour différents ports,

(1) T. VIII, p. 176, trad. Guenoux.

même pour différentes parties du monde, afin d'y trouver un marché plus avantageux ». Au point de vue de la distinction qui nous occupe, cette difficulté ne présente guère d'importance pratique : car il n'y aura probablement pas une législation pour assigner en général à des objets aussi mobiles la qualité d'immeubles, à moins qu'ils ne soient attachés *actuellement* à un fonds à perpétuelle demeure, ce qui ne saurait être le cas aussi longtemps qu'ils sont en voyage. Mais elle peut en présenter, abstraction faite de cette distinction, s'il est vrai que les meubles eux-mêmes, considérés *in specie* ou individuellement, soient régis, comme on l'admet assez généralement, par la loi du lieu de leur situation. Savigny soutient qu'on ne saurait évidemment appliquer, en pareil cas, la *lex rei sitae*, et qu'il faut chercher par la pensée le lieu où la chose est destinée à séjourner pendant un temps plus long ou même indéterminé. Ce lieu est souvent le domicile du voyageur ou de l'expéditeur de marchandises, le voyageur rapportant habituellement chez lui son bagage, lorsque son voyage est terminé, et les marchandises expédiées par un commerçant devant revenir au lieu de son domicile s'il n'en trouve pas le placement. « C'est sans doute » dit-il, « pour avoir pris exclusivement en considération les cas de cette espèce, que l'on a prétendu appliquer d'une manière générale le droit du domicile aux choses mobilières. »

Ce système est fort ingénieux, et ne contient qu'une application fort limitée de la maxime ancienne : *mobilia sequuntur personam*. Il ne repose cependant au fond que sur une fiction, d'après laquelle les meubles sont censés situés là où ils doivent séjourner. Cette fiction est rationnelle, mais ce n'est rien de plus qu'une fiction. En fait, ces meubles mêmes ont une situation réelle. Et nous pensons que, dans les cas où il est possible de fixer, ne fût ce qu'un moment, leur situation dans un pays déterminé, on leur appliquerait vraisemblablement la loi de ce pays, en tant que l'on jugerait convenable d'appliquer la *lex rei sitae* aux objets mobiliers, et pas du tout la loi du lieu de leur situation durable, éventuelle. Il peut du reste être

tout aussi difficile de fixer le lieu où ils sont destinés à séjourner d'une manière durable, que celui où ils se trouvent à un moment donné. Et tel est notamment le cas où il s'agit de marchandises expédiées vers différents ports, ou même vers diverses parties du monde, pour y trouver un marché plus avantageux. La question de savoir où elles séjourneront définitivement dépend absolument des circonstances.

689. — Comment déterminer la situation des créances ayant pour objet des choses mobilières fongibles, des sommes exigibles, des actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, des rentes perpétuelles ou viagères sur l'Etat ou sur des particuliers? La loi belge et la loi française envisagent ces différents droits comme meubles. Il en est ainsi des actions et intérêts dans des compagnies de finance, de commerce et d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies, mais seulement à l'égard de chaque associé et tant que dure la société. Quelle est la situation de ces droits? S'il s'agit de créances ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent ou des choses fongibles, c'est, à notre avis, le lieu où l'obligation doit être exécutée, et nous admettons parfaitement avec Savigny que c'est là le siège de l'obligation : c'est là que doit se trouver la chose qui constitue l'objet de la créance. Il s'agit d'un *situs nécessaire*, d'un *situs* légal. C'est au lieu où le droit peut être exercé, que le droit se localise. Savigny a parfaitement démontré qu'il y a toujours un lieu destiné, d'après la volonté expresse ou tacite des parties, pour l'exécution de l'obligation. Mais nous n'admettons pas toutes les conséquences qu'il a déduites du siège de l'obligation, au point de vue de la portée et de l'interprétation des contrats.

Ce que nous disions des créances de choses fongibles doit s'entendre de ces créances alors même qu'elles sont hypothécaires. Leur siège, leur situation n'est pas là où se trouve l'immeuble hypothéqué, l'hypothèque n'étant qu'une garantie d'exécution, un moyen d'assurer le paie-

ment. Toutefois, l'obligation du tiers détenteur se localise évidemment là où l'immeuble grevé est situé, et c'est d'après la loi de la situation de cet immeuble que l'on décidera si la créance, existant à sa charge, est mobilière ou immobilière, bien que par sa nature elle soit, à notre avis, mobilière. Le créancier a bien un droit dans l'immeuble, un droit réel, mais ce n'est pas un droit de revendication, ce n'est pas davantage un droit de servitude, il n'a que le droit de le faire vendre pour se payer par préférence sur le prix. La loi du lieu où l'immeuble est situé pourrait toutefois en décider autrement, et cette loi sera respectée par la force des choses. Ce que nous disons des créances s'appliquera également, du reste, aux rentes perpétuelles ou viagères, hypothécaires ou non hypothécaires.

690. — La question de savoir quelle est la situation des actions ou intérêts dans des compagnies de finance ou d'industrie est plus délicate encore. Nous pensons qu'ils doivent être considérés comme ayant leur situation dans le lieu où la société a son siège. La question est cependant très épineuse lorsque ces actions ou intérêts sont représentés par des titres au porteur. Comme le fait observer le tribunal de la Seine, dans un jugement du 15 juillet 1885⁽¹⁾, « lorsque la propriété d'une action ou d'une obligation est transmise à l'étranger, la valeur ne s'y trouve que par le signe qui la représente, puisque le capital cédé se trouve en France dans l'établissement débiteur ». Ces expressions *dans l'établissement débiteur* ne sont peut-être pas absolument exactes, quand il s'agit d'actions, l'action ne représentant pas une créance mais une part de propriété. Mais il y a quelque analogie cependant, toute société se débitant de son capital actions aussi longtemps qu'elle existe. Le droit de l'actionnaire à l'actif mobilier et immobilier de la société, être moral, n'est qu'un droit éventuel : il ne devient actuel qu'au moment où la société est dissoute. Jusque là il n'a droit qu'à une

(1) *J. de dr. int. privé*, 1885, p. 450.

part des bénéfices nets proportionnée au nombre de ses actions, droit purement mobilier qui se localise là où la société a son siège. Cela n'empêchera pas que les opérations, auxquelles donnent lieu les titres au porteur ou actions de sociétés étrangères, ne puissent être régies, dans une certaine mesure, par la loi du lieu où elles s'accomplissent; que le droit de revendiquer, par exemple, des titres au porteur perdus ou volés ne soit soumis en même temps à la loi du lieu où ils se trouvent; mais c'est par des motifs d'ordre différent, et dans le dernier cas notamment, par des considérations d'ordre public.

691. — Parmi les objets dont la situation est essentiellement changeante figurent les navires, dont la destination est pour ainsi dire de changer sans cesse de situation. La question ne présente pas un grand intérêt au point de vue de la classification des biens en meubles et immeubles: ils sont évidemment meubles par nature et considérés, pensons-nous, universellement comme tels. Mais elle en présente à d'autres points de vue, dès que l'on admet que les meubles comme les immeubles sont régis, à beaucoup d'égards, par la loi du lieu de leur situation. Les navires sont, à tous égards, des meubles errants, et il est très vrai de dire qu'ils n'ont pas de situation, comme on le dit quelquefois d'une manière trop générale de tous les meubles, si l'on entend exprimer par là qu'ils n'ont pas de situation fixe, d'assiette durable. Il semble qu'en droit anglais on leur assigne comme situation fictive le pays auquel ils appartiennent. Car Dudley Field propose, en citant une décision de la Cour de Chancellerie en ce sens, la règle suivante: « La propriété consistant en navires est régie, en ce qui concerne le titre de propriété, la manière de la transmettre, de la grever, ou d'en disposer de toute autre manière entre vifs, par les lois de la nation à laquelle appartient le navire, d'après les règles du chapitre XX sur la nationalité ⁽¹⁾. » Quant à la transmission à cause de mort, il semble admettre l'appli-

(1) Dudley Field. Op. cit., n° 573.

cation de la loi du domicile. Mais les principes du droit anglais, extrêmement flottants du reste à cet égard, ne peuvent guères être consultés en la matière. Ils paraissent cependant reposer sur ce que les navires, comme les marchandises expédiées par un commerçant vers une destination incertaine, en vue d'un placement avantageux, ou les bagages d'un voyageur, doivent retourner en un lieu déterminé; et ce lieu est, dans ce cas, le pays auquel les navires appartiennent. On pourrait invoquer à l'appui de l'opinion qui les considérerait comme ayant leur situation dans leur pays, la fiction d'exterritorialité aux termes de laquelle ils sont eux-mêmes une partie flottante du territoire national. Mais cette fiction est en opposition avec la règle d'après laquelle ils constituent des *meubles*, et du reste elle ne reçoit application que dans une mesure limitée, en ce qui concerne les navires de commerce ou de transport qui se trouvent dans des eaux étrangères. Elle est, il est vrai, absolument nécessaire, lorsqu'il s'agit de résoudre, au point de vue de la règle que les biens meubles sont régis par la loi du lieu où ils sont situés, la question de savoir à quelle loi les navires sont soumis, quand ils se trouvent en pleine mer. Nous estimons, quant à nous, que les navires sont censés se trouver dans le pays auquel ils appartiennent par leur nationalité, lorsqu'ils se trouvent en pleine mer, à plus forte raison, lorsqu'ils se trouvent dans les eaux de leur pays. Mais, à moins qu'il ne s'agisse de navires de guerre, nous pensons que lorsqu'ils se trouvent dans les eaux d'une nation étrangère, ils doivent être censés se trouver dans le territoire de cette nation. Nous n'admettons pas cependant toutes les conséquences que la jurisprudence anglo-américaine en déduit quant aux transmissions des navires.

692. — Le chap. II, T. I, L. II du Code civil contient, aux articles 533 à 536, quelques règles d'interprétation au sujet du sens des expressions meubles, meubles meublants, etc..., dans les dispositions de la loi et de l'homme. Il est bien évident, et l'on admet d'une manière très générale, que ces définitions ne peuvent prévaloir

contre la volonté réelle des parties, lorsqu'il ressort des circonstances qu'elles ont attribué à ces expressions un sens plus large ou plus restreint, soit dans des conventions, soit dans des dispositions testamentaires. Nous ajouterons que, lorsqu'il s'agit de conventions faites en pays étranger, ou entre étrangers, ou même entre personnes domiciliées en pays étranger, de pareilles règles d'interprétation perdent à peu près toute importance. Il s'agit avant tout de savoir ce que les parties ont voulu, quel sens elles ont entendu attacher aux expressions dont elles se sont servies. On conçoit qu'en l'absence de preuve contraire elles soient présumées avoir attaché aux termes leur sens légal, lorsqu'étant Belges et domiciliées en Belgique elles ont contracté ou disposé en Belgique, lorsque c'est en outre en Belgique que l'exécution doit avoir lieu. Mais il peut en être tout autrement dès que ces circonstances ne se présentent point, ou ne sont pas réunies. C'est une question qui se rattache à l'interprétation des conventions. Et il en est ainsi non-seulement de ces termes particuliers, mais même de la classification générale des biens en meubles et immeubles. Si dans une convention de l'homme, dont la portée et l'interprétation sont régies par une loi différente de la loi belge, les parties emploient les mots meubles, elles peuvent y avoir compris des objets qui seraient immeubles d'après la loi belge. Et lors même que ces expressions figureraient dans une loi étrangère, à laquelle les parties seraient censées s'être soumises tacitement ou expressément, par exemple si elles devaient être considérées comme s'étant soumises en se mariant au régime de la communauté légale, ou à celui de la séparation de biens établis par une loi étrangère, les expressions meubles et immeubles devraient être interprétées dans ces lois suivant le sens qu'y a attaché le législateur étranger, et nullement dans le sens que leur imprime la loi du lieu où les objets sont situés.

693. — Avant d'abandonner la matière de la classification des biens en meubles et immeubles, nous ferons encore une observation au sujet de la disposition de

l'art. 630 du Code civile. Aux termes de cet article, toute rente foncière perpétuelle est essentiellement rachetable. Cette règle est évidemment d'ordre public absolu en Belgique, ou, comme le disent certains auteurs, d'ordre public *international*. Elle est fondée sur ce que les fonds grevés de rentes sont d'une transmission difficile, et pour ainsi dire hors du commerce. Ils restent forcément entre les mains de ceux qui les possèdent, lors même qu'ils seraient mal cultivés ou mal exploités. L'intérêt général, l'intérêt économique du pays ne peut s'accommoder d'une pareille situation. Mais quel est le pays qui en souffre? Évidemment celui où les immeubles sont situés. C'est donc à la situation des immeubles qu'il faudra avoir égard dans l'espèce. Et la loi belge recevra application, en ce qui concerne toutes les rentes grevant des immeubles situés en Belgique, quelle que soit la nationalité, quel que soit le domicile du crédit rentier ou du débit rentier, et sans égard au lieu où a été conclu, au lieu où a été passé l'acte constitutif de rente. C'est une loi d'ordre public réel.

694. — Les dispositions qui figurent dans le chap. III, T. I L. 2, sont intitulées: des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent. Mais elles contiennent en réalité certaines classifications des biens. La loi distingue ceux qui appartiennent à des particuliers, dont ceux-ci disposent sous les modifications établies par les lois, et ceux qui ne leur appartiennent pas, dont l'administration et l'aliénation sont réglées dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières. Et parmi ces derniers, la loi mentionne tous les biens du domaine public ou communal. Cette classification est évidemment très incomplète. Mais, telle qu'elle est, elle s'applique évidemment aux immeubles. Car les immeubles situés en Belgique sont régis par la loi belge. Or, il s'agit, dans l'espèce, de lois qui concernent la nature des biens considérés en eux-mêmes. A la vérité, le législateur déclare s'occuper des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent. Mais ce n'est pas pour régler les diverses manières dont les particuliers peuvent acquérir ou transmettre des biens :

c'est pour les classer en biens qui leur appartiennent, et en biens du domaine public, et pour proclamer que la libre disposition est la règle en ce qui concerne les premiers sauf les limitations établies par la loi, tandis qu'en ce qui concerne les seconds le principe est au contraire la restriction, la réglementation du droit de disposition, et même du droit d'administration, en un mot l'entrave. En tout cas les particuliers, même étrangers et domiciliés à l'étranger, ne pourront disposer de leurs biens immeubles situés en Belgique que sous les modifications établies par les lois. Et l'art. 537 ne parle pas seulement des lois d'ordre public, mais en général de toutes les lois apportant des limites au droit de disposer des immeubles. Nous ferons l'application de ce principe en matière de réserve héréditaire.

695. — D'après M. Weiss qui croit que l'art. 3, § 2, se borne à réserver les droits de l'Etat français, dans tous les cas où l'intérêt public, c'est-à-dire l'ordre public international, pourrait se trouver compromis par l'application sur notre territoire d'une loi immobilière étrangère, le droit de disposition des particuliers étrangers ne serait évidemment limité que par les lois françaises fondées sur des considérations d'ordre public absolu ⁽¹⁾. Et il ne considère pas comme telles les lois sur la réserve. Mais le texte ne dit pas cela. Il est formel : il statue que les immeubles situés en France sont régis par la loi française, même lorsqu'ils appartiennent à des étrangers. Et il est certain qu'au moment où le Code civil a été discuté, voté et mis en vigueur, la maxime d'après laquelle les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation existait déjà, était reconnue depuis longtemps. Il est certain qu'on l'appliquait notamment en matière de successions et de donations dévolues à des étrangers. Comme une des conclusions de sa longue et consciencieuse introduction historique au droit international privé, M. Lainé constate qu'il y avait sur ce point accord parfait entre tous les auteurs du

(1) Weiss. Op. cit., p. 581.

XVII^e siècle, français, belges, hollandais et allemands, parfait entre les auteurs français du XVIII^e siècle. Il affirme même que les expressions de statuts réels, et de statuts des successions *quant aux immeubles* étaient devenues à peu près équivalentes dans la doctrine française et il ajoute : « Cette observation est capitale pour les interprètes du Code civil français qui ont à préciser le sens de cette disposition : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ⁽¹⁾. » »

En était-il de même des meubles ? Non, en ce sens que l'on considérait les meubles au point de vue du droit successoral, comme situés au domicile du propriétaire. A d'autres points de vue, les meubles *in specie* étaient et sont régis par la loi de leur *situs* effectif. Mais nous ne saurions admettre, comme le soutient M. Weiss, que cette interprétation de l'art. 3, § 2, aboutirait à refuser tout effet chez nous aux lois étrangères de capacité, en ce qui concerne la disposition des immeubles, à paralyser le § 3 du dit article. Elle n'y aboutissait pas d'après la jurisprudence et la doctrine dominantes au XVIII^e siècle, et le § 3 vient précisément, par sa portée générale et absolue, restreindre la portée du § 2, absolument comme cette jurisprudence et cette doctrine restreignaient la portée de la maxime coutumière. La doctrine d'après laquelle les meubles considérés individuellement sont également régis par la loi du lieu de leur situation n'a, il est vrai, pas de base dans le texte de la loi positive, mais elle n'est pas non plus exclue par un texte formel. On pourrait l'admettre dans notre droit, sans s'inscrire en faux contre la distinction absolue entre les immeubles et les meubles consacrée par l'ancien droit, et virtuellement admise dans le Code civil. Il est bien vrai que le projet du Code civil français rédigé par la commission (Titre IV, art. 5 du Livre préliminaire) contenait un article ainsi conçu : « Le mobilier du citoyen français résidant à l'étranger est régi par la loi française comme sa personne. » Mais, quels que soient les motifs

(1) Lainé. Op. cit., T. II, p. 292.

pour lesquels cet article a été retranché, il est certain que la question de savoir quelle est la loi qui régit les meubles n'a point été résolue par le Code, et qu'elle peut l'être par conséquent aujourd'hui encore d'après la doctrine progressive du droit international privé⁽¹⁾.

(1) En ce qui concerne la classification des biens, on applique presque unanimement la loi de la situation réelle.

TITRE XI.

DE LA PROPRIÉTÉ

(L. II, T. II, Code civil).

696. — Le Code Napoléon définit, dans ce titre, la propriété: un droit de jouissance et de disposition absolu « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou règlements ». Il consacre un des caractères du droit de propriété, en disposant que personne ne peut être contraint de la céder, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. Il en détermine une des conséquences: l'acquisition d'une autre propriété par voie d'accession, et règle avec précision les conditions du droit d'accession. Il n'est pas douteux que toutes les règles établies par ce chapitre s'appliquent aux immeubles situés en Belgique, quelle que soit la nationalité, quel que soit le domicile du propriétaire. En ce qui concerne les immeubles, aucune des règles établies dans ce chapitre ne constitue une simple interprétation de la volonté des parties dans une convention. Toutes constituent l'organisation même du régime de la propriété, abstraction faite de toute convention. Mais quelques-unes relatives aux meubles ne semblent reposer que sur une présomption du consentement d'autrui, de la volonté d'un tiers. Nous allons les analyser rapidement.

697. — Lorsque la loi dispose que l'usage de la propriété est limité par les lois et règlements, elle établit une règle d'ordre public, en tant qu'il s'agit de limitations ayant leur source dans des lois ou règlements d'ordre

public. C'est sous ce rapport une règle absolue qui s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles, et qui, dans cette mesure, semble n'être que l'application du principe général consacré par l'art. 3, § 1, du Code civil. On pourrait soutenir toutefois que ce principe n'a pas pour conséquence rigoureuse la nullité des conventions contraires à l'ordre public belge, et conclues en pays étranger. Mais il est évident que ces conventions ne pourraient recevoir directement exécution en Belgique, contrairement à notre ordre public, et dès lors l'on peut affirmer qu'en vertu de ce principe général, la propriété des meubles situés en Belgique est limitée par les lois et règlements d'ordre public belge, quelle que soit la nationalité du propriétaire. La règle de l'art. 545 est par sa nature même d'ordre public absolu, sans qu'il soit nécessaire d'insister. Les étrangers mêmes pourront donc être contraints de céder leur propriété mobilière et immobilière située en Belgique, mais ils ne pourront l'être que pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

698. — L'acquisition par accession des produits de la chose ne peut guères donner lieu à des difficultés, en tant qu'il s'agit du propriétaire. C'est une règle de justice que l'on retrouve sans doute dans toutes les législations. Mais l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi peut soulever des conflits. S'il s'agit des fruits des immeubles, il y a lieu sans contredit d'appliquer la règle du § 2 de l'art. 3 du Code civil, quelle que soit la nationalité du propriétaire. Mais supposons qu'il s'agisse de meubles, du croît d'un animal, par exemple, ou des fruits civils d'un capital. Le propriétaire étranger revendique contre un possesseur étranger la propriété d'un animal, qui se trouve en Belgique, et, d'après sa loi nationale comme d'après celle du possesseur, ce dernier ne fait pas les fruits siens. Le propriétaire étranger pourra-t-il réclamer le croît malgré les dispositions de la loi belge? Suivant Weiss, les meubles ne sont régis par la loi de leur situation que s'il s'agit de lois d'ordre public, comme les

immeubles du reste, puisqu'il repousse toute distinction entre les uns et les autres. Est-ce que la disposition de l'art. 549 peut être considérée comme d'ordre public? La question est très délicate. Il s'agit de savoir quel est le motif de la disposition. C'est, dit Laurent⁽¹⁾, une considération d'équité. Le possesseur ferait les fruits siens comme compensation de son travail, comme indemnité des frais de culture et d'entretien. En droit romain, cela n'a jamais été admis qu'avec certaines réserves. Demolombe en donne une autre raison, laquelle est indiquée également par Laurent, c'est que l'on présume que le possesseur a dépensé les fruits au fur et à mesure, *lautius vivendo*⁽²⁾. Ces raisons ne sont certes fondées ni sur le consentement présumé du propriétaire, ni sur la convention. Elles nous semblent d'ordre public, et la disposition de l'art. 549 peut être invoquée aussi bien par le possesseur étranger que par le possesseur régnicole. Ajoutons qu'une raison d'intérêt public économique peut ne pas avoir été étrangère à cette disposition : le désir d'exciter les propriétaires à se montrer vigilants, à ne point négliger leurs propriétés.

699. — Les dispositions relatives au droit d'accession des choses immobilières reçoivent évidemment application à tous les immeubles situés sur le territoire. L'accord est général à cet égard⁽³⁾. Mais il y a plus de difficulté en ce qui concerne le droit d'accession relativement aux choses mobilières (art. 565 à 577, C. civ.). Weiss soutient que les attributions de propriété qui dérivent de ces articles s'analysent en quasi-contrats. Mais le véritable quasi-contrat nous semble impliquer de la part de l'une des parties la volonté de s'obliger : l'existence du consentement d'une part, l'absence de consentement de l'autre, n'est-ce pas la caractéristique du QUASI-contrat de gestion d'affaires, le type des quasi-contrats? Il n'en est pas ainsi, il est vrai, du paiement indu; mais des auteurs sérieux,

(1) *Droit civil*, T. VI, n° 263.

(2) Demolombe. *Cours de droit civil. De la propriété*, n° 622.

(3) Vincent et Pénaud. V° *Meubles et immeubles*.

Laurent par exemple, lui refusent la qualification de quasi-contrat. Or, la spécification peut aussi ne supposer rien de pareil. Et la vérité est que le législateur ne définit pas les droits respectifs du spécificateur et du propriétaire, ou des divers propriétaires, d'après leurs intentions, mais, comme il le déclare lui-même (art. 565), d'après l'*équité naturelle*. C'est donc par des considérations absolument indépendantes de la volonté des parties, et leur nationalité ne saurait être prise en considération pas plus que leur domicile, pas plus que le lieu où la confusion matérielle, la transformation, la spécification a eu lieu. Les auteurs très nombreux suivant lesquels il y a lieu d'appliquer la *lex situs* aux meubles aussi bien qu'aux immeubles, tout au moins aux meubles ne formant pas une universalité, aboutissent à la même conclusion que nous. Le juge de la situation, le juge belge appliquera, en ce qui concerne les meubles situés en Belgique, la loi belge ⁽¹⁾.

700. — Il y a cependant une nuance importante entre la doctrine de la plupart des auteurs, et celle qui rattacherait ces dispositions d'équité à l'ordre public. D'après la plupart des auteurs, la loi belge serait la seule applicable, en tant que *lex situs*, alors même que la question serait soumise à un tribunal étranger. Il peut en résulter une difficulté. Appliquera-t-on la loi de la situation au moment où la spécification est opérée, ou celle de la situation au moment où les droits respectifs sont débattus? L'application absolument rigoureuse de la *lex situs* semble conduire à la dernière opinion. Mais cela paraît assez peu rationnel. Ne faut-il pas se placer au moment de l'acte

(1) Les auteurs ne s'expriment pas avec une précision complète au sujet de ces questions. Vincent et Pénaud déclarent que la possession est régie par la *lex rei sitae*;... « c'est la loi du lieu de la situation réelle du bien possédé qui détermine la condition du possesseur, les droits qui lui appartiennent, les actions qu'il peut exercer comme aussi celles qui compètent au propriétaire dépossédé ». Et il mentionne comme favorables à cette opinion : Despagnet (n° 556), Weiss (p. 767), Massé (T. I, n° 553) et Fiore (p. 339), tout en ajoutant : « Mais voy. Asser et Rivier, n° 444. » Ces derniers nous paraissent absolument favorables à cette opinion. Weiss, au contraire, ne s'explique pas nettement sur la question, mais il nous paraît résulter de sa doctrine en matière de spécification qu'ici encore il admettrait une espèce de quasi-contrat, dans lequel il faudrait surtout tenir compte de la volonté des parties, s'agissant spécialement de choses mobilières.

d'où doivent naître les attributions des droits respectifs? N'est-il pas juste que ce soit la loi de la situation des choses mobilières, au moment de cet acte, qui en règle les effets? C'est à cette loi que les objets mobiliers étaient soumis à cette époque. C'est cette loi qui doit régir les effets de l'incorporation. On aboutit, en adoptant l'opinion contraire, aux plus étranges conséquences. Les droits respectifs des parties au résultat de la transformation opérée se modifieraient sans cesse, si la chose subissait des déplacements fréquents, si elle était en cours de transport par exemple. Ils se modifieraient même à leur insu.

Il paraît au premier abord plus rationnel de dire, que, s'agissant de dispositions toutes d'équité, indépendantes de la volonté des parties, les tribunaux des divers pays n'auraient à suivre que la loi du for, c'est-à-dire leurs propres lois pour résoudre la question de propriété. Mais il est un peu excessif de considérer toutes les lois d'équité comme des dispositions d'ordre public absolu, touchant à l'intérêt général. Multiplier à l'infini les lois d'ordre public absolu entraîne de sérieux inconvénients pratiques. Toute loi d'ordre public peut impliquer l'application exclusive de la loi du for, et cette double conséquence que la décision pourra varier suivant que le débat surgira devant les tribunaux de tel ou tel pays, et que la décision rendue dans un pays ne sera pas respectée dans un autre. C'est le conflit à l'état aigu.

Les partisans de la doctrine d'après laquelle les meubles et les immeubles sont régis par la loi personnelle du propriétaire, sauf les limitations d'ordre public, sont amenés à prodiguer cette qualification de lois d'ordre public, ou à comprendre dans les relations contractuelles ou quasi-contractuelles, comme le fait M. Weiss, des rapports qui ne présentent nullement ce caractère. Cette considération nous détermine à appliquer la *lex situs*, lorsqu'il s'agit de lois qui régissent les meubles ou les immeubles, abstraction faite de tout rapport contractuel ou quasi-contractuel. Aucune autre loi ne nous paraît pouvoir invoquer ici une autorité générale, ayant titre à être respectée partout.

TITRE XII

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

(T. III, L. II, Code civil).

701. — Le droit exclusif du propriétaire à la disposition et à la jouissance de la chose peut être limité par des droits *in re aliena*, établis soit au profit d'autres personnes, soit pour l'utilité d'un autre fonds, et dès lors au profit de tout propriétaire de ce fonds, non à titre personnel, mais en sa qualité de propriétaire d'un bien déterminé. Ces derniers droits s'appellent servitudes réelles ou prédiales. Les premiers consistent, d'après le droit belge et le droit français, dans les servitudes personnelles, les droits de superficie, d'emphytéose, d'hypothèque et de privilège. Dans la réalité des choses, c'est par une espèce de fiction que l'on dit que les servitudes réelles sont établies pour l'utilité d'un fonds. Toutes les servitudes sont établies au profit d'une personne. C'est toujours la personne humaine qui doit en retirer les avantages; mais ce n'est pas à titre personnel qu'elle les retire, c'est comme propriétaire du fonds auquel ils sont censés attachés. D'un autre côté, tous ces droits sont réels comme grevant la chose en quelques mains qu'elle passe.

Le Code ne s'occupe dans le Titre III du Livre II que des servitudes personnelles, c'est-à-dire de l'*usufruit*, de l'*usage* et de l'*habitation*, auxquels il a évité de donner la qualification de servitudes personnelles, afin de ne rappeler en rien l'odieux servage aboli en 1788. Il traite des servitudes réelles au Titre IV. Quant aux droits de super-

ficie et d'emphytéose, ils sont réglés en Belgique par des lois spéciales. Fidèle au système que nous nous sommes proposé de suivre dans notre ouvrage, nous nous attachons pas à pas au Code et ne nous occuperons pour le moment que de l'*usufruit*, de l'*usage* et de l'*habitation*.

702. — La plupart des auteurs qui enseignent que la loi de la situation s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles, se bornent à déclarer qu'il en est ainsi des lois concernant l'*usufruit*, l'*usage* et l'*habitation* sans entrer dans les détails de la matière. Les auteurs qui, comme Fiore et Weiss, professent que les meubles et les immeubles sont régis en principe par la loi nationale du propriétaire « quand ils sont un accessoire de la personne et quand les rapports juridiques qu'on veut établir ne blessent pas les droits de la souveraineté territoriale⁽¹⁾ » ou « dans la mesure où le permet l'intérêt de l'Etat sur le sol duquel la chose qui en fait l'objet se trouve⁽²⁾ », entrent dans un peu plus de détails. Mais les applications mêmes qu'ils font de leur principe, et de la restriction à laquelle il est subordonné, sont de nature à en faire ressortir le caractère vague et toujours discutable. C'est une question souvent très délicate que celle de savoir si telle ou telle disposition est commandée oui ou non par l'intérêt de l'Etat, si les droits réels sont, oui ou non, l'accessoire de la personne, si les rapports juridiques qu'on veut établir ne blessent pas la souveraineté de l'Etat. Et cependant nous croyons qu'au fond ces auteurs sont ici dans le vrai. L'application absolue de la *lex rei sitae* aux droits d'*usufruit*, d'*usage* et d'*habitation* conduit à des conséquences inadmissibles, même en ce qui concerne les immeubles. L'*usufruit* est établi, dit l'art. 549, par la loi ou par la volonté de l'homme; les parties sont évidemment libres d'en modifier les effets dans une certaine mesure, en tant qu'ils ne portent pas atteinte à l'essence de l'*usufruit*, ou, pour parler avec plus de précision, en tant que l'ordre public n'y est pas intéressé⁽³⁾. Le projet de

(1) Pasquale Fiore. Op. cit., p. 337.

(2) Weiss. Op. cit., p. 579.

(3) Laurent. *Droit civil*, T. VI, n° 362.

l'art. 579 portait même en termes exprès : « dans le dernier cas (en cas d'usufruit établi par la volonté de l'homme) il se règle par le titre qui le constitue ». C'est le Tribunal qui a fait adopter la suppression de cette partie de l'article, *parce qu'elle était inutile*. Or, si les parties peuvent modifier les effets de l'usufruit, en tant que l'ordre public n'y est pas intéressé, par une convention expresse, elles peuvent le faire également en se soumettant à une autre loi que la loi belge, à une loi étrangère, et rien ne semble s'opposer à ce qu'elles le fassent même d'une manière tacite. Tout dépend, comme lorsqu'il s'agit des conventions en général, de leur intention. Pourquoi cette intention ne pourrait-elle pas être déduite du lieu du contrat, de leur nationalité commune ou de leur domicile commun? On se trouve, en somme, ramené aux principes sur l'effet des conventions. De même, si l'usufruit a sa source dans une disposition de dernière volonté, tout dépend, en somme, de l'intention du testateur, laquelle peut s'induire du lieu du testament, de la nationalité et du domicile du défunt. Il n'est donc pas exact que l'usufruit soit régi en tout par la *lex situs*, lorsqu'il s'agit de l'usufruit conventionnel ou testamentaire. Nous parlerons plus loin de l'usufruit légal.

703. — Mais si la *lex situs* s'applique exclusivement aux immeubles, ainsi que le déclare en termes formels l'art. 3, § 2, du Code civil, si elle s'applique même exclusivement aux meubles considérés individuellement, ainsi que l'admettent une doctrine et une jurisprudence imposantes, c'est tout au moins dans la mesure où elle détermine les droits réels dont les biens sont susceptibles, c'est dans la mesure aussi où les dispositions concernant ces droits règlent l'essence même du droit d'usufruit, et présentent un rapport étroit avec le régime économique du pays où les biens sont situés. Il est de l'essence de l'usufruit que l'usufruitier doive conserver la substance de la chose. Lui permettre d'altérer la substance de la chose, ce serait substituer à ce droit un droit nouveau, inconnu peut-être dans la législation du pays où la chose est située.

Or, quand la loi détermine les droits dont une chose mobilière ou immobilière peut être grevée, elle est évidemment basée sur des considérations d'ordre économique qui doivent être respectées, quelle que soit à cet égard l'appréciation des autres nations, pour autant qu'il s'agisse de choses comprises dans le domaine de sa souveraineté territoriale. D'où il suit que, l'usufruit étant dans son essence le droit de recueillir les fruits, il ne saurait y avoir d'autres fruits que les produits considérés comme tels d'après la *lex situs*. Les conventions particulières peuvent bien restreindre le droit de jouissance, le droit de recueillir les fruits, elles ne peuvent pas, à notre avis, l'étendre, parce que ce serait altérer la substance de la chose. Il en résulte que l'usufruit, même conventionnel, acquis par un étranger, rencontrera une limite nécessaire dans les dispositions des lois locales, en tant qu'elles déterminent ce qui peut être envisagé comme fruits, ce qui constitue la substance même de la chose. Un usufruitier étranger, pour en donner un exemple, ne pourra quelle que soit la convention, quelle que soit la nationalité du nu-propriétaire, faire des coupes de bois de haute futaie dans des bois non encore mis en coupes réglées ; et peut-être même ne pourra-t-il en faire dans des bois mis en coupes réglées, qu'en se conformant aux époques et aux usages des anciens propriétaires. Ce serait altérer la substance de la chose que d'aller au delà.

704. — Il semble résulter cependant d'une notice de la table de Jamar⁽¹⁾, que le tribunal de Malines aurait décidé le 20 juin 1862 : que le testateur sans héritiers à réserve, et qui peut disposer librement de ses biens, peut ajouter aux dispositions ordinaires de l'usufruit des modifications, même celles qui auraient pour effet de changer la substance de l'usufruit. Mais la notice n'est pas tout à fait exacte. Il s'agissait d'un testateur qui avait légué l'usufruit, et EN OUTRE « le pouvoir de couper et d'abattre à tout âge et à son profit, les arbres et bois, ainsi que de

(1) *Répertoire général de la jurisprudence belge*, 1814 à 1880, v^o *Usufruit*, n^o 106.

changer et démolir même les bâtisses qui existeraient sur les biens sujets à usufruit, et d'y faire les changements que le légataire jugerait convenables, sans devoir en rendre compte ». Le tribunal a décidé avec raison que cette disposition était valable. Mais il n'a pas eu à examiner si l'exercice de ce droit constituait un usufruit, ou même un droit réel valablement établi. Si le fonds grevé d'usufruit avait été vendu, nous ne croyons pas que le légataire eût pu l'exercer aux dépens du tiers acquéreur, à moins de stipulation expresse acceptée par lui, et entraînant alors pour le tiers acquéreur une obligation purement personnelle.

705. — Il nous paraît d'autre part que toutes les stipulations dont l'effet ne serait pas de transformer l'usufruit en un droit plus étendu, se rapprochant davantage de la propriété, sans s'identifier avec le droit de propriété, mais plutôt de réduire le droit d'usufruit, de le limiter, devraient être respectées. Et il en sera de même des stipulations qui ne seraient contraires qu'à des dispositions simplement interprétatives de la volonté présumée des parties. Il est évident que les parties pourraient convenir qu'à l'expiration de l'usufruit, l'usufruitier aura droit à une indemnité pour les améliorations qu'il aurait faites. Pareille stipulation est loin de porter atteinte à l'intérêt général. Il nous paraît aussi que les parties pourraient stipuler, que l'usufruit d'une rente viagère ne donne pas droit au capital des sommes représentant les arrérages, mais à la jouissance, c'est-à-dire aux fruits civils, aux intérêts de ces sommes. S'il n'y a pas de convention expresse à cet égard, il nous paraît que, comme lorsqu'il s'agit de tout contrat en général, leur intention pourra être induite de ce que, d'après les principes du droit international privé, elles doivent être présumées se soumettre à telle ou telle loi étrangère différente de la loi belge qu'elles ne connaissent peut-être pas.

706. — Comme on le voit, nous nous rapprochons ici notablement de la doctrine de M. Weiss. Notre système ne diffère guère du sien quant aux conséquences. Mais

nous ne rejetons pas le principe que choses mobilières et immobilières sont régies par la loi du lieu de la situation. Nous l'admettons au contraire. Seulement quand la loi qui régit les choses n'exclut pas des stipulations contraires à la règle qu'elle établit, les conventions contraires doivent être respectées, qu'elles soient expresses ou tacites. Et il peut y avoir convention tacite par le seul fait que les parties se sont soumises expressément ou tacitement à l'application d'une loi étrangère. Elles ne sont exclues que, soit en vertu d'une disposition formelle, soit lorsqu'il s'agit d'une règle qui touche à l'intérêt général, aux intérêts économiques du pays, ou bien à l'ordre public dans le sens propre du mot. C'est donc en vertu de la *lex rei sitae* elle-même qu'il faudra parfois appliquer la loi étrangère.

Il est toutefois certaines applications sur lesquelles il nous est impossible d'être d'accord avec le savant auteur. C'est ainsi qu'il admet que, bien que la loi italienne autorise seulement l'usufruitier à faire des baux de cinq ans, l'usufruitier italien aurait le droit de faire des baux de neuf ans s'agissant de biens situés en France, sans égard à la loi nationale du propriétaire, au lieu du contrat etc... La loi française qui autorise l'usufruitier à faire des baux de neuf ans est, d'après lui, une loi fondée sur un intérêt général, notamment sur des intérêts économiques, l'intérêt de la bonne culture des terres, et s'impose par conséquent à tous, étrangers comme nationaux, quel que soit le lieu du contrat. Mais l'auteur n'a pas pris garde, ce nous semble, que cette loi n'est qu'une loi limitative des droits de l'usufruitier. Il doit se conformer aux règles établies en ce qui concerne l'usufruit exercé par le mari sur les biens de la femme. Il ne peut pas faire davantage (art. 595, 1429 et 1430). Mais il peut faire moins. Cela étant, il nous paraît excessif de voir dans la règle qui, en lui interdisant de faire des baux de plus de neuf ans, ne lui permet qu'implicitement de faire des baux allant jusqu'à neuf ans, une règle d'intérêt général (1).

(1) Les auteurs les plus favorables à l'application de la loi nationale admettent

707. — En ce qui concerne l'usufruit légal la question est un peu plus délicate. Il est certain que cet usufruit établi par la loi belge est nécessairement réglé dans ses effets par la loi belge. Il n'est pas le résultat de la libre convention des parties : il ne saurait dépendre d'elles de modifier les droits et obligations de l'usufruitier. Mais dès que l'on admet que l'existence même de l'usufruit légal, dès qu'il est l'accessoire, la conséquence d'une qualité personnelle dépend de la loi nationale des parties, comme on l'admet très généralement, il semble illogique que la mesure de ce droit soit réglée exclusivement par la loi du lieu où les biens sont situés. Ce que la loi belge règle, ce sont les effets de l'usufruit établi par la loi belge, ce sont les effets de l'usufruit établi par la libre volonté des parties pour autant que les parties n'y aient pas dérogé, dans la mesure où ces dérogations sont permises, comme ne se heurtant pas contre un intérêt général. Mais la loi belge ne fait pas obstacle à l'application d'une loi étrangère, à la condition toujours que ces dérogations ne fassent pas dégénérer l'usufruit en un droit d'une autre nature, inconnu dans notre législation. Nous appliquerons donc à l'usufruit légal les mêmes règles qu'à l'usufruit conventionnel.

708. — Les mêmes principes nous serviront à résoudre la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations réciproques. Au seuil des dispositions sur la matière figurent les art. 600 et 601 qui obligent l'usufruitier à faire un inventaire des meubles, un état des immeubles,

que la loi territoriale doit régler les droits et obligations de l'usufruitier au point de vue de la durée des baux, de l'acquisition des fruits, du paiement des impôts. C'est encore cette loi qui fixera la durée maxima de l'usufruit au profit des personnes morales, et déterminera, d'une manière générale les modes d'extinction du droit. — Despagnet. p. 529. — Laurent. T. VII, pp. 411 et ss., et p. 418. — Fiore. p. 357. — Weiss. pp. 605 et ss., 2^e édition — Pour ce qui concerne la durée des baux, nous n'admettons la souveraineté absolue de la loi territoriale qu'en tant qu'elle détermine leur durée maxima. Si la durée des baux peut être réduite en dessous de 9 ans par la volonté des parties, pourquoi ne pourrait-elle pas l'être en vertu d'une loi étrangère que les parties auraient tacitement acceptée, à laquelle elles seraient censées s'être soumises? Tout ce que l'on peut concéder c'est que la loi nationale des parties ne pourrait pas enchaîner leur volonté à cet égard à l'encontre de leurs stipulations formelles, et des dispositions de la loi belge, s'agissant de biens situés en Belgique.

et à donner caution. Quant à l'obligation de donner caution, la loi déclare que l'usufruitier peut en être dispensé par l'acte constitutif d'usufruit; il y a du reste exception pour les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants, pour le vendeur, et le donateur sous réserve d'usufruit. Il est clair que cette obligation n'a pas le rapport le plus lointain avec l'intérêt économique du pays ou les immeubles sont situés. Si l'usufruitier peut être dispensé de la caution par convention expresse, il peut aussi l'être par convention tacite. Tout dépend de la volonté des parties. Il faudra donc examiner par quelle loi leur convention est régie, quant à ses effets, à quelle loi elles ont entendu se soumettre. Nous avons déjà dit plus haut que les opinions sont fort diverses à cet égard. D'après celle qui paraît le plus répandue aujourd'hui, il faudrait s'attacher surtout à la loi du lieu du contrat, et c'est le système qui tend à prévaloir dans la jurisprudence française et dans la jurisprudence belge. D'après un système plus récent, c'est la loi de la nationalité commune des parties, quand elles sont de même nationalité⁽¹⁾. D'après Savigny, Brocher, etc., il faut suivre la *lex rei sitae*, laquelle se confond du reste dans l'espèce, lorsqu'il s'agit de l'usufruit conventionnel, avec la loi du lieu de l'exécution. Enfin la plupart des auteurs admettent qu'en tout cas c'est la loi du lieu de l'exécution qui règle le mode d'exécution, la demeure et tout ce qui se rattache à l'exécution matérielle. Nous rappelons simplement ces

(1) Fiore (p. 250) admet qu'il faut suivre la loi nationale commune des parties, du propriétaire et de l'usufruitier. Si elles ne sont pas de même nationalité, il faut suivre, d'après lui, la loi du propriétaire. « L'usufruit étant une limitation du droit de propriété, dans le conflit de deux lois, on doit toujours préférer celle du propriétaire, parce que son droit est principal. » La raison nous paraît fort insuffisante, et la considération que le droit du propriétaire serait principal nous paraît sans influence sur la question de savoir, à quelle loi les parties doivent être censées s'être soumises par leur volonté libre, s'agissant de l'usufruit conventionnel, quelle est la loi que le testateur, le donateur d'usufruit ou le donateur sous réserve d'usufruit peut être censé accepter s'agissant de l'usufruit légué, donné ou réservé. Il se peut parfaitement que dans les conventions, l'attention des parties se soit surtout portée sur la *lex rei situs*. Et dans les dispositions à titre gratuit, il paraît rationnel de s'en référer à la loi du disposant. Nous examinerons ces questions en traitant des conventions et des testaments. Nous en avons déjà parlé d'une manière générale, en traitant des obligations conventionnelles.

divergences et nous nous bornons à répéter qu'il n'y a pas de règle absolue en la matière, et que la question doit être résolue d'après des principes beaucoup plus complexes que ceux que l'on admet généralement.

Il nous paraît clair, s'agissant de conventions, que l'obligation de donner caution ne pourra être imposée, que dans le cas où la loi nationale du propriétaire l'exige. C'est dans son intérêt qu'elle est établie, et l'on n'aperçoit pas ombre de motif d'ordre public ou d'intérêt général qui puisse avoir dicté cette prescription. Les parties ne peuvent pas être censés vouloir que cette garantie soit prestée lorsqu'elles n'en disent rien, et lorsque la loi nationale du nu-propriétaire est muette.

709. — Quant à l'obligation de faire inventaire des meubles, et de dresser un état des immeubles sujets à usufruit, Laurent ⁽¹⁾ la considère comme d'ordre public; le testateur ne pourrait pas en dispenser, et dans les conventions d'usufruit la clause qu'il n'y aura pas d'inventaire serait sans valeur. Telle est aussi l'opinion de Weiss ⁽²⁾. La jurisprudence belge ne paraît pas cependant considérer cette obligation comme se rattachant à l'ordre public. Elle admet en effet que l'usufruitier peut être dispensé de faire inventaire comme de fournir caution : mais le nu-propriétaire n'en a pas moins le droit de faire inventaire à ses frais ⁽³⁾, et c'est, d'après nous, tout ce que l'ordre public exige. C'est aussi la doctrine généralement admise en France ⁽⁴⁾.

Il en résulte que si, d'après la loi nationale du nu-propriétaire, protectrice naturelle des intérêts de ce dernier, l'usufruitier n'était pas tenu de faire inventaire, le nu-propriétaire n'en aurait pas moins le droit de faire procéder à un inventaire des meubles qui se trouveraient en Belgique, et de faire dresser un état des immeubles qui y sont situés. Quant aux conséquences du défaut de caution,

(1) Laurent. *Op. cit.*, T. VII, p. 308 (?).

(2) Weiss. *Op. cit.*, p. 601.

(3) Brux. 12 mars 1866. P. 1866, II, p. 356. — Liège, 26 juin 1866. P. 1867, II, 138.

(4) Demolombe. *Droit civil. De l'usufruit*, nos 473 et ss.

lorsque la caution est exigible, elles nous paraissent régies par la loi en vertu de laquelle la caution est exigée, et à laquelle les parties sont censées s'être référées, à défaut de dispositions spéciales dans cette loi ou dans la convention, il est rationnel d'appliquer les art. 602, 603 et 604 du Code civil.

710. — Les obligations de l'usufruitier sont évidemment réglées par la même loi que ses droits, sauf toujours le cas où elles dériveraient de considérations d'ordre public ou d'intérêts économiques de l'Etat où les biens sont situés. Il en est ainsi notamment de la *contribution* aux charges annuelle de l'héritage telles que les contributions : mais ses *obligations vis-à-vis* de l'Etat sont réglées, suivant nous, par la loi du lieu de la situation. En somme, pour tout ce qui n'intéresse pas les droits des tiers ou les droits de l'Etat, il n'y a aucun motif pour appliquer exclusivement la *lex situs* lorsque la *lex situs* elle-même autorise des dérogations à ses dispositions. Que l'usufruitier dérive donc d'une convention ou d'un testament, on appliquera la loi qui régit les effets de la convention ou du testament. Il nous paraît cependant assez naturel de présumer ici que les parties s'en sont référées à la *lex situs*, sauf indication d'une volonté contraire.

711. — La question de savoir quelle est la loi qui régit l'extinction de l'usufruit est résolue en général en faveur de l'application de la *lex situs*⁽¹⁾. Des cinq causes d'extinction prévues par l'art. 617, il en est trois qui opèrent leurs effets par une espèce de nécessité que reconnaissent sans doute toutes les législations : l'expiration du temps pour lequel il est accordé, la consolidation et la perte totale de la chose. Que l'usufruit s'éteigne en outre par la mort naturelle de l'usufruitier, c'est une règle qui tient à l'essence même de l'usufruit et qui est fondée sur l'intérêt économique de la nation. Il est évident qu'il recevra application à toutes les choses qui se trouvent dans le territoire de la nation où cette règle est établie.

(1) V. les autorités citées plus haut.

Toute stipulation tendant à prolonger l'existence de l'usufruit au-delà de cette limite extrême aurait pour effet de créer un nouveau droit réel en faveur de la personne, inconnu dans la législation belge, et interdit virtuellement par l'art. 686 du Code civil. Nous considérons également comme fondée sur l'intérêt économique de la nation la règle de l'extinction de l'usufruit par le non usage pendant trente ans. Les auteurs ne semblent cependant pas d'accord sur le motif de la disposition. Nous nous rangeons à l'opinion de Laurent, qui la considère comme basée sur ce que le législateur voit avec défaveur les charges et droits qui gênent la propriété. Peut-être pourrait-on ajouter que, lorsque l'usufruitier ne jouit pas, il n'administre pas davantage, et que les biens risquent dans ce cas d'être laissés dans l'abandon, improductifs, situation nuisible au point de vue de l'intérêt général. Cela suffit pour exclure toute convention contraire et pour commander l'application de la *lex situs*. Il en est de même, à notre avis, de l'extinction de l'usufruit par abus de jouissance, dégradation ou défaut d'entretien. Bien que cette cause d'extinction soit établie dans l'intérêt du nu-propriétaire principalement, il est aisé d'apercevoir l'intérêt public qui a déterminé le législateur à édicter une sanction aussi sévère.

712. — L'usufruit ne s'éteint pas par la mort civile. Il s'agit ici d'une règle résultant simplement de ce que la mort civile est abolie en Belgique. Or la suppression de la mort civile par l'art. 13 de la Constitution a sa source dans de hautes considérations de moralité publique, de partant d'ordre public proprement dit. Les incapacités qui en résultent pour un étranger ne produiraient aucun effet au point de vue des droits qu'il prétendrait exercer sur notre sol. La loi n'avait donc pas besoin de dire que la mort civile n'éteint pas l'usufruit, puisque la mort civile n'existe pas. Notons toutefois que si la disposition de l'art. 13 du Code civil est d'ordre public absolu, et s'applique par conséquent à tous ceux qui se trouvent sur notre sol, il n'en résulte pas cependant qu'elle doive être

reconnue entre nations⁽¹⁾. Elle ne saurait l'être en ce qui concerne les meubles que par sa combinaison avec une autre règle, celle de l'application de la *lex situs* en ce qui concerne les biens. Si cette règle est admise internationalement, l'usufruitier frappé de mort civile dans son pays pourra être considéré, même dans d'autres pays, comme ayant valablement acquis les fruits dans notre pays.

713. — C'est encore une règle d'ordre public que l'usufruit accordé à tout autre qu'à des particuliers, par exemple, à des personnes morales, à un Etat, à des provinces, des communes, des sociétés ou corporations, ne dure que 30 ans. Elle est fondée sur des considérations économiques. Elle recevra évidemment application, lors même qu'il s'agirait de personnes morales étrangères. Et en général, sans que nous voulions pousser plus loin cet examen des diverses causes d'extinction, chaque fois qu'une cause d'extinction sera basée sur des motifs d'intérêt général ou d'ordre public, elle recevra application quelles que soient les dispositions de telle ou telle loi étrangère, pourvu qu'il s'agisse de choses mobilières ou immobilières se trouvant dans notre territoire. Et l'on doit considérer comme étant d'ordre public ce qui est de l'essence même de l'usufruit, et non pas seulement de sa nature, notamment les dispositions dont l'inobservation aurait pour effet d'introduire dans la législation un droit réel nouveau en faveur de la personne, droit inconnu dans celle-ci, et les dispositions auxquelles, à raison de leur caractère, il ne serait point permis aux parties de déroger, si l'usufruit était conventionnel, ou au testateur d'apporter des modifications, si l'usufruit est établi par un acte de dernière volonté.

714. — Il est à remarquer cependant que la *lex rei sitae* ne doit pas être considérée comme absolument limitative des causes d'extinction de l'usufruit. Elle gouverne ces causes d'extinction, en ce sens que l'usufruit ne peut pas subsister au delà du terme fixé par cette loi. « Mais »

(1) A cet égard, l'expression « ordre public international » est bien mal choisie.

comme le fait remarquer à bon droit M. de Bar⁽¹⁾, « celui qui établit un droit d'usufruit au profit d'une corporation est libre d'en restreindre encore la durée, et de lui assigner une durée moindre que celle permise par la *lex rei sitae*, et s'agissant de l'interprétation de la volonté d'un testateur, sa loi nationale ou la loi de son domicile peut être prépondérante... » Cette observation est parfaitement exacte. Nous croyons seulement qu'elle pourrait être généralisée. La *lex rei sitae* détermine les causes d'extinction d'usufruit, sauf observation des stipulations des parties, et de telle ou telle loi étrangère qui en admettrait d'autres encore, et à laquelle elles seraient censées s'être soumises, en ce qui concerne l'effet de leurs conventions ou de leurs actes.

715. — Les principes que nous venons de développer doivent servir à résoudre les questions qui peuvent s'élever relativement aux droits d'usage et d'habitation. Il est certaines questions toutefois qui ne peuvent s'élever en matière d'usage, et de droit d'habitation, parce que, malgré le texte de l'art. 625, ni le droit d'usage, ni le droit d'habitation ne dérivent en Belgique de la loi seule. Il en résulte que, si un droit d'usage, ou un droit d'habitation était la conséquence du statut personnel d'un étranger relativement aux biens d'un autre étranger, ces dispositions étrangères ne pourraient se heurter contre des dispositions spécialement relatives aux droits *légaux* d'usage et d'habitation dans notre pays. Il y aurait lieu simplement de se conformer aux dispositions générales du Code en ce qui concerne l'usage et l'habitation, pour les biens y situés, pour autant qu'il s'agisse de dispositions d'ordre public ou d'intérêt public. Au surplus le texte de l'art. 625 conduit à cette conséquence : que l'établissement de ces droits par le seul effet de la loi n'a rien qui heurte l'esprit de notre législation. Et si une loi étrangère consacrait un droit de ce genre, au lieu d'un droit d'usufruit, comme conséquence de certains rapports de famille qu'elle

(1) Op. cit., T. II, pp. 639 et 640.

aurait pour mission de régler, il n'y a aucune raison pour qu'il ne pût être exercé dans notre pays. L'application de la *lex rei sitae* en vue d'exclure l'exercice de ces droits, même sur des immeubles situés dans notre pays, nous paraîtrait constituer une application excessive de ce principe, application contraire à la raison, contraire aux bons rapports internationaux, puisqu'il n'y aurait aucune raison plausible pour repousser dans ce cas l'application du droit étranger. Cela n'intéresse en rien le régime de la propriété en Belgique, en rien notre ordre public.

TITRE XIII.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS, AINSI QUE DES DROITS D'EMPHYTÉOSE ET DE SUPERFICIE.

716. — Les droits dont il s'agit sont des droits essentiellement immobiliers, et régis en principe dès lors par la *lex rei situs*, d'après une très ancienne règle de droit international. Sur la règle même, il n'existe pas à beaucoup près une diversité aussi grande d'opinion en ce qui touche les immeubles, qu'en ce qui concerne les choses mobilières. Ce n'est que dans les temps les plus récents, que la doctrine qualifiée de franco-italienne, l'a contestée d'une manière générale. Encore faut-il s'entendre. Ni Pasquale Fiore, ni Laurent, partisans *en théorie* de l'application de la loi nationale des intéressés, en ce qui concerne la détermination de leurs droits sur les immeubles comme sur les meubles situés en pays étranger, ne contestent la portée de la plupart des lois positives qui ont consacré en règle l'application de la *lex situs* aux immeubles; celle de l'art. 3, § 2, de la loi française par exemple. Il en est autrement de quelques-uns. M. Weiss combat l'interprétation qui, en vertu de traditions juridiques constantes, doit être attribuée à cette disposition. Nous ne reviendrons pas sur les observations que nous avons faites à cet égard. Seulement, comme nous le verrons plus loin, même dans la matière des servitudes réelles ou services fonciers, la *lex rei sitae*, la loi de la situation laisse un certain champ d'action à la libre volonté des parties, et leur permet par conséquent aussi, dans une certaine mesure, de se soumettre volontairement

d'une manière tacite ou expresse, à telle ou telle loi étrangère. Ce serait étendre la *lex rei sitae*, contrairement à cette loi même, que de ne pas reconnaître, dans cette limite, l'influence du droit étranger.

717. — On doit considérer évidemment comme régissant tous les immeubles situés en Belgique, la disposition qui définit les servitudes réelles ou prédiales (art. 637, C. civ.), le principe que la servitude n'établit aucune prééminence d'un fonds sur un autre (art. 638, C. civ.), et la disposition d'après laquelle les servitudes dérivent, non-seulement des conventions entre propriétaires, mais de la situation naturelle des lieux et des obligations imposées par la loi. Une servitude ne peut être établie en Belgique que sur un fonds de terre ou un bâtiment. C'est le sens dans lequel il faut entendre le mot *héritage*, dans l'art. 637 du Code civil qui définit les servitudes, ainsi que le démontre au surplus l'art. 687 : « les servitudes sont établies : ou pour l'usage des *bâtiments*, ou pour les *fonds de terre* ». Une servitude ne pourrait pas être établie sur des meubles, ou pour l'avantage d'objets mobiliers, fussent-ils immeubles par destination, ni sur des droits immobiliers. C'est une grosse question que celle de savoir si les immeubles hors du commerce peuvent être grevés d'une servitude, qui ne porte aucune atteinte à la destination d'utilité publique qu'ils ont reçue. Mais, dans tous les cas, la question ne peut être résolue que d'après la loi du lieu de la situation. Tous ces principes tiennent à l'organisation même du régime de la propriété. L'art. 638 n'a pas d'autre objet que de sanctionner une fois de plus l'abolition des fiefs. C'est essentiellement une règle d'ordre public, et comme c'est une loi qui régit les immeubles, elle a droit à être reconnue dans les rapports internationaux. Il n'y a donc plus de biens féodaux en Belgique, et l'on ne saurait se prévaloir d'une législation étrangère pour considérer comme tels des immeubles quelconques situés dans notre pays.

718. — Le Code traite au Chapitre I du Titre IV, L. II, des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. Ce

sont vraiment des servitudes légales, puisque c'est la loi qui les fait dériver de cette situation. Les partisans les plus absolus de la personnalité des lois, comme M. Weiss, considèrent toutes les dispositions qui les concernent comme organisées dans un intérêt public, et comme appartenant à ce qu'ils appellent l'ordre public international⁽¹⁾. Mais peut-on bien considérer comme se rattachant à l'ordre public absolu, ou même simplement à l'ordre public, des dispositions auxquelles les Belges mêmes peuvent déroger par convention? Cela paraît impossible au premier abord. Et cependant, il nous paraît évident que ces dispositions concernent toutes l'organisation du régime de la propriété, bien que quelques-unes au moins ne la règlent qu'en l'absence de convention contraire, ou même en l'absence de l'acquisition par prescription d'un droit contraire aux droits qu'elles consacrent. C'est reconnaître que toutes les lois qui règlent les droits des particuliers sur les immeubles, soit par des dispositions d'ordre public auxquelles il est interdit de déroger, soit en l'absence de conventions contraires, ont un caractère territorial et s'appliquent à tous les immeubles situés dans le territoire. Toutes les dispositions dont il s'agit ici s'appliqueront en conséquence à ces biens, quels que soient la nationalité des propriétaires et le lieu de leur domicile. Il en sera ainsi, même de la prescription. Quant aux contrats, dans la mesure où la loi admet la liberté des conventions, nous croyons qu'en pareille matière les parties sont toujours censées s'en référer à la loi de la situation, parce que c'est celle qui régit les immeubles, à moins d'expression d'une volonté contraire. Il n'y aura lieu d'avoir égard à la nationalité des parties, à leur domicile, ou au pays dans lequel le contrat a été fait, que lorsqu'il s'agit de l'interprétation de certains termes douteux ou ambigus. Nous en dirons autant des règles établies par le Code rural de 1886, et par le Code forestier de 1854, relativement au bornage

(1) Weiss. Op. cit., p. 601.

des propriétés rurales et forestières, et des règles établies par le Code rural, relativement au droit de clôture des biens ruraux et à la vaine pâture.

719. — Les mêmes principes nous paraissent devoir être suivis sans contredit, en ce qui concerne les servitudes légales dont il est question au chap. II. Cela est d'évidence lorsqu'il s'agit de servitudes établies pour l'utilité publique ou communale, et il ne serait pas même permis d'y déroger par conventions particulières. Mais le principe s'applique également aux servitudes légales établies pour l'utilité des particuliers, soit par le Code civil, soit par le Code rural de 1886, aux droits et obligations dérivant de la mitoyenneté des murs et fossés, aux distances à observer entre les plantations et la limite séparative des héritages ruraux, entre certains ouvrages et les murs mitoyens ou non, aux droits de vue, d'égout des toits, et de puisage. Il peut donc y avoir lieu dans ce cas de consulter les conventions des parties, pour autant qu'elles puissent déroger à la loi. Mais il n'y a jamais lieu de consulter la loi étrangère sur *les effets* de leurs conventions, quand elles ne se sont pas expliquées, parce que c'est la loi belge qui régit les immeubles situés en Belgique, en tant du moins qu'il s'agit des lois organisant le régime de la propriété foncière.

720. — En ce qui concerne les servitudes établies par le fait de l'homme, l'art. 686 commence par établir le principe de la liberté des conventions sous les restrictions qu'il détermine. Les servitudes ne peuvent être établies que sur des propriétés et en faveur des propriétés. Elles ne peuvent être établies au profit de la personne, ni impliquer des *obligations* imposées à la personne, c'est-à-dire imposant à celle-ci le devoir de donner, de prêter ou de faire. Ces restrictions sont évidemment d'ordre public absolu, et comme elles se rattachent au régime de la propriété immobilière, elles doivent être respectées internationalement en ce qui concerne les immeubles situés en Belgique. Dans ces limites on peut établir toute espèce de servitudes, et l'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se

règlent par le titre qui les constitue. Mais la règle aux termes de laquelle les servitudes sont établies pour l'usage des bâtiments, ou des fonds de terre, n'est qu'une limitation plus nette de la faculté de constituer des servitudes, en ce qui concerne la nature du bien qui en doit bénéficier. Et les classifications des servitudes en urbaines et rurales, continues et discontinues, apparentes et non apparentes n'ont certes rien qui dépende des libres conventions des parties. Les parties ne peuvent pas changer ce qui est, faire d'une servitude apparente une non apparente et *vice-versa*, à moins qu'elles ne modifient la nature de celle-ci.

721. — Les dispositions qui déterminent de quelle manière les servitudes peuvent être établies (chap. III, sect. II) ne sont évidemment pas susceptibles en principe d'être modifiées par les conventions des parties. Lorsque la loi dispose, par exemple, que les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titres, elle édicte une règle que la volonté des parties ne pourrait modifier, fut-elle expresse. Si les parties convenaient en fait que l'usage d'une servitude non apparente aurait pour effet de faire acquérir un droit à celle-ci au bout de trente ans, la servitude résulterait en réalité de la convention des parties et non de la prescription.

L'acquisition d'une servitude non apparente, sur un immeuble situé dans notre pays, ne pourrait donc s'opérer par prescription, quelles que soient les dispositions de la loi personnelle des propriétaires. Celle des servitudes apparentes et continues pourra s'opérer par prescription, s'agissant d'immeubles situés dans notre pays, nonobstant les dispositions de cette loi étrangère. La prescription acquisitive se rattache à l'ordre public, en tant que l'ordre public comprend l'organisation du régime de la propriété. Que s'il s'agissait de deux immeubles situés dans des pays différents, et de la question de savoir de quelle manière une servitude peut être constituée à charge de l'un, et dans l'avantage de l'autre, il faudrait évidemment appliquer la loi en vigueur dans le pays de la situation du fonds servant.

On peut admettre également que c'est la *lex rei sitae* qui déterminera comment la prescription acquisitive peut être interrompue (1). Il y a plus de doute en ce qui concerne les causes de suspension, bien que les auteurs semblent, par les termes généraux dans lesquels ils s'expriment, admettre le même principe. Les causes de suspension tiennent en effet aux questions de capacité personnelle, et les effets de l'incapacité semblent devoir être régis en principe par la loi nationale des parties intéressées. Mais, si la loi territoriale écartait absolument toute suspension de la prescription, cette loi devrait être respectée.

722. — Nous appliquerons exactement les mêmes principes, en ce qui concerne les droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due, et l'extinction des servitudes. En somme, toutes ces règles concernent essentiellement des immeubles : les droits du propriétaire du fonds dominant subsistent, en quelques mains que le fonds grevé passe, quel que soit le propriétaire du fonds dominant. Il s'agit de rapports entre immeubles. Toutes ces règles concernent le régime de la propriété. Il en est même ainsi de l'art. 710 du Code civil aux termes duquel : « si parmi les co-propriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'a pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres ». Mais cette disposition doit être combinée avec l'art. 3, § du 3 Code civil, aux termes duquel l'état et la capacité de l'individu sont régis par la loi personnelle, et pour parler avec plus de précision, par sa loi nationale. C'est donc d'après sa loi nationale que l'on déterminera si l'un des co-propriétaires est majeur ou mineur. Il est dès lors bien facile de concilier le § 2 et le § 3 de l'art. 3 du Code civil.

723. — M. Weiss, partisan absolu de la personnalité des lois, consent à reconnaître que même les servitudes établies par le fait de l'homme n'échappent pas entièrement à l'application de la *lex rei sitae*. Mais les observa-

(1) Weiss. Op. cit., p. 601.

tions qu'il formule ensuite tendent à établir qu'elles y sont soumises presque entièrement. Il reconnaît que le droit de servitude, en lui-même, « se rattache au régime de la propriété foncière, que le législateur local ne peut laisser à une loi étrangère le soin d'organiser ou de démembrer », qu'un sujet étranger ne pourrait constituer en France en faveur de son fonds, sur un fonds appartenant à un autre étranger, une servitude que la loi française ne reconnaît pas, que « la *nature* et l'*étendue* de la servitude sont toujours régies en France par la loi française ». Lorsqu'il ajoute que la capacité des parties relève de leur loi personnelle, et applique la règle *locus regit actum* quant à la forme des actes constitutifs de la servitude, il ne fait qu'énoncer une opinion à laquelle nous nous rallions absolument⁽¹⁾.

Mais il s'écarte absolument des opinions assez généralement reçues, en ce qui concerne l'acquisition des servitudes par conventions, et, se fondant sur l'art. 692, il assimile à la convention la destination du père de famille. « C'est » dit-il « d'après les règles qui gouvernent l'interprétation des contrats en droit international privé que devra être appréciée la validité du titre constitutif de la servitude. » Cette proposition est un peu vague, et un peu générale. Qu'est-ce que M. Weiss entend au juste par l'interprétation des contrats? Qu'est-ce qu'il entend au juste par la validité du titre constitutif de la servitude? Nous avons distingué l'interprétation des contrats de leurs effets. Ceux-ci peuvent dépendre certainement de l'interprétation. Mais ils peuvent aussi n'en dépendre en aucune manière. Les meilleurs auteurs de droit international ont fait avec raison cette distinction. Quant à la validité du titre constitutif de la servitude, et nous supposons que M. Weiss entend par là non pas l'écrit qui constate la convention, mais la convention elle-même, elle est loin d'être régie toujours par la loi qui gouverne son interprétation. Cela dépend de savoir si elle se rattache à la capacité des

(1) Weiss. p. 106. — Despagnet. Op. cit., n° 621.

parties, à la liberté des consentements, à l'ordre public. Dans tous les cas, pour autant qu'il s'agisse de la validité de la convention constituant la servitude, il est évident qu'il n'y a pas toujours lieu d'appliquer la loi du lieu de la situation des immeubles. Mais l'exemple donné par M. Weiss prouve qu'en réalité il a entendu ici par la validité du titre constitutif de la servitude, les effets de la convention. Voici cet exemple que nous prenons la liberté de formuler en termes un peu plus nets.

724. — Un Espagnol, propriétaire de deux fonds en France, entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, vend l'un de ces fonds à un autre Espagnol, (art. 694, C. civ.), sans stipuler formellement que la servitude continuera à exister. Aux termes de la loi française, il y aurait servitude établie par destination du père de famille; il n'en est pas ainsi d'après la loi espagnole. Est-ce la validité de la convention qui est en question? Non, il ne s'agit que des effets du contrat de vente, dans le silence des parties, et en présence des circonstances prérappelées. On peut bien dire, en un certain sens, que la validité du titre constitutif est mise en question, puisqu'on refuse à l'acte de vente le caractère de titre constitutif de la servitude par l'effet d'une destination du père de famille, mais au fond il ne s'agit que d'un effet accessoire de la vente, ou pour mieux dire, de la portée de la vente. Le fonds a-t-il été vendu quitte libre ou grevé d'une servitude? C'est toute la question. M. Weiss est d'avis qu'il y a lieu d'appliquer la loi nationale des parties, laquelle n'admet pas la constitution de la servitude par destination du père de famille. Nous penchons, avec Brocher, pour l'opinion contraire ⁽¹⁾. Si la destination du père de famille vaut titre, d'après l'art. 692, il n'est pas tout à fait exact de l'assimiler à une convention. Elle a la même force qu'une convention; voilà ce que signifie l'art. 692, mais il n'en résulte pas que ce soit la même chose. M. Weiss ne fait-il pas assez bon marché des lois étrangères, même

(1) Brocher. Op. cit., T. I, pp. 339 et ss. — Contra Laurent. Op. cit., T. VII, p. 375.

lorsqu'il s'agit de servitudes établies par conventions, en reconnaissant quelques lignes plus loin que l'étendue de la servitude est toujours régie par la loi française? Certes une présomption d'intention des parties git toujours au fond de l'art. 692, mais cette présomption légale elle-même ne fait-elle pas partie de la *lex rei sitae*? — Cet auteur reconnaît du reste, avec la doctrine généralement reçue, que la prescription acquisitive et la prescription extinctive des servitudes sont régies par la loi de la situation.

725. — Deux lois du 10 janvier 1824 règlent en Belgique les droits d'emphytéose et de superficie qui sont, comme on le sait, des droits réels présentant entre eux une assez étroite analogie. Le Code n'en traite pas : il ne mentionne ni l'emphytéose ni la superficie dans les droits réels dont il est question dans l'art. 543. On a beaucoup discuté en France la question de savoir, si l'emphytéose et la superficie doivent être considérées comme maintenues implicitement par le Code, et cette question ayant été résolue affirmativement par la jurisprudence, une autre controverse a surgi sur le point de savoir si l'emphytéote et le superficiaire peuvent hypothéquer leur droit. Laurent considère cette dernière question, tout au moins, comme fort douteuse au point de vue des principes, bien que la jurisprudence française l'ait également résolue d'une manière affirmative. En Belgique ces doutes n'existent pas, les lois de 1824 ayant formellement décidé la question dans le même sens.

726. — Il est évident que tout ce qui touche à la nature de l'emphytéose et de la superficie, aux limites dans lesquelles ces droits peuvent être établis, à la question de savoir par quels faits juridiques il est permis de les établir, est régi par la loi de la situation des immeubles. Mais les lois dont il s'agit ne considèrent en en apparence comme étant vraiment d'ordre public que la disposition déterminant le terme pour lequel ces droits peuvent être constitués. Pour le surplus elles ne règlent les droits d'emphytéose et de superficie que « pour autant

qu'il n'y aura pas été dérogé par les conventions des parties ». C'est laisser un champ bien large aux conventions dérogatoires, et il nous paraît impossible de prendre cette disposition à la lettre. Les parties ne peuvent évidemment déroger aux caractères essentiels de l'emphytéose, tels qu'ils résultent de sa définition même. Tout le monde admet que le *canon* est de l'essence de l'emphytéose. Dire qu'il est de l'essence de l'emphytéose, c'est dire qu'il n'y a pas d'emphytéose sans cela. Or, ce sont les effets de l'emphytéose que les parties peuvent régler à leur guise. L'art. 17 de la loi sur l'emphytéose ne signifie pas autre chose.

La seule question qui puisse être soulevée en droit international privé est celle de savoir si, dans le silence des parties, les effets de la convention constitutive d'emphytéose sont régis uniformément par la loi de la situation des immeubles, ou s'il faut consulter la loi qui régit en général les effets du contrat, c'est-à-dire la loi du lieu du contrat, ou la loi de la nationalité commune des parties, ou la loi de leur domicile commun. Quant à la capacité des parties, elle est régie, en cette matière comme en toute autre, par leur loi nationale; et les formes instrumentaires proprement dites le sont par la *lex loci actus*. S'agissant d'immeubles et de droits réels sur des immeubles, nous croyons qu'en l'absence de dérogations expresses les effets de l'emphytéose sont régis uniquement par la loi du lieu de la situation. Cela est conforme en cette matière à la portée traditionnelle du principe que les meubles sont régis par la *lex situs*. Il semble du reste qu'en présence de cette maxime, et en s'en tenant même à la volonté probable des parties, cette loi doive obtenir la préférence. Elle l'obtiendrait à un autre titre encore, s'il fallait adopter la doctrine de Savigny, d'après laquelle l'obligation est régie quant à ses effets par la loi du lieu de l'exécution. Où est, en matière de conventions constitutives de droits réels, le lieu de l'exécution pour celle des parties qui doit prêter le droit réel formant l'objet de la stipulation, si ce n'est là où est située la chose sur

laquelle ce droit s'exercera? Or, s'il paraît un peu aventureux d'admettre que la pensée des parties se soit concentrée sur le temps *et le lieu* de l'exécution, quand il s'agit d'obligations dont l'exécution n'est pas impossible ailleurs, cela est au moins rationnel lorsqu'il s'agit d'obligations qu'il est matériellement impossible d'exécuter, si ce n'est en un lieu déterminé. Il faut en dire autant du droit de superficie.

TITRE XIV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ EN GÉNÉRAL.

727. — Les lois qui *définissent* les différentes manières d'acquérir la propriété, s'appliquent évidemment à tous les biens meubles et immeubles qui se trouvent sur le territoire. En ce qui concerne les immeubles, cela nous paraît résulter de la maxime d'après laquelle ils sont régis par la loi du lieu de la situation. Cette loi signifie tout au moins que les modes par lesquels on peut devenir propriétaire des immeubles sont déterminés par la loi en question. Quand le législateur dit que la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, par l'effet des obligations, par prescription, il énonce un principe absolu, évidemment applicable à tous les immeubles sis en Belgique, quelle que soit la nationalité, quel que soit le domicile de la partie intéressée. Et, bien que la loi n'établisse pas la règle que les meubles sont également régis par la *lex rei sitae*, il est impossible de ne pas leur appliquer la même loi quand il s'agit de la détermination des modes d'acquisition de la propriété mobilière. Car il s'agit ici d'un principe économique, touchant à l'organisation même de la propriété. Au surplus, comme l'a démontré très savamment M. Lainé⁽¹⁾, on a beaucoup exagéré la différence qui existait dans l'ancien droit entre les meubles et les

(1) Op. cit., T. II. pp. 225 et ss.

immeubles au point de vue de l'application de la *lex rei situs*. Cette distinction n'a guère été admise qu'en ce qui concerne le droit successoral. Et voici comment, à la suite d'une longue étude sur la question, il résume la théorie des statuts en ce qui concerne les meubles corporels : « Une règle s'introduisit dès le XIV^e siècle, ainsi conçue : *Mobilia sequuntur personam*. Cette règle exprimait en termes peu précis, ambigus même, que les meubles des successions étaient régis par la loi du lieu où leur propriétaire était domicilié et eux-mêmes fictivement situés ; on aurait dû, par conséquent, les classer parmi les statuts réels, et c'est à tort que, sur ce point, les auteurs se divisèrent. Cette règle, inventée pour le règlement des successions mobilières, fut généralisée ; mais, contraire à la nature des choses, lorsqu'on l'étendait *aux meubles individuels*, elle fut nécessairement restreinte, à cet égard, par des exceptions si nombreuses que, sauf exception, elle devint purement nominale ; en fait, au point de vue du régime des biens, dans leurs rapports avec la propriété, les meubles corporels obéissent à la *lex rei situs*, comme les immeubles. »

728. — Quoi qu'il en soit, les auteurs sont, en général, d'accord pour admettre que la *lex rei situs* détermine souverainement par quels moyens la propriété des choses mobilières ou immobilières peut être acquise. Il en faut conclure que les biens meubles ou immeubles sis en Belgique peuvent être acquis par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, par l'effet des obligations, par accession ou incorporation et par prescription (art. 711 et 712, C. civ.). Mais il n'en résulte pas que la succession soit toujours et nécessairement déférée d'après nos lois, que l'effet des obligations doive être apprécié uniquement d'après les lois belges, quelle que soit la nationalité des parties, quel que soit le lieu du contrat. Ce sont des questions qui feront l'objet d'un examen ultérieur, ou qui ont déjà été examinées sommairement plus haut, comme celle qui concerne l'effet des obligations. Nous nous sommes expliqué également en ce qui concerne l'accession ou

incorporation. Quant à la prescription acquisitive, nous nous en occuperons plus loin avec quelque détail. Nous n'avons à examiner ici que les quelques dispositions générales du Livre III sur lesquelles nous n'aurons pas l'occasion de revenir.

729. — Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat, dit l'art. 713 du Code civil. Il semble tout d'abord que ce principe ne puisse jamais donner lieu à un conflit. Mais les biens qui n'ont pas de maître *ont eu* presque toujours un maître antérieurement; c'est la règle en ce qui concerne les immeubles. Et l'art. 713 ne fait que reproduire sous une forme plus brève et plus concise la règle de l'art. 539 : Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées appartiennent au domaine public. L'article a donc pour effet non-seulement d'attribuer à l'Etat, la propriété des choses qui semblent n'avoir jamais appartenu à une personne privée, physique ou morale, qui n'ont jamais eu de maître, mais de lui attribuer une espèce de droit de succession non-seulement aux choses délaissées par des personnes qui décèdent sans héritiers, mais aux successions abandonnées. Il s'agit de savoir si ce principe peut recevoir application dans ce dernier cas, même lorsqu'il s'agit de biens meubles ou immeubles qui dépendent de la succession d'un étranger. Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. La disposition dont il s'agit concerne un droit de l'Etat; elle est manifestement d'un intérêt public. Elle ne dépasse certainement pas les droits de l'Etat, puisqu'il est question des biens qui n'ont pas de maître. Mais, pour résoudre la question de savoir si des biens n'ont pas de maître, il peut quelquefois y avoir lieu de recourir à une loi étrangère. D'après quelle loi décidera-t-on si un étranger a laissé ou non des héritiers? C'est une question que nous examinerons en traitant avec développement des successions. Et nous rencontrerons ici la seule application véritablement importante de la distinction entre les meubles et les immeubles. La discussion trouvera sa place à propos.

de l'art. 768 qui ne fait qu'appliquer encore une fois le principe de l'art. 713, en disposant : « qu'à défaut de conjoint survivant la succession est acquise à l'Etat ».

730. — Quoiqu'il en soit, l'art. 713 exclut en règle le *droit d'occupation*. Mais il ne l'exclut pas d'une manière absolue, il l'admet pour certaines choses mobilières par les art. 715 à 717 du Code civil, c'est-à-dire pour les produits de la chasse et de la pêche, pour le trésor, etc... En l'admettant il le règle, il le limite. Ce sont de véritables exceptions à l'exclusion du droit d'occupation. Ces articles doivent donc être combinés avec le principe inscrit dans l'art. 713. Le projet primitif élaboré par la commission de rédaction rejetait absolument le droit d'occupation : « La loi civile ne reconnaît pas le droit de simple occupation... » Cette disposition fut retranchée sur les observations du tribunal d'appel de Paris, qui n'approuvait pas : « cette manière si crue et si générale de méconnaître le droit de simple occupation ». Et il semble que l'on n'ait maintenu le principe absolu : que les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat, que pour réserver plus complètement le droit souverain de celui-ci, de régler les limites et les conditions de l'exercice de ce droit.

731. — Il est une question dont nous ne pouvons différer l'examen jusqu'au titre des successions, parce qu'elle n'est pas à proprement parler une question successorale. C'est celle de savoir à quel Etat reviennent les biens d'une personne qui, d'après sa loi nationale ou d'après la loi de la situation des biens, selon que la succession est régie par l'une ou par l'autre, n'a laissé ni héritier, ni successeur irrégulier, ni conjoint. Un Français, possédant des biens meubles et immeubles en Belgique, décède sans avoir fait de testament, et ne laissant ni héritier, ni successeur irrégulier, ni conjoint. A quel Etat ses biens appartiennent-ils ? La solution de la question ne nous paraît pas douteuse : c'est à l'Etat sur le territoire duquel les biens sont trouvés ou situés. Son droit n'est du reste pas un véritable droit héréditaire : c'est un droit de propriété, une

attribution fondée sur l'intérêt public. Les termes mêmes de l'art. 768 : *sont acquises à l'Etat*, sa combinaison avec les art. 539 et 713, tout le démontre. Il y a unanimité à cet égard dans la doctrine et la jurisprudence, aussi bien en ce qui concerne les meubles, qu'en ce qui touche les immeubles. Nous ne nous arrêterons donc pas plus longtemps sur ce point (1).

732. — L'art. 714 dispose qu'il y a des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, que *des lois de police* règlent la manière d'en jouir. S'agissant de lois de police, il est clair qu'elles s'appliquent à tous ceux qui sont sur le territoire, à toutes les choses qui s'y trouvent. Cela ne saurait souffrir de difficulté. Il en est de même des art. 715 à 717, qui reconnaissent encore le droit d'occupation en ce qui concerne les produits de la chasse et de la pêche, le trésor, les effets jetés à la mer, et ceux que la mer rejette, ainsi que les choses perdues, dont le maître ne se représente pas; tout en le limitant, en en subordonnant l'exercice à certaines restrictions. Ces choses sont à proprement parler des objets sans maître, mais des objets sans maître parfaitement susceptibles de propriété privée par leur nature, à la différence des *res communes*. Il n'est pas besoin de remonter aux travaux préparatoires du Code de 1804, pour se convaincre que ces lois s'appliquent à tout ce qui se trouve dans l'étendue du territoire. Il s'agit de choses sans maître, et le souverain territorial a compétence pour en régler l'attribution à des particuliers, abstraction faite de toute convention. De quel droit un Etat étranger prétendrait-il légiférer en la matière, revendiquer un droit d'attribution quelconque en ce qui concerne les choses sans maître se trouvant dans un autre pays? Le souverain territorial s'en considère comme propriétaire; il en dispose librement en permettant aux particuliers d'acquérir la propriété de quelques-uns de ces objets par l'occupation. On objecterait vainement que l'occupation est un droit ayant sa

(1) Dalloz. V^o *Succession*, n^o 391, *Grand Répertoire*.

source dans le droit naturel. Cela nous paraît incontestable, et c'est bien pour cela que nous avons admis que les étrangers eux-mêmes pouvaient s'en prévaloir dans notre territoire. Mais il n'en est pas moins vrai que ce droit naturel peut et doit être réglementé dans des vues d'intérêt social. Et quel est le pouvoir qui a compétence à cet effet sinon le souverain du lieu où les choses sont situées? Le bénéfice des lois belges pourra donc être invoqué à cet égard, même par un étranger, en ce qui concerne les choses sises ou se trouvant en Belgique. Mais nous ajouterons qu'il ne pourra s'en prévaloir que dans les cas et dans les limites dans lesquels la loi belge reconnaît le droit d'occupation. C'est d'après ces principes que se règlera notamment l'attribution du trésor, quelle que soit la nationalité, quel que soit le domicile de l'inventeur. Il y a à peu près unanimité sous ce rapport entre les auteurs, et nous ne croyons pas devoir insister. Cela est du reste conforme à l'application de la loi du lieu de la situation en ce qui concerne les meubles comme les immeubles, abstraction faite de l'effet des conventions et testaments.

TITRE XV.

DES SUCCESSIONS.

Section I. — Quelle loi régit l'ouverture des successions et la saisine des héritiers.

733. — Aux termes de l'art. 718 du Code civil, les successions s'ouvrent par la mort naturelle. Elles ne s'ouvrent plus par la mort civile, la mort civile étant supprimée en France et en Belgique, et l'art. 719 du Code est par conséquent devenu sans objet. Les principes de notre Code, relatifs aux causes d'ouverture de la succession, s'appliqueront tout d'abord et nécessairement à toute succession régie par nos lois. De Bar considère le principe comme incontestable, en ce qui concerne les conditions d'acquisition de l'hérédité en général. La loi qui régit la succession doit logiquement déterminer les causes qui l'ouvrent. C'est un motif de plus, d'après nous, pour reconnaître en cette matière la prédominance de la loi nationale du *de cujus* au point de vue de la théorie; car il paraît absurde de décider d'après la loi de la situation des immeubles la question de savoir, si la succession d'une personne est ouverte ou non. Dans un pays où la mort civile n'est pas condamnée comme une institution immorale, on décidera en conséquence d'après la loi qui régit la succession si elle a pour effet d'ouvrir celle-ci. Quant à la question de savoir si un individu est frappé de mort civile, il est difficile de ne pas appliquer la loi nationale. Mais, comme la mort civile est absolument proscrite chez

nous, sans qu'on puisse, du reste, méconnaître ou anéantir les effets qu'elle a produits en pays étranger, s'agissant surtout de la succession d'un étranger, elle ne pourra, selon nous, en aucun cas, produire de nouveaux effets sur notre sol. Les héritiers présomptifs d'un étranger, considéré comme mort civilement dans son pays, ne pourraient pas même réclamer à titre d'héritier les biens mobiliers qui lui appartiendraient dans notre pays, le *de cujus* fût-il domicilié dans son pays d'origine. La fiction *mobilia sequuntur personam* ne saurait prévaloir, s'agissant de dispositions qui touchent essentiellement à l'ordre public absolu⁽¹⁾.

734. — Les art. 720 à 722 établissent tout un système de présomptions de survie, lorsque deux personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre ont péri dans le même événement. Dans le système du droit positif français et belge, l'on doit appliquer la loi de la situation, en ce qui concerne les immeubles appartenant à chacune d'elles. Mais quelle loi appliquera-t-on en ce qui concerne les meubles, s'agissant de deux personnes domiciliées en des pays divers? Quelle loi appliquera-t-on, s'agissant de deux personnes de nationalités différentes, si l'on admet que la succession d'un individu est régie par sa loi nationale et en supposant, bien entendu, que leurs lois personnelles diffèrent en ce qui concerne ces présomptions? Suivant MM. Weiss et Despagnet, ces présomptions légales se détruisent, et les juges se déterminent librement d'après les circonstances de fait; que si celles-ci sont insuffisantes pour résoudre la question, les deux décès seront réputés simultanés. De Bar soutient que ce système est arbitraire, et qu'il peut arriver souvent qu'aucune circonstance ne rende vraisemblable le prédécès de l'une ou de l'autre. C'est précisément pour cette éventualité que l'on admet la simultanéité des décès. De Bar préconise un système différent, en se plaçant au point de vue de l'application de la loi nationale qu'il préconise en matière de successions. « Si deux personnes périssent

(1) V. sur les effets limités de la mort civile : Weiss, p. 621 et les arrêts français qu'il cite.

ensemble dans le même accident, et si le statut personnel de A présume la survie de B, admettant ainsi que ce dernier a recueilli la succession de A, tandis que le statut personnel de B rejette cette présomption ou admet une présomption contraire, on considérera comme héritiers de B, les plus proches parents de A, et comme héritiers de A les plus proches parents de B ; mais dans le premier cas, on appliquera la loi de la nation à laquelle appartient A, dans le second, la loi nationale de B. » Et l'auteur ajoute que chacune des lois reçoit ainsi application dans sa sphère⁽¹⁾.

La pensée de l'auteur est évidemment qu'il faut déterminer d'après la loi nationale de chacun des *decurjus* quand sa succession est ouverte. Si la loi nationale de A présume qu'il est mort avant B, ce dernier lui aura succédé et les biens qui lui seront échus de cette manière passeront aux plus proches parents de B, et *vice-versâ*. Ce système présente d'assez graves inconvénients. On fait ainsi deux parts de la succession de A, deux parts de la succession de B. La part qui échoit à B de la succession de A est attribuée aux plus proches parents de B, d'après la loi nationale du *decurjus* A qui présume le prédécès de A ; le reste est attribué aux plus proches parents de A, en vertu de la loi nationale de B qui présume le prédécès de B. — M. de Bar nous paraît d'ailleurs se servir de termes inexacts en disant que, dans sa première hypothèse, les plus proches parents de B sont héritiers de A. Cela n'est pas exact : c'est B qui est héritier de A, et les plus proches parents de B recueillent la succession de B dans la proportion où ce dernier a succédé à A. Ce sont les droits de B dans la succession de A et non les droits des plus proches parents de B, qui doivent être appréciés ensuite d'après la loi personnelle de A. Quoi qu'il en soit, le système de MM. Weiss et Despagnet nous paraît ici

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 311. Le texte porte : « So müssen nächste Verwandte des A die Erben des B, und Erben des B nächste Verwandte des A werden... » Il y a ici, nous paraît-il, un *lapsus*. Il semble qu'il faille dire : « und nächste Verwandte des B Erben des A werden. »

plus rationnel et plus simple que celui proposé par l'éminent jurisconsulte allemand; ce dernier pourrait bien aboutir à un cercle vicieux.

735. — L'art. 723 du Code civil dispose que « la loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes; à leur défaut les biens passent aux enfants naturels, ensuite à l'époux survivant, et s'il n'y en a pas, à l'Etat ». Nous n'avons pas à nous expliquer ici sur l'application internationale de ce principe général, qui n'est du reste pas absolument exact en ce qui concerne les enfants naturels, puisqu'ils ne succèdent pas seulement à défaut d'héritiers légitimes, mais même en concours avec eux. Nous dirons seulement qu'en général la loi qui régit la succession, en régit aussi la dévolution. Mais le principe de l'art. 724 qui consacre la saisine pour les héritiers légitimes *seulement*, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession, et qui impose aux autres successibles l'obligation de solliciter l'envoi en possession par justice, donne lieu à certaines difficultés. D'après l'opinion générale, même d'après les auteurs qui sont partisans de l'application de la loi nationale en matière de successions, il faut appliquer, en ce qui concerne la saisine, la loi de la situation des biens⁽¹⁾. « L'acquisition réelle de l'hérédité est toujours une question de possession, et, à la ressemblance de toutes les autres questions possessoires, elle doit se résoudre conformément à la *lex rei sitae*. » Ainsi s'exprime Fiore. Il eût peut-être mieux valu dire que la saisine est *essentiellement* une question de possession. Il y a cependant lieu, à notre avis, 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 devra être respectée. Mais si la saisine y est admise,

(1) Fiore. Op. cit., n° 401. — Despagnet. Op. cit., p. 489. — Antoine. Op. cit., p. 91. — Laurent. Op. cit., T. V, p. 314. — En sens contraire : Weiss. Op. cit., p. 596. — Notre opinion est conforme aux principes que nous avons exposés dans le T. I du présent ouvrage. La question est-elle de savoir si la saisine est admise, on appliquera la *lex situs*. Mais, dans l'affirmative, elle ne détermine pas nécessairement à qui la saisine appartient.

la question de savoir *quels sont les successeurs légaux* qui peuvent s'en prévaloir, ou contre lesquels on peut s'en prévaloir, dépend, nous paraît-il, de la loi qui régit la succession. Cette question présente une grande importance, puisque c'est d'après la solution qu'elle recevra qu'on décidera si l'héritier peut exercer les actions qui dépendent de la succession, être actionné à raison des dettes de celle-ci avant de s'être fait envoyer régulièrement en possession. Les auteurs ont agité la question de savoir quel est le tribunal compétent, pour prononcer l'envoi en possession lorsqu'il est nécessaire. Nous pensons que c'est en principe le tribunal du lieu de la situation. La jurisprudence française l'a reconnu en ce qui concerne les immeubles⁽¹⁾. Nous estimons qu'il en est de même pour les meubles, et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer ici la maxime : *mobilia sequuntur personam*⁽²⁾. Nous examinerons plus loin quelle est la loi qui règle la mesure des obligations de l'héritier, en ce qui concerne le paiement des dettes et charges de la succession.

Section II. — Des qualités requises pour succéder.

736. — Les partisans de l'application de la loi nationale du défunt en matière de successions appliquent, pour la plupart, la loi personnelle de l'héritier, lorsqu'il s'agit d'apprécier sa capacité à l'effet de succéder. Nous pensons qu'il y a là une fâcheuse confusion entre la capacité de droit, qui se confond en somme avec le droit de succéder lui-même, et la capacité d'agir, celle d'exercer un droit. A l'exemple de M. de Bar, nous avons admis plus haut une distinction entre ces deux capacités, entre la *Rechtstähigkeit* et la *Handlungstähigkeit*. La dernière est la seule qui tombe absolument sous l'application de l'art. 3, § 3, du Code civil. L'exercice d'un droit peut être subordonné à telle ou telle condition, il peut être temporairement suspendu pour la personne humaine, à raison de son

(1) Rouen, 14 juillet 1852 et Cass. 9 mars 1853. S. 1853, 1, 270.

(2) Despagne. Op. cit., p. 507. — Contra Laurent. Op. cit., T. 6, p. 608.

âge, de son état intellectuel. C'est en ce sens que l'on peut dire à proprement parler que l'on est capable ou incapable. Mais, quand on dit que l'enfant qui n'est pas né viable est *incapable de succéder*, cela signifie qu'il n'a pas le droit de succéder. On pourrait dire aussi que les parents au delà du douzième degré sont incapables de succéder d'après nos lois, et cependant il ne s'agit pas d'une véritable question de capacité. En fait, il n'y a pas plus de motif pour résoudre l'une plutôt que l'autre d'après la loi nationale de l'héritier ; et, adopter cette solution, serait renverser la règle d'après laquelle le droit de succession, c'est-à-dire le droit de succéder, est régi par la loi nationale du *de cuius*, ou, d'après beaucoup de législations positives, par la *lex situs*, jamais par la loi nationale de l'héritier. Aussi notre opinion est-elle, que la question de savoir si celui qui n'est pas encore conçu, et l'enfant qui n'est pas né viable, peuvent succéder doit être décidée uniquement d'après la loi qui régit la succession⁽¹⁾ (art. 725, C. civ.). Il semble que le législateur français ait instinctivement compris la différence entre ces questions et celles de capacité, le chap. II étant intitulé *des qualités requises pour succéder* et nullement *de la capacité de succéder*. Il n'y a ici aucune question d'ordre public en cause qui puisse commander l'application d'une autre loi.

737. — L'art. 725, al. 3, déclarait aussi incapable de succéder en Belgique celui qui est mort civilement, disposition aujourd'hui abrogée. Il se peut néanmoins que la mort civile existe encore dans d'autres pays. Et il y a des pays où les moines, les Juifs, etc. sont frappés d'une incapacité plus ou moins générale de recevoir par succession. Quel sera l'effet d'incapacités de ce genre dans notre pays? — S'il s'agit d'une succession ouverte en pays étranger, si aucun des biens qui en font partie ne se trouve sur notre sol, il ne dépend pas de nous de faire en sorte

(1) Dans ce sens : Antoine. Op. cit., p. 86. — Pillet. *Des successions en droit int. privé*, p. 185. — Bertaud. Op. cit., t. I. p. 91. — de Bar. Op. cit., t. II^t p. 319. — Brocher. Op. cit., T. I, p. 413. — Cassat. France, 31 mars 1874, S. 74, I, 345. — En sens contraire : Laurent. T. VI, p. 314. — Fiore. P. 608. — Weiss. P. 693.

que ces personnes aient succédé en pays étranger. Nos tribunaux pourraient bien matériellement, et au mépris de l'effet déjà produit par la loi étrangère en pays étranger, reconnaître à ces personnes incapables la propriété de choses mobilières provenant de cette succession, et transportées après coup dans notre pays. Mais, en agissant ainsi, ils commettraient une véritable inconséquence dans le cas où le défunt est domicilié en pays étranger et où tous ses biens s'y trouvent, puisque l'on admet que la succession est régie par la loi de la situation réelle des immeubles et par la loi de la situation fictive des meubles (loi du domicile). D'autre part, ces personnes ne seraient pas tenues pour incapables de recueillir les immeubles qui s'y trouvent; et nous pensons qu'il suffirait de leur situation réelle dans notre pays, sans égard à la fiction *mobilia sequuntur personam*, pour que leur droit fût reconnu. Les auteurs qui préconisent l'application de la loi nationale du *de cuius* en matière de successions reconnaissent eux-mêmes, en général, que cette loi est inapplicable lorsqu'elle consacre des incapacités contraires à l'ordre public général, dans le pays où l'application en est réclamée⁽¹⁾. MM. Vincent et Pénaud (*v° Succession*, n° 32) semblent indiquer Savigny comme contraire à cette opinion, mais cet auteur la professe en termes exprès⁽²⁾.

738. — Abstraction faite du cas où ses dispositions se heurteraient contre les principes de droit public, ou d'ordre public absolu, du pays où l'héritier prétend faire valoir ses droits, la loi qui régit la succession détermine aussi les causes d'exclusion ou d'indignité, et les conséquences de cette exclusion (art. 727 à 730)⁽³⁾. La doctrine propose cependant de faire régir l'indignité par la loi nationale de l'héritier. C'est pour M. Weiss une question de *capacité*.

(1) Weiss. Op. cit., p. 693. — Despagnet. Op. cit., p. 848. — Fiore. Op. cit., p. 609. — Laurent. Op. cit., T. VI, p. 318, note A. — A plus forte raison est-ce la doctrine anglo-américaine. Story, p. 767.

(2) Savigny. Op. cit., T. VIII, § 365.

(3) En ce sens : Brocher. T. I, p. 413. — de Bar. T. II, p. 314. — Cassat. Fr., 31 mars 1874. S. 74, I, 345. — V. aussi Antoine. Op. cit., p. 86. — Bertaud. T. I, p. 91.

De Bar fait observer avec raison que l'on se laisse induire en erreur par cette expression de *capacité*. « Quand la loi déclare un individu incapable d'hériter d'un autre, elle ne fait pas autre chose que déclarer que cette personne *ne succédera pas*, bien que, sous les autres rapports, les conditions nécessaires pour hériter soient réunies. Or, la loi qui régit la succession ne peut abandonner la décision de cette question à une autre loi : elle ne constitue qu'une forme spéciale des autres dispositions sur l'attribution de la succession. » Cela est parfaitement exact. La capacité se confond encore une fois avec le droit de succession même. On pourrait, avec tout autant de raison, considérer comme une question de capacité, celle de savoir si un parent se trouve au degré successible. Il n'y a pas de motif rationnel pour que la loi nationale du successible l'emporte, s'agissant de questions de ce genre. M. Weiss se fonde, comme Fiore, pour écarter en cette matière la loi nationale *du défunt*, qu'il considère comme loi régissant la succession, sur ce que l'application de cette loi se justifie par le fait « que la succession ab intestat est son testament, c'est-à-dire l'expression de sa volonté. » Et il fait remarquer que dans l'espèce le *de cuius* n'a eu rien à vouloir. Mais ces observations sont inexactes. L'application de la loi personnelle, en cette matière, c'est-à-dire de la loi nationale d'après la doctrine la plus récente, de la loi du domicile d'après Savigny et son école, se justifie surtout par cette considération que la succession est un droit de famille. Car il n'est pas exact qu'elle soit toujours répartie d'après la volonté tacite, ou même d'après la volonté expresse du défunt. Au surplus, ces considérations ne suffiraient jamais pour justifier l'application de la loi nationale de l'héritier, laquelle n'a aucune compétence pour déterminer ceux qui recueillent et ceux qui ne recueillent pas (1).

(1) V. dans le sens de Weiss : Fiore. Op. cit., n° 397. — Eperson. *J. S.*, S. 226, 227. — Laurent. T. VI, n° 397. — Vesque von Puttlingen, p. 277. — Cour d'appel de Fribourg, 7 avril 1886. *Journal*, 1889, p. 150.

Section III. — Des divers ordres de succession.

739. — Les art. 731 à 749 du Code civil règlent la dévolution des successions aux héritiers légitimes. La loi qui régit la succession règle nécessairement son attribution aux parents du défunt, la manière dont ils succèdent, les questions de représentation, de partage par souches, etc. Nous avons dit que cette loi est, d'après le système le plus généralement admis encore aujourd'hui en France, en Belgique, dans les Etats-Unis et en Angleterre, la *loi de la situation*, en ce qui concerne les immeubles, la loi du dernier domicile du défunt, et, d'après quelques-uns, la loi nationale du défunt s'agissant des immeubles. Nous avons ajouté cependant que la jurisprudence n'a égard qu'à ce qu'elle appelle le domicile légal, c'est-à-dire le domicile établi par l'étranger en France avec autorisation du gouvernement. Si l'étranger y est simplement domicilié de fait, la jurisprudence française n'en tient pas compte au point de vue de la dévolution de sa succession mobilière. L'étranger est dans ce cas considéré comme domicilié légalement dans sa patrie, c'est à dire que l'on applique sa loi nationale. Nous avons dit que toutes nos préférences sont en théorie pour le système d'après lequel il faut appliquer la loi nationale, en matière immobilière aussi bien que mobilière. Plusieurs des conventions conclues par la France, par exemple celles avec l'Autriche-Hongrie (11 décembre 1866), avec le Mexique (27 novembre 1886), avec la Serbie (18 janvier 1883), avec la Russie (11 janvier 1874), avec la Suisse (15 juin 1869), stipulent au contraire en termes formels l'application de la *lex situs*, en ce qui concerne les immeubles, et celle de la loi nationale du défunt, en ce qui touche la succession mobilière seulement.

740. — Il n'est pas difficile d'imaginer des cas où l'application de la loi nationale du défunt se heurterait, dans un pays déterminé, contre des considérations d'ordre public et surtout contre des considérations économiques; mais il est malaise de dénombrer ces cas, comme le faisait

observer M. le conseiller Van Berchem⁽¹⁾. Il cite à titre d'exemple pour la Belgique les dispositions d'une loi étrangère qui consacrerait les biens féodaux, les majorats, les substitutions prohibées, les mainmortes illégales, et d'une manière générale toutes les dispositions qui méconnaîtraient les principes du droit public belge sur la circulation des biens et la liberté des héritages. Ces observations nous paraissent exactes. Mais il faut éviter toute exagération, et se garder de considérer, par exemple, comme contraire à notre ordre public absolu, une disposition étrangère qui consacrerait le droit d'aînesse s'agissant de la succession d'un étranger. Certes l'accumulation des biens en une seule main peut avoir des inconvénients au point de vue économique, bien que quelques-uns voient des inconvénients aussi graves dans le morcellement des héritages. Mais il nous paraît évident que la loi qui fait régner l'égalité entre les enfants, au point de vue de la répartition de l'héritage des parents, est surtout fondée sur l'intérêt de la famille, et de sa bonne organisation, sur des considérations de justice, et dans une certaine mesure sur la volonté présumée des parents. Et il faut ajouter que, l'application de la loi étrangère ne pouvant jamais être qu'une exception fort rare, l'intérêt économique du pays où elle a lieu ne pourra pas en être sérieusement atteint.

Section IV. — Des successions irrégulières.

741. — Le Code civil traite de la dévolution des successions à ceux qu'il appelle successeurs irréguliers, dans les art. 750 à 773. Il faut évidemment en principe appliquer encore la loi qui régit la succession. Nous rencontrons cependant ici certaines dispositions qui peuvent laisser place à des doutes. L'art. 762 refuse tout droit de succession aux enfants adultérins et incestueux, et ne leur accorde que des aliments. Cette disposition rigoureuse nous paraît d'ordre public absolu, et nous pensons qu'elle

(1) Exposé des motifs de l'art. 6 du projet belge, titre préliminaire.

recevrait application relativement à tous les biens successoraux se trouvant dans notre pays, quelle que soit la loi qui régisse la succession. Mais nous ne saurions admettre, avec M. Weiss, que l'art. 908, qui défend de donner à l'enfant naturel plus qu'il ne lui est attribué par la loi, soit également une disposition d'ordre public international⁽¹⁾. Cette disposition se rattache plutôt à l'ordre des familles ; c'est une disposition protectrice de la famille légitime contre l'intrusion d'un héritier étranger. « Lorsque la loi du *de cuius* » dit de Bar, « admet l'enfant illégitime comme membre de la famille dans une plus large mesure, la loi étrangère ne peut avoir la prétention de faire la morale à ce *de cuius*, et de protéger sa famille contre un intrus qui diminue ses droits. Le législateur du pays de la situation ne pourrait s'immiscer dans ce règlement de la succession, que s'il admettait le principe que les enfants naturels ne peuvent en aucune façon hériter, ou qu'ils ne peuvent acquérir de l'aisance. » Ces considérations nous paraissent fort sages.

742. — La loi qui régit la succession doit seule être consultée, s'agissant de décider si une succession est en déshérence ou non, puisque cette loi règle la dévolution de la succession aux parents du *de cuius*. Mais il convient de rappeler que si, d'après cette loi, le défunt n'a laissé aucun héritier, aucun successible, ce n'est pas à l'Etat auquel appartenait le défunt, mais bien à l'Etat où les biens sont situés que ceux-ci seront attribués. Il est à remarquer, comme nous l'avons déjà dit, que le Code évite de qualifier l'Etat d'héritier ou même de successible. A défaut d'héritiers, à défaut de successibles, à défaut de conjoint survivant, les biens sont *acquis à l'Etat*. En vertu de quel principe? Evidemment en vertu du principe que les biens sans maître appartiennent à l'Etat, principe consacré par l'art. 713 du Code civil et qui a son fondement dans la souveraineté de l'Etat ainsi que dans l'intérêt de celui-ci, dans l'intérêt public⁽²⁾. Sur ce point notre opi-

(1) Weiss. Op. cit., p. 707. — Dans le même sens : Aubry et Rau. T. I, p. 85, note 16. — Contra Bertaud. Op. cit., T. I, p. 51. — De Bar. T. II, p. 315.

(2) La question a été examinée plus haut, à propos de l'art. 713. V. aussi Weiss (op. cit., p. 696) et les nombreuses autorités.

nion est absolument conforme à l'opinion communément admise. Il en résulte par voie de conséquence que les obligations imposées à l'Etat qui acquiert (art. 769, 770, 772) doivent être déterminées d'après sa propre loi.

Section V. — De l'acceptation et de la répudiation des successions.

Les articles 774 à 814 du Code civil traitent de cette matière, ainsi que des successions vacantes.

743. — Il appartient évidemment à la loi qui régit la succession de déterminer en principe, si elle peut être acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, et si l'on est tenu d'accepter (art. 774 et 775, C. civ.) Dans le système, encore admis par la doctrine et la jurisprudence françaises, et suivant lequel la loi qui régit la succession est la loi de la situation véritable en matière immobilière, celle de la situation présumée en matière mobilière, cela ne fera guères de difficulté, mais ce système est très injuste. Des complications peuvent surtout se présenter, dans le système suivant lequel la succession est régie par la loi nationale. Dans certaines législations, d'après la loi russe, par exemple, l'héritier n'a que le choix entre deux partis : accepter ou renoncer ; et s'il accepte il est tenu même *ultra vires hereditatis*. Supposons que la succession d'un Belge comprenne des biens situés en Russie. Dans le système d'après lequel la succession est régie par la loi nationale, ses droits seront déterminés par la loi belge. Il pourra accepter sous bénéfice d'inventaire. Mais, s'il accepte de cette manière, pourra-t-il soutenir en Russie, qu'il n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis ou sur les biens qu'il a recueillis ? Au premier abord cette solution paraît devoir être repoussée, parce que les intérêts des tiers peuvent en être lésés. Nous croyons cependant devoir l'admettre, parce que le législateur russe, dans le système de la loi nationale, nous paraît sans compétence pour régler les conséquences de l'acceptation d'une succession étran-

gère, à moins qu'il ne soit porté atteinte à un principe de moralité publique et d'intérêt social : *non sunt bona nisi aere alieno deducto*. Or, ce principe ne reçoit aucune atteinte par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Nous appliquerons donc la loi qui régit la succession ⁽¹⁾. Par contre, l'héritier d'un Russe n'aura jamais que le choix entre l'acceptation pure et simple, et la renonciation, dans le système de la loi nationale.

744. — L'art. 776 soulève une véritable question de capacité; on appliquera manifestement la loi nationale de l'héritier. Mais la loi qui régit la succession décidera, si l'acceptation remonte oui ou non au jour de l'ouverture de la succession (art. 777, C. civ.). Les art. 778 à 780 admettent l'acceptation expresse et l'acceptation tacite, ne reconnaissent comme valable d'autre acceptation expresse qu'une acceptation écrite, et déterminent les actes d'où résulte l'acceptation tacite. Ce sont, d'après nous, des questions de forme, bien qu'en cette matière la forme touche de très près au fond. On appliquera donc la vieille maxime : *locus regit actum*. MM. Laurent et Duguit sont cependant d'avis que l'acceptation expresse et la renonciation ne sont valables que si elles ont été effectuées dans les formes prescrites par *la loi personnelle de l'héritier*. Nous traiterons de la renonciation plus loin. Dans tous les cas, la loi personnelle ou nationale de l'héritier est sans compétence dans la matière, et l'application de la loi qui régit la succession serait plus rationnelle. Mais il nous semble que l'application de la maxime *locus regit actum* se justifie parfaitement ici. Tout au plus pourrait-on reconnaître également comme valable une acceptation déclarée telle par la loi qui régit la succession, et c'est l'opinion à laquelle seront conduits ceux qui considèrent la maxime *locus regit actum* comme facultative ⁽²⁾. M. Brocher n'applique cependant cette maxime qu'en ce qui con-

(1) En ce sens : Despagnet. Op. cit., p. 489. — Weiss. Op. cit., p. 696. — Brocher, se prononce pour la loi réelle (T. I, n° 129) parce qu'il admet que c'est cette loi qui régit la succession.

(2) Despagnet. Op. cit., p. 489. — Weiss. Op. cit., p. 696.

cerne la preuve des faits d'où résulte l'acceptation (1). Il nous semble qu'il y a ici dans sa doctrine une véritable confusion. Les faits dont il s'agit ne sont eux-mêmes envisagés par le Code que comme la preuve de l'acceptation. Celle-ci est le fait juridique qui est mis en question. Or, il est reçu que, quant au mode de preuve des faits juridiques, on s'en rapporte à la *lex loci actus* (2).

745. — L'application des art. 781 à 783, qui permettent aux héritiers de celui qui est décédé sans avoir pris parti, d'accepter ou de répudier de leur chef, imposent l'acceptation sous bénéfice d'inventaire lorsque les héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou répudier, et ne permettent aux héritiers d'attaquer leur acceptation que lorsqu'elle a été la suite d'un dol, ou entraîne une lésion d'outre moitié, est gouvernée en général et, sauf certaines restrictions, par la loi qui régit la succession. Peut-être y a-t-il lieu de faire une exception pour le dol, parce qu'il y a un véritable intérêt de moralité publique en cause, mais il est probable que cela ne pourra donner lieu à des conflits, et qu'une acceptation qui est le résultat d'un dol peut être attaquée d'après toutes les législations. L'art. 784 détermine la forme des renonciations, comme l'art. 793 détermine la forme de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Il semble qu'il faille encore observer ici la maxime *locus regit actum*. Notons cependant qu'il s'agit de formes de publicité prescrites évidemment dans l'intérêt des tiers. Ils doivent pouvoir s'assurer de la renonciation et de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, qui ont pour effet d'exclure ou de limiter leur droit d'action contre les successibles. Aussi M. Brocher est-il d'avis que des déclarations faites à l'étranger ne sauraient suppléer à ces formes de publicité. Ces formes consistent dans une *déclaration faite au greffe du tribunal de 1^{re} instance du lieu où la succession est ouverte, et inscrite sur un registre*

(1) Op. cit., T. I, p. 416.

(2) Il a été jugé que la question de savoir, si la vente des biens emporte acceptation doit être appréciée d'après la loi de la situation des immeubles (Cassation 26 janvier 1818). — Vincent et Pénaud, *v^o Succession*, n^o 90. C'est l'application de la loi qui régit la succession.

spécial. Comment l'héritier s'y prendra-t-il pour satisfaire à ces exigences de notre loi, si, dans ce pays, la greffe n'a pas qualité pour recevoir ces déclarations, s'il n'y a aucun registre sur lequel elles doivent être inscrites? Il y a ici une véritable lacune dans nos lois. D'après quelques auteurs, la déclaration serait valablement reçue par le consul de l'héritier résidant hors de son pays⁽¹⁾. Mais il nous paraît douteux que les consuls aient compétence pour recevoir cette déclaration, bien que nous reconnaissons qu'il serait fort sage de la leur attribuer. Dans tous les cas, les héritiers agiront prudemment en essayant de suppléer par des équipollents de cette espèce à l'impossibilité où ils pourraient se trouver de faire des déclarations régulières. S'ils ne le peuvent, il faudra bien appliquer la règle *locus regit actum*⁽²⁾.

746. — Les art. 785 à 787 qui déterminent les conséquences de la renonciation d'un héritier en ce qui concerne des cohéritiers, et ceux qui viendraient à la succession à son défaut, font partie de la loi qui régit en général la succession et seront appliqués si la succession est régie par la loi belge. L'art. 788 du Code civil, consacrant les droits des créanciers en cas de renonciation faite à leur préjudice, étant une disposition établie dans l'intérêt des tiers, recevra au contraire toujours application dans notre pays, quel que soit le lieu d'ouverture de la succession, quelle que soit la nationalité du *decurjus*. Il en est de même, nous paraît-il, de la disposition de l'art. 789 du Code civil relative à la prescription du droit d'accepter ou de répudier une succession. Elle est évidemment fondée sur l'ordre public, sur l'intérêt des tiers. Dès lors cette disposition doit produire effet dans le pays où elle est établie, relativement aux biens meubles et immeubles qui s'y trouvent. Cela n'empêche pas du reste que le droit d'accepter ne s'éteigne généralement dès qu'il est prescrit

(1) Despagnet. Op. cit., p. 489. — Weiss. Op. cit., p. 397, note 1. — En sens contraire : Duguit. p. 134. — De Bar (T. II, p. 342, note 7) reconnaît que l'application de la règle *locus regit actum* pourrait être impossible dans ce cas.

(2) La question de savoir où l'acceptation sous bénéfice doit avoir lieu, nous paraît difficilement pouvoir être rattachée à la forme.

d'après la loi qui régit la succession. Mais la disposition de l'art. 790 nous paraît devoir donner lieu à une distinction. La faculté d'accepter encore une succession que l'on a répudiée, lorsqu'elle n'a pas été déjà acceptée par d'autres héritiers, dépend manifestement de la loi qui régit la succession. L'effet que cette acceptation tardive produit vis-à-vis des tiers qui ont acquis des droits sur la succession, soit par prescription, soit par des actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante, doit dépendre de la loi du lieu où les biens sont situés. Il s'agit encore de l'intérêt des tiers, qui, d'après l'opinion commune, se confond avec l'intérêt général. Il importe d'éviter les conséquences préjudiciables qui pourraient résulter, pour eux, d'une erreur d'appréciation du successeur, sur la question de savoir ce que lui dicte son intérêt. Nous n'avons trouvé cependant ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine, la solution de cette question spéciale, qui est fort intéressante et de nature à se présenter dans la pratique, qui peut même s'être présentée déjà, et que l'on aura peut-être résolue sans débat, dans le sens de la *lex fori*, comme beaucoup de questions de droit international.

747. — On ne peut certes considérer comme se rattachant à la forme la disposition de l'art. 791 du Code civil, qui prohibe toute renonciation à la succession d'un homme encore vivant. C'est, comme nous l'avons dit, une application de l'art. 1130, al. 2, qui proscriit tout pacte sur succession future. La question de savoir quel est l'effet de cette disposition se rapporte plutôt à la matière des conventions qu'à la matière successorale, et nous nous sommes déjà expliqué à cet égard en traitant de la loi qui régit les conventions. C'est une loi d'ordre public, parce que c'est une loi de moralité publique⁽¹⁾. Il est certain, nous paraît-il, que l'on ne pourrait opposer une renonciation de ce genre au Belge qui réclamerait des biens situés en Belgique, et dépendant d'une succession ouverte

(1) Aubry et Rau. T. I, p. 106. — Bertaud. T. I. p. 37. — Fiore. p. 449. — Weiss. p. 697. — Brocher hésite. Op. cit., T. I, p. 423, T. II, p. 79.

soit en Belgique, soit en pays étranger, même si la renonciation avait eu lieu en pays étranger. Et nous irons plus loin : la renonciation faite par un étranger à la succession d'un Belge ne serait pas une cause valable d'exclusion de cet étranger en Belgique, s'agissant d'une succession ouverte ou de biens situés dans notre pays. On ne peut donner directement exécution dans notre pays à une loi étrangère, ou à un acte juridique étranger que notre ordre public désavoue. Mais nous n'avons pas le droit, alors même que nous en aurions le pouvoir matériel, de nous inscrire en faux contre les effets juridiques que la loi étrangère aurait déjà produits effectivement dans les limites de son ressort, ni d'essayer de les ruiner indirectement en instituant sur notre sol des mesures anormales et exceptionnelles.

Il faut considérer comme une double pénalité civile, établie dans l'intérêt des bonnes mœurs, et en même temps des héritiers et des tiers, la déchéance de la faculté de renoncer comminée par l'art. 792 contre celui qui a diverti ou recélé des effets de la succession, et la privation qu'il encourt de toute part dans les dits effets. Elle frappera manifestement quiconque aura détourné des effets d'une succession réglée par la loi belge ou par des lois semblables. Mais il semble qu'elle doive atteindre également tout héritier qui a commis un détournement de ce genre en Belgique, lors même qu'il s'agirait d'une succession régie par une loi différente. Il y a du doute cependant quant à la première de ces pénalités. Il semble bien difficile d'admettre que la faculté de renoncer puisse être régie par une autre loi que celle qui règle la succession en général, et qu'on en puisse être dépouillé par cette loi, fût-ce à titre de pénalité civile.

748. — Nous avons dit que la faculté pour l'héritier de limiter ses obligations comme tel, en acceptant sous bénéfice d'inventaire, les conditions auxquelles ce droit est subordonné, et les effets du bénéfice d'inventaire sont régis en principe par la loi qui régit la succession, c'est-à-dire, d'après le système que la loi italienne consacre

dès à présent, par la loi nationale du défunt. Il en est de même, d'après nous, des causes de déchéance et des délais. Ce sont de véritables limitations du droit exceptionnel, accordé à l'héritier, de n'être tenu que sur les biens qu'il recueille. On concevrait cependant que, lorsque la loi de la situation prescrit l'inventaire, l'héritier qui veut se prévaloir du bénéfice y fût tenu, lors même que la loi nationale du *de cuius* ne l'ordonnerait point et que cette loi régirait la succession ; car l'intérêt des tiers est engagé. Mais dans ces prescriptions mêmes il y a toujours des éléments qui ne touchent qu'à la forme des actes : telles sont, par exemple, les formes de l'inventaire. Il n'en est pas de même, à notre avis, en ce qui concerne les formes de la vente (loi du 12 juin 1816), et, bien que l'on puisse hésiter entre la *lex situs* et la *lex loci actus*, nous nous prononcerions plutôt dans l'espèce en faveur de la *lex situs*, par des motifs que nous indiquerons plus loin au n° 780. S'agissant même d'une succession ouverte en France, l'héritier, fût-il Français, ne pourra faire procéder en Belgique à la vente des immeubles dépendant de la succession que dans les formes prescrites par la loi en question. Et *vice-versâ*, lors même qu'il s'agirait d'une succession belge ouverte en Belgique, l'héritier belge ne pourra faire vendre les immeubles en France que dans les formes prescrites par la loi française.

749. — Nous avons déjà dit que la forme de la déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire est régie en principe par la loi du lieu où elle se produit, tout en faisant certaines réserves pour le cas où la forme prescrite est dictée, comme c'est le cas pour l'art. 793, par l'intérêt des tiers. L'art. 794 ordonne l'inventaire comme condition du bénéfice, et il est évident qu'à cet égard il faut appliquer la loi qui régit la succession. On appliquera la loi locale quant aux formes de l'inventaire. Les délais fixés par l'art. 795 nous paraissent également dépendre de la loi qui régit la succession, comme le droit de vendre le mobilier (art. 796), et les conséquences de l'action intentée contre l'héritier bénéficiaire avant ou

après l'expiration des délais (art. 796 à 799). Il est bien vrai que cela intéresse, dans une certaine mesure, les tiers ; mais si l'on reconnaît que le bénéfice d'inventaire dépend de la loi qui régit la succession, c'est elle aussi qui règlera les effets de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Ces dispositions n'ont du reste pour effet que de retarder, dans une certaine mesure, les réclamations des tiers, et dès qu'il n'est porté aucune atteinte à la règle : *non sunt bona nisi aere alieno deducto*, le bénéfice d'inventaire n'entraîne pas pour eux plus de préjudice que n'en entraînerait une renonciation pure et simple. Nous ferons cependant exception pour la disposition de l'art. 799 qui nous paraît une règle dans laquelle domine la procédure, et dont l'application dépend par conséquent de la *lex fori*. Mais la question est discutable.

750. — La faculté de faire encore inventaire après l'expiration des délais (art. 800), la limitation de responsabilité quant aux dettes, et l'espèce de séparation de patrimoines qui résulte de ce bénéfice (art. 802), la charge d'administrer et de rendre compte (art. 803), la mesure de la responsabilité en ce qui concerne cette administration (fautes graves, art. 804), tout cela dépend évidemment de la loi qui régit la succession. L'héritier bénéficiaire qui se rend coupable d'un recel sera déchu du bénéfice d'inventaire si cette loi statue en ce sens (art. 801). Mais il est évident que la loi de la situation pourra n'être pas sans influence sur la solution de quelques-unes de ces questions, dans l'hypothèse même où la succession serait régie par la loi nationale. Une disposition comme celle de l'art. 801 porte en elle-même, dans une certaine mesure, le caractère de loi d'ordre public, et l'intérêt des tiers y est engagé. Les tribunaux du *situs* appliqueraient sans doute la loi du for comme loi de la situation, ou loi d'ordre public, si elle comminait cette pénalité, lors même que la loi qui régit la succession serait muette. Quant aux formes de la vente, la question de savoir quelle est la loi qui les régit est extrêmement délicate. On sait que ces formes sont réglées en Belgique par la loi du 12 juin 1816, en tant

qu'il s'agit d'immeubles. Il semble au premier abord qu'il y ait lieu d'appliquer la maxime *locus regit actum*, comme nous l'avons fait s'agissant de la forme des ventes de biens de mineurs. Mais ici les formes sont prescrites dans l'intérêt des tiers, et spécialement des créanciers, qui pourraient être compromis par des ventes inconsidérées, hâtives ou dénuées de formes. Cela faciliterait du reste singulièrement les collusions. Nous croyons donc qu'en principe il faudra observer les formes prescrites par la loi du lieu de la situation. En vain objecterait-on que, si la vente a lieu dans un autre pays, il se pourra qu'il soit impossible d'y observer ces formes. Il en résulterait simplement que la vente ne pourrait se faire régulièrement que dans le pays de la situation, ce qui en général sera plus avantageux aux créanciers, en même temps qu'à la succession bénéficiaire. Mais si la *lex situs* ne prescrivait aucune forme particulière, ce qui pourrait arriver, par exemple, si le bénéfice d'inventaire y était inconnu, nous croyons que l'héritier bénéficiaire serait tenu d'observer les formes prescrites par la loi qui régit la succession. Il a été décidé, il est vrai, en France, dans les termes les plus généraux, que c'est la loi de la situation qui règle les formalités à observer par l'héritier bénéficiaire pour la vente des immeubles (1). Mais il importe de remarquer que cette loi est précisément celle qui régit la succession immobilière, d'après la jurisprudence française. L'art. 805 al. 2, qui limite la responsabilité de l'héritier bénéficiaire, dans le cas où il représente les meubles en nature, se rattache à la même loi.

751. — L'art. 807 établit l'obligation de fournir caution si les créanciers l'exigent, et détermine les conséquences qui résultent pour l'héritier bénéficiaire de ce qu'il n'aurait pas satisfait à cette exigence des créanciers. Il doit donner caution bonne et solvable de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire, et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypo-

(1) Req. 26 janvier 1818. V. Dalloz. *Répertoire*, v^o *Succession*, n^o 849.

thécaires. Cette obligation fait partie, ce nous semble, des conditions auxquelles le bénéfice dont il s'agit est subordonné et dépend par conséquent en principe de la loi dont émane ce bénéfice, c'est-à-dire de la loi qui régit la succession en général. Au moins est-ce une obligation dérivant de ce bénéfice même, en vertu de la loi qui l'établit, et à ce titre encore elle est régie par la loi qui gouverne la succession. Elle existera donc, dès qu'elle sera imposée, consacrée par cette loi. Mais il est incontestable que c'est en même temps une obligation établie *dans l'intérêt des tiers*, c'est-à-dire dans un intérêt général. Et dès lors, quand même aucune caution ne pourrait être exigée de l'héritier bénéficiaire d'après la loi nationale du défunt, cet héritier n'en pourra pas moins être tenu d'en fournir une en vertu de la loi du lieu où seraient situés des biens dépendant de la succession. Il y a quelque analogie entre le caractère de cette disposition et celui de l'art. 808 qui prescrit l'ordre dans lequel l'héritier bénéficiaire doit payer les créanciers et les légataires. Ici encore nous nous trouvons en présence d'une matière qui est régie en principe par la loi nationale du défunt, par celle qui devrait régir, à notre avis, la succession, en ce sens que, si la *lex rei sitae* ne contient aucune prescription à ce sujet, cette loi devra recevoir application ; et il en serait de même, si cette dernière laissait plus de liberté encore à l'héritier. Mais si elle soumettait le paiement des dettes et legs à d'autres formalités, à des formalités plus sévères, elle devrait être respectée, nous paraît-il, en ce qui concerne la répartition du produit des biens situés dans le pays. Il s'agit ici encore une fois de l'intérêt général. Supposons, par exemple, que la *lex situs* prescrive le dépôt des sommes réalisées dans une caisse publique, analogue à celle des dépôts et consignations, pour être employées à l'acquit des charges par un fonctionnaire public, cette loi devrait être obéie en ce qui concerne le produit de tous les biens, meubles et immeubles, réalisés dans le pays.

752. — L'art. 809 établit, dans son aliéna 1^{er}, que les créanciers non opposants, qui ne se présentent qu'après

l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont de recours à exercer que contre les légataires, et dans son alinéa 2, que *dans l'un et l'autre cas* le recours se prescrit par trois ans à dater de l'apurement du compte et du paiement du reliquat. Ces mots *dans l'un et l'autre cas* signifient : soit qu'ils aient fait opposition (cas dans lequel la loi leur reconnaît implicitement un recours, même contre l'héritier et les créanciers payés à leur détriment), soit qu'ils n'en aient pas fait. Dans quelle catégorie de lois ces dispositions doivent-elles être rangées au point de vue du droit international privé ? Ce ne sont point de simples lois de procédure. La première se rattache essentiellement au fond du droit : elle le limite quant aux personnes vis-à-vis desquelles il existe. Il ne s'agit pas non plus d'une question de forme. Mais il est certain qu'elle intéresse les tiers, les créanciers du défunt notamment. La loi de la situation des biens peut se désintéresser de la question de savoir si l'héritier sera tenu seulement sur ce qu'il recueille, ou même *ultra vires* : il ne lui appartient pas, il n'appartient qu'à la loi nationale de définir les obligations qui résultent pour lui de cette qualité, dès qu'il s'agit de les étendre au delà de ce que prescrit la maxime : *non sunt bona nisi aere alieno deducto* ; c'est-à-dire *de le considérer comme tenu au delà de ce qu'il a recueilli*. Mais elle ne peut pas se désintéresser, s'il est admis que l'héritier est tenu seulement sur ce qu'il recueille, de la juste répartition des biens situés dans le pays où elle exerce son empire, entre ceux qui ont droit à ces biens. C'est là un *minimum* que la *lex rei sitae* a le droit de réclamer, parce que *les choses situées dans son domaine, et délaissées par un défunt même étranger et domicilié en pays étranger, sont soumises à son empire*. Mais si ce minimum est respecté dans la mesure où le veut la loi de la situation, rien n'empêche pour le surplus l'application de la loi qui régit la succession. Il en sera ainsi, lorsque cette loi se montre plus sévère, lorsqu'elle établit d'autres limitations du droit de payer les legs et les dettes, lorsqu'elle étend le droit de recours des créanciers lésés. Quant à la prescription de ce droit, elle

nous paraît reposer principalement sur des motifs d'intérêt général, d'utilité publique, sur le désir de hâter la liquidation définitive des successions bénéficiaires. Elle n'est pas établie seulement pour le recours des créanciers contre les héritiers, mais même pour leur recours contre des légataires ou contre d'autres créanciers. Son but est d'engager les créanciers à se montrer vigilants, et de couper court aux procès. C'est donc un motif d'intérêt public qui sert de base à cette prescription si courte. Ce n'est certes pas une simple présomption de paiement, car dans ce cas on admettrait la délation du serment, comme quand il s'agit de l'art. 2275. S'il en est ainsi, cette prescription nous paraît gouvernée par la loi du for, et les tribunaux devront repousser des actions de ce genre, dès qu'elles ne sont plus admissibles d'après la loi du lieu où l'action est intentée. Devront-ils la repousser également et admettre la prescription, lorsque celle-ci s'opère plus rapidement d'après la loi qui régit la succession, que d'après la loi du for? Non, à notre avis, car c'est dans l'intérêt des créanciers, qui sont des tiers, et par conséquent dans un intérêt général que ce droit de recours est établi. Le juge compétent n'en pourra admettre l'extinction que si elle est reconnue par sa propre loi. Mais il n'est compétent que s'il s'agit d'une répartition qui a eu lieu dans son ressort.

753. — La disposition de l'art. 810 du Code civil dépend évidemment de la loi qui régit les successions, et qui dès lors régit en général l'acceptation pure et simple, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, la renonciation et leurs conséquences. Quant aux dispositions sur les successions vacantes (art. 811 à 814) qui ne constituent qu'un ensemble de mesures conservatoires, elles sont soumises, d'après nous, en principe, à la loi du lieu où la succession est ouverte. C'est là que doit être organisée régulièrement l'administration des successions vacantes. Mais il est évident qu'à défaut d'organisation de cette administration dans le pays où la succession est ouverte, des mesures conservatoires pourront être prises partout où se trouvent des biens meubles ou immeubles dépendant de la succes-

sion, et elles le seront d'après les lois locales. Il ne peut guères s'élever de difficultés sérieuses sur ce point, s'agissant de mesures purement conservatoires⁽¹⁾.

Section VI. — Du partage, des rapports et des dettes.

754. — Dans les dispositions relatives au partage et aux rapports, on rencontre divers articles qui consacrent des principes d'intérêt économique et social, qui doivent dès lors recevoir application, quel que soit le lieu d'ouverture de la succession, quelle que soit la loi qui la régit. Tels sont, nous paraît-il, les art. 815 et 816, qui consacrent le principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, déclarent inefficace toute convention contraire, sauf pour un terme de cinq ans, et maintiennent le droit de demander le partage, lors même qu'il y aurait eu jouissance séparée. Ces principes devraient recevoir application à tous les biens situés dans le territoire où ils sont établis. D'autres articles sont relatifs à la capacité aux fins de demander le partage (art. 816 à 818). On appliquera sans doute ici la loi personnelle, c'est-à-dire la loi nationale des parties. L'art. 819 mentionne l'apposition des scellés comme facultative, si tous les héritiers sont présents et majeurs, comme obligatoire si tous les héritiers ne sont pas présents, et s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits. L'apposition des scellés étant une mesure conservatoire, la loi de la situation a toujours compétence pour la prescrire, à notre avis. Mais elle peut être prescrite également par la loi qui régit la succession, et par la loi nationale des incapables qui détermine les obligations de leurs représentants légaux, pourvu que l'accomplissement de cette formalité soit matériellement possible dans le pays où se trouvent des meubles dépendant de la succession. L'exercice des droits attribués aux créanciers par les art. 820 et 821, al. 1, peut se

(1) La Cour de Gand a décidé qu'il n'appartient qu'aux tribunaux belges de nommer un curateur, s'agissant de biens situés en Belgique et dépendant de la succession d'un Belge décédé en France. 19 juillet 1839 Pas. 1839, 148.

justifier aussi bien par la loi qui régit la succession que par la loi de la situation : ce sont des tiers. Quant aux *formalités* des scellés et d'inventaire, on observera évidemment la *lex loci actus*.

755. — L'art. 822 attribue compétence sur l'action en partage, les contestations qu'il soulève, les licitations, les demandes relatives à la garantie des lots, et en rescision du partage, au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, laquelle s'ouvre au domicile du défunt aux termes de l'art. 110. Une jurisprudence unanime a reconnu en Belgique et en France qu'il s'agit ici non-seulement du domicile légal mais du domicile de fait. La succession de l'étranger domicilié en Belgique au moment de son décès s'ouvre donc en Belgique, celle du Belge dans le pays où il est domicilié de fait lorsqu'il vient à mourir. Il importe peu qu'il ait été autorisé à y fixer son domicile. Notre loi sur la compétence du 25 mars 1876, art. 52, n° 4, consacre également la compétence du tribunal de l'ouverture de la succession sur l'action en partage, et elle ne distingue nullement entre les cas où il s'agit d'une contestation entre Belges, ou entre Belges et étrangers, ou entre étrangers seulement. En France, on ne distingue pas davantage en cette matière, et la Cour de Cassation a même décidé que le tribunal compétent sur le fond de la demande en liquidation et partage peut connaître *même entre étrangers* d'une question d'état qui se présente incidemment ⁽¹⁾, ainsi que des incidents tels qu'une intervention en pétition d'hérédité formée par un étranger. La jurisprudence française a admis également que les tribunaux français sont compétents, s'agissant d'une succession ouverte en France, pour connaître incidemment d'un litige concernant un immeuble situé en pays étranger. Mais, sauf le cas où la demande est formée par un Français, plusieurs arrêts ⁽²⁾ considèrent les tribunaux français

(1) Cassat. 15 avril 1861. S. 61, 1, 721. — Lyon. 21 juin 1871. S. 72, 2, 201. V. aussi Cass. 2 févr. 1832. S. 32, 1, 133.

(2) Toulouse, 7 août 1863. S. 64, 2, 241. — Cass. 19 avril 1859. S. 59, 1, 411. — Paris, 13 mars 1850, S. 51, 2, 791. — Marseille, 18 janvier 1873. *Journ. de Mars.*, 1873, p. 64, etc.

comme n'ayant pas d'action sur les immeubles situés à l'étranger.

Ce n'est qu'en vertu des art. 14 et 15 du Code civil qu'on pourrait les considérer comme compétents en cette matière sur la demande d'un Français, et qu'on reconnaît leur compétence s'agissant d'une succession ouverte en pays étranger. Ils sont donc en principe incompétents entre étrangers, s'agissant d'une succession ouverte en pays étranger, à moins qu'il ne s'agisse d'immeubles situés en France, cas dans lequel les tribunaux français admettent leur compétence absolue et exclusive à l'égard de l'action en partage des dits immeubles, alors même qu'elle se débattra entre étrangers ⁽¹⁾. Cette jurisprudence se conçoit parfaitement quand on combine les art. 14 et 15 du Code civil avec l'art. 822 du Code civil et l'art. 59, Proc. d'une part, et d'autre part avec le principe, encore admis en France et dans notre pays, que la succession immobilière est régie par la loi du lieu de la situation. Notre législation ne diffère pas autant qu'on pourrait le croire de la législation française à cet égard. Il est bien vrai que l'art. 14 est considéré par certains auteurs comme abrogé dans notre pays par la loi de 1876, et l'art. 52 de cette loi détermine avec précision les cas dans lesquels un étranger peut être assigné devant les tribunaux de notre pays, mais l'art. 53 suppose nécessairement qu'il y en a d'autres. Quels sont ces autres cas? Le législateur ne peut avoir eu en vue que le cas où le demandeur est Belge ⁽²⁾, et la seule différence qui distingue à cet égard la législation belge de la législation française, c'est que l'étranger a, dans ce cas, la faculté de décliner la juridiction des tribunaux belges, sous condition de réciprocité. Quant à la jurisprudence, même avant la loi de 1876 qui

(1) Vincent et Pénaud. V. *Succession*, n° 107, et les nombreux arrêts qu'il cite.

(2) « Dans les cas non prévus à l'art. 52 ci-dessus, l'étranger pourra, si ce droit appartient au Belge dans le pays de cet étranger, décliner la juridiction des tribunaux belges; mais à défaut par lui de le faire dans les premières conclusions, le juge retiendra la cause et y fera droit... » Art. 54, Loi du 25 mars 1876.

admet expressément la compétence des tribunaux belges à l'égard des étrangers en matière immobilière, et qui l'admet dans d'autres cas encore, notamment dès qu'ils ont en Belgique un domicile ou une résidence, etc..., on admettait leur compétence s'agissant d'immeubles situés en Belgique. Mais notre jurisprudence est assez pauvre en la matière, et il nous paraît plus que douteux que nos tribunaux se considèrent comme compétents sur l'action en partage de l'ensemble d'une succession, par le seul motif que quelques immeubles dépendant de cette succession seraient situés en Belgique.

756. — La nécessité de règles précises délimitant la compétence respective des tribunaux de chaque nation, d'une convention internationale qui les détermine, est manifeste. Les inconvénients de la situation actuelle sont d'autant plus indéniables que l'effet des jugements étrangers est plus incertain, et que l'on admet généralement qu'une instance engagée en pays étranger ne peut servir de base à l'exception de litispendance dans notre pays. Quel tribunal pourrait être considéré comme compétent? Si l'on continue à appliquer la *lex situs* en matière de succession immobilière, la loi du domicile en matière mobilière, la conséquence logique de ce système au point de vue de la compétence est que les tribunaux de divers pays pourront être considérés comme compétents, suivant qu'il s'agit du partage de tels ou tels biens. Aucun tribunal ne pourrait être considéré comme compétent d'une manière générale, si les biens sont situés dans des pays divers. Il nous semble que rationnellement cette conclusion est inévitable. Si l'on applique en matière de successions le régime de la loi nationale, il faut reconnaître compétence, soit aux tribunaux de la nation du *decurjus*, soit aux tribunaux de son dernier domicile. La dernière solution nous semblerait cependant préférable. Non-seulement c'est au lieu du dernier domicile que le droit à la succession s'ouvre, mais c'est aussi là que se trouve vraisemblablement, dans le plus grand nombre des cas, la plus grande partie de l'avoir successoral. C'est

en ce sens que se prononcent de Bar et Pasquale Fiore⁽¹⁾. Seulement il nous paraît rationnel que les actions dirigées par des tiers contre la succession ne soient point soumises à des règles de compétence aussi limitatives.

757. — Les art. 823 à 825 ne sont relatives qu'à la procédure. L'on appliquera la règle *locus regit actum*. Le principe de l'art. 826, al. 1, aux termes duquel chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature, dépend de la loi qui régit la succession et il en est de même de l'art. 827. Mais la limitation de l'art. 826, al. 2, en tant qu'il s'agit des créanciers et qu'elle leur attribue le droit d'exiger la vente publique des meubles, est établie dans l'intérêt des tiers et gouvernée par la loi de la situation réelle. L'art. 828 constitue de nouveau une disposition de pure forme soumise à la loi locale. L'application des art. 829 et 830 qui concernent les rapports, dépend de la loi qui régit la succession. Dans les articles suivants, 831 à 837, les questions de forme et de fond se mêlent assez intimement. La forme domine dans l'art. 831. Quant aux art. 832 et 833, Brocher les considère comme se rattachant au fond plutôt qu'à la procédure, mais ils semblent, dit-il, ressortir au droit territorial comme se rapportant au régime des biens; et il croit qu'il faut s'arrêter à ce droit quand même la succession serait régie par une loi étrangère⁽²⁾. Cela peut être exact pour l'art. 832 mais nullement pour l'art. 833, qui se borne à prescrire une compensation en rente ou en argent dans le cas d'inégalité des lots en nature. Les art. 834 à 837 nous semblent essentiellement concerner la procédure. Quant aux règles établies par les art. 838 à 840 et édictées dans l'intérêt des mineurs, des interdits, des absents et des nonprésents, elles nous paraissent, comme à Brocher, se rattacher étroitement au statut personnel. Mais l'application du statut personnel doit se combiner avec la règle *locus regit actum*, en ce qui concerne la détermination des formes à observer, pour autant qu'il ne s'agisse pas

(1) De Bar. Op. cit., T. 2, p. 434. — Fiore. *Effetti etc.*, n° 82.

(2) Brocher. Op. cit., p. 426. — Dans le même sens : Despagnet. p. 488.

de formes habilitantes, comme celle dont il est question dans le second alinéa de l'art. 838 du Code civil.

758. — Brocher croit que la disposition de l'art. 841, qui consacre le droit de retrait successoral, se rapporte au régime des biens. Et il cite pour le démontrer certaines paroles de Chabot de l'Allier, dans son rapport au tribunal, qui, à notre avis, ne justifient en aucune manière son opinion⁽¹⁾. On peut bien en induire qu'il y a peut-être à la base du droit de retrait certaines considérations de moralité publique ; mais si tant est qu'elles aient été pour quelque chose dans les motifs qui ont déterminé le législateur à consacrer ce droit dérogoratoire aux principes généraux, il faut reconnaître que la cession des droits successoraux ouverts n'est pas absolument condamnée aux yeux du législateur par la morale, puisqu'il l'aurait dans ce cas frappée de nullité absolue. C'est donc dans l'intérêt des héritiers, dans l'intérêt de la famille, comme le dit Chabot de l'Allier, que le retrait successoral est établi. Les héritiers seuls sont maîtres de laisser la cession produire ses effets. S'ils sont satisfaits, tout est dit. Pure question d'intérêt privé par conséquent, bien que cet intérêt ait paru au législateur assez important pour assigner une limite à l'effet des libres conventions. Puisqu'il en est ainsi, ce sera la loi qui régit la succession en général qu'il faudra consulter pour décider si les héritiers ont oui ou non le droit d'exercer le retrait. S'il ne l'ont pas d'après cette loi, il ne doit point leur être reconnu. S'ils l'ont, ils pourront évidemment l'exercer dans tous les pays où ce droit est reconnu par la législation locale. Mais le pourront-ils même dans les pays où ce droit est inconnu, où il n'est pas consacré par la législation et relativement aux biens qui y sont situés ? Nous croyons devoir répondre négativement. Le retrait successoral a certainement sa base dans la loi qui régit la succession, mais comme il atteint directement les tiers qui ont traité avec les héritiers, il ne peut, à notre avis, s'exercer contrairement à

(1) Code, T. I, p. 427.

la loi territoriale, à la loi de la situation des biens. Il s'agit d'un intérêt général⁽¹⁾.

759. — L'art. 842 ne saurait donner lieu à des difficultés. C'est une disposition toute d'équité, et la conséquence nécessaire du partage. S'il pouvait y avoir sous ce rapport des divergences de législation, il faudrait appliquer la loi qui régit la succession. Il en est de même en thèse générale des dispositions qui régissent les rapports (art. 843 à 869), sauf en ce qui concerne les questions de pure forme qui sont évidemment régies par la loi locale. Brocher considère cependant la disposition de l'art. 866, lequel prescrit le rapport en nature, dans le cas de don d'un immeuble dépassant la quotité disponible, si le retranchement peut s'opérer commodément, comme intéressant le régime des biens et la sécurité générale des transmissions qui peuvent s'opérer dans un pays déterminé. « Il y a là des intérêts locaux rentrant, par la nature des choses, dans la compétence du droit territorial⁽²⁾. » L'observation nous paraît exacte dans une certaine mesure, sauf application de la loi qui régit la succession dans le cas où cette application, loin de compromettre les intérêts des tiers, plus que ne le fait l'art. 866, les garantit au contraire davantage. Il n'y a lieu de s'écarter de la loi qui régit la succession, que dans le cas où l'intérêt des tiers, trouvant des garanties plus fortes dans l'application de la *lex situs*, l'exige absolument. Notons du reste que le conflit ne peut guères se produire si l'on continue à appliquer la *lex situs* quant à la succession immobilière. Il peut surgir au contraire si, comme la chose est probable, on substitue à cette loi la loi nationale comme régulatrice du droit successoral. — Nous croyons devoir signaler aussi comme dominée par la *lex situs*, en ce qui concerne les droits des créanciers, la question résolue par l'art. 857 du Code : « Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier ; il n'est pas dû aux légataires *ni aux créanciers* de la succession⁽³⁾. »

(1) Brocher. Op. cit., T. I, p. 427.

(2) Brocher. Op. cit., T. I, p. 427.

(3) Pour l'application en principe de la loi qui régit la succession en matière

760. — Le Code traite du paiement des dettes dans les art. 870 à 882. C'est dans cette série d'articles que l'on trouve les dispositions relatives au droit de demander la séparation de patrimoines (art. 878 à 881) et celle qui consacre le droit d'opposition au partage. Avant d'entrer dans l'examen détaillé de ces divers articles, il importe de faire quelques observations générales. La question de la répartition des dettes est vraiment une de celles qui présentent le plus de difficulté, dans le système qui fait régir la succession immobilière par la loi de la situation fictive ou du dernier domicile, non-seulement lorsqu'il s'agit de l'obligation aux dettes, c'est-à-dire de la manière dont les héritiers en sont tenus vis-à-vis des tiers, mais même quand il s'agit de la contribution aux dettes, c'est-à-dire de la mesure dans laquelle les héritiers en sont tenus entre eux. Il semble que la plupart des auteurs redoutent de l'aborder, et l'on est fort embarrassé pour la résoudre d'après l'ancien droit qui présente beaucoup de confusion. Laurent s'en occupe assez longuement ⁽¹⁾ et après avoir constaté les controverses qui avaient agité la doctrine ancienne, il repousse l'opinion de Merlin ⁽²⁾, suivant lequel il ne faut consulter, quant à la répartition des dettes, que la loi du lieu de la situation. Cette opinion a cependant été admise par la Cour de Cassation de France, qui croit que telle est la tradition, et que cette tradition doit encore servir de règle au juge sous l'empire du Code civil. Laurent pense qu'il n'y a qu'incertitude dans l'ancien droit sur la question des dettes héréditaires, et qu'en tout cas la prétendue tradition admise par Merlin et par la Cour de Cassation de France est incompatible avec le Code Napoléon. « La contribution aux dettes reposait sur la distinction des biens en meubles, acquêts, propres, paternels et maternels ; or, cette distinction est abolie par un texte formel : « La loi ne considère ni la nature, ni

de rapports, voir Cassation française, 14 mars 1837 et 2 avril 1834, S. 37, 1, 195 et *Journal de dr. int. privé* 1835, p. 77. — Brocher. T. I, p. 428. — Despa-gnet. p. 488. — Weiss. p. 696. (Loi nationale, d'après les deux derniers.)

(1) Laurent. *Droit civil international*, T. VII, nos 37 et ss.

(2) Merlin. *Répertoire*, v^o Dette, § 4.

l'origine des biens pour en régler la succession » (732). Quant à l'*obligation* au paiement des dettes, elle variait selon les coutumes, les unes déclarant les héritiers tenus pour leur part virile, les autres donnant aux créanciers une action solidaire. Or, ces dispositions du droit coutumier sont également abrogées; aux termes de l'article 1220, les héritiers ne sont tenus des dettes que pour les parts pour lesquelles ils représentent le débiteur, donc ni virilement, ni solidairement. Les bases de la doctrine coutumière étant abolies, il serait souverainement illogique de prendre appui sur le droit coutumier pour interpréter le Code civil, et partant pour déterminer si l'obligation et la contribution aux dettes doivent être réglées par la loi personnelle du défunt, ou par la loi de la situation des biens. Il faut laisser là la tradition coutumière qui d'ailleurs ne nous apprend rien, puisqu'elle ne consiste qu'en doutes et controverses, et voir sur quels principes repose le système du Code civil. »

761. — Il y a beaucoup de vrai dans ces observations, mais elles nous paraissent trop absolues. Quelque profonds changements qu'ait subi la tradition coutumière dans le droit intérieur, quant à la contribution et à l'obligation des dettes, il y a un principe qui est demeuré debout, d'après M. Laurent lui-même d'accord avec presque toute la doctrine, avec toute la jurisprudence : c'est que *les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation, même en ce qui concerne le droit de succession*. La question est de savoir non pas COMMENT les dettes se répartissent d'après le droit français, mais si, s'agissant d'une succession ouverte en pays étranger et comprenant des immeubles situés en France, ce principe a pour conséquence que les dettes *se répartissent d'après le droit français*, ou si l'obligation et la contribution sont régies par la loi étrangère. Il faut voir si la modification profonde qui s'est produite dans les principes sur le droit héréditaire, sur le rôle de l'héritier, sur sa qualité juridique, entraîne une modification corrélative dans la solution de cette question. Mais,

avant de l'examiner, nous jetterons un coup d'œil sur l'ancien droit.

762. — M. Lainé, dans son excellent ouvrage⁽¹⁾, constate que la territorialité stricte et absolue des coutumes, contraire à la nature des choses et commandant la division là où l'unité aurait dû être observée, « fit naître d'inextricables difficultés dans le règlement des questions où le démembrement du patrimoine était particulièrement inadmissible, et dût (sinon toute solution eût été impossible) recevoir des tempéraments quelquefois fort graves », qu'il en a été ainsi notamment à l'égard du paiement des dettes. Voici l'exemple qu'il en a donné, et nous l'indiquons d'une manière très résumée. La coutume de Paris répartissait les dettes entre tous les biens ; la coutume de la Normandie n'en chargeait que les meubles et acquêts et subsidiairement seulement les propres. Une succession ouverte à Paris comprend, outre les meubles et acquêts, des immeubles propres situés en Normandie. On invoquait, pour faire peser la charge des dettes, même sur ces biens, le fait que les dettes sont choses incorporelles situées au domicile du défunt, et le principe : *non sunt bona nisi aere alieno deducto*, et, en faveur de l'application de la coutume de Normandie, la règle qui reconnaissait à chaque coutume le droit exclusif de régler, en matière de succession, les immeubles situés sur son territoire. Boulleois déclare naïvement qu'on est enfermé « dans une sorte de labyrinthe ». C'est de ce labyrinthe que les auteurs anciens se sont efforcés de sortir de diverses manières⁽²⁾. Si la loi du domicile met toutes les dettes à charge des meubles, on les règle d'après cette loi. Si elle en met une partie à charge des immeubles, on estime tous les biens, on en forme autant de groupes qu'il y a de coutumes intéressées, et on répartit les dettes d'après la valeur respective de chaque groupe. Ce n'était évidemment qu'un expédient, et le résultat n'en était qu'à peu près équitable.

(1) Op. cit., T. II, p. 307.

(2) Lainé. Op. cit., p. 310.

Les Cours ne l'admirent point, et le parlement de Paris décida à plusieurs reprises, en 1570, en 1618 et en 1673, qu'il fallait appliquer la loi du domicile à tous les biens. Et cette doctrine désapprouvée par divers auteurs : Basnage, Bouhier et Froland, n'en paraît pas moins être devenue définitive, ainsi qu'il résulte de plusieurs sentences arbitrales et d'une décision de la conférence des avocats provoquée par Froland lui-même.

763. — Mêmes controverses sur la question de la solidarité entre héritiers. Burgundus appliquait sans hésiter le principe du statut réel. Christinæus, s'appuyant sur Paul de Castre, appliquait la coutume du lieu de l'addition de l'hérédité, c'est-à-dire d'après lui, du dernier domicile du défunt. Il citait sept arrêts du Conseil suprême de Malines rendus en ce sens, et la jurisprudence du parlement de Flandre était semblable, paraît-il, à celle du Conseil de Malines. Il y a un arrêt en sens contraire du Parlement de Paris du 28 mars 1696, mais cette décision nous paraît diamétralement contraire à la jurisprudence qu'il avait admise quant à la question précédente, et qui paraît avoir triomphé en pratique.

Bouhier, à la différence de Boullenois qui hésite, adopte résolument l'opinion de Christinæus, et se fonde surtout sur des raisons d'utilité, d'équité, sur les fâcheuses conséquences du système contraire. Il faut bien reconnaître cependant que le système de Burgundus est plus conforme à la stricte territorialité des coutumes, plus conforme à l'opinion admise par beaucoup de jurisconsultes, depuis Dumoulin jusqu'à Bouhier : que l'on pouvait, au moins dans certains cas, renoncer dans une coutume, et accepter dans une autre coutume. Mais il est clair, que, tout en essayant de se faire illusion à cet égard, les auteurs et la jurisprudence se sont laissés entraîner, par la seule puissance de la raison et de la justice, à admettre une dérogation en principe du statut réel immobilier en matière de successions. En fait l'application de la *lex situs*, en matière de successions immobilières, ne conservait plus guère d'importance qu'en ce qui concerne la dévolu-

tion de l'actif immobilier. La fameuse maxime : *tot sunt hereditates quot sunt bona diversis territoriis obnoxia*, devenait un mensonge. Il n'y a plus qu'une seule succession, qui peut comprendre, il est vrai, des immeubles attribués à d'autres héritiers que ceux désignés par la loi du domicile, mais qui n'en conserve pas moins son unité. Aussi, dans ses derniers écrits, Boullenois propose-t-il catégoriquement de répudier l'ancienne règle de la dévolution des immeubles d'après la *lex situs*, et d'adopter, comme règle d'utilité et de convenance, le principe que la loi du domicile du défunt régit toute la succession quelle que soit la situation des biens. Mais on n'est pas allé jusque-là, dit M. Lainé.

764. — Quoi qu'il en soit, nous croyons qu'il résulte clairement des observations ci-dessus que tout n'est pas incertitude dans la tradition juridique, relativement à la portée de la maxime que les immeubles sont régis par la loi de leur situation, même en matière successorale. La jurisprudence française et celle des Pays-Bas l'avaient restreinte dans une mesure considérable. Et la règle, que la loi du dernier domicile régit seule la contribution et l'obligation aux dettes, nous paraît avoir également prévalu presque sans partage dans la doctrine. Nous allons donc plus loin, dans cette conclusion, que ne va M. Laurent, plus loin même que ne va M. Lainé, et nous pensons que l'attribution de l'actif immobilier d'après la loi de la situation n'apparaît plus dans le dernier état de l'ancien droit, et jusqu'à la veille du Code civil, que comme une règle apparente, voilant très imparfaitement une exception au principe de l'application de la loi du domicile. Celle-ci n'était certes pas encore présentée comme une conséquence du fait que le droit de succession est au fond un droit de famille sanctionné par le législateur. Mais elle apparaissait plutôt comme une règle d'utilité, disons mieux de nécessité, tendant à remédier aux inextricables difficultés que soulevait l'application de la loi de la situation.

765. — Abstraction faite des modifications que le Code

civil a apportées au droit ancien en ce qui concerne la conception du rôle de l'héritier, ces motifs suffiraient pour que l'on ne puisse attribuer à la maxime ancienne, reproduite dans le § 2 de l'art. 3 du Code civil, une portée plus étendue, et pour affirmer que, sous l'empire de ce Code, comme sous l'empire des coutumes, la répartition des dettes est réglée d'après la loi du lieu d'ouverture de la succession. Mais cette opinion devient une certitude, quand on réfléchit que le Code Napoléon envisage la succession d'une toute autre manière que le faisait le droit coutumier. C'est le droit romain qui a servi, en cette matière, de guide et de type aux auteurs du Code. Les héritiers représentent et continuent la personne du défunt : il n'y a pas seulement en général confusion de patrimoines, il y a pour ainsi dire confusion de personnes, ou mieux encore continuation, succession de personnes. Ce principe s'accuse nettement dans l'art. 724 du Code civil et dans l'art. 1220 qui n'en est qu'une application. Il existe donc en principe un lien personnel, une espèce de chaîne personnelle, dont les effets ne peuvent dépendre en rien de la situation des biens meubles ou immeubles. C'est ce lien personnel, dont la reconnaissance ou la négation dépend évidemment du statut personnel, qui est la source de l'obligation et de la contribution aux dettes. Ce point de vue, qui est celui du Code Napoléon, et qui est tout différent de celui de l'ancien droit, doit nous conduire à considérer les dettes héréditaires comme régies en tout lieu par la loi personnelle du défunt, c'est-à-dire, d'après nous et en théorie, par sa loi nationale, et suivant l'opinion généralement prédominante, par la loi de son domicile. C'est donc d'après cette loi que l'on décidera qui est tenu *ultra vires* (héritiers), et qui n'est tenu que jusqu'à concurrence de son émolument (successeurs irréguliers et légataires), quelle est la situation des divers successeurs vis-à-vis des tiers, quelle est leur situation respective entre eux. Seulement la question de la répartition des dettes peut évidemment exercer son influence sur le prélèvement. Le successeur belge peut subir un pré-

judice en pays étranger, par suite de la circonstance que la loi successorale étrangère met à sa charge une part plus forte des dettes. Nous nous en occuperons en parlant du prélèvement.

766. — En somme, notre conclusion est conforme à celle de Laurent. Il en fait l'application dans l'espèce suivante. D'après le Code des Pays-Bas, l'Etat est le seul successeur irrégulier, en ce sens qu'il n'est tenu de payer les dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens (art. 879). Les légataires portent le nom d'héritiers; ils sont saisis de plein droit concurremment avec les réservataires (art. 1002). Une succession s'ouvre dans les Pays-Bas : il y a des créanciers belges et des biens situés en Belgique. Pourront-ils poursuivre pour le tout les héritiers légitimes qui sont en concours avec des légataires universels ou à titre universel? Non, si le statut est personnel, et c'est en ce sens que l'éminent jurisconsulte se prononce. Il faut en effet appliquer la loi du domicile du défunt, c'est-à-dire la loi néerlandaise. Nous pensons que cette opinion est conforme à la tradition, conforme aux principes du Code civil. Et nous ajoutons qu'il n'y a, d'après nous, pas le moindre motif de distinguer entre le cas où il s'agit de créanciers belges et celui où il s'agit de créanciers étrangers. La nationalité des créanciers est indifférente. Elle ne saurait influencer en aucune manière sur la détermination de la loi qui doit régir la succession. Nous admettons en conséquence, que, dans le système que fait régir la dévolution des biens immobiliers par la *lex situs*, il faut appliquer, en ce qui concerne les dettes, la loi qui régir la succession mobilière, c'est-à-dire la loi du dernier domicile ou la loi nationale du *decurjus*, suivant que l'on s'attache à la première ou à la seconde, comme régissant la succession mobilière. Cette solution nous paraît avoir prédominé dans l'ancien droit, sauf peut-être en ce qui concerne les dettes hypothécaires. Elle nous paraît s'imposer à fortiori dans notre droit nouveau, où l'héritier apparaît comme le continuateur de la personne du défunt, et où la règle de la dévolution des

immeubles d'après la *lex situs* semble une véritable anomalie, n'ayant sa source que dans des considérations d'ordre utilitaire. Dans le système qui fait régir la succession tout entière par la loi nationale du défunt, aucune difficulté : cette loi régira aussi en principe l'obligation et la contribution aux dettes. Toutefois, si l'application de la loi nationale ou de la loi du dernier domicile ne peut guères se heurter contre des dispositions d'ordre public en pays étranger, 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. Le législateur de ce pays ne doit certes pas souffrir qu'il en soit ainsi. Mais à part cela, il ne nous paraît pas qu'il ait compétence pour régler la mesure respective des obligations de chaque successeur vis-à-vis des tiers, ni que l'intérêt public y soit engagé⁽¹⁾.

767. — C'est à la lumière de ces principes que nous allons examiner les art. 870 à 882. Les art. 870 et 871 concernent uniquement la contribution aux dettes. On appliquera, à notre avis, la loi personnelle du *decurjus* ou plutôt, dans le système de notre droit positif actuel, la loi de son dernier domicile qui régir la succession mobilière.

(1) La jurisprudence française est assez incertaine, quant à la question de savoir quelle est la loi qui règle la contribution et l'obligation aux dettes héréditaires. Suivant Despagnet (p. 494) elle applique la *lex rei sitae* 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. MM. Vincent et Pénaud font remarquer avec raison que cette formule est extrêmement vague. Mais ils n'indiquent eux-mêmes aucune solution nette et générale. Dans le système, très digne d'approbation en théorie, suivant lequel la succession doit être régie par la loi nationale du *decurjus*, il ne peut guères y avoir de difficulté en principe, puisque cette loi est une. Les difficultés ne naîtraient guères que si la loi nationale s'en référait à d'autres lois, et à des lois diverses et différentes, ce que l'admission universelle de la loi nationale tendrait à exclure. Mais dans le système actuellement suivi en France, en Belgique, dans les Pays-Bas, etc., les difficultés sont si grandes que d'excellents jurisconsultes les ont considérées comme insurmontables. — V. Beltjens. *Encyclopédie du Code civil belge sur l'art. 3 du Code civil*, note 14.

L'art. 873 détermine l'obligation aux dettes vis-à-vis des tiers, et dispose que les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur *part et portion virile*, et hypothécairement pour le tout, sauf recours. Il est à noter toutefois que cet article s'exprime inexactement. La logique et la justice exigent que les héritiers soient tenus en proportion de leurs parts héréditaires et non de leurs parts viriles, et les art. 1012 et 1220 du Code civil démontrent qu'il en est ainsi. La loi personnelle du *decurjus*, la loi de son dernier domicile d'après le système traditionnel, sa loi nationale d'après les tendances de la doctrine la plus récente, recevra encore application, sauf le cas où son application porterait atteinte à un principe de justice élémentaire commandé par l'intérêt des tiers dans le pays de la situation : *non sunt bona nisi aere alieno deducto*. Quant à l'art. 872, nous pensons avec Brocher qu'il se rattache à la forme, mais pas d'une manière absolue. Ainsi la disposition qui ordonne de déduire de la valeur totale d'estimation d'un immeuble le capital de la rente qui le grève, n'est nullement une disposition de forme, mais une disposition de fond. On peut hésiter ici entre la loi qui régit la dévolution de l'actif successoral et celle qui régit les dettes, mais nous croyons qu'il faut préférer cette dernière, s'agissant au fond de la contribution à une dette. Nous estimons cependant que, comme cette dette est hypothécaire, la jurisprudence appliquerait la *lex situs*. Dans le système de la loi nationale tout est simplifié, puisque cette loi gouverne la répartition du passif comme de l'actif. C'est un des nombreux avantages qu'il présente sur le système suivi actuellement en pratique. Les art. 874 et 876 nous paraissent appartenir au même ordre de dispositions. Brocher croit que l'art. 875 intéresse le régime des biens. Il nous est impossible de découvrir pour quelle raison. Cet article concerne uniquement les rapports des cohéritiers entre eux et la contribution aux dettes. Il n'y a ici rien qui touche au régime des biens.

768. — L'art. 877 du Code civil dispose que « les

titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement ; et néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier ». On peut se demander si cette disposition doit être classée parmi les règles relatives au fond, ou parmi celles qui concernent la forme, et la procédure. Nous penchons vers cette dernière solution. Quant au droit de demander la séparation des patrimoines, établi par les art. 878 à 880 au profit des créanciers du défunt, et refusé par l'art. 881 aux créanciers de l'héritier, il ne nous paraît pas qu'il puisse être régi en principe par la loi qui régit la succession, plutôt que par la loi de la situation des biens. C'est un droit établi au profit des créanciers du défunt, 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. Nous en dirons autant des droits attribués par l'art. 882 aux créanciers d'un copartageant : droit d'opposition au partage, droit d'intervention dans les opérations qu'il comporte, droit d'attaquer le partage consommé, lorsqu'il y a été procédé sans eux et au mépris de leurs oppositions. La loi qui les établit s'inspire principalement, pour ne pas dire exclusivement, de l'intérêt des tiers, d'un intérêt général qui n'a rien de commun avec un intérêt de famille (1).

769. — L'art. 883 du Code civil attribue au partage effet déclaratif, et non effet translatif de propriété. L'effet déclaratif du partage est incontestablement une fiction, le partage consistant essentiellement dans l'échange du droit indivis de chacun des communistes dans tous et chacun des biens à partager, contre un droit exclusif à

(1) Les auteurs sont partagés. Voir dans notre sens : Brocher, T. I, pp. 432 et 434. — Milhaud. *Priv. et hypothèques en droit int.*, p. 170. — En sens contraire : Bertaud. *Op. cit.*, n° 140. — Laurent. T. VII, p. 63.

certaines de ces biens ou à certaines parties de ces biens. Il implique donc en lui-même une aliénation. On peut discuter sur l'utilité de cette fiction, mais il n'est pas douteux que l'effet déclaratif du partage n'ait été établi par la loi dans un but d'intérêt général. S'agissant d'un partage fait en Belgique, la règle de l'effet déclaratif recevra évidemment application, quant à tous les biens situés en Belgique. Mais il ne nous paraît pas qu'elle doive recevoir application aux biens situés dans un pays étranger où le partage serait translatif de propriété. La nature purement fictive de ce principe s'y oppose ; une fiction n'ayant de base que dans la loi ne peut étendre sa puissance à des biens situés en dehors du territoire. De même, s'agissant d'un partage fait en pays étranger, il ne produirait point effet translatif de propriété relativement aux immeubles situés sur notre sol, mais bien effet déclaratif. Ce n'est pas que l'effet translatif constitue une fiction, et ne soit pas conforme à la nature des choses. C'est parce que l'effet déclaratif du partage est établi dans notre pays dans un intérêt général, dont la loi territoriale a le droit et le pouvoir matériel de maintenir la prééminence, en ce qui concerne tous les biens situés dans son ressort. Cet intérêt est indépendant de celui des héritiers eux-mêmes : c'est plutôt de l'intérêt des tiers qu'il s'agit, et de l'intérêt de l'État qui, à tort ou à raison, a inspiré au législateur le principe de l'effet déclaratif du partage (1).

770. — Pour le surplus, les effets du partage sont, en principe, régis par la volonté des parties, lorsqu'elles sont libres, maîtresses de leurs droits et pleinement capables. Ils le sont donc, comme le dit avec raison M. Weiss, par la loi à laquelle les copartageants se sont soumis en y procédant(2). Le partage dans son essence est une convention. Il importe toutefois de remarquer que ce n'est

(1) Les auteurs sont généralement d'accord pour reconnaître que l'effet déclaratif ou translatif attribué au partage par la législation d'un pays est d'ordre public territorial, que l'effet déclaratif s'attache par conséquent à tout partage de biens, meubles ou immeubles sis en France. — Despagnet. n° 505. — Weiss. p. 717. — Brocher. T. I, p. 439.

(2) Op cit., p. 720.

pas une convention absolument libre. On est forcé d'y souscrire, puisque personne n'est tenu de rester dans l'indivision. Le principe de M. Weiss n'est absolument vrai que s'il s'agit d'un partage amiable. Mais si, à défaut d'accord entre parties, le partage s'opère en justice, il est rationnel que les effets du partage, en ce qui concerne par exemple la garantie du chef de troubles ou évictions, de la solvabilité d'un débiteur, etc., soient régis par la loi du for, à moins de conventions expresses contraires actées dans le jugement (art. 884 et 885, C. civ.)

M. Weiss pense qu'à moins de stipulations contraires, ce sera la loi commune à tous les copartageants, s'ils sont nationaux du même Etat, sinon la loi du lieu où le partage se fait, qui devra être consultée. Cela est conforme à sa théorie sur la loi qui doit régir l'effet des conventions. Mais nous croyons que le principe est affirmé dans des termes trop absolus. Nous avons dit qu'un domicile commun pouvait avoir une importance plus grande que la nationalité commune, et qu'il en était même ainsi en général. En thèse générale, on s'attache surtout en France et en Belgique au *lieu du contrat*. Le projet du nouveau Code civil belge donne la préférence à l'élément de la nationalité commune. Dans la matière du partage, le lieu où l'acte s'accomplit présente une importance spéciale, parce qu'il n'est jamais fortuit, mais toujours déterminé par des considérations logiques et rationnelles. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une succession, la loi qui régit celle-ci semble devoir prédominer, s'il s'agit d'une loi unique s'appliquant aux meubles comme aux immeubles, et régissant toute la succession.

771. — L'art. 886 du Code civil limite à 5 ans la durée de l'action en garantie du chef d'insolvabilité des débiteurs, lorsque des créances sont attribuées à des copartageants. C'est une espèce de prescription. Il est fort difficile de dire s'il y a lieu d'appliquer ici la loi qui régit le partage conformément à la volonté probable des parties, ou la loi du for. Une présomption de renonciation des parties à exercer ce recours peut bien être, au fond, un des

motifs de cette limitation du droit d'exercer l'action en garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ; et l'on peut alléguer aussi qu'il est à présumer que cette action manque de base, si elle est intentée trop tardivement. Dans tous les cas l'intérêt des tiers, ni l'intérêt général ne nous paraissent en jeu, et rien ne s'oppose, d'après nous, à ce que l'on applique la loi qui, d'après l'intention probable des parties, doit régir les effets du partage. En ce qui concerne la détermination de cette loi, nous nous en référons à ce que nous avons dit plus haut. Le partage sera donc en général gouverné, quant à ses effets, par la loi à laquelle les parties se sont implicitement ou expressément soumises⁽¹⁾.

772. — Les lois française et belge admettent la rescision du partage pour cause de *violence*, de *dol*, et pour *lésion de plus du quart*. Elles admettent de plus *l'action en partage supplémentaire* pour omission d'un objet de la succession (art. 887 et 888, al. 2). Elles *excluent l'action en rescision* quant à la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait un premier partage, et quant à la cession faite sans fraude entre cohéritiers (art. 888, al. 2, et 889). Elles indiquent comment il faut estimer les biens pour apprécier s'il y a lésion (art. 890). Elles excluent l'action en rescision en général, lorsque le défendeur offre et fournit au demandeur le supplément de sa part en numéraire ou en nature (art. 891), et l'action en rescision pour dol ou violence, lorsque, depuis la découverte du dol ou la cessation de la violence, le cohéritier lésé a aliéné son lot en tout ou en partie (art. 892). M. Weiss estime que l'action en rescision pour cause de lésion est soumise à la loi que les parties ont acceptée expressément ou implicitement, comme régissant les effets du partage, et cette opinion peut être admise. Il ne s'explique pas sur l'action en partage supplémentaire, qui nous paraît devoir être régie par la même règle. Nous estimons en principe que

(1) Brocher (T. I, p. 440) applique dans ce cas la loi qui régit la succession. En cas de partage absolument volontaire et amiable, il est assez admissible que les parties aient entendu s'y soumettre.

cette loi doit être celle qui régit la succession, si elle régit toute la succession mobilière et immobilière. Il est naturel de supposer que les parties s'y soient soumises. Mais, quant à la rescision pour *dol* ou *violence*, elle doit pouvoir être admise en outre en vertu de la loi du for, partout où l'action pourra être valablement introduite. Ce sont des causes de rescision, qui tiennent à l'ordre public absolu, partout où elles sont admises. Elles ne pourront être écartées que pour les motifs indiqués par la même loi, quelles que soient à cet égard les dispositions de la loi nationale des parties. Si toutefois la loi du lieu où l'action est intentée était par impossible muette quant à ces causes de rescision, rien n'empêcherait, ce nous semble, de les admettre, en vertu de la loi qui régit les effets de cette espèce de contrat que l'on appelle le partage, et à laquelle les parties se seraient soumises explicitement ou implicitement. La loi qui régit la succession pourrait être prise en considération à ce titre ⁽¹⁾.

773. — Il y a quelque doute en ce qui concerne les art. 891 et 892. Le premier de ces articles permet au défendeur à l'action en rescision d'en arrêter le cours, en offrant à son cohéritier lésé un supplément en numéraire ou en nature. Le second en déclare déchu le cohéritier qui a aliéné son lot après la découverte du dol ou la cessation de la violence. Brocher fait observer que ces dispositions intéressent la sécurité des tiers et le régime des biens sur le territoire. Il ajoute cependant qu'on peut les considérer soit comme adoucissements apportés aux règles qui précèdent, soit comme des dispositions indépendantes, ayant en elles-mêmes leur raison d'être, et conclut « qu'ils doivent être appliqués, suivant les circonstances, dans l'une ou l'autre de ces acceptions ». Cela n'est pas très clair. L'auteur veut dire, pensons-nous, que leur application peut se justifier, soit par la loi territoriale, soit par la loi qui régit la succession. Mais nous ne sommes pas certain d'interpréter exactement sa pensée. Nous

(1) L'action en rescision d'un partage pourrait se briser aussi contre les dispositions de la *lex situs*.

estimons que, si nous l'avons bien comprise, la solution indiquée par Brocher est exacte, et rationnelle. Comme lois réglant les effets du partage, si ce n'est d'une manière rigoureusement impérative, au moins en vertu de la soumission volontaire des parties (et nous croyons que la première opinion est ici la vraie), les art. 891 et 892 lient ceux qui y procèdent, s'agissant même de biens situés en pays étranger. Mais ces dispositions ont aussi pour objet de garantir, lorsque la chose est possible, la stabilité des partages et les intérêts des tiers, et pourront par conséquent recevoir application en vertu de la loi territoriale seule.

Section VII. — Du prélèvement.

774. — L'art. 4 de la loi belge du 27 avril 1865 établit le prélèvement dans les termes suivants, qui sont identiques, sauf une différence absolument insignifiante, à ceux de l'art. 2 de la loi française de 1819: « Dans le cas de partage d'une même succession entre cohéritiers étrangers et belges, ceux-ci prélèvent sur les biens situés en Belgique 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 ou coutumes locales. » Laurent paraît approuver pleinement ce système dans son traité de droit civil ⁽¹⁾. On objecte en vain, d'après lui, que l'art. 4 détruit le principe posé par l'art. 3, puisque la loi, après avoir mis l'étranger sur la même ligne que le Belge, lui enlève ensuite une partie de ses droits au profit des Belges. Et il répond: « Cela n'est pas exact. La loi n'a pas voulu assurer à l'étranger tous les droits qui lui sont accordés par la loi de son pays; elle l'admet à succéder en Belgique, mais d'après la loi belge. Il est juste que sur une succession *ouverte en Belgique*, les indigènes aient tous les droits que le Code leur donne; le concours de parents étrangers ne doit pas diminuer ces droits. » La réponse serait à peu près satisfaisante si le

(1) T. VIII, nos 554 et ss.

prélèvement n'avait lieu que lorsque Belges et étrangers sont appelés concurremment à une succession *ouverte en Belgique*. Mais une saine interprétation de la loi conduit à cette conclusion, et M. Laurent reconnaît lui-même avec la jurisprudence française ⁽¹⁾, que le prélèvement s'applique au cas d'une succession ouverte en pays étranger. Dès lors la réponse est insuffisante. Au surplus, ce n'est pas la loi du pays où s'ouvre la succession, qui règle la dévolution de celle-ci, sauf en matière mobilière. — Laurent rencontre ensuite une seconde objection, consistant à dire que le législateur étranger ne peut pas modifier la loi étrangère au préjudice des étrangers et dans l'intérêt des Belges, et il s'exprime ainsi : « M. de Serre, qui présenta la loi de 1819, a répondu d'avance à ces objections : La loi étrangère aura tout son effet à l'étranger ; mais nous ne sommes pas tenus de lui donner effet chez nous. A la rigueur nous pourrions exclure l'étranger des successions qui comprennent des biens situés en France ; à plus forte raison, avons-nous le droit de le soumettre à une condition. C'est en définitive protéger nos nationaux contre la rigueur ou l'inégalité des lois étrangères. » Tout ce raisonnement est des plus captieux, surtout lorsqu'il s'agit de successions ouvertes en pays étranger. Il confond absolument le droit avec la puissance matérielle, qui n'est autre que la force, avec la doctrine de l'intérêt des nationaux que Laurent a si énergiquement répudiée dans son traité de droit international. Non, un Etat n'a pas le droit d'exclure l'étranger des successions qui comprennent des biens situés sur son territoire. Et c'est manifester un respect bien dérisoire pour l'action de la loi étrangère dans son domaine propre, que d'en détruire l'effet, dans la mesure du possible, en dépouillant sur son sol les étrangers auxquels la loi étrangère a procuré un avantage légal dans leur pays, ou dans un autre pays quelconque. Ce système a véritablement un côté odieux, qui a échappé à l'attention de ceux qui l'ont approuvé. On reconnaît que

(1) T. VIII, n° 561.

chaque législateur a le droit de régler l'attribution successorale des immeubles situés sur son territoire ; mais, s'il en résulte un avantage pour l'étranger en concours avec le Belge, on dépouille l'étranger au moyen du prélèvement dans la mesure où le permettent les biens successoraux situés en Belgique.

775. — L'exercice de ce droit de prélèvement peut du reste conduire à un conflit sans issue. Supposons que les lois étrangères établissent le même droit au profit de leurs nationaux. Le prélèvement qui n'est que justice à nos yeux, et que les cohéritiers belges exerceront sur notre sol, ne sera qu'injustice aux yeux du législateur et des magistrats étrangers. Il constituera une exclusion de ses ressortissants en vertu de nos lois. Et le résultat pourrait en être un prélèvement opéré au profit des étrangers en pays étranger, auquel on ne pourra remédier que par un nouveau prélèvement opéré dans notre pays, et ainsi de suite. Et notons que, s'il s'agit d'une succession ouverte en pays étranger, d'une succession qui, d'après nos principes traditionnels, est régie quant à sa partie mobilière par la loi étrangère, les nations étrangères sont beaucoup plus justifiées à agir de cette manière que nous ne le serions. Aussi M. Laurent a-t-il mille fois raison de protester, dans son traité de *droit civil international*, contre ce système qu'il a essayé de justifier dans son traité de droit civil.

776. — Nous aurons à examiner successivement dans quels cas il y a lieu au prélèvement, à qui la loi l'accorde, quels sont les héritiers ou successeurs qui doivent le subir et sur quels biens il s'exerce. Nous suivrons dans l'examen de ces questions l'ordre qui semble indiqué par l'art. 4 lui-même. Il suppose d'abord qu'il s'agisse du partage d'une même succession entre des étrangers et des Belges. Mais il ne distingue pas entre le cas où il s'agit d'une succession mobilière, et celui où la succession comprend des immeubles. Il se pourra donc qu'il y ait lieu au prélèvement, alors même que la succession serait purement mobilière, si elle comprend des meubles se trouvant

en Belgique. A la vérité, la succession mobilière est régie tout entière par la loi belge, lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte en Belgique, par la loi étrangère s'agissant d'une succession ouverte en pays étranger, c'est-à-dire suivant que le *de cujus* était domicilié, ou, d'après la jurisprudence française, *légalement* domicilié en Belgique ou en pays étranger. A la vérité, les meubles sont censés se trouver au domicile du propriétaire, suivant le vieil adage : *Mobilia sequuntur personam*. Et, dans le premier cas, le partage de la succession purement mobilière ne pourrait entraîner un préjudice pour le Belge, que si cette maxime était méconnue dans le pays de la situation réelle de certains meubles. Dans le second, c'est porter une atteinte directe à l'application du principe que la succession mobilière est régie par la loi du dernier domicile, que d'autoriser le prélèvement parce que l'application de la loi étrangère serait préjudiciable au Belge, ou lui serait moins avantageuse. Telle est cependant la conséquence rigoureuse de la généralité du texte. Il nous paraît, il est vrai, difficile d'admettre que le législateur ait ainsi voulu faire un pas en arrière, en ce qui concerne les successions mobilières. La disposition ne pourrait se justifier en ce qui les concerne, que si le Belge était exclu, *en tant que Belge*, par quelque législation étrangère. Mais le texte est formel, et l'on ne peut objecter que le prélèvement ne s'opère d'après le dit article que sur les biens *situés* en Belgique, et que ces expressions biens *situés* ne pourraient s'appliquer qu'à des immeubles. Car, comme nous le verrons, il est généralement admis que le prélèvement s'opère aussi bien sur les meubles que sur les immeubles⁽¹⁾.

777. — Mais le prélèvement dont il s'agit n'est autorisé par le texte formel de la loi que « dans le cas de partage d'une même succession *entre les cohéritiers belges et étrangers* ». Il en résulte par voie de conséquence qu'il n'est pas autorisé dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers belges. Et l'argument *a*

(1) La jurisprudence française est en ce sens. V. Vincent et Pénaud. V. *Suc-
cession*, nos 49 et 74.

contrario est péremptoire dans l'espèce, puisqu'il ramène au droit commun. Nous devons noter cependant que la Cour de Cassation de France a décidé le contraire par un arrêt du 27 avril 1868. Et les Cours d'Appel françaises se sont ralliées à la doctrine de la Cour suprême⁽¹⁾. Il y a lieu d'examiner avec un peu de détail sur quelles considérations cette jurisprudence se fonde. La Cour invoque le texte, chose au moins bizarre. Elle soutient que la disposition est *générale et absolue*, et ne comporte pas la distinction entre le cas où les héritiers français concourent avec des héritiers étrangers, et celui où il n'existe que des héritiers français concourant entre eux. C'est précisément le contraire qui est vrai. Le texte ne parle absolument que du cas de concours entre héritiers français et étrangers (art. 2 loi de 1819). Non-seulement donc il comporte la distinction dont il s'agit, mais il l'impose. Que l'on reproche à cette loi son inconséquence, soit! Mais il n'appartient pas au juge de remédier à ses défauts. Peut-être cette inconséquence s'explique-t-elle par le fait, que l'intention primitive des promoteurs de la loi nouvelle ne semble avoir été que de remédier aux inégalités, naissant de l'application des droits d'aubaine et de détraction au préjudice des Français en pays étranger, bien que cette intention ait été dépassée. Dans ce cas, en effet, le prélèvement devenait sans objet, si tous les héritiers étaient Français. Quoi qu'il en soit, le texte est formel et n'établit le prélèvement qu'en cas de concours entre héritiers français et étrangers. C'est donc en vain que la Cour de Cassation observe qu'il en résulterait que « tandis que *par dérogation au droit commun*, et uniquement pour favoriser l'héritier français, l'héritier étranger serait privé du bénéfice de la loi qui régit la transmission des biens, il arriverait d'un autre côté que cette même loi couvrirait, au contraire, de son immunité, en lui assurant tous les avantages, l'héritier français

(1) V. outre l'arrêt de Dijon cité plus haut : Paris, 14 janvier 1873. *D. P.*, 1874, 2, 234; Tr. civ. Bordeaux, 29 novembre 1882. *J. d. d. i. p.*, 1883, p. 296; et les autorités citées par Weiss (op. cit., p. 114, note 1).

contre son cohéritier, ce qui n'irait à rien moins qu'à la négation directe entre eux et à l'occasion d'une succession française, du principe même de l'égalité des partages, et que la loi précitée, *loin de déroger* à ce principe, n'en peut être considérée que *comme une application nouvelle et extensive* ». On ne saurait faire une critique plus juste et plus forte de la loi, mais ces observations ne peuvent rien contre le texte, et n'ont d'importance que s'il s'agissait de discuter *de lege ferenda*. La Cour reconnaît du reste que le prélèvement est une dérogation au droit commun. Et si elle affirme plus loin que c'est une application *nouvelle et extensive* de l'égalité des partages, cela n'enlève rien de son importance à cet aveu. Car c'est précisément dans cette application nouvelle et *extensive* du principe de l'égalité des partages, conformément au droit français, que réside la dérogation au droit commun. Et quand la Cour s'appuie sur ce qu'il s'agit d'une succession française, elle oublie que le principe du prélèvement tend précisément à introduire l'*inégalité* des partages dans la succession française, pour compenser l'inégalité prétendue des partages dans la succession étrangère, et que ces deux successions en principe sont régies, d'après le droit positif actuel, par des lois différentes, et ne sont pas considérées comme une seule et même succession, uniquement régie par la loi française.

778. — M. Weiss fait observer avec beaucoup de raison que l'esprit de la loi, aussi bien que le texte, condamne la doctrine de la Cour suprême. « En effet, l'art. 2 de cette loi doit s'expliquer par l'art. 1^{er} qu'il complète. Or, l'art. 1^{er} proclame le droit de l'étranger de succéder en France; et l'art. 2 n'a pour objet que de restreindre ce droit dans l'intérêt de ses cohéritiers français. La loi nouvelle demeure entièrement étrangère aux rapports mutuels des héritiers qui puisent dans le Code civil leur droit de succession. En d'autres termes, pour emprunter la formule de M. L. Renault, nous dirons que, « pour qu'un héritier subisse le prélèvement, dont parle la loi de 1819, il faut qu'il ait eu besoin pour succéder d'invoquer

cette même loi ». L'argument que la Cour tire du principe de l'égalité des partages ne prouve rien. Cette égalité qui se confond dans sa pensée avec l'ordre successoral consacré par le Code civil, conduirait à exclure toujours sur notre territoire l'application des lois étrangères relatives à la dévolution héréditaire, quelle que soit la nationalité du *de cuius*, et à soumettre en France tous les rapports entre héritiers à l'empire absolu de la loi territoriale française. Cette conséquence, disons-le tout de suite, est universellement repoussée (1). »

779. — L'étranger autorisé à établir son domicile en Belgique, l'étranger qui a le droit de succéder en Belgique en vertu des traités, ou qui puise dans ceux-ci son assimilation au Belge quant à l'exercice des droits civils, a-t-il le droit de réclamer le prélèvement? Nous ne le pensons pas, quoique la question soit fort discutable. D'une part, le droit de prélèvement constitue un véritable privilège qui n'est attribué par le texte qu'aux seuls Belges. D'autre part, il semble que la loi soit complètement étrangère, dans son esprit, à la condition de ces étrangers. On peut, il est vrai, faire valoir en faveur de l'opinion contraire des raisons fort sérieuses. L'assimilation de l'étranger autorisé au Belge quant à l'exercice des droits civils ne s'étend-elle pas aux droits civils *stricto sensu*? Ne doit-elle pas avoir pour effet de le faire bénéficier de toutes les faveurs accordées au Belge? La difficulté, rarement examinée, a été résolue en sens divers, et nous n'osons nous prononcer qu'avec une certaine hésitation (2), bien que notre solution nous paraisse la plus conforme à l'esprit de la législation.

780. — L'étranger assimilé au Belge quant à l'exercice des droits civils doit-il subir le prélèvement? Il faut évidemment décider la question affirmativement, si l'on

(1) Weiss. Op. cit., p. 114. — Renault. Op. cit., p. 20. — Despagnet. Op. cit., p. 471. — Laurent. *Droit civil*, T. VIII, p. 661 — Cet auteur constate que le texte est formel, et ne laisse prise à aucune hésitation.

(2) Dans le sens de notre opinion : Aubry et Rau. T. I, p. 313 et T. VI, p. 278, note 10. — En sens contraire : Weiss. Op. cit., p. 113. — Renault. *J. de dr. int. privé*, 1876, p. 19. — V. aussi notre Tome I, n° 44.

admet avec la jurisprudence française que le prélèvement peut être demandé par le Français contre le Français, et cette opinion a été adoptée par plusieurs auteurs (1). Mais si l'on admet l'opinion contraire à laquelle se sont ralliés d'éminents jurisconsultes (2), il faut reconnaître aux étrangers admis à domicile, ou protégés par les conventions diplomatiques, le droit de se soustraire au prélèvement, comme le Belge lui-même. On peut alléguer en leur faveur non-seulement qu'ils doivent jouir de tous les droits civils comme les Belges, mais qu'en outre le prélèvement constitue un droit exceptionnel, de sorte que la non-application de ce droit est le droit commun.

On peut même y ajouter une autre considération qui n'est pas moins importante. Quelque dure que soit la condition à laquelle la loi de 1865, comme la loi de 1819, subordonne le droit de succéder de l'étranger, c'est dans son esprit une loi destinée à améliorer sa condition. Mais de quels étrangers voulait-on améliorer la condition? Des étrangers non privilégiés sans nul doute; car les autres étaient assimilés aux nationaux quant à l'exercice des droits civils, et n'avaient nul besoin, pour succéder, de la loi de 1865. Leur appliquer cette loi, ce serait faire d'une disposition de faveur pour les étrangers en général, une disposition de défaveur pour eux. Cette loi doit donc être considérée comme ne les concernant pas. Pour nous servir de la formule de M. Renault, déjà mentionnée plus haut, « pour qu'un héritier subisse le prélèvement dont parle la loi de 1819, il faut qu'il ait besoin pour succéder d'invoquer le bénéfice de cette loi ». Ajoutons qu'en ce qui concerne les étrangers qui puisent leur assimilation aux Belges, quant à l'exercice des droits civils, dans des traités, il nous paraît fort difficile d'admettre que cette assimilation ait pu recevoir une atteinte par l'effet d'une simple loi, sans dénonciation des conventions internationales qui la stipulent.

(1) Demolombe. T. I, n° 93 et T. XIII, n° 203. — Aubry et Rau. T. VI, n° 592, pp. 277 et 278. — Demante. T. III, n° 33bis.

(2) Renault. Op. cit., p. 20. — Despagnet. Op. cit., p. 461. — Weiss. Op. cit., p. 14.

781. — La loi du 27 avril 1865, comme la loi française de 1819, dispose : que le prélèvement a pour objet une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont les Belges *seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales*. On a cependant soutenu, dans les derniers temps, que le prélèvement ne peut être exercé qu'à raison de l'exclusion résultant de la nationalité seule, au moins quand il s'agit d'une succession régie en principe par la législation française. C'est l'opinion de M. Weiss et de M. Bertauld⁽¹⁾. M. Antoine va plus loin et il soutient qu'il en est ainsi dans tous les cas, lors même qu'il s'agirait d'une succession régie en principe par la loi étrangère⁽²⁾. Notons d'abord que la distinction établie par MM. Weiss et Bertauld entre le cas où il s'agit d'une succession régie en principe par la loi étrangère, et celui où il est question d'une succession régie par la loi française, ne trouve aucun appui dans le texte. Et elle n'en trouve pas davantage dans les travaux préparatoires. Nous confessons qu'en théorie elle serait assez rationnelle. Mais il ne s'agit pas de la théorie. Il s'agit du droit positif. « Si c'est à la loi étrangère qu'appartient la dévolution, » dit M. Weiss, « l'art. 2 ne peut s'appliquer, parce que le législateur français n'a pas qualité pour corriger les effets d'une loi qui n'a pas excédé les bornes de sa souveraineté. » Qu'importe, au point de vue du droit positif, qu'il ait qualité ou non, si, en fait, le législateur français en a disposé ainsi? La loi française, comme la loi belge, établit le droit de prélèvement d'une manière absolue chaque fois que le *de cuius*, ayant des biens en France ou en Belgique, laisse des héritiers belges ou français en concours avec des héritiers étrangers. L'étendue de ce droit de prélèvement n'est en aucune façon subordonnée à la question de savoir si le défunt était Belge ou étranger, si la succession s'est ouverte en Belgique ou en pays étranger. Le système de MM. Weiss et Bertauld est établi à côté de la loi.

(1) Weiss. Op. cit., p. 111. — Bertauld. *Questions doctrinales*, T. I, p. 81.

(2) Antoine. *Les successions testamentaires ou ab intestat en droit international privé*, 1874, p. 154.

782. — Le système plus absolu de M. Antoine n'est pas plus fondé, bien qu'il soit un peu plus logique. D'après ce système, le législateur n'a eu en vue que de remédier aux inégalités résultant pour le cohéritier français de l'application des droits d'aubaine et de déduction en pays étranger, inégalités ayant par conséquent leur base sur sa qualité d'étranger au regard de la loi étrangère. Il se rapproche en cela du système de MM. Weiss et Bertauld, mais ne fait pas la même distinction entre le cas où la succession est régie par la loi étrangère et celui où elle est régie par la loi française. Nous pensons que la généralité du texte résiste à ce système. La loi, ainsi que le texte le dit formellement, veut remédier aux exclusions qui frappent le Belge, à *quelque titre que ce soit*, d'après les lois et les coutumes locales, en pays étranger. Il est impossible d'imaginer des expressions plus absolues : à *quelque titre que ce soit*. Il ne s'agit donc pas seulement des exclusions qui le frappent à titre de Belge. Le rapport de Boissy d'Anglas à la Chambre de Paris, cité par M. Weiss⁽¹⁾, atteste seulement que l'éminent rapporteur a choisi comme exemple de l'équité du prélèvement, le cas où cette équité est le moins contestable, celui notamment où l'exclusion du Français en pays étranger est fondée sur le droit d'aubaine. Il est naturel que cette idée se soit présentée tout d'abord à l'esprit des promoteurs de la loi. Peut-être même les autres applications du droit de prélèvement n'ont-elles pas été clairement aperçues par divers orateurs. Il en a été de même en Belgique, où l'un de nos plus éminents orateurs, M. Pirmez, définissait l'esprit de la loi dans les termes suivants : « La loi proposée réglant la succession *ab intestat* en Belgique donne au Belge un droit de prélèvement sur les biens situés en Belgique, parce que la loi anglaise exclut les belges des biens situés en Angleterre. » Mais ces erreurs de certains orateurs sur la portée de la loi ne doivent pas empêcher que celle-ci ne produise ses effets légaux. Et les discus-

(1) Weiss. Op. cit., p. 109.

sions dont la loi a été l'objet, dans nos Chambres belges notamment, démontrent à l'évidence que l'on s'est parfaitement rendu compte de sa portée. La seule question, que l'on y ait longuement examinée, est celle de savoir si l'on doit considérer comme exclu en vertu des lois et coutumes locales, le Belge exclu *par les dispositions testamentaires du défunt étranger* de tout droit aux biens situés en pays étranger, et s'il y avait lieu à prélèvement au profit de ce Belge sur les biens situés en Belgique, afin de l'indemniser du préjudice résultant pour lui de ce testament. Or, tous les orateurs se sont accordés à reconnaître, bien que la discussion ait été extrêmement confuse, qu'il pouvait exercer ce droit de prélèvement dans la mesure où sa réserve était entamée, telle qu'elle est fixée par la loi belge. « Vous voulez, vous » disait M. Bara, « que l'étranger puisse disposer librement de ses biens situés à l'étranger, sauf à respecter la loi belge sur la quotité disponible. » Et le rapporteur, M. Elias, déclarant se référer aux explications de M. Bara, ajoutait : « Ainsi, si dans un pays étranger, la réserve n'était pas la même qu'en Belgique, si, par exemple, un étranger, possédant des biens en Belgique et en Angleterre, disposait de ces biens en dépassant la quotité disponible, ce testament serait *nul* pour tout ce qui dépasserait la quotité d'après la loi belge. » Ces expressions sont évidemment exagérées, mais le rapporteur a voulu dire qu'il y aurait lieu à prélèvement de ce chef. Il en est de même des explications données par M. le Ministre de la Justice, Tesch, à la Chambre des Représentants. Mais au Sénat il a été plus clair. Répondant à une question de M. d'Anethan, il s'est exprimé dans les termes suivants : « Alors même que la loi étrangère autoriserait un père de famille à disposer de la totalité de ses biens, cette loi se trouvant en opposition avec notre législation, les héritiers belges prendraient alors sur les biens situés en Belgique, une quotité égale à celle que la loi belge leur attribue, nonobstant la loi étrangère et la volonté du disposant. Voilà la solution qui doit être donnée à la question posée par l'honorable

baron d'Anethan... » Et il est à remarquer que ce dernier s'est borné, à la suite de cette réponse nette et précise, à émettre des doutes sur le point de savoir s'il n'y avait pas lieu de limiter davantage la liberté de disposition des étrangers, et d'autoriser le prélèvement chaque fois que le Belge serait exclu par une disposition étrangère, lors même qu'elle ne porterait pas atteinte à la réserve. A quoi M. Tesch a répliqué que ce serait confisquer la liberté de tester des étrangers. Et c'est après cet échange d'observations que la loi a été adoptée au Sénat.

783. — Or, quand le Belge est exclu à l'étranger, en vertu de dispositions portant atteinte à sa réserve, telle qu'elle est établie par la loi belge, mais autorisées par la loi étrangère, on peut bien dire qu'il l'est indirectement en vertu de cette loi étrangère, mais il ne l'est certainement pas comme Belge. Il le serait également s'il était étranger. Cela suffit pour préciser le sens de la loi. Et il en résulte également cette conséquence importante qu'il y a lieu à prélèvement, non-seulement lorsqu'il est exclu directement par les lois ou coutumes locales étrangères à quelque titre que ce soit, mais même lorsqu'il est exclu indirectement en vertu de dispositions testamentaires autorisées par cette loi, mais dépassant les droits du testateur d'après la loi belge. La question n'est pas plus douteuse en France. L'exposé des motifs de la loi de 1819 déclare positivement, comme le fait remarquer Laurent⁽¹⁾, qu'il est indifférent que l'exclusion de l'héritier français provienne du fait seul de la loi, ou qu'elle résulte d'une disposition de l'homme autorisée par la loi. Un défunt mineur, Espagnol de nationalité, domicilié en Espagne, lègue tous ses biens à sa mère, à l'exclusion des héritiers français. Il a été jugé que ceux-ci peuvent réclamer le prélèvement sur les biens situés en France, de la moitié de cette succession, bien que la loi espagnole, sous l'empire de laquelle le testament avait été fait, autorise le mineur à disposer de tous ses biens⁽²⁾. Presque toute la

(1) Laurent. *Droit civil*, T. VIII, p. 650.

(2) Cass. Fr., 29 décembre 1856, *D. P.* 1856, 1, 471.

doctrine et une jurisprudence française unanime (la jurisprudence belge est muette sur la question) ont consacré ces principes (1). Mais il nous paraît incontestable que, pour que l'avantage conféré à des héritiers étrangers au détriment des héritiers belges donne lieu à prélèvement au profit de ceux-ci sur les biens situés en Belgique, il faut que cet avantage ait sa source dans la différence des lois successorales. Nous nous rallions donc sans hésiter à la doctrine de la Cour de Cassation de France, approuvée par Laurent, dans l'espèce suivante : Un héritier réservataire français était en même temps donataire par préciput, mais la donation, valable d'après la loi française, était nulle d'après la loi étrangère comme n'ayant pas été homologuée par les tribunaux du pays. D'où résultait que le donataire n'en pouvait réclamer l'exécution sur les biens situés en pays étranger. Il a été décidé que le donataire ne pouvait exercer de prélèvement de ce chef sur les biens situés en France. Ce n'est pas précisément parce que, comme le dit Laurent, l'exclusion ne résulterait pas de la loi étrangère, mais de l'inobservation des formalités qu'elle prescrit. Car en définitive elle résulte toujours de la loi étrangère qui les prescrit. C'est parce qu'elle ne résulte pas d'une loi *successorale* étrangère, et que la loi de 1865, comme la loi de 1819, n'a eu pour but que de remédier aux inégalités naissant de la contrariété des lois successorales (2).

784. — La loi de 1865 dispose que le prélèvement sera exercé *sur les biens situés en Belgique*. A ne consulter que le texte, on serait tenté d'admettre que ce droit exceptionnel ne peut s'exercer que sur les immeubles, non-seulement à raison de l'ancienne maxime suivant laquelle les meubles suivent la personne du propriétaire, et sont censés avoir leur siège là où celui-ci a son domicile, mais parce qu'en réalité, dans le langage ordinaire, on ne dit guères des meubles qu'ils sont *situés* dans telle localité détermi-

(1) Demolombe. T. XIII, p. 284, n° 200. — Massé et Vergé. T. II, p. 241, note 6.

(2) Laurent. Op. cit., T. VIII, p. 659. — Cass. Fr. du 27 août 1850, *D. P.* 1850. I, 257.

née. Et cela est particulièrement difficile à concevoir s'agissant des meubles incorporels. La jurisprudence est cependant unanime à reconnaître, avec presque toute la doctrine du reste, que les meubles mêmes y sont sujets. Et elle en décide ainsi non-seulement quant aux meubles corporels, les seuls qui aient une assiette proprement dite bien que cette assiette soit essentiellement mobile, mais même quant aux objets mobiliers incorporels (créances, rentes, actions et obligations à charge de l'Etat, des villes ou des corporations). On les considère en général comme ayant leur siège là où le paiement peut être exigé, c'est-à-dire en général au lieu du domicile du débiteur ; et cette doctrine n'est pas neuve, car Savigny enseignait déjà que le siège de l'obligation est là où elle doit être exécutée, c'est-à-dire d'ordinaire au domicile de celui auquel elle incombe ⁽¹⁾. On peut en inférer, comme nous l'avons dit, que les actions dans des sociétés industrielles, commerciales ou autres ont leur siège là où la société a son siège social.

On considérera donc comme situées en Belgique les créances, rentes, obligations dont le débiteur est domicilié en Belgique, et dont le paiement peut en conséquence être exigé en Belgique. Il ne suffirait pas, à notre avis, en thèse générale que le débiteur fût Belge, et nous ne saurions partager à cet égard l'opinion de Demolombe et de quelques autres auteurs ⁽²⁾. On considérera également comme se trouvant en Belgique les actions dans des sociétés commerciales dont le siège social est en Belgique ⁽³⁾. Laurent, pour justifier l'application de l'art. 4 de la loi de 1865 aux meubles incorporels, invoque l'*esprit de la loi*, en reconnaissant : *que le texte n'est pas applicable si l'on s'en tient à la lettre*. L'aveu nous paraît

(1) Savigny. Op. cit., T. VIII, traduction Guenoux, pp. 202 et ss.

(2) Demolombe. T. XIII, n° 206.

(3) Sur l'ensemble de la question : V. Weiss. Op. cit., p. 165. — Aubry et Rau. T. I, p. 103, T. VI, p. 280. — Renault. Op. cit., p. 17. — Laurent. *Droit civil*, T. VIII, n° 261. — Cass. 7 nov. 1826 et Paris, 1^{er} février 1836. Sirey, 1836, 2, 173. — Cass. 20 déc. 1856. *D. P.*, 1856, I, 471. — Paris, 14 juillet 1871. *D. P.*, II, 65. — Cass. 20 mai 1879. Sirey, 1881, I, 465, etc.

excessif. Le texte est applicable, car les meubles incorporels mêmes ont une situation. Mais il est parfaitement vrai que l'esprit de la loi conduit à une interprétation étendue.

785. — La jurisprudence française a été plus loin encore. Elle considère, au point de vue de la question qui nous occupe, comme se trouvant en France les créances dont les titres ont été laissés en France par le défunt, bien que la valeur n'en soit payable qu'en pays étranger (1). La question est évidemment très discutable au point de vue des principes. Il est certain que ce sont là des valeurs dont la situation est en pays étranger. Et, comme le fait remarquer Demolombe (2), la Cour de Cassation elle-même a jugé que les valeurs qui ont leur siège en pays étranger, parce que le débiteur est étranger, ne donnent lieu, en France, à aucun droit de mutation par décès (Cass. 23 janvier et 2 juillet 1849) (3). Mais il faut se souvenir qu'en matière de prélèvement on nage en plein dans l'arbitraire, que le but du prélèvement est de garantir autant que possible l'égalité entre les cohéritiers nationaux et les cohéritiers étrangers. « Et c'est se conformer » dit Demolombe, « à sa pensée, que d'autoriser ce prélèvement équitable, même sur les valeurs dont le titre se trouve en France, et d'ordonner la remise de ce titre à l'héritier français, pour le faire valoir ainsi qu'il avisera. » Seulement il faut bien reconnaître qu'en fait l'héritier français pourra se trouver fort embarrassé, pour faire valoir son droit en pays étranger au mépris de la loi étrangère.

Il ne nous paraît pas que la question de savoir comment s'exerce le prélèvement puisse offrir des difficultés sérieuses, sauf les difficultés de fait inhérentes à l'évaluation des biens. On forme une masse fictive de tous les biens, tant ceux situés en pays étranger, que ceux situés en Belgique, et s'il apparaît que la répartition des biens étrangers, telle qu'elle est organisée et effectuée d'après

(1) Cass. Fr. 21 mars 1855. Galitzen. Sirey. 1855, I, 273.

(2) Demolombe. *Cours de Code civil*, T. XIII, n° 207.

(3) Sirey. 1849, I, 193 et 640.

la loi étrangère, est préjudiciable à l'héritier belge, au point de vue de la loi successorale belge, il prélève sur les biens situés en Belgique une part égale à celle dont il est dépouillé. Laurent fait observer que ce prélèvement ne peut s'exercer que vis-à-vis de l'héritier étranger qui profite de l'exclusion de l'héritier belge en pays étranger ; « sinon une loi d'égalité deviendrait une loi d'inégalité ». Et cela nous paraît rationnel. La Cour de Cassation de France a jugé en ce sens (1).

786. — Il est évident que le droit de prélèvement s'exerce à fortiori s'il s'agit d'une succession ouverte en Belgique, et comprenant des immeubles situés en pays étranger. Il semble même que le législateur ait eu spécialement cette hypothèse en vue, bien que le principe de la loi soit général, et s'applique nécessairement même au cas d'une succession ouverte en pays étranger. « Nous usons du droit qui appartient à toutes les nations » disait M. de Serre en France, « de régler les successions qui s'ouvrent sur leur territoire. » Mais le texte a une portée plus grande, ainsi que nous l'avons vu, et les discussions démontrent que, dans la pensée du législateur, il doit recevoir application même au cas où il s'agit d'une succession ouverte en pays étranger, pour peu qu'un héritier belge y soit intéressé et qu'il y ait des biens situés en Belgique. Le prélèvement s'opérera donc de la même manière et avec la même étendue dans les deux cas.

787. — Toutefois, s'il s'agit d'une succession ouverte en Belgique, on appliquera dans notre pays la loi belge quant à sa dévolution, quand même le défunt n'aurait laissé que des héritiers étrangers. Cette règle ne recevra exception que relativement aux immeubles situés en pays étranger, si dans ce pays l'on applique la *lex rei sitae*. Or, nous avons vu qu'il n'en est pas ainsi dans divers pays, et qu'en Allemagne, par exemple, la succession, tant immobilière que mobilière, est régie par la loi du lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire par la

(1) Laurent. *Droit civil*. T. VIII, n° 565. — Cass. Fr., 27 août 1850. *D. P.*, 1850, I, 257.

loi du dernier domicile du défunt. La succession d'un Allemand, domicilié en Belgique à l'époque de son décès, sera donc en général régie par la loi belge, même quant aux immeubles situés en Allemagne. Il en sera autrement de la succession d'un Anglais domicilié en Belgique, quant aux immeubles situés en Angleterre. D'autre part, comme on admet déjà dans certains pays que la succession est régie par la loi nationale du défunt, en Italie et en Espagne par exemple, il peut en résulter une nouvelle source de conflits. La succession d'un Italien domicilié en Belgique sera en effet répartie d'après les lois belges, pour ce qui concerne les meubles et les immeubles se trouvant en Belgique, mais uniquement d'après la loi italienne pour ce qui concerne les meubles et immeubles situés ou se trouvant en Italie. Et il en serait de même, dans notre pays, quant à l'acceptation, à la renonciation, à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, à la contribution et à l'obligation aux dettes. Nous nous référons pour le surplus aux observations que nous avons faites sur les conséquences de l'application de la loi nationale, en tant que loi personnelle du défunt. Elles demeurent debout *mutatis mutandis*, et en substituant à la loi du domicile du défunt la loi nationale de celui-ci en tant que loi personnelle.

TITRE XVI.

DES DONATIONS ET DES TESTAMENTS EN GÉNÉRAL.

788. — Brocher fait remarquer que les donations et testaments suivent immédiatement dans le Code civil les dispositions relatives à la succession légale, que cette combinaison des deux sujets n'est pas arbitraire et provient de ce que l'un se rattache à l'autre comme à sa base naturelle⁽¹⁾. Cette observation nous paraît fort juste, mais cet auteur va peut-être un peu loin en affirmant que, la succession légale constituant l'évolution la plus normale de la transmission *héréditaire* des biens, d'après les antécédents historiques et les textes du droit positif français, les dispositions à titre gratuit y ont *nature d'exceptions* autorisées, et d'accessoires plus ou moins complexes. On conçoit difficilement la disposition *entre vifs* à titre gratuit, comme une exception à la transmission *héréditaire* des biens par *voie de succession légale*. La transmission héréditaire ne peut avoir pour objet en règle que les biens de l'hérédité, et c'est par une véritable exception que l'on comprend dans l'hérédité des biens qui n'en font plus partie, au moyen de la réduction des donations qui excèdent la quotité disponible. Mais il est bien vrai que, dans l'ancien droit, la succession testamentaire était l'exception et l'on trouve dans nos plus anciennes coutumes la maxime : « *Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut* » qui est l'antithèse absolue de la règle

(1) Op. cit., T. II, pp. 1 et ss.

établie dans la loi des XII Tables : « *Paterfamilias uti legassit super familia pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto.* » D'après notre ancien droit, l'homme ne disposait pas arbitrairement de ses biens, et l'on distinguait les propres des biens meubles et acquêts, qui constituaient en général la plus faible partie du patrimoine. Il y avait des coutumes d'après lesquelles on ne pouvait disposer d'aucune partie des propres. Toutefois, la maxime que Dieu seul peut faire héritier, ne pouvait avoir pour effet par elle-même de limiter le droit de disposition entre vifs.

Il eut été facile cependant d'é luder les exclusions, prohibitions et limitations établies par la loi, s'il avait été possible de faire par donation ce que l'on ne pouvait faire par testament, et l'on ne pouvait, d'autre part, sans ébranler profondément le droit de propriété, empêcher le maître de disposer de sa chose entre vifs. Les formes compliquées, les conditions multipliées, auxquelles on subordonna les donations, ne furent qu'un expédient auquel on eut recours pour les rendre plus rares, afin de conserver autant que possible les biens dans les familles. Le Code civil est imprégné en partie d'un autre esprit. L'homme n'est plus privé du droit de faire des héritiers dans une certaine mesure, que lorsqu'il laisse des descendants ou ascendants. Mais le droit ancien a laissé sa forte empreinte sur les dispositions de détail qui concernent les formes et les conditions des donations. On s'est montré même à certains égards plus rigoureux encore que le droit coutumier, en ce qui touche les conditions de validité de la donation. Le Code les envisage encore avec défaveur. Plus large que le droit coutumier, quant à l'étendue du droit de disposition, mais toujours favorable à la conservation des biens dans les familles, il semble qu'il ait voulu racheter ou compenser cette concession au droit de propriété et de libre disposition, en prohibant d'une manière absolue les donations à cause de mort. On y trouve, du reste, des règles d'un autre ordre, qui sont inspirées par l'intérêt économique de la société et semblent, au premier

abord, absolument indépendantes de l'intérêt des familles, comme la prohibition des substitutions, d'autres qui sont dictées par des considérations de morale absolue. On s'en convaincra en parcourant les diverses dispositions qui régissent cette matière.

789. — L'art. 893 du Code civil est ainsi conçu : « On ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies. »

Les articles suivants démontrent qu'il ne s'agit pas ici des formes à proprement parler, mais de la nature du fait juridique, de sa substance. Car l'art. 894 définit immédiatement cette donation entre vifs que le législateur permet, et l'art. 895 précise ce qu'il entend par un testament. La donation entre vifs implique un dépouillement actuel et irrévocable, le testament une disposition essentiellement révocable faite pour le temps où le disposant n'existera plus. Tout autre mode de disposition à titre gratuit est interdit. Brocher est d'avis qu'il s'agit bien ici d'une incapacité *réelle* : « Elle est dans les choses, plus que dans les personnes ou la forme des actes⁽¹⁾. » Ces expressions *incapacité réelle* sont un peu obscures; l'auteur a voulu dire évidemment qu'elles sont indépendantes de la qualité de la personne, de sa nationalité etc..., qu'elles existent relativement à toutes les choses soumises par leur situation à l'empire de la loi française. Cette opinion peut parfaitement être admise dans le système de notre droit positif, qui fait régir la succession immobilière par la loi du *situs* réel, la succession mobilière par la loi du *situs* ordinaire ou présumé. Car la loi de la situation se confond alors avec la loi qui régit la succession. Mais en sera-t-il de même si l'on admet que la succession doit être régie par la loi nationale du défunt? La question est très délicate.

Il semble bien d'une part que la prohibition de la donation de biens à venir, et la règle de l'irrévocabilité des

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 4.

donations, par exemple, aient pour but d'assurer la conservation des biens dans les familles, et d'empêcher les libéralités trop faciles au préjudice des héritiers légitimes. Les auteurs le reconnaissent; et, s'il en est ainsi des prohibitions de ce genre se rattachant à la loi successorale, si la loi nationale du *de cuius* doit régir sa succession, c'est à elle qu'il faudrait rationnellement s'en référer pour décider s'il a pu légalement faire une institution contractuelle, s'il est en droit de révoquer une donation. Nous croyons en effet, qu'il ne pourra faire de donation révocable, ni d'institution contractuelle, que si cette loi l'y autorise. Mais suffira-t-il qu'elle l'y autorise, pour que l'institution contractuelle soit valable, pour que sa donation soit révocable, même en ce qui concerne des biens situés en pays étranger, lorsque dans ce dernier pays l'institution contractuelle est interdite, lorsque la donation y est essentiellement irrévocable? Un étranger pourra-t-il, en supposant que sa succession dût être régie par sa loi nationale, soutenir avec succès sur le fondement de celle-ci, qu'une institution contractuelle faite par lui est valable en ce qui touche les biens situés en Belgique ou en France? On peut alléguer pour la négative que la règle d'après laquelle les immeubles sont régis par la *lex situs*, et nous avons vu qu'il en est de même pour les meubles considérés *in specie*, ne permet pas que la propriété en soit acquise par des modes que la *lex situs* réprouve. Mais il ne nous paraît pas que l'on puisse appliquer ce principe, lorsque la prohibition a sa source unique dans le régime successoral, et dans l'intérêt de la famille, dès que l'on reconnaît que la succession est régie par la loi nationale. La *lex situs* ne prévaudra donc en cas pareil sur la loi qui régir la succession, que si elle se fonde en outre sur des motifs d'ordre économique général ou de morale absolue (1).

(1) En France la jurisprudence et la plupart des auteurs appliquent la *lex situs* qui se confond avec la loi par laquelle la succession est régie. Cass. 3 mai 1815. Dalloz. V. *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 1356. — Duranton. T. I, n° 85. — Aubry et Rau. T. I, p. 84. — Brocher. T. II, p. 27. — On a été

790. — Il en est ainsi, de l'avis de tous, même des partisans de l'application de la loi nationale, en ce qui concerne l'art. 896, qui prohibe les substitutions. La substitution établie par un étranger dans son testament, ou dans une donation, ne saurait produire aucun effet sur des immeubles situés en France⁽¹⁾. Mais l'art. 897 comporte diverses exceptions (art. 897 à 899), et il est d'usage de dire que la loi qui impose la règle, détermine aussi les exceptions. Telle semble être l'opinion de Brocher, qui considère toutes ces dispositions comme se rapportant au statut réel⁽²⁾. La vérité est que le statut réel constitue la limite des exceptions, c'est-à-dire que l'on ne peut en admettre d'autres que celles qui sont admises par la loi de la situation. Mais il ne nous semble pas qu'il faille admettre nécessairement toutes les exceptions que la loi de la situation comporte, lorsque ces exceptions sont fondées sur des considérations de famille auxquelles la loi qui régit la famille n'a point eu égard. Supposons, par exemple, que la loi étrangère réproouve également les substitutions interdites par la loi belge, et ne contienne pas d'exception pour les dispositions des père et mère, des frères et sœurs, cette exception devrait-elle être admise, s'agissant d'un donateur soumis à cette loi? Nous ne le pensons pas. L'exception dépend en ce cas d'une loi pure-

fort loin dans l'application de cette règle. Une donation est tenue pour valable ou nulle en la substance, révocable ou irrévocable, par la jurisprudence française suivant les dispositions de la *lex situs*. Il en est ainsi lors même qu'il s'agirait de donations par contrat de mariage ou entre époux. Principe et exceptions, tout est dominé par la loi de la situation. Cass. 2 avril 1884. *Droit*, 3 août 1884. — Idem 20 juin 1887. *Droit*, 2 juillet 1887 (Institution contractuelle par un père espagnol au profit de son fils italien). — Bordeaux, 10 janvier 1881 et Cass. 20 févr. 1882, S. 82, 1, 145 (Promesse d'égalité faite par un père étranger dans le contrat de mariage de son fils en France). — Il y a là, nous paraît-il des exagérations qui ne peuvent être admises. La *lex situs* peut bien exiger que l'on considère comme inefficaces en France, lors même qu'elles sont valables en pays étranger, des donations ayant pour objet des biens situés en France, mais, il n'y serait porté aucune atteinte par le fait que l'on ne validerait pas en France des donations déclarées nulles en la substance par telle ou telle loi étrangère, et ayant pour objet des biens situés en France. La seule conséquence de cette annulation est de faire rentrer dans une succession, qui, dans le système du droit positif français, sera d'ailleurs régie par la loi française, des biens qui en sont sortis.

(1) V. les nombreuses autorités dans Vincent et Pénaud, v^o *Testament*, n^o 102.

(2) Brocher. T. II, p. 7.

ment personnelle, et celui-là seul qui est soumis à cette loi a le droit de s'en prévaloir. Il n'en est pas autrement des exceptions qui ne font que limiter et préciser ce que la loi entend par substitution prohibée, comme celles des art. 898 et 899, qui fixent la nature de la substitution vulgaire. Il faut consulter la loi du lieu de la situation, à moins que la loi personnelle du donateur ne limite encore davantage son droit.

791. — Il n'est pas douteux que la disposition de l'art. 900, réputant non écrites les conditions impossibles et celles contraires aux lois et aux bonnes mœurs, soit d'ordre public. Il s'ensuit qu'en ce qui concerne les successions ouvertes en Belgique, et, même lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte en pays étranger, en ce qui concerne les immeubles situés dans notre pays, et la portion de la succession régie en conséquence par nos lois, nos tribunaux feront application de cette disposition. Mais que décidera-t-on, dans ce dernier cas, en ce qui touche les meubles se trouvant dans notre pays? Il peut se faire que la condition contraire à nos bonnes mœurs ne soit pas contraire à la loi étrangère, à notre ordre public. Il peut arriver aussi que la loi étrangère, au lieu de réputer la condition non écrite, annule toute la disposition. Il est tout d'abord certain que nos tribunaux ne pourront prêter main forte, dans notre pays, à l'exécution forcée d'une condition contraire à notre ordre public, à nos bonnes mœurs. Mais, quant à la sanction, quelle loi appliquera-t-on? Nous pensons que, sauf le cas de prélèvement, ce sera uniquement la loi étrangère. Notre ordre public n'est pas essentiellement intéressé à ce que la sanction consiste dans l'annulation de la condition, ou dans l'annulation de la disposition tout entière. Le législateur belge croit respecter davantage la volonté du disposant en optant pour le premier parti; le législateur étranger peut être d'un avis contraire, et, pour autant qu'il s'agit d'une présomption d'intention et d'une succession mobilière régie par la loi étrangère, c'est celle-ci qui doit être préférée⁽¹⁾.

(1) Laurent considère la règle de l'art. 900 comme essentiellement person-

792. — Les dispositions très générales des art. 901 et 902 exigeant que l'on soit sain d'esprit pour faire une donation entre vifs ou un testament, et que, pour disposer ou recevoir par des actes de cette nature, on n'en soit pas déclaré incapable par la loi, ne donnent lieu à aucune difficulté. Des dispositions analogues existent évidemment partout. Les art. 903 à 905 concernent ce que les auteurs allemands appellent la *Handlungsfähigkeit*, la capacité d'agir, celle du mineur et de la femme mariée, comme tels. Il est clair que dans notre pays on appliquera la loi nationale, dans d'autres la loi du domicile, suivant les distinctions que nous avons indiquées plus haut. Et, s'agissant d'actes à titre gratuit, il ne saurait être question de subordonner cette application aux tempéraments admis par la jurisprudence française, lorsqu'il s'agit d'apprécier après coup la validité d'actes à titre onéreux. Il importe peu que l'acte ait pour objet des immeubles ; les questions de capacité proprement dites sont régies par la loi personnelle sans égard à la situation des immeubles. Il n'existe plus guères de dissentiment aujourd'hui à cet égard en Belgique et en France, et l'on est d'accord à ce sujet dans la plupart des pays, sauf dans ceux de race anglo-saxonne, où l'on admet encore en général que la capacité, s'agissant d'immeubles, est régie par la loi du lieu de la situation réelle. Il ne s'est produit de dissentiment en France que dans le cas où l'incapacité est attachée à un

nelle, en tant qu'il s'agit de la sanction. Le principe d'après lequel la condition impossible ou illicite est réputée non écrite, reposerait sur ce que cette condition se serait glissée par erreur dans les dispositions du testateur, et ce principe n'était admis dans l'ancien droit qu'en ce qui concerne les testaments : il ne l'était pas en matière de donations. Le Code l'a étendu à celles-ci. Laurent semble bien près de croire qu'il eût mieux fait de le supprimer. Nous reconnaissons avec lui que le principe repose avant tout sur une présomption de volonté, rationnelle ou fautive. Tel était déjà l'avis de Ricard (n° 225). Mais nous n'en concluons pas comme lui, que dans l'état de notre droit positif actuel, il faille toujours appliquer en cette matière la loi nationale du disposant (Laurent. Op. cit., T. VI, p. 272). Il s'agit d'une présomption de volonté, sans doute, mais d'une présomption *juris et de jure*, d'une présomption absolue, suivant ce qu'enseigne Laurent lui-même, et cette présomption influe immédiatement sur les effets de la donation, du testament, sur la validité même de la disposition, sur la consistance ultérieure de la succession. Lorsque la disposition a pour objet des immeubles situés en Belgique ou en France, l'application de la *lex situs* nous paraît s'imposer, au moins s'agissant d'un testament, cette loi régissant la succession.

état qui doit être constaté par jugement. Dans certains pays, dans les Pays-Bas, par exemple, le prodigue ne peut pas tester. Serait-il incapable de disposer par testament d'immeubles situés en Belgique, lorsqu'il a été mis en interdiction par un jugement régulièrement rendu en Hollande, dans son pays d'origine? Merlin s'est prononcé pour la négative. La coutume de Bourbourg permettait au prodigue de tester avec l'assistance de son curateur. De là, la question de savoir, si le prodigue étranger, incapable de tester d'après sa loi personnelle, pourrait disposer par testament de biens situés dans la coutume de Bourbourg. C'est comme on le voit, la même question posée en sens inverse. Merlin applique la loi de la situation, par cette raison empruntée à la doctrine ancienne de Hertius et d'Abraham de Wesel, que la permission de tester qui lui est accordée par les lois de la province forme une exception à l'incapacité générale dans laquelle elles la constituent, et que par conséquent il en résulte un statut réel⁽¹⁾. On retrouve donc ici la vieille distinction entre les incapacités particulières et les incapacités générales, distinction généralement rejetée aujourd'hui, et que nous avons rencontrée dans la première partie de notre ouvrage. Elle n'a en vérité aucune base rationnelle, et Laurent repousse avec raison le système de Merlin⁽²⁾.

793. — Nous nous sommes déjà occupé ailleurs des incapacités qui ont leur fondement, non dans le développement incomplet des facultés intellectuelles ou dans leur oblitération, ni dans les nécessités de la bonne organisation du mariage ou de la famille telles qu'on les conçoit dans les divers pays, par exemple l'incapacité de la femme mariée, mais dans des considérations d'un ordre tout différent, dans des institutions étrangères que notre ordre public absolu répudie et condamne. Nous voulons parler de la mort civile, de l'esclavage et des incapacités fondées sur l'exclusivisme religieux, et par cela même contraires à la liberté de conscience. On rencontre

(1) Merlin. *Rep.*, v^o *Testament*, sect. I, § V, art. 1^{er}.

(2) Laurent. *Op. cit.*, T. VI, p. 352.

cependant, dans la matière des donations et des testaments, quelques questions particulièrement délicates, qu'il nous est impossible de passer sous silence. En principe, les causes d'incapacité dont il s'agit ne peuvent être admises en Belgique : sur ce point l'on est généralement d'accord. Mais quelles sont les conséquences de ce principe? Il y a lieu tout d'abord de distinguer, ce nous semble, entre la mort civile et les incapacités qui, dans certains pays frappent les religieux cloîtrés ou les hérétiques. Ces dernières sont répudiées dans notre pays, à cause du motif sur lequel elles reposent et qui blesse nos idées de tolérance et de liberté religieuse : elles le sont par conséquent d'une manière complète. Mais il n'en est pas de même de la mort civile. Certaines des incapacités qui en résultent pourraient frapper dans notre pays les condamnés en matière répressive. Il en est ainsi de l'incapacité de disposer de ses biens à titre gratuit et entre vifs, qui frappe certainement tout condamné à une peine criminelle en Belgique, en vertu de l'interdiction légale (art. 22, C. p.). La mort civile dont un étranger a été frappé dans son pays, en vertu d'une condamnation à une peine criminelle, ne blesse donc notre ordre public que par sa généralité : elle ne le blesse nullement en tant qu'elle engendre l'incapacité de faire une donation entre vifs, et nous croyons que l'étranger qui en a été frappé dans son pays est incapable de faire une donation entre vifs, même en Belgique, même relativement à des biens situés en Belgique. On ne refusera à la mort civile prononcée contre un étranger dans son pays, comme conséquence d'une condamnation pénale, que les effets qui seraient incompatibles avec notre propre législation pénale⁽¹⁾. Mais si la mort civile frappait un étranger à raison de sa religion, de sa race, de sa profession ou d'une proscription politique, on n'y aurait en principe aucun égard dans notre pays⁽²⁾.

(1) V. en ce sens : Weiss. Op. cit., p. 436. — Demangeat. *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 375. — Bertauld. Op. cit., T. I, p. 129, etc. — Il n'en serait pas de même, à notre avis, de l'incapacité de recevoir ou d'acquérir qui dériverait de la mort civile, et cela pour plusieurs raisons.

(2) M. Weiss (p. 705) admet que l'incapacité qui résulte de la mort civile,

794. — M. Weiss estime en conséquence que les religieux cloîtrés espagnols feront en France un testament que les tribunaux français tiendront comme valable, bien que la législation espagnole le prohibe⁽¹⁾. Il ne s'explique pas sur le point de savoir si le testament sera considéré comme valable, même quant aux meubles, fût-il question d'un religieux domicilié en Espagne à l'époque de son décès, s'il le sera alors même qu'il s'agirait d'un testament fait en Espagne et non en France. En réalité, la question peut se présenter sous des aspects très divers. La solution nous paraît devoir varier d'après la question de savoir par quelle loi la succession est régie. Si l'on part du principe qu'elle est régie par la loi de la situation effective en matière immobilière, par la loi de la situation présumée, ou du domicile en matière mobilière, les tribunaux belges ne pourraient certainement, dans l'attribution de la succession à des immeubles situés en Belgique, ou à des meubles délaissés par une personne domiciliée dans notre pays, avoir égard à l'incapacité du testateur, si elle résulte d'une loi absolument contraire à notre ordre public. Le lieu de la confection du testament nous paraît sans importance. Mais si le défunt était domicilié en pays étranger, sa succession mobilière est régie en principe par la loi étrangère, en vertu de la maxime *mobilia sequuntur personam*. Aurons-nous égard à cette fiction, en ce qui concerne les meubles qui se trouvent réellement en Belgique, lorsqu'un légataire de l'individu frappé d'incapacité par sa loi nationale, et un successeur *ab intestat* s'en disputeront la propriété devant nos tribunaux? Nous inclinons pour la négative, parce qu'il ne s'agit que d'une fiction et que cette fiction nous paraît devoir disparaître quand l'ordre public est en jeu. Dans le système qui considère la succession comme de droit réel, la loi de la situation doit prévaloir dès que

prononcée contre l'étranger par sa juridiction nationale, invalidera, même le testament fait en France par le condamné. Mais dans ce pays l'interdiction légale emporte l'incapacité de tester et non pas seulement celle de faire une donation entre vifs. (Art. 3 de la loi du 31 mai 1854.)

(1) Weiss. Op. cit., p. 705.

l'ordre public est en jeu. Pour ce qui concerne la donation entre vifs, la question est plus délicate.

La donation n'a pas un rapport aussi immédiat avec la succession, sauf dans la mesure où la réserve est atteinte, et en ce qui concerne les dispositions qui ont pour but direct de conserver les biens dans les familles. Mais il n'en est certainement pas ainsi de celles qui établissent des incapacités comme celles dont nous nous occupons. Lorsqu'un moine cloîtré étranger, incapable de faire une donation d'après sa loi nationale, fait une donation dans son pays, cet acte nul *ab initio* d'après la loi locale, qui est aussi la loi personnelle du donateur, ne peut être considéré comme valable chez nous, s'agissant même de biens situés dans notre pays. Nous ne pouvons avoir la prétention d'imposer le respect de notre ordre public en pays étranger, s'agissant d'actes accomplis par des étrangers. L'appréciation de la validité de ces actes rentre complètement dans la compétence législative de l'Etat étranger sur le sol duquel ils se sont accomplis, et auquel le donateur appartient par sa nationalité. Il nous semble qu'une décision par laquelle nos tribunaux galvaniseraient cet acte frappé de stérilité à son origine, et lui rendraient sa force obligatoire, constituerait de leur part une intolérable intrusion dans le domaine législatif de l'Etat étranger. S'ils ont à se prononcer ultérieurement sur la répartition des immeubles dépendant de la succession de l'étranger donateur et faisant l'objet de cette donation, ils répartiront cette succession immobilière telle qu'elle se comporte. En fait, ces immeubles en font encore partie. En le constatant, ils ne donnent pas directement effet sur notre sol à une incapacité contraire à notre ordre public établie par une loi étrangère ; ils prennent acte des effets produits en pays étranger par cette incapacité relativement aux contrats qui y ont été passés. Si nous en avons décidé autrement en ce qui concerne les testaments, c'est qu'il s'agit d'actes qui ne peuvent produire effet qu'au décès, que les biens qui en sont l'objet font encore partie intégrante de la succession et que la question est seulement de savoir

comment les biens successoraux seront répartis, question déterminée par la *lex situs*, d'après les règles fort sujettes à critique mais généralement admises dans notre droit positif actuel. La donation faite par un moine étranger dans notre pays ne pourra, d'autre part, être invalidée dans notre pays, pas plus que celle faite par un moine belge en pays étranger, à raison d'une incapacité répudiée par nos lois d'ordre public.

795. — Au cas où l'on admettrait la répartition de la succession d'après la loi nationale, et non d'après la *lex situs*, nous préconiserions une solution semblable quant au testament. L'attribution d'une succession d'après la loi nationale ne peut pas être modifiée, selon nous, par un testament nul en la substance à raison d'une incapacité établie par cette même loi nationale, lors même que cette incapacité serait contraire à nos lois d'ordre public, si, au moment où ce testament a été fait, le testateur se trouvait dans un pays où cette incapacité était admise et ne pouvait, par conséquent, à aucun titre, se réclamer de nos principes de liberté et de tolérance religieuse pour revendiquer une capacité plus étendue que celle dont il jouissait d'après sa loi nationale. La succession est dans ce cas dévolue d'après celle-ci. Nous n'avons qu'à constater les effets ou l'absence d'effets d'un acte qui, à tous égards, échappe à notre contrôle. Nous admettons pour ce cas la parfaite exactitude des observations de M. de Bar sur la contradiction qui existerait entre la validation d'un pareil testament, quant aux biens situés en Belgique seulement, et le principe de l'universalité de la succession. Cette contradiction existerait, il est vrai, encore dans l'hypothèse où le testament serait fait en Belgique. Mais alors, elle est inévitable, à moins de faire absolument trop bon marché de nos lois d'ordre public. Il est de la nature des lois d'ordre public absolu, du reste, d'engendrer des conflits insolubles. Ce n'est pas un motif pour les méconnaître, mais pour en restreindre l'effet dans la mesure légitime.

796. — L'art. 906 du Code civil dispose que, pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au

moment de la donation, et pour recevoir par testament, d'être conçu à l'époque du décès du testateur, mais que ni la donation ni le testament n'auront d'effet que si l'enfant naît viable. Il importe beaucoup de savoir quelle est la loi d'après laquelle cette capacité doit être appréciée, parce que, d'après certaines législations, il n'est pas nécessaire que l'enfant naisse viable pour qu'il ait pu succéder, et par conséquent être gratifié. Il y a lieu d'appliquer, selon nous, la loi qui régit la succession s'il s'agit du testament. Les considérations que nous avons fait valoir en faveur de l'application de cette loi, lorsqu'il s'agit de recueillir une succession *ab intestat* (art. 728, Code civ.), s'appliquent parfaitement lorsqu'il s'agit de la succession testamentaire. La question est toujours de savoir comment la succession sera répartie. Comme le fait remarquer avec raison de Bar ⁽¹⁾, lorsque la loi déclare une personne incapable de succéder, elle ne fait pas autre chose que déclarer que cette personne ne succédera pas, bien que sous d'autres rapports elle réunisse les conditions nécessaires pour succéder. La loi qui régit la succession ne peut abandonner la décision de cette question à aucune autre.

797. — Plusieurs auteurs sont cependant d'avis, que pour qu'une disposition testamentaire soit valable au fond, il faut aussi que le légataire soit capable de recueillir d'après sa loi personnelle, laquelle est, d'après nous, sa loi nationale ⁽²⁾. C'est une question bien délicate. Nous n'irons certes pas jusqu'à dire avec la Cour de Cassation de France : « que les lois qui règlent la transmission héréditaire se rattachent indistinctement au statut réel

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 314. Il admet cependant, que dans certaines circonstances on doit aussi avoir égard à la loi nationale de l'héritier ; mais c'est plutôt par des considérations de nécessité pratique. En ce sens : Brocher. T. II, p. 13. — MM. Asser et Rivier soutiennent le système contraire, mais ils reconnaissent que l'application de la loi qui régit la succession est logique lorsque l'on soumet celle-ci à la *lex rei sitae* (V. p. 140, note 1). — V. encore dans notre sens : Tr. Evreux, 17 août 1881 et Pau, 22 juin 1885. *J. de d. int. pr.* 1882, p. 194 et 1887, p. 611.

(2) Savigny. Op. cit., T. VIII, § 377. — Demangeat sur Fœlix. Op. cit., T. I, p. 64, note A et p. 146. — Laurent. Op. cit., T. VI, pp. 331 et ss. — Weiss. Op. cit., p. 704. — Paris, 10 août 1872. *J. de d. i. p.*, 1884, p. 192.

en toutes leurs parties, même en celles qui édictent des incapacités de succéder (3). Car sous couleur de statut réel, et à l'aide de la fiction *mobilia sequuntur personam*, c'est en réalité par la loi personnelle que la répartition de la succession active mobilière est réglée, et c'est la loi personnelle qui domine la répartition des dettes. Mais la question est de savoir s'il faut appliquer, en ce qui concerne la capacité de recevoir un legs, la loi qui régit la succession dans son ensemble, ou la loi personnelle du légataire. En ce qui concerne la succession *ab intestat*, nous avons appliqué uniquement la loi qui régit la succession, parce que la capacité de succéder se confond avec le droit à la succession. Et nier qu'elle soit régie par la loi qui gouverne la succession, c'est refuser à cette dernière le pouvoir de répartir la succession comme elle le juge convenable. Il semble qu'il n'en soit pas tout à fait de même ici. Le légataire bénéficie d'une disposition de l'homme, et non par le fait immédiat de la loi; et il semble que l'on puisse, sans porter atteinte à l'action de la loi qui régit la succession, apprécier son droit et sa capacité d'après sa loi nationale. Mais, s'il ne bénéficie pas directement de la loi, il en bénéficie d'une manière indirecte, puisque c'est elle qui permet de le gratifier de certains biens dans la succession. D'un autre côté, il faut bien reconnaître qu'ici encore il ne s'agit pas précisément de la capacité dans le sens propre du mot, de la capacité à l'effet d'accomplir tels ou tels actes, soit seul, soit avec l'assistance ou l'autorisation d'un pouvoir tutélaire quelconque, de la *Handlungsfähigkeit*, mais du droit lui-même ou, comme on le dit en Allemagne, de la capacité de droit, *Rechtsfähigkeit*. Or, il semble des plus rationnels de faire régir le droit de recueillir un bénéfice par la loi qui régit le droit de le conférer. S'agit-il au contraire de la capacité à proprement parler, de décider, par exemple, si l'étranger a capacité aux fins d'accepter par lui-même un legs universel, ou particulier, s'il doit être représenté à

(1) Cass. 31 mars 1874. Sirey. 1874, I, 346.

cet effet par un tuteur, s'il a besoin de telles ou telles autorisations, de telle ou telle intervention, on appliquera évidemment la loi nationale de l'institué ou du légataire. Enfin, en ce qui concerne les règles sur la capacité et l'incapacité de droit, elles ne pourront jamais recevoir application dans un pays où elles seraient en opposition avec l'ordre public, lors même qu'elles résulteraient de la loi qui régit la succession.

798. — Appliquons maintenant ces principes. L'enfant qui n'est pas né viable est incapable de succéder d'après le Code Napoléon. Il est également incapable de recevoir à titre de donation ou de legs (art. 906, Code civ.). Mais l'enfant simplement conçu est capable de recevoir à ce titre, et la donation, ainsi que le testament produisent leurs effets, si l'enfant naît ultérieurement viable (art. 906, Code civ.). Un Allemand (et nous le supposons domicilié en Allemagne, pour éviter toute difficulté, en ce qui concerne la détermination de la loi qui régit la succession) lègue tous ses biens à un enfant simplement conçu, et cet enfant de parents belges et domiciliés en Belgique naît après le décès du testateur, vivant *mais non viable*. Le legs lui est acquis s'il faut consulter la loi allemande. S'il faut consulter la loi belge, quant à sa capacité de recevoir, le legs ne lui est pas acquis, et l'Allemand est mort *ab intestat*. Mais, lorsque l'on consulte la loi allemande, il faut bien reconnaître que, quant à cette question spéciale, on aboutit à d'assez singulières conséquences. Au moment où l'enfant non né viable vient à décéder, que deviennent les biens qui lui ont été attribués ? La succession est en principe régie par la loi personnelle du défunt. Or ne peut-on pas dire que la loi personnelle de ce défunt ne lui reconnaît ni droits, ni personnalité, ni par conséquent le droit de transmettre même par *intestat* des biens qu'il ne possède pas ? Et, s'il en est ainsi, ne peut-on pas soutenir qu'il en doit être ainsi, même aux yeux de la loi allemande, le droit allemand admettant également que la succession est régie par la loi personnelle du défunt ? Cela nous ramènerait au principe que son droit d'acquérir à

titre de legs en pays étranger est régi par sa loi nationale. Mais nous pensons que l'on exagérerait en disant que l'enfant né non viable n'aurait aucune personnalité. Tout ce qui résulte de nos lois, c'est qu'il n'est pas capable à leurs yeux de recueillir *ab intestat*, ni à titre de donation ou de legs ; mais la question est de savoir si cela peut s'appliquer aux donations et testaments régis par des lois étrangères, et il ne résulte pas de notre législation que l'enfant né non viable n'ait pas de personnalité. Au surplus, lors même qu'on admettrait qu'à nos yeux il n'a pas de personnalité, pas de succession, la conséquence que l'on devrait en déduire, c'est qu'il est impossible que sa succession soit régie par notre loi. Et comme en fait, d'après plusieurs législations, et d'après le droit canon également, il est capable d'acquérir, de posséder et de transmettre par succession, il ne resterait d'autre parti à prendre que de considérer sa succession comme régie par la loi qui lui aurait été applicable, si cette loi avait reconnu sa capacité, c'est-à-dire par sa loi personnelle ou par la loi de la situation.

799. — Il y a cependant quelque doute en ce qui concerne le droit de recevoir une donation. Les règles établies par cette matière ont bien des rapports indirects avec la loi successorale, en ce qui concerne la détermination de la réserve et de la quotité disponible, mais on ne voit pas de rapports directs entre la loi successorale et la loi qui règle la capacité ou la qualité aux fins de recevoir une donation entre vifs. Ce n'est certes pas en vue de sauvegarder l'intégralité de la succession, que la loi établit l'incapacité de l'enfant né non viable. Ce n'est pas non plus dans l'intérêt du régime économique des biens. Et cependant c'est une disposition qui, par elle-même, a force obligatoire, et ne dépend en aucune façon de la volonté libre des parties. Il faut choisir, nous paraît-il, entre la loi nationale du disposant et celle du donataire. Nous croyons devoir donner la préférence à la première. Il n'est pas au pouvoir du législateur de mettre un obstacle absolu à la faculté de recevoir du donataire, si

ce n'est en ce qui touche les biens situés dans le territoire. Mais le législateur du lieu de la situation ne nous paraît y avoir aucun intérêt, s'il n'est en même temps le législateur de la nation à laquelle appartient le donateur. Ce dernier peut au contraire y avoir intérêt, l'effet de cette disposition étant toujours, bien que tel ne soit pas son but, de conserver les biens dans la famille du donateur, telle que la conçoit le législateur national. Et il nous paraît avoir le droit de limiter la faculté de disposition des nationaux. Telle est notre opinion sur cette question, qui a rarement été examinée par les auteurs et qu'ils ont résolue en sens divers. Nous avons vu que Laurent et Weiss appliquent invariablement ici la loi nationale du gratifié, parce qu'il s'agit pour eux d'une question de capacité régie par l'art. 3, § 3, du Code civil. Brocher applique au contraire la loi qui régit la succession. Il n'est pas possible, d'après lui, d'enlever tout ou partie d'une succession française à ses titulaires *nationaux*, pour en investir un étranger qui ne satisferait pas à une condition énoncée en termes aussi absolus, et destinée à protéger la succession légale contre des prétentions contraires à la loi territoriale qui régit celle-ci. Mais cette condition ne nous paraît pas, s'agissant de la donation, *destinée* à protéger la *succession légale* contre de pareilles prétentions. Et en parlant des titulaires *nationaux* de la succession française, M. Brocher oublie que, dans le système du droit français, la succession n'est pas régie par la loi nationale. Remarquons au surplus que notre dissentiment avec Brocher disparaît, si l'on admet que la succession doit, d'après les vrais principes, être régie par la loi nationale, les deux lois se confondant (1).

800. — L'art. 907 du Code civil déclare que le mineur ne peut, même par testament, disposer au profit de son tuteur, et que le mineur, devenu majeur, ne peut disposer au profit de celui-ci avant que le compte de tutelle n'ait été préalablement rendu et apuré. Il n'y a d'exception

(1) Brocher. T. 2, pp. 13 et ss.

qu'en faveur des ascendants du mineur. Quelle loi faudrait-il consulter? La loi personnelle du mineur, répond Laurent. Il ne se préoccupe donc pas de la question de savoir si le tuteur est capable de *recevoir* d'après sa propre loi personnelle, et il lui suffit que le mineur soit capable de donner d'après la sienne. Nous pensons qu'il a pleinement raison. Mais il manque de logique, puisqu'il admet en principe que la capacité de recevoir doit exister chez celui qui bénéficie du legs, comme la capacité de disposer chez celui qui en est l'auteur, et que leur capacité doit être appréciée d'après leurs lois nationales respectives; puisqu'il invoque à cet égard l'art. 3 du Code civil comme s'appliquant à toute espèce d'incapacités. Laurent est donc loin d'être absolument fidèle au système en faveur duquel M. Weiss se prévaut de son autorité.

Cette disposition peut-elle être considérée comme d'ordre public absolu, ou pour emprunter la terminologie vicieuse de M. Laurent, de statut réel⁽¹⁾? La question n'est pas sans difficulté. On peut alléguer en faveur de l'affirmative qu'il y a un intérêt de moralité publique en jeu. Mais nous ne croyons pas que cela soit exact. Elle est avant tout fondée sur l'intérêt du mineur : il s'agit de le protéger contre ses propres entraînements, aussi longtemps qu'il ne sait pas à quoi s'en tenir sur les agissements de son tuteur à son égard, et qu'il peut se faire illusion sur la manière dont celui-ci a géré son patrimoine. Mais qui oserait dire que de pareilles dispositions sont interdites comme immorales en soi? Avant comme après la reddition de compte, elles peuvent avoir pour cause et ont souvent pour mobile un sentiment de reconnaissance des plus légitimes et des plus louables. Et de pareils actes n'ont rien d'immoral, lors même qu'ils se tromperaient d'adresse. On en peut conclure qu'il y a lieu d'appliquer partout en cette matière la loi personnelle du mineur. Il est d'autant plus naturel d'en décider ainsi, qu'il y aurait excès de zèle de la part d'une nation à vouloir le protéger plus que ne le fait sa propre loi.

(1) M. Laurent est ainsi conduit à considérer diverses dispositions comme appartenant à la fois au statut réel et au statut personnel.

801. — Aux termes de l'art. 908 du Code civil, les enfants naturels ne pourront par donation entre vifs ou par testament rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. Le renvoi à la loi successorale est exprès. Laurent reconnaît ici qu'il faut s'attacher à la loi nationale du père, et non à celle de l'enfant ⁽¹⁾. L'enfant sera donc capable de recevoir si son père est capable de disposer en sa faveur. Mais que devient donc l'art. 3, § 3, du Code civil? N'est-il pas vrai de dire qu'il ne concerne pas toute espèce d'incapacités? Nous admettrions en théorie l'opinion de Laurent, si la succession était régie d'après notre droit positif, comme elle devrait l'être par la loi nationale du *de cuius*. Mais comme elle ne l'est pas, d'après Laurent lui-même, il faudra appliquer la loi de la situation s'il s'agit d'immeubles, la loi personnelle du père s'il s'agit de meubles, c'est-à-dire la loi qui régit la succession, et qui détermine en conséquence ceux qui sont capables à recevoir.

La règle dont il s'agit est-elle en même temps une disposition d'ordre public absolu, de telle sorte qu'elle serait applicable à tout enfant naturel qui prétendrait recueillir en Belgique plus que sa part *ab abtestat*, quels que soient son domicile et sa nationalité quels que soient ceux de son père? Cela dépend évidemment des motifs sur lesquels la disposition est basée. Demolombe ⁽²⁾ décide que la loi est réelle. Elle est fondée, d'après lui, *sur des raisons de convenance et d'honnêteté publique*, le législateur ne voulant pas qu'une trop forte part héréditaire passe à l'enfant naturel en concours avec tels ou tels parents du défunt. On pourrait dire aussi qu'elle est fondée sur la défaveur avec laquelle le législateur envisage les enfants naturels, sur lesquels il semble bien avoir voulu faire retomber les conséquences de la faute de leurs parents. Ce serait donc une espèce de pénalité dont l'iniquité du reste saute aux yeux, puisqu'elle retombe sur un innocent.

(1) Laurent. Op. cit., T. VI, n° 212. — Voir toutefois Brocher. Op. cit., T. II, p. 18.

(2) Demolombe. *Cours de Code civil*, T. I, n° 81.

Ces motifs se touchent de près. Et néanmoins, nous ne pouvons admettre qu'il s'agisse d'une disposition d'ordre public absolu. Il ne faut pas abuser de l'ordre public absolu. Il ne serait pas difficile de trouver au fond de toutes les dispositions touchant à la répartition des successions quelque motif d'ordre public, dans les dispositions concernant la réserve, par exemple, dans celles-mêmes qui concernent la répartition de la succession par parts égales entre les enfants. Mais c'est un ordre public qui a son fondement sur l'ordre de la famille, sur l'intérêt de la famille. Et c'est l'organisation de la famille nationale, l'intérêt de cette famille, c'est la régularisation par le mariage des rapports sexuels entre nationaux qui appelle la sollicitude du législateur. Il n'y a ni intérêt public, ni considérations d'ordre moral, qui s'opposent à ce qu'un père naturel étranger donne, si la loi qui régit la succession le lui permet, à son enfant illégitime, au delà de ce qui revient à celui-ci dans sa succession *ab intestat* (1).

802. — Laurent adopte cependant une solution contraire en ce qui concerne les enfants adultérins et incestueux, auxquels l'art. 908 doit recevoir application d'après l'opinion générale. Il est bien vrai que la loi les traite encore plus durement que les enfants naturels proprement dits. Il semble que, plus la faute des parents a été grande, et plus le législateur a cru devoir traiter sévèrement en haine de la faute ceux qui en ont été les innocentes victimes. En présence de cette rigueur, et quelque injuste, quelque excessive qu'elle soit, Laurent admet qu'aux yeux du législateur du moins un intérêt moral absolu exige que ces enfants soient pour ainsi dire oubliés et flétris. Au premier abord, cela paraît illogique, et il semble que cet intérêt, s'il est plus grave, est de même nature que celui qui exige l'exclusion partielle des enfants naturels. Cela n'est cependant pas tout à fait exact. L'exposé des motifs dit que c'est pour honorer

(1) En sens contraire : Weiss. Op. cit., p. 707. — Aubry et Rau. T. I, p. 88 et note 16. — Dans notre sens : Bertauld. Op. cit., T. I, p. 51. — Laurent. Op. cit. — La doctrine de M. de Bar conduit sans nul doute aux mêmes conséquences. Voir au surplus : T. II, p. 330, note 39.

et encourager les mariages que les enfants naturels ne doivent pas avoir les mêmes prérogatives que les enfants légitimes. Tel n'est pas le but de l'exclusion absolue des enfants adultérins et incestueux, puisque le mariage entre leurs parents est impossible. Elle a pour but d'empêcher indirectement des relations que la loi considère comme au plus haut point immorales et scandaleuses. Le législateur n'a cru pouvoir mieux atteindre ce but qu'en dégageant des parents peu scrupuleux, qui n'ont obéi qu'à l'entraînement de leurs sens, de toute obligation vis-à-vis de ceux qui ont été le fruit de leur immorale union, de leur interdire même de rien faire pour eux, si ce n'est de leur donner des aliments. Et cependant nous avons des doutes, parce qu'au fond de tout cela on retrouve l'intérêt de l'ordre des familles. Mais il faut avouer qu'il a été compromis par des actes qui constituent ou de véritables délits, ou des délits moraux d'une gravité particulière. Et l'on peut bien soutenir que les dispositions qui ont pour but de les empêcher indirectement se rattachent à l'ordre public absolu. Nous reconnaissons toutefois que les auteurs ne font pas en général cette distinction entre les enfants naturels ordinaires, et les enfants adultérins ou incestueux. Les uns voient dans leur incapacité une incapacité ordinaire régie par la loi personnelle ou successorale, les autres une disposition d'ordre public international (1).

803. — Aux termes de l'art. 909 du Code civil, les docteurs en médecine ou en chirurgie, officiers de santé, etc. ne peuvent, sauf les exceptions déterminées par le même article, profiter des dispositions entre vifs et testamentaires qui auraient été faites en leur faveur par une personne qu'ils ont traitée dans sa dernière maladie, pendant le cours de cette maladie. Laurent est d'avis que cette incapacité doit être appréciée uniquement d'après la loi

(1) Voir pour les autorités : Vincent et Pénaud, *vo Testament*, n° 86. — Brocher est mentionné à tort comme rangeant cette disposition dans l'ordre public international. Il la considère comme se rattachant au statut personnel et approuve un arrêt de la Cour de Cassation du 7 février 1865 qui en a décidé ainsi (Brocher. T. II, p. 18). Cela nous paraît insoutenable en droit positif à moins que l'on admette que la succession est de statut personnel, ce que le droit français n'admet pas.

personnelle *du gratifié*. Demangeat sur Foelix et Bertauld pensent qu'il faut s'en référer à la loi *du disposant* et font par conséquent bon marché, en cette matière, de la disposition de l'art. 3, § 3, du Code civil. C'est reconnaître, d'après nous, qu'elle ne s'applique pas à toutes les espèces d'incapacités. De quoi s'agit-il donc dans l'espèce? D'une véritable incapacité de droit. On peut même dire que l'incapacité du gratifié se résout en une véritable incapacité de disposer dans le chef du testateur. Et, à ce point de vue encore, nous préférerions l'application de la loi qui régit la succession. Dans le conflit entre la loi personnelle du disposant, qui régit certainement sa capacité de disposer, et la loi personnelle du gratifié qui régirait son droit de recevoir, il paraît préférable de donner la préférence à la première, qui est en même temps la loi régulatrice de la succession. Laurent donne la préférence à la loi personnelle du gratifié par un assez singulier motif : c'est que le texte envisage spécialement l'incapacité de recevoir. Il ne dit pas que le testateur ne pourra léguer et donner à son médecin, mais que le médecin ne pourra recevoir un don ou legs qui lui aurait été fait par le premier dans sa dernière maladie. Mais qui ne voit que c'est absolument la même chose au fond, et que les termes seuls diffèrent? Cela ne rappelle-t-il pas plus ou moins la distinction, *purement verbale*, suivant les expressions de Dumoulin, entre le cas où un statut dispose en ces termes : « *Primogenitus succedat in omnibus bonis* », et celui où il s'exprime ainsi : « *Bona decedentium veniant in primo genitum* » ?

804. — Les art. 910 et 911 soulèvent une des plus intéressantes questions qui se présentent en cette matière. Le premier de ces articles subordonne à l'autorisation du gouvernement l'effet de toutes les dispositions entre vifs ou par testament au profit d'hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique. D'après nos lois du 30 mars 1836, du 19 décembre 1864 et du 30 juin 1865, l'approbation de la députation permanente du Conseil provincial est suffisante, lorsque la valeur des

donations ou legs faits à la commune ou aux établissements communaux ne dépasse pas 5000 francs, sauf recours au roi. L'art. 911 du Code civil déclare nulle toute disposition faite au profit d'un incapable, quelque soit le déguisement que l'on emploie, et répute personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable.

Nous avons distingué deux espèces de personnes morales. Les unes sont les personnes morales nécessaires : l'Etat, la province, les communes, les hospices dépendant de la commune, les bureaux de bienfaisance, les Banques d'Etat, etc... Une nation qui reconnaît un Etat étranger ne peut se dispenser de reconnaître aussi à cet Etat une certaine existence propre, et elle est conduite par voie de conséquence à reconnaître une existence propre aux subdivisions, aux fractionnements de l'Etat. Mais il y a d'autres personnes morales qui sont le produit de l'initiative privée et auxquelles l'Etat, dans son omnipotence législative, reconnaît une existence, des droits et des obligations propres, séparés de ceux des individus qui se sont réunis pour la constituer. On pourrait les appeler personnes morales privées, par opposition à ces personnes morales publiques dont nous avons parlé plus haut. Lorsqu'il s'agit de ces êtres qui n'existent qu'en vertu d'une fiction de la loi, la capacité et le droit de celui qui veut disposer en leur faveur dépend en premier lieu, il faut bien le dire, de la loi qui donne la vie à celui qu'ils veulent gratifier. Mais elle n'est pas indépendante de la loi qui règle le droit de disposition. Nous parlerons en premier lieu des personnes morales nécessaires, de celles qui consistent dans l'Etat ou dans ses subdivisions, provinces, communes, etc...

805. — L'Etat, les provinces, les communes et ses autres subdivisions auxquelles il reconnaît une existence propre, et qui ne sont que des fractionnements de l'Etat, ont une existence universelle, une existence qui doit être reconnue partout. Ils seront donc en général partout capables de recevoir. Mais l'Etat a incontestablement le

droit de restreindre dans certaines limites la capacité des personnes morales qui émanent de lui. Cela n'est pas vrai seulement de celles qui sont le produit de l'initiative privée, et auxquelles il se borne à donner la vie, mais peut-être plus encore de celles qui ne sont que des fractionnements de sa propre substance. Ces limites étant fondées sur des considérations d'utilité sociale, et faisant évidemment partie du droit public de la nation, seront respectées dans le pays où elles sont établies, lors même qu'il s'agirait pour ces établissements de tirer profit de dispositions faites en leur faveur en pays étranger. Et il nous semble, qu'en bonne justice, elles doivent être prises en considération par les autres Etats, et qu'ils n'ont aucun intérêt à ne pas le faire. Mais il nous paraît, en outre, qu'ils peuvent aller plus loin, s'il s'agit pour des êtres moraux étrangers de recueillir des biens situés sur leur territoire. Sans méconnaître leur personnalité, ils peuvent limiter, ce nous semble, par des considérations d'intérêt national, leur droit d'acquérir et de recevoir à titre gratuit, le droit de leur nationaux de disposer en leur faveur. Et il est incontestable que la loi locale, qui subordonnerait à une autorisation du gouvernement le droit d'une commune ou d'une administration publique belge, de recueillir des biens en Belgique, s'appliquerait même aux communes ou administrations publiques étrangères, lesquelles auraient besoin en conséquence d'une double autorisation, si cette condition est également exigée par la loi qui leur a donné l'être et qui limite leur capacité : celle du gouvernement du pays où elles ont à exercer des droits, celle du gouvernement qui les a créées. Il a été fait application de ces principes dans notre pays, en ce qui concerne des legs faits par un Belge à une commune française, à des hospices français, et ayant pour objet des biens situés en Belgique⁽¹⁾. Il en a été fait application également en France.

L'Etat étranger lui-même ne peut certes avoir besoin

(1) V. nos observations à ce sujet, T. I, n° 30.

de cette *double* autorisation pour recevoir, à titre gratuit, des biens situés en notre pays. Et, d'autre part, sa personnalité étant incontestablement reconnue en tous lieux, il a en principe le droit d'acquérir à titre gratuit, comme à titre onéreux, des biens situés dans le territoire d'une autre souveraineté. Mais il est évident que ce droit peut être limité ou subordonné à certaines conditions dans l'intérêt politique ou économique du pays de la situation, lorsqu'il s'agit d'immeubles. Ces deux points ont été généralement reconnus dans les très nombreuses consultations auxquelles a donné lieu la fameuse affaire Zappa, et spécialement le testament du s^r Evanghély Zappa, lequel, décédé en Roumanie le 20 juin 1865, avait légué la nue propriété de biens immeubles considérables situés en Roumanie, à l'Etat Hellénique, pour être gérés par la Commission Olympique. Le droit de l'Etat Hellénique ne fut contesté que lors du décès de l'usufruitier, survenu en 1892.

Les nombreuses autorités consultées, tant par le gouvernement hellénique que par le gouvernement roumain (1), semblent avoir été d'accord sur les principes énoncés ci-dessus, et ils nous paraissent incontestables. M. Renault, consulté par le gouvernement roumain les reconnaît également : « *Dans le silence des textes, on admet en général qu'un Etat étant une personne morale dont l'existence ne saurait être mise en doute, peut être en France propriétaire de meubles ou d'immeubles. En fait les Etats étrangers ne sont guère propriétaires que des immeubles affectés à leurs agents diplomatiques ou au service du culte. En droit rien ne s'oppose à ce qu'ils soient propriétaires d'immeubles ayant une autre destination.* » Une autorisation du gouvernement de la situation n'est nécessaire, d'après la plupart de ces autorités, que lorsque la loi l'exige. M. Fiore va plus loin : il croit qu'une restriction quelconque des droits de l'Etat étranger ne peut résulter que d'un *traité général ou spécial* entre les

(1) Notamment la Faculté de droit de Berlin, MM. Woeste, L. Renault, de Martens, Lainé, A. Weiss, P. Fiore, Lehr, Férand, Giraud et Desjardins.

Etats intéressés, ce qui nous paraît excessif. Il peut y avoir un intérêt immense pour un Etat à empêcher qu'un autre Etat ne devienne propriétaire d'une grande partie de son territoire, et cet intérêt doit être respecté internationalement. Nous ne pouvons pas admettre davantage le système de M. Martens, si, comme nous le pensons, ce système implique que l'Etat où les biens sont situés aurait seulement le droit de mettre des conditions à la mise en possession de la personne morale étrangère, ou de l'obliger à vendre dans un laps de temps raisonnable les immeubles légués à cette dernière. Ce système est assez séduisant, et fort équitable, mais nous ne voyons pas pourquoi un Etat qui oppose son veto à toute acquisition à titre gratuit par certaines personnes publiques nationales, à défaut d'une autorisation qu'il est libre de refuser, ne pourrait pas le faire s'agissant de personnes publiques étrangères. Au surplus, l'obligation de vendre pourrait présenter des inconvénients économiques, outre qu'elle laisserait éventuellement subsister des hypothèques ou privilèges au profit de l'Etat étranger pour sûreté du paiement du prix. Mais il semble qu'en fait il n'y eût au moment du décès d'Evanghély Zappa, c'est-à-dire à l'époque de l'ouverture de sa succession, aucune loi roumaine interdisant aux Etats étrangers de recevoir à titre gratuit des immeubles en Roumanie, ou limitant leur droit. Et nous pensons qu'il fallait se rapporter à cette époque pour apprécier la situation (1).

806. — En ce qui concerne les personnes morales qui sont en définitive le produit de l'initiative privée, et auxquelles le législateur s'est borné à donner la vie, aucun principe de droit international privé n'oblige les nations étrangères à leur reconnaître une existence propre *aux fins d'acquérir et de posséder*. La fiction légale en vertu de laquelle elles existent ne peut avoir d'effet extraterritorial en principe. Nous avons admis à cet égard l'opinion de Laurent. Mais l'intérêt du commerce a déterminé

(1) *L'affaire Zappa. Conflit gréco-roumain*, par Georges Streit, *passim*.

plusieurs pays, et notamment la Belgique, à reconnaître le bénéfice de la personnification civile aux sociétés commerciales étrangères qui en jouissent dans le pays où elles sont établies. C'est là une véritable faveur, à notre avis, mais une faveur qui se justifie par l'intérêt même de la nation dont elle émane. A défaut d'une faveur de ce genre, on pourrait bien leur reconnaître le droit d'ester en justice aux fins de réclamer l'exécution des engagements contractés vis-à-vis d'elles, dans le pays où elles ont le droit de stipuler et de contracter, ou de réclamer le paiement et la délivrance des legs qui leur ont été faits dans ce pays par une personne qui y était domiciliée. Mais on ne devrait nullement les admettre à bénéficier des legs qui leur ont été faits par une personne appartenant à un autre pays, où leur personnalité juridique n'est point reconnue, ni même à notre avis de legs immobiliers quelconques ayant pour objet des immeubles situés dans un pays où elles sont censées ne point exister. Il ne s'agit pas ici d'une simple question de capacité aux fins de recevoir, qui dépend de la loi nationale du bénéficiaire, ni d'une question se rapportant au droit d'être gratifié par telle personne déterminée, question qui doit être résolue d'après le droit national du disposant, mais d'une question d'existence juridique; question qui, après avoir été résolue affirmativement par la loi personnelle du gratifié, doit encore l'être dans le même sens par celle du disposant, ou au moins par la *lex situs*, avant que l'on puisse examiner si cette personne, dont l'existence est jusque-là problématique, peut recevoir à titre gratuit en pays étranger. Et cette question préalable ayant été résolue affirmativement, la seconde doit l'être, selon nous, d'après la loi qui régit la succession ou la donation, peut-être même d'après la *lex situs* si l'on admet que la succession est régie par la loi nationale. Car il peut toujours y avoir ici un intérêt économique en cause, celui d'empêcher ou de restreindre la main-morte.

807. — Quant aux sociétés ou associations qui n'ont aucune personnalité juridique, ce sont des incapables, et

l'art. 911 du Code civil recevra application en ce qui les concerne. Il en est de même des associations étrangères, dont la personnalité juridique ne serait point reconnue dans notre pays. Il ne faut donc pas tenir compte ici seulement de la loi étrangère, mais de la loi qui régit la succession si c'est la loi belge, et même de la loi de la situation, en supposant que la succession soit régie par la loi nationale. Mais l'art. 911 vise aussi les personnes physiques incapables, et la présomption d'interposition des père et mère, des enfants et descendants et de l'époux de l'incapable ne s'applique même qu'à elles. Nous avons déjà résolu la question de savoir d'après quelle loi il faut apprécier la capacité et l'incapacité. La même loi nous paraît appelée à régir la question de savoir quelles sont les personnes qui doivent être présumées interposées. Nous avons admis ici l'influence de la *lex situs*, comme de celle qui régit la succession ou la donation. La jurisprudence française admet que c'est d'après la loi régissant la succession, qu'on doit déterminer si un legs peut être réputé fait à une personne incertaine et si comme tel il peut être contesté⁽¹⁾. Mais il est à remarquer que, d'après la jurisprudence, cette loi est celle de la situation réelle en matière immobilière, de la situation fictive ou du domicile en matière mobilière.

808. — L'art. 912, ne permettant de disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourra disposer au profit d'un Français, a disparu par suite de la loi du 27 avril 1865 en Belgique, de la loi de 1819 en France. Mais ici se présente la question de savoir, quel effet peuvent produire en Belgique les incapacités de recevoir dérivant d'institutions ou de principes que nos mœurs et notre droit public condamnent, celles qui peuvent frapper les étrangers ayant encouru la mort civile, les hérétiques, les religieux ou moines cloîtrés, les esclaves, etc... Nous avons examiné ces questions à propos de la capacité de disposer : elles surgissent de nouveau quand il s'agit de

(1) Pau, 22 juin 1885. *J. de dr. int. privé*, 1887, p. 611. — Paris, 9 juin 1857. D. 58, 2, 137.

la capacité de recevoir. Elles nous paraissent devoir être résolues d'après les mêmes principes. Rappelons que, s'il est bien certain que notre droit public condamne la mort civile et les exclusions fondées sur des motifs religieux, ou sur l'esclavage, etc..., ce n'est pas un motif pour méconnaître les effets que ces institutions et ces dispositions étrangères ont pu produire là où elles existent. C'est, comme nous l'avons dit, la théorie de de Bar, et elle nous paraît des plus rationnelles. Mais on ne pourrait faire appel à l'intervention de nos tribunaux, pour sanctionner ces incapacités, en leur faisant produire directement effet dans notre territoire, où ces incapacités sont non-seulement inconnues, mais absolument condamnées. Donnons un exemple.

D'après Merlin⁽¹⁾ « le religieux étranger qui est constitué par la loi de son pays en état de mort civile, ne pourrait pas recueillir en France une succession qui y serait ouverte à son profit, quand même il réunirait, abstraction faite de ses vœux solennels, toutes les conditions nécessaires pour y succéder ». Et c'est, dit-il, ce qu'ont jugé formellement deux arrêts de la Cour de Cassation : le premier du 24 août 1808, le second du 1^{er} février 1813. Mais il est à observer que cette opinion a été émise, et que ces décisions ont été rendues à une époque où la mort civile était admise en France. Certes, il s'agissait ici d'une incapacité ayant sa source dans d'autres motifs que celle établie par la loi française, qui impliquait l'autorité de certaines règles purement religieuses aux yeux de la loi civile, et qui n'était point compatible avec un système de droit public établissant la liberté religieuse absolue. Il n'en est pas moins vrai cependant que, s'agissant d'un étranger et d'une institution qui, en elle-même, n'était pas inconnue dans le droit français, on conçoit assez bien le système de la Cour de Cassation de France, bien qu'il ne fût pas, à notre avis, complètement justifiable, et qu'il y eût lieu de rechercher

(1) *Rép.*, v^o *Loi*, § VI, n^o 6.

si dans l'espèce l'incapacité n'avait pas sa base dans des principes contraires à l'ordre public français. Mais, dans les pays où la mort civile est supprimée ou n'a jamais été admise, où règne en outre la liberté de conscience absolue, il nous est impossible de comprendre qu'un religieux étranger soit incapable de recevoir par testament ou de succéder. Aussi n'hésitons-nous pas à nous rallier ici à l'opinion de Laurent (1). C'est du reste en principe la doctrine de Savigny : « Si un individu, privé dans sa patrie de la capacité de droit comme hérétique, acquiert des droits ou fait des actes juridiques dans un pays qui repousse comme immorale cette espèce d'incapacité, ou même a pour religion la doctrine qualifiée ailleurs d'hérésie, le juge de ce pays doit alors appliquer *son droit national* et non celui du domicile de cet individu. » Il est vrai qu'il ajoute en note : « Il n'en est pas de même de l'incapacité de succéder dont serait frappé *un moine étranger*. Ce droit de son pays qui appartient à la capacité d'agir ordinaire (?) et qui repose sur la volonté libre de la personne, doit être observé chez nous. » Mais il nous est impossible d'accepter cette distinction. Il n'est pas exact que ce droit appartienne à la capacité d'agir ; il se rattache essentiellement à la *Rechtsfähigkeit*. Il n'est pas plus exact que ce droit repose sur la volonté libre de la personne. Lorsque la loi subordonne la faculté d'entrer dans les ordres à la perte de la capacité civile, ou en fait dériver l'incapacité civile, ce qui revient au même, il est dérisoire de soutenir que cette loi soit compatible avec le principe de la liberté religieuse et que cette espèce de déchéance soit fondée sur la volonté libre de la personne.

809. — M. Antoine est d'avis qu'un hérétique étranger, frappé d'incapacité en cette qualité par sa loi nationale pourrait n'être pas admis à succéder en France (2). Partant de ce principe, trop absolu à notre avis, que le droit de succéder *ab intestat* est fondé sur la volonté présumée du défunt, il considère comme probable que le *de cuius*, en

(1) Laurent. Op. cit., T. VI, n° 178.

(2) Antoine. Op. cit., p. 86, n° 74.

gardant le silence a entendu que sa succession fût répartie suivant sa loi nationale. Ce n'est donc pas à titre de loi strictement obligatoire qu'il admet ici l'application de la loi étrangère. Et il faudrait en conclure, ce nous semble, que l'hérétique n'en peut pas moins bénéficier en France d'une disposition testamentaire faite expressément en sa faveur. Nous croyons, pour ce qui nous concerne, que l'hérétique ne peut pas même être exclu en France de la succession *ab intestat*, pas plus qu'en Belgique. Il ne faut pas se dissimuler que la loi qui le frappe d'exclusion est une loi absolument prohibitive, dans le pays où elle est édictée. C'est une loi qui recevra application nonobstant toute manifestation d'une volonté contraire. La volonté du *de cuius* n'a donc pas eu son libre cours. La loi qui exclut le gratifié, n'est pas la traduction de sa volonté tacite. Le *de cuius* qui s'est tu peut avoir été surpris par la mort. Il peut aussi s'être dit que cette exclusion serait respectée ou censée non avenue dans le règlement de sa succession *ab intestat*, suivant la diversité des lois successorales, et que, dans les deux cas, ses dispositions testamentaires seraient sans effet à cet égard.

810. — Nous ne pouvons négliger une question qui est assez rarement traitée, et qui présente cependant une grande importance, celle de savoir à quel moment la capacité doit exister. Savigny est d'avis qu'elle doit exister non-seulement lors du testament, mais au moment de l'ouverture du droit. Et par identité de raison, il exige en cas de changement de domicile, que le disposant fût capable non-seulement d'après la loi du domicile qu'il avait au moment du testament, mais d'après celui qu'il avait au moment du décès (1). La raison que Savigny invoque à l'appui de sa solution est la suivante : « L'acte de dernière volonté doit être considéré comme exprimé à deux époques différentes, et possiblement dans deux endroits différents : *en fait*, à l'époque de sa rédaction, et dans le lieu où le testateur est alors domicilié, *en droit* à l'époque du

(1) Savigny. Op. cit., T. VIII, §§ 377 et 393, traduction de Guenoux.

décès, et dans le lieu du domicile qu'il avait à la même époque. » Mais il ajoute que la capacité personnelle du testateur relativement *aux conditions physiques*, l'âge par exemple, se règle d'après la loi en vigueur au domicile du testateur lors de la rédaction du testament, sans égard aux changements ultérieurs de domicile. Nous partageons son opinion en ce qui concerne le dernier point, et nous pensons qu'il en est de même quant à la capacité intellectuelle en général. Un testament ne peut être invalidé par le seul fait que le testateur est tombé plus tard en état de démence, et n'était pas sain d'esprit au moment de son décès : l'anéantissement des facultés intellectuelles précède presque toujours celui des forces vitales. Savigny n'entend donc exiger la capacité aux deux époques, qu'en tant qu'elle se résume dans la capacité de droit, dans le droit même de disposer. Mais sa doctrine nous paraît d'une rigueur excessive. Il n'est pas tout à fait exact que le testament doive être considéré comme fait à deux époques distinctes au point de vue de la capacité de droit, bien que telle fût la doctrine romaine. Le testament n'est en fait qu'une disposition éventuelle des biens, faite pour valoir à une époque future, incertaine, à celle du décès. Il faut sans nul doute que le disposant soit capable intellectuellement au moment où il exprime cette volonté. Mais puisque cet acte de disposition n'est fait que pour valoir à une époque ultérieure et incertaine, celle du décès, puisqu'à cette époque seulement il y aura transmission de biens, le testateur nous paraît en somme maintenir et renouveler virtuellement ses dispositions, aussi longtemps qu'il ne les révoque pas, et par conséquent jusqu'à l'époque de son décès. Et il nous paraît en résulter que c'est à cette dernière époque seulement qu'il faut examiner si le testateur peut transmettre ses biens par testament, puisque c'est à cette époque que la transmission s'opère. Au surplus, c'est parfaitement ce que l'on admet quand au contenu du testament, quant à la question de savoir si le testateur n'a pas dépassé la quotité disponible. On prend les biens, tels qu'ils existent au

moment du décès, on tient compte de la famille, telle qu'elle se compose à ce même moment (1). Savigny admet même que pour apprécier la capacité de l'appelé institué ou légataire, et il s'agit bien de sa capacité de droit, il faut se placer uniquement au point de vue de sa situation à l'époque du décès, au moment de l'ouverture de la succession, bien que la doctrine romaine exigeât sa capacité non-seulement à ce moment, mais à l'époque du testament, et même pendant la période intermédiaire. Ici nous nous rallions absolument à son opinion.

811. — Les art. 913 à 930 traitent de la portion de biens disponible et de la réduction. En tant que le droit de disposition est limité par le droit successoral, par les lois établissant une réserve héréditaire par exemple, ou par celles frappant d'indisponibilité certains biens qui sont attribués à telle catégorie d'héritiers, il est évidemment soumis à la loi qui régit la succession. Mais cette loi elle-même est, d'après notre droit positif actuel, la loi de la situation, ainsi que nous l'avons vu en traitant des successions *ab intestat*, tout au moins en ce qui concerne les immeubles. Et il en résulte que, lors même qu'il s'agirait de la succession d'un étranger ouverte en pays étranger et dans laquelle des étrangers seuls seraient intéressés, les lois belges sur la réserve seraient seules applicables pour autant qu'il s'agit d'immeubles situés en Belgique, et la loi de la situation viendrait ainsi limiter le droit de disposition du testateur. Si une loi étrangère réservait ces immeubles aux héritiers de telle ligne de préférence à celle d'une autre, elle ne serait pas prise en considération en Belgique. A plus forte raison si, d'après la loi du dernier domicile du testateur, ces immeubles étaient réservés à un héritier féodal, car alors les lois étrangères seraient en opposition avec notre ordre public. Et, bien qu'il fût question d'une succession étrangère dans laquelle des héritiers étrangers seuls seraient intéressés, les immeubles situés en Belgique seraient attribués à celui qui

(1) Savigny. Op. cit., T. VIII, § 393, pp. 446 et 488.

doit en hériter aux termes de la loi belge. Nous sommes loin d'approuver ce système, nous nous bornons à en indiquer les conséquences.

812. — Lorsque des héritiers belges concourent avec des héritiers étrangers, le droit de prélèvement influe plus gravement encore sur le droit de disposition du testateur, tel qu'il est déterminé par la loi qui régit en général la succession. Le prélèvement s'exerçant sur les meubles aussi bien que sur les immeubles, on n'applique plus le principe *mobilia sequuntur personam*. On ne se borne pas à régler d'après la loi successorale belge l'attribution des seuls immeubles situés en Belgique. On forme une masse fictive de tous les biens de la succession, et les cohéritiers belges prélèvent sur les meubles et immeubles se trouvant en Belgique, une part égale à celle dont ils seraient privés à quelque titre que ce soit, c'est-à-dire même par suite de dispositions testamentaires portant atteinte à leur réserve, telle qu'elle est déterminée par la loi belge, sur les biens situés en pays étranger. Il en serait de même, nous paraît-il, dans tous les cas où le Belge subirait un désavantage dans la répartition des biens situés à l'étranger, par suite d'une incapacité de droit non reconnue par la loi belge⁽¹⁾.

813. — Nous convenons parfaitement avec MM. Weiss, Bertauld, Antoine, Bard, Rougelot de Lioncourt, Asser et Rivier, etc., qu'en principe, les lois sur la réserve n'ont point le caractère de lois d'ordre public absolu, ou *international*, pour nous servir d'une expression courante imaginée par Brocher⁽²⁾. Mais, pas plus que MM. Asser et Rivier, nous ne saurions en conclure que les lois sur la réserve ne doivent point en droit positif recevoir application à tous les immeubles situés en Belgique. M. Weiss

(1) C'est le système de la jurisprudence française. Chambéry, 11 juin 1878 et Cassation, 20 mars 1879. S. 81. 1. 465. Mais en dehors du cas où des cohéritiers français et étrangers sont appelés à la même succession, on ne tient pas compte pour le calcul du montant de la réserve dans la partie de la succession régie par la loi française, des immeubles situés à l'étranger. Il y a autant de successions que de lois applicables, et chacune est envisagée isolément. Cass. 14 mars 1837. S. 37. 1. 195. — Tr. de la Seine, 21 mai 1879. — Aubry et Rau. T. I, p. 101.

(2) Weiss. Op. cit., p. 713 et les autorités qu'il cite.

suppose à tort qu'ils soient à cet égard d'un autre avis que Laurent. « Mais il est clair » disent-ils, « que dans les pays où les immeubles dépendant d'une succession étrangère sont soumis par le droit positif à la loi de la situation, de manière à former un patrimoine particulier, ce principe s'applique à la succession testamentaire et à la légitime comme à la succession *ab intestat*. » Or, ils déclarent en note qu'il en est ainsi d'après le Code Napoléon, et au n° 61, ils ajoutent qu'il en est de même dans la plupart des pays, faisant allusion à toutes les nations de race anglo-saxonne. Nous n'hésitons pas à donner la préférence en théorie au système de M. Weiss; mais en droit positif, il est inexact et absolument contraire à l'opinion généralement admise par la doctrine et la jurisprudence. Toutefois, l'on reconnaît, en général, qu'il y a lieu de tenir compte en cette matière, sauf dans le cas où il y a lieu à prélèvement, de la maxime *mobilia sequuntur personam*; et en ce qui concerne la succession mobilière, l'on applique pour la détermination de la réserve, la loi personnelle du *de cuius*⁽¹⁾.

813. — Ces principes devront être observés en ce qui concerne les questions d'application des art. 913 à 930 du Code civil. La loi qui régit la succession est naturellement appelée à déterminer la réserve et la quotité disponible. Brocher considère cependant comme se rattachant à la procédure, ou pouvant présenter un intérêt d'ordre public *international*, les art. 918, 922, 924 et 930. Quant à l'art. 918, ce n'est certainement pas une disposition de procédure. Il statue que la valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, soit avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible, et l'excédant, s'il y a lieu, rapporté à la masse. Et il indique les personnes qui pourront demander cette imputation et ce rapport. C'est essentiellement une disposition de fond. En règle, il faudra appliquer la loi qui

(1) Paris, 3 févr. 1838. *Droit* du 5 févr. 1838. — Pau, 22 juin 1885. *J. de dr. int. privé*, 1887. p. 611.

régit la succession. C'est elle qui déterminera s'il y a lieu à rapport de la totalité, ou à imputation sur la portion disponible, et à rapport de l'excédant seulement. C'est elle encore qui déterminera quelles sont les personnes qui ont le droit de demander ce rapport, et si la loi qui doit régir la succession est la loi nationale, c'est à elle qu'on s'en référera sur ce point. Mais, à un certain point de vue, la disposition de l'art. 918 touche à l'intérêt social, et à un intérêt d'ordre économique, notamment en ce qu'elle ordonne de rapporter la *valeur* de ce qui a été aliéné, et non la chose même. Ceci intéresse les tiers qui peuvent avoir acquis des droits sur la chose aliénée. L'application de la loi nationale comme loi régissant la succession pourrait à cet égard se briser contre la *lex situs*, qui doit prévaloir s'agissant d'un intérêt général de cet ordre. Cette observation ne présente du reste d'importance que si l'on admet que la loi nationale du *de cuius*, ou la loi de son dernier domicile régit la dévolution de ses biens. Car, si l'on admet que la loi de la situation doit l'emporter dans le règlement de la succession, la loi qui régite la succession est aussi celle qui règle et gouverne cet intérêt général. Quant à l'art. 922, qui détermine de quelle manière on calcule, pour apprécier si la quotité disponible est dépassée, il ne concerne qu'en apparence la procédure et il touche au fond : c'est la loi qui régite la succession qu'il faut consulter. Mais les art. 924 et 930 intéressent dans une certaine mesure, comme l'art. 918, les droits des tiers détenteurs ; en tant que cet intérêt pourrait être compromis, la loi qui régite la succession pourrait se heurter contre la loi de la situation des biens. Et nous pouvons en dire autant de l'art. 929, aux termes duquel : « Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction le seront sans charge des dettes ou hypothèques créées par le donataire. » Aucune n'intéresse davantage les tiers.

TITRE XVII.

DES DONATIONS ENTRE VIFS EN PARTICULIER.

Section I. — De la forme des donations entre vifs.

814. — Le Code traite de la forme des donations entre vifs dans la sect. I du chap. IV, L. III, Titre II, art. 931 à 952. Mais il y a dans ces articles quelques dispositions qui ne se rattachent pas aux formes proprement dites, ainsi que nous le verrons. En ce qui concerne les formes proprement dites, nous avons déjà vu que, d'après la portée généralement attribuée par la doctrine et la jurisprudence à la maxime *locus regit actum*, cette maxime s'applique même en ce qui concerne la prescription de la solennité ou de l'authenticité. C'est une théorie vicieuse, à notre avis, mais elle est, dit-on, conforme à la tradition du droit implicitement admise par notre Code et prédominante dans la pratique actuelle⁽¹⁾. Autre est la question de savoir si des donations faites par des étrangers sous

(1) L'acte est valable du moment où il a été passé dans la forme requise par la loi locale. — V. entre autres : Cass. France, 22 mai 1850. S. 52, 2, 566 ; 11 juillet 1855. S. 55, 1, 699 ; 18 avril 1865. S. 65, 1, 317. — Merlin. *Répert.*, v^o *Donations à cause de mort*. — Aubry et Rau. T. I, p. 110. — Demolombe. T. I, n^o 105. — Savigny (op. cit., pp. 344 et ss.) applique également la règle sans hésiter à toute espèce d'actes, même aux actes solennels. Telle est la doctrine généralement suivie par presque tous les auteurs, dans tous les pays. Nous avons noté le dissentiment de Laurent. Il nous paraît parfaitement justifié en principe, mais son opinion que nous partageons n'est pas conforme à la pratique actuelle du droit international privé. Toutefois le projet du nouveau Code civil belge, ainsi que le Code espagnol ont adopté ce système, en faveur duquel s'est prononcée la Cour de Liège par arrêt du 18 juin 1874 (Pas. 1874, T. II, p. 301).

forme d'actes sous seing privé en Belgique, conformément à leur loi nationale, seraient valables aux yeux du législateur belge⁽¹⁾. Quand on analyse la tradition du droit, on peut bien en conclure que la règle *locus regit actum* n'a point force impérative pour le pays auquel appartient celui qui dispose, mais elle a toujours force impérative pour celui dans le territoire duquel la donation est faite. Un Belge pourrait donc faire une donation sous seing privé en Allemagne et cette disposition serait valable en la forme, d'après l'opinion générale, quand elle l'est d'après la loi allemande, tant en Allemagne qu'en Belgique. Un Allemand ne pourrait faire en Belgique une donation en cette forme, qui fût valable aux yeux de la loi belge, bien qu'elle puisse l'être en Allemagne.

Les art. 931, 939 à 941 et 948 sont, semble-t-il, les seuls qui concernent exclusivement des questions de forme.

(1) La Cour de Douai a décidé par arrêt du 13 janvier 1887 (*J. de dr. int. pr.*, 1887, p. 57), que des étrangers peuvent faire un contrat de mariage, et par conséquent une donation en France, dans la forme sous seing privé, conformément à leur loi nationale. C'est la grosse question, que nous avons déjà examinée, de la force impérative de la maxime. Son caractère impératif est admis par un grand nombre d'auteurs et en général par la jurisprudence. — Boullenois. T. I, p. 427. — Bouhier. T. I, ch. 28, nos 35 et ss. — Merlin. *Rép.*, v^o *Preuve*, section II, § 2, art. 1. n^o 3. — Demangeat sur Foelix. T. I, p. 184. — Demolombe. T. I, n^o 106bis. — Laurent. *Op. cit.*, T. II, nos 245 et ss., et les arrêts de Paris, 21 juin 1850. D. 52, 2, 145. — Cass. 9 mars 1853. S. 53, 1, 274. — Tr. de la Seine, 21 juillet 1883. *Journal La Loi* du 11 août 1883. — Tr. Boulogne-sur-Mer, 8 avril 1886. *La Loi* du 2 mai 1886. — Tr. d'Alexandrie, 24 avril 1876. *J. de dr. int. pr.*, 1876, p. 384. — MM. Vincent et Pénaud (*V. Formes des actes*) considèrent d'autres décisions qu'ils énumèrent, et parmi lesquelles figure un arrêt de la Cour de Cass. de Belgique du 19 janv. 1852 (Pas. 52, 1, 85), comme admettant implicitement le même principe. Mais on peut soutenir, d'après eux, que, dût-on admettre le caractère impératif de la règle, tout acte privé fait par un Français en pays étranger dans les formes françaises serait pleinement valable en France, de sorte que la règle serait facultative pour les nationaux, lorsqu'ils invoquent un acte devant les tribunaux de leur patrie (Westlake. *J. de dr. int. pr.*, 1881, p. 316. — Febvre. *Thèse*, p. 181. — Aubry et Rau. T. I, p. 112. — Desjardins. *Dr. int. maritime*, T. I, p. 177. — Frenoy. P. 260. — Fiore. n^o 320, p. 493); et que c'est d'ailleurs dans ces limites que plusieurs auteurs admettent le caractère facultatif de la règle. — Massé. T. I, n^o 272. — Fiore n^o 320. — Milhaud. p. 248. — Nous croyons que si l'on analysait avec soin les opinions de presque tous ceux qui ont soutenu que la règle n'a qu'un caractère facultatif, au moins au point de vue des actes solennels, on constaterait qu'ils ont eu en vue non la validité internationale et universelle de l'acte, mais sa validité au point de vue de la nation à laquelle se rattachent les parties, ou d'après la loi de leur domicile, là où l'on considère la loi du domicile comme la loi personnelle, et qu'il y a ici une véritable confusion d'idées.

Encore les art. 939 à 941 concernent-ils une forme uniquement prescrite dans l'intérêt des tiers, celle de la transcription, et l'on appliquera la *lex situs*. Les questions de forme et de fond se mêlent dans les art. 932 et 933. C'est essentiellement une question de forme que celle de savoir si l'acceptation doit être authentique, s'il en est de même de la procuration aux fins d'accepter. Il y a un peu plus de doute en ce qui concerne la nécessité d'une manifestation de volonté *expresse*; mais nous croyons que cela se rattache encore à la forme. D'après la doctrine générale, il faudrait donc appliquer d'une manière absolue la maxime *locus regit actum*. Nous avons déjà exprimé nos préférences pour la doctrine contraire, s'agissant de la prescription de la solennité en principe, tout en admettant l'application de l'adage en ce qui touche la détermination des formes de solennité. Mais ici se pose une question spéciale. Dans quelque mesure que l'on applique la maxime, on pourra se demander, lorsque l'acceptation se produit séparément, s'il faut appliquer la loi du lieu où est intervenue la donation, ou la loi du lieu de l'acceptation. A ne considérer que les motifs sur lesquels la règle est fondée d'après l'opinion générale, il faudrait appliquer la loi du lieu de l'acceptation. Il faut avouer cependant que cela conduit à une assez bizarre conséquence. L'authenticité ayant été exigée pour la manifestation de volonté du donateur, il pourra arriver qu'elle ne le soit pas pour la manifestation de volonté du donataire, et *vice-versâ*. Or, l'acte juridique est *un*, bien que les volontés soient exprimées successivement et séparément. Nous estimons cependant que c'est la conséquence logique de la portée généralement attribuée à la maxime; mais elle heurte moins la raison, lorsque l'on admet que la question de savoir si la solennité est nécessaire dépend de la loi qui régit le fond de la disposition. Nous considérons en tout cas comme se rattachant au fond, à la validité de la donation en la substance, la question de savoir si l'acceptation est nécessaire, et quand elle peut se produire efficacement, et c'est l'opinion enseignée par un excellent

auteur, M. Brocher (1). La validité de l'acte juridique lui-même est directement en jeu, indépendamment de toute appréciation de l'acte qui le constate, c'est-à-dire de *l'instrumentum*. Il en est autrement de l'art. 948, qui ne traite que de la forme de *l'acte* de donation. La validité du fait juridique ne peut être atteinte qu'indirectement par l'irrégularité de l'acte qui le constate. On devra appliquer, pour être fidèle à la doctrine générale, la maxime *locus regit actum*.

815. — La loi appelée logiquement à régir la donation, quant à sa validité au fond, nous paraît être la loi nationale du donateur, sauf application de la loi du lieu de l'acte ou même de la situation, si elle interdit par des motifs d'utilité générale ou économique telle ou telle convention. Il en est ainsi tout au moins quant aux dispositions qui semblent se lier à la règle de l'irrévocabilité des donations, règle établie dans l'intérêt, sinon du donateur, au moins de sa famille, de ses héritiers présomptifs qui seront ordinairement de la même nationalité que lui. Et c'est à cet ordre de dispositions qu'appartient, selon nous, la règle d'après laquelle la donation doit être acceptée, et acceptée du vivant du donataire pour produire ses effets. Cette acceptation seule rend la donation parfaite, crée le lien contractuel et explique l'irrévocabilité. Toutes ces notions s'enchaînent. En théorie, l'application de la loi nationale est toute naturelle. Mais en pratique, elle rencontrera des obstacles dans le principe irrationnel mais conforme à la tradition juridique française et admis implicitement par le Code, suivant lequel la succession est régie en matière immobilière par la loi de la situation effective des immeubles, en matière mobilière par la loi du dernier domicile du défunt, c'est-à-dire du lieu de la situation fictive ou supposée des meubles. Nous croyons en conséquence, qu'en Belgique comme en France, aussi longtemps que la loi nationale n'aura pas conquis la place qui lui appartient comme loi régulatrice de la succession,

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 27.

on s'en rapportera à la loi de la situation s'agissant d'immeubles, à la loi du domicile s'agissant de meubles, pour décider si la donation doit être acceptée et quand elle doit l'être. La loi successorale doit évidemment l'emporter chaque fois qu'il s'agit de dispositions touchant à ce principe de l'irrévocabilité, dont le but est de protéger la succession légale contre des aliénations inconsidérées. Il est absurde sans doute de faire dépendre la validité d'une donation immobilière, en ce qui concerne la nécessité de l'acceptation et le temps auquel elle doit être faite, de la loi du lieu de la situation. Mais c'est, nous paraît-il, la conséquence inéluctable des principes faux qui prévalent dans notre droit positif, sur la question de savoir quelle est la loi qui régit la succession⁽¹⁾. En Italie, en Espagne, on appliquerait sans doute et très logiquement la loi nationale du donateur.

Les art. 934 à 937 concernant l'acceptation des donations faites à des incapables, et spécialement la question de savoir par qui ou avec quelles autorisations elles pourront être acceptées, se rattachent évidemment à la loi qui régit l'incapacité, c'est-à-dire qu'il y a lieu d'appliquer la loi nationale de l'incapable. Toutefois, l'acceptation des donations faites à des hospices, aux pauvres d'une commune ou à des établissements d'utilité publique étrangers, peut être subordonnée, en outre, là où les biens sont situés, à l'autorisation du gouvernement local, qui peut avoir des objections légitimes à l'accroissement des mains-mortes étrangères, s'agissant des biens situés sur son territoire. Il y a lieu d'appliquer ici, en somme, les principes que nous avons développés s'agissant des testaments. S'il est question de dispositions au profit de quelque autre personne morale étrangère, il faudra examiner d'abord si elle a réellement la personnification civile dans l'Etat où elle s'est formée, et si en Belgique son existence est reconnue, enfin si elle a obtenu à l'étranger les autorisations nécessaires; ce n'est qu'à ces con-

(1) En ce sens : Brocher. Op. cit., T. II, p. 29.

ditions que la faculté d'accepter une donation de biens situés en Belgique pourra lui être concédée.

816. — Nous avons déjà parlé des art. 939 à 941 qui concernent la transcription. Il s'agit d'une forme prescrite dans l'intérêt des tiers et de la sécurité de la propriété immobilière. On appliquera évidemment la loi de la situation. Mais l'art. 938, qui ne concerne que l'effet des donations entre parties, se rattache plutôt au droit supplétif. Nous estimons qu'il y a lieu de s'en référer à la loi du donateur, sans égard à celle du donataire. Mais sera-ce nécessairement à sa loi nationale? Il y a lieu d'en douter. Il s'agit de savoir à quelle loi le donateur a entendu se soumettre. Nous nous en rapportons à nos observations générales sur les effets des obligations. La disposition de l'art. 942 n'appartient plus au droit supplétif. Elle touche aux effets de l'incapacité du mineur, des interdits et des femmes mariées, mais si elle y touche c'est pour les limiter. Brocher admet évidemment que cette question est régie par la loi personnelle du donataire. Cela nous paraît bien douteux. En ce qui concerne le défaut de la transcription, l'intérêt des tiers, c'est-à-dire l'intérêt général, est directement engagé. Il faut donc appliquer la loi de la situation. En ce qui concerne le défaut d'acceptation, il n'en est pas de même, car l'acceptation n'est évidemment pas prescrite dans l'intérêt des tiers. Nous pensons donc qu'il faudra appliquer en général la loi nationale du donataire ou la loi successorale, à moins, peut-être, que ce ne soient des tiers qui se prévaillent du défaut d'acceptation. Encore la question est-elle douteuse.

817. — L'art. 943 du Code civil dispose que la donation ne pourra comprendre que les biens présents du donateur, et que, si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. Il s'agit d'une règle de fond, et non de forme, malgré la place qu'elle occupe. La donation entraîne en principe un dépouillement actuel et irrévocable aux termes de l'art. 894. L'art. 943 en est la conséquence logique. Il n'est pas possible de se dépouiller actuellement et irrévocablement de biens à venir. Brocher croit qu'il faut

appliquer la loi qui régit la succession légale, et telle est aussi notre opinion⁽¹⁾. Laurent semble du même avis, puisqu'il écrit que « la libéralité que ferait un donateur étranger de ses biens à venir, conformément à son statut national, serait nulle, quant aux biens situés en France », puisqu'il enseigne en termes exprès que c'est un statut réel⁽²⁾. Mais, lorsqu'il ajoute que les auteurs du Code avouent que c'est une question d'intention, il avance une assertion inexacte. Ce n'est pas une question d'intention, puisqu'il s'agit d'une prohibition. C'est une disposition établie dans l'intérêt de la conservation des biens dans les familles, comme le principe même de l'irrévocabilité. Elle touche donc à la loi successorale, ou, pour mieux dire, au régime successoral. On appliquera donc la loi de la situation dans le système du droit français où la succession est réelle. Mais nous sommes d'accord qu'il serait préférable de faire régir la succession par la loi personnelle du *de cuius*.

818. — L'art. 944 qui déclare nulle toute donation faite sous des conditions potestatives, l'art. 945 qui répute telle la donation faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles existant à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'acte qui devrait y être annexé, et l'art. 946 qui la déclare inefficace relativement aux objets dont le donateur s'est réservé de disposer, etc., sont également des dispositions étrangères à la forme. Laurent considère avec raison ces dispositions comme se rattachant au statut réel, d'après l'esprit de la tradition française, et il entend par là que tout dépend de la loi qui régit la succession⁽³⁾. Il en fait l'application dans le cas suivant. Le Code italien n'a pas reproduit la disposition de l'art. 946. Un Italien peut donc faire une donation avec la réserve que cet article interdit; mais cette donation sera nulle, quant aux biens situés en France. « La souveraineté fran-

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 27.

(2) Laurent. Op. cit., T. VI, p. 489.

(3) Laurent. T. VI, p. 488. — Brocher. T. II, p. 19. — Cassat., 3 mai 1815. S. 15, 1, 352.

çaise est censée intéressée » dit-il ironiquement, « à ce que les biens situés en France soient conservés dans les familles italiennes. Cela n'a littéralement pas de sens. » La critique est fort juste, mais si l'on en revient au vrai principe, au principe que la succession est un droit de famille, et doit être régie en conséquence par la loi qui régit les rapports de famille, par la loi nationale, l'application de la loi qui régit la succession ne se heurte plus contre les mêmes absurdités. Le vice est dans la fausse règle, encore admise en droit positif français, que la succession est régie par la loi du lieu de la situation. On ne peut se dissimuler, du reste, que ce système donne lieu à d'autres difficultés encore. Quel sera le sort d'une donation nulle en la substance, d'après la loi nationale du donateur étranger, et ayant pour objet des biens situés en France, si la loi française considère une donation de ce genre comme valable? Rigoureusement fidèle au système d'après lequel il faut s'en tenir à la loi du lieu de la situation, qui régit la succession, la jurisprudence française la tient pour valable⁽¹⁾. Cette solution est, à la vérité, combattue par divers auteurs, mais nous la tenons pour logique. Dans les pays où l'on admet que la succession est régie par la loi nationale, on devra réputer nulle la donation faite par un Français contrairement aux dispositions des articles susvisés, eût-elle pour objet des biens non situés en France, et les mêmes principes seraient suivis, quant aux donations faites par un Belge dans ces conditions.

819. — Il résulte de l'art. 947 que les art. 943 à 946 ne s'appliquent point aux donations par contrat de mariage, ni aux donations faites entre époux pendant le mariage. Nous y reviendrons, lorsque nous nous occuperons de ces sortes de donations. Quant à l'art. 948, c'est une disposition de pure forme. Il est bien vrai qu'elle a pour but de sanctionner indirectement l'irrévocabilité de la donation, mais n'en est-il pas de même de la solennité, et n'applique-

(1) Pau, 13 décembre 1836. Dalloz. *Disp. entre vifs* etc., n° 2386. — En sens contraire : Fœlix et Demangeat. T. I, p. 247. — Despagnet. p. 512, etc.

t-on pas, même en ce qui concerne la solennité, la maxime *locus regit actum*? Cela est peu rationnel, nous le reconnaissons; ce n'en est pas moins une règle généralement admise dans le droit international coutumier. Nous avons déjà vu du reste que le projet belge de revision du Code civil propose une règle différente, et notamment l'application de la loi belge, chaque fois que la forme est requise pour la validité de l'acte juridique en la substance.

820. — Nous considérons également, avec Brocher « comme tenant au fond du droit et rentrant en principe sous la même compétence que la succession légale ⁽¹⁾ » les art. 949 et 950 permettant de se réserver la jouissance ou l'usufruit des biens donnés, ou d'en disposer en faveur d'un tiers, et les art. 951 et 952 relatifs à la stipulation d'un droit de retour sur ces effets. Ces règles touchent au principe de l'irrévocabilité de la donation qu'elles entament dans une certaine mesure. Ce principe est établi dans l'intérêt de l'intégrité de la succession légale. Il a pour but de décourager dans une certaine mesure ceux qui seraient tentés de se dépouiller de leurs biens, en imprimant à la donation un caractère définitif, et c'est en principe à la loi successorale qu'il appartient de décider dans quelle mesure il est permis néanmoins de stipuler réserve de certains biens, réserve d'usufruit ou droit de retour. Il y a lieu cependant, si l'on admet que la loi qui régit la succession doit être la loi nationale du défunt, de faire une exception pour la disposition de l'art. 952 laquelle concerne l'effet du droit de retour vis-à-vis des tiers. Cette règle ne pourra recevoir application au préjudice de ceux-ci, s'agissant de biens situés dans un pays où elle ne serait point admise. C'est la loi territoriale qui doit l'emporter ici, parce qu'elle touche à l'intérêt général, l'intérêt économique de la nation.

821. — Les articles 953 à 966 sont placés sous la rubrique : *Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs*; et Brocher considère en conséquence

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 27.

comme telles : la révocation pour cause d'inexécution des conditions, pour cause d'ingratitude ou pour cause de survenance d'enfants. Laurent proteste. Il soutient qu'il ne s'agit pas d'*exceptions* à la règle de l'irrévocabilité. C'est ainsi que, selon cet auteur, la faculté de demander la révocation de la donation pour inexécution des charges, n'étant que l'application du principe posé par l'art. 1184, n'est pas une exception à la règle *donner et retenir ne vaut*, puisque la résolution ne dépend en rien de la volonté du *donateur*. Il dépend du *donataire* que la donation ne soit pas révoquée en exécutant ses engagements. La donation reste donc en principe irrévocable. Il en est de même, d'après lui, de la révocation pour survenance d'enfants ou pour ingratitude, puisque ni l'ingratitude du donataire, ni la naissance d'un enfant du donateur ne dépendent uniquement de la volonté du donateur. Ces observations sont assez exactes si le principe de l'irrévocabilité n'est que la traduction de l'ancienne maxime : *Donner et retenir ne vaut* ; mais il n'en est précisément la traduction exacte, que si on le combine avec les exceptions auxquelles il est subordonné. Et, lorsque le Code, après avoir déclaré nettement que la donation est irrévocable, ajoute qu'elle pourra cependant être révoquée ou sera révoquée de plein droit dans les cas qu'il détermine, il consacre bien évidemment des exceptions au principe de l'irrévocabilité, sans déroger nécessairement au principe *donner et retenir ne vaut*, tel qu'on l'entendait dans l'ancien droit.

822. — La question ne nous paraît d'ailleurs pas d'une aussi grande importance que Laurent le pense⁽¹⁾. Si ces dispositions ne sont pas des exceptions à la règle de l'irrévocabilité, elles n'en ont pas moins pour effet de préciser la portée de cette règle. Il s'agit toujours de savoir ce que le principe de l'irrévocabilité implique. Or, quel est le législateur qui a compétence pour déterminer la portée du principe ? N'est-il pas évident que c'est en

(1) Laurent. Op. cit., T. VI, n° 288.

thèse générale le législateur qui a compétence pour l'établir? Brocher, qui considère du reste les cas de révocation des art. 952 et ss. comme des exceptions au principe de l'irrévocabilité, concède cependant que l'exception ne rentre pas nécessairement et toujours sous la même compétence que le principe⁽¹⁾. Le savant jurisconsulte genevois nous paraît manquer de précision en faisant cette observation. A certains points de vue l'exception rentre toujours et nécessairement sous la même compétence que le principe. Là où la loi qui établit le principe s'impose et a force obligatoire, c'est aussi cette loi qui détermine *limitativement* les exceptions auxquelles il peut être subordonné. On ne peut en admettre d'autres que celles reconnues par cette loi. Autant vaudrait méconnaître la force obligatoire du principe lui-même. Si tant est que cette loi doive être respectée, elle doit l'être avec la portée *minima*, que lui a assignée celui qui l'a faite, et l'on ne peut y admettre d'autres exceptions que celles que le législateur a établies, sauf par des considérations d'ordre public. Cette loi limite donc les exceptions. Mais devratt-on les admettre toutes? C'est une question absolument différente, et ici éclate de nouveau la fausseté de la distinction entre le statut personnel et le statut réel. Laurent nous dit que les dispositions, qui autorisent la révocation de la donation en certains cas, sont de statut personnel, ou dépendent de l'autonomie de la volonté. La vérité est qu'elles sont fondées dans une certaine mesure sur des considérations personnelles, mais qu'elles constituent des exceptions à une règle qui, dans l'esprit du droit français, se rattache au statut réel, au droit successoral. Pour résumer notre pensée, nous dirons qu'on ne peut admettre d'autres exceptions que celles qui sont autorisées par la loi qui régit la succession, mais qu'on ne devra pas nécessairement les admettre toutes par cela seul que cette loi les reconnaît. Supposons que, d'après telle loi étrangère, la donation soit révoquée par mariage

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 28.

subséquent : cette loi ne prévaudra point contre le principe de l'irrévocabilité établi par la loi qui régit la succession. Supposons, d'autre part, qu'une loi étrangère n'admette pas la révocation pour inexécution des charges, cette loi, s'agissant d'un donateur étranger, devrait, à notre avis, être respectée, même dans notre pays. Elle ne porte aucune atteinte au principe de l'irrévocabilité, ni aux intérêts que ce principe est destiné à garantir.

823. — Ces observations suffisent pour résoudre les questions d'application de l'art. 953 du Code civil, qui détermine limitativement les causes de révocation : *inexécution des conditions, ingratitude, survenance d'enfants*. On n'en pourra admettre d'autres, dès que la loi belge devra être appliquée en ce qui concerne le principe de l'irrévocabilité. On ne pourrait les admettre, s'agissant de biens situés en Belgique, si la loi belge ne les admettait pas. Laurent objecte en vain que la révocabilité pour inexécution des conditions ne serait que l'application de l'art. 1184, du Code civil, ce qui est peut-être contestable. Il ne s'agit pas de savoir quel est le fondement rationnel de la révocation, lorsqu'elle peut se trouver en contradiction avec l'irrévocabilité statuée par la loi qui régit obligatoirement, impérativement la succession. C'est tout aussi vainement que Laurent se prévaut de l'intention probable des parties, en affirmant même que c'est *leur intention certaine* de se réserver la faculté de révoquer en cas d'inexécution des conditions, en soutenant que tout dépend de l'autonomie des particuliers. Il ne peut être question de l'autonomie des parties, ni du respect scrupuleux de leur intention, lorsque cette intention vient se heurter contre la loi qui régit la succession, et qui par hypothèse repousserait la révocation pour inexécution des charges. Telle est, sans nul doute, l'opinion de Brocher, tandis que Laurent préconise l'application de la loi personnelle des parties, et de leur intention (1). Ces difficultés et ces divergences disparaîtront nécessairement lors-

(1) Brocher. T. II, p. 29. — Laurent. T. VI, p. 490, n° 289.

qu'aura triomphé le principe de l'unité et de la personnalité du droit de succession, lorsqu'on admettra que la succession doit être régie, sans égard à la situation des biens, par la loi *personnelle*, ou mieux, par la loi *nationale* du *de cuius*. Si l'on admet ce principe, les opinions de Laurent et de Brocher s'identifient quant aux conséquences. Mais comme ni l'un ni l'autre ne l'admettent, pas plus que ne le fait la jurisprudence, au point de vue de notre droit positif actuel, le dissentiment est important ⁽¹⁾. A certains points de vue cependant, la loi personnelle du donateur pourra revendiquer voix au chapitre, même dans notre système. Etant supposé que la loi qui régit la succession ne s'oppose pas à la révocation pour inexécution des conditions, on pourra devoir recourir à la loi personnelle du donateur, soit comme loi supplétive comblant les lacunes du contrat exprès, soit même comme loi prohibitive, si dans quelque intérêt général ou de famille elle s'opposait à la révocation, pour décider si la révocation est permise.

824. — Si l'on admet, comme nous le faisons avec beaucoup d'auteurs, que l'irrévocabilité normale, et la révocabilité exceptionnelle des donations sont gouvernées par la loi qui régit la succession, loi qui sera probablement dans l'avenir la loi nationale du *de cuius*, il semble en résulter au premier abord qu'il faille attendre pour décider de la révocabilité de la donation que le donateur soit mort, puisque c'est alors seulement que l'on saura quelle est la loi qui régit sa succession. On ne pourrait juger immédiatement du sort de la donation que si elle est immobilière, et aussi longtemps seulement que la *lex situs* restera applicable à la succession immobilière. — Nous estimons que le droit du donateur ne saurait être ainsi suspendu,

(1) Laurent objecte encore l'absurdité des conséquences de ce système. La donation pourra être révoquée quant aux biens situés dans tel pays, elle ne le sera pas quant aux biens situés dans tel autre, tandis que la volonté du donateur est une. Mais elle sera révoquée ou révocable dans tel pays *à raison de la volonté* du donateur, tandis qu'elle ne le sera pas dans tel autre *malgré cette volonté*. La bizarrerie de certaines applications du système résulte uniquement de l'absurdité du principe : *toti sunt hereditates* etc...

même en ce qui concerne la donation mobilière, même dans le système où la succession doit être régie par la loi nationale du défunt. Bien que la nationalité du donateur puisse changer, nous croyons qu'il pourrait agir immédiatement en vertu de la loi qui semble destinée à régir sa succession au moment où il agit, et en vertu de la loi de son domicile actuel. C'est cette loi qui, au moment où la donation est faite, protège le patrimoine du donateur et celui de ses héritiers futurs contre des aliénations inconsidérées. C'est elle qui doit régler les exceptions à la règle de l'irrévocabilité établie précisément dans le but de détourner les citoyens d'actes de cette nature, en y attachant comme conséquence des effets définitifs, irremédiables (1).

825. — La révocabilité de la donation pour cause d'ingratitude ne nous paraît également pouvoir être admise, dans les pays où la succession est de statut réel, que si la loi de la situation, qui régît la succession, la reconnaît. Ce n'est pas qu'elle soit à proprement parler de statut réel, c'est parce que, si cette loi la repousse, cette révocabilité est en contradiction avec un principe censé de statut réel, avec le principe de l'irrévocabilité établi par la loi qui régît la succession. « Cette exception doit » dit Brocher, « rester soumise à la même compétence que le principe auquel elle déroge (2). » Il se plaint de ce que Laurent lui ait fait dire le contraire dans une précédente publication (*Nouveau Traité de droit international privé*, publié en 1876, p. 266), et démontre que la contradiction n'est qu'apparente. Il importe peu, à notre avis, que l'on considère l'ingratitude comme un délit ou un quasi-délit, ou comme une violation d'une obligation résultant implicitement de la donation, du devoir de reconnaissance. Il est évident, en toute hypothèse, que lors même que l'ingratitude serait envisagée comme un délit ou un quasi-délit, la loi du lieu du délit n'est pas compétente comme telle

(1) Nous avons reconnu dans le 1^{er} volume qu'il en est tout autrement en droit international théorique. Si l'on se place à ce point de vue, le système de Laurent peut être approuvé au moins dans ses conséquences.

(2) Brocher. T. II, p. 31.

pour faire produire au délit cette conséquence spéciale, indépendante de la responsabilité pénale, comme de la responsabilité civile ordinaire. Il n'y en a pas moins ici une exception nouvelle au principe de l'irrévocabilité, ou, si l'on veut, une limitation nouvelle de la portée de ce principe. Elle ne pourra être admise, là où ce principe exerce son action, que si la loi qui le consacre la reconnaît également. Toutefois, la loi personnelle du donateur ne pourrait-elle pas aussi être prise en considération, non pas comme base exclusive du droit de révocation, mais comme limite de ce droit? La question est très délicate. Supposons que la loi nationale du donateur n'autorise pas la révocation pour cause d'ingratitude, le donateur pourrait-il révoquer s'agissant de biens situés dans un pays où cette cause de révocation est admise, en Belgique, par exemple, ou en France? Il ne le pourra pas en vertu de la loi qui régit la succession, et qui, tout en proclamant l'irrévocabilité de la donation, admet cette exception. Car le principe de l'irrévocabilité ne subit pas la moindre atteinte par suite de l'application de cette loi étrangère. Mais il nous paraît que la morale publique est en cause. Nous croyons avoir démontré, dans la première partie de notre ouvrage, que ce n'est nullement sur la volonté initiale du donateur que cette cause de révocation est basée, mais sur la morale absolue. Il est immoral que le donataire ingrat doive conserver les fruits du bienfait. Il nous paraît donc qu'il y a lieu d'appliquer la loi du lieu de la situation réelle, effective, non-seulement s'agissant de donations immobilières, mais même en matière de donations mobilières, lorsqu'elle admet la révocation pour cause d'ingratitude. C'est d'après les mêmes principes que l'on déterminera quels sont les faits d'ingratitude qui autorisent la demande en révocation (art. 955), si la révocation s'opère de plein droit (art. 956), par qui et contre qui elle peut être demandée et dans quel délai elle doit l'être (art. 957, Code civil).

826. — Nous avons à peine besoin de répéter que nous n'entendons point exposer en ce moment les principes

d'un droit international privé idéal. Nous exposons ceux qui sont compatibles avec notre droit positif actuel. Si, comme il est à espérer, la règle que la succession est régie par la loi nationale du *de cuius*, règle proposée par la Commission belge de revision du Code civil, prévaut dans notre pays, les causes de révocation des donations seront déterminées en principe par la loi nationale du donateur. Ce système est infiniment plus rationnel, et son application ne pourra se briser que contre des considérations d'ordre public absolu. On mettrait terme de cette manière à une infinité de controverses, qui ne naissent que de la répugnance extrême qu'éprouvent certains auteurs, à se résigner aux conséquences rigoureuses et regrettables d'un principe essentiellement faux dans son origine.

827. — La révocation par survenance d'enfants s'opère d'après la théorie de Pothier, en vertu d'une espèce de condition résolutoire tacite « que la donation est censée contenir ». Laurent approuve, et il en conclut « que le statut est *conventionnel*, qu'il dépend de *l'autonomie* des contractants, qu'il est donc personnel en ce sens qu'il produit effet partout ». Nous doutons fort que la révocation s'opère en vertu d'une condition résolutoire tacite, même supposée. On ne s'expliquerait guère, s'il en était ainsi, que la révocation s'opère de plein droit. On s'expliquerait encore beaucoup moins que, comme l'admettaient la plupart des jurisconsultes anciens, Ricard entre autres, et comme le Code civil le dit en termes formels (art. 965), toute renonciation anticipée à cette révocation est nulle et ne peut produire aucun effet. La vérité est que, si cette révocation repose bien sur la présomption que le donateur n'aurait pas donné s'il avait eu des enfants, elle est essentiellement établie dans l'intérêt des enfants. C'est le motif pour lequel, au témoignage de Ricard, on considérerait les clauses de renonciation comme nulles, même dans l'ancien droit⁽¹⁾. Il ne saurait donc être question de l'autonomie des contractants. Et ici l'exception à la règle de l'irrévocabilité, comme la règle elle-même, est établie dans l'inté-

(1) Ricard. *Traité des donations*, ch. V, sect. II.

rêt de la succession légale. M. Brocher, un des rares auteurs qui examinent la question, en conclut avec raison, au point de vue du droit positif français, qu'elle doit s'appliquer à tous les biens régis par la loi française, réglementant la succession héréditaire, dans quelque lieu que se soient réalisés tant la donation que les faits qui l'ont fait mettre à néant⁽¹⁾. Il est vrai que, quelques lignes plus loin, et en se fondant sur ce que la prohibition de toute clause contraire ne se rattache pas à ce qu'il appelle l'ordre public international, il enseigne qu'elle ne doit pas régir les biens situés en France, mais soumis à une législation étrangère quant aux donations. Ici nous ne comprenons plus, à moins que l'auteur n'entende parler des donations mobilières; car il est bien certain qu'il affirme un peu plus haut qu'il faut appliquer la loi française réglementant la succession héréditaire. Or, les immeubles situés en France sont régis, au point de vue du droit successoral, par la loi française, ainsi que l'auteur le reconnaît très positivement (T. I, p. 410). Et nous avons vu qu'il en est de même en droit belge.

828. — Certaines dispositions relatives aux effets de la révocation vis-à-vis des tiers ne seront jamais applicables, selon nous, que lorsque la loi de la situation des biens le permet, parce qu'il s'agit d'un intérêt général; et il en sera ainsi lors même que l'on admettrait que le droit de révocation est régi par la loi nationale du donateur. En vertu de l'art. 958, al. 1, la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie ni aux aliénations faites par le donateur, ni aux hypothèques et autres charges réelles dont le fonds aura été grevé dans l'intervalle, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription de l'extrait de la demande. La nécessité de cette forme de publicité et ses effets dépendent encore de la loi du lieu de la situation. Mais les effets de la révocation entre parties (art. 958, al. 2, 962, 964), ses conditions (art. 961 et 965), et la prescription (art. 966) dépendent évidemment de la loi qui régit la révocation.

(1) Brocher. T. II, p. 32. — Arrêt de Bordeaux, 5 août 1872. D. 1873, 2, p. 149.

TITRE XVIII.

DES TESTAMENTS EN PARTICULIER.

829. — Les art. 967 à 980 traitent, d'après l'intitulé de la section sous laquelle ils figurent, des règles générales sur la forme des testaments. Les art. 981 à 1000 des règles particulières sur la forme de certains testaments. Deux articles seulement, les art. 999 et 1000, concernent d'une manière générale les testaments faits en pays étranger, et encore ne s'agit-il dans l'art. 999 que des formes des testaments faits par des Belges en pays étranger, tandis que l'art. 1000 se rapporte uniquement à l'exécution en Belgique des testaments faits en pays étranger. Les art. 981 à 984 ne concernent que les formes des testaments des militaires et individus employés dans les armées, et les art. 988 à 997 les testaments faits sur mer. Le Code ne contient donc aucune disposition sur les formes des testaments faits par *des étrangers* en pays étranger. On doit en conclure, à notre avis, qu'ils restent d'une manière absolue sous l'empire de la règle *locus regit actum*. Nous avons vu que cette règle avait acquis, dans le dernier état de la jurisprudence ancienne, force impérative. On la trouve déjà formulée en termes impératifs dans certains postglossateurs, et si leurs expressions ont peut-être dépassé leur pensée, comme le pense M. Lainé (1), il n'en est pas moins vrai, ainsi qu'il le constate, qu'elles ont été prises à la lettre en Allemagne,

(1) Lainé. Op. cit., T. II, p. 404.

à la fin du XVII^e siècle, en France, au XVIII^e. Sans doute, le caractère obligatoire de la règle a été contesté dans les Pays-Bas par Rodenburg, Paul et Jean Voet. Mais c'est surtout l'ancien droit français qu'il importe de consulter au point de vue de l'esprit du Code civil. Nous inclinons donc à croire qu'elle doit encore être considérée aujourd'hui comme présentant ce caractère. S'il est vrai, qu'en matière de droit international privé spécialement, le juge n'est point lié par des maximes de l'ancien droit, à moins qu'elles n'aient trouvé leur expression plus ou moins précise dans le Code, il en est autrement lorsque l'on trouve dans notre législation certaines dispositions révélant la persistance de la maxime et son adoption par le Code. Dans ce cas, l'ancien droit peut être utilement consulté au sujet de la détermination de sa portée. Or, tel est précisément le cas. L'ancienne maxime transparaît dans les principes sur la forme des actes de l'état civil en pays étranger, sur la forme du mariage, et jusques dans l'art. 999 lui-même relatif à la forme des testaments, bien qu'il accorde quelque chose à la loi de la nationalité s'agissant de testaments faits par des Français. La maxime étant restée debout, il y a lieu d'admettre qu'elle l'est demeurée avec la force qui lui était attribuée par l'ancienne jurisprudence et par la doctrine françaises. En fait, les tribunaux français et Belges ne considèrent pas comme valables les testaments faits en France ou en Belgique par des étrangers, autrement que dans les formes prescrites par les lois française ou belge⁽¹⁾.

830. — M. Lainé pense qu'il n'y a vraiment qu'un seul motif de rendre l'observation de la *lex loci actus* obligatoire, et que ce motif n'existe que dans le cas où l'acte est reçu par un officier public : ce serait le devoir qui s'impose à ce mandataire de l'autorité de se conformer à la loi dont il tient ses pouvoirs. Il ajoute que Bouhier seul a su apercevoir cet ordre d'idées. Ce motif serait cependant de nulle importance, lorsqu'il s'agit du testa-

(1) Bruxelles, 13 février 1889. Pas. 1889, 2, 176.

ment olographe qui n'exige pas l'intervention d'un officier public. Il serait de nulle importance, lorsqu'il s'agit précisément de la question de savoir si un acte ne peut être fait qu'en forme authentique, ou s'il peut l'être également sous signature privée. Or, c'est là une question d'importance primordiale. Il ne justifierait ni le caractère impératif de la règle sous ce rapport, ni même l'adoption de cette maxime comme règle facultative. Comme règle facultative, la maxime se justifie par d'autres considérations; comme règle absolument impérative, elle ne se justifie guères. On ne voit pas surtout pourquoi le testament conforme à la loi nationale du testateur, ne serait pas valable du moins aux yeux de son pays.

831. — Dans tous les cas, nous considérerons en général comme valable le testament fait par un étranger suivant la forme prescrite par la *lex loci actus*. Supposons toutefois qu'un étranger ait fait son testament, soit en Belgique, soit en pays étranger, dans une forme autorisée par la loi locale, mais prohibée par sa loi personnelle. Un Hollandais fait son testament en Belgique en forme olographe, tandis que sa loi nationale lui défend de tester dans cette forme en pays étranger. La Cour de Liège a décidé par arrêt du 18 juin 1876⁽¹⁾ que ce testament était nul, et que la disposition du Code civil néerlandais, qui interdit aux Hollandais de tester en pays étranger autrement que par un acte authentique, revêt le caractère de statut personnel. Au point de vue de la théorie du droit international privé, nous serions tout disposé à nous rallier à cette décision. Au point de vue de la portée généralement attribuée à la maxime *locus regit actum*, l'exactitude en est douteuse. La défense dont il s'agit dans l'espèce n'est certes pas une prohibition proprement dite : c'est tout simplement une disposition dont l'effet est de frapper de nullité aux yeux de la loi hollandaise le testament olographe fait par un Hollandais en pays étranger, lors même qu'il serait conforme à la *lex loci actus*. Et

(1) *B. j.*, 1874, 836. — Nous nous en référons à nos observations sous les nos 178 et 179 du 1^{er} volume.

le principe de l'indépendance des souverainetés lui permet de le faire, bien qu'elle donne ainsi très visiblement un accroc à la règle *locus regit actum*, comme le fait du reste dans une certaine mesure l'art. 999 du Code Napoléon.

Mais la question est de savoir si aux yeux de notre législation, et pour autant qu'il s'agirait de lui donner exécution dans notre pays, ce testament sera également nul. Il s'agit, dit-on, d'un statut personnel. Il faut donc considérer comme se rattachant au statut personnel les dispositions qui ne permettent de faire certains actes qu'en observant des formalités déterminées. Répétons-le encore : nous y souscrivions volontiers, et cela est conforme à la doctrine de Laurent, conforme à l'art. 10 du titre préliminaire du projet de Code civil belge. Mais cela n'est pas conforme aux règles généralement admises jusqu'ici ⁽¹⁾. Cela n'est pas conforme à l'ancien droit auquel la maxime a été empruntée. Des autorités éminentes se sont cependant prononcées dans le sens de la jurisprudence de la Cour de Liège. Mais ces autorités sont en général favorables à une extension considérable de la compétence de la loi nationale, extension rationnelle dans une certaine mesure au point de vue de la théorie du droit international privé, mais peu compatible avec l'état de notre droit positif ⁽²⁾. Nous croyons toutefois devoir nous rallier à la jurisprudence de la Cour de Liège parce qu'il nous paraît que la loi qui régit la substance de l'acte juridique peut toujours exclure l'application de la maxime *locus regit actum*, tout au moins dans la mesure où elle réproouve un acte que la *lex loci* annule.

832. — On admet, d'autre part, dans la jurisprudence

(1) Le projet de Code civil belge porte : « Lorsque la loi qui régit une disposition exige comme condition substantielle que l'acte ait la forme authentique, ou la forme olographe, les parties ne peuvent suivre une autre forme, fût-elle autorisée par la loi du lieu où l'acte est fait. » Mais le savant rapporteur M. Van Berchem observe avec raison que la doctrine et la jurisprudence sont loin d'avoir adopté généralement ces principes, et ne peut citer à leur appui que l'autorité de Laurent et l'arrêt précité de la Cour de Liège. — V. en sens contraire : Cass. Fr., 25 août 1847. S. 47, 1, 712 et Orléans, 4 août 1859. S. 60, 2, 37.

(2) Despagnet. *Op. cit.*, p. 280. — Renault. *Rev. crit.*, 1884, p. 735. — Fiore. *Note. Journ. de dr. int. pr.*, 1883, pp. 85 et 86. — Laurent. T. I, n° 100.

française qu'en matière de testament l'observation de la loi française s'impose, même à l'étranger, pour ce qui concerne la forme. Et cela a été décidé notamment en ce qui touche le testament olographe. C'est ainsi qu'il a été jugé que le testament par acte sous seing privé fait par un Anglais en France, est nul, s'il n'est écrit entièrement de sa main⁽¹⁾. Brocher approuve très nettement cette jurisprudence. Il est bien difficile d'admettre, d'après lui, « qu'il s'agisse d'une règle rentrant dans le statut personnel, le caractère de forme extérieure semblant prédominer dans cette disposition ». Mais lorsque notre nouveau Code aura admis que la forme requise pour la validité de l'acte en la substance doit être régie par la loi qui gouverne le fond de la disposition, et que la succession est régie par la loi nationale du *de cuius*, la doctrine de la Cour de Liège sera parfaitement justifiable au point de vue du droit positif, comme elle l'est au point de vue de la théorie pure.

Tels sont les principes généraux qui nous paraissent applicables en ce qui concerne les formes des testaments faits par des étrangers, soit en Belgique, soit en pays étranger. Peut-être pourrait-on en trouver une confirmation implicite dans la disposition de l'art. 994 du Code civil, au sujet du testament fait sur un navire français, qui a abordé une terre étrangère ou de la domination française, où il y a un officier public français; cet article ordonnant de suivre les formes prescrites en France, ou celles usitées dans les pays où il aura été fait.

833. — En ce qui concerne la forme des testaments faits par les Belges en pays étranger, elle est régie par l'art. 999 du Code, et nous nous sommes suffisamment expliqué sur la portée de cet article pour que nous n'ayons guère à y revenir. Remarquons une fois de plus que cet

(1) Paris, 25 mai 1852. S. 52, 2, 289. — Cass., 9 mars 1853, 1, 274. D. P. 53, 1, 217. — Bruxelles, 13 févr. 1889. Pas. 1889, II, 170.

La doctrine est partagée. Il faut reconnaître que lorsque le Code civil s'attribue un droit de contrôle sur les formes du testament d'un Français en pays étranger, il est peu conséquent de dénier aux Etats étrangers un droit de contrôle sur les formes des testaments de leurs nationaux en dehors de leur territoire.

article n'est pas l'application pure et simple de la maxime *locus regit actum*, mais plutôt une restriction de cette maxime, puisqu'un Belge ne peut disposer de ses biens en pays étranger que par testament authentique ou olographe. Seulement l'art. 999 du Code civil ajoute : *avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé*, et fait ainsi un retour vers la fameuse règle. C'est donc la loi du lieu de l'acte qui déterminera les formes de l'acte authentique. Et la jurisprudence a fait, comme nous l'avons vu, une très large application de ce principe. Elle en a conclu que tous les éléments de l'authenticité étaient abandonnés à la discrétion de la loi étrangère, de sorte qu'un testament fait en pays étranger peut être authentique, même sans qu'aucun officier public, aucun fonctionnaire public quelconque y soit intervenu. Peut-être cela n'est-il guère d'accord avec l'esprit de la disposition, mais la pratique est constante.

834. — Abordons maintenant la question de savoir quelles sont les dispositions qui concernent ici la forme à proprement parler. Nous devons en exclure d'abord la disposition de l'art. 967, aux termes duquel toute personne peut disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. Le Code déroge ici à la fois au droit romain et au droit coutumier. L'institution d'héritier n'est plus requise pour la validité du testament, mais le testateur est libre d'instituer un héritier. Il n'y a plus d'expressions sacramentelles prescrites ou interdites. Si c'est là une forme, aucun des motifs sur lesquels repose la maxime *locus regit actum* ne s'y applique. On entend plutôt par formes, dans le sens de cette maxime, les formalités extérieures indépendantes des termes dans lesquels le testateur s'est exprimé. Nous estimons qu'il faut appliquer la loi qui régit le fond de la disposition, c'est-à-dire la loi qui régit la succession. Cette loi est encore, comme nous l'avons dit, d'après notre droit positif, la loi de la situation réelle en matière immobilière, de la situation feinte ou supposée en matière mobilière.

835. — La jurisprudence française voit dans l'art. 968 qui prohibe les testaments conjonctifs une règle de forme, et applique la loi du lieu où le testament a été fait⁽¹⁾. Il est incontestable, d'après nous, qu'elle n'est rien de plus aux yeux du législateur français. Elle figure tout d'abord sous l'intitulé : « Des règles générales sur la forme des testaments. » Elle précède immédiatement la disposition aux termes de laquelle le testament peut être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique. A la vérité, cela n'est pas absolument décisif. Mais lorsqu'on envisage la disposition en elle-même, n'y trouve-t-on pas une véritable règle de forme? Il s'agit de savoir si dans le même instrument on peut réunir des dispositions réciproques : cela se rapporte donc directement à la forme non pas de l'acte juridique, mais de l'écrit qui le constate. Que l'intérêt public y soit engagé, nous le voulons bien. Mais dès que l'on admet généralement, comme c'est le cas et comme le prescrit la tradition juridique, implicitement acceptée par les auteurs du Code, et presque universellement consacrée dans la pratique des nations, que la règle *locus regit actum* s'applique même aux formes substantielles, il n'y a pas de motifs pour ne pas l'appliquer ici. Certains auteurs, Laurent par exemple, repoussent, en ce qui concerne l'art. 968, l'application de la loi du lieu de l'acte. Mais il est à observer que Laurent la repousse d'une manière générale en ce qui concerne les formes substantielles. En théorie, nous croyons qu'il a raison, et qu'entendue en ce sens la maxime n'est pas justifiée; mais en droit positif elle a bien cette portée, d'après l'opinion générale et s'applique même aux formes substantielles. Il est à remarquer, du reste, que les auteurs qui résistent à l'application de la *lex loci actus*, en ce qui concerne le testament conjonctif, ne s'accordent pas sur la

(1) En ce sens : Cass., 23 juin 1813. S. 13, 1, 378. — Toulouse, 11 mai 1850. S. 50, 2, 529; D. 52, 2, 64. — Caen, 22 mai 1850. S. 52, 2, 566. — Paris, 24 décembre 1866. *Bulletin*, 1866, p. 789, etc., etc. — Brocher. *Op. cit.*, T. II, p. 35. — Merlin. *Rép.*, v° *Testament*. — Aubry et Rau, Demolombe, Weiss, etc... — En sens contraire : Laurent. *Op. cit.*, T. VI, pp. 535 et ss. — Marcadé, Bertauld, Duguit, Despagnet, Antoine, etc.

loi à appliquer. Laurent, dont la dissertation sur cette question nous paraît un peu confuse, déclare que la prohibition du testament conjonctif est fondée uniquement sur la révocabilité des dispositions testamentaires; or, cette révocabilité est, dit-il, l'exercice de l'autonomie qui appartient au testateur. Il reconnaît cependant que le Code déroge à cette autonomie dans l'art. 968, et finit par dire que l'application de cet article dépend de l'autonomie du testateur. Il ne peut évidemment être question de cette autonomie quand on se trouve en présence d'une disposition prohibitive aussi formelle.

836. — Les art. 969 à 980 sont évidemment de pure forme, et l'on appliquera l'ancienne règle *locus regit actum*. Mais que faut-il penser des testaments des militaires, dont il est question dans les art. 981 à 984 du Code civil? La validité de ces testaments aux yeux mêmes du législateur français est limitée. Le testament, fait dans ces formes simplifiées, sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté de recourir aux formes ordinaires (art. 984). Sera-t-il valable en la forme, lorsqu'il a été dressé dans un pays dont la législation prescrit des formes différentes? Incontestablement, si l'on admet avec M. Weiss que le testateur a, en général, le choix entre les formes du lieu de l'acte et celles prescrites par sa loi nationale, et s'il s'agit du testament d'un Français ou d'un Belge. Mais il n'y a qu'en Angleterre, à notre connaissance, qu'on laisse au testateur le choix entre la loi du lieu de l'acte et sa loi personnelle, et encore faut-il remarquer d'une part que cette loi personnelle est, d'après la jurisprudence anglaise la loi du domicile, comme d'après la jurisprudence américaine, d'autre part que le *Lord Kingdowns Act* (Acte du Parlement de 1861) ne lui accorde ce choix que s'agissant d'un testament de biens mobiliers. Dès qu'il s'agit de biens immeubles on applique, en Angleterre comme en Amérique, la *lex situs* quant aux formes du testament. Nous doutons donc fortement de la validité d'un pareil testament aux yeux des nations étrangères, s'il est passé

ailleurs qu'en France, ou dans des pays où l'on trouve, comme en Belgique, une législation identique.

837. — Les art. 985 à 987, qui simplifient les formes des testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication est interceptée, à cause d'une maladie contagieuse, donnent lieu à des observations analogues. Quant aux testaments maritimes, dont il est question dans les art. 988 à 993 du Code civil, des observations spéciales sont indispensables. Nous pensons qu'en vertu de l'exterritorialité du navire, ils peuvent être considérés comme faits sur le sol de la nation même dont les navires dépendent, et qu'en reconnaissant la validité de ces testaments dressés à bord des navires français ou belges, les nations étrangères ne feraient que rendre hommage à la règle *locus regit actum*. A la vérité, nous ne trouvons pas de précédents, ayant étendu à cet ordre d'idées la fiction de l'exterritorialité du navire, mais cette extension serait sage, et d'un intérêt universel, surtout s'agissant de navires en pleine mer. Les art. 995 à 998 concernent également les formes de ce genre de testaments privilégiés, et leur effet temporaire. Mais l'art. 994 dispose qu'on ne répute point fait en mer le testament fait à un moment où le navire « avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français ». Dans ce cas le testament n'est valable, qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant celles usitées dans les pays où il aura été fait. Cette disposition est un peu obscure. Nous pensons avec la majorité des auteurs que le droit de faire un testament maritime subsiste, lorsque le navire aborde une terre étrangère où il n'y aurait pas d'officier public français. Mais alors il est plus douteux qu'il suffise *aux yeux des nations étrangères* d'observer ces formes simplifiées, si la loi locale exige davantage ; car la fiction d'exterritorialité ne persiste pleinement que pour les navires de guerre qui se trouvent dans des ports étrangers.

838. — L'art. 994 conserve aux consuls français le droit de recevoir les testaments des citoyens français. En

Belgique, où les mêmes dispositions sont en vigueur, la loi consulaire du 31 décembre 1851, art. 11, déclare expressément que les consuls exercent les fonctions de notaires dans les cas prévus par le Code civil, et il a été reconnu dans la discussion, qu'ils pouvaient, en vertu de l'art. 994, recevoir les testaments de leurs nationaux. Mais on peut se demander s'ils ont le choix entre les formes prescrites par la loi belge, et celles usitées dans le pays où le testament est fait, ou si le membre de phrase qui leur permet de recourir à ces dernières formes se rapporte au cas où le testateur ne recourt pas au ministère de l'officier public français. La question a été résolue en Belgique par une circulaire du ministre des Affaires Étrangères du 8 avril 1857. Le consul doit se conformer aux règles prescrites par les lois belges. Mais le ministre, tout en faisant connaître aux consuls qu'ils ne peuvent refuser leur ministère au Belge qui se trouve dans les conditions voulues, lorsqu'ils en sont requis, leur permet et leur conseille implicitement de lui signaler les dangers auxquels il s'expose, et de l'engager à tester de préférence dans la forme olographe ou selon les formalités en usage dans le pays. La raison en est simple, c'est que rien ne garantit la pleine validité du testament consulaire en la forme aux yeux de ce pays, ni aux yeux des autres nations. Tout dépend alors de la législation de ces pays et des traités. Il est probable cependant que leur validité serait reconnue, tout au moins en ce qui concerne les biens situés dans le pays que le consul représente (plusieurs traités consulaires conclus par la Belgique semblent reconnaître la compétence des consuls dans ces limites). Et l'on devrait même logiquement aller plus loin, et reconnaître d'une manière générale la compétence des consuls étrangers pour recevoir les testaments de leurs nationaux, lorsque, comme en Belgique et en France, on reconnaît cette compétence à ses propres consuls. M. Weiss cite un assez grand nombre de traités conclus entre la France et certains Etats étrangers, consacrant expressément cette compétence⁽¹⁾.

(1) Weiss. Op cit., p. 710.

839. — L'art. 1001 frappe de nullité les testaments irréguliers en la forme : toutes les formes sont prescrites sous cette sanction sévère. Il est évident, nous paraît-il, que la loi qui a compétence pour prescrire la forme, est compétente aussi pour déterminer la sanction. On appliquera donc les principes que nous avons exposés plus haut. Si telle ou telle forme n'était point prescrite sous cette sanction rigoureuse par la loi qui régit la forme, son inobservation n'entraînerait point nullité du testament.

840. — Les art. 1002 à 1024 classent les diverses espèces de dispositions testamentaires en dispositions universelles, à titre universel, et à titre particulier, et déterminent les effets de chacun de ces genres de dispositions. Il est peu d'auteurs qui s'occupent avec quelque détail de déterminer quelle est la loi qui régit ici les dispositions testamentaires. Brocher passe complètement sous silence les articles dont il s'agit, et Laurent semble n'y voir qu'une question d'interprétation dans laquelle l'autonomie du testateur joue un rôle absolument prépondérant. Nous avons trop insisté sur la différence qu'il y a entre l'interprétation d'une disposition et la détermination de ses effets, pour qu'il soit nécessaire d'insister. S'agissant d'interprétation proprement dite, le juge nous paraît jouir d'un pouvoir pour ainsi dire illimité, en matière de testaments surtout, le principe étant qu'il faut toujours et avant tout s'inspirer de la volonté du testateur. Il n'y a point ici de termes sacramentels. Les mots semblables, ou en apparence équivalents, pourront avoir une signification très différente suivant les pays, et il faudra se mettre en garde contre les erreurs pouvant résulter de leur traduction trop littérale, s'il s'agit d'un testament fait dans une langue étrangère. Mais il est impossible d'établir ici une règle précise. Lorsqu'il s'agit des effets de la disposition, il n'en est pas de même. Il y a tout d'abord certains effets qui ne dépendent pas de l'autonomie du testateur, auxquels il n'a pas le droit de porter atteinte, dès que la portée de sa disposition est bien fixée. Et pour ce qui concerne même les effets qui dépendent en

dernière analyse de son autonomie, le juge ne nous paraît pas absolument libre de les modifier, en se fondant sur des circonstances quelconques, pour attribuer au testateur une volonté différente. Il faut que cette volonté ait reçu une expression légale. Un Belge fait son testament en Belgique, et meurt laissant un légataire universel, ou des légataires à titre universel. Prétendra-t-on que le juge peut se fonder sur telle ou telle circonstance, indicative de l'intention du testateur, pour faire produire à ces legs des effets autres que ceux déterminés par la loi belge? On n'y serait certainement pas admis, parce que cette volonté aurait dû être solennellement constatée. Cela dépendra donc de la loi qui régit la forme du testament. Il y a une grande différence à cet égard entre les actes solennels, et les contrats qui, en thèse générale, ne requièrent aucune solennité pour leur validité en la substance. Ces observations faites, examinons les divers articles qui règlent cette matière.

841. — Les art. 1002, 1003 et 1010, qui classifient les dispositions et définissent le legs universel, le legs à titre universel et le legs à titre particulier, ne soulèvent aucune difficulté. Le juge belge recherchera l'intention du testateur : question d'interprétation. L'art. 1094 concerne la saisine, ainsi que l'art. 1096. Le légataire universel a la saisine s'il n'y a pas d'héritiers réservataires ; sinon il est tenu de demander la délivrance à ces derniers. Nous pensons que, dans une certaine mesure, cette question se rattache essentiellement à la possession et à l'organisation de la propriété, et qu'en conséquence il faut s'en rapporter à la loi de la situation des biens. C'est l'opinion générale, et Laurent lui-même admet qu'en droit français au moins, la saisine de la possession forme un statut réel, aussi bien, dit-il, que la saisine de la propriété ⁽¹⁾. Nous considérons la saisine comme impliquant essentiellement la transmission de la possession et non-seulement de la propriété. Mais nous allons plus

(1) Laurent. T VI, p. 660. — En ce sens : Despagnet. p. 489. — Antoine. p. 91. — Fiore. p. 615.

loin que Laurent, et, comme le pensent certains auteurs des plus favorables à l'application de la loi nationale en matière de succession, par exemple Antoine et Fiore, nous sommes d'avis que, même dans l'hypothèse où cette loi serait reconnue dans notre pays comme loi régulatrice de la succession *ab intestat*, encore faudrait-il appliquer en ce qui concerne la saisine la loi du lieu de la situation des biens. La dissertation de Laurent à ce sujet nous semble pleine d'obscurités, et le conduit à une conclusion étrange : c'est que le « statut de la saisine n'est ni personnel ni réel ; il procède *de Dieu* d'abord et *du sang*, puis *de la volonté de l'homme* ; il doit donc produire son effet sur tous les biens, quelle que soit leur situation : le lieu où les biens sont situés ne détermine ni la volonté de Dieu, ni celle de l'homme ». De Dieu d'abord ? Puis du sang ! Et enfin de la volonté de l'homme !... L'auteur veut-il dire que la saisine doit produire son effet sur tous les biens, parce qu'elle s'opère en vertu de la volonté divine, parce que c'est une espèce de dogme qui s'imposerait partout ? Non, sans doute ; mais alors il ne sert de rien d'affirmer qu'elle vient de Dieu. Laurent prétend-il que la saisine s'opère en vertu d'une loi de notre nature, en affirmant qu'elle vient du sang ? Ou soutient-il qu'elle dépend de la race ? On ne sait. Dans tous les cas, ce n'est certainement pas une question d'autonomie. La vérité est que la difficulté doit être envisagée sous deux aspects. La question de savoir si la saisine peut être admise dans un pays déterminé, c'est-à-dire si la transmission de la possession des biens héréditaires peut s'opérer de plein droit, ou s'il faut toujours un envoi en possession ou un jugement de délivrance, doit être résolue à notre avis d'après la loi du lieu de la situation, et nous ne distinguerons pas même ici entre les meubles et les immeubles. La question de savoir *dans quel ordre* la saisine est attribuée aux successeurs est, au contraire, essentiellement régie par la loi successorale.

842. — Mais il n'en est pas ainsi de la question de jouissance. Lors même qu'il n'a pas la saisine, le légataire

universel recueille les fruits en vertu de l'art. 1005, à partir du jour du décès, pourvu qu'il ait fait la demande en délivrance dans l'année. Quant au légataire à titre particulier (art. 1014), à moins que le testateur n'ait déclaré expressément sa volonté contraire, ou qu'une rente viagère ou une pension n'ait été léguée à titre d'aliment, il ne fait les fruits siens qu'à dater de la demande en délivrance (art. 1015). Ce sont là de véritables dispositions de droit supplétif. Il y aurait donc lieu d'examiner dans chaque cas particulier, à quelle loi le testateur doit être censé se soumettre, si l'on pouvait tenir compte de sa volonté tacite. Mais dans quelle mesure peut-on en tenir compte dans l'espèce? Nos lois établissent une présomption de volonté qui ne peut être combattue, s'agissant de testaments, que par une déclaration expresse du testateur. Au premier abord on est tenté d'appliquer la loi qui régit la succession. Nous pensons cependant qu'il y a lieu de distinguer. La question de savoir si la volonté du testateur de déroger à la loi qui détermine les effets normaux du legs, doit résulter d'une déclaration expresse dans le testament même, dépend, à notre avis de la loi qui régit la forme du testament. D'après la pratique générale, cette loi est celle du lieu où le testament est fait. Mais, comme nous l'avons dit, il serait plus sage, s'agissant de formes substantielles, de s'en référer à la loi qui régit la disposition. Et c'est dans tous les cas cette loi qui doit rationnellement être consultée pour déterminer les effets du legs, en l'absence d'une volonté contraire légalement exprimée. On ne peut admettre l'application d'une loi différente en vertu de la soumission tacite du testateur, que si la loi du lieu où le testament est fait permet de tenir compte de l'intention tacite du testateur en ce qui concerne les effets de ses dispositions dernières, pour autant qu'il veuille déroger aux règles ordinaires, à la loi qui régit la succession. Nous savons bien que nous aboutissons ainsi à une conclusion regrettable, c'est que, s'agissant des immeubles, il faudra appliquer la loi de la situation en ce qui con-

cerne le droit supplétif des testaments. Mais c'est la conséquence d'un principe général qui est celui de notre droit positif, celui que la succession est régie, quant aux biens immeubles, par la loi de la situation, principe dont nous avons déjà signalé toute la fausseté et l'absurdité au point de vue de la théorie du droit international privé.

843. — Les dispositions des art. 1007 et 1008 paraissent au premier abord essentiellement empreintes de statut réel. Elles touchent en outre, dans une certaine mesure à la procédure. Mais quand on y regarde de près, l'on voit surgir ici plusieurs questions excessivement délicates. Quand le dépôt du testament est-il nécessaire? Les lois belge et française l'exigent dès que le testament est olographe, ou en forme mystique. Mais ces lois ne semblent pouvoir être appliquées que lorsque la succession est ouverte en Belgique ou en France; car le législateur belge n'a ni la compétence, ni le pouvoir matériel nécessaires pour prescrire la présentation du testament à un président étranger. Il ne l'a pas davantage pour prescrire à celui-ci d'ordonner le dépôt du testament dans l'étude d'un notaire, et il se peut même qu'il n'y ait pas de notaire dans le pays où la succession est ouverte. La Cour de Bruxelles a donc décidé à bon droit que le juge belge ne peut ordonner le dépôt du testament d'un étranger non domicilié⁽¹⁾. Il faudra donc bien s'en référer ici à la loi du lieu de l'ouverture de la succession, et c'est également cette loi qu'il faudra suivre quant aux formes de la présentation et du dépôt, sauf à tenir compte des droits des consuls étrangers, tels qu'ils résulteraient des conventions consulaires. L'art. 1008 donne lieu à plus de difficultés encore. Un premier point nous paraît évident, c'est que, s'agissant même d'une succession ouverte en pays étranger, le légataire, institué par acte sous seing privé, doit demander au juge l'envoi en possession pour pouvoir se mettre en possession d'immeubles situés en Belgique. Laurent lui-même le reconnaît⁽²⁾, malgré sa

(1) Bruxelles, 3 juin 1865 et 22 mars 1869. Pas. 1865, 2, 272 et 1870, 2, 176.

(2) Laurent. Op. cit., T. VI, p. 608.

tendance marquée vers l'extension du statut personnel. La prise de possession sans ordonnance d'envoi en possession serait une voie de fait, comme le fait remarquer Pothier, et tout ce qui tend à exclure les voies de fait est d'ordre public, d'ordre public territorial dans l'espèce, puisque nous supposons qu'il s'agit d'empêcher des voies de faits sur des immeubles sis en Belgique. Mais à quel juge faut-il s'adresser? Aucune difficulté, s'il s'agit d'une succession ouverte en Belgique; ce sera au juge belge. Mais supposons qu'il s'agisse d'une succession ouverte en pays étranger. Il est à noter que, d'après les termes de l'art. 1008 combiné avec l'art. 1007, c'est au président du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession qu'il faudra s'adresser pour demander l'envoi en possession. La jurisprudence a, il est vrai, décidé que le dépôt pouvait être ordonné valablement même par un autre président, mais cela nous paraît douteux, et en ce qui concerne l'ordonnance d'envoi en possession on reconnaît qu'il en est autrement ⁽¹⁾, parce qu'il s'agit d'une mesure d'exécution dans le sens propre du mot. Laurent déclare que si la succession s'ouvre à l'étranger, c'est le président étranger qui devra remplir les formalités prescrites par la loi locale, mais que son ordonnance devra être rendue exécutoire en France ⁽²⁾. C'est, nous paraît-il, le vrai principe. Non-seulement cela est conforme au texte de l'art. 1008, mais en général ce président a plus de compétence pour apprécier la valeur du titre produit. L'opinion contraire paraît cependant avoir prévalu en France, où l'exéquatur a été refusé pour cause d'incompétence à une ordonnance d'un juge étranger, prononçant l'envoi en possession d'immeubles situés en France ⁽³⁾.

844. — L'art. 1009 concerne non la contribution aux dettes, mais l'obligation aux dettes vis-à-vis des tiers. La règle que le légataire universel est tenu hypothécairement pour le tout se rattache aux intérêts des tiers, au régime

(1) Coin Delisle. *Sur l'art. 1008*, n° 11.

(2) Laurent. *Op. cit.*, T. VI, p. 608.

(3) Rouen, 14 juillet 1852 et Cass. 9 mars 1853. S. 53, 1, 270.

territorial des biens, et l'on appliquera sans nul doute la loi de la situation. Quant à l'obligation personnelle du légataire universel, il nous semble que l'intérêt des tiers est aussi très directement en cause, mais cet intérêt ne pourrait être cependant injustement lésé que par l'application d'une loi étrangère qui violerait la maxime : *non sunt bona nisi aere alieno deducto* ; et nous estimons qu'une pareille loi ne saurait exister, car elle compromettrait partout un intérêt général. A part cela, nous pensons que, dans la rigueur des principes, il faudrait appliquer ici la loi qui régit la succession *ab intestat*, et, dans le système de l'application de la loi nationale du *de cuius*, cela ne souffre aucune difficulté. Il est d'autant plus naturel de s'en référer ici à la loi successorale, qu'il s'agit du légataire en concours avec l'héritier réservataire. On ne peut contester cependant que cela ne conduise à des conséquences fâcheuses, si l'on admet que la succession immobilière est de statut réel, comme on l'admet encore en France et en Belgique, et comme nous l'avons reconnu nous-même au point de vue du droit positif. A chaque pas que l'on fait dans l'analyse des dispositions du Code civil, envisagées au point du droit international privé, se révèlent les inconvénients de ce système. En pratique on serait forcé d'appliquer la loi qui régit la succession mobilière.

845. — La contribution aux dettes entre héritiers et légataires, et l'obligation de payer les legs nous paraissent dépendre, en principe, de la loi successorale (art. 1009, 1012, 1013 et 1017). Elles en dépendent d'une manière absolue en tant qu'il s'agit de respecter la réserve, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent porter atteinte à la réserve telle qu'elle est déterminée par cette loi. Mais, pour autant que la réserve ne soit pas entamée, le testateur a certainement le droit de modifier par des dispositions expresses les effets attribués à son legs, en ce qui concerne la contribution aux dettes et charges de la succession. Le pourrait-il également d'une manière tacite ? Nos lois ne le lui permettent certainement pas. Il semble en résulter que,

si la dévolution de la succession légale est régie en principe par la loi successorale belge, on ne pourra se prévaloir de ce que le testateur serait censé s'être soumis à quelque autre loi, soit à raison de sa nationalité, soit à raison de son domicile, pour en induire que cette loi doit recevoir application, en ce qui touche la contribution aux dettes et charges, et le paiement des legs. Mais c'est cependant une question qui se rattache à la forme; et aussi longtemps que subsistera la doctrine généralement admise aujourd'hui, suivant laquelle la maxime *locus regit actum* s'applique même aux formes substantielles, il faudra s'en référer à la loi du lieu où le testament a été fait, pour résoudre la question de savoir si l'application d'une loi autre que la loi successorale peut être basée sur des circonstances indiquant que le testateur a entendu s'y soumettre. Il serait plus rationnel cependant de s'en tenir sous ce rapport à la loi qui régit la succession. Et nous ajouterons même, qu'en supposant que l'expression d'une volonté dérogoratoire ne soit assujettie à aucune forme, encore faudrait-il présumer en l'absence d'une intention contraire nettement accusée, que le testateur a entendu faire régir l'effet de ses dispositions par la loi successorale, par la loi qui doit régir l'ensemble de sa succession. Cette présomption n'aurait rien que de naturel, surtout si l'on admet que cette loi est la loi nationale.

846. — Les légataires à titre universel et les légataires particuliers ne peuvent, pas plus que les légataires universels, se mettre en possession des choses léguées de leur propre autorité. En principe, la règle qui leur ordonne de demander la délivrance, est donc de statut réel. Lors même que l'on admettrait que la succession est régie par la loi nationale, et qu'il s'agirait d'un *de cuius* étranger, si le legs à titre particulier avait pour objet un immeuble situé en Belgique, le légataire ne pourrait s'en mettre en possession sans un acte ou un jugement de délivrance (1).

(1) Laurent est même d'avis avec Pothier et la majorité des auteurs que le testateur ne peut pas dispenser le légataire de l'action en délivrance. — *Droit civil*, T. XIV, n° 48.

Mais l'ordre dans lequel la délivrance doit être demandée (art. 1011) dépend de la loi qui régit la succession. Il s'agit ici uniquement des rapports entre les divers successeurs. En principe la loi territoriale est désintéressée dans la question, et ce n'est que comme loi régissant la succession en vertu d'une tradition juridique, consacrée par l'art. 3 du Code civil, que nous en ferons l'application en matière immobilière, mais en matière immobilière seulement. Il faut appliquer la loi nationale, si l'on admet que la succession doit être régie par la loi nationale du *de cuius*.

C'est encore la loi successorale qui nous paraît devoir être appliquée en ce qui concerne les frais de la demande en délivrance et les droits d'enregistrement (art. 1016). Cet article réserve le cas où il en a été disposé autrement par le testament. Il faut donc en règle, pour que les frais de la demande en délivrance soient à la charge du légataire, et les droits d'enregistrement à la charge des héritiers, que cela résulte du testament, c'est-à-dire d'un acte solennel. Mais en sera-t-il ainsi, lorsque le testament aura été fait dans un pays où nulle solennité n'est requise, et par un étranger? On peut soutenir la négative, aussi longtemps du moins que l'on appliquera la maxime *locus regit actum*, même en ce qui concerne les formes de solennité. On peut même prétendre que, dans ce cas, les frais de la demande en délivrance pourront être mis à la charge du légataire, ou les droits d'enregistrement à charge de l'héritier, s'il résulte des circonstances que le testateur s'est soumis tacitement à quelque autre loi qui le veut ainsi. Mais il nous paraît préférable d'appliquer la loi qui régit la succession, et dans tous les cas il est à présumer que le testateur a entendu s'y soumettre.

847. — Nous avons parlé plus haut de l'art. 1017. Quant aux articles 1018 à 1023, ils apparaissent au premier abord comme des règles d'interprétation. Mais la vérité est qu'ils constituent de véritables règles de droit supplétif. Il s'agit de déterminer les effets des legs en ce qui concerne des points que le testateur n'a pas prévus

expressément, sur lesquels il a gardé le silence, et non pas de fixer le sens des expressions dont il s'est servi. Nous avons insisté déjà sur la différence qu'il y a entre les questions d'interprétation proprement dite et le droit supplétif. Ce dernier comble les lacunes que l'on rencontre dans l'expression de la volonté des parties. Les auteurs confondent le plus souvent ces deux ordres d'idées dont la différence a déjà été signalée par Savigny, et que de Bar rappelle. L'opinion générale enseignée par Fœlix est que l'interprétation des testaments est régie par la loi du domicile du testateur, et, suivant son habitude, il cite une foule d'auteurs à l'appui de son opinion. Mais il semble étendre ce principe aux questions de droit supplétif, car il ajoute que le testateur est supposé avoir eu l'intention de se rapporter à ses usages ordinaires, à ses habitudes, et aux lois de son domicile, comme étant celles qui lui sont connues et présentes à la mémoire. Laurent critique ce système qu'il considère comme trop absolu, et ne voit dans les raisons qu'invoque Rocco pour le justifier, que le fondement d'une probabilité, quant à l'intention du testateur, probabilité qui peut être détruite par d'autres circonstances (1). Il ne fait pas davantage la distinction entre l'interprétation proprement dite et le droit supplétif qu'il rappelle cependant à propos des contrats. Partant du principe exact que la volonté du testateur est autonome, dès qu'il n'est point enchaîné par des dispositions impératives ou prohibitives, il semble oublier que la loi n'a pas toujours égard à une expression *quelconque* de la volonté du testateur, à plus forte raison à une volonté tacite, et que, notamment dans la matière qui nous occupe, elle exige dans beaucoup de pays une expression solennelle de cette volonté. Si elle n'a pas égard à la volonté expresse du testateur non manifestée en forme solennelle, comment aurait-elle égard à une volonté induite de ce qu'en disposant il aurait eu en vue telle législation plutôt que telle autre? Il y a peut-être quelque présomption de notre

(1) Op. cit., T. VI, pp. 519 et ss.

part à combattre une opinion aussi généralement admise que celle d'après laquelle il faut s'en référer à la loi du domicile, et l'opinion de Laurent qui croit devoir tenir compte de toutes les circonstances indicatives de la volonté du testateur, mais... *magis amica veritas!* Nous persistons à croire que lorsque le législateur détermine les effets d'une disposition, sauf déclaration d'une volonté contraire, et qu'il s'agit des effets d'une disposition en forme solennelle, l'expression d'une volonté contraire ne saurait valoir contre la loi, que si elle se produit dans une forme légale. Et comme il s'agit de déterminer la portée du testament, elle doit se produire dans la forme exigée par la loi qui régit le testament auquel elle s'incorpore pour ainsi dire. Sinon, il faut appliquer la loi qui régit la succession. On ne doit point s'y tromper. Tout ne dépend pas ici de l'autonomie du testateur; à cette autonomie il y a des limites, et ces limites nous les trouvons dans les formes auxquelles la loi assujettit l'expression de sa volonté (1).

848. — Il n'y a guère de décisions judiciaires sur la question qui nous occupe. Laurent rapporte un arrêt de la Cour de Bruxelles qui a appliqué la loi du lieu du testament. Mais il s'agissait d'une question d'interprétation plutôt que de droit supplétif, et notamment du sens d'une clause d'affrérissement dans un testament conjonctif fait à Liège en 1779. Laurent critique du reste cette décision au point de vue des principes (2). D'autre part, la Cour de Cassation de France a décidé que les droits des légataires et institués doivent être déterminés en cas de conflit par la loi qui régit la succession (3). Mais il ne s'agissait pas d'une question identique à celle dont nous nous occupons. La Cour de Bordeaux s'est prononcée au

(1) De Bar qui traite de l'interprétation des testaments dans son 2^e volume, pp. 336 et ss., enseigne qu'il faut ici attacher plus d'importance que dans les contrats à la loi nationale et à la terminologie nationale, sans toutefois poser de règles absolues. Mais il ne semble viser que les questions d'interprétation pure, et tous les exemples qu'il donne se rapportent à des questions d'interprétation proprement dite.

(2) Bruxelles, 13 févr. 1819. Pas. 1819, p. 319.

(3) Cass. France, 16 août 1869. D. 69, 1, 463.

contraire sur une question de cet ordre ⁽¹⁾, mais sa décision n'est pas nette et n'a guère qu'une portée négative. On peut donc dire qu'au point de vue de la jurisprudence la difficulté n'a point été résolue, et reste entière, tandis que la doctrine s'est bornée à poser un principe général sans entrer dans les détails. C'est l'examen des détails qui nous a entraîné à nous séparer des opinions dominantes. Il est à remarquer du reste, que l'application de la loi du dernier domicile, pour les auteurs qui, comme Savigny, admettent que la succession est régie par la loi du dernier domicile, n'est que l'application de la loi qui régit la succession.

849. — C'est d'après ces principes qu'il faut décider, nous semble-t-il, de l'applicabilité des articles prémentionnés. Un doute peut s'élever seulement en ce qui concerne l'art. 1021, aux termes duquel « le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas ». Cet article déroge à la fois à l'ancien droit et au droit romain qui admettaient la validité du legs, lorsque le testateur avait su que la chose ne lui appartenait point. Dans ce cas, comme le propriétaire ne pouvait pas être forcé de vendre la chose, l'héritier devait en payer l'estimation, s'il se heurtait contre son refus d'aliéner. Cela donnait lieu à des difficultés d'application, qu'il est aisé d'apercevoir, et que les auteurs du Code ont préféré éviter en annulant tout legs de la chose d'autrui. On approuve en général cette disposition. Nous la croyons peu respectueuse de la volonté du testateur qui peut parfaitement ne pas connaître la disposition de l'art. 1021, malgré la maxime que personne n'est censé ignorer la loi. Quoi qu'il en soit, cette disposition semble au premier abord se rattacher à l'ordre public en ce qu'elle tend à prévenir des procès. Et s'il en était ainsi, la loi de la situation pourrait en exiger l'application à un autre titre encore que comme loi successorale. Cela nous paraîtrait toutefois extrêmement rigoureux. Le législateur

(1) Bordeaux, 17 juillet 1883. *J de dr. int. pr.*, 1883, p. 631.

peut-il défendre, même dans un intérêt de ce genre, à un testateur dont la succession serait régie par une autre loi, de disposer de cette manière? Cela se justifie dans une certaine mesure lorsqu'il s'agit d'une succession régie par la loi belge, parce que celui qui dispose à cause de mort est censé connaître la loi qui régit sa succession. Mais il n'en est pas de même si la succession est régie par une loi étrangère, dont l'application peut entraîner de bien plus grandes difficultés. Il nous paraîtrait exorbitant d'annuler une disposition régie par une loi étrangère, sous le prétexte qu'elle pourrait donner lieu à des procès. Nous pensons donc qu'il y a lieu d'appliquer la loi qui régit la succession, laquelle est, du reste, encore la loi de la situation en France et en Belgique, lorsqu'il s'agit de la succession immobilière, tout en combinant cette loi avec celle qui régit la forme.

850. — Les art. 1025 à 1034 traitent des exécuteurs testamentaires. L'exécuteur testamentaire est, dans le système de notre droit, un mandataire, mais un mandataire d'une nature toute spéciale, en ce sens qu'il représente une personne qui n'existe plus. Il tient ses pouvoirs à la fois du défunt et de la loi. Et quelle est la loi qui en principe semble avoir compétence pour donner cette extension à la volonté du défunt, pour lui permettre de se faire représenter à une époque où il n'existera plus, sinon la loi qui régit la succession? Nous en concluons avec Brocher : 1° que cette institution doit être régie par la loi régulatrice de la succession testamentaire, 2° que les effets, en dérivant pourront s'étendre à tous les biens de la succession, conformément à la loi du domicile du défunt (en matière mobilière), ou de la situation des biens (en matière immobilière). Si cependant l'on admettait que la succession est régie par la loi nationale du *de cuius*, c'est aussi cette loi qui réglerait l'institution dont il s'agit. Laurent se livre à une dissertation assez longue pour établir que tout dépend ici du statut personnel ou national. Au point de vue de la théorie, il a parfaitement raison et son argumentation nous paraît

irréfutable, mais au point de vue du droit positif belge et français, il nous paraît faire trop bon marché du principe qu'il reconnaît lui-même, suivant lequel la succession est de statut réel. Il observe vainement que « la situation des biens est absolument étrangère au mandat que le testateur donne à l'exécuteur de ses dispositions; que l'exécuteur n'est pas un héritier; que les biens sont donc hors de cause. » Tout cela est incontestable en théorie, mais en théorie on peut faire valoir des arguments non moins puissants pour l'application de la loi nationale du *de cuius* à la dévolution des biens. N'est-il pas vrai, d'autre part, que, si la loi territoriale, comme Laurent l'admet, est compétente en principe pour régler la distribution de la succession, si c'est elle aussi qui limite le droit d'en disposer par testament, elle est logiquement compétente pour régler une institution qui n'a pour objet que d'en assurer la distribution conformément à la volonté du testateur, lequel ne tient son droit que de la loi territoriale? Il importe peu que le mandat se donne à la personne et par des considérations purement personnelles. Le droit de donner un pareil mandat, et la mesure dans laquelle il opère, ne nous en paraissent pas moins dépendre essentiellement de la loi territoriale, si tant est qu'elle règle la succession. Au point de vue du droit positif, il est absolument inexact que, comme le prétend Laurent, la loi nationale ait seule le droit de commander et de défendre au testateur en pareille matière⁽¹⁾. La jurisprudence française a consacré d'une façon complète les principes que nous venons de défendre, et décidé que la mission et les droits des exécuteurs testamentaires doivent être appréciés d'après la loi qui régit la succession⁽²⁾. Nous aurons cependant quelques réserves à faire quant à l'application de cette loi, en parcourant les divers articles qui traitent de la matière.

851. — L'art. 1025, aux termes duquel le testateur

(1) Laurent. Op. cit., T. VII, nos 109 et ss.

(2) Paris, 11 décembre 1855 et 3 juin 1857, Cass. 19 avril 1859, cités par Vincent et Pénaud (v. *Testament, Donation*, n° 170).

peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires, se rattache à la loi qui régit la succession. L'application de l'art. 1026 qui permet de donner la saisine à l'exécuteur testamentaire, en la leur refusant si elle ne leur a pas été donnée, dépend en principe de la même loi, ainsi que celle de l'art. 1027, c'est-à-dire que le testateur n'aura pas ce droit si la loi qui régit la succession ne le lui confère pas. Toutefois si la saisine n'était aucunément admise dans le pays de la situation, elle leur serait refusée quand même on admettrait que la succession est régie par la loi nationale. Les art. 1028 à 1030 concernent des questions de capacité proprement dite et rentrent dans le statut personnel. La disposition de l'art. 1031, définissant la mission de l'exécuteur testamentaire, rentre encore dans le statut successoral, bien que l'obligation de faire apposer les scellés et de dresser inventaire, mesures conservatoires qui intéressent les tiers, puisse également résulter des prescriptions de la loi de la situation ou de la loi du domicile si la succession était régie par la loi nationale. Nous considérons aussi comme rentrant dans la loi qui régit la succession les dispositions des art. 1033 et 1034, sur la responsabilité des exécuteurs testamentaires et sur les frais qui leur sont alloués. Mais il y a quelque doute sur l'art. 1032, aux termes duquel les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passent point à ses héritiers. L'on peut se demander s'il n'y a pas lieu d'appliquer la loi qui régit la succession de l'exécuteur testamentaire. Nous sommes d'avis que l'on ne saurait appliquer que la loi régulatrice de la succession qu'il est chargé de distribuer. Il ne s'agit nullement ici d'un droit proprement dit, faisant partie pour ainsi dire du patrimoine de l'exécuteur testamentaire, mais plutôt d'une espèce de fonction, et c'est la loi qui régit la fonction à laquelle il faut se référer, pour décider si elle est transmissible ou non aux héritiers.

852. — Les art. 1035 à 1047 sont placés sous la rubrique : *de la révocation des testaments et de leur caducité*. Nous nous occuperons d'abord de la révocation, et

nous remarquerons que les dispositions qui la concernent sont de deux espèces. Les art. 1035 à 1038 concernent la révocation par le testateur lui-même *ad nutum*, les art. 1046 et 1047 la demande en révocation qui peut être faite par ses héritiers. Comme le fait remarquer avec raison Brocher ⁽¹⁾, la révocation du testament par le testateur soulève deux questions : Quelle est la loi qui régit la faculté de révoquer ? Quelle est la loi qui régit la forme de la révocation ? En ce qui concerne le droit de révocation, Laurent fait observer que *ce n'est pas une question de statut, que c'est le testateur qui fait la loi, que le législateur ne lui impose et ne lui défend rien sauf en matière de réserve.* « En tant que le testateur est autonome, on ne peut pas dire que sa volonté est régie, soit par la loi personnelle, soit par la loi réelle ; est-il capable de tester, sa volonté sera souveraine et aura effet partout. » Il est palpable que l'illustre jurisconsulte tourne dans un cercle vicieux. La question est précisément de savoir si le testateur est autonome à cet égard. Il l'est, d'après nos lois, mais dans l'hypothèse où il ne le serait pas, d'après telle ou telle loi étrangère, quelle loi faudrait-il appliquer ? La détermination de cette loi ne dépend certes pas de l'autonomie du testateur : cette autonomie est précisément le point en litige, le *quod demonstrandum*. Laurent ajoute, il est vrai, qu'on ne conçoit pas même de conflit en cette matière, et qu'il n'y a pas de loi qui déclare le testament irrévocable. Dans ce cas la question n'aurait aucune importance pratique, mais ce ne serait pas un motif pour adopter sa solution. Le même auteur semble, du reste, considérer les conflits comme possibles en ce qui concerne les testaments conjonctifs, auxquels l'ancien droit permettait d'ajouter une clause d'irrévocabilité. On ne pourrait, d'après lui, s'en prévaloir en France pour les biens y situés. N'en revient-il pas à la loi qui régit la succession ? Tout semble l'indiquer, mais il ajoute : « On ne peut pas dire que la révocabilité (l'irrévocabilité sans doute !) serait con-

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 50.

traire au statut de la situation des biens, puisque ce n'est pas un statut réel ; il faut dire que l'irrévocabilité est en opposition avec l'autonomie du testateur qui est de l'essence du testament ⁽¹⁾. » Notons d'abord que le savant jurisconsulte a parfaitement admis (et il semble l'oublier) que le statut des successions est un statut réel en droit positif français ; et observons en outre que la conception de ce qu'exigent l'autonomie du testateur comme l'essence du testament, et que l'admission même du principe de l'autonomie, doivent dépendre d'une loi déterminée, à l'exclusion des autres (à moins que l'on n'applique partout la *lex fori*), et que la loi logiquement compétente à cet égard est la loi qui régit la succession. Nous sommes donc d'avis avec Brocher qu'on ne peut recourir qu'à cette dernière loi, en ce qui concerne la faculté de révoquer, c'est-à-dire à la loi nationale du *de cuius*, ou bien à la loi de la situation effective ou supposée, selon que l'on adopte l'une ou l'autre de ces lois comme devant régir la succession.

853.—En ce qui concerne la forme, il y a lieu, croyons-nous, d'appliquer en principe la maxime *locus regit actum*. On peut hésiter, il est vrai, entre la loi du lieu où le testament a été fait, et celle du lieu de l'acte dont on prétend induire la révocation. Nous nous prononçons avec Brocher pour cette dernière. Il ne s'agit pas ici d'un acte qui fait corps pour ainsi dire avec le testament, et vient en préciser les effets, mais d'un acte qui en anéantit les effets, et qui peut fort bien consister, qui consistera très souvent dans un nouveau testament. Notons cependant que, d'après une doctrine assez répandue, le testament, et par conséquent l'acte de révocation, est également valable s'il est conforme à la loi qui régit la succession ou à la loi nationale du testateur. Nous rappellerons aussi que d'après le projet belge, comme d'après le Code civil, le testament fait par un Belge en pays étranger, ne sera valable en la forme que s'il est dressé en forme solennelle,

(1) Laurent. Op. cit., T. VI, pp. 525 et ss.

c'est-à-dire authentique, ou s'il est olographe, les formes qui constituent l'authenticité étant du reste déterminées par la loi étrangère. Il en sera de même, nous paraît-il, de la révocation expresse dont il est question dans l'art. 1035 du Code civil. Il est à noter toutefois qu'aux termes de cet article la révocation expresse peut avoir lieu non-seulement par un testament postérieur, mais *par un acte devant notaire portant déclaration de changement de volonté*. Si l'acte postérieur contient des dispositions nouvelles, il devra donc être en forme authentique ou olographe, surtout si l'on en veut induire une révocation implicite d'un testament antérieur. Mais s'il est fait par un écrit contenant uniquement révocation, il n'est assujéti qu'aux formes locales en vertu de l'ancienne maxime *locus regit actum*. Car, d'après l'art. 1035, il ne constitue pas dans ce cas un testament.

854. — L'art. 1036 ne concerne pas à proprement parler la forme de la révocation. Tout au moins ne la concerne-t-il pas exclusivement. C'est une question de forme que celle de savoir si la révocation peut résulter implicitement des dispositions nouvelles contenues dans un testament postérieur. Mais ce n'est pas une question de forme que celle de savoir, si le nouveau testament n'annulera dans le premier que les dispositions incompatibles avec le premier, ou s'il les annulera toutes, dès que l'on admet en principe la révocation tacite. C'est une question d'interprétation de la volonté muette du testateur. Cela se rattache aux effets du testament nouveau. Brocher ne nous paraît point avoir aperçu cette distinction, très rationnelle à notre avis. Il en résulte que sur ce point il faut en général appliquer la loi qui régit la succession, et il serait à désirer que ce fût la loi nationale. On se demandera bien si l'on ne peut pas supposer au testateur l'intention de se soumettre à quelque autre loi, par exemple à celle de son dernier domicile qui ne régit que la succession mobilière dans le système de notre droit positif. Nous pensons que non. La loi qui interprète les intentions muettes du testateur nous paraît devoir être

investie d'une autorité souveraine, au moins dans certaines circonstances, sinon elle n'établit qu'une présomption illusoire. Il ne s'agit que de préciser ces circonstances. N'est-il pas naturel qu'elle exerce son action sur les dispositions qui modifient le système successoral régi par elle ?

855. — Nous en dirons autant de l'art. 1037 ⁽¹⁾, qui ne constitue peut-être qu'une règle d'interprétation absolue, une espèce de présomption *juris et de jure*. C'est encore, à notre avis, à la loi qui régit la succession qu'il faudra recourir. Et nous pensons qu'il en est de même de la révocation par un acte d'aliénation postérieur dont il est question dans l'art. 1038 du Code civil, pour autant que la révocation virtuelle par un acte postérieur ne soit pas exclue (ce qui du reste est invraisemblable) par la loi du lieu où cet acte s'opère. C'est donc d'après la loi qui régit la succession que l'on appréciera si l'aliénation de tout ou partie de la chose léguée emportera révocation pour tout ce qui a été aliéné, et pour ce qui aura été aliéné seulement, si cette révocation aura lieu encore que l'aliénation soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur. Telle est, en somme, l'opinion de Brocher. Mais la jurisprudence ne s'est pas prononcée nettement sur la question. Par un arrêt du 5 août 1872 ⁽²⁾, la Cour de Bordeaux a décidé que le legs d'une somme d'argent fait par un Français devenu citoyen de la Louisiane, puis étant venu habiter la France où il s'était marié, avait été révoqué pour survenance d'enfants, conformément à l'art. 1698 du Code de la Louisiane. Mais cet arrêt a pris à la fois en considération le lieu où l'acte avait été fait, la situation des biens qui se trouvaient en fait grevés par les legs et le lieu du domicile du testateur qui était resté la Louisiane.

856. — Nous considérons également la question de savoir si un legs peut être tenu pour caduc comme

(1) Maintien de la révocation par un testament postérieur, malgré l'incapacité ou le refus du légataire

(2) Dalloz. 73, 2, 149.

essentiellement régie par la loi qui gouverne la succession *ab intestat* (art. 1039 à 1043, C. civ.)⁽¹⁾. On peut invoquer ici exactement les mêmes raisons que celles que nous avons fait valoir, s'agissant de savoir d'après quelle loi il faut décider si tel ou tel acte emporte révocation du testament. Et nous pensons qu'il en est de même de la question d'accroissement (art. 1044 et 1045). A la vérité, tout cela dépend en principe de l'intention du testateur. Mais lorsque la loi présume cette intention, il faut bien déterminer le champ d'application de cette présomption. Qu'y a-t-il de plus naturel que de l'appliquer chaque fois que cette loi régit la succession *ab intestat*? Quant aux art. 1046 et 1047, qui concernent la faculté pour les héritiers de demander la révocation du legs, soit pour inexécution des charges, soit pour cause d'ingratitude, l'applicabilité de la loi qui régit la succession est incontestable⁽²⁾.

857. — Il est fort peu d'auteurs qui se soient occupés de la question de savoir quelle est la loi qui régit la caducité des legs. Brocher applique la loi qui régit la succession *ab intestat*. Laurent, que MM. Vincent et Pénaud citent comme favorable à l'application de la loi personnelle du testateur, paraît au premier abord partisan de l'application de la loi qui régit la succession *ab intestat*⁽³⁾. Il a soin de remarquer, en effet, que l'on ne peut appliquer les mêmes principes qu'en matière de révocation « la révocation dépendant de la volonté du testateur, tandis que la caducité résulte d'un fait indépendant de sa volonté ». Mais il en arrive en fait à appliquer exactement les mêmes principes. Voici, en effet, le cas qu'il examine. L'art. 890 du Code italien s'exprime en ces termes : « Toute disposition testamentaire est sans effet, si celui en faveur duquel elle a été faite a survécu au testateur,

(1) En ce sens : Brocher. T. II, p. 51.

(2) Nous ne connaissons pas d'arrêt sur la question.

Vincent et Pénaud font observer qu'en ce qui concerne la caducité, la jurisprudence appliquerait très vraisemblablement la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles, tandis que les *auteurs* proposent de suivre la loi personnelle du défunt. Cela n'est exact que pour *certaines auteurs*. — Vincent et Pénaud. V. *Testament*, n° 125.

(3) Brocher. T. II, p. 51. — Laurent. Op. cit., T. VI, n° 313.

ou est incapable. » Dans la dernière partie de cet article, le Code italien s'écarte du nôtre. Laurent décide que cet article doit avoir effet même sur les biens situés en France ou ailleurs, hors du territoire d'Italie. Pourquoi? Parce qu'à vrai dire il n'est pas question de statut, ni personnel, ni réel, parce que l'art. 890 est fondé sur la volonté probable du défunt. « Cette volonté a effet partout, comme toute disposition fondée sur l'autonomie des disposants. » Il nous semble que l'auteur a dévié singulièrement de l'opinion qu'il exprimait au début de sa dissertation. N'avait-il point dit que la caducité dépendait d'un fait indépendant de la volonté du testateur? Quoi qu'il en soit, ni l'une ni l'autre opinion n'est absolument exacte. La vérité est qu'il s'agit bien de la volonté du testateur, mais qu'il y a une loi qui présume cette volonté, qui interprète le silence du *de cuius* sur l'effet de son legs dans telle éventualité. L'autonomie n'est pas entière, et cette loi n'a égard qu'à une volonté contraire exprimée dans le testament même en termes formels. Il ne s'agit que de déterminer quel est l'empire rationnel de cette loi, quels sont les testaments dont elle régit les effets, et dans quelle mesure elle les régit, quelle est cette loi. N'est-ce pas encore une fois la loi qui régit la succession *ab intestat*? Sans doute on aboutit ainsi, dans le système d'après lequel la succession est de statut réel, à des conséquences anormales; mais c'est le vice du système, qui conduit à des conséquences tout aussi absurdes en ce qui concerne la succession *ab intestat*. Avec le système de l'application de la loi nationale toutes ces difficultés s'évanouissent.

TITRE XIX.

DE CERTAINES DISPOSITIONS PARTICULIÈRES.

858. — Les art. 1048 à 1074 traitent *des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou du testateur, et des enfants de ses frères et sœurs*. Toutes ces dispositions concernent des exceptions à la règle de l'art. 896 qui interdit les substitutions fidéicommissaires. Brocher qui voit, comme nous, dans cette prohibition, une règle se rattachant au statut réel et territorial, déclare que ce qu'il a dit de la règle générale, doit s'appliquer en principe aux exceptions qu'elle comporte⁽¹⁾. Nous partageons cette opinion. Mais il faut s'entendre cependant. Ces exceptions ne pourront certainement être admises, d'après nous, quelque opinion que l'on ait au sujet du statut qui régit la succession, relativement aux biens situés dans un pays où la loi les repousse. Mais elles ne pourront l'être davantage si elles sont exclues par la loi qui régit la succession. Le premier point ressort des motifs principaux sur lesquels repose cette interdiction. On ne peut se dissimuler qu'ils sont surtout d'ordre économique. Comme le dit excellemment Brocher : « La substitution a pour effet de mettre les biens en mains d'une personnalité fictive qui, se composant de plusieurs générations liées les unes aux autres, se trouve par cela même frappée d'impuissance. Les valeurs qui en font l'objet sont de la sorte immobilisées, et livrées aux instincts égoïstes des individus qui en ont successivement la jouissance. » Aussi la jurisprudence française et la plupart

des auteurs ont-ils décidé que la substitution faite par un étranger ne saurait produire aucun effet sur des immeubles situés en France⁽¹⁾. On en a décidé autrement en ce qui concerne les meubles, parce que la succession mobilière est régie par la loi personnelle du *de cuius*, c'est-à-dire par la loi de son domicile ou par sa loi nationale, et, d'après nous, par la loi de son dernier domicile, les meubles étant censés se trouver au lieu du domicile étranger. Il est douteux, d'après nous, que la fiction *mobilia sequuntur personam* puisse prévaloir sur la réalité lorsque l'ordre public économique est en cause, mais la question ne présente pas autant d'importance en matière mobilière, la charge de conserver et de rendre ne se concevant guères pour les meubles les plus importants, les choses fongibles et consommables, et l'interdiction des substitutions ne pouvant dès lors s'y appliquer d'après la jurisprudence.

859. — Mais les exceptions dont il s'agit peuvent rencontrer un autre obstacle dans la loi qui régit la succession, avons-nous dit, et c'est le deuxième point sur lequel nous avons insisté. Cette loi, qui régit la succession, régit aussi limitativement dès lors la question de savoir de quelle manière on en peut disposer, c'est-à-dire la validité des dispositions au fond. Il y a du reste autre chose encore qu'un intérêt économique, il y a un intérêt moral en cause. « Les substitutions détruisent les familles, » disait Réal dans le Conseil d'Etat, « elles sacrifient tous les enfants à l'aîné, en réduisant les cadets à la pauvreté, en jetant entre les frères et sœurs des ferments éternels de discorde et de haine. » Logiquement la loi compétente pour veiller à la protection des intérêts de la famille est la loi qui régit la famille, c'est-à-dire la loi nationale. C'est elle en conséquence qui aurait compétence pour exclure telle ou telle exception à la prohibition des substitutions fidéicommissaires, concurremment avec la loi territoriale. Et il en sera ainsi, pourvu que l'on

(1) V. les autorités citées dans Vincent et Pénaud, *vº Testament*, nos 105 et ss.

admette que la succession est régie par la loi nationale du *de cuius*, ce qui est le système le plus juste et le plus rationnel. Mais il n'en saurait être ainsi, lorsque l'on admet que la succession est de statut réel, car il nous paraît incontestable que la loi qui régit la succession a compétence pour limiter la validité de tel ou tel mode de disposition de la succession. C'est à la lumière de ces observations que nous allons parcourir les dispositions énumérées plus haut.

860. — L'art. 1048 consacre l'exception en ce qui concerne les petits-enfants. Nous n'avons rien à ajouter ici aux observations générales qui précèdent. L'art. 1049 les consacre en ce qui touche les enfants de frères et sœurs, sous la condition de respecter la réserve. Pour fixer la réserve, on consulte naturellement la loi qui régit la succession. L'art. 1050 ne permet les substitutions dont il s'agit qu'au profit de tous les enfants nés ou à naître. C'est encore la loi régulatrice de la succession *ab intestat* qui décide à cet égard, cette question ne touchant en rien au régime économique des biens, à moins que la *lex situs* n'interdise absolument toute substitution par des motifs d'ordre économique. Nous estimons qu'il en est de même des art. 1051 et 1052, ainsi que de la première partie de l'art. 1053. Mais la seconde partie de ce dernier article intéresse les tiers, puisqu'il y est dit que l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon. C'est un intérêt général, et l'on appliquera la loi de la situation, lors même que la succession serait régie par la loi nationale du *de cuius*. — L'art. 1054 dispose que « les femmes des grevés ne pourront avoir sur les biens à rendre de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné ». Il s'agit des droits de la femme, et l'on serait tenté au premier abord d'hésiter entre la loi qui régit la succession du disposant, et la loi régulatrice du régime pécuniaire des époux. Mais il nous paraît que

cette limitation des droits de la femme peut reposer sur l'une aussi bien que sur l'autre, et se justifier par l'une et l'autre.

861. — La faculté pour le testateur ou le donateur de nommer un tuteur pour l'exécution de ses dispositions, l'obligation imposée au grevé d'en faire nommer un, si le disposant ne l'a pas fait, nous paraissent dépendre de la loi appelée à régir la succession (art. 1055 et 1056). Mais la question de savoir quelles sont les causes de dispense que le tuteur désigné pourra invoquer, dépend aussi de sa loi nationale, c'est-à-dire qu'il peut invoquer en outre celles autorisées par cette loi, et que cette charge ne peut même lui être imposée, lorsque cette institution est inconnue dans sa loi nationale. Nous doutons même fort qu'elle puisse jamais être imposée à un étranger. — La déchéance qui résulte pour le grevé, aux termes de l'art. 1057, de l'inobservation de ces dispositions, l'obligation de faire inventaire après le décès du disposant (art. 1058, et le droit de provoquer cet inventaire (art. 1059 à 1061) dépendent encore de la loi qui régit la succession, mais les formes de l'inventaire sont déterminées par la loi du lieu où il se fait. Nous appliquerons la même loi en ce qui concerne l'obligation de faire vendre certains meubles (art. 1062), la détermination des meubles qui ne doivent point être vendus (art. 1063 et 1064), l'obligation de remploi ou d'emploi (art. 1065, 1066, 1067 et 1068). L'intervention du tuteur pour diligenter et contrôler le remploi n'est pas, croyons-nous, une simple forme. Il s'agit d'une véritable limitation des droits du grevé. — Les dispositions des art. 1069 à 1072, relatives à la transcription et à l'inscription, sont prescrites dans l'intérêt des tiers, c'est-à-dire dans un intérêt général, et dépendent par conséquent de la loi du lieu où les immeubles sont situés. Mais la mesure dans laquelle le tuteur nommé pour l'exécution est responsable doit être déterminée d'après la loi qui régit la succession (art. 1073). — L'art. 1074 soulève une question assez embarrassante. Cet article est ainsi conçu : « Si le grevé

est mineur, il ne pourra, dans le cas même d'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre. » On n'est pas d'accord sur la portée de cet article. Coin Delisle et Troplong pensent que le mineur n'encourt cependant pas la déchéance établie par l'art. 1057 pour inobservation par son tuteur des prescriptions établies par la loi. Laurent demande avec raison ce que l'on fait dans ce cas de l'art. 1074, qui, d'après lui, n'est que l'application d'un principe général⁽¹⁾. Nous partageons pleinement l'opinion de Laurent. Mais la question est de savoir s'il faut appliquer ici la loi personnelle du mineur, ou la loi qui régit la disposition, c'est-à-dire celle qui régit la succession *ab intestat*. Nous ne voyons pas de raison pour nous écarter du principe général qui prescrit l'application de la loi personnelle du mineur, quand il s'agit de déterminer les droits du tuteur.

862. — Les art. 1075 à 1080 figurent sous la rubrique : « Des partages faits par père, mère, ou autres ascendants entre leur descendants. » Ils s'agit d'une institution qui participe, dit Brocher, de la nature de la donation, du testament, et du partage ordinaire. Si le partage d'ascendants est fait sous forme de donation, il constitue une exception à la règle qui prohibe toute convention sur succession future. Brocher déclare que les questions qui s'y produisent rentrent généralement dans le droit interne(?), que la compétence internationale y est fortement empreinte d'un caractère de réalité, que des réserves doivent être faites cependant au sujet de l'influence des deux autres statuts⁽²⁾. Et par les deux autres statuts il entend probablement le statut de la capacité et le statut des formes. Tout cela est assez obscur et peu défini. Est-il exact tout d'abord que le partage donation constitue une exception à la règle qui interdit tout pacte sur succession future? Mais l'art. 1076, al. 2, déclare expressément qu'il ne peut

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XIV, n° 545. — Dans le même sens : Aubry et Rau. T. VI, p. 44 et note 30. — Demolombe. T. XXII, n° 475.

(2) Brocher. *Op. cit.*, T. II, p. 57.

avoir pour objet que les biens présents. Où est donc le pacte sur succession future? En est-il autrement du partage testament? Mais pour qu'il constitue un pacte sur succession future, il lui manque un élément essentiel, c'est d'être un pacte. Le partage par testament est un acte unilatéral et les enfants ne sont pas même obligés de l'accepter; tout au moins admet-on unanimement, que d'un commun accord, ils peuvent s'y soustraire. Certains auteurs, Laurent par exemple, soutiennent nettement qu'il dépend de la volonté de chacun des enfants de le repousser; et cependant cet auteur est de ceux qui voient dans le partage d'ascendants une exception à la prohibition des pactes sur succession future. En réalité tout donateur, tout testateur peut assigner à ses divers donataires ou légataires des parts déterminées dans les biens donnés ou légués, fussent-ils ses héritiers légaux. Cela est très généralement reconnu. Seulement, quand il le fait, il ne fait pas un partage véritable, soumis aux règles du partage ordinaire; il fait des dons ou legs avec assignations de parts, tandis que le partage d'ascendants est soumis aux règles du partage ordinaire, en ce qui concerne, par exemple, la rescision pour cause de lésion (art. 1079), la validité de l'acte juridique, si tous les enfants existant à l'époque du décès n'y sont pas compris (art. 1078), la garantie du chef d'éviction, etc.... Là est l'exception aux principes généraux; et encore certains auteurs soutiennent-ils que rien n'empêcherait un donateur ou un testateur de répartir ses biens entre des héritiers collatéraux, sous la condition expresse que ce partage sera réglé par les règles ordinaires du partage. Quoi qu'il en soit, il n'y a rien ici qui nous paraisse toucher à l'intérêt économique ou à l'ordre public absolu dans un pays déterminé, ou dans le nôtre. La dévolution régulière de la succession d'après la loi qui régit la succession *ab intestat*, peut seule être atteinte par ce genre de disposition. Et nous pensons en conséquence que c'est bien de cette loi que leur applicabilité dépend en principe.

863. — La conclusion qui s'en dégage, c'est qu'il faut

décider d'après la législation qui régit la succession, si les père et mère et autres ascendants peuvent faire un pareil partage (art. 1075), comment seront partagés les biens qui n'y auront pas été compris (art. 1077), dans quels cas il est nul (art. 1078), s'il peut être attaqué pour cause de lésion (art. 1079), et quelles sont les obligations de l'enfant qui attaque le partage (art. 1080). L'art. 1076 demande un examen un peu plus minutieux. Il dispose, dans sa première partie, que les partages d'ascendants pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et les testaments. Bien que l'article ne soit point formulé en termes limitatifs, il est certain qu'il est limitatif, et que le Code civil ne permet point de faire un partage d'ascendants d'une autre manière. Est-ce seulement une question de forme? Nous ne le pensons pas. Il s'agit de savoir par quel acte juridique le partage pourra être réalisé. Le Code répond : par actes entre vifs ou testamentaires. Mais il ajoute que ces actes devront être faits avec les conditions, formalités et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments, d'où il résulte que les actes entre vifs dont il s'agit ici doivent être non-seulement en substance, mais dans la forme, des donations ou des testaments. Quant à la substance de l'acte, on appliquera, à notre avis, la loi qui régit la succession, et dans laquelle le partage d'ascendant puise sa force et sa validité. Quant à la forme du testament, si le partage est fait par testament, on appliquera, s'agissant d'une disposition faite par un Belge, l'art. 999 du Code civil. S'agissant d'une disposition faite par un étranger, on appliquera, suivant l'opinion communément admise, la maxime *locus regit actum*, sauf la restriction admise par quelques-uns pour le cas où la loi nationale du testateur lui interdirait telle ou telle forme de testament en pays étranger. S'agissant de la donation, on appliquerait, pensons-nous, dans l'état actuel de notre droit positif, la *lex loci actus*, aucune disposition ne venant limiter ici la portée traditionnelle de la maxime *locus regit actum*.

Dans sa seconde disposition, l'art. 1076 déclare que les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. Et nous en avons conclu qu'il n'y avait ici aucune dérogation à la prohibition des pactes successoires. Mais si quelque loi étrangère permettait le partage entre vifs des biens futurs, ce qui se concevrait du reste difficilement, cette loi ne pourrait recevoir application quant aux biens situés dans notre pays, lors même que l'on admettrait que la succession est régie par la loi nationale du *de cuius*, et s'agissant de la succession d'un étranger.

864. — Les donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage sont soumises à des règles spéciales. La faveur du mariage a fait admettre ici comme valables certaines dispositions qui sont nulles en thèse générale. Ce sont des exceptions aux principes qui régissent les donations en général, et Brocher en conclut, sans plus de développement, qu'elles semblent en conséquence empreintes du caractère de réalité dont ces principes sont revêtus. « C'est là ce qui prédomine dans ce sujet, » ajoute-t-il, « bien que les deux autres statuts doivent nécessairement s'y présenter dans certains cas⁽¹⁾. » Les deux autres statuts, ce sont évidemment, dans sa pensée, le statut des formes et le statut de la capacité. Le statut réel, auquel il fait allusion, c'est le statut des successions, la succession formant encore aujourd'hui un statut réel d'après notre droit positif, bien que ce principe soit singulièrement atténué, en ce qui concerne les meubles, par la fiction : *mobilia sequuntur personam*. Au point de vue du droit international théorique, qui tend à prévaloir en Belgique, en Allemagne, dans les Pays-Bas, en France même, et qui a triomphé en Italie et en Espagne, ce serait au contraire un statut personnel, limité seulement par les lois d'ordre public ou d'intérêt général quant à son application en pays étranger. C'est même le principe déjà admis en Allemagne, où l'on

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 58.

applique en règle la loi du domicile, sans égard à la situation des immeubles. Mais il est à prévoir que la place de celle-ci sera bientôt conquise par la loi nationale.

865. — Il importe d'examiner d'un peu plus près les conséquences des principes encore admis jusqu'à ce jour en France et en Belgique, au point de vue des art. 1081 à 1090 du Code civil. Le principe établi par l'art. 1081 est que ces donations, en tant qu'elles ont pour objet des biens présents, sont soumises aux mêmes règles que toute autre donation. Elles ne peuvent avoir lieu au profit des enfants à naître que dans les mêmes conditions. Nous nous bornons donc à nous en référer, quant aux donations de biens présents faites par contrat de mariage, à ce que nous avons dit de la loi qui régit les donations en général. L'art. 1091 ne constitue qu'une des applications de ce principe d'assimilation, bien qu'il concerne aussi les donations de biens à venir. Il dispose que les donations par contrat de mariage seront réductibles à la quotité disponible légale lors de l'ouverture de la succession du donateur, et se rattache ainsi directement à la loi successorale, d'où il suit qu'il faudra s'en rapporter à la loi qui régit la succession pour décider s'il y a lieu à réduction. Mais il y a certaines exceptions au principe d'après lequel les donations de biens présents *par contrat de mariage* sont assimilées à toute autre donation ayant semblable objet.

866. — L'art. 1082 permet de faire par contrat de mariage des donations ayant pour objet tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, c'est-à-dire une partie ou la totalité de sa succession : c'est l'institution contractuelle. Par une autre disposition exceptionnelle, il présume ces donations faites au profit des enfants et descendants des donataires en cas de survie du donateur. Pour résoudre la question de savoir si l'institution contractuelle est permise à des tiers par contrat de mariage, il faut évidemment, d'après nous, consulter la loi qui régit la succession du donateur. Elle a rationnellement compétence pour limiter la disposition anticipée de la succession

future. Mais cela est beaucoup plus rationnel encore, si l'on admet que la succession est régie par la loi nationale du *de cuius*. C'est dans le but de conserver le patrimoine, la succession future du donateur, que l'institution contractuelle est en général interdite : la loi appelée à régir cette succession statuera aussi les exceptions à la prohibition ; toutefois leur admissibilité, si cette loi est la loi nationale, pourra aussi se heurter contre la *lex situs*. — La seconde disposition de l'art. 1082, présumant la donation faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage, implique une présomption d'intention qui ne peut être combattue que par la manifestation formelle d'une volonté contraire. S'agissant d'institution contractuelle, c'est-à-dire d'une disposition ayant pour objet la succession future du donateur, il nous paraît rationnel d'admettre que cette présomption dépend de la loi qui régit cette succession. C'est à elle qu'il appartient d'en régler la disposition. Il importe peu qu'il s'agisse en dernière analyse de savoir quelle est la volonté du donateur. Il y a une loi qui présume cette volonté en l'absence de la manifestation solennelle d'une volonté contraire ; le problème se résume dans la détermination du champ d'application de cette loi. Il consiste à rechercher quel est le législateur qui a compétence pour interpréter la volonté muette, le silence du donateur, pour fixer limitativement les effets de la donation, et d'une donation qui a pour objet une succession ou une part successorale. N'est-ce pas celui qui a compétence pour régler la dévolution de la succession ? C'est de lui que dépend le droit de disposer dans une mesure plus ou moins grande, soit à cause de mort, soit même entre vifs. N'a-t-il pas compétence aussi pour déterminer même par une présomption les effets de la disposition ? Cette conclusion n'a quelque chose de choquant que dans le système d'après lequel la succession est de statut réel ; elle n'aura plus rien qui répugne à la saine raison, dès que l'on admettra qu'elle est régie par la loi nationale du défunt.

867. — Autre est la question de savoir comment l'intention contraire devra se manifester pour que l'on y

ait égard. Et d'abord, doit-on y avoir égard? La jurisprudence et la doctrine se sont prononcées pour l'affirmative, sauf le dissentiment de Coin Delisle, et de Fréminville, et avec raison.

Les présomptions *juris et de jure* sont une exception, et rien n'indique qu'il s'agisse ici d'une présomption de ce genre. Quant à la forme dans laquelle cette intention doit se manifester, *nos lois* impliquent évidemment qu'elle résulte de l'acte de donation. On applique en général, quant à la forme, la règle *locus regit actum*, non-seulement en ce qui concerne la détermination des formes qui constituent la solennité ou l'authenticité, mais même en ce qui touche la question de savoir si un acte juridique doit être ou non constaté en forme solennelle pour être valable. Nous avons vu cependant que sur ce dernier point se sont produits des dissentiments très importants. Il est incontestable, en tout cas, que la question de savoir quels sont les éléments de l'authenticité ou de la solennité sera régie ici, comme partout, par la *lex loci actus*, et nous entendons par là la loi du lieu où se fait la donation, avec laquelle la déclaration ou manifestation d'intention nous paraît former un tout indivisible. Mais dans l'opinion la plus générale il faut aller plus loin. Si la donation peut, d'après la *lex loci actus*, se faire par acte sous seing privé, elle sera valable en la forme partout, si elle est ainsi faite. Il en sera de même dès lors de la déclaration d'intention qui l'accompagne. Mais faut-il aller plus loin encore, et la volonté du donateur de déroger à la loi, qui présume l'extension du bénéfice de la donation aux enfants des donataires, peut-elle résulter d'autres circonstances impliquant, par exemple, son intention de se soumettre à une loi qui repousse cette extension? Nous ne le pensons pas. Ce ne serait rien moins que substituer une présomption nouvelle, à la présomption établie par le législateur pour toutes les donations normalement soumises à son contrôle, et régies quant au fond par ses dispositions. Toutes ces questions sont cependant excessivement délicates, et ce n'est qu'avec une certaine hésitation que nous nous aventurons dans

ces régions inexplorées du droit, où nous n'avons pour nous guider que des principes généraux encore assez incertains ou controversés. Nous ne connaissons aucun auteur qui se soit occupé jusqu'ici de ces questions de détail, dans l'examen desquelles se révèle à chaque pas l'imperfection du système, d'après lequel la succession est régie par la loi de la situation.

868. — L'art. 1083, déterminant la limite dans laquelle de pareilles donations sont irrévocables, n'a rien de commun avec une interprétation de la volonté exprimée ou tacite du donateur. Comme tout ce qui concerne l'irrévocabilité des donations, cette disposition a pour but indirect de conserver les biens dans les familles, de protéger la succession du donateur contre ses tendances à des actes de générosité inconsidérés en le détournant d'actes de ce genre. Il faudra donc s'en référer à la loi qui est appelée à régir sa succession. Mais ici encore il serait à désirer que l'on adoptât, comme statut successoral, la loi nationale du *de cuius*. Car quoi de plus naturel que de soumettre à la loi nationale du donateur, la question de savoir dans quelle mesure il peut disposer de ses biens par donation? Or, la loi qui régit la succession *ab intestat* dans le système du droit français, dont le droit belge n'est jusqu'ici que le reflet, est la loi du dernier domicile du *de cuius* en matière mobilière, la loi de la situation en matière immobilière.

869. — C'est encore d'après la loi qui régit la succession que l'on décidera s'il y a lieu d'appliquer les art. 1084 et 1085 du Code civil, qui ne concernent que les effets de la donation cumulative de biens présents et à venir. Ces articles se rapportent plus intimement encore au régime successoral. On objecterait en vain que la clause relative à l'effet de la formalité consistant à joindre à l'acte un état des dettes et charges du donateur, existantes au jour de la donation, concerne la forme. Il n'en serait ainsi que s'il s'agissait de la forme dans laquelle l'état doit être rédigé. On pourrait dire seulement que la question de savoir si l'état qui doit être annexé à l'acte de donation

pourra être dressé par acte séparé et sous seing privé, doit être résolue d'après la *lex loci actus*. Quant à la disposition de l'art. 1086, concernant la donation avec charge de payer les dettes, etc..., elle se rattache évidemment, d'après nous, au statut successoral; et si la loi française régit la succession, c'est aussi cette loi qui recevra application en ce qui concerne la question dont il s'agit dans l'espèce.

870. — La question de savoir à quelles donations peut s'appliquer la disposition de l'art. 1087, aux termes de laquelle les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles pour défaut d'acceptation, est délicate. Mais il importe de préciser le sens de la disposition. Elle signifie simplement, d'après la doctrine, que la donation par contrat de mariage ne doit pas être acceptée en termes exprès, comme doit l'être toute autre donation. Cet article ne résout donc que la question de la forme de l'acceptation et il en résulte que l'on appliquera sans contredit la loi du lieu de l'acte. Plus difficile est la question de savoir s'il faut appliquer la loi du lieu où la donation a été faite, ou celle du lieu où intervient l'acceptation. L'application stricte de la règle *locus regit actum* semble conduire à appliquer la loi du lieu de l'acceptation. Mais on admet assez généralement que cette maxime n'est pas impérative. Dans tous les cas, il paraît assez rationnel en théorie, que la loi qui régit la validité de la disposition au fond, puisse dispenser de l'observation des formes prescrites par la *lex loci actus*, qui est désintéressée dans la question.

871. — Les dispositions des art. 1088 et 1089, relatives à la caducité de toute donation en faveur du mariage, si le mariage ne s'en suit pas, et des institutions contractuelles, si le donateur survit au donateur et à sa postérité, semblent au premier abord des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations. Il faut remarquer toutefois que la caducité de l'art. 1088 n'est pas une véritable caducité. La donation tombe parce que la condition sous laquelle elle a été faite, le mariage, ne se réalise pas.

C'est en somme une véritable donation conditionnelle. Le législateur n'a peut-être pas voulu l'envisager comme telle, parce que la condition de contracter mariage avec une personne déterminée aurait pu être envisagée comme immorale, en tant que contraire à la liberté humaine. Nous croyons qu'il faudra appliquer la loi qui régit la succession du donateur ; et il ne pourrait y avoir d'hésitation qu'entre cette loi et sa loi nationale. La difficulté disparaît si l'on admet que la succession est régie par la loi nationale du *de cuius*. L'art. 1089 apparaît davantage comme une exception à la règle de l'irrévocabilité établie comme nous l'avons vu dans l'intérêt de la succession légale. Il s'applique non-seulement aux donations de biens à venir, mais aux donations cumulatives de biens présents et à venir. Il faut, nous paraît-il, appliquer la loi qui régit la succession. La disposition est du reste très rationnelle et des divergences de législation sont improbables.

872. — Les art. 1091 à 1100 concernent les dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, et méritent une attention particulière. Les art. 1091 à 1093 traitent exclusivement de la question de savoir quelles sont les dispositions permises entre futurs époux par *contrat de mariage*, et quels sont leurs effets. Le principe est d'après l'art. 1093 qu'elles sont soumises aux mêmes règles que les donations par contrat de mariage faites par des tiers. Celles de ces donations qui ont pour objet des biens présents, ne sont point, aux termes de l'art. 1092, censées faites sous condition de survie, sauf en cas de stipulation expresse. Mais ce n'est point là une exception, c'est la règle, en matière de donations ; et si la loi a cru devoir le dire, c'est pour exclure une tradition contraire. Il s'agit encore ici d'interpréter une intention non exprimée. Mais il n'est plus question d'une donation de biens à venir, et nous ne voyons dans cette disposition absolument rien qui intéresse le régime de la succession du donateur. Les donations entre époux par contrat de mariage font partie des conventions anténuptielles entre époux. Un autre statut

apparaît : celui qui régit les conventions matrimoniales. Leurs effets sont régis par la loi qui gouverne celles-ci dans leur substance. Nous avons déjà dit que, d'après la saine raison, on devrait considérer comme telle la loi nationale des futurs époux, et, en cas de nationalités différentes, la loi nationale du mari. Mais on a vu plus haut qu'en fait on s'en réfère souvent à la loi du domicile. La forme de la stipulation dérogatoire est régie par la *lex loci actus*. Mais on admet ici, même en droit français, et malgré le texte, qu'elle ne doit pas être expresse, et qu'il suffit que la volonté ne soit pas douteuse (1).

873. — L'art. 1093 dispose que les institutions contractuelles entre époux par contrat de mariage ne profitent point, en cas de survie du donateur, aux enfants communs. Comme la précédente, cette disposition est fondée sur l'intention présumée du donateur. Le législateur a considéré que les enfants recueilleraient vraisemblablement dans la succession du donateur ce qu'ils ne recueillent pas au lieu et place du donataire prédécédé, et que le donateur préfère sans doute les conserver jusqu'à son décès, en cas de prédécès de son conjoint, afin de garder plus complètement ses enfants sous sa dépendance. Puisqu'il s'agit encore une fois des effets de la donation, dans le silence du donateur, il est clair que l'on appliquera encore la loi qui régit les effets des conventions anténuptielles, c'est-à-dire, selon nous, la loi nationale des époux ou du mari, ou, suivant la doctrine plus généralement reçue, la loi du domicile matrimonial.

874. — Les art. 1094 et 1098 concernant la quotité disponible entre époux, se rattachent manifestement au droit successoral. Il faudra voir quelle est la loi qui régit la succession. Cette loi, c'est, d'après la vraie doctrine et en théorie, la loi nationale de chacun d'eux. Ce n'est plus nécessairement la loi nationale du mari. Et il est à remarquer de plus que comme il ne s'agit nullement ici

(1) La loi qui régit la succession pourrait cependant, en présence de notre droit positif actuel, entraver l'application de la loi qui régit les rapports pécuniaires entre époux.

d'une question d'intention, mais bien des modifications que les époux peuvent introduire par contrat de mariage dans le droit successoral, c'est leur loi nationale, au moment où leur succession viendra à s'ouvrir, qu'il faut prendre en considération. D'après la doctrine appliquée encore en France et en Belgique, la loi qui régit la succession est, en matière mobilière, la loi du dernier domicile du défunt, et en matière immobilière la loi de la situation. Nous n'avons pas besoin de répéter ici tout ce que nous avons dit pour combattre ce système, qui engendre dans la matière qui nous occupe de nouveaux conflits entre la loi nationale et la loi du domicile. Mais c'est le seul qui nous paraisse compatible avec le droit positif français et belge. Il semble cependant que la loi qui régit les relations pécuniaires entre les époux, puisse restreindre la quotité disponible admise par la loi, qui régit la succession, si elle ne peut jamais l'étendre au delà de ce que celle-ci comporte.

Il est peu d'auteurs qui examinent la question de savoir si les règles sur la quotité disponible entre époux sont régies, comme celles sur la quotité disponible ordinaire, par la loi successorale. M. Brocher est le seul qui s'en occupe avec quelque détail, et il hésite fort sur la solution. Il lui paraît certain « que dans la réglementation de ces réserves, on a pris en considération les rapports personnels qui existent entre les époux, leurs obligations respectives, et les influences plus ou moins redoutables qu'ils peuvent exercer l'un envers l'autre ». Mais il se demande si ce fait, « qui ne saurait être méconnu, doit suffire pour dépouiller cette espèce de réserve de la nature qui caractérise le genre », et il finit par répondre négativement, parce qu'il s'agit encore, après tout, d'une réserve légale, parce qu'elle est une quote-part de la succession légitime « et revêtue par son essence même d'un caractère indélébile de réalité, quelle que soit l'influence qu'elle peut recevoir de considérations se rapportant aux personnes⁽¹⁾ ».

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 62.

Au point de vue de notre droit positif, nous pensons que cette solution est parfaitement exacte. Lors même que les dispositions des deux art. 1094 et 1098, qui étendent la quotité disponible entre époux, seraient exclusivement fondées sur les motifs indiqués par M. Brocher, cela n'empêcherait pas qu'elles ne touchent à la réserve ordinaire, normale, et qu'elles n'intéressent dès lors le droit successoral. Mais il n'en est pas de même de celles qui limitent la quotité disponible ordinaire. Au surplus, si l'on examine ces articles, on constate qu'ils ne sont pas basés seulement sur les rapports personnels des époux, mais sur une combinaison équitable de leurs obligations réciproques avec leurs obligations communes vis-à-vis des enfants, et que l'art. 1098 repose même essentiellement sur les devoirs de l'époux qui convole en secondes nocces vis-à-vis de ses enfants du premier lit, au point de vue spécialement de la transmission de sa succession.

C'est ce système qui a prévalu dans la jurisprudence française. La Cour de Paris en a fait l'application dans deux arrêts des 4 et 7 janvier 1870⁽¹⁾, et le tribunal de Lyon a jugé dans le même sens le 19 novembre 1880⁽²⁾.

875. — Il est clair que les mêmes principes régissent l'application des art. 1099 et 1100, qui ne constituent qu'une confirmation énergique, et une extension des art. 1094 et 1098 au moyen de certaines présomptions. La législation qui régit la succession décidera également de la question de savoir si la présomption établie par l'art. 1100 doit ou non recevoir application. — L'art. 1095 ne concerne au contraire qu'une pure question de capacité. Elle devra être décidée d'après la loi nationale de l'époux donateur. Quant à l'art. 1097, interdisant pendant le mariage les donations mutuelles et réciproques *par un seul et même acte*, il n'a rapport qu'à la forme, et c'est en conséquence d'après la *lex loci actus* que la question sera décidée. Il en serait autrement, d'après nous, si l'on

(1) Sirey. 1870, 2, 97.

(2) *J. de dr. int. privé*, 1882, p. 419. — V. aussi Trib. Seine, 1^{er} mars 1881. *J. de dr. int. privé*, 1881, p. 433.

admettait le principe proposé par la commission belge de revision du Code civil, suivant lequel la nécessité des formes substantielles ne dépend point de la loi du lieu où l'acte est passé, mais de celle qui régit le fond de la disposition.

876. — Reste la disposition de l'art. 1096, celle qui peut-être soulève, au point de vue du droit international privé, le plus de difficulté. L'alinéa 1^{er} de cet article dispose que toutes donations entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables. Cette loi n'est certes pas sans rapports avec la loi qui régit la succession, et cette dernière peut faire obstacle à son application, lorsque l'on admet que la succession est *de statut réel*, si la loi de la situation n'admet pas cette exception au principe de l'irrévocabilité. Mais il n'en est pas moins vrai que l'art. 1096 n'a nullement sa source, ni sa raison d'être, dans la loi qui régit la succession. Le motif sur lequel se fonde cette disposition, c'est qu'on peut craindre que les libéralités, faites par l'un des époux à l'autre pendant le mariage, ne soient le résultat d'un abus d'influences, ou de sollicitations indiscretes. Leur effet est alors d'amener des récriminations d'autant plus amères qu'elles sont tardives et vaines, et de troubler la paix du ménage. Que si l'époux auquel des faveurs de ce genre sont demandées s'y refuse, sa résistance peut, elle aussi, amener des dissentiments. Le législateur peut s'y prendre de diverses manières pour éviter ce mal, il peut déclarer pareilles donations toujours révocables, comme le fait le Code Napoléon, ou les annuler, comme le fait le Code italien. Dans ce dernier cas, il nous paraît qu'il y a lieu d'appliquer la loi qui régit les rapports entre époux, c'est-à-dire leur loi personnelle, ainsi que l'enseigne Laurent⁽¹⁾. Et nous n'hésitons pas à admettre avec lui, que la donation faite après le mariage par un Italien à sa femme, Française d'origine, serait nulle conformément à la loi italienne, lors même que le mariage aurait été célé-

(1) Laurent. Op. cit., T. VI, n^{os} 292 et ss.

bré en France. Cette solution ne porte aucune atteinte au principe de l'irrévocabilité, et ce principe serait plus gravement blessé par l'application de la loi française. Peu d'auteurs examinent la question, et Brocher qui s'en occupe ne la résout pas en termes bien nets⁽¹⁾. Mais la jurisprudence française applique en cette matière la loi française, chaque fois qu'il s'agit d'immeubles situés en France. L'application trop absolue de cette loi dans les espèces qu'elle a prévues, nous paraît constituer une erreur. Au point de vue théorique, cela n'est pas douteux. Et au point de vue du droit positif même cela nous semble constituer une exagération, une extension injustifiable de la *lex situs*. Il ne s'agit dans l'espèce, ni d'une loi successorale, ni d'une loi qui intéresse en quoi que ce soit le régime de la propriété immobilière⁽²⁾. Il semble que la Cour de Paris, dans l'arrêt mentionné en note, ait considéré, en réalité, la révocabilité des donations entre époux non-seulement comme une règle d'ordre public national, mais comme intéressant la bonne organisation de la propriété. Elle la déclare applicable, soit quand il s'agit d'époux français, soit lorsqu'il s'agit d'immeubles situés en France. Le premier point nous paraît seul pouvoir raisonnablement être soutenu.

Mais si la révocabilité nous paraît également de statut personnel et spécialement de statut matrimonial, le principe de l'irrévocabilité n'en conserve pas moins sa nature de principe établi dans l'intérêt de sa succession légale, là où il est établi. Et si l'on admet que la succession est de statut réel, la révocabilité pourra s'y briser contre ce principe. Il n'en est pas ainsi en Italie, où l'on

(1) Brocher. Op. cit., T. II, pp. 32 et 59.

(2) V. Vincent et Pénaud. *Dict.*, v^o *Testament*, n^o 113, al. 2 : « Jugé que la donation mutuelle que se sont faite en Espagne un mari français et une femme d'origine espagnole, bien qu'irrévocable aux yeux de la loi espagnole, ne saurait empêcher le mari de disposer des biens compris dans la dite donation, s'ils sont situés en France. » — Pau, 13 déc. 1836. Dalloz. *Rép.*, v^o *Dispositions entre vifs etc.*, n^o 2386. — En sens contraire: Fœlix et Demangeat. T. I, p. 247. — Despagnet. p. 512. — Pallamary. *Conf. de législat. relatifs aux conventions matrimon.*, p. 238. — Ces auteurs appliquent la loi personnelle ou la loi du contrat.

considère la succession comme régie par la loi nationale du *de cuius*. Et dès lors rien ne s'oppose à ce que l'on y tienne pour valable mais révocable, même quant aux biens situés en Italie, la donation faite par un mari français à son épouse, surtout si celle-ci est également française. Il en serait toutefois autrement si l'on admettait en Italie, comme on le fait en France, que la succession est de statut réel.

877. — L'alinéa 2 de l'art. 1096 concerne une question de capacité spéciale à la matière qui nous occupe. La femme peut révoquer *sans être autorisée par son mari, ni par justice*. Il s'agit donc d'une extension assez logique du reste de la capacité de la femme mariée. La loi n'a voulu soumettre son droit de révocation à aucune entrave, parce que son droit est établi dans l'intérêt des relations matrimoniales personnelles. D'après la rigueur du principe établi par l'art. 3, al. 3, du Code civil, il faudrait dire qu'il y a lieu de consulter toujours à cet égard la loi nationale de la femme mariée. Or, il se peut que le mari et la femme n'aient pas la même nationalité. La saine raison exigerait cependant, à notre avis, l'application de la loi qui régit les relations personnelles entre époux. Puisque c'est d'après elle que l'on doit décider si le droit de révocation existe oui ou non, il paraît logique que l'on décide d'après la même loi si l'exercice de ce droit par la femme doit être subordonné à des entraves quelconques. Nous pensons que, lorsque les époux sont de nationalité différente et qu'il faut nécessairement choisir entre la loi nationale de l'un et celle de l'autre, pour déterminer les effets du mariage quant aux rapports entre époux, le choix de la loi du mari s'impose.

878. — Le troisième alinéa de l'art. 1096 dispose que ces donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfants. C'est une exception à la règle de l'art. 960, et, comme le fait remarquer Brocher, il paraît logique que l'exception rentre sous la même compétence que le principe auquel elle déroge. Telle est aussi l'opinion qu'il finit par adopter, non sans quelque hésitation. La conclusion

est exacte dans une certaine mesure, mais il n'en résulte pas qu'il faille consulter uniquement la loi qui régit la succession de l'époux donateur, pour décider si les donations entre époux seront révoquées ou non par survenance d'enfants, et sous ce rapport Brocher nous paraît commettre une erreur⁽¹⁾. La loi qui régit la succession s'impose en tant qu'elle limite ou exclut la révocabilité, *en tant qu'elle proclame l'irrévocabilité*. Mais si cette loi ne proclame l'irrévocabilité qu'en admettant une exception pour le cas de survenance d'enfants, en quoi une loi étrangère gouvernant tel ou tel rapport de droit, et venant limiter et exclure cette exception elle-même, blesserait-elle le principe de l'irrévocabilité? L'intégrité de la succession n'étant plus en jeu, rien ne s'oppose à ce que l'on applique la loi qui régit normalement chaque rapport juridique, sans égard aux effets éloignés qu'elle peut produire quant à la consistance de la succession, qui n'est protégée contre les effets des actes entre vifs que par le principe de l'irrévocabilité et par celui de la réserve. Il importerait donc peu que la loi régulatrice de la succession admît la révocation de la donation par survenance d'enfants, même entre époux, par exception au principe de l'irrévocabilité; si la loi qui régit les relations pécuniaires entre époux déclare ces donations irrévocables, c'est cette loi qui devra être observée. L'alinéa 3 de l'art 1096 repose sur des considérations qui se lient étroitement à la conception du régime pécuniaire des époux. La première est que l'époux qui ne révoque point, quand il peut le faire *ad nutum*, manifeste bien l'intention de ne pas le faire; la seconde, que les enfants communs devant vraisemblablement recueillir dans la succession de l'époux donataire, ce qu'ils ne recueillent point dans la succession de l'époux donateur, leur intérêt et l'intérêt de la succession future de ce dernier sont hors de cause. La première observation n'est vraie, du reste, qu'à la condition que les donations entre époux soient toujours révocables,

(1) Brocher. Op. cit., T. II, pp. 60 et ss.

et les dispositions des alinéas 2 et 3 forment un ensemble logique et indissoluble. Or, nous venons de voir que l'application de la première sera subordonnée en général à la loi qui régit les effets du mariage. Il en sera de même quant à la seconde.

879. — C'est une bien grave question que celle de savoir, si, dans le système qui fait régir les effets des donations en général par la loi personnelle du donateur ou des époux, c'est-à-dire, soit par la loi du domicile, soit par la loi nationale, il faut s'attacher à leur loi personnelle au moment de la donation ou à leur loi personnelle ultérieure. Et cette difficulté surgit également dans les cas où l'on s'en rapporte à la loi qui régit la succession. Deux époux changent de nationalité ou de domicile : leurs rapports personnels seront désormais régis par une autre loi, leurs successions, si elles viennent à s'ouvrir, seront attribuées d'après d'autres lois, probablement différentes. Quel est l'effet du changement de nationalité, du changement de domicile sur les donations antérieurement faites ? D'irrévocables pourront-elles devenir révocables ou *vice-versâ* ? De valables qu'elles étaient pourront-elles devenir nulles ? C'est l'opinion de Demangeat sur Fœlix (T. II, p. 247, note^a), de Pallamary (p. 240), tous deux cités par Vincent et Pénaud, qui paraissent s'y rallier. Mais, Fœlix (T. II, p. 247) et Laurent (T. VI, n° 293) se sont prononcés pour la négative. Nous n'hésitons pas à donner la préférence à cette dernière opinion, au moins dans les cas où il y a lieu d'appliquer la loi personnelle des conjoints. C'est au moment où la donation est faite qu'il faut apprécier ce qu'elle vaut, si elle est nulle ou non, si elle est révocable ou non, si elle sera ou non révoquée par tel ou tel événement ultérieur. En décider autrement serait permettre au mari d'éluder, au mépris de la plus vulgaire bonne foi, l'application des lois qui règlent les effets des conventions intervenues entre lui et sa femme, soit en se faisant naturaliser en pays étranger, soit en transportant son domicile ailleurs. Il en pourrait résulter au surplus un dommage considérable pour les tiers.

On admet en thèse générale dans la jurisprudence française que le changement de nationalité ou de domicile ne doit pas atteindre le régime adopté par les époux expressément ou tacitement, ni les obligations qui en découlent (1). Ceci nous paraît conduire logiquement à admettre le même principe, pour ce qui concerne la révocabilité ou l'irrévocabilité des donations faites entre époux pendant le mariage. Et c'est bien ce que MM. Vincent et Pénaud reconnaissent en termes formels (v° *Conventions matrimoniales*, n° 157), bien qu'ils enseignent le contraire aux mots *testament-donation*. Ils l'admettent, alors même que les deux époux se seraient fait naturaliser de commun accord en pays étranger, bien qu'en ce cas la solution de la question soit plus douteuse. On ne peut plus objecter, il est vrai, dans ces circonstances, que l'application de la loi personnelle nouvelle à l'effet des actes antérieurement accomplis sous le régime de la loi ancienne, impliquerait une atteinte à la bonne foi qui est l'âme des conventions et aux droits acquis. Mais il semble qu'à moins d'une stipulation expresse, les époux ne puissent être considérés comme ayant adopté une loi personnelle nouvelle que sous le bénéfice des droits acquis sous l'empire de la loi ancienne ; et de plus, les droits des tiers pourraient être lésés s'il en était autrement.

880. — La question est encore plus délicate dans le cas où, pour apprécier la validité ou la nullité, la révocabilité ou l'irrévocabilité et en résumé les effets de certaines conventions ou donations, il faut s'en référer à la loi qui gouverne la succession. Cette loi peut changer par suite d'un changement de nationalité ou de domicile. Faut-il prendre en considération la loi qui gouvernerait la succession, si elle venait à s'ouvrir au moment de l'acte, celle qui est appelée à la régir à cette époque, ou bien celle qui régira éventuellement la succession lorsqu'elle s'ouvrira effectivement ? Adopter cette dernière manière de voir,

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Conventions matrimoniales*, nos 145 et ss. Entre autres : Cassat. Fr. 30 janvier 1854. D. P. 54, 1, 268 ; 18 août 1873. D. P. 74, 1, 258 ; 12 juin 1874. D. P. 75, 1, 334, etc.

c'est faire dépendre le sort des libéralités et en général des conventions régies par cette loi, d'événements ultérieurs, soumis eux-mêmes au caprice des parties, ou même de l'une d'elles. Il nous paraît évident cependant que, lorsqu'il s'agit d'actes portant directement atteinte au régime successoral, à la réserve par exemple, il est impossible d'appliquer une autre loi que celle qui régit effectivement la succession. C'est en vertu de la loi même sur les successions que les libéralités seront réduites. Mais il en est autrement, à notre avis, des dispositions qui, sans faire partie de la loi successorale, proscrivent ou énervent certains actes dans la pensée de protéger le patrimoine de leur auteur, le patrimoine futur des héritiers contre des tendances à une générosité excessive, et de maintenir les biens dans les familles. Ces lois ne se rattachent qu'indirectement à la loi qui régit la succession. Il en est ainsi de la loi qui établit l'irrévocabilité des donations ordinaires. Il en est tout autrement de l'institution contractuelle qui ne se réalise qu'au moment où la succession s'ouvre, et pourrait entraîner la répartition de celle-ci d'après des bases repoussées par la loi qui gouverne la succession. C'est d'après ces principes, nous paraît-il, que doivent être décidées les diverses questions qui pourraient surgir en cette matière.

881. — La jurisprudence française décide cependant que, lorsqu'il s'agit de donation irrévocable (institution contractuelle), c'est par la loi en vigueur à l'époque du don, et non par la loi existante à l'époque du décès de l'instituant, qu'il faut régler *la quotité des légitimes*. V. Vincent et Pénaud, op. cit., v. *Testament*, n° 135 et les arrêts de Cass. 24 août 1825, 11 nov. 1828, 29 déc. 1832, 2 avril et 6 mai 1834. Sir. 29, 1, 63, — 32, 1, 220; — 34, 1, 666; — 35, 1, 140 et Paris, 29 août 1836. S. 36, 2, 472. Nous ne pouvons approuver cette jurisprudence qui est déjà, comme on le voit, assez ancienne. C'est en principe au moment de l'ouverture de la succession que se détermine la quotité disponible. C'est à ce moment que l'on examinera la consistance des biens, pour

décider si la réserve a été oui ou non entamée. Au point de vue du fait cela est incontestable. Et il paraît assez naturel, que l'on se place au même moment pour décider quel est le montant de la réserve, si elle est de la $1/2$, du $1/3$, du $1/4$, etc... Toutefois si l'on se trouve en présence d'une donation de biens présents, cette solution se heurte contre de sérieuses objections. Un fait juridique de ce genre est immédiatement consommé, et ses effets ne peuvent être compromis que dans le cas et dans la mesure où elle dépasserait la quotité disponible déterminée par les lois existantes. Elle est affectée d'une chance de réduction, mais cette chance est précisée par la loi, et il n'en est pas moins certain qu'en elle-même pareille donation produit un dépouillement actuel et irrévocable. D'où Demolombe (T. I, n° 51) conclut qu'une loi nouvelle réduisant la quotité disponible ne pourrait être appliquée à pareille donation, sans rétroactivité flagrante. Il admet au contraire que le donataire pourrait se prévaloir d'une loi nouvelle augmentant la quotité disponible. Demolombe (n° 53) applique les mêmes principes à l'institution contractuelle, par la raison qu'elle est également irrévocable (art. 1083, C. civ.), bien qu'elle n'ait d'effet que par la survie du donataire.

On le voit, ces principes ne sont enseignés par l'éminent jurisconsulte qu'en ce qui concerne la rétroactivité de la loi dans un même pays. Mais il y a étroite analogie et identité de motifs, lorsqu'il s'agit de savoir quel est l'effet en droit international privé de l'adoption d'une loi nouvelle, ou de la soumission à une loi nouvelle en matière de succession par suite d'un changement de nationalité ou de domicile. Nous pourrions à la rigueur admettre l'opinion de Demolombe, en ce qui concerne les donations de biens présents, bien que leur effet puisse *toujours* être limité et anéanti dans une certaine mesure par les modifications de fait qui se produiraient dans l'intervalle entre la donation et le décès du donateur. Et l'on ne voit pas très bien pourquoi leur effet ne pourrait pas également être limité par une modification législative

survenue dans l'intervalle. Mais nous devons repousser absolument sa doctrine en ce qui concerne les institutions contractuelles, qui ne constituent que des espèces de répartitions anticipées de la succession. Le droit ne s'ouvre alors réellement qu'au décès. Quoiqu'elles soient irrévocables en principe, cette irrévocabilité n'est point complète. Le donateur conserve la faculté d'en anéantir indirectement les effets. Quoi de plus naturel que d'en limiter également les effets, puisqu'il s'agit d'une espèce de délibation de la succession, par la loi qui régira la succession à l'époque du décès? Il nous est donc impossible de nous rallier sous ce rapport à l'opinion exprimée par M. Demolombe et qui est aussi celle de la jurisprudence française.

TITRE XX.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

882. — Nous avons, dans la partie générale de notre ouvrage, examiné quelle est la loi qui régit les contrats, lorsqu'un doute peut s'élever à cet égard à raison du lieu dans lequel il a été conclu, de la nationalité ou du domicile des parties ou de l'une d'elles, de la nature même de la convention, de son objet, ou des circonstances dans lesquelles elle se forme. Nous avons essayé de faire la part de l'autonomie des parties contractantes et de l'autorité de telle ou telle législation. Il nous paraît inutile de revenir sur ces observations de principe. Il suffira, et notre tâche ainsi limitée est encore assez longue, de faire l'application des règles que nous avons adoptées aux diverses dispositions contenues dans le titre III, L. II, du Code civil.

883. — Les dispositions du chapitre premier (1101 à 1107) ne constituent que des définitions, sauf l'art. 1107. Ce ne sont pas des prescriptions. Il en résulte simplement qu'aux yeux du législateur français, les termes *contrat*, *contrat synallagmatique*, *bilatéral*, *unilatéral*, etc...., correspondent à telle ou telle notion, et elles servent à l'intelligence des dispositions qui vont suivre. Aucun conflit de droit international privé ne peut surgir ici. Quant à l'art. 1107, il se borne à indiquer d'une manière générale la portée *matérielle* des dispositions qui vont suivre, et ne fait qu'annoncer la distribution des règles

relatives aux conventions. Mais il en est tout autrement des règles contenues au chapitre II, lequel traite des conditions essentielles pour la validité des conventions : le *consentement* de la partie qui s'oblige, sa *capacité* de contracter, un *objet certain* qui forme la matière de l'engagement, une *cause licite* dans l'obligation (art. 1108).

884. — Il est question dans la section première du consentement de celui qui s'oblige. S'il n'y a pas eu de consentement du tout, il n'y a pas l'ombre d'une convention. Toutes les législations sont certainement d'accord à cet égard. Mais la section I, art. 1109 à 1122, traite des causes qui peuvent *vicier* le consentement. L'art. 1109 mentionne comme telles l'erreur, la violence et le dol, dont les art. 1110 à 1117 traitent avec quelque détail. La lésion ne vicie le consentement qu'exceptionnellement (art. 1118). Les art. 1119 à 1121 consacrent, sous certaines exceptions, le principe qu'on ne peut être obligé que par son propre consentement, et qu'on ne peut même stipuler que pour soi. L'art. 1122 établit qu'on est censé avoir stipulé pour ses héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention. Quelle est la portée de ces dispositions en droit international privé? Pourrait-on se prévaloir devant nos tribunaux, pour échapper à leur application, de ce que les parties ont entendu soumettre leurs conventions à une loi différente, de ce que celles-ci ont été conclues en un autre lieu? La question ne nous paraît pas susceptible d'une solution uniforme.

885. — Les quelques auteurs qui s'en sont occupés paraissent admettre que, lorsqu'il s'agit de savoir si un contrat est valable ou ne l'est pas, tout dépend de la loi à laquelle les parties *ont entendu* se soumettre; et, d'après l'opinion qui prédomine dans la jurisprudence et la doctrine françaises, cette loi est celle du lieu du contrat; tandis que, d'après une opinion plus récente qui trouve son appui principal dans la doctrine italienne, cette loi doit s'effacer devant celle d'une nationalité commune. Nous ne voulons pas rentrer dans ce débat. Nous avons

indiqué plus haut d'après quelles distinctions la question nous paraît devoir être décidée, pour autant que tout dépende de ce qu'on est convenu d'appeler l'autonomie des parties contractantes. Mais ce serait une erreur, selon nous, de se figurer que tout dépende ici de cette autonomie. Nous ne pouvons donc nous rallier ici à l'opinion de M. Weiss, qui déclare d'une façon absolue que c'est la *lex loci contractus* qui décidera en vertu de la volonté présumée des parties, si le contrat est annulable pour erreur, violence ou dol, ou rescindable pour cause de lésion⁽¹⁾. Au surplus, il n'y a point d'accord sur ce point entre les autorités. M. Weiss cite en faveur de son opinion l'autorité de Brocher⁽²⁾. Mais Brocher n'admet en cette matière l'empire de la loi du lieu du contrat que par des motifs d'ordre tout différent; il ne reconnaît nullement l'autonomie, ni la soumission volontaire des parties, à la loi de tel ou tel lieu. C'est par la nature des choses que la validité des conventions lui paraît subordonnée à cet égard à la loi du lieu où elles sont conclues, et cette loi régit tous les faits juridiques qui se passent dans le territoire où elle exerce son action. D'autre part, Laurent et Despagnet⁽³⁾ soutiennent que l'action en nullité pour vice de consentement doit être réglée par la loi personnelle des parties, comme l'est celle qui procède de l'incapacité de l'une d'elles. Laurent croit, du reste, que ces questions ne présentent en droit international privé qu'un faible intérêt, la plupart des législations reposant sur les mêmes principes, ce qui est une erreur, ainsi que le démontre Brocher, rien qu'en comparant les articles du Code civil français avec les lois suisses relatives à cette matière. La plupart des auteurs se bornent à des considérations générales sur la détermination de la loi qui régit la validité des contrats sans entrer dans aucun détail. Une généralisation excessive nous paraît être le défaut commun de la plupart des théories professées en cette matière. Nous ne faisons pas

(1) Weiss. Op. cit., p. 642.

(2) *Cours de dr. int. privé*, T. II, p. 81.

(3) Laurent. Op. cit., T. VIII, p. 228. — Despagnet. Op. cit., p. 411.

même exception pour Savigny, dont tout le système se base sur la soumission volontaire des parties à la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée, et qui l'applique d'une manière générale aux actions qui servent à attaquer ou à annuler une obligation, et spécialement à la rescision pour cause de lésion, sans s'expliquer toutefois sur les cas plus difficiles où elle est attaquée pour cause d'erreur, de violence ou de dol ⁽¹⁾.

886. — Toutes les théories qui reposent sur le consentement présumé, sur la volonté des parties contractantes, sur leur *soumission volontaire* à la loi de tel ou tel lieu, à leur loi nationale, à la loi du lieu du contrat, ou à la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée, ce qui revient à peu près au même, nous paraissent se heurter contre un obstacle commun, lorsqu'il s'agit des vices du consentement. Elles tournent littéralement dans un cercle vicieux. Le vice qui énerve le consentement des parties à telle ou telle obligation peut parfaitement énerver leur consentement à se soumettre à telle ou telle loi. Ne peuvent-elles pas dire : « Je n'ai pas entendu contracter telle ou telle obligation, ma volonté a été surprise, et dès lors je n'ai pas pu soumettre cette obligation aux dispositions de telle ou telle loi » ? Lorsque le consentement a été extorqué par violence, cela nous paraît évident. Il en est de même s'il a été surpris par dol. Il ne peut y avoir quelque hésitation que s'il a été donné par erreur, et encore ne peut-on guère admettre que, si l'erreur est substantielle, et si, en l'absence d'erreur, il est certain qu'il n'y aurait pas eu consentement, la partie qui s'est obligée a consenti valablement à se soumettre à une loi qui ne lui donne du chef de cette erreur aucun recours. Il faudra donc rechercher quelle est la loi qui régit naturellement la convention, puisqu'on ne peut pas tenir compte de la volonté, de l'intention de la partie, dont l'intention a été faussée. A cet égard la théorie de la soumission volontaire des parties contractantes, comme celle de l'autonomie, de

(1) Savigny. Op. cit., p. 268.

la volonté présumée, fait faillite. Il ne s'agit pas d'effets juridiques dérivant de leur libre volonté. La partie qui contracte sous l'empire d'une erreur substantielle, et surtout sous la pression de la violence, ou par suite de l'illusion causée par le dol, ne peut pas en même temps renoncer *valablement* aux moyens de nullité qui en dérivent. Cela serait contradictoire.

887. — Quelle est donc la loi qui régit normalement, logiquement le contrat? Nous croyons devoir en principe admettre ici le système de M. Brocher ⁽¹⁾. C'est la loi sous l'empire de laquelle le contrat est passé, est conclu. M. Brocher est d'avis qu'il est « naturel de recourir à la vieille règle *locus regit actum*, pour résoudre le problème dont il s'agit »; que cette règle a l'avantage de fournir un principe d'unité, et qu'il est d'ailleurs naturel de se représenter les contrats comme se formant sous la protection de la loi du lieu auquel ils interviennent. Il y aurait certes des réserves à faire, en ce qui concerne l'argument déduit de l'ancienne règle *locus regit actum*, et il est certain que dans le dernier état de la doctrine française, belge, hollandaise, cette règle ne concernait que la forme de l'acte. Mais il faut reconnaître qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Certains postglossateurs, et non des moins célèbres, Bartole et Salicet, par exemple, n'hésitaient pas à l'appliquer même en ce qui concerne la substance des contrats, sauf à faire une distinction, reprise dans la première moitié de ce siècle par Foelix, entre les effets et les suites. C'est sous l'influence de Dumoulin que la portée de la règle *locus regit actum* a été réduite, cet auteur ayant établi que, quand il s'agit des contrats, il faut en principe rechercher la volonté des parties contractantes d'après les circonstances, d'après les éléments de la cause, pour déterminer à quelle loi le contrat est soumis, et que le lieu du contrat n'est qu'un de ces éléments. Mais le système de Dumoulin n'est soutenable que quand il s'agit d'effets dépendant de la volonté des parties contractantes, et il ne nous paraît

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 82.

guères possible de prétendre qu'il en est ainsi, quand la valeur de leur consentement est précisément mise en question. Il faut bien en revenir dans ce cas à une loi qui régit le contrat, abstraction faite de la volonté des parties. Il est rationnel que ce soit la loi du lieu où la convention est intervenue, au moins en principe.

888. — Mais cette règle n'est pas absolue; la loi du lieu du contrat n'est pas la seule qu'il faille consulter. Supposons que le contrat doive être exécuté ailleurs : quelle loi le régira au point de vue des consentements et de leur validité? Dans un cas de ce genre, et sans nous appuyer sur le texte romain, d'après lequel chacun est censé avoir contracté là où il doit exécuter l'obligation, texte qui n'a en vue de résoudre qu'une question de compétence, nous estimons que le contrat ne se forme qu'en apparence sous la protection de la loi du lieu où il est passé. Il est soumis en réalité à la protection naturelle de la loi du lieu de l'exécution. N'est-ce pas cette dernière qui est appelée à sanctionner l'obligation? N'est-ce pas elle qui en conséquence doit régir logiquement la question de savoir si la partie qui s'oblige, et qui doit exécuter son obligation dans le territoire soumis à sa juridiction, s'est valablement obligée? En vain objecterait-on que le fait juridique s'est passé sous l'empire d'une autre loi. Ce n'est là peut-être qu'un accident, un événement fortuit, qui n'empêche pas, selon nous, qu'il doive être régi sous le rapport qui nous occupe par la loi du lieu où il doit se réaliser. Nous ne nous appuyons ni sur la volonté présumée des parties, ni sur leur soumission volontaire à cette loi. Nous nous appuyons sur la nature même du fait juridique qui le place sous l'empire de la loi destinée à garantir son accomplissement. Notre système se rapproche donc à cet égard de celui de Savigny, mais il en diffère essentiellement en ce qu'il n'a rien de commun avec l'attente des parties, avec leur soumission volontaire à la loi de tel ou tel lieu.

889. — Il y a cependant une autre loi qui peut être prise en considération. Si les parties sont de même natio-

nalité, ou si leurs lois nationales sont identiques, si, d'après leur loi commune ou leurs lois identiques, le consentement de l'une d'elles est vicié, il est bien difficile d'admettre que le vice du consentement ne doive pas produire partout l'effet qui lui est attribué par la loi à laquelle l'une et l'autre sont soumises, ou par leurs lois nationales respectives. Supposons que deux Belges fassent en pays étranger une convention infectée de nullité d'après la loi belge, à défaut de consentement valable, mais inattaquable d'après la loi du lieu du contrat, peut-être même d'après la loi du lieu destiné pour l'exécution. Quel sera le sort de cette convention? Si l'exécution en est demandée en Belgique, ce qui pourra arriver par suite des circonstances, il nous paraît certain que la convention sera considérée comme nulle par nos tribunaux. Laurent et Despagnet enseignent même d'une manière générale, que c'est la loi nationale des parties qui doit régir l'action en nullité pour vice de consentement⁽¹⁾. La question est cependant délicate, lorsque la validité du contrat est attaquée devant les tribunaux du pays où il est intervenu, et même lorsque le débat surgit devant les tribunaux d'un pays tiers. Dans le premier cas il nous paraît bien difficile que la convention soit annulée. Et cependant nous pensons, qu'en bonne justice, elle devrait l'être, et qu'il en serait de même si la convention était attaquée devant les tribunaux d'un pays tiers.

890. — Il nous paraît même possible que l'on doive avoir égard à la loi du for, lorsqu'à la différence de la loi nationale commune, de la loi du lieu du contrat et de celle du lieu fixé pour l'exécution, elle n'admet pas la validité du consentement et de la convention qui s'en est suivie. Nous ne pensons pas sans doute qu'il en soit ainsi, *quelle que soit la nature* du vice qui invalide le consentement d'après la loi du lieu où le débat s'engage. Tout dépendra du point de savoir si la loi étrangère, qui le tient pour valable, ne se heurte pas contre des règles de droit,

(1) Laurent. Op. cit., T. VIII, p. 408. — Despagnet. p. 411.

fondées sur des considérations de morale absolue et reconnues dans le pays où l'action est introduite. Nos tribunaux se refuseront très probablement et avec raison, selon nous, à sanctionner une obligation contractée sous la pression de la violence, ou par suite de manœuvres frauduleuses, quel que soit le lieu où la convention a été conclue, lorsque la violence et le dol présentent les caractères nécessaires d'après nos lois, pour entraîner la nullité du consentement. Comment pourraient-ils être tenus de prêter l'appui de leur autorité à la sanction d'une obligation de ce genre, à la consécration des effets de la violence et du dol? Ils n'auront peut-être pas besoin pour cela de prononcer l'annulation du contrat. Procédant à peu près comme ils le font lorsqu'il s'agit d'arrêtés royaux contraires à la loi, ils déclineront toute application de celui-ci. Il ne paraît pas qu'ils puissent prêter leur appui direct à l'exécution forcée d'une obligation qui n'existe pas à leurs yeux et qui est le résultat d'un acte immoral.

891. — La question est beaucoup plus douteuse, lorsqu'il s'il s'agit simplement d'une erreur substantielle, et à plus forte raison d'une erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, si la considération de la personne a été la cause déterminante du consentement. Ces causes de nullité ne reposent pas, comme les précédentes, sur des considérations de haute moralité, en même temps que sur une appréciation de l'intention des parties, de leur volonté. L'appréciation de la valeur de leurs consentements est seule en question. Or, le juge du for ne nous paraît pouvoir prendre en considération dans ce cas que la loi à laquelle les parties étaient soumises au moment de la convention, soit à raison du lieu du contrat ou du lieu fixé pour l'exécution, si ce dernier est différent, soit à raison de leur loi nationale commune ou de leurs lois nationales identiques. On pourrait objecter qu'il est difficile ici encore que les tribunaux du for se résignent à sanctionner une obligation conventionnelle, qui n'est pas juridiquement valable à défaut de consentement,

et peut-être en effet ne s'y résigneraient-ils pas. Mais en saine doctrine, ils n'ont pas à examiner cette question d'après leur propre loi, si sous aucun rapport elle n'était applicable à l'acte juridique au moment où il s'est accompli. Ils ne peuvent l'apprécier qu'à la lumière des lois étrangères, à moins que l'on ne propose des exceptions de dol ou de violence qui ont toujours plus ou moins de rapport avec l'ordre public moral. Dans tous les cas, et si l'on adoptait l'opinion contraire, que pourraient faire nos tribunaux? Ils n'auraient pas juridiction ou compétence pour annuler un pareil acte. Ils ne pourraient que constater l'existence du vice qui donnerait lieu à l'annulation du contrat d'après nos lois, et refuser leur concours à l'exécution de celui-ci dans notre territoire, sans pouvoir mettre obstacle à cette exécution en pays étranger, si elle y est matériellement possible, sans pouvoir ordonner la restitution de ce qui aurait été payé en exécution d'un pareil contrat, comme paiement indu.

892. — Bien que la lésion figure sous l'intitulé de la section 1^{re} : *du consentement*, la loi ne déclare pas expressément qu'elle soit un vice du consentement, et l'art. 1118 dispose qu'elle ne vicie les conventions que dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes. On sait que les contrats ou actes juridiques rescindables pour cause de lésion, sont le partage (art. 887 et 1079) (lésion de plus du quart) et la vente immobilière (art. 1652, C. civ.) (lésion des 7/12), et que les personnes restituables sont les mineurs. En elle-même la lésion n'exclut évidemment pas le consentement. Elle n'implique qu'une erreur d'appréciation sur les avantages et les désavantages qui peuvent résulter du contrat. Elle n'empêche nullement que celui qui l'a commise n'ait consenti au marché qu'il a conclu. Toutefois, lorsque la lésion est considérée comme une cause de rescision à raison de l'incapacité de la personne, elle se confond en somme avec l'incapacité elle-même qui constitue le véritable motif de la rescision. D'où il suit que cette cause de rescision est alors régie par la loi nationale de l'incapable. Il ne saurait y avoir à cet égard de difficulté sérieuse.

893. — Mais il y a beaucoup plus de difficultés lorsque la lésion grave constitue une cause de rescision de certains contrats ou faits juridiques, *entre personnes parfaitement capables* et maîtresses de leurs droits, notamment de l'acte de partage et du contrat de vente immobilière. Nous nous occuperons d'abord de la lésion dans un partage. Brocher la considère comme rentrant dans le même statut que la succession légale, et cette opinion nous paraît parfaitement rationnelle s'agissant de partage de succession. Mais, bien que le principe de la rescision pour cause de lésion ne soit établi qu'à l'occasion du partage *entre héritiers* ou *successeurs universels*, on admet généralement qu'il s'applique au partage de la communauté conjugale. Par quelle loi est-il régi dans ce cas, en ce qui concerne l'effet de la lésion? Nous pensons qu'il doit l'être par la loi qui régit les biens des époux, c'est-à-dire leurs rapports quant aux biens. Les règles relatives aux effets de la lésion en matière de partage sont fondées sur le motif que l'égalité doit présider à ces opérations, qu'aucune des parties qui y concourent ne doit en retirer un avantage, tandis que l'intention de se procurer un avantage est au fond de tous les contrats en général. Le législateur a cru devoir sanctionner ce principe d'une manière assez rigoureuse, lorsqu'il s'agit de faire cesser une indivision qui résulte de la loi, ou qui est réglée par elle. Il est naturel que la loi qui règle cette indivision et ses effets règle aussi la manière dont elle cesse, et les conséquences de l'acte qui la fait cesser.

894. — Il est plus difficile de préciser les motifs, qui ont fait admettre la lésion comme cause de rescision de la vente immobilière; car on en a donné des raisons diverses dans le cours de la discussion, à laquelle l'art. 1674 du Code civil a donné lieu. La seule qui fournisse une explication de la différence établie à cet égard entre les ventes mobilières et les ventes immobilières, est celle fournie par le premier consul: « On demande pourquoi la lésion ne serait d'aucun poids dans les ventes de meubles. Ne voit-on pas que la loi de rescision est une loi de mœurs qui a

pour objet le territoire? Peu importe comment un individu dispose de quelques diamants, de quelques tableaux : mais la manière dont il dispose de sa propriété territoriale n'est pas indifférente à la société. » On ne trouve aucune trace de ces considérations assez peu sérieuses dans l'exposé des motifs de Portalis. Il semble que, d'après lui, la lésion énorme puisse faire présumer que le consentement a été obtenu par des moyens illicites, et que si elle n'a pas été admise en matière de ventes mobilières, c'est à cause de la difficulté de la constater et aussi dans l'intérêt du commerce. Mais si la lésion, comme il l'affirme, est contraire à l'essence des contrats commutatifs, si elle fait présumer une violence ou un dol, pourquoi pas en faveur de l'acheteur, si c'est lui qui subit une lésion, et pourquoi dans la vente seulement, à l'exclusion des autres contrats commutatifs? Les raisons invoquées sont donc fort mauvaises et il semble qu'il faille voir dans la disposition de l'art. 1674 la trace des traditions anciennes sur l'importance de la propriété immobilière, et sur la nécessité pour l'Etat de veiller d'une manière spéciale aux conditions dans lesquelles elle peut être valablement aliénée.

895. — S'il en est ainsi, s'il s'agit d'une protection spéciale, accordée plus ou moins inconsciemment à la propriété immobilière, il semble que, comme l'enseignent Brocher (*Cours de dr. int.*, T. II, p. 89), Foelix⁽¹⁾ et Massé⁽²⁾, il faille appliquer la loi de la situation; et c'est aussi, d'après nous, l'opinion qui mérite la préférence. Certains auteurs appliquent la loi qui régit le contrat, laquelle est, d'après plusieurs, la loi du lieu où il s'est formé, par exemple, Fiore, Rocco, Weiss, etc...⁽³⁾, et ils se fondent sur ce que les parties se sont soumises tacitement à cette loi. Mais la rescision pour cause de lésion ne dépend nullement de l'autonomie, de la volonté libre des parties contractantes, et il ne peut dès lors être question de soumis-

(1) Foelix. *Op. cit.*, p. 217.

(2) Massé. *Dr. com.*, T. I, n° 641.

(3) Fiore. *Op. cit.*, p. 460. — Weiss. *Op. cit.*, p. 803. — Rocco. *Op. cit.*, p. 351.

sion tacite à telle ou telle loi. Nous comprendrions mieux que l'on attribuât prédominance à la loi du lieu du contrat dans le système de M. Brocher, d'après lequel il y a une loi qui régit logiquement le contrat, abstraction faite de la volonté des parties. Une troisième doctrine enseigne qu'il faut suivre la loi personnelle de la partie lésée, parce que la lésion suppose un vice du consentement ⁽¹⁾. Mais nous avons déjà vu qu'en supposant cette assertion exacte, tandis que Laurent déclare, dans son cours de droit civil, qu'elle n'est point un vice de consentement, il n'en résulterait pas nécessairement qu'il faille suivre la loi personnelle de la partie lésée. Et nous croyons qu'en pratique ce système n'a aucune chance de prévaloir. On n'annulera pas, croyons-nous, pour cause de lésion, en Allemagne, la vente d'un immeuble situé dans ce pays, à raison de la circonstance seule que le vendeur serait un Français ou un Belge. Il n'est donc guère possible d'appliquer que la loi du lieu de la situation, laquelle se confond du reste avec la loi du lieu de l'exécution, du lieu dans lequel l'immeuble doit être livré réellement, réellement mis en la possession de l'acheteur. Lors même que l'on se placerait au point de vue de l'intention présumée des parties, de leur soumission volontaire et tacite à la loi de tel ou tel pays, cette solution ne présenterait rien d'inadmissible. « Lorsque la vente » disent MM. Vincent et Pénaud, v^o *Vente*, n^o 9, « porte sur des biens ayant une situation fixe, lorsqu'elle porte notamment sur des immeubles, on pourra appliquer comme règle générale la *lex rei sitae*, sinon parce que cette loi s'impose aux parties ou au juge, du moins parce que les contractants pourraient être facilement présumés s'être placés sous l'empire de cette loi ⁽²⁾. »

896. — Les art. 1119, 1120 et 1121 nous paraissent également établir des règles qui échappent à l'autonomie des parties contractantes. Il ne s'agit pas ici de recher-

(1) Demangeat sur Foelix. T. I, p. 217, note a et p. 250, note a. — Despagnet. n^o 418, p. 411. — Laurent. T. VIII, p. 215.

(2) Milhaud. — *Privilèges et hyp. en droit intern. pr.*, 214. — Cass., 9 novembre 1868. S. 69, 1, 122. — Cass., 20 février 1882. S. 82, 1, 145.

cher à quelle loi elles ont entendu se soumettre. La règle qu'on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même, nous paraît pouvoir être invoquée en Belgique par le Belge étranger à la convention, quel que soit le lieu où elle a été passée. C'est une loi de protection personnelle. Nous la considérons comme se rattachant même à l'ordre public, et comme pouvant être invoquée devant nos tribunaux, même par les étrangers que l'on attirerait devant eux, en vertu d'obligations dans lesquelles ils ne sont aucunement intervenus. Mais si la règle, qu'on ne peut en général *stipuler* en son nom que pour soi, concerne également les tiers, il est évident cependant qu'elle n'est pas établie en leur faveur. Des lois étrangères peuvent subordonner à des conditions moins rigoureuses que celles de l'art. 1121 le droit pour les tiers de se prévaloir des stipulations faites en leur faveur. Quand pourront-ils les invoquer? Il ne peut être question ici de la volonté présumée des parties contractantes, de leur soumission libre à la loi de tel ou tel lieu. Il s'agit précisément des limites dans lesquelles l'action de cette volonté est confinée par la loi. Nous pensons qu'il faudra appliquer la loi qui régit le contrat, c'est-à-dire celle du lieu où il est passé, ou celle du lieu où il doit recevoir exécution vis-à-vis des tiers : dans la plupart des cas, ces lois se confondront. Mais nous pensons qu'en cas de divergences, c'est la loi du lieu de l'exécution qui devra prévaloir. La même loi nous paraît régir l'obligation d'indemniser ou de faire ratifier, imposée par l'art. 1120 à celui qui a promis le fait d'un tiers pour lequel il s'est porté fort. Quant à l'art. 1122, il se rattache à la matière successorale, notamment à la succession aux dettes, et son application dépend par conséquent de la loi qui régit la succession.

Les règles sur la capacité des parties contractantes, établies dans la section II, font évidemment partie du statut personnel. C'est la loi personnelle des parties, et, d'après nous, la loi nationale qui régit la capacité des parties et les conséquences qui en dérivent; et il en est ainsi incontestablement dans le droit belge et le droit

français, comme d'après plusieurs autres législations, entre autres, le Code italien et le Code espagnol.

897. — La section III, intitulée *de l'objet et de la matière des contrats*, contient d'abord quelques règles qui ne peuvent, pensons-nous, engendrer un conflit de lois. Ce sont celles des art. 1126, 1127 et 1128. Mais la détermination des choses qui sont hors du commerce nous paraît relever exclusivement de la loi du lieu de leur situation, aussi bien pour ce qui concerne les choses mobilières, que pour ce qui concerne les choses immobilières. Nous avons déjà dit ailleurs que les objets mobiliers, considérés *ut singuli*, relevaient en général de la *lex situs*, et que l'ancienne maxime *mobilia sequuntur personam* ne concernait guères que les meubles faisant partie d'une universalité.

898. — L'art. 1129 énonce, comme les précédents, une règle de raison, mais il se peut parfaitement ici qu'il y ait des divergences dans les lois des divers pays, que, d'après telle ou telle législation, il ne suffise pas qu'une chose soit déterminée *quant à son espèce*, pour pouvoir former l'objet d'une obligation; qu'il ne suffise pas que sa quotité *puisse* être déterminée; qu'il faille encore qu'elle soit *immédiatement* certaine: Quelle est la loi à laquelle il faut s'en rapporter? Voici un cas qui s'est présenté devant la Cour de Bruxelles, et qui, sans avoir soulevé aucune question de droit international, fait comprendre l'importance de la question⁽¹⁾.

Deux personnes s'étaient associées pour le commerce de vins, l'un des associés étant chargé d'acheter, l'autre de vendre. L'une d'elle soutient que la société était nulle, rien n'ayant été arrêté quant aux quantités, ni quant aux espèces de vins à acheter, de sorte qu'on ne pouvait préciser en quoi consistait l'obligation de l'une et de l'autre. Le défendeur répondit que les usages du commerce suppléaient au silence de la convention. La Cour admit ce système. Mais on concevrait très bien que telle ou telle

(1) Bruxelles, 20 nov. 1830. Pas. 1830, p. 215.

loi étrangère ne fût pas conforme en ce point aux nôtres, et d'autre part, il est bien difficile d'admettre qu'il s'agisse d'une question dépendant absolument de l'autonomie des parties. Personne n'admettra, en effet, qu'il suffirait, pour que la convention fut parfaitement valable à ce point de vue, que les parties en expriment la volonté *formelle*, si elle est déclarée nulle par la loi qui régit à tous égards la convention, si cette loi est celle de leur nationalité commune, de leur domicile commun, du lieu du contrat, du lieu de l'exécution, etc. Et ce que leur volonté expresse ne saurait faire, leur volonté tacite est à plus forte raison impuissante à le réaliser. Il ne s'agit donc pas d'autonomie. Il ne s'agit pas de savoir à quelle loi les parties *se sont tacitement soumises*, mais à quelle loi elles *sont soumises* au point de vue de la règle qui nous occupe. La solution de cette question dépend, nous paraît-il, de la nature de cette règle et de sa base rationnelle. Elle n'est certainement pas une règle d'ordre public purement national, et ne se rattache en rien ni à la capacité, ni à l'état des personnes, ni à l'ordre des familles. Elle n'a rien de commun avec l'ordre public économique. Nous ne pouvons la considérer que comme fondée sur des considérations de justice et d'utilité sociale générales, qui nous semblent s'imposer au juge, en quelque lieu que l'obligation soit contractée, quelle que soit la nationalité des parties. Le législateur entend que les parties déterminent, au moins dans une certaine mesure, leurs engagements; il ne veut pas que l'on s'oblige à la légère et sans aucune précision; il ne considère pas de pareils engagements comme sérieux, et ne permet pas aux tribunaux de les sanctionner. On appliquera, d'après nous, la *lex fori* partout où elle annule de pareils engagements. Mais que décider si elle ne les annule pas? Pourront-ils être déclarés nuls en vertu de la loi du lieu du contrat, de la loi nationale commune, de la loi du lieu de l'exécution? Nous pensons que, en cette matière, on ne peut avoir égard qu'à la loi du lieu fixé pour l'exécution. La convention n'est point réprouvée comme immorale; elle est stérilisée parce que le législa-

teur ne la considère pas comme sérieuse, et il est naturel d'appliquer la loi qui est normalement appelée à en garantir l'exécution. La loi du lieu du contrat semble désintéressée dans le débat. En quoi l'Etat sur le territoire duquel une pareille convention est conclue, pour être exécutée dans le territoire d'un autre, pourrait-il être intéressé à ce qu'elle soit reconnue valable ou annulée?

899. — L'art. 1130, al. 1^{er}, dispose que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. L'alinéa 2 en excepte les successions non ouvertes. Nous avons déjà vu que cette restriction se rattachait à la fois à l'ordre public absolu, le législateur considérant de pareilles stipulations comme intrinsèquement immorales, et à la loi qui régit les successions. Mais à quelles conditions une loi étrangère, qui excluerait d'une manière plus générale les conventions sur choses futures, devrait-elle être respectée dans notre pays? Il est certain qu'une pareille loi ne laisserait pas un libre champ à la volonté des parties. Il faudrait, ce nous semble, examiner sur quels motifs l'annulation de ces sortes de conventions repose. Si elle repose sur des considérations (vraies ou fausses d'ailleurs) de morale absolue, ces conventions ne pourront guères être sanctionnées dans notre pays, dès que la nullité en est édictée par la loi du lieu du contrat, ou même, à notre avis, par la loi nationale commune des parties contractantes. Brocher applique indistinctement la loi du lieu du contrat ⁽¹⁾, mais cela nous paraît trop absolu. Il est certain que la convention apparaît en ce cas comme une espèce de quasi-délit, et nous ne pouvons favoriser la violation des lois étrangères sur le sol étranger. Mais si la convention est simplement frappée de stérilité là où elle est conclue, comme ne présentant pas un caractère sérieux, ce qui à la vérité, est plus difficile à concevoir, il y aurait lieu d'avoir égard à la loi du lieu où l'exécution doit se faire. Nous en revenons donc, dans cette hypothèse, à cette loi du lieu de l'exécution, dont l'application est préconisée et a été beau-

(1) Op. cit., T. II p. 89.

coup trop généralisée par Savigny, qui l'applique, en vertu de la soumission volontaire des parties, même dans des cas où il ne peut être question de soumission volontaire, parce que le législateur parle en maître et ne se préoccupe pas de la volonté des parties.

900. — Notre Code traite dans la section IV (articles 1131 à 1133) de la cause des obligations. Avant d'examiner l'étendue d'application de ces articles en droit international privé, nous croyons nécessaire de dire un mot de ce que c'est que la cause, et de la controverse qui a surgi il y a de longues années, et a été renouvelée récemment, sur le point de savoir si l'existence d'une juste cause constitue une condition spéciale de la validité des obligations. Laurent soutient nettement que la cause se confond tantôt avec l'objet de la convention, tantôt avec le consentement, et reproduit à cet égard l'enseignement de celui qu'il appelle son maître chéri, M. Antoine Ernst, professeur à l'Université de Liège ⁽¹⁾. Il n'en consacre pas moins une étude spéciale à l'examen des effets de l'absence de cause, de la fausse cause et de la cause illicite, d'après la théorie du Code, ce qui semble indiquer que cette condition de la validité des conventions ne se confond pas absolument avec les autres. Un excellent magistrat de notre Cour suprême, M. Cornil, professeur à l'Université de Bruxelles ⁽²⁾, reproche à cet égard à M. Laurent une inconséquence, et soutient la même thèse que M. Ernst avec beaucoup de vigueur. Il faut bien reconnaître l'insuffisance des diverses définitions de la cause donnée par les auteurs français. Et cependant, il nous est bien difficile de nous rallier à la théorie d'après laquelle les dispositions relatives à la cause pourraient être retranchées du Code civil sans inconvénient. Il faudrait tout d'abord rédiger avec plus de précision, et compléter les règles concernant l'objet des conventions. Telles qu'elles sont formulées, elles nous paraissent insuffisantes

(1) Laurent. T. XVI, p. 151.

(2) Cornil. *A propos de la révision du Code civil. — De la cause dans les conventions.*

pour que l'on en puisse déduire toutes les conséquences produites par la théorie de la cause. Et en présence de l'ensemble des dispositions du Code civil relativement aux conditions de validité de la convention, cette théorie n'est pas aussi vide de sens qu'on le soutient.

901. — Nous ne pouvons évidemment discuter la question avec détail, et nous nous bornerons à quelques observations. Il est certain que l'on ne peut se contenter, quant à la définition de la cause, des distinctions établies par les auteurs français modernes. Presque tous, Demolombe, Toullier et Demante par exemple, disent qu'il faut entendre par là, non pas la cause *impulsive*, le mobile, mais la cause *déterminante* du contrat; et Demolombe ajoute que c'est le but *immédiat et final* de celui qui contracte. Sans insister sur la contradiction que semble impliquer ce que dit Demolombe : *but immédiat et final*, on peut se demander avec Laurent ce que c'est au juste que la cause *déterminante*, et en quoi elle diffère de la cause *impulsive*. La définition aurait besoin d'être définie. — Zachariae dit que la cause doit être une *cause juridique*, et Brocher, tout en confessant qu'il n'est pas facile de tracer avec fermeté et précision les limites qui séparent la cause et l'objet des contrats, s'exprime de même ⁽¹⁾, en ajoutant qu'elle doit se rattacher directement au droit. Quelque vague qu'elle soit encore, cette définition nous paraît un peu plus satisfaisante. M. Cornil soutient à tort que, quand on parle de cause à propos d'une question de droit, il va de soi que c'est une cause de droit, et il supprime sans façon le mot juridique comme superflu, ce qui lui permet de dire que, d'après Zachariae, la cause c'est le motif. L'objection n'est pas fondée. Il s'agit de la cause à propos d'une convention, c'est-à-dire à propos d'un *fait juridique*. Or, ce fait est déterminé non-seulement par des causes juridiques, mais par des considérations étrangères au droit. La cause juridique dans les contrats commutatifs, c'est l'événement

(1) Brocher. Op. cit., T, II, p. 90.

sur lequel les contractants ont le droit absolu de compter, c'est l'attente *fondée en droit* sur la nature même de la convention, c'est au fond l'engagement réciproque du cocontractant. La cause non-juridique, c'est le motif qui détermine un individu à conclure une convention, moyennant l'engagement réciproque de son cocontractant. Dans les contrats unilatéraux, le prêt, le dépôt, etc., la cause juridique, c'est la prestation déjà accomplie. Dans les contrats de bienfaisance, c'est la libéralité. Nous nous contenterons d'examiner si dans les contrats bilatéraux il est vrai de dire que la cause se confonde dans ce cas avec l'objet.

902. — Dalloz a parfaitement raison de dire que l'objet de la convention n'est pas *l'obligation que contracte l'autre partie* de donner, de faire ou de ne pas faire, mais la chose même que l'on s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire. Cela résulte clairement du texte de l'art. 1126. Il est parfaitement possible, quoi qu'on en dise, d'envisager cet objet isolément de la convention qui s'y rapporte.

« On me concédera bien certainement » dit M. Cornil, « que si l'objet ainsi compris diffère de la cause, il en constitue un élément essentiel. » Nous sommes disposé à faire cette concession, mais nous n'admettons nullement la conséquence qu'il en déduit. De ce que l'objet soit compris dans la cause, il ne résulte nullement que l'un et l'autre se confondent. Et s'il est vrai de dire qu'une convention sans objet est nécessairement sans cause, la réciproque ne serait pas exacte, et l'on peut concevoir une convention sans cause qui ait cependant un objet. M. Brocher donne comme exemple d'une obligation sans cause, le cas de vente d'une chose appartenant à autrui. L'obligation de l'acheteur est sans cause et la vente est nulle en vertu de l'art. 1599 du Code civil, qui n'est qu'une application de l'art. 1131. Est-ce parce que l'obligation de l'acheteur est sans objet? Nullement; elle a pour objet une somme d'argent. Est-ce parce que la *convention* est sans objet? Pas davantage; elle a un double objet : la chose qui doit être livrée, dont la pro-

priété doit être transférée, et le prix qui doit être payé. Et l'on ne peut même pas dire qu'il y ait erreur sur la substance de l'objet. Seulement la convention est sans cause au point de vue de l'acheteur, parce qu'il a acheté pour devenir propriétaire et parce que c'est là, comme le dit Brocher, *une cause strictement juridique*.

903. — M. Cornil reproche au Code civil de confondre sans cesse la convention avec l'obligation, tandis que la première n'est que le fait créateur de l'obligation, et de ne parler des conventions que comme source des obligations personnelles, tandis qu'elles peuvent opérer transmission de la propriété et des droits réels. Cette dernière critique est plus fondée que la première. Car, lorsque la convention est le fait générateur d'une obligation, le défaut d'objet, le défaut de cause dans l'obligation entraîne le défaut de cause ou d'objet dans la convention, tout au moins au point de vue de l'une des parties, et la nullité de l'obligation entraîne la nullité de la convention. On aurait pu souhaiter plus de précision dans les termes, mais la confusion est plus apparente que réelle. Ainsi, lorsque l'art. 1120 dispose que l'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée, au moins quant à son espèce, il est bien évident qu'il en doit être de même de la convention, lorsque l'obligation a sa source dans celle-ci. On pourrait même objecter à la seconde critique que les contrats translatifs de droits réels peuvent aussi engendrer certaines obligations personnelles.

904. — Mais ces questions ne touchent pas au droit international privé. Ce qui nous importe, à ce point de vue, c'est de constater que les dispositions sur la cause ne sont pas un hors-d'œuvre, puisque, dans ce cas, inapplicables dans le droit intérieur, elles le seraient aussi en droit international. Donnons encore un exemple, que nous suggère M. Cornil lui-même. Une personne s'engage à prix d'argent à commettre un meurtre, un assassinat. Dans ce cas le contrat est nul, pourquoi? « Parce que » dit-il, « la prestation qui en est l'objet est légalement impossible. » *Légalement impossible* est une expression

ambiguë et équivoque. La vérité est que l'objet est illégal. Mais aucune des dispositions relatives à l'objet des contrats n'annule ceux dont l'objet est illégal. Ce qui est légalement impossible, c'est de transférer la propriété d'une chose hors du commerce : cela est légalement impossible dans le sens propre du mot, c'est-à-dire que cette translation de propriété n'aurait pas d'existence aux yeux de la loi. Mais un acte illicite, illégal, un délit n'en existera pas moins parce que le législateur l'aura défendu. Il est impossible qu'un acte interdit par la loi existe *légalement*, mais il n'est pas légalement impossible que cet acte existe. Il y a ici un véritable jeu de mots.

L'obligation qui a pour objet un délit, n'est donc pas dénuée d'objet. Et si elle est nulle, si la convention qui crée une obligation de cette nature est nulle également, c'est parce qu'elle a une cause illicite. Tels sont, nous paraît-il, les véritables principes. Et il en est de même dans tous les cas où l'une des parties s'engage à commettre à prix d'argent un acte immoral ou illicite. Il n'y a pas défaut de consentement : il n'y a pas défaut d'objet, il n'y a pas incapacité, et cependant l'obligation est nulle. En vertu de quels principes ? En vertu des principes sur la cause.

905. — Dans les contrats unilatéraux, la cause de l'obligation de celui qui s'engage est, suivant Domat, dans un fait antérieur accompli par l'autre contractant. Cela signifie bien, d'après nous, que l'obligation créée par le contrat unilatéral a pour cause une prestation déjà effectuée ; et, si elle n'a pas eu lieu, l'obligation contractée en retour est nulle, *parce qu'elle est sans cause*. M. Cornil le conteste : l'obligation est nulle, d'après lui, *à défaut d'objet*. Et il donne les exemples suivants : « Je m'engage à vous payer *un legs* ; or, il n'y a pas de legs ; donc je ne m'engage à rien » ou bien : « je m'engage à vous rembourser un prêt, or, il n'y a pas de prêt ; donc je ne m'engage à rien. » Mais il se fait la partie belle. Il se peut (et il arrivera le plus souvent) que l'engagement soit conçu sous une toute autre forme : « Je m'engage à vous

payer une somme de mille francs à raison du legs qui vous a été fait. » S'il n'y a pas de legs, si le testament est nul, s'il est faux, l'obligation est basée sur une fausse cause. Mais qui pourrait dire qu'elle est sans objet? Il pourra même arriver que je m'engage à vous payer une somme de mille francs, sans dire à quel titre, dans la conviction que vous êtes légataire. L'obligation est sans cause : est-elle sans objet?

906. — Il est plus difficile de séparer la cause *du consentement* lorsqu'il s'agit de contrats de bienfaisance pure, par exemple de la donation. La cause juridique de celle-ci est, d'après la plupart des auteurs, la libéralité. Domat disait, il est vrai, que la cause d'une donation « c'est quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien ». Mais la jurisprudence admet assez généralement que, si la donation a sa cause dans un service rendu, elle constitue plutôt l'exécution d'une obligation naturelle qu'une donation véritable. Et il semble que son essence soit la gratuité, la libéralité pure, abstraction faite de toute obligation préexistante. S'il en est ainsi, la cause juridique de la donation c'est l'*animus donandi*. Et il n'est point nécessaire de remonter aux principes sur la cause pour déclarer nulle, en tant que donation, la convention qui n'est pas dictée par un esprit de libéralité. Mais il n'en résulte pas que cet acte soit nul d'une manière absolue. Et les principes sur la cause permettent seuls de déclarer que, si la cession d'un droit ou d'une chose matérielle n'a sa cause ni dans l'esprit de libéralité, ni dans l'attente légitime ou dans la réalisation antérieure d'un avantage correspondant, cette cession est sans valeur aucune et ne peut produire aucun effet. Il peut y avoir objet, capacité, consentement, mais il s'agit de savoir quel est le motif juridique qui dicte le consentement, et s'il n'y en a pas, l'on se trouve en présence d'une convention sans cause.

907. — Ce rapide exposé de la théorie de la cause et de sa portée nous paraît suffire pour que nous puissions

examiner la question de savoir quelle est la loi qui doit régir les conventions quant à leur validité à cet égard. Nous ne voyons pas que l'effet de l'absence de cause, d'une fausse cause, d'une cause illicite surtout, rentre en rien dans ce que l'on a appelé l'autonomie des parties contractantes. Il faut donc rechercher quelle est la loi qui régit logiquement le rapport juridique dont la validité est en question. N'est-ce pas la loi sous l'empire de laquelle la convention s'est formée, sous la protection de laquelle elle doit être exécutée? Nous le pensons, et nous croyons de plus que, si le lieu du contrat et celui de l'exécution ne se confondent pas, c'est, en général, à la loi du lieu de l'exécution qu'il faut donner la préférence. C'est d'après cette loi que devra être appréciée l'obligation de celui qui s'est engagé sans cause ou sur une fausse cause. Peut-être cependant faudrait-il appliquer la loi nationale commune des parties lorsqu'elles sont de même nationalité. Il n'en est pas tout à fait de même de la convention fondée sur une cause illicite, parce que l'ordre public est engagé. A notre avis, la convention devra être considérée comme nulle, et nulle partout, non-seulement si la cause est illicite d'après la loi nationale commune des parties, ou d'après la loi du lieu où la convention est faite, mais lorsqu'elle l'est d'après la loi du lieu où doit se réaliser le fait illicite qui constitue la cause de l'obligation, ou d'après la loi du lieu où il s'est réalisé. Il est contraire aux bonnes relations internationales qu'un Etat prête sa sanction à l'exécution d'une convention dont l'effet doit être de troubler l'ordre public dans un autre pays, ou de constituer une prime pour l'auteur du trouble. Et nous irons plus loin : la convention doit, en outre, être tenue pour nulle partout, si elle est nulle d'après la loi du lieu où elle a été contractée ; car chacun est tenu de respecter les lois d'ordre public du pays où il se trouve. Il n'y aurait d'exception, selon nous, à ces principes rigoureux, que si, d'après la loi du for, l'acte illicite, constituant la cause juridique de la convention, n'était pas seulement permis, mais constituait en outre dans quelque autre pays, hypo-

thèse bien exceptionnelle, l'exécution d'une obligation imposée elle-même par des considérations d'ordre public. Le juge ne saurait être tenu de sanctionner un ordre public étranger aux dépens de son propre ordre public, lorsque ce dernier s'y oppose.

908. — Nous n'examinerons pas ici les diverses applications que les principes ci-dessus peuvent recevoir : nous aurons l'occasion d'y revenir en traitant des divers contrats. Mais nous croyons devoir dire encore quelques mots d'une question déjà agitée dans le premier volume du présent ouvrage. Nous voulons parler de la question de la contrebande. Lorsqu'une convention est annulée parce qu'elle a pour objet la contrebande, c'est en réalité parce que la contrebande constitue une cause illicite, immorale. Lors même qu'il n'est question que de pratiquer la contrebande au détriment d'un pays étranger, et en violation de ses lois, la contrebande n'en est pas moins, comme le fait très justement remarquer Brocher, « une lutte contre la loi. Elle ne peut vivre que de ruse, de violence ou de corruption; elle a sa source dans un amour désordonné du gain à tout prix, dans une imprudente expérimentation du hasard; elle attire sur les frontières une population dont les habitudes sont désordonnées et dangereuses ⁽¹⁾ ». Bien que cette appréciation soit peut-être d'une sévérité excessive en certains points, elle est exacte dans le fond. Mais il peut être dangereux de recourir à ce genre d'arguments, l'immoralité absolue de la contrebande étant loin d'être universellement reconnue. La véritable *ratio decidendi* réside peut-être ailleurs. Les nations ne vivent plus aujourd'hui dans un état d'hostilité permanente. La *neminem laedere* est une obligation aussi sacrée entre elles qu'entre les individus. En prêtant leur sanction à l'exécution d'une convention fondée sur une cause juridique de nature à porter préjudice à une nation étrangère, les tribunaux violeraient ce devoir. Pasquale Fiore fait remarquer à cet égard que « selon les principes

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 93.

de la bonne foi et de la justice internationale, on doit empêcher qu'on entreprenne et qu'on accomplisse tout fait quelconque causant un préjudice aux droits d'une autre souveraineté ». Ce langage est peut-être un peu absolu, mais au moins doit-on admettre qu'un Etat ne doit pas accorder l'appui de ses tribunaux à l'exécution forcée de conventions de ce genre. Le savant traducteur et commentateur de Fiore, M. Pradier Fodéré abonde dans son sens et ajoute à ses observations des considérations parfaitement justes (1).

La jurisprudence française et belge, qui a longtemps envisagé ces conventions avec une indulgence excessive, est revenue à des idées plus saines. Presque à la même date un arrêt de la Cour de Pau du 2 juillet 1886, et un arrêt de la Cour de Bruxelles du 17 février 1886, en prononçaient l'annulation. Et nous ne connaissons aucune décision contraire qui ait été rendue depuis dans ces deux pays. La jurisprudence anglaise les envisage avec faveur, mais elle a été vertement critiquée par le chancelier Kent et par Westlake. En Allemagne, la jurisprudence est plus ou moins vacillante, bien que la doctrine semble conforme à notre opinion. Un arrêt de la Cour de Cassel du 13 décembre 1828 a annulé une convention ayant pour objet de faire fraude à des lois de douanes étrangères. Mais un arrêt de la Cour de Lubèck du 14 juin 1866 a validé une convention du même genre. De Bar, qui cite cet arrêt, fait observer que si cette Cour a déclaré à tort : que la nullité de ces conventions n'était pas encore admise par les nations commerçantes, sa décision se justifie cependant en fait. Il s'agissait d'une interdiction de transit arbitraire que le demandeur ne connaissait pas et ne devait pas connaître, tandis que le transporteur assigné en dommages-intérêts devait la connaître. Le demandeur n'avait donc pas l'in-

(1) Pasquale Fiore. *Op. cit.*, p. 453. — Dans le même sens : Pothier. *Assurances*, n° 58. — Delangle. *Sociétés comm.*, T. I, n° 104. — Lyon Caen et Renault. *Dr. comm.*, n° 68. — Laurent. *Op. cit.*, T. VIII, n° 114. — Kent. *Comm. lect.*, 48. — Chitty. *On commerce and manufactures*, T. I, pp. 83 et 84. — De Bar. *Op. cit.*, T. II, p. 31 et les autorités citées. — Brocher. *Op. cit.*, T. II, p. 93.

tention de frauder des lois de douane étrangères. Et M. de Bar prétend expliquer de la même manière la diversité des décisions anglaises sur ce point. Nous n'hésitons pas à croire que la doctrine de Pothier et des nombreuses autorités citées en note, finira par prévaloir partout. Elle est seule conforme à la notion moderne des devoirs internationaux.

909. — Les art. 1134 et 1135 ne font qu'énoncer, en ce qui concerne les effets des conventions, des principes généraux qui dérivent de la raison. Mais ils n'en sont pas moins d'une grande importance, car ils contiennent en germe les principes relatifs à l'applicabilité de telle ou telle loi à la matière des conventions. D'une part, en effet, l'art. 1134, al. 1^{er}, consacre la règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. La loi reconnaît donc une certaine liberté, une certaine autonomie aux parties contractantes. A la condition qu'il y ait une convention, et une convention *légalement* formée, ce qui implique une convention légalement valable, cette convention tiendra lieu de loi aux parties contractantes. Et l'art. 1135, en déclarant que les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'*usage* ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature, reconnaît implicitement que la volonté libre des parties, qui se déploie sans entraves dans la convention légalement valable, peut s'exprimer tacitement par leur soumission à tel ou tel usage, et par conséquent aussi par l'acceptation tacite de telle ou telle loi, fût-ce une loi étrangère, quant aux effets de leurs conventions. Il en résulte en outre, que les usages et les lois n'opèrent qu'à défaut de conventions expresses, puisque les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, de sorte que les parties peuvent se soumettre à telle ou telle loi, à tel ou tel usage.

910. — Mais à quel usage, à quelle loi les parties sont-elles censées se soumettre en l'absence de conventions expresses? La loi ne le dit pas. L'art. 1159 se borne à disposer que ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est

d'usage dans le pays où le contrat est passé. C'est là une règle d'interprétation, plutôt qu'une règle relative aux effets du contrat dans le silence des parties, plutôt qu'une règle de droit supplétif. Il est vrai que l'art. 1160 ajoute : on doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées; et, bien que l'article ne le dise pas, on peut admettre, à raison de la place qu'occupe cet article, que le législateur a entendu parler des clauses qui sont d'usage dans le pays où le contrat est passé. Or, c'est bien là du droit supplétif. Mais, malgré ces mots : *dans le pays* où le contrat est passé, il semble que le législateur n'ait eu en vue que la diversité des usages existants dans telle ou telle région d'un même pays, et n'ait pas songé aux question de droit international privé. Car, s'il en était ainsi, il aurait vraisemblablement ordonné de s'en référer également à la loi du lieu où le contrat est passé, spécialement en ce qui concerne l'interprétation. Au surplus, la doctrine est d'accord pour considérer les art. 1156 à 1164 plutôt comme des conseils donnés au juge, que comme des prescriptions absolues dont il ne pourrait s'écarter. Et cela est si vrai qu'en pratique l'observation concurrente de toutes ces règles pourrait conduire à des résultats contradictoires.

911. — Il n'en est pas moins vrai qu'il y a là des indications précieuses sur l'importance que le législateur attribue au lieu du contrat, en ce qui concerne la détermination de l'intention des parties, et que c'est un élément qui peut entrer en ligne de compte. Mais, après tout, le juge reste libre, et ce serait forcer le sens de ces dispositions que d'attribuer aux usages et à la loi du lieu du contrat une influence exclusive et absolue. Dans tous les cas, rien n'empêche de reconnaître partout la règle consacrée par l'art. 1135, notamment que les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature, pourvu que l'on s'accorde sur la question de savoir quels usages et quelle loi il faut

consulter pour déterminer les suites que l'obligation comporte d'après sa nature. Un conflit de lois paraît ici impossible. Nous ne croyons pas devoir revenir sur ce que nous avons dit à cet égard plus haut.

912. — Les effets de l'obligation de donner et de livrer, en tant qu'ils sont déterminés par les art. 1136, 1137 et 1138, al. 1, nous paraissent évidemment dépendre de la loi à laquelle les parties se sont soumises expressément ou tacitement. Il n'y a là rien qui ne dépende de leur autonomie, rien qui touche au régime immobilier. Il y a plus de difficulté pour le second alinéa de l'art. 1138, au moins en tant qu'il attribue à la convention, même non suivie de tradition, *effet translatif de propriété*. L'art. 1138, al. 2, ne concerne pas seulement la translation de la propriété entre parties, mais même sa translation vis-à-vis des tiers. Si la transcription est nécessaire, s'agissant d'immeubles, pour qu'on puisse opposer la convention aux tiers qui auraient acquis sans fraude, elle ne l'est nullement pour qu'on puisse s'en prévaloir vis-à-vis des autres, et la transcription ne s'identifie pas, du reste, avec la tradition. Nous pensons qu'en ce qui concerne la nécessité de la tradition ou de la transcription vis-à-vis des tiers, il faut observer la *lex rei sitae*. Il nous paraît évident que l'art. 1138 ne pourrait être invoqué par un Belge ayant acheté, fût-ce en Belgique, et vis-à-vis d'un Allemand, *un immeuble situé en Allemagne*, pour se prétendre propriétaire de cet immeuble, même vis-à-vis des tiers, sans tradition préalable. MM. Vincent et Pénaud constatent que, suivant l'opinion la plus générale, c'est la *lex rei sitae* qui déterminera si la tradition est nécessaire pour que la vente soit translatrice de propriété, sinon entre les parties contractantes, du moins vis-à-vis des tiers⁽¹⁾. Ces principes étaient déjà enseignés par

(1) V. en ce sens : Fiore. nos 337 et 338. — Asser et Rivier. Op. cit., p. 97. — Duguit. *Confl. de législations*, p. 103. — Lecasble. Op. cit., pp. 261 et 276, etc... — On a fait observer que la transmission de la propriété entre parties simplement n'est pas une véritable transmission de propriété, la propriété étant de sa nature un droit absolu, et qui par son essence doit être opposable à tous (Huc, *le Code civil italien et le Code Napoléon*, T. I, pp. 300 et 301). Cela

Savigny, et il les appliquait aux meubles comme aux immeubles⁽¹⁾. On pourrait avoir quelque doute en ce qui concerne les meubles, bien que, d'après les principes généralement admis en droit international, les meubles, considérés individuellement, soient aussi bien que les immeubles régis par la loi de la situation. Le Code Napoléon ne reconnaît pas formellement ce principe en ce qui concerne les meubles; et l'on en a conclu, comme nous l'avons vu ailleurs, que la transmission de la propriété des meubles n'est pas régie par la *lex situs*, mais par la loi du domicile du propriétaire, en vertu de l'ancienne règle *mobilia sequuntur personam*. Mais nous avons déjà réfuté les objections tirées du silence du Code et de l'ancien droit à cet égard, et nous ne croyons pas devoir y revenir. Dans tous les cas, la règle admise nous paraît s'imposer dès qu'il s'agit de la translation de propriété vis-à-vis des tiers, qu'ils soient de bonne foi ou de mauvaise foi.

913. — La translation de propriété entre parties présente en réalité beaucoup moins d'importance : rien n'empêche, à notre avis, qu'elle ne soit gouvernée par la loi à laquelle le contrat est soumis en général en vertu de la volonté des parties. La question ne présente véritablement d'intérêt qu'au point de vue des risques. Mais de même que rien n'empêcherait de convenir expressément

est très juste. La transmission entre parties seulement n'aurait guère d'effet qu'au point de vue de l'application du principe : *res perit domino*. La loi hypothécaire belge établit le principe que la propriété des immeubles n'est transmise vis-à-vis des *tiers de bonne foi* que par la transcription. Laurent, se fondant sur des paroles prononcées par le ministre de la Justice Tesch, enseigne que la vente non transcrite n'existe pas vis-à-vis des tiers, qu'ils soient de bonne foi ou de mauvaise foi. Cela nous paraît excessif. Mais si l'on admet cette opinion, si la transmission de la propriété *entre parties* est la seule transmission qui puisse s'opérer par l'effet des obligations, cela n'a vraiment pas grande importance. Et nous comprenons parfaitement que la commission belge de revision du Code civil ait proposé de modifier les dispositions de ce Code sous ce rapport. D'après le projet nouveau, ce n'est plus par l'effet des obligations, mais *par l'exécution de certaines obligations* que la transmission de propriété s'opérera (v. *Belg. judiciaire*, 1895, p. 241). Quoi qu'il en soit, si l'on maintenait le principe ancien pour la translation de propriété entre parties seulement, il n'y aurait vraiment aucun motif pour ne pas appliquer la loi qui régit le contrat plutôt que la loi de la situation.

(1) Savigny. Op. cit., T. VIII, p. 182.

que les risques demeurent à la charge du vendeur, nonobstant la translation de propriété à l'acheteur, on ne voit pas pourquoi il serait interdit de stipuler qu'*entre parties* la propriété sera immédiatement transmise par le fait seul de la convention⁽¹⁾. Et dès lors rien n'empêche que cet effet de la convention ne soit régi par la loi à laquelle les parties se sont tacitement soumises, plutôt que par la loi du lieu de la situation.

914. — L'art. 1139 concerne la mise en demeure, et dispose que le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation, soit par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. Et la demeure produit, d'après l'art. 1138, al. 2, cet effet important de mettre la chose aux risques du débiteur, outre qu'elle donne droit à des dommages-intérêts aux termes de l'art. 1146. D'après la doctrine la plus généralement admise, pour décider si le débiteur est en demeure ou non, il faudrait, en général, consulter la loi du lieu de l'exécution, et il semble au premier abord que, sur ce point du moins, l'on suive le système de Savigny, qui applique d'une manière absolue la loi du lieu de l'exécution, quand il s'agit de déterminer les effets de l'obligation, à moins qu'il ne s'agisse de lois strictement prohibitives. Mais l'accord est plus apparent que réel. Savigny entend par la loi du lieu de l'exécution, celle du lieu où l'exécution doit se faire en vertu des conventions expresses ou tacites des parties. Les auteurs qui appliquent la *lex loci contractus*, lorsqu'il s'agit de déterminer les effets directs et proprement dits du contrat, et font une exception à cette règle quant aux suites, semblent plutôt avoir en vue, bien qu'ils ne s'expriment pas très clairement, la loi du lieu où l'exécution est réellement poursuivie, où le défaut, le refus d'exécution est constaté. Ni l'un ni l'autre système ne nous paraissent exacts en ce

(1) On sait d'ailleurs qu'en droit romain, bien que la convention de vente ne fut point par elle-même translatrice de propriété, les risques n'en étaient pas moins à la charge de l'acheteur en cas de vente d'un corps certain.

qui touche le point qui nous occupe. Brocher⁽¹⁾ fait à juste titre une distinction : « La 1^{re} partie de l'art. 1139 traitant de la constitution en demeure, doit être régie par la vieille règle *locus regit actum*. La seconde rentre dans le domaine de l'interprétation. » Mais sa distinction ne nous paraît pas encore suffisamment claire. Ce qui rentre dans la vieille règle *locus regit actum*, c'est la *forme* de la mise en demeure. La question de savoir si une mise en demeure est nécessaire, ou si elle résulte de plein droit du simple retard, même en l'absence d'une stipulation expresse, est exclusivement régie par la loi à laquelle les parties se sont soumises expressément ou tacitement. Tout dépend, à cet égard, de la volonté des parties contractantes. Et il en est de même quant aux conséquences de la demeure.

L'art. 1140 se borne à renvoyer à la vente et au titre des privilèges et hypothèques. Et quant à l'art. 1141, il n'est qu'une application des principes relatifs à l'effet des conventions *vis-à-vis des tiers* en ce qui concerne la translation de propriété des choses mobilières ; et cette matière nous paraît dominée par la *lex rei sitae*, c'est-à-dire par la loi du lieu où la chose se trouve. La seule question que l'on puisse poser est celle de savoir s'il faut avoir égard à la situation de la chose au moment de la première cession ou au moment de la seconde. Comme il s'agit d'un privilège attribué à la mise en possession, nous pensons qu'il faut s'attacher à la loi du lieu où la chose se trouve au moment de la prise en possession. — L'art. 1141 qui, en cas de deux cessions successives, attribue préférence au possesseur, n'est, en réalité, qu'une application de la règle générale : *en fait de meubles possession vaut titre*, bien que les questions ne soient certainement pas identiques. Si la possession peut suppléer au titre en matière mobilière, il est assez naturel que le titre accompagné de la possession soit préféré au titre seul.

915. — Les règles établies par le Code Napoléon sur l'obligation de faire ou de ne pas faire (sect. III, art. 1142

(1) Brocher. Op. cit., T, 11, p. 98.

à 1145) nous paraissent en général faire partie de celles dont l'applicabilité dépend de la volonté expresse ou tacite des parties contractantes. M. Brocher observe toutefois avec raison, que « l'art. 1142, portant que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, peut être considéré comme empreint d'ordre public interne et international » en ce sens que « l'on repousserait tout autre moyen qui paraîtrait contraire à la liberté et à la dignité personnelles ». Mais aux expressions ordre public international, et surtout aux termes ordre public interne et international, nous préférerions sans hésiter celles de : ordre *public absolu*. Il en résulte que les tribunaux ne pourraient admettre de mesures de contrainte personnelle repoussées par la *lex fori*. Pour le surplus, les questions décidées par ces articles ne le sont que par une application de la volonté présumée des parties contractantes. C'est vraiment du droit supplétif. Le législateur détermine en leur lieu et place les effets de leurs contrats. Il les détermine d'avance, leur épargnant ainsi la peine de les régler par des stipulations précises et minutieuses. Elles sont libres d'y déroger, en tant qu'il ne s'agit pas de dispositions d'ordre public, et il n'est question de rien de tel dans les art. 1143 à 1145. Mais si elles n'y dérogent pas, ces règles forment leur loi, elles sont censées les accepter. La difficulté consiste, en présence de la diversité des législations, dans la détermination de la loi qui doit remplir cet office, qui est appelée à combler les lacunes existant dans les conventions expresses des parties, en ce qui concerne les effets de celles-ci.

916. — Il s'agit dans les art. 1142 à 1145, comme aussi dans les art. 1146 à 1155, des conséquences de l'*inexécution* de la convention. Ces conséquences sont un effet indirect de la convention, qu'il s'agisse d'inexécution partielle (et nous assimilons à celle-ci le retard dans l'exécution) ou d'inexécution complète. D'après la doctrine de Savigny, et de ses partisans assez nombreux encore, *tous les effets du contrat* sont régis par la loi du

lieu de l'exécution, et il entend par ces mots celle du lieu *fixé* ou *destiné* pour l'exécution. D'après la doctrine qui distingue entre les effets immédiats et directs du contrat d'une part, et ses suites accidentelles d'autre part (1), comme aussi d'après celle qui distingue entre les contrats, le lien obligatoire envisagé en lui-même, et son exécution (2), il semble que la loi du lieu de l'exécution doive être appliquée, tout au moins quand il s'agit de l'exécution et des conséquences de l'inexécution. Et l'on entend quelquefois par là la loi du lieu fixé pour l'exécution.

Pour ce qui nous concerne, il nous est impossible d'admettre que la loi du lieu fixé pour l'exécution régisse tout ce qui concerne l'exécution. Nous convenons seulement que, relativement à certains détails matériels d'exécution, les parties peuvent être censées s'en rapporter à la loi du lieu où celle-ci doit s'accomplir. Quant aux conséquences de l'inexécution, ce ne sont certes pas des effets directs et immédiats du contrat, comme l'exécution peut l'être, à moins que les parties n'aient fait à cet égard des stipulations formelles, et on peut les faire rentrer dans les suites accidentelles dont parle Foelix. Mais nous ne croyons pas qu'elles doivent être régies nécessairement pour cela par la loi du lieu où le contrat aurait dû être exécuté. La question est susceptible de solutions diverses, suivant la nature des conséquences de l'inexécution dont il s'agit. On soutiendrait à tort que l'exécution doit être régie par la loi du lieu où elle doit se faire, et qu'il doit en être de même des conséquences de l'inexécution, parce que l'un et l'autre fait se passent sous son empire, puisque il s'agit avant tout ici de la volonté des parties, et que l'un et

(1) Foelix. T. I, p. 249. — Massé. T. I, n° 599. — Lecasble. p. 273. — Fiore. Op. cit., p. 422 et ss. — Rocco. Op. cit., pp. 340 et ss. — Esperson. p. 282.

(2) Asser et Rivier. Op. cit., p. 73. — Weiss. Op. cit., p. 641. — Laurent. T. VIII, p. 55. — Voir aussi Vincent et Pénaud, v° *Obligations*. — En somme la doctrine de la plupart des auteurs manque de précision, et l'on ne sait pas toujours à quoi s'en tenir sur la portée des principes qu'ils admettent. Il en est ainsi des meilleurs, de M. Asser, par exemple. Après avoir repoussé la distinction de Foelix entre les effets et les suites, il reproduit littéralement en l'approuvant le passage assez développé dans lequel Foelix applique les conséquences de sa distinction.

l'autre se rattachent à un fait juridique accompli peut-être en pays étranger.

La législation à laquelle les parties sont censées s'être soumises quant à leurs conventions, nous paraît devoir décider, en ce qui concerne les obligations de faire, si le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit, ou se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur (art. 1143), si en cas d'inexécution il peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur (art. 1144), si le débiteur qui contrevient à l'obligation de ne pas faire, doit les dommages-intérêts par le seul fait de la contravention (art. 1145), le tout à la condition que ces dispositions ne se heurtent pas contre des lois d'ordre public du pays où elles devraient être appliquées. Et cette législation ne nous paraît pas être celle du lieu de l'exécution, que ni l'une ni l'autre des parties ne connaissent peut-être point, tandis qu'elles connaissent ou sont censées connaître la loi de leur domicile commun, celle de leur nation commune, celle du lieu du contrat, si elles n'ont ni nationalité ni domicile communs.

917. — La question de savoir quand des dommages-intérêts sont dûs, s'il faut oui ou non une mise en demeure (art. 1146), nous paraît devoir être également résolue d'après la loi que les parties ont eue en vue en contractant. Et il en est de même de toutes les questions qui forment l'objet des art. 1147 à 1152 du Code civil, à moins que l'une ou l'autre de ces dispositions ne se heurte, d'après la *lex fori*, contre des lois d'ordre public. C'est donc d'après la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre leurs conventions que ces questions seront décidées, que l'on décidera notamment si les dommages-intérêts ne peuvent comprendre que les dommages prévus, les dommages directs et immédiats, etc..., et dans quels cas. C'est aussi d'après cette loi que l'on décidera si, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent, les dommages-intérêts pour retard ne consistent jamais que

dans les intérêts fixés par la loi, et à quelles conditions ces dommages-intérêts sont dus (art. 1153, C. civ.), notamment s'ils le sont sans que le créancier doive justifier d'aucune perte, et seulement du jour de la demande.

918. — Mais l'une des questions les plus fréquemment discutées en cette matière est celle de savoir d'après quelle loi doivent être fixés les intérêts légaux et les intérêts moratoires, les intérêts légaux, c'est-à-dire ceux que certaines créances produisent de plein droit, les intérêts moratoires, c'est-à-dire ceux qui en l'absence de disposition légale ou de convention expresse qui les fasse courir auparavant, sont dus au moins à partir du jour de la demande, en cas d'exécution tardive d'une obligation consistant dans le paiement d'une somme d'argent. Ce sont aussi, il est vrai, des intérêts légaux, mais ils sont la réparation d'un dommage injuste, et non l'effet direct de la convention, l'exécution même de celle-ci. Ils sont la sanction de l'exécution. Les intérêts légaux proprement dits sont au contraire attachés à l'obligation principale, soit par la loi elle-même, soit par la convention des parties, en l'absence de toute idée de faute, ou d'injustice. Lorsqu'il ne s'agit pas d'obligations conventionnelles, la question de savoir quelle est la loi applicable à ces derniers, ne dépend pas de la libre volonté des parties. Il faut rechercher quelle est la loi qui régit l'obligation, le fait juridique dans lequel elle prend naissance. Le tuteur d'un mineur belge doit de plein droit les intérêts à 4 1/2 % du reliquat du compte de tutelle, et cela en tout pays, quel que soit le lieu où la tutelle a pris fin. Pour déterminer quand et à quel taux courent les intérêts des legs, et des sommes rapportables, il faut consulter la loi qui régit la succession. Tout cela n'est pas douteux. Mais lorsqu'il s'agit d'obligations conventionnelles, nous voyons surgir des questions des plus délicates, parce que, sauf certaines restrictions, la question de savoir quelle est la loi applicable dépend en dernière analyse de leur volonté, de leur autonomie. La première qui se présente à notre examen est celle de savoir d'après quelle loi il

faut décider si l'obligation conventionnelle produit, oui ou non, des intérêts de plein droit, et à quel taux. Nous nous occuperons ensuite des intérêts moratoires, puis des lois limitatives des taux de l'intérêt, et enfin de la question de savoir quelle est la loi qui fixe le taux de l'intérêt, lorsque les conventions des parties sont muettes à ce sujet et en l'absence de limitations légales.

919. — Aux termes de l'art 1652, l'acheteur doit de plein droit les intérêts du prix, si la chose vendue ou à livrer produit des fruits ou autres revenus. Ces intérêts sont fixes; ils sont déterminés par la loi. Et nos lois actuelles les fixent à 4 1/2 pour cent en matière civile, à 5 1/2 en matière commerciale. En ce qui concerne la question de savoir si les intérêts sont dus de plein droit, à partir du jour de la livraison, etc..., il faut appliquer, d'après nous, la loi qui régit le contrat en vertu de la volonté probable des parties. Cette loi nous paraît être en général, abstraction faite de circonstances indiquant une volonté contraire, la loi du domicile commun, à son défaut la loi de la nationalité commune, et, en l'absence de domicile commun et de nationalité commune, la loi du lieu du contrat. Mais à quel taux l'intérêt sera-t-il dû, lorsque, s'agissant d'un immeuble, le taux est supérieur dans le pays où l'immeuble vendu est situé, dans celui où le paiement doit être fait? Ici naissent les doutes. Il peut paraître contradictoire et peu conforme à l'intention des parties, de faire régir par deux lois différentes la question de la débiton des intérêts légaux, et celle du taux. Et il semble que la loi qui impose l'obligation doive aussi en déterminer l'étendue et fixer le quantum de l'intérêt. Mais il ne faut pas oublier qu'à cet égard tout dépend en dernière analyse de l'intention que l'on peut raisonnablement attribuer aux parties. Supposons d'abord que la question s'élève à propos des intérêts du prix de vente d'une chose productive de fruits. Ne pourrait-on pas soutenir qu'il s'agit ici d'intérêts compensatoires, c'est-à-dire d'intérêts destinés, quand il s'agit d'un immeuble par exemple, à compenser les fruits du fonds dont la jouissance a passé

en d'autres mains, et que d'autre part, les revenus des immeubles variant d'après les divers pays, il faut avoir égard à la loi qui fixe le taux de ces intérêts compensatoires dans le pays où les immeubles sont situés? Cette considération ne nous paraît cependant pas très sérieuse. En supposant même que le prix eût été payé exactement à l'échéance, le vendeur n'en aurait pas moins été privé de la jouissance, des fruits de son bien. Il n'en aurait recueilli les fruits que si la chose n'avait pas été vendue, ou si tout au moins elle n'avait pas été livrée. Mais, dès qu'elle a été vendue et livrée, le vendeur perd en fait la jouissance de son immeuble. Le vendeur a donc droit à l'intérêt de son prix, parce que la chose vendue produit des fruits, mais non pas en proportion des fruits qu'elle produit. Quel que soit le produit du fonds vendu, l'intérêt du prix ne varie pas. Qu'aurait-il touché si le prix avait été payé immédiatement? L'intérêt de la somme payée. L'équité ordonne donc de proportionner l'intérêt à l'utilité qu'il aurait pu retirer du capital. Or, c'est là où le prix devait être payé qu'il aurait pu immédiatement en faire le emploi, et c'est en conséquence la loi de ce lieu qui doit fixer le taux de l'intérêt. On pourrait objecter peut-être que c'est au lieu de son domicile que le vendeur fera probablement le emploi de son capital. Mais si telle était son intention, il était naturel qu'il stipulât le paiement en cet endroit. Il ne faut pas avoir égard du reste à l'intention du vendeur seulement, mais à celle de l'acheteur qui a pu croire que, s'il était en retard, il aurait à payer l'intérêt de son prix sur le pied établi dans le pays où le paiement devait se faire. Ce n'est pas que les parties aient nécessairement songé à ces éventualités. Mais le législateur y songe pour elles, et les règles établies par lui nous semblent devoir être appliquées, sinon suivant ce qu'elles ont prévu et voulu, du moins suivant ce qu'elles auraient voulu, si la question était entrée dans leurs prévisions⁽¹⁾.

(1) Il nous semble que la jurisprudence française admet généralement que la question de savoir à quelle condition des intérêts légaux sont dus, doit être

920. — Supposons cependant que la loi du lieu du paiement, tout en disposant que des intérêts seront dus de plein droit, n'en fixe pas le taux, contrairement à la loi qui régit le contrat en général et qui fixerait un taux déterminé, que cette loi oblige le créancier à justifier d'un dommage, et l'admette à en réclamer la réparation complète. Quelle loi appliquera-t-on? A notre avis, la loi qui fixe pour ainsi dire à forfait le quantum du dommage, en établissant que les dommages-intérêts ne consisteront jamais, s'agissant du paiement d'une somme d'argent, que dans l'intérêt légal, et dispense le créancier de les justifier, a pour but de tarir une source de procès, et se rattache dès lors à l'ordre public dans le pays où elle existe. Elle prévaudra donc dans les débats qui s'y engageront, sauf à appliquer l'intérêt légal qui serait admis, même dans d'autres matières, dans le pays où le paiement devrait se faire. Mais si la contestation s'engageait dans ce dernier pays, on appliquerait la loi locale comme étant celle à laquelle les parties se sont tacitement soumises. On pourra arriver à des décisions contradictoires, comme dans tous les cas où l'ordre public est engagé.

921. — La question de savoir par quelle loi sont régis les intérêts moratoires, c'est-à-dire ceux qui naissent d'une mise en demeure proprement dite, est assez délicate. Les intérêts moratoires sont les intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent, et l'on admet généralement que la règle de l'art. 1153 ne s'applique qu'aux obligations

résolue d'après la loi qui régit le contrat dans son ensemble. L'art. 721 du Code de com. hollandais fait courir les intérêts légaux contre l'assureur maritime six semaines après la délivrance du compte, et non, comme les lois française et belge, du jour de la demande en justice. Il a été jugé que l'assureur français qui a conclu un contrat d'assurance en Hollande, doit les intérêts conformément à cet article. S'il y avait eu divergence entre la loi hollandaise et française quant aux taux de l'intérêt légal, on aurait sans doute également appliqué la loi hollandaise comme étant celle du lieu du paiement. Trib. commerce Havre, 7 fév. 1887. *Rev. int. du droit maritime*, 1886-1887, p. 687. V. aussi Rennes, 24 mai 1877. *J. de Nantes*, 1877, 1, 129. D'après cette dernière décision, c'est la loi du lieu du contrat qu'il faut consulter pour décider si une stipulation est nécessaire aux fins de faire courir les intérêts. Cela nous paraît exact si les parties n'ont pas le même domicile, ni la même nationalité, et pourrait peut-être même être admis d'une manière générale dans les matières commerciales.

conventionnelles. La place qu'il occupe semble le démontrer. Ce sont des intérêts légaux en un certain sens, puisqu'ils sont dus en vertu de la loi. Mais la loi ne les fait courir en thèse générale qu'à partir de la demande, « du jour de la demande », tandis que dans certains cas exceptionnels, ils courent de plein droit, c'est-à-dire par le fait seul du retard, cas auquel ce sont des intérêts légaux proprement dits. Nous disons que c'est dans tous les cas la loi qui les fait courir : il est en effet indubitable, d'après nous, qu'il suffit de la demande judiciaire *du capital* pour faire courir les intérêts. C'est la doctrine de la Cour de Cassation de France, et Laurent nous paraît l'avoir démontré avec évidence ⁽¹⁾. S'il en est ainsi, les intérêts moratoires sont aussi des intérêts légaux. C'est la loi qui en fixe le taux : c'est en vertu de la loi qu'ils sont dus ; seulement la loi exige pour qu'ils le soient une condition préalable : la demande judiciaire du capital.

Or il semble de jurisprudence en France que les intérêts moratoires, les intérêts judiciaires notamment, sont régis par la *lex fori*. Et cette jurisprudence est basée sur ce que l'obligation de payer des intérêts de ce genre ne dérive pas des stipulations du contrat passé à l'étranger, mais de la demande elle-même, si bien que la demande étant faite en France l'obligation y prend naissance ⁽²⁾. Un auteur français, M. Chausse, a critiqué avec raison cette jurisprudence dans la *Revue critique* (année 1886, p. 693). L'obligation de payer les intérêts moratoires ne résulte pas de la demande. En réalité, la demande n'est pas autre chose que le point de départ assigné par la loi à l'obligation de payer ces intérêts. Son fondement immédiat, c'est la loi ; sa cause première, c'est l'inexécution de la convention. Là où l'obligation de payer le capital devait être exécutée, là aussi surgit l'obligation de payer les intérêts si l'obligation n'a pas été exécutée. Il semble donc naturel que la loi du lieu de l'exécution soit appelée

(1) *Droit civil*, T. XVI, n° 320.

(2) V. entre autres Cass. franç., 13 avril 1885. *J. de dr. int. privé*, 1886, p. 459.

à trancher la question de savoir à partir de quel moment les intérêts moratoires seront dus, et s'il faut ou non une demande judiciaire, s'ils courent de plein droit et sans demande préalable. Et cependant nous sommes tenté de donner la préférence, en ce qui concerne la solution de cette question, à la loi qui, d'après l'intention probable des parties, régit leurs conventions, à la loi de leur domicile commun, de leur nationalité commune, ou du lieu du contrat. Nous supposons naturellement qu'il n'y ait pas de conventions expresses au sujet des intérêts. Les parties peuvent parfaitement ne pas même connaître la loi du lieu de l'exécution. Et il ne semble pas que, d'après la nature des choses, la question de savoir si l'intérêt sera dû de plein droit ou non, doive dépendre logiquement du lieu où le retard d'exécution se produit.

Mais il en est autrement du taux de l'intérêt. Il est vraisemblable que ce taux est fixé dans chaque pays eu égard au revenu moyen des capitaux. C'est un forfait établi par la loi dans le but de prévenir des contestations innombrables et des plus difficiles à apprécier, relativement au préjudice résultant pour le créancier de ce qu'il n'a pas reçu la restitution de son capital en temps utile. Ce préjudice consistera presque toujours dans la privation d'un gain, dans un *lucrum cessans*, résultant de ce qu'il n'a pu placer son capital autrement. Or, dans quel pays aurait-il fait ce emploi, dans quel pays le débiteur a-t-il pu croire raisonnablement que ce emploi serait effectué? Dans le pays où la somme devait être mise à la disposition du créancier. Cette présomption n'est sans doute pas absolue, et il peut arriver que l'on puisse établir que le emploi aurait été fait ailleurs, et que le débiteur le savait : par exemple au *domicile* du créancier. Mais la règle que nous indiquons n'est qu'une règle générale subordonnée, ainsi que nous l'avons dit, aux exceptions que pourraient commander d'autres circonstances indicatives de la volonté des parties de soumettre cette question à une loi différente⁽¹⁾.

(1) Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt français précité, le contrat avait

922. — Une seule question nous paraît dominée, ainsi que nous l'avons dit, par la *lex fori* : c'est celle de savoir si, dans les obligations qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, les dommages-intérêts du chef de retard dans l'exécution de l'obligation seront remplacés par des intérêts fixes et invariables ou consisteront dans des intérêts proportionnés au préjudice réel. Le motif qui détermine le législateur à fixer le taux de l'intérêt à forfait est en effet le désir de tarir une source de procès. Ce motif nous paraît se rattacher à l'ordre public au même titre que la prescription extinctive de longue durée. Au surplus, la *lex fori* sera très souvent aussi la loi du lieu fixé pour l'exécution. Mais lorsqu'il en sera autrement, ce qui peut fort bien arriver, par exemple si le débiteur a changé de domicile, si ses biens saisissables sont situés dans un autre pays, nous croyons qu'il y aura lieu de donner la préférence, au point de vue de la question qui nous occupe, à la loi du lieu où le procès sera engagé (1).

923. — Sous le régime du Code civil l'intérêt était libre, et par conséquent les parties avaient la faculté de stipuler des intérêts supérieurs au taux légal ordinaire, en vertu de la règle générale de l'art. 1152. C'est la loi de 1807 qui a limité l'intérêt conventionnel. L'art. 1153 ne devait donc recevoir d'application qu'en l'absence d'une convention stipulant un taux d'intérêt différent. Or, cette

été conclu et devait recevoir exécution à Tunis. Le taux de l'intérêt devait donc être de 12 % conformément aux lois en vigueur dans ce pays. Nous verrons que, d'après une jurisprudence unanime, les dispositions légales qui limitent le taux de l'intérêt conventionnel en France ne sont que des lois d'ordre public intérieur qui ne reçoivent pas application aux conventions régies par une loi étrangère.

(1) Brocher qui, en général, a examiné de près ces questions est muet sur celle-ci. Mais il considère le taux des intérêts moratoires comme régi par la loi du lieu où le paiement devait s'effectuer, « l'intérêt courant dans ce pays pouvant être pris comme représentant le dommage, puisque cet intérêt dépend lui-même de l'utilité qu'on peut retirer de telles valeurs et du taux auquel on peut s'en procurer ». (V. T. II, op. cit., p. 256.) Il ajoute toutefois avec la prudence qui le caractérise, qu'il n'y a là rien d'absolu, et que la *doctrine* doit être revêtue en cette matière d'une assez grande liberté d'appréciation, ce qui n'est pas très clair. N'a-t-il pas voulu parler de la *jurisprudence*? La plupart des auteurs font prédominer la loi du lieu de l'exécution, lorsqu'il s'agit de ces questions, tels Asser et Rivier, sans s'expliquer nettement sur le point de savoir s'il s'agit de la loi du lieu fixé pour l'exécution. Savigny et ses adhérents la font prédominer d'une manière générale.

limitation de l'intérêt conventionnel a depuis longtemps disparu dans notre pays (loi du 5 mai 1865, qui fixe le taux de l'intérêt légal à 5 % en matière civile, à 6 % en matière de commerce). Aujourd'hui, et en vertu de la loi du 20 déc. 1890, l'intérêt légal est fixé à 4 1/2 % en matière civile, à 5 1/2 % en matière commerciale. La France a été plus lente à revenir à des idées plus saines en cette matière qui touche à la morale et à l'économie politique, et elle n'y est point revenue d'une manière complète, puisque la loi du 12 janvier 1886 ne proclame encore la liberté du taux de l'intérêt qu'en matière commerciale. En présence d'une législation restrictive de l'intérêt conventionnel, la disposition de l'art. 1153 conserverait toute son importance, nonobstant une convention expresse stipulant un intérêt différent. Mais nous verrons plus loin dans quelle mesure.

924. — L'article en question n'établit la règle de l'intérêt fixe, tenant lieu de tous dommages-intérêts, que « sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ». Il n'en résulte pas que le principe cesse de recevoir application en toutes matières commerciales. Il ne faut voir dans cette restriction que l'annonce de règles spéciales à certaines matières commerciales, et l'on en trouve un exemple dans les règles sur la lettre de change, le remboursement de celle-ci en cas de protêt impliquant le paiement des intérêts, des frais de protêt et autres. Il y a une autre exception, c'est celle de l'art. 1866, relatif à la société, lequel en obligeant l'associé en retard de verser sa mise, au paiement des intérêts de celle-ci, réserve *de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu*. Ces exceptions semblent soumises aux mêmes principes que la règle. Tout dépend cependant du fondement sur lequel elles reposent. Certes, lorsque la loi française ou la loi belge sera reconnue applicable, à raison de l'intention des parties, on ne pourra généralement l'appliquer qu'avec les exceptions qu'elle comporte, même dans d'autres pays. Il en serait autrement s'il s'agissait de quelque exception réclamée par un intérêt d'ordre public

local. D'autre part, la règle que les dommages-intérêts, encourus pour retard dans l'exécution d'une obligation se bornant au paiement d'une certaine somme, ne consistent que dans les intérêts fixés par la loi, ne peut certainement pas être soumise à d'autres exceptions dans notre pays que celles admises par nos lois. Mais elle ne sera pas nécessairement subordonnée à toutes ces exceptions. Nos lois constituent la limite de ces exceptions. Elles n'en constituent pas la base, lorsqu'il s'agit d'une convention régie par une loi étrangère. Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'une société étrangère, c'est-à-dire ayant son principal établissement en pays étranger, et que, d'après les lois de ce pays, l'associé en retard de verser sa mise ne soit tenu qu'au paiement des intérêts légaux, sans qu'on puisse lui réclamer de plus amples dommages-intérêts, cette loi étrangère recevra incontestablement application dans notre pays, sans qu'on puisse se prévaloir contre cet associé de l'art. 1846 *in fine* du Code civil.

925. — Les art. 1154 et 1155 ne font pas autre chose que déterminer les conditions sous lesquelles l'anatocisme, si longtemps frappé de réprobation, est permis sous l'empire du Code civil. Il faut qu'il s'agisse d'intérêts échus, et qu'ils soient dus au moins pour une année entière. Mais cette dernière condition n'est pas exigée, lorsqu'il s'agit de revenus échus, tels que fermages, loyers ou arrivages de rentes, de restitutions de fruits ou même d'intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur. Il nous semble que la loi qui régit *la validité* du contrat, régira aussi la question de savoir si l'anatocisme est permis et sous quelles conditions il l'est. On ne peut pas dire que cela dépende de l'autonomie des parties contractantes. Mais il serait excessif de dire qu'il s'agit ici d'une loi touchant à l'ordre public absolu. Certes, il ne dépend pas de la volonté des parties de s'y soustraire, puisque c'est précisément la liberté de leurs conventions que cette loi restreint. Mais, lorsque les parties ne sont soumises à son autorité, ni à raison de leur nationalité

commune, ni à raison du lieu du contrat, ou du lieu fixé pour l'exécution, on ne voit pas pourquoi le législateur interviendrait aux fins d'empêcher la prétendue oppression d'une des parties par l'autre, du débiteur par le créancier. C'est à un autre législateur qu'incombe le devoir de prendre le débiteur sous sa protection. L'intérêt des tiers n'est pas en jeu. Et il ne s'agit pas de conventions d'une immoralité absolue, impliquant *nécessairement* l'oppression d'une des parties. Il s'agit de conventions que le législateur prohibe, parce qu'elles *pourraient* laisser prise à des abus. On sait du reste que cette règle ne s'applique pas dans les matières commerciales, notamment, dans le contrat de compte courant.

L'art. 1155 contient aussi une disposition dont l'application dépend de la loi à laquelle les parties ont entendu se soumettre. Il ne dispose pas seulement que les revenus tels que fermages, loyers, etc... peuvent produire intérêt, mais qu'ils *produisent intérêt* du jour de la demande ou de la convention. Ils ne produisent donc pas d'intérêt de plein droit. Il n'y a rien dans cette partie de la disposition qui intéresse soit l'ordre public absolu, soit l'ordre public interne, rien qui ne dépende de la libre volonté des parties contractantes. Si donc, d'après la loi à laquelle elles sont censées s'être soumises, il en est autrement, on ne voit pas pourquoi cette loi ne devrait pas être respectée partout. Or, cette loi nous paraît être dans l'espèce celle du lieu fixé pour l'exécution.

926. — Bien que les articles dont nous venons de nous occuper ne concernent pas la limitation de l'intérêt conventionnel, c'est ici qu'il y a lieu de revenir sur l'effet des lois qui établissent des limitations de ce genre. La question ne présente plus une importance aussi grande en France, depuis que la loi de 1886 admet la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale; elle en présente encore moins en Belgique où le taux de l'intérêt conventionnel est libre en toutes matières. Mais elle en conserve néanmoins encore, même dans notre pays, puisque l'on peut soulever la question de savoir, quelle est la force

des lois étrangères qui limitent l'intérêt, et elle peut en présenter davantage en pays étranger. Il y a peu de questions qui offrent plus de difficulté. Laurent s'en occupe très longuement, et le développement avec lequel il la traite nous dispensera d'entrer dans autant de détails (1). Dans l'ancien droit, certains auteurs soutenaient que la légitimité du taux de l'intérêt était déterminée par la loi du lieu du contrat. D'autres assez nombreux tenaient pour la loi du lieu de l'exécution. Mais ces divergences étaient plus apparentes que réelles : car, les auteurs qui soutenaient que la première loi devait être appliquée admettaient en général, que lorsque le contrat ne devait pas être exécuté là où il avait été passé, il devait être censé conclu, en ce qui concerne la partie obligée, là où son engagement devait être exécuté. C'est ce que dit très nettement Jean Voet, ainsi que l'a fait remarquer Story, à propos d'un arrêt rendu par la Cour de la Louisiane (2). C'est sous cette restriction seulement que l'on peut mentionner comme favorables à l'application de la loi du lieu du contrat : Coccejus, Rodenburg et Jean Voet, tandis que Paul Voet, Everhardus, Christyn et Huberus se déclaraient pour l'application de la loi du lieu fixé pour l'exécution (3). On est généralement d'accord que l'opinion de Boullenois est douteuse. Quant à Bouhier, il se prononce pour la loi du domicile du créancier, à moins qu'il ne se soit soumis à une autre loi. Et ces deux auteurs semblent tout faire dépendre de l'autonomie des parties. Aucun, chose étrange, ne semble s'attacher à la *lex fori*, bien que l'intérêt fût souvent, non pas seulement limité, mais prohibé dans l'ancien droit, sauf en matière de constitution de rentes, et bien qu'en cette dernière matière même il fut souvent limité. Il en est ainsi même de Burgundus, que plusieurs auteurs, MM. Laurent et de Bar entre autres, ont du reste mentionné à tort comme favorable à l'appli-

(1) Laurent. T. VIII, nos 193 et ss.

(2) Story. *Conflict of laws*, 7^e éd., §§ 300-304.

(3) Coccejus. T. VII, 11. — Rodenburg. T. III, p. 2, ch. II, § 6. — Jean Voet. *Comment.*, 22, 1, § 6, et Paul Voet. Ch. II, § 9, n^o 12. — Everardus. *Com.*, 78, n^o 24 et ss. — Christianaeus. *Décis.*, T. I, 283, n^o 12, 13

cation de la loi du lieu de l'exécution, et qui en cette matière applique sans réserves la loi du lieu du contrat. La question de savoir si une stipulation est licite ou illicite à cet égard se rattache, d'après lui, à la forme. Il le dit en termes nets et ajoute : « *Quare et usurarum modus is constituendus est, qui in regione in quâ est contractum, legitime celebratur.* » Il donne même un exemple : « *Et cum reditus duodenarius in Gallia stipulatus in controversiam incidisset, patrocinate me judicatum est, in Curia Flandriae factum valere : nec obesse, quod in Flandria ubi reditus constitutus, sive hypothecae impositus proponeretur, usuras semisse graviores stipulari non liceat. Quia ratio hypothecae non habetur, quae hac in re nihil conferens ad substantiam obligationis, tantum extrinsecus accedit legitimae stipulationi.* » Et le lieu du contrat ne se confond pas pour lui, au point de vue de la légitimité du taux de l'intérêt, avec celui où le paiement doit se faire, car il termine en disant : « *Sed hoc intellige de usuris in stipulatione deductis, non autem de iis quae ex mora debentur, in quibus ad locum solutionis (ut docebimus postea) respicere oportet.* ⁽¹⁾ » Il en résulte que lorsque cet auteur déclare plus loin, n° 29, que ce qui concerne le complément et l'exécution du contrat, et ce qui se produit ensuite, est régi par la loi du lieu où doit se faire le paiement, en vertu de l'ancienne maxime : « *unusquisque in eo loco contraxisse intelligitur in quo ut solveret se obligavit* », il n'entend pas parler des intérêts dus en vertu de la stipulation même, dont le maximum est fixé par la loi du lieu où le contrat a réellement été conclu. Il n'en est pas moins vrai, que, pas plus pour cet auteur que pour les autres, la loi ou la coutume qui fixe le maximum de l'intérêt n'est une loi d'ordre public absolu qui doit être appliquée par le juge, alors même qu'il s'agirait de contrats conclus sous l'empire d'une loi étrangère. Il applique plutôt ici, à tort ou à raison, en ce qui concerne la validité de la convention dans sa substance, la règle *locus*

(1) Burgundus. *Tract.* 4, n° 10.

regit actum qui, dans l'opinion générale, ne régit que la forme de l'acte. Mais en général on donnait la préférence à la loi du lieu destiné pour l'exécution.

927. — En droit moderne, Savigny et son école considèrent les lois qui limitent le taux de l'intérêt conventionnel comme des lois d'ordre public absolu (1). Cette manière de voir a été admise en France et en Belgique par des savants dont le nom fait autorité : Demangeat, Duvergier, Bertauld, Laurent et Weiss (2). Elle l'a été en Allemagne par certaines décisions judiciaires rapportées dans l'ouvrage de M. de Bar. La conséquence rigoureuse en serait que, là où le taux de l'intérêt est limité, les tribunaux devraient impitoyablement repousser toute réclamation d'un intérêt supérieur à l'intérêt légal, quel que soit le lieu de la convention, quel que soit le lieu de l'exécution, quelle que soit la nationalité des parties. L'opinion de ces auteurs se fonde sur des considérations très sérieuses, dont la principale nous paraît être que l'usure est en somme un délit, et que tout ce qui est contraire à la loi pénale doit être considéré comme d'ordre public absolu. Cette opinion n'a cependant pas prévalu. Elle est repoussée par la plupart des auteurs, et la jurisprudence française est fixée dans un sens contraire (3). Il en est de même de la jurisprudence et de la doctrine anglo-américaines. Beaucoup d'auteurs cependant s'abstiennent de motiver leur opinion, et Laurent a même pu reprocher à bon droit à Aubry et Rau une flagrante contradiction. D'autres invoquent des raisons d'ordre économique et moral, dont leurs adversaires reconnaissent la haute valeur au point de vue seulement

(1) Savigny. *Op. cit.*, T. VIII, p. 374.

(2) Demangeat sur Foelix. T. I, note 1, p. 252, note A. — Bertauld. *Op. cit.*, T. I, p. 38. — Duvergier. *Du prêt*, n° 313. — Laurent. *Op. cit.*, T. VIII, p. 291. — Weiss. *Op. cit.*, p. 639.

(3) Troplong. *Du prêt*, n° 359. — Aubry et Rau T. IV, §§ 606 et ss. — Massé. pp. 176 et ss. — Pont. *Du prêt*, n° 270. — Brocher. *Cours de dr. int. pr.*, T. II, p. 248. — Despagnet. *Op. cit.*, pp. 415 et ss. — Bossion. *Op. cit.*, pp. 298 et ss. — Lecasble. *Op. cit.*, p. 266. — Frenoy (Actes passés à l'étranger), p. 257. — Fiore. *Op. cit.* p. 430. — De Bar. *Op. cit.*, T. II, p. 60. — Asser et Rivier. n° 91. — Parmi les nombreuses décisions françaises. Cass. 10 juin 1857. S. 59, I, 751 et Cass. 9 juin 1880. *J. d. dr. int. pr.*, p. 394.

de la *lex ferenda*. Il nous semble cependant non-seulement qu'il serait difficile de songer à renverser une doctrine et une jurisprudence aussi imposantes, qui forment dans une certaine mesure une espèce de droit international coutumier, mais qu'il y a de bonnes raisons à faire valoir à leur appui.

928. — Tout d'abord, la tradition historique n'est pas sans importance en pareille matière. Elle atteste que, lorsque les stipulations d'intérêts n'étaient permises qu'exceptionnellement, et ce en matière de constitution de rentes, les lois et coutumes qui limitaient l'intérêt en cette matière n'ont jamais été considérées comme d'ordre public absolu; que, lorsqu'il s'agissait d'une convention formée sous l'empire d'une loi étrangère, et censée régie par cette loi, les tribunaux ne repoussaient pas la réclamation d'un intérêt supérieur au taux permis par la loi du for. N'est-il pas naturel de supposer que, lorsque les stipulations d'intérêts sont devenues licites d'une manière générale, et lorsque la loi de 1807 est venue de nouveau limiter le taux de cet intérêt, elle l'a fait dans le même esprit que les lois qui le limitaient antérieurement au Code civil, dans les cas exceptionnels ou les stipulations d'intérêts étaient autorisées? Cela nous paraît évident, et l'on opposerait vainement les considérations d'ordre moral qui sont à la base de cette limitation, car il en était certainement de même dans l'ancien droit. L'on objecterait vainement aussi que la stipulation d'un intérêt supérieur à l'intérêt conventionnel constitue le délit d'usure, et que les lois pénales sont nécessairement d'ordre public absolu. La question est précisément de savoir s'il y a usure dans le fait de stipuler des intérêts supérieurs au maximum légal, dans une convention qui n'est pas régie par la loi établissant ce maximum. En fait, la jurisprudence française décide implicitement la négative.

929. — Lorsque les considérations d'ordre économique et moral, auxquelles M. Laurent reproche à ses adversaires, à M. Brocher, par exemple, d'avoir recours, se présentent dans ces conditions, elles acquièrent une

sérieuse importance, non-seulement pour celui qui a mission de faire la loi, mais pour celui dont le rôle se borne à l'interpréter. Elles viennent justifier la tradition historique et la fortifier dans une certaine mesure. Si « la convenance de fixer des limites à la liberté individuelle en cette matière se présente comme douteuse et diversement résolue, » ainsi que le fait remarquer M. Brocher, « il paraît en résulter que chaque souveraineté doit être appelée à statuer sur ces questions dans les limites de sa compétence naturelle, et que les actes intervenus dans ces limites doivent être respectés et au besoin protégés par les tribunaux étrangers conformément aux règles ordinaires du droit international privé ». Or, non-seulement cette convenance est constatée, mais l'idée que la limitation de l'intérêt conventionnel est une absurdité économique se fait jour de plus en plus, et est de plus en plus généralement admise. Elle l'est même par les partisans de l'interprétation que préconise M. Laurent. Elle pénètre de plus en plus dans les législations. Ce qui a pu paraître, au moment où la loi spéciale du 3 septembre 1807 a été discutée et promulguée, fondé sur des motifs d'ordre public absolu, change par cela même d'aspect, au point de vue du droit international privé, dont la marche progressive n'est guère entravée par des textes formels. Il semble que l'on ne puisse plus voir dans cette loi, qui, du reste, n'a plus de force en France que pour les conventions civiles, qu'une règle d'ordre public interne, et non d'ordre public absolu.

930. — M. Brocher rencontre l'argument déduit de ce que l'usure est un délit, et de ce qu'en conséquence la règle qui la prohibe est d'ordre public absolu. Il y fait une première réponse, à notre avis, insuffisante : c'est que « ce qui tient au droit pénal est de sa nature essentiellement territorial et suppose des faits intervenus dans le pays ». Cela n'est pas exact, et l'on admet assez généralement que l'Etat a le droit de punir les crimes et délits commis par ses ressortissants en pays étranger dès que son ordre public est troublé. Il a revendiqué même dans des cas

exceptionnels le droit de sévir à raison des crimes et délits commis par des étrangers en pays étranger, mais c'est plutôt à titre de droit de défense. Quoi qu'il en soit, la véritable réponse est celle que nous avons faite plus haut. Mais on peut y ajouter que, comme le fait observer Brocher, ce que la loi frappe ce n'est pas l'usure en elle-même, mais l'habitude de s'y livrer, ce qui atténue le caractère de réprobation qui paraît s'y attacher. L'acte isolé n'est donc pas réprimé en lui-même; il est dénué d'effet pour ce qui excède le maximum autorisé; la question est de savoir à quelles conditions.

931. — Si l'usure était condamnée par la morale absolue aux yeux du législateur, concevrait-on qu'il eût maintenu par l'art. 5 de la loi de 1807 les stipulations d'intérêts faites dans des contrats antérieurs à cette loi? Il y a certainement, comme le dit Brocher, une analogie naturelle entre les questions transitoires et les problèmes de droit international privé. Pourquoi ces stipulations sont-elles maintenues? Parce qu'elles étaient licites au moment où elles ont été faites. Les stipulations faites sous l'empire d'une loi étrangère ne le sont-elles pas également? Aurait-on maintenu les stipulations anciennes et leurs effets, même pour l'avenir, si l'on avait considéré ces stipulations comme contraires à la morale absolue, à l'ordre public absolu? Il y a plus encore : en Algérie et en Tunisie, la convention sur le prêt à intérêt fait la loi des parties, et l'intérêt légal est de 10 % aux termes de la loi du 7-18 décembre 1835. Le législateur n'a-t-il pas reconnu ainsi que le maximum légal, et la convenance même de la fixation d'un maximum légal dépendent essentiellement des lieux et des circonstances? M. Weiss répond en vain que le divorce aussi est autorisé en Algérie, et que cependant la jurisprudence admettait unanimement que les étrangers ne pouvaient faire prononcer leur divorce en France avant la réintroduction de celui-ci. Nous répondrons que cela est souverainement illogique, bien que le divorce ne fût autorisé en Algérie qu'entre les indigènes. En effet, dès qu'un pays autorise un acte juri-

dique, là où il exerce son empire, même entre des personnes d'une certaine race seulement, il s'interdit le droit de ranger cet acte parmi ceux que la morale absolue et l'ordre public absolu prohibent. Au surplus, le taux de l'intérêt est libre en Algérie, non-seulement entre étrangers, mais entre toutes personnes, tandis que le divorce n'y était autorisé qu'entre indigènes. Il en résulte que la loi qui fixe un maximum d'intérêt n'est pas même une de ces lois d'ordre public interne, dont l'observation s'impose au national, en quelque lieu qu'il soit, et aux étrangers qui se trouvent sur le sol national. Le Français y échappe quant aux contrats conclus en Algérie. Pourquoi n'y échapperait-il pas quant à ceux qui seraient conclus en pays étranger, si le taux de l'intérêt conventionnel y est libre?

932. — Nous croyons pouvoir conclure de l'ensemble de ces observations que les lois qui limitent l'intérêt conventionnel ne sont certainement pas d'ordre public absolu : d'où suit que ce n'est pas la *lex fori* qui doit prédominer en cette matière. Mais nous allons plus loin, et nous en concluons que la question ne rentre pas même dans l'ordre public interne proprement dit. Il ne s'agit pas d'une de ces incapacités personnelles, partielles ou totales, qui suivent le national, en quelque lieu qu'il se trouve. Il s'agit de certaines stipulations que le législateur croit devoir exclure, lorsqu'elles sont soumises à sa souveraineté, à raison des inconvénients qu'elles présentent dans son territoire et de certaines circonstances locales dont il est l'appréciateur le plus compétent. Quelles sont les conventions sujettes à cet égard à son action régulatrice? Tout d'abord celles qui sont nées, et doivent se réaliser sur son territoire. Il n'y a pas de doute, si le fait juridique se développe tout entier dans les limites du territoire, c'est-à-dire si c'est à la fois le lieu du contrat, et le lieu où il doit être exécuté. S'il n'en est pas ainsi, nous pensons qu'il faut s'attacher plutôt à la loi du lieu fixé pour l'exécution de l'obligation, lorsqu'il s'agit d'en apprécier la validité au point de vue de la stipulation des intérêts,

qu'à la loi du lieu où le contrat est réellement passé. Notre opinion, conforme à l'ancien droit, à la jurisprudence actuelle, et à celle de la plupart des auteurs, se justifie par cette considération que la validité de l'obligation est rationnellement régie par la loi du lieu où elle doit s'accomplir, que le législateur local a plus de compétence qu'aucun autre pour apprécier si la situation économique et morale du pays exige la limitation de l'intérêt, et que les parties, en stipulant l'exécution de l'obligation dans tel pays déterminé, la placent en fait sous l'empire, sous la protection, et sous le contrôle des lois de ce pays. On peut répéter en ce sens l'ancienne maxime, que chacun est présumé s'engager là où son obligation doit s'exécuter, bien que cette maxime romaine n'ait été établie qu'en vue de la solution d'une question de compétence.

933. — Si donc la loi du lieu destiné pour l'exécution limite l'intérêt conventionnel, cette loi devra être observée. Si elle ne le limite point, les conventions entre parties seront respectées. Si elle le limite, il semble qu'en général toute convention contraire doive être nulle. Toutefois, des auteurs récents donnent la préférence, s'agissant spécialement du prêt, à la loi du lieu où le prêt doit être utilisé⁽¹⁾. « C'est en effet » disent-ils, « de l'emploi et du lieu où il est fait que proviennent surtout les risques, » et ils font observer que l'intérêt est dans un rapport logique avec l'élévation du risque. Cette doctrine doit être rapprochée de celle de M. de Bar, avec laquelle elle présente beaucoup d'analogie, bien que ce dernier s'exprime suivant son habitude avec une grande réserve, et l'on verra par ce rapprochement que la détermination de la loi qui fixe le maximum de l'intérêt dépend, plus qu'on ne le croirait au premier abord, de l'intention des parties au moment où le contrat, et spécialement le contrat de prêt, prend naissance.

M. de Bar⁽²⁾ est d'avis que le paiement des intérêts peut

(1) Entre autres : Lyon Caen et Renault. *Droit comm.*, n° 1389.

(2) De Bar. *Op cit.*, T. II, pp. 56 et ss.

être envisagé sous deux aspects, c'est-à-dire comme une indemnité allouée au créancier à raison du gain qu'il aurait pu faire, ou comme un fruit qui naît simultanément là où le capital est employé : « *Usurae vicem fructuum obtinent.* » (L. 34, D. 22, 1.) La distinction ne nous paraît pas tout à fait exacte. Tout d'abord les intérêts moratoires sont toujours une indemnité à raison de la non-jouissance d'un capital : ici le point de vue de l'indemnité prédomine toujours. Il nous paraît de plus qu'il en est ainsi des intérêts en général. Ils remplacent, il est vrai, les fruits, mais les fruits que *le capital* aurait produits vraisemblablement entre les mains du créancier, et non ceux qu'il a produits entre les mains du débiteur. Celui qui n'a pas la jouissance de son capital, a droit à l'équivalent de cette jouissance ; il le reçoit au moyen des intérêts qui lui sont alloués dans la mesure de ce que le capital aurait produit entre ses mains, ou s'il l'avait employé d'une autre manière, d'après l'évaluation faite par le législateur. Mais l'emploi effectif que le capital doit recevoir de la part de l'emprunteur, lorsqu'il s'agit d'un contrat de prêt, et le risque que peut courir le prêteur doivent entrer en ligne de compte, lorsqu'il s'agit non d'intérêts moratoires, mais des intérêts d'une somme d'argent mise volontairement à la disposition d'une autre personne. A cet égard la distinction de M. de Bar n'est pas sans portée. Toutefois cela n'empêche pas que le point de vue de l'indemnité ne prédomine toujours, et l'on doit s'en tenir à ce que le prêteur aurait pu réaliser de bénéfices, en employant son capital dans des conditions équivalentes ou analogues. Le législateur le plus compétent pour faire cette évaluation paraît être celui du pays où le capital eût été employé s'il n'avait pas été prêté, et où il sera employé ultérieurement suivant toute probabilité après le remboursement. Nous verrons tantôt les conséquences qui en dérivent.

934. — Mais le législateur le plus compétent à cet égard est-il aussi celui qui a le droit d'établir le maximum de l'intérêt conventionnel ? Il ne s'agit plus ici d'une question qui dépende en principe de la libre volonté, des

libres conventions des parties. Un Français prête une somme d'argent à un autre Français. Le contrat a lieu en France, la remise des fonds s'y est effectuée, le remboursement doit y avoir lieu. Mais les fonds doivent être employés par l'emprunteur à acheter et à exploiter des terres dans le Far West, et les parties s'en sont expliquées. Le taux de l'intérêt est-il limité conformément à la loi française? Nous le pensons. Tout le contrat s'est déroulé en France et il s'agit d'un contrat entre Français. Comment échapperaient-ils à l'application de la loi française s'agissant d'une loi prohibitive? Il est bien vrai que, par la nature même de l'emploi qu'il doit recevoir, le capital sera exposé à certains risques. Mais il ne faut pas nécessairement se rendre en Amérique pour trouver moyen de compromettre ses capitaux par des placements dangereux. Il est très possible de les exposer en France même à de périlleuses aventures. S'il fallait admettre que le maximum de l'intérêt conventionnel peut être dépassé chaque fois qu'il est avéré qu'il en est ainsi, ce serait précisément le contrepied des lois restrictives dont il s'agit dans l'espèce.

Le lieu où le capital est employé ne peut donc à lui seul être pris en considération, lorsqu'il s'agit de la légitimité de l'intérêt. Mais, lorsqu'aucune disposition limitative n'est applicable à la convention, et dans la mesure où la volonté des parties se meut librement, il en est tout autrement. Il faut tenir compte alors de cette volonté telle qu'elle résulte des circonstances. Sous le régime de la loi de 1886, qui établit la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale, un banquier français prête à un commerçant français des fonds qui doivent servir à fonder un établissement commercial à Tunis. Le prêt a été fait, le remboursement doit être effectué à Paris. Le prêt a été fait à intérêts sans stipulation de taux. A notre avis, l'emprunteur devra les intérêts à 12 %. C'est ici qu'il faut prendre en considération le lieu de l'emploi ou de la consommation des espèces. Cela est équitable; car, si le prêteur a avancé de l'argent, sachant qu'il devait être

employé à Tunis, c'est comme s'il avait fait le placement à Tunis. C'est à ce taux qu'il aurait pu l'y prêter à Tunis, et qu'il pourra l'y placer ultérieurement ; et l'intérêt élevé qu'il touchera est la compensation du risque qu'il est censé courir. Cela représente non pas les fruits que son capital a produits, mais ceux qu'il aurait pu produire pour lui au moyen d'un placement fait dans les mêmes conditions. Au surplus, ce que nous disons n'est pas absolu, et ne pourrait guères être admis s'il s'agissait d'un prêt sans risque, hypothéqué sur des immeubles situés en France.

Mais au point de vue de la détermination du maximum légal de l'intérêt, il nous paraît impossible de tout subordonner à la loi en vigueur au lieu où le capital doit être employé, à moins que ce lieu ne soit aussi celui où les fonds sont remis. Lorsque cette loi n'est ni celle du lieu de contrat, ni celle du lieu de l'exécution, elle n'a pas voix au chapitre. On en arriverait sans cela à devoir valider toute stipulation d'un intérêt supérieur au maximum légal, lors même que la convention se réaliserait et se développerait tout entière dans le pays où la prohibition existe, à raison uniquement de l'emploi particulièrement hasardeux que l'emprunteur se proposerait de faire des fonds. Ce serait, nous semble-t-il, en prendre un peu trop à son aise avec une disposition prohibitive qui, pour irrationnelle qu'elle soit, doit avoir au moins une autorité locale, et est édictée en considération de la situation économique normale du pays où elle est édictée. Ce serait en outre faciliter singulièrement les fraudes à cette loi.

935. — Le lieu d'emploi de l'argent peut n'être pas indiqué. S'il ne l'est pas, on se guidera nécessairement d'après des présomptions. Tout dépendra des circonstances. Le lieu où la remise des fonds a été effectuée, le lieu du paiement, et même, en tant qu'il ne s'agit pas de la loi limitant le taux de l'intérêt, le lieu du domicile du créancier, pourront être pris en considération suivant les circonstances. De Bar fait à ce sujet des observations ingénieuses. Il considère avec raison comme déterminés par la loi du domicile du prêteur les intérêts dus à un commissionnaire,

par exemple, pour avances sur marchandises; comme déterminés par la loi ou les usages de la place de commerce où il exerce sa profession, les intérêts dus par un commerçant en compte courant; comme déterminés par la loi du siège de l'entreprise commerciale ou industrielle, les intérêts dus à raison d'avances faites pour fonder ou soutenir une entreprise de ce genre.

Mais il considère comme régi par la *lex rei sitae* l'intérêt d'une somme prêtée sur hypothèque, parce que, dit-il, lorsqu'il s'agit de pareils prêts faits à long terme, le lieu où le capital doit être employé doit être pris en considération, et ce lieu est, d'après lui, celui où l'immeuble grevé est situé. Cette dernière observation n'a aucun fondement rationnel. Ce lieu peut être tout différent. Il est plus probable que c'est celui où le créancier est domicilié, peut-être celui où le capital emprunté a été fourni, où le contrat a été passé. — M. de Bar pense que les intérêts des effets de commerce doivent être calculés suivant les lois et usages du pays où ils doivent être payés. Sur ce point nous nous rallions absolument à sa manière de voir. Mais nous ferons remarquer qu'il s'agit dans ce cas d'intérêts moratoires, et en matière d'intérêts moratoires, nous avons admis comme devant généralement prédominer la loi du lieu de l'exécution. Il est vrai qu'un peu plus loin le même auteur admet qu'en ce qui concerne les intérêts moratoires, il faut consulter la loi du domicile ou de l'établissement commercial du créancier, mais il ajoute immédiatement après que, s'il a été fixé un lieu d'exécution autre que celui du domicile du créancier, c'est en règle la loi du lieu d'exécution qui doit prévaloir, et reconnaît que les auteurs comme la jurisprudence se prononcent pour cette dernière loi (1).

936. — Le Code civil contient quelques règles relatives à l'interprétation des conventions. C'est sous ce titre que figurent les art. 1156 à 1164. Nous avons déjà distingué plus haut l'interprétation proprement dite du droit sup-

(1) De Bar. Op. cit., T. II, pp. 63 et 64.

plétif. Une seule des dispositions dont il s'agit pourrait être considérée comme se rapportant plus ou moins au droit supplétif : celle de l'art. 1160. « On doit *suppléer* dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. » Cet article n'est en définitive qu'une application du principe général de l'art. 1135, aux termes duquel les conventions obligent non-seulement à ce qui est exprimé, mais à toutes les suites que la loi, l'équité et l'usage donnent à la convention d'après sa nature. Cette disposition contient déjà le principe de l'application du droit supplétif. A la vérité, les usages pas plus que l'équité n'ont force de loi, et ils ne peuvent jamais prévaloir contre celle-ci. Mais dans le silence de cette dernière, et lorsqu'il s'agit de combler les lacunes que présente l'expression de la volonté des parties, il est permis d'y recourir. C'est pour ainsi dire un droit supplétif secondaire, qui présente une importance particulière dans les matières commerciales. Il est évident que l'on ne peut se prévaloir d'usages qui seraient contraires à des lois touchant à l'ordre public. Mais la question de savoir si on peut les invoquer pour attribuer aux contrats tels ou tels effets, contrairement à des lois qui n'intéressent pas l'ordre public, est fort délicate. Nous pensons, quant à nous, qu'elle devrait être décidée négativement, et que quand les parties ne dérogent pas expressément à des lois auxquelles elles sont naturellement soumises, qui règlent normalement les effets de leurs conventions, elles doivent être considérées comme ayant accepté celles-ci. En décider autrement produirait cet effet de multiplier à l'infini les différends et les procès. Ce serait aller contre le but que le législateur a poursuivi en déterminant dans le droit supplétif les effets des conventions ; celui-ci perdrait une grande partie de son importance, et il faudrait, dans chaque procès particulier, consulter des usages parfois très difficiles à constater.

937. — Nous ne pouvons nous occuper plus longuement de cette question qui n'intéresse pas directement le droit international privé. La question est de savoir si des

règles de la nature de celles établies par les art. 1156 à 1164 seront applicables à toutes les contestations soulevées devant nos tribunaux, quel que soit le lieu où s'est passé le fait juridique dont elles jaillissent, quels que soient le domicile, la nationalité des parties. M. Brocher les considère comme participant de la nature des règles de procédure; mais cela n'est pas absolument exact. Il faut bien reconnaître en effet qu'elles ne concernent pas la forme, mais le fond. Il est très vrai cependant, comme il le fait observer, que ces règles s'adressent aux juges plutôt qu'aux parties elles-mêmes, sans qu'on puisse en conclure que ce sont des règles de procédure; et il faut ajouter que, d'après la plupart des auteurs, elles constituent des conseils et non pas des prescriptions absolues.

Conseils ou prescriptions absolues, ces dispositions sont évidemment indépendantes du lieu où la convention est conclue, indépendantes du domicile ou de la nationalité des parties contractantes. Elles ne perdent rien de leur force, au point de vue de la saine raison, lorsque la convention a été conclue dans un autre pays, lorsque les contractants sont étrangers, ou domiciliés en pays étranger, lorsque le contrat y devait recevoir son exécution. Elles ne s'imposent point nécessairement aux juges étrangers soumis à une législation étrangère. Cela est évident pour ce qui concerne les articles qui n'ont trait qu'à l'interprétation proprement dite, et il en est ainsi de tous, sauf de l'art. 1160. Quant à celui-ci, qui constitue plutôt une règle de droit supplétif, nous pensons qu'il n'y a lieu de l'appliquer que s'il fait partie de la législation qui est appelée à régir le contrat dans son ensemble. Lorsque la loi qui doit normalement régir les effets du contrat permet ou ordonne d'y suppléer les clauses d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées, les parties doivent être censées contracter sous le bénéfice de cette disposition, et l'on commettrait vis-à-vis d'elles une véritable injustice en décidant que l'art. 1160 n'est pas applicable en cas pareil.

938. — La solution que nous préconisons est celle que

propose M. Brocher, tout en se basant sur le motif inexact à notre avis, que les règles dont il s'agit concerneraient la procédure. Le savant auteur ne fait cependant pas d'exception pour la règle de l'art. 1160, sur laquelle il ne s'explique pas d'une manière spéciale. Mais, tout en déclarant que ces dispositions « doivent être appliquées en principe à tous les procès se démenant en France », il subordonne ce principe à certaines restrictions que nous allons examiner. La première est que l'application de ces règles peut être écartée par des dispositions contraires se rapportant au fond. Qu'est-ce que cela veut dire au juste? Ou cette restriction n'a aucune portée et elle va de soi, s'il entend par là que les règles d'interprétation consacrées par la loi française peuvent être écartées en vertu d'une loi française; ou bien, et tel doit être le sens de cette exception, il veut dire que ces règles peuvent être écartées par des dispositions *étrangères* contraires, se rapportant au fond du droit. Pour nous, qui considérons les règles d'interprétation elles-mêmes comme concernant dans une certaine mesure le fond du droit, nous ne pourrions guères admettre cette restriction dans les termes où elle est formulée. Tout ce que nous pourrions concéder c'est qu'il y aura lieu d'appliquer la loi étrangère, si cette loi régit le contrat et si elle établit, comme sanction d'une obligation particulièrement imposée à l'une des parties et comme pénalité, que l'interprétation des clauses obscures et ambiguës aura lieu contre elle et non contre l'autre partie. Sous le voile d'une règle d'interprétation se cache dans ce cas une règle relative à l'application de ces clauses, aux effets de la convention. Il ne s'agit plus d'une règle d'interprétation proprement dite.

939. — M. Brocher ajoute que les règles d'interprétation peuvent se rattacher au fond, quand elles paraissent avoir été adoptées par les parties intéressées comme devant régir leur droit. Nous ne voyons pas bien nettement les applications pratiques que pourrait recevoir cette distinction. Les parties ne peuvent guères être censées renoncer à ce que leur volonté réelle soit respectée.

Or, lorsque le législateur trace des règles d'interprétation, il précise les moyens auxquels il y a lieu d'avoir recours pour pénétrer, en cas d'obscurité ou d'équivoque, la volonté réelle des parties. Son objet est de faire en sorte que leur volonté réelle reçoive exécution. Lors même qu'elles paraîtraient avoir adopté d'autres règles d'interprétation, si le législateur est convaincu, comme il doit l'être, que les principes établis par lui conduisent d'une manière plus certaine à la constatation de leur volonté effective, ce sont ces principes qu'il doit suivre. Si, sous prétexte de respecter leur volonté quant aux règles d'après lesquelles leurs conventions doivent être interprétées, il les interprétait contrairement à leur portée réelle, il ferait acte d'un respect bien dérisoire et bien futile pour la volonté des parties. Il méconnaîtrait leur volonté effective quant au fond du contrat, sous prétexte de respecter les idées peut-être erronées qu'elles ont émises sur les voies auxquelles il faut avoir recours pour la fixer.

940. — Enfin M. Brocher fait observer que toutes les règles énoncées comme se rapportant à l'interprétation, n'appartiennent pas nécessairement par cela seul à la procédure. Nous allons plus loin, et nous n'en considérons aucune comme se rapportant à la procédure proprement dite. Mais il en est qui, d'après nous, ne concernent pas véritablement l'interprétation, et parmi celles-ci nous rangerons la disposition qu'il mentionne, celle de l'art. 1602. « Le vendeur est tenu d'exprimer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. » M. Brocher remarque avec beaucoup de raison que la seconde partie de l'article dérive bien certainement de la première. Quoi qu'il en soit, il s'agit ici d'une disposition traditionnelle qui, dit Laurent⁽¹⁾, est assez difficile à expliquer. Il nous est impossible d'y voir une règle d'interprétation proprement dite. Le législateur ne se préoccupe plus de rechercher quelle est la véritable volonté des parties, et quelle que soit

(1) Laurent. T. XXIV, n° 154.

celle-ci, c'est le vendeur qu'il frappe. Il *applique* plutôt qu'il n'*interprète* ses engagements avec une portée extensive. Il nous paraît évident qu'il ne peut le faire que dans la mesure où le contrat est naturellement, normalement soumis à ses prescriptions. Nous ne pensons pas même qu'il y ait lieu de se préoccuper ici de la volonté tacite des parties. Il s'agit d'une espèce de pénalité prononcée contre le vendeur. On appliquera, d'après nous, la loi qui régit normalement le contrat, celle à laquelle les parties sont soumises.

941. — Les art. 1165 à 1167 sont relatifs aux effets des conventions à l'égard des tiers. L'art. 1165 ne fait que reproduire en termes explicites la disposition de l'art. 1119, et nous ne pouvons que nous référer à ce que nous avons dit de l'application de ce dernier. Quant à l'art. 1167, il nous paraît manifeste qu'il intéresse directement les tiers. Il y est de plus question des effets de la fraude. A ce double titre, il s'agit d'une matière exclusivement régie par la *lex fori*, ou par la loi de la situation s'il s'agit de droits réels. Les tribunaux ne pourront admettre l'action Paulienne, que dans les cas où elle est autorisée par les lois locales, mais ils l'admettront dans tous les cas où ces lois l'autorisent. Il ne nous paraît pas qu'il y ait lieu pour eux de distinguer d'après le pays où la convention qui fait fraude aux droits des tiers a été conclue, d'après la nationalité ou le domicile des parties; il suffit que leur compétence se justifie d'après les principes généraux. Mais la question de savoir si tel ou tel acte juridique fait fraude aux droits des tiers peut être dominée elle-même par une législation étrangère. Et c'est seulement lorsque cette question préalable est résolue d'après les lois qui la régissent naturellement qu'il y a lieu d'admettre uniformément l'action Paulienne dans notre pays.

942. — Le chap. IV, T. III, L. III du Code civil est intitulé : *des diverses espèces d'obligations*. Les articles dont il se compose se rapportent, comme le fait remarquer M. Brocher⁽¹⁾, à la manière plus ou moins rigoureuse

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 102.

ou complète dont les engagements sont formés, et ces articles traitent successivement de la condition, du terme, des obligations alternatives, des obligations solidaires, indivisibles, ou sous clause pénale. Nous ne pourrions évidemment pas approfondir et examiner d'une manière complète toutes les questions de droit international privé que peuvent faire surgir les dispositions du Code sur cette vaste matière, et nous n'avons pas la prétention d'être complet. Mais les solutions que nous indiquerons pour un assez grand nombre de cas, pourront, si elles sont considérées comme justes, servir de guide ou d'indication pour la solution de difficultés analogues.

943. — Au seuil de la section première qui traite de la condition, on trouve quatre définitions : celle de la condition en général, suspensive ou résolutoire, et celles des conditions casuelle, potestative, et mixte. Elles sont données en vue des règles qui doivent suivre, pour l'intelligence de ces règles et pour leur application. Elles sont en somme inséparables de ces règles elles-mêmes, et l'on devra y avoir recours dans la mesure où celles-ci sont applicables à tel ou tel rapport de droit, ou pour déterminer quand elles ne sont pas applicables. Mais on voit immédiatement apparaître à leur suite une disposition qui n'est plus du tout une définition, celle de l'art. 1172, aux termes de laquelle toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend, tandis qu'aux termes de l'art. 1173 la condition de *ne pas faire une chose impossible* ne rend pas nulle la convention contractée sous cette condition. Il y a controverse sur le point de savoir, si la condition de *ne pas faire une chose illicite* rend nulle la convention qui en dépend. Nous croyons qu'elle doit être décidée affirmativement, non seulement parce qu'il est immoral de stipuler un avantage quelconque pour s'abstenir d'un acte illicite, mais aussi à cause de la généralité du texte de l'art. 1172, qui ne proscriit pas seulement la condition *de faire* une chose illicite, mais la *condition d'une chose illicite*, et auquel

l'art. 1173 ne fait exception qu'en ce qui concerne la condition de ne pas faire une chose impossible. Quoi qu'il en soit, ces dispositions, comme le fait remarquer M. Brocher, sont évidemment tout au moins d'ordre public interne. Mais il ne s'explique nettement ni sur la question de savoir quelles en sont les conséquences, ni sur celle de savoir, si elles sont en outre d'ordre public absolu, et se borne à dire : « Nous nous en référons aux principes que nous avons énoncés plus haut, quant à la question plus douteuse se rapportant à l'ordre public international. » Or, nous ne trouvons pas dans les principes qu'il a exposés plus haut les éléments nécessaires pour résoudre cette question, qu'il déclare lui-même douteuse.

944. — Une distinction est commandée par la nature des choses. La nullité de toute condition d'une chose impossible, illégale, ou contraire aux bonnes mœurs est évidemment d'ordre public international. Mais il en est autrement de la sanction de cette nullité, laquelle consiste en général, d'après notre Code, dans la nullité de la convention. Et ici il faut faire une distinction nouvelle entre la condition d'une chose impossible et la condition d'une chose illicite. Lorsque le Code établit que la condition de faire une chose impossible rend nulle la convention qui en dépend, et que celle-ci n'est pas rendue nulle par la condition de ne pas faire une chose de ce genre, il est manifeste que cette disposition n'est point fondée sur des motifs d'ordre moral ou d'ordre public, mais sur l'opinion que le législateur se forme de l'intention qu'ont eue les parties en contractant. La morale ne serait nullement blessée, aucun principe d'intérêt social ne serait lésé, si le législateur considérait tout simplement de pareilles conditions comme non écrites. A cet égard les dispositions des art. 1172 et 1173 ne nous semblent se rattacher ni à l'ordre public interne, ni à cet ordre public que l'on qualifie souvent d'international, et que nous préférons appeler absolu. On appliquera la loi que les parties ont vraisemblablement adoptée comme devant régir leurs conventions.

945. — Mais il en est autrement des conditions illi-

cites. La nullité de la convention faite sous une condition illicite nous paraît se rattacher à l'ordre public interne, et la considération de l'intention des parties y est sans doute étrangère. La convention elle-même n'est-elle pas entachée d'immoralité, si elle est subordonnée à une condition immorale? Le législateur français a pensé que le meilleur moyen d'éviter ces stipulations d'une condition illicite était d'annuler la convention toute entière.

Supposons toutefois qu'un législateur étranger, tout en répudiant pareilles conditions, estime que le meilleur moyen de les écarter est de les réputer non écrites. Pareilles dispositions peuvent-elles être considérées chez nous comme contraires à l'ordre public absolu? Nous ne le pensons pas; le but est le même; il n'y a que des divergences d'appréciation sur les moyens à employer pour y parvenir. Deux étrangers font une convention de ce genre en pays étranger, sous l'empire d'une loi qui considérerait la condition comme non écrite. Nous pensons qu'en Belgique, comme en France, la condition serait simplement réputée non écrite. Mais nous estimons que, si la convention était conclue en Belgique ou en France, si les deux parties étaient Belges ou Françaises, ou si l'une des parties était Belge ou Française, nos tribunaux envisageraient toute la convention comme infectée de nullité. Tout au moins dans ce dernier cas le Belge ou le Français intéressé dans la convention ne pourrait-il en réclamer l'exécution devant nos tribunaux.

946. — L'art. 1174 dispose que toute obligation est nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Il faut, d'après les auteurs, qui s'appuient sur l'autorité de Pothier, qu'il s'agisse d'une condition purement potestative. Et la conséquence de la nullité de cette obligation est celle de la convention elle-même. Brocher nous dit que le régime des biens peut sembler fortement atteint par une disposition contraire, d'où suit qu'il doit la considérer comme se rattachant à l'ordre public territorial⁽¹⁾. Nous ne

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 104.

voyons guères comment le régime des biens peut être sérieusement intéressé dans la question. Mais l'art. 1174, interprété comme il l'a été, ne nous paraît en somme énoncer qu'une vérité de sens commun, et qui n'est sans doute méconnue nulle part. Comment pourrait-on considérer comme vraiment obligé celui qui n'est obligé que s'il le veut, sans que sa pleine liberté soit entravée en rien, comme elle le serait s'il avait à s'abstenir de tel ou tel acte sous peine d'être obligé? Cette liberté entière est contraire à l'essence même de l'obligation. La question de savoir quel est l'effet de cette nullité sur l'obligation collatérale de l'autre partie est plus délicate. Elle dépend de la théorie de la cause sur laquelle nous nous sommes expliqué plus haut, et nous la considérons comme se rattachant à l'ordre public interne.

947. — Les art. 1176 et 1177, qui déterminent quand la condition est censée accomplie ou défaillie, appartiennent, d'après M. Brocher, à la procédure : ce sont des directions données aux juges. Nous ne pouvons partager son opinion. A notre avis ce sont de véritables règles de droit supplétif, bien qu'elles s'adressent aux juges. La question de savoir quand la condition est censée accomplie ou défaillie, doit être décidée d'après l'intention des parties. Le législateur, en traçant ces règles, comble les lacunes qui se présentent dans la manifestation de leur volonté. Il leur dit d'avance que la condition sera censée accomplie ou défaillie dans tel ou tel cas. Elles sont évidemment libres de manifester une volonté contraire. Il s'agit donc de savoir par quelle loi elles ont vraisemblablement entendu que leur convention fût régie. Quant à l'art. 1178, qui répute la condition accomplie lorsque le débiteur en a empêché l'accomplissement, M. Brocher reconnaît qu'il tient au fond du droit, mais il ne nous dit pas s'il se rattache à l'ordre public, et à quel ordre public. C'est, d'après nous, une règle ayant son fondement dans la morale absolue; il ouvre aux parties un recours contre la mauvaise foi, contre le dol, et nos tribunaux devraient toujours en faire l'application, quels que soient

le lieu du contrat, la nationalité, le domicile des parties.

Mais il n'en est pas de même de la disposition de l'art. 1178 sur la rétroactivité. Ici l'ordre public n'est certainement pas en jeu, et la volonté des parties nous paraît exercer un rôle prépondérant. Qu'arrivera-t-il donc, si une loi étrangère établit, comme l'art. 171 du Code fédéral suisse sur les obligations, le principe que la condition accomplie ne rétroagit pas? Il faudra examiner si le contrat est régi dans sa substance par la loi belge ou par cette loi étrangère. Et, comme il s'agit d'une matière dans laquelle la volonté des parties se déploie librement, c'est à celle-ci qu'il faudra s'attacher pour la solution de cette question. Il s'agit véritablement d'une disposition se rattachant au droit supplétif. Par contre, l'art. 1180 nous paraît pouvoir être invoqué, même par les étrangers et s'agissant d'un contrat fait en pays étranger. On admet généralement en France que les tribunaux français sont compétents pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires entre étrangers, aussi bien en ce qui concerne les personnes qu'en ce qui concerne les biens⁽¹⁾. Et nous sommes de cet avis, au moins pour ce qui concerne les mesures provisoires qui présentent un caractère conservatoire. On peut toutefois objecter que cette opinion généralement admise ne concerne que la compétence, et qu'il faut avant tout que les mesures conservatoires soient autorisées par la loi qui régit les effets du contrat. Mais la réponse est qu'il ne s'agit pas d'un effet du contrat. Il s'agit d'une mesure de protection établie par la loi, en vue de garantir la fidèle exécution des conventions, mesure qui touche à la procédure, et dont les étrangers qui, en vertu de notre Constitution, jouissent en Belgique de la protection accordée aux personnes et aux biens, nous paraissent pouvoir réclamer le bénéfice, tout comme les nationaux.

948. — Nous considérons comme appartenant essentiellement au droit supplétif les dispositions des art. 1181

(1) V. Vincent et Pénaud. *Op. cit.*, v^{os} *Compétence en matière civile*, n^o 300, et les nombreuses autorités qu'il cite.

à 1187 relatives à la notion et aux effets de la condition suspensive, de la condition résolutoire et du terme. Il y a plus de difficulté en ce qui concerne l'art. 1188. M. Brocher ⁽¹⁾ pense qu'il se rattache à la *procédure et au régime des biens*. Que dit l'article? Que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, *lorsqu'il a fait faillite* ou lorsque, par son fait, il *a diminué* les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. L'article ne nous paraît point concerner la procédure. Ce qui concerne la procédure, c'est la disposition qui défend au juge, en l'absence de stipulation de terme, d'accorder un *délai de grâce* dans des cas analogues (art. 124, C. pr.). Mais il s'agit dans l'espèce des effets du terme conventionnel. — Est-il vrai que la disposition de l'art. 1188 se rapporte au régime des biens? M. Brocher prétend qu'elle se rattache très étroitement aux art. 2092 et ss. du Code civil (art. 7 et ss., loi hypothécaire belge du 19 déc. 1851), lesquels font des biens du débiteur le gage commun de ses créanciers, et que ces articles ne peuvent recevoir une application convenable qu'en se combinant avec l'art. 1488. La chose est des plus contestables. Qu'importe au régime des biens que le débiteur soit déchu du terme, quand par son fait il a diminué les sûretés données par le contrat à son créancier? Il nous est impossible d'apercevoir le lien.

A notre avis, la seule disposition qui intéresse dans une certaine mesure le régime des biens est celle d'après laquelle la faillite du débiteur entraîne la déchéance du terme. L'organisation de la faillite est d'ordre public interne. La loi du lieu où la faillite est régulièrement déclarée a nécessairement compétence pour déterminer si les créances à terme pourront recevoir immédiatement un tantième dans la répartition, ou si l'attribution d'un dividende sera différée jusqu'à l'échéance du terme. Et cette loi nous paraît devoir être en général celle du domicile du débiteur. La seconde question, celle de savoir si le débiteur est déchu du terme, lorsqu'il *a diminué par son fait*

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 105.

les sûretés contractuelles, n'a rien de commun avec le régime des biens. Elle ne nous paraît pas fondée davantage sur l'intention présumée des parties, qui n'ont probablement pas prévu cette éventualité, mais plutôt sur des considérations de morale générale et absolue. Et notre conclusion est qu'il y a lieu d'appliquer en cette matière la *lex fori*, celle du lieu où le débat s'engage.

949. — Les art. 1189 à 1196 inclusivement, relatifs aux obligations alternatives, nous paraissent appartenir tous au droit supplétif. Il en est de même, sans contestation possible, de la plupart des dispositions concernant les obligations solidaires (art. 1197 à 1216); et il ne saurait y avoir de difficulté qu'au sujet des articles que nous allons examiner. L'art. 1199 dispose que « tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers » et l'art. 1206 que « les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous ». M. Brocher est d'avis que « la compétence de ces dispositions se rattache à celle de la *prescription*, sujet profondément empreint d'ordre public interne et international⁽¹⁾ », d'où il faudrait conclure qu'elles recevront application ou non, suivant que les règles du droit français relatives à la prescription extinctive seront ou non applicables. La question est loin d'être sans importance pratique, car les législations diffèrent à cet égard, et c'est ainsi que le Code suisse ne contient aucune disposition semblable à celle de l'art. 1199 du Code français⁽²⁾.

Nous pensons que les dispositions en question font partie du droit supplétif, et que leur application est en conséquence dominée par la volonté initiale des parties d'accepter telle ou telle loi comme règle de leurs conventions. La généralité de l'effet de l'acte interruptif vis-à-vis de tous ne se rattache pas aux bases sur lesquelles repose la prescription extinctive. Elle est une conséquence de l'unité de la créance solidaire et de la

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 206.

(2) Brocher. Op. cit., T. II, p. 418.

dette solidaire, telle qu'elle est envisagée en droit français. C'est bien ce que M. Brocher semble reconnaître plus loin lui-même, en se mettant ainsi dans une certaine mesure en contradiction avec ce qu'il avait dit précédemment. « La nature spéciale qu'elle (la solidarité) communique aux actes, les marque d'une empreinte dont les législations étrangères doivent généralement tenir compte... Les effets que la solidarité produit sur la prescription sont indiqués comme provenant de la modalité originelle de l'engagement, plutôt que d'événements postérieurs. Si cette modalité a été régulièrement consentie ou acceptée sous l'empire de la loi compétente pour la régir, les effets doivent en être maintenus à l'étranger; on ne peut les repousser que s'ils portent atteinte à un principe d'ordre supérieur. La prescription n'agit pas sur une table rase, mais sur des droits qu'elle reçoit, revêtus d'un caractère tout formé⁽¹⁾. » Nous en concluons qu'il s'agit de règles appartenant au droit supplétif, et nous décidons de même relativement à l'art. 1207, au sujet duquel M. Brocher soulève également la question de savoir s'il ne se rapporte pas à la procédure. La règle que la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts vis-à-vis de tous, se rattache encore à l'unité de l'obligation solidaire, telle qu'elle est reconnue en droit français. Les auteurs qui admettent que c'est par la *lex loci contractus* qu'est régie l'étendue de l'obligation, admettent aussi que cette loi détermine s'il existe un lien de solidarité entre les obligés. Il est logique que la même loi régisse les conséquences de cette solidarité. Nous n'attribuons pas, quant à nous, un effet absolu à la *lex loci contractus*, mais il nous paraît clair que la loi qui régit les effets du contrat en général, détermine aussi si l'obligation est solidaire ou non.

950. — M. Brocher admet que la loi du lieu où la quittance intervient paraît prédominer dans les art. 1210, 1211 et 1212, et cette opinion semble d'accord avec

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 418.

celle généralement reçue, d'après laquelle ce qui concerne l'exécution est réglé par la loi du lieu de l'exécution. Mais il ne faut pas s'y méprendre, et il y a souvent, rappelons-le, dans la doctrine des auteurs une équivoque, contre laquelle il faut se mettre en garde. Ils entendent par la loi du lieu de l'exécution tantôt celle du lieu où l'exécution *doit être effectuée*, tantôt celle du lieu où elle se produit en fait. La loi du lieu de l'exécution, dans le premier sens, régit, d'après certains auteurs, toute la substance de l'obligation, d'après d'autres, la forme de l'exécution. Selon quelques-uns, les détails matériels de l'exécution sont régis par la loi du lieu de l'exécution réelle, effective. Nous n'avons pas admis la première opinion, qui est assez généralement abandonnée, et nous avons fait des réserves relativement aux autres. C'est la volonté des parties qui doit prédominer, et la solution du problème dépend de bien des nuances. Dans l'espèce M. Brocher vise évidemment la loi du lieu de l'exécution effective; mais, s'il lui donne la préférence, c'est en ce qui concerne l'interprétation de l'acte d'exécution qu'il envisage comme un fait juridique séparé, et qu'il interprète en l'isolant de l'acte juridique dans lequel il a sa source première, et dont les stipulations expresses ou implicites forment la loi des parties. Cette séparation nous paraît arbitraire. Si l'acte juridique initial, si le contrat a été fait sous l'empire d'une loi qui déclare que le créancier, qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs solidaires, conserve son action contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité, peu importe à notre avis le lieu où ce consentement est donné: les effets en sont réglés d'avance. C'est à la loi qui régit la substance du contrat qu'il faudra avoir recours, comme en ce qui concerne les art. 1211 et 1212. Et nous en dirons autant quant à l'art. 1214, al. 1^{er}, aux termes duquel le codébitéur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que la part et portion de chacun d'eux. M. Brocher le considère à tort comme se ratta-

chant à la procédure, parce qu'il aurait pour but de simplifier celle-ci, tandis qu'il n'est, à notre avis, qu'une règle de justice et se rattache très intimement au fond du droit.

951. — Ce que nous venons de dire des obligations solidaires est vrai aussi, en général, des articles relatifs aux obligations divisibles et indivisibles, art. 1217 à 1225 inclusivement. Toutefois, l'art. 1220 relatif aux effets de l'obligation divisible, en ce qui concerne les héritiers, se rattache plutôt à la matière des successions. Il en est ainsi du principe de la division des dettes et des créances entre les héritiers du débiteur et du créancier. Quant aux limitations auxquelles cette règle est subordonnée, il en est une qui résulte des principes sur les hypothèques; et ce n'est pas *comme héritier* que l'héritier qui possède le fonds hypothéqué peut être poursuivi pour le tout, mais comme détenteur, comme le serait même le tiers détenteur. Les deux dispositions qui suivent résultent de l'indivisibilité de la chose qui fait l'objet de l'obligation. La quatrième résulte d'une convention expresse, et l'effet de celle-ci ne peut guères donner lieu à des difficultés. La cinquième qui établit l'indivisibilité de la dette entre les héritiers, lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des parties a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement, se rattache à l'art. 1218, et fait partie du droit supplétif; mais son application peut se heurter contre les lois qui régissent la succession.

952. — Les autres dispositions de cette section sont également du domaine du droit supplétif, sauf les exceptions prémentionnées en ce qui concerne l'application des lois successorales. Nous n'avons de réserve à faire qu'en ce qui concerne l'art. 1225. Cet article autorise l'héritier du débiteur assigné pour la totalité de l'obligation à demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné. Il ne paraît, au premier abord, toucher en rien au fond du droit. A la vérité, ce

droit de mise en cause a un autre objet que la simple condamnation à garantie, comme la mise en cause dont il est question dans l'art. 175 du Code de procédure civile. Il a pour objet la condamnation de tous les héritiers à l'exécution de l'obligation indivisible ; or, la condamnation aux dommages-intérêts pour le cas d'inexécution sera divisible. Mais le droit du créancier à l'exécution totale de l'obligation elle-même contre chacun des héritiers n'en subit aucune atteinte : il a le choix entre les divers héritiers. Il est à remarquer que ce droit de mise en cause, établi au profit des héritiers, n'existe pas au profit des divers débiteurs originaires de l'obligation indivisible, et il peut résulter de ce droit un inconvénient sérieux pour le créancier. Chacun des débiteurs originaires d'une obligation indivisible peut être condamné, pour le cas d'inexécution, à tous les dommages-intérêts, et il supporte les conséquences de l'insolvabilité de ses codébiteurs, tandis qu'il n'en est pas de même des héritiers dans le cas où il s'agit d'une obligation pouvant être acquittée par tous. Or, à cet égard la règle de l'art. 1225 nous paraît se rattacher au fond du droit. Elle fait partie du droit supplétif des conventions, dont l'application aura lieu s'il s'agit d'une convention régie, quant à ses effets, par la loi française, sauf les obstacles que son application pourrait rencontrer dans la loi successorale.

953. — Nous n'examinerons pas les distinctions établies par Dumoulin, et implicitement ou explicitement admises par le Code civil français, entre l'indivisibilité d'obligation, l'indivisibilité absolue et l'indivisibilité de paiement. Ces distinctions, développées par Dumoulin dans sa fameuse étude intitulée : *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, ont été vivement critiquées par de nombreux auteurs, comme peu justifiées par le droit romain sur l'autorité duquel il les fonde. Quoi qu'il en soit, il nous paraît certain qu'elles appartiennent essentiellement au droit supplétif. Il n'y a ici aucune considération d'ordre public relatif ou absolu qui puisse être invoquée. Elles devront donc être admises ou repoussées, suivant que la loi, à

laquelle les parties sont censées s'être volontairement soumises quant aux effets de leurs conventions, les admet ou les rejette.

954. — Les dispositions de la section VI, art. 1226 à 1233, appartiennent en général également au droit supplétif, et plusieurs constituent des règles de raison sur lesquelles on ne peut guères concevoir qu'il y ait des divergences entre les législations. Quelques-unes seulement appelleront spécialement notre attention. L'art. 1227, al. 1, dispose que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. Il est évident que, si la nullité de l'obligation principale est d'ordre public, il en sera de même de la nullité de la clause pénale, comme conséquence de la première. Mais les auteurs enseignent avec raison que la disposition de l'art. 1227, al. 1, bien que fondée en raison dans la plupart des cas, l'accessoire ne pouvant subsister sans le principal, est trop absolue. Laurent cite d'abord le cas où le créancier n'a aucun intérêt appréciable à l'exécution de l'obligation principale, par exemple, si l'on stipule une peine pour le cas d'inexécution d'une stipulation faite en faveur d'un tiers. Ceci n'est point contraire au principe, car dans ce cas la clause pénale vient précisément valider l'obligation principale, laquelle n'est que la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. Il y a d'autres cas où l'obligation principale n'est certainement pas validée par la clause pénale, et où celle-ci conserve néanmoins sa valeur. C'est celui où la convention, quoique nulle, engendre une obligation à des dommages-intérêts. La clause pénale n'étant que la fixation à forfait des dommages-intérêts, on ne voit pas pourquoi elle serait nulle, par exemple, en cas de vente de la chose d'autrui. Dans tous les cas, et quelque rationnelle qu'elle soit sous les limitations que nous venons d'indiquer, la règle de l'art. 1227, al. 1, appartient au droit supplétif en dehors des cas de nullités d'ordre public; et nous en dirons autant de l'al. 2, qui n'est que le corollaire de cette règle.

955. — L'art. 1231 dispose que la peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. C'est une règle d'équité, mais qui n'en fait pas moins partie du droit supplétif, comme l'art. 1152 qui ne permet pas en principe au juge d'allouer une somme plus forte ou moindre que celle stipulée à titre de peine. L'une et l'autre dispositions ne sont que l'expression supposée de la volonté des parties. Il y a des législations moins rigoureuses, par exemple le Code fédéral suisse, art. 179 à 182⁽¹⁾. Brocher se demande si les tribunaux français devraient appliquer les règles du droit suisse ou celles du droit français, lorsque la convention paraît régie dans sa substance et dans ses effets par la loi suisse. Et il distingue. Les lois suisses devraient être prises en considération, si elles se proposaient d'agir directement sur le droit des débiteurs, parce qu'il y aurait là des droits acquis dont les effets devraient être maintenus; elles ne devraient pas l'être, s'il s'agissait d'une disposition d'organisation judiciaire ou de procédure n'ayant pour but que d'accorder au juge un pouvoir discrétionnaire, lui permettant de modifier les effets de stipulations régulièrement consenties, de pareilles règles étant strictement territoriales. Nous repoussons la distinction. Des règles, autorisant le juge à réduire la peine conventionnellement établie présentent toujours, dans une certaine mesure, ce double caractère, mais elles influent avant tout sur les effets de la convention. Elles limitent la faculté de stipuler des clauses pénales, d'une manière indirecte, comme certaines législations limitent encore aujourd'hui directement l'intérêt conventionnel. Tout au moins peut-on affirmer que, lorsque les parties ont stipulé une clause pénale dans une convention, dont la substance et les effets sont soumis en général à une législation qui accorde au juge cette faculté d'appréciation, celle-ci doit exister même pour des juges étrangers. Elle existerait, d'après nous, pour les tribunaux français ou belges dans l'espèce

(1) Brocher. *Op. cit.*, T. II, p. 108.

mentionnée par M. Brocher, parce qu'elle est inscrite dans les lois suisses, sous lesquelles on suppose que l'obligation s'est formée.

956. — Les art. 1232 et 1233 concernent la mesure dans laquelle chacun des héritiers du débiteur est tenu de la pénalité stipulée, suivant que l'obligation *primitive*, c'est-à-dire *principale*, est indivisible ou divisible, et les conditions sous lesquelles elle est encourue. Ces règles se rattachent à la fois au droit supplétif et à la loi successorale. Mais il est évident qu'elles ont leur point de départ, leur base principale dans la convention, dans sa nature, telle que le législateur la conçoit, dans l'intention qu'il attribue aux parties. C'est à la loi qui régit la substance et les effets du contrat en général qu'il faudra donc avoir recours, pour déterminer si elles sont applicables, et dans quelle mesure elles le seront. Mais elles ne pourront l'être que si elles ne se heurtent point contre la loi successorale. Il se peut en effet que la loi qui régit la succession du débiteur, établisse impérativement d'autres règles, en ce qui concerne la répartition de l'obligation pénale entre les héritiers. Or, dans des cas de conflits de ce genre, il nous paraît rationnel de donner la préférence à la loi successorale, à moins que l'application de cette loi elle-même rencontre obstacle dans quelque considération d'ordre public.

957. — Il semble logique que la loi qui préside à la formation de l'obligation, celle qui régit sa substance et ses effets, soit appelée à déterminer également quand et de quelle manière elle s'éteint. Il s'en faut cependant de beaucoup que cette opinion soit uniformément admise, ainsi que nous l'avons dit plus haut, mais il n'y a aucun auteur qui, à notre connaissance, ait examiné la question d'une manière quelque peu complète. C'est ici surtout que les jurisconsultes qui admettent que les effets du contrat sont régis en général par la loi du lieu où il est conclu, ou par la loi nationale commune des parties, font assez souvent une distinction entre les effets du contrat et ses suites accidentelles. Cette distinction, enseignée par Foelix, est en fait

très ancienne, comme nous l'avons vu, et il l'avait puisée dans Bartole et dans Salicet ; mais, en la faisant revivre, sans indiquer la source à laquelle il l'avait empruntée, il ne lui a pas donné plus de précision, et les applications qu'il en fait sont souvent très arbitraires. Elle a été cependant admise par des autorités très sérieuses⁽¹⁾. Mais avec combien de réserve et de restrictions parfois !! MM. Vincent et Pénaud citent, comme ayant adopté cette distinction, Brocher, T. II, p. 110. Le savant professeur genevois dit, en effet, que cette doctrine lui semble reposer sur la nature des choses, et que les difficultés dont elle est entourée ne sont pas un motif pour l'écartier. « Il y a des effets qui naissent directement de l'acte primordial, de telle sorte qu'on a dû les considérer, dès le principe, comme assurés, ou tout au moins, comme éventuels, en vue de telles circonstances qui pourraient survenir. Il y en a d'autres, au contraire, qui proviennent de causes postérieures, primitivement étrangères à l'acte sur les conséquences duquel ils agissent, et qui semblent devoir être soumis par la nature des choses à une compétence qui leur appartient en propre. » Mais quels sont les événements qu'il cite comme exemples ? La faillite du débiteur, et l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire. Fœlix en indique bien d'autres, notamment les effets de l'inexécution du contrat, et l'obligation de payer des dommages-intérêts, qui en est la conséquence. Si par *les suites du contrat* on n'entend que des événements de la nature de ceux indiqués par M. Brocher, nous n'avons nulle objection à la distinction, bien qu'elle nous paraisse superflue. Si on y comprend un événement tel que celui indiqué par Fœlix, elle nous semble inadmissible. La distinction de Fœlix entre les effets et les suites a été rejetée récemment par des autorités considérables, entre autres Laurent, Asser et Rivier, Weiss, Despagnet ; mais nous avons vu qu'on y a quelquefois substitué une autre distinction entre les éléments qui se rattachent au lieu de

(1) Aubry et Rau. T. I, p. 168, n° 67. — Rocco. Liv. III, chap. 8 et 9. — Esperson, etc. — V. aussi Pasquale Fiore, n° 257.

droit, *vinculum juris*, à la validité intrinsèque, à la matière, à l'étendue de l'obligation d'une part, et *tout ce qui concerne son exécution de l'autre*⁽¹⁾, la loi du lieu de l'exécution devant régir tout ce qui concerne l'exécution. Et nous avons cru devoir rejeter également cette distinction. Pour Savigny et son école, la difficulté n'existe pas, puisque tout est régi par la loi du lieu fixé ou destiné pour l'exécution.

958. — Nous admettons seulement que certaines modalités d'exécution sont régies par la loi du lieu fixé pour celle-ci, et même parfois du lieu où elle est effectivement poursuivie. Cela peut résulter, soit de leur nature, soit de la combinaison des principes sur les obligations conventionnelles avec d'autres règles, par exemple avec la règle *locus regit actum*. Mais, en thèse générale, l'exécution est régie par la loi qui régit les effets de la convention. L'exécution n'est pas autre chose que l'effet normal de la convention, celui que les parties ont directement voulu, et il nous semble illogique de dire, d'une manière générale, que l'exécution de l'obligation est régie par telle loi, et l'obligation elle-même par telle autre. Il en est de même des conséquences de l'inexécution. Si l'on admet qu'en plaçant leur convention implicitement sous le régime, sous la protection de telle loi, les parties ont voulu que ses effets fussent régis par cette loi, il est naturel d'en déduire qu'elles ont voulu s'assurer la protection des dispositions de cette loi au cas où l'une d'elles violerait ses obligations.

Il nous semble résulter également de ces observations, qu'en principe la loi qui règle la substance de l'obligation doit nécessairement déterminer quand elle s'éteint, l'exécution n'étant qu'un mode d'extinction. Il s'agit ici de la durée du lien obligatoire, de sa permanence, et dès lors de son existence même plus ou moins longue. Il y a moins de doute encore sur la solution de la question, quand on l'envisage à ce point de vue. En conséquence, une

(1) Asser et Rivier. Op. cit., p. 73.

obligation régie quant à sa substance et à ses effets par la loi belge, sera en règle considérée partout comme éteinte, si l'une des causes d'extinction prévues par la loi belge vient à se produire. Mais parmi les nombreuses causes d'extinction qu'établit l'art. 1234 du Code civil, il en est qui présentent un caractère particulier, et dont l'effet est nécessairement subordonné dans une certaine mesure à la loi qui régit l'acte d'où devrait résulter l'extinction de la créance. C'est ainsi que la novation éteindra sans doute la créance ayant sa source dans une convention, dont la substance et les effets sont régis par la loi belge. Mais la loi belge ne résoudra pas nécessairement la question de savoir quand il y a novation. Car la novation n'emporte extinction de la créance ou de l'obligation originaire, que par la substitution d'un lien obligatoire nouveau au lien obligatoire primitif. La loi qui devrait présider à la formation de ce lien nouveau dira s'il existe oui ou non. La question de savoir s'il y a confusion ou non pourra dépendre d'une loi étrangère. L'application des règles belges sur la prescription pourra se heurter contre des lois d'ordre public étrangères. Et l'on peut même dire que certaines règles relatives à la prescription, à l'action en nullité et à l'action en rescision, n'ayant rien de commun avec la volonté supposée des parties sur laquelle elles ne reposent en aucune manière, il faudra tenir compte non de la loi à laquelle elles sont censées s'être soumises, mais de celle à laquelle elles sont réellement soumises. Enfin, certains actes qui semblent régis en principe par la volonté initiale des parties, comme le paiement, peuvent être accompagnés d'autres actes juridiques qui n'en sont pas l'effet, de la subrogation par exemple, laquelle constitue en réalité une convention nouvelle intervenue seulement à l'occasion de l'exécution de l'obligation, mais qui n'en est certainement pas l'exécution même. Il n'y a aucun motif pour que cet acte juridique accessoire soit régi, quant à sa substance, par la loi qui régit la convention initiale des parties. C'est à la lumière de ces observations que nous allons examiner les diverses causes d'extinction.

959. — Au seuil du § 1^{er}, intitulé *du paiement en général*, nous trouvons une disposition qui semble étrangère à la matière des obligations conventionnelles. L'art. 1235 ne concerne en effet que le paiement indu, c'est-à-dire ce que le Code appelle un quasi-contrat. Nous avons parlé antérieurement du paiement indu avec quelque détail, et le législateur y revient aux art. 1376 et ss. Mais il n'y reproduit pas la seconde disposition de l'art. 1235 : « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ». Les art. 1906 et 1967 du Code civil, qui excluent la répétition des intérêts volontairement payés, et de ce qui a été payé en acquit d'une dette de jeu, ne semblent contenir qu'une application de ce principe au paiement des intérêts non stipulés, et à celui des dettes de jeu. Mais le Code ne définit nulle part l'obligation naturelle, et de là une source de difficultés considérables, dont nous n'avons pas à nous occuper. Il est clair que les tribunaux d'un pays étranger jouiront de la même latitude d'appréciation que les tribunaux belges, et rien ne les empêchera de se conformer aux lois de leur pays, si elles ont défini les obligations naturelles. Si toutefois ces dernières permettent de répéter ce qui a été payé en conséquence d'une obligation naturelle, que feront-ils ? Une disposition de ce genre ne nous paraît pas toucher à l'ordre public absolu. D'autre part, l'obligation naturelle n'est au fond qu'une obligation de nature juridique non munie d'une action, et peut parfaitement avoir sa source dans une convention : exemple la dette de jeu. Si donc une convention est naturellement soumise à la loi de tel ou tel lieu, quant à ses effets, il en sera de même, nous paraît-il, quant à cet effet extrêmement limité qu'elle produit dans l'espèce : d'empêcher la répétition de ce qui a été volontairement payé. On devra donc appliquer, d'après nous, la loi qui régit la substance et les effets de cette convention imparfaite, absolument comme on le ferait s'il s'agissait d'une convention ayant une pleine valeur juridique.

960. — Le droit fédéral suisse contient à cet égard

une disposition bien différente de celle du Code Napoléon. Il dispose en l'art. 72, al. 2, qu'on ne peut répéter ce qu'on a payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir *moral*. Cette disposition peut se défendre, mais elle est beaucoup plus étendue que l'art. 1235, al. 2, puisqu'elle substitue le devoir moral à l'obligation naturelle. M. Brocher est d'avis que, pour déterminer s'il y a une obligation naturelle, il faut consulter la loi qui régit cette obligation, et pour fixer les effets du paiement, celle sous l'empire de laquelle il est intervenu. Mais il semble confondre l'obligation naturelle et le devoir moral, et le principe qu'il pose ne permet en rien de résoudre le conflit qui peut surgir à ce sujet entre les législations française et suisse. Dès que l'on admet que l'existence d'un devoir moral suffit pour empêcher la répétition de ce qui a été payé en accomplissement de ce devoir, il semble en résulter que le refus de l'action est basé sur des considérations de moralité publique. L'action en répétition est rejetée en ce cas, parce que cette action elle-même est considérée comme immorale, et c'est évidemment au juge du for à apprécier si elle a ce caractère. Les tribunaux ne peuvent pas prêter leur appui à une action, qui tend simplement à anéantir un acte volontairement accompli en exécution d'une obligation morale⁽¹⁾. Il en résulte, à notre avis, qu'en Suisse on rejettera toute action en répétition, même de ce qui n'a été payé qu'en exécution d'une obligation purement morale, tandis qu'en France on devra, selon nous, consulter la loi qui régit normalement l'obligation.

961. — Les art. 1236 à 1241 constituent du droit supplétif, et l'on devra suivre, en ce qui concerne les questions résolues par ces articles, la loi qui régit en général la substance et les effets du contrat. Peut-être y

(1) MM. Vincent et Pénaud (op. cit., v^o *Obligations*, n^o 90) ont inexactement rapporté l'opinion de M. Brocher. Il n'enseigne pas, comme ils le disent, que l'exception prévue par l'art. 1235 du Code civil doit être consacrée par les deux législations qui se trouvent en présence, mais que l'*obligation naturelle* doit être *admise* d'après la loi compétente pour la régir, et que le paiement doit ressortir ses effets suivant la loi sous l'empire de laquelle il est intervenu.

a-t-il lieu d'admettre avec Brocher une exception pour l'art. 1240, lequel valide le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance. Brocher pense que cette disposition se rattache au régime des biens. On peut en effet y voir une espèce d'application, en ce qui concerne les meubles incorporels, de la maxime de l'art. 2279 : *en fait de meubles, possession vaut titre*. Ce n'est certes pas en vertu de la convention, en vertu de la volonté supposée des parties, que de pareils paiements sont validés. La sécurité des transactions, intérêt d'ordre public, exige qu'il en soit ainsi, et de pareilles règles sont, comme le fait remarquer Brocher, territoriales de leur nature. Nous pensons qu'il en est de même de la seconde disposition de l'art. 1238. D'autre part, il est à peine nécessaire de dire que la capacité personnelle, à l'effet de recevoir un paiement, s'apprécie d'après la loi personnelle, c'est-à-dire, selon nous, d'après la loi nationale de la partie qui agit.

962. — L'art. 1242 intéresse directement les tiers : si la loi du lieu où le paiement a réellement été fait interdit les paiements opérés au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, elle y devra être respectée, quelles que soient les dispositions de la loi qui régit le contrat dans son ensemble, dans sa substance. Une loi qui contient une interdiction de ce genre touche à l'intérêt général. Mais une loi qui permet implicitement de pareils paiements n'est certes pas dictée par l'intérêt général, et rien n'empêcherait à notre avis, le juge saisi du recours formé contre le créancier d'accueillir ce recours, sur le fondement de la loi qui régit l'acte juridique quant à sa légalité, non en vertu de la volonté tacite des parties, mais par la nature même des choses. Envisagé à ce point de vue, le paiement apparaît comme un acte juridique indépendant, dont la légalité doit être appréciée d'après la loi du lieu où il s'effectue, en tant qu'il peut compromettre les intérêts des tiers. Il est probable du reste que des dispositions analogues existent partout.

963. — Toutes les dispositions qui suivent, relative-

ment au paiement en général (art. 1243 à 1248 inclus), nous paraissent appartenir essentiellement au droit supplétif. Il n'en est pas une, sauf l'exception indiquée plus loin, à laquelle les parties ne puissent déroger par une convention formelle, pas une dès lors qui ne constitue de la part du législateur une espèce de présomption de la volonté des parties, de sorte qu'il faudra toujours examiner à quelle loi les parties sont censées s'être soumises, quelle est celle qui doit combler les lacunes de leurs conventions. Il en est même ainsi de la disposition relative aux frais du paiement, on ne voit pas pourquoi cette question ne devrait pas être résolue d'après la loi qui régit en général les effets de la convention. Une seule de ces dispositions est absolument indépendante de la volonté des parties, c'est celle de l'art. 1244, al. 2. Il n'y a lieu d'observer ici que la loi du for. Il s'agit du délai de grâce, d'une disposition qui n'a d'autre fondement que des considérations d'humanité, et qui en même temps se rattache à la procédure. Nous partageons pleinement à cet égard l'opinion de M. Brocher, qui considère cette disposition comme « fortement empreinte d'ordre public, tant interne qu'international ».

964. — Nous avons repoussé en général l'application de la loi du lieu de l'exécution, du lieu du paiement, par préférence à celle qui régit la substance et les effets du contrat, lorsqu'il s'agit de savoir à qui et par qui le paiement peut être fait, et ce dans presque tous les cas résolus par les art. 1235 à 1248 du Code Napoléon. Nous avons dit que certaines modalités du paiement pouvaient au contraire être régies par la loi du lieu où il doit se faire. Mais plusieurs des questions que les événements de la vie réelle ont fait surgir à cet égard n'impliquent pas, d'après M. Laurent, un véritable conflit de lois, et ne sont pas du domaine du droit international proprement dit. Ce sont, dit-il, des questions d'interprétation de la volonté des parties contractantes. L'observation est exacte, dans une certaine mesure, lorsqu'il s'agit de déterminer le sens d'une clause formellement insérée dans le contrat,

des termes dont elles se sont servies. Mais il n'en est plus ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la loi qui doit combler les lacunes de leurs conventions, remplir les blancs laissés dans leurs stipulations.

965. — MM. Vincent et Pénaud disent que la loi du lieu où le paiement est effectué détermine le mode suivant lequel le paiement peut être fait, et les espèces dans lesquelles il doit être effectué. Et ils en concluent que le paiement doit être effectué, à moins de stipulations contraires, dans la monnaie légale du lieu. Il nous semble que cette proposition contient en tout cas une erreur. Ce n'est pas la loi du lieu où le paiement est effectué en fait, par suite de circonstances peut-être fortuites, par exemple parce que le débiteur a changé de domicile et a transporté ailleurs le siège de ses affaires et sa fortune, mais bien la loi du lieu où le paiement devait être effectué à laquelle il faut avoir recours. Telle est, croyons-nous, la véritable portée des décisions et des opinions d'auteurs citées par MM. Vincent et Pénaud à l'appui de cette proposition. Ainsi interprétée, elle nous paraît pouvoir être admise, non pas comme règle absolue, mais comme règle générale.

La question peut surgir d'abord en ce qui concerne l'espèce de monnaie en laquelle le paiement doit se faire. Des monnaies qui portent le même nom peuvent être de valeur différente suivant les pays. C'est ainsi que le florin d'Autriche a une valeur supérieure à celle du florin de Hollande. Supposons qu'un prix de vente soit stipulé en florins. La vente a eu lieu en Autriche; le prix est payable en Hollande. De quels florins s'agit-il? Nous admettons qu'en thèse générale le paiement, sauf stipulation contraire, pourra être fait en florins de Hollande. Mais indépendamment d'une stipulation expresse, bien des circonstances peuvent conduire à une conclusion contraire, ainsi que le fait remarquer de Bar. Une traite de 100 livres est tracée de Constantinople sur Londres. Le porteur a droit à 100 livres anglaises et non pas seulement à 100 livres turques. Mais si 100 livres ont été

prêtées à Constantinople en monnaie turque, et si la restitution en doit avoir lieu à Londres, l'emprunteur ne devra restituer que 100 livres turques. De même, si le calcul du prix de vente d'après la monnaie du lieu du paiement conduisait à un prix dérisoire ou ridiculement exagéré, on s'en tiendrait plutôt à la monnaie du lieu du contrat. Il est vrai qu'il s'agit ici plutôt de question d'interprétation.

En dehors de ces hypothèses, supposons qu'il s'agisse d'un achat fait par un étranger dans une ville où il est de passage, à Vienne par exemple. Le prix est stipulé en florins, et il est convenu qu'il sera payé entre les mains d'un voyageur de cette maison à son passage en Hollande. Il nous paraît bien douteux que le paiement puisse se faire valablement en un même nombre de florins en Hollande.

966. — La jurisprudence et le plus grand nombre des auteurs vont beaucoup plus loin. Le créancier ne peut en principe, dit-on, refuser le papier monnaie qui a cours forcé dans le lieu fixé pour le paiement même dans le cas où la substitution du papier à la monnaie métallique aurait eu lieu postérieurement à la convention. Nous ne pouvons en aucune manière accepter cette dernière opinion. Elle conduit à des conséquences contraires à la bonne foi, à l'équité, à l'intention présumée des parties. Pierre, de nationalité belge, a prêté à Paul en Belgique une somme de mille francs en or, et il est stipulé que Paul lui restituera cette somme dans un pays où n'existe point de papier monnaie. Dans l'intervalle entre le prêt et l'époque fixée pour la restitution, une émission de papier monnaie a lieu dans ce pays, et ce papier est immédiatement déprécié. L'or fait prime et un billet de mille francs ne vaut que cinq cents francs en or. L'emprunteur pourrait-il se libérer en payant au prêteur un billet de mille francs? La bonne foi et l'équité protestent : l'intention des parties n'a pu être telle. En supposant qu'elles aient eu en vue la monnaie du lieu fixé pour l'exécution, c'est celle existant au moment du contrat, et leur intention commune a certainement été que le prêteur reçut l'équivalent

de la somme prêtée. Telles sont à peu près les objections principales formulées par Pardessus et Massé contre la doctrine généralement reçue (1).

La réponse que fait à ces objections Fiore, l'un des principaux partisans de cette doctrine, nous paraît faible. C'est que la doctrine de Massé et de Pardessus contredit le principe incontestable (?) que tout ce qui se rapporte au *modus solutionis* doit être réglé par la loi du lieu où le paiement doit être fait. Mais ce principe, qui n'est écrit nulle part, ne peut-il être subordonné comme beaucoup d'autres à des exceptions? Tout le monde admet qu'il n'est fondé que sur l'intention probable des parties, et l'on admet non moins unanimement qu'il tombe, dès qu'il se heurte contre la manifestation expresse ou tacite d'une volonté contraire. Or, ce que nous croyons avoir démontré, c'est précisément que dans le cas de l'espèce son application méconnaît évidemment la volonté des parties. Fiore ajoute que la détermination des valeurs et la fixation du prix sont laissées à la liberté des contractants; « mais » dit-il, « le *modus solutionis* des créances déjà précédemment estimées et des prix déjà précédemment fixés est soumis à la loi du lieu du paiement ». Qu'est-ce à dire? Préten-drait-on par hasard que la liberté des parties ne jouerait ici aucun rôle, que les parties n'auraient pas le droit de stipuler un autre *modus solutionis*? Ce serait en vérité considérer tout ce qui se rapporte au *modus solutionis* comme d'ordre public absolu ou international, et nous croyons inutile de nous attarder à réfuter une pareille opinion.

967. — Il résulte d'événements historiques rappelés par M. Massé, que les nations ont conscience des iniquités et des impossibilités morales que fait naître une pareille doctrine. « Il arrive souvent » dit cet auteur, « que les lois d'un pays, dont la valeur monétaire est dépréciée, établissent, dans l'intérêt du commerce, des règles particulières pour les paiements à faire aux étrangers. C'est ce

(1) Pardessus. *Droit commercial*, n° 1495bis. — Massé. *Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens*, édit. de 1874, T. I, pp. 548 et ss.

qu'on a vu particulièrement en France, sous la régence, pendant le règne du système de Law (règle du 27 mai 1719), et plus tard pendant l'existence du papier-monnaie et des assignats (loi du 27 nivôse, an IV). » Et il est à remarquer que ces dispositions législatives vont plus loin que nous n'allons. Elles ne concernent pas seulement les conventions faites avant l'émission de ces valeurs fictives, mais même celles qui ont été conclues postérieurement. Dans ce dernier cas, l'intérêt du commerce peut les rendre nécessaires ou utiles. Mais s'il s'agit de conventions faites avant, aucune disposition législative spéciale n'est nécessaire. Tous les arguments, que l'on invoque pour soutenir que l'étranger est obligé de recevoir le paiement de ce qui lui est dû en cette valeur nouvelle et inférieure, se réduisent à dire, comme le dit au surplus Fiore, « qu'il est soumis à la loi du lieu où il doit se faire payer, pour tout ce qui concerne le *modus solutionis* », ce qui n'est pas exact d'une manière absolue, par exemple en cas de convention contraire, ainsi que le reconnaît cet auteur lui-même, ce qui n'est plus même exact dès qu'il y a manifestation quelconque d'une volonté contraire, et ne constitue qu'une simple présomption destinée à tomber avec les motifs sur lesquels elle repose.

968. — On reconnaît du reste que les parties peuvent convenir que le paiement sera effectué dans une monnaie déterminée. Mais chose étrange, on a été jusqu'à contester qu'elles puissent *stipuler* qu'il sera tenu compte de l'agio, et il y a en ce sens un arrêt de la Cour de Cassation de France du 11 février 1873⁽¹⁾. Cette doctrine nous paraît absolument inadmissible. Les arguments sur lesquels elle repose se heurtent tous contre cette observation élémentaire, qu'il n'y a aucun intérêt public engagé à ce que l'acheteur paie, ou ne paie pas l'agio. La bonne foi, qui est l'âme des conventions, exigerait, même en thèse

(1) Sirey. 73, 1, 97. — Il est vrai de dire qu'il ne s'agissait pas d'une question de droit international privé, mais les considérants de l'arrêt sont extrêmement absolus. — Dans notre sens : Despagnet. n° 433, et Esperson. *J. de dr. int. privé*, 1882, p. 285.

générale, qu'il le paie. Ce n'est que par une attribution parfois arbitraire, d'une volonté contraire aux parties contractantes, qu'il en est dispensé. Pourquoi, dès lors, méconnaître la force d'une convention expresse l'obligeant à le payer? Il y a, en cette matière des modalités du paiement, d'autres décisions dont la diversité révèle seulement les incertitudes dans lesquelles se débat jusqu'aujourd'hui la science du droit international privé. On ne saurait qu'approuver une décision du tribunal du Havre, aux termes de laquelle, si une somme a été stipulée payable en monnaie d'or, et si le paiement a eu lieu en France à une époque où les billets de la banque de France avaient cours forcé, et où l'or faisait prime, le créancier avait droit à la prime⁽¹⁾. Une décision de la Cour de Cardiff du 3 mai 1886⁽²⁾ décide d'autre part que, lorsqu'il a été convenu que le paiement aurait lieu en francs, le débiteur a le droit en Angleterre de payer en livres sterling, *en calculant la livre au cours du jour et non pas en prenant le change fixe de 25 francs*. Cette décision ne constitue qu'une interprétation bienveillante et équitable de la volonté des parties. La stipulation en question signifie seulement que le créancier doit recevoir l'équivalent de sa créance en francs. Il en est de même de la décision de la Cour de police de Hull⁽³⁾, d'après laquelle un capitaine qui paie ses hommes à l'étranger, ou leur fait des avances en monnaie du lieu, doit calculer le change au cours du jour. Mais il est clair que ces décisions ne sont pas en harmonie avec celles mentionnées plus haut.

969. — Ce que nous disons du cas où un papier-monnaie a été substitué à la monnaie métallique, ou est venu se joindre à celle-ci avec cours légal et forcé, doit s'appliquer, à notre avis, au cas où une monnaie d'une valeur intrinsèque inférieure a été substituée à l'ancienne. Si la monnaie peut n'être considérée à la rigueur que comme

(1) 17 janv. 1872. *Journ. Nantes*, 1872, 2, 204.

(2) *Rev. de dr. intern. maritime*, 1886-1887, p. 194.

(3) 18 nov. 1885, même revue, 1885-1886, p. 536.

un signe représentatif de la valeur dans un même pays, il en est autrement sans nul doute dans les relations internationales, et nous entendons ici par ces mots les relations juridiques qui ne doivent pas recevoir leur exécution dans le pays où elles s'établissent. Dans ce cas, la monnaie n'est plus en réalité qu'une marchandise, dont l'Etat est incompétent pour fixer la valeur absolue; il n'a pas le pouvoir matériel de la fixer. Les mêmes observations s'appliquent à la mesure et aux poids. Si des mesures et des poids portant les mêmes dénominations sont en réalité différents dans divers pays, les parties sont censées en général s'en rapporter aux mesures et aux poids en usage ou légalement employés dans le pays où l'exécution doit se faire. Mais si les poids et mesures, sans changer de dénomination, y sont modifiés dans l'intervalle qui s'écoule entre la convention et son exécution, la justice, l'équité, l'intention présumée des parties ordonnent que le créancier reçoive ce qu'il comptait recevoir à l'époque du contrat. Il en est exactement de même en ce qui concerne *la manière* de peser et de mesurer. On sait que la loi ou les usages peuvent prescrire ou interdire, par exemple, certaines déductions pour la tare, pour les emballages ou enveloppes, qu'il est d'usage en certaines localités de mesurer les pierres de taille *au grand carré*, de donner le poids fort, ou une mesure dépassant légèrement la mesure nominale. Nous pensons qu'on devra en général s'en référer à la loi du lieu de l'exécution à cet égard, mais qu'on devra le faire avec beaucoup de prudence, surtout lorsqu'il s'agit d'un usage anormal. Et les tribunaux se refuseraient à bon droit à faire application d'un pareil usage, s'il résultait des circonstances que les parties devaient l'ignorer.

970. — Si le lieu d'exécution de l'obligation est expressément déterminé dans le contrat, ou si ce lieu résulte implicitement de la nature des stipulations qu'il contient, l'application de ce principe ne se heurte contre aucune difficulté. Mais, dans le doute, où l'obligation doit-elle être exécutée? Il faut, nous paraît-il, s'en rapporter

à cet égard à la loi qui régit les effets de l'obligation en général. L'art. 1247 du Code civil dispose que, si la dette est d'un corps certain et déterminé, le paiement doit être fait au lieu où la chose se trouvait au temps de l'obligation, et dans tous les autres cas au domicile du débiteur. C'est la règle générale, mais elle comporte des exceptions; et c'est ainsi qu'en principe l'acheteur doit payer au lieu où doit se faire la délivrance de la chose vendue. Dans la pratique anglaise, lorsqu'il y a incertitude sur le point de savoir où l'exécution doit avoir lieu, on s'en tient, au point de vue de la question qui nous occupe, à la loi du lieu du contrat, et, en Allemagne, à la loi du domicile du débiteur; mais, en matière commerciale, on donne la préférence à la loi du lieu de son établissement réel⁽¹⁾.

971. — Les principes que nous avons développés, sur le point de savoir quelle est la loi qui régit l'exécution de l'obligation, nous paraissent conformes en substance à ceux qu'enseigne une éminente autorité allemande, M. de Bar. Malgré la prudence extrême avec laquelle il formule des règles, et bien qu'il aille jusqu'à dire qu'il incline à se rapprocher en cette matière de l'opinion émise récemment par des écrivains célèbres, parmi lesquels Strobbe, Martens et, dans une certaine mesure Wharton, opinion d'après laquelle il est impossible de tracer un principe général, il n'en déclare pas moins, plus loin, que l'exécution des obligations est soumise à la loi qui régit l'obligation en général⁽²⁾. C'est seulement en ce qui concerne les modalités de l'exécution qu'il admet que les parties peuvent être censées, dans le doute, s'en rapporter aux lois et usages du lieu de l'exécution. Il déclare que la question de savoir si une obligation est éteinte par son exécution se confond avec celle de savoir si elle existe encore, et doit être résolue d'après la loi qui régit sa substance. Il fait, au surplus, une restriction, que nous admettons pleinement, pour le cas où l'extinction de l'obligation doit résulter d'une autre obligation, laquelle peut être soumise à une

(1) De Bar. Op. cit., T. II, p. 88, note 1.

(2) Op. cit., T. II, p. 23.

(3) Op. cit., T. II, p. 87.

loi différente. Mais il n'en est certes pas ainsi du simple paiement.

972. — Quelques auteurs examinent sous quelles conditions le débiteur peut opposer l'*exception* ou la *querela non numeratae pecuniae*. Nous pensons que cette exception se rattache à la fois au fond et à la procédure, et que le débiteur n'aura ce droit que si elle est admise à la fois par la *lex fori* et par la loi qui régit le contrat, en ce sens qu'elle peut être exclue par la *lex fori*, tout en étant consacrée par la loi qui régit le contrat. Mais nous ne croyons pas qu'elle dépende en rien de la loi où l'exécution *devait* se faire, si par la force des circonstances le débiteur a été effectivement poursuivi ailleurs. La même question est soulevée en ce qui concerne le *beneficium competentiae* emprunté par certaines législations allemandes au droit romain, et que M. Fiore semble assimiler à la cession de biens, quoiqu'il en soit fort différent. Le *beneficium competentiae* consiste essentiellement, comme on le sait, en ce que certaines personnes jouissent du privilège de ne pouvoir être astreintes au paiement d'une obligation déterminée, que dans les limites de ce qu'elles peuvent faire, sans qu'on puisse les dépouiller de ce qui est nécessaire à leur subsistance. C'est ainsi que, d'après quelques législations, les ascendants et descendants, beau-père et belle-mère, poursuivis en paiement de la dot promise, ont le droit de retenir une portion de leurs biens à titre d'aliments. M. Fiore considère ce bénéfice comme une faveur accordée par le législateur, et décide « qu'il ne peut avoir d'effet en pays étranger, quand le *forum contractus* est différent de celui du domicile du débiteur ⁽¹⁾ ». On peut renverser la question et se demander s'il peut avoir effet en pays étranger, alors qu'il n'est point consacré par la loi qui régit la substance et les effets du contrat, mais reconnu par la loi du lieu de l'exécution. Fiore considère, semble-t-il, ce bénéfice comme ne reposant que sur des motifs

(1) Fiore. Op. cit., p. 1483. — La phrase est obscure. L'auteur veut dire que lorsqu'il est établi par la *lex contractus*, il ne peut avoir effet en pays étranger, si la loi de ce pays ne l'admet pas. Cela résulte des développements de Fiore.

d'humanité, et adopterait probablement l'affirmative. Nous préférons la solution de M. de Bar. Comme il s'agit d'un bénéfice spécial à certains contrats, on peut en conclure qu'il repose sur le droit matériel qui régit l'obligation. Et il faut en conclure, bien que l'auteur ne le dise pas, qu'il pourra être invoqué partout sur le fondement de la loi qui régit les effets de l'obligation, quand même la loi du lieu de l'exécution ne l'établirait pas. Cette loi nous paraît être en principe la loi nationale des parties, s'agissant d'une obligation dérivant de rapports de famille. Mais il se peut que ce bénéfice repose en même temps, d'après la loi qui l'établit, sur des motifs d'ordre moral absolu; et dans ce cas, il suffirait qu'il fût établi par la *lex fori* pour que l'on pût s'en prévaloir. Toutefois, nous aurions grand peine à l'admettre. Quant à la cession de biens, nous pensons qu'elle est exclusivement régie par la *lex fori*, absolument comme la question de savoir quels objets seront saisissables ou insaisissables. Tout cela touche directement à la procédure, ou aux lois qui régissent immédiatement les biens. Nous en dirons autant des lois qui, basées sur la situation anormale dans laquelle se trouve un pays déterminé, accordent à tous les débiteurs dans ce pays un délai pour l'exécution de leurs engagements. La question se rapporte au paiement, puisque l'époque à laquelle celui-ci doit avoir lieu d'après le contrat se trouve ainsi reculée.

973. — Elle a donné lieu cependant à des difficultés particulières en ce qui concerne les effets de commerce, lorsque le Gouvernement français, pendant la guerre de 1870-1871, a cru nécessaire de reculer les dates d'échéance des lettres de change, même acceptées, et des billets à ordre. Le rapporteur de la loi moratoire française du 13 août 1870 avait soutenu que cette espèce de *moratorium* devait avoir un effet universel, en ce qui concerne la conservation du droit de recours des porteurs contre les endosseurs, en se fondant simplement sur ce qu'elle constituait un cas de force majeure, dont on pouvait se prévaloir devant tous les tribunaux étrangers. Il y avait

évidemment de l'exagération dans cette proposition ; et c'est se servir d'un langage vicieux que d'attribuer pareille force extraterritoriale à une loi de ce genre. Ce n'est pas la loi elle-même qui peut produire pareil effet, c'est uniquement la force majeure qui en résulterait, quant à la possibilité de faire protester, d'observer les conditions auxquelles la conservation du droit de recours est subordonnée. La question a donné lieu à nombre de travaux scientifiques et de décisions judiciaires. Par un arrêt du 21 février 1871, la Cour suprême de commerce de Leipzig écarta le recours formé contre un débiteur allemand par le porteur d'une lettre de change payable en France, et qui n'avait point été protestée dans les délais normaux. M. de Bar, résumant la discussion, fait observer que si l'on considère les dispositions françaises comme des délais de paiement, espèce de délais de grâce, ainsi que l'a fait la Cour de Leipzig, il n'est pas douteux que ces dispositions ne pussent pas prolonger les obligations de garantie des tireurs et endosseurs non soumis à la loi française, et il approuve ce raisonnement de la Cour : « La date d'échéance est fixée dans la traite. La responsabilité tend à ce que la traite soit acquittée exactement à la date fixée. Mais cette garantie est à terme fixe. Elle n'oblige à garantir que le paiement à l'époque déterminée dans la traite. Les tireurs et endosseurs n'assument aucune garantie pour le paiement à une époque ultérieure ; ils ne sont pas responsables, quant aux changements qui pourraient se produire dans la situation de l'accepteur après l'échéance. » M. de Bar, approuvant donc avec diverses autorités l'arrêt de Leipzig, fait remarquer qu'il résulte du principe, d'après lequel les diverses obligations contractées par lettre de change sont indépendantes l'une de l'autre, quant à leur validité juridique, que la prorogation de délais accordée par une législation déterminée, oblige seulement les endosseurs soumis à cette loi, de même que les délais accordés volontairement à l'acceptant par quelques endosseurs n'obligent pas les autres. Soutenir que des concessions de délais aussi étendues ne constituent qu'une fixa-

tion des délais de protêt et des jours de grâce ne constitue, d'après lui, qu'un jeu de mots ⁽¹⁾.

974. — Cette dernière observation nous paraît exacte et la conséquence pratique qui en résulte, c'est que la loi en question ne règle pas une simple modalité d'exécution. Toutefois, l'argumentation de la Cour de Leipzig et de M. de Bar ne nous convainc pas. L'endosseur ne garantit que le paiement à l'échéance. Cela est incontestable. Mais, en bonne justice, en équité, s'il est constaté d'une manière irréfragable que le paiement *ne peut être obtenu à l'échéance*, l'obligation de l'endosseur nous paraît se réaliser. Or, tel était le cas dans l'espèce. On ne demandait pas à l'endosseur de garantir le porteur du chef de défaut de paiement à une époque postérieure, mais aussi du chef de défaut de paiement à l'échéance. Si chaque engagement doit être apprécié isolément au point de vue de sa validité, cela n'empêche pas que tous les signataires ne soient solidairement responsables du défaut de paiement à l'échéance *sous une seule condition*, condition de forme, celle de la constatation du non-paiement suivie du recours dans les délais prescrits. Il en résulte à notre avis que toutes les questions de théorie, quant à la nature, à l'essence de la lettre de change, s'effacent devant cette question de fait : « La loi française rendait-elle impossible un protêt régulier ? » et devant cette question de droit : « La condition à laquelle est subordonnée le droit de recours du porteur contre les endosseurs, c'est-à-dire la condition du protêt, tombe-t-elle, même en ce qui concerne les endosseurs étrangers, si le protêt est rendu impossible par force majeure ? » La solution de la première question dépendait dans l'espèce jugée par la Cour de Leipzig de la loi française, celle de la seconde de la législation allemande.

975. — Nous estimons quant à la première qu'elle doit être résolue affirmativement. Une loi qui recule la date d'échéance des lettres de change, interdit par cela même tout protêt à la date primitivement fixée. Qui a

(1) De Bar. T. II, p. 196.

terme ne doit pas, au moins actuellement; un protêt est une sommation de payer, et une sommation de payer signifiée à celui qui ne doit pas est une illégalité qui compromet, surtout en matière commerciale, le crédit de celui qui en est la victime. On n'aurait pas trouvé en France, pensons-nous, un fonctionnaire public qui aurait consenti à compromettre sa responsabilité par un acte de cette nature. La Cour de Leipzig semble avoir cru que la loi française, tout en prorogeant le délai de protêt, n'a point interdit de faire le protêt plus tôt, et un éminent jurisconsulte français, M. Charles Lyon Caen, tout en combattant l'arrêt en question, semble reconnaître que les porteurs *pouraient faire protester* le lendemain de l'échéance, si bon leur semblait ⁽¹⁾. C'est une erreur complète, non-seulement à cause des considérations de droit strict indiquées plus haut, mais aussi à raison des explications qui ont été données sur la portée de la loi lors de sa discussion. « La commission pense » disait M. Argence, « qu'il suffit d'accorder pour tous les effets de commerce un délai d'un mois pendant lequel *le protêt ne pourra être fait*, ni aucune poursuite exercée. » Et l'un des membres de la commission, M. Mathieu, s'exprimait ainsi : « La loi impose l'obligation *de ne pas faire le protêt*, par une surséance de la poursuite pendant un mois. » Enfin, le garde des sceaux, M. Dufaure, disait, lors de la discussion de la loi des 4-7 juillet 1871 : « Les lois françaises, intervenues dans le cours de l'année 1870-1871, ont accordé aux débiteurs des effets de commerce des délais. Le porteur n'a pas pu en demander le paiement; la loi française qui était sa loi *le lui défendait*. » Il n'y a donc pas de doute.

976. — La deuxième question est beaucoup plus délicate, et nous pensons qu'elle dépend de la législation et du droit intérieur en vigueur dans le pays où devrait s'exercer le recours contre les endosseurs. Nous n'admettons pas qu'en droit international une question de ce genre soit régie en principe par la loi du lieu de l'exécution. Il

(1) *Belg. jud.*, 1873, p. 571.

ne s'agit pas de modalités du paiement ; il s'agit de dispositions modifiant les termes de paiement contractuellement stipulés, et portant atteinte à la convention, aux effets directs de celle-ci. Mais il n'en est pas moins vrai que des dispositions de ce genre produisent une situation de fait qui met le créancier dans l'impossibilité de faire signifier un protêt, une véritable force majeure. Le créancier ne peut pas accomplir la formalité exigée en général pour la conservation de son droit contre les endosseurs. Cette force majeure étant manifeste, est-il relevé de la déchéance ? C'est, nous le répétons, une question de droit intérieur. Mais, tout en devant admettre, sur le témoignage de M. de Bar et des autorités allemandes, qu'il n'en est point ainsi d'après le droit allemand, nous ne pouvons nous empêcher d'estimer que cela est injuste et inique. Il nous paraît évident qu'au point de vue de la saine raison le protêt n'est point la cause juridique de la responsabilité des endosseurs. Ceux-ci sont responsables quand le tiré ne veut pas payer, ou se trouve hors d'état de payer, en un mot, dans le cas où le porteur n'est pas à même d'obtenir de lui l'acquiescement de la traite. Le protêt n'est exigé que comme *preuve* du refus ou de l'impuissance du tiré, et de l'impossibilité dans laquelle se trouve, au moins momentanément, le porteur, de faire payer. Or, lorsque la loi du lieu de l'exécution recule l'échéance, il y a quelque chose de plus : il y a la preuve que le porteur est dans l'impossibilité absolue de contraindre le tiré au paiement. C'est une preuve plus catégorique que le protêt. M. de Bar ne voit aucune raison pour faire retomber sur l'endosseur étranger, plutôt que sur le porteur, les conséquences de la force majeure qui empêche le protêt. La réponse est : qu'il ne s'agit pas de faire retomber sur les endosseurs les conséquences de cette force majeure. Il ne s'agit pas d'accroître la mesure de leurs obligations. Il s'agit de savoir, s'ils seront dégagés par cette force majeure, et si les droits du porteur seront éteints. Or, si la loi du lieu de l'exécution accorde des délais de paiement, il importe peu aux endosseurs qu'il

puisse y avoir protêt, ou que le protêt soit interdit, que le protêt ait lieu ou n'ait pas lieu, s'il ne doit nécessairement aboutir qu'à la constatation nouvelle d'une force majeure résultant déjà du texte de la loi, et dispensant le tiré de l'obligation de payer à l'échéance.

977. — On peut citer dans le sens de l'arrêt de Leipzig un jugement du Tribunal de commerce de Zurich du 22 mai 1871, dans le sens contraire un grand nombre de décisions des tribunaux français, italiens, anglais, nord-américains, suédois, autrichiens (1). M. de Bar explique ces décisions en faisant observer que, dans ces pays, l'on admet la force majeure comme dispense de protêt. Il reconnaît toutefois que les décisions autrichiennes et suédoises s'écartent le plus en principe de la jurisprudence allemande. En Belgique la question a été résolue également dans un sens contraire à l'arrêt de Leipzig, et l'on peut dire que la jurisprudence est établie à cet égard (2). Le motif principal sur lequel reposent ces décisions est déduit de la force majeure; et bien qu'aucun texte exprès ne relève le porteur, de la déchéance encourue par lui pour défaut de protêt, lorsque le protêt est rendu impossible par force majeure, cette règle est généralement admise par interprétation des discussions qui ont eu lieu au Conseil d'Etat et en vertu des principes généraux. C'est pour nous le seul motif dominant, le seul qui puisse être invoqué ici; et la quasi-unanimité avec laquelle il a été admis dans de nombreux pays en relève l'importance. Il est vrai que certaines décisions belges, et surtout l'arrêt de Gand ci-dessous mentionné, invoquent aussi l'autorité extraterritoriale directe de la loi du lieu de l'exécution. Mais les citations d'auteurs que la Cour invoque ont été erronément interprétées par elle, comme elles le sont très souvent dans la doctrine moderne. La loi du lieu de l'exécution, c'est-à-dire du lieu fixé pour

(1) De Bar. Op. cit., pp. 174 et ss. et les notes, T. II.

(2) Jugements d'Anvers, 25 févr. 1871; 27 juillet 1871; 7 nov. 1871. *P. A.*, 1871, I, 41 et 335. — Arrêts de Bruxelles, 22 et 29 avril 1872. *Pas.* 1872, II, 157 et *B. j.* 1873, p. 571. — Arrêt de Gand, 15 mai 1873. *B. j.*, 1873, 1194.

l'exécution, et parfois même la loi du lieu de l'exécution réelle, peut bien influencer sur les modalités de l'exécution, comme loi à laquelle les parties s'en sont tacitement référées. Jamais elle ne peut avoir pour effet de faire bénéficier le débiteur, même en pays étranger, de certains délais de faveur aux fins de s'acquitter de sa dette, alors que l'échéance de celle-ci est expressément fixée par le contrat. Il ne s'agit pas de l'autorité extraterritoriale de la loi, mais de l'effet de la force majeure qui en est le résultat virtuel, quant aux obligations de garantie que produit la lettre de change.

978. — Le nouveau Code suisse des obligations exclut cependant l'effet d'une force majeure de ce genre. Et M. Norsa a proposé, et réussi à faire adopter par l'Institut de droit international une thèse ainsi conçue : « L'excuse tirée des cas fortuits ou de force majeure n'est admise, que si elle est reconnue par la loi du lieu d'émission du titre. » Cette proposition qui est critiquée à divers points de vue par M. de Bar, et non sans raison, ne résout pas la question de savoir s'il serait utile et juste que les diverses législations admissent la force majeure, quelle que soit sa source originaire, comme cause de dispense de protêt. La question de justice et d'équité nous paraît avoir été résolue plus haut. Quant à l'utilité qu'il y aurait à admettre la force majeure, elle nous paraît manifeste. Des mesures de la nature de celles que la France a prises en 1870 et en 1871 ne sont pas rares. Comme l'a rappelé la Cour de Cassation de Turin, dans un arrêt du 21 mai 1879 ⁽¹⁾, l'Italie a dû y avoir recours plusieurs fois. L'importance et l'extension de plus en plus grande de l'institution du contrat de change rendent extrêmement probable, qu'en cas de guerre malheureuse, le pays auquel la fortune des armes est contraire y aura encore recours. Et, si le système de la Cour de Leipzig était généralement admis, il en résulterait cette conséquence que l'imminence ou la simple pro-

(1) *Belg. jud.*, 1873, p. 561.

babilité d'une guerre entre deux nations, enlèverait à la circulation internationale des lettres de change, ce précieux instrument de crédit, toute espèce de sécurité. Quel est celui qui consentirait à les escompter, à les recevoir en paiement avec la perspective d'être dans l'impossibilité de les faire protester à l'échéance et de perdre ainsi tout recours contre son endosseur? Telles sont les observations que nous avons à faire sur cette question importante.

979. — Les art. 1249 à 1252 inclusivement traitent du paiement avec subrogation. Si la distinction entre les effets et les suites était exacte et pratique, c'est à des événements tels que la subrogation, que l'on pourrait appliquer la qualification de suites du contrat. Mais lorsqu'une terminologie a été mal établie, il vaut mieux renoncer à s'en servir. La subrogation n'est certainement pas *un effet* du contrat : elle se produit à *l'occasion* du contrat, ou pour mieux dire à l'occasion de son exécution. C'est un fait juridique nouveau et différent, dont le résultat est la permanence du premier lien obligatoire, nonobstant le paiement et un changement dans la personne du créancier. On pourrait presque dire que l'obligation renaît de ses cendres. Lorsque l'on va au fond des choses, on constate que la subrogation n'est au fond qu'une cession de créances. Mais c'est une cession ou transport de créance qui s'opère, soit de l'intervention du créancier, soit, ce qui est plus anormal, par le fait du débiteur, et sans l'intervention du créancier (art. 1250), soit par l'effet direct de la loi, sans aucune stipulation positive, et à raison des circonstances dans lesquelles se produit le paiement (art. 1251).

Il est un premier point qui nous paraît incontestable. C'est que l'obligation primitive étant maintenue, rien n'est changé quant aux règles d'après lesquelles il faut en déterminer la substance, les effets, ni quant à la loi qui en règlera l'exécution finale. C'est évidemment ce que veut dire Pasquale Fiore⁽¹⁾, mais ce qu'il dit en

(1) Fiore. Op. cit., n° 301.

termes trop généraux quand il déclare : que les effets de la subrogation sont régis toujours par la loi qui a réglé *ab initio* l'obligation primitive et son exécution. La véritable difficulté consiste à déterminer, quand on peut admettre qu'il y a subrogation, soit en vertu de la convention, soit en vertu de la loi, à quelle loi il faut avoir recours en cas de doute pour déterminer les conditions de la subrogation, quelle est la loi qui régit son efficacité. A cet égard il n'y a pas lieu, à notre avis, de s'en rapporter à la loi qui régit l'obligation primitive. Pour résoudre la question, il faut considérer que la subrogation peut se présenter sous plusieurs formes d'après les règles de notre droit, et examiner d'où elle résulte. Pour décider quand ces règles peuvent recevoir application, il faut considérer la subrogation comme un acte isolé, et dans une certaine mesure indépendant.

980. — L'art. 1250 indique divers cas de subrogation conventionnelle, et dans le premier de ces cas on peut dire qu'elle est vraiment conventionnelle. Le créancier cède en réalité son droit de créance : au fond il n'y a pas autre chose qu'une cession, et l'on pourrait même envisager le paiement de la dette primitive fait par le subrogé comme le paiement d'un prix de vente, sauf que ce prix est identique au montant de la créance cédée. Une première question peut s'élever ici, celle de savoir si la créance primitive est cessible. Elle sera en général décidée par la loi du lieu de sa situation, c'est-à-dire par la loi du lieu où elle doit être payée, ou ordinairement par la loi du domicile du débiteur. Pour le surplus, la validité et les effets de la subrogation conventionnelle seront appréciés d'après la loi qui régit normalement toute convention. On appliquera les règles générales. Mais nos lois exigent deux conditions spéciales pour la validité de cette subrogation. C'est qu'elle soit expresse, et qu'elle soit faite en même temps que le paiement; et l'on trouve la même disposition dans l'art. 1252 du Code italien. Quant à la première condition, elle est, nous paraît-il, de pure forme, et, bien que la forme paraisse ici substantielle, il faudrait,

semble-t-il, suivant l'opinion générale, appliquer la loi du lieu où la subrogation s'opère : *locus regit actum*. Mais la condition que la subrogation se fasse en même temps que le paiement est-elle également de pure forme ? Fiore pense que lorsque la subrogation est survenue dans un pays étranger, elle ne peut être opposée aux tiers en Italie, si elle a été faite dans un écrit distinct de la quittance, bien que les deux actes portent la même date. Il refuse d'appliquer la maxime *locus regit actum*, parce que la subrogation faite dans un acte distinct de la quittance équivaut à une contre-lettre, et qu'aux termes de l'art. 1319 du Code civil italien (1321, C. Nap.) les contre-lettres par actes sous seing privé ne peuvent avoir effet qu'entre les parties contractantes. Mais il est à observer que notre loi n'exige nullement que la subrogation ait lieu par acte authentique, et il ne peut être question de contre-lettres que lorsqu'il s'agit de dérogations faites par des actes sous seing privé à des actes authentiques. On ne doit pas, d'autre part, s'exagérer la portée du principe de l'art. 1165 d'après lequel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ainsi que nous l'avons démontré plus haut. Et quand on examine bien le motif pour lequel la loi exige à la fois ici que la subrogation soit expresse, et faite en même temps que le paiement, on constate que cette double exigence repose à la fois sur les principes généraux du droit, et sur l'intérêt des tiers, ainsi que le démontre Laurent dans son *Traité du droit civil*⁽¹⁾. Or, l'intérêt des tiers est un intérêt général, et en supposant que les conditions dont il s'agit ici fussent toutes deux de pure forme, il en résulterait qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer, au moins au préjudice des tiers, la maxime *locus regit actum* dans les pays où ces formes sont exigées, c'est-à-dire en France, comme en Belgique ou en Italie. Une subrogation, irrégulière à ce point de vue, ne nous paraît pas pouvoir être invoquée devant nos tribunaux, contre un tiers qui ne serait point soumis par sa nationa-

(1) T. XVIII, nos 24 et ss.

lité à la loi d'après laquelle elle est valable. Dans tous les cas elle pourra se heurter, en ce qui concerne les privilèges et hypothèques, comme toutes les subrogations, contre la loi de la situation des biens.

Le second cas de subrogation conventionnelle prévu par l'art. 1250 présente davantage le caractère d'une cession fictive, empruntant ses effets à l'autorité directe du législateur, puisqu'elle s'opère sans le concours du créancier qui devrait céder sa créance. Elle n'est nullement conventionnelle, ainsi que le fait remarquer Brocher, si ce n'est entre le débiteur et le nouveau créancier ; et en ce qui concerne l'ancien, elle s'opère par la toute-puissance de la loi⁽¹⁾. Il la considère, en conséquence, comme reposant sur des bases territoriales, parce que la loi agit alors directement sur les biens. Mais cela est très vague, et l'excellent jurisconsulte ne nous dit pas ce qu'il faut en conclure. La conséquence en serait, à notre avis, qu'il y a lieu d'admettre la subrogation, lorsqu'elle est établie par la législation du pays où la dette doit être acquittée. Car c'est là qu'est le siège de l'obligation, et ce pays sera le plus souvent celui où le paiement se produira en fait. Quant aux privilèges et hypothèques qui seraient compris dans la subrogation, on appliquerait probablement la loi de la situation des biens grevés, si cette loi déclarait la créance éteinte en pareil cas. Ainsi entendue, l'opinion de Brocher nous paraît préférable à celle de Fiore qui applique uniformément la loi du lieu où le paiement de la dette primitive a été effectuée.

981. — M. Brocher examine avec plus de détail les deux questions de forme que soulève l'art. 1250², notamment celle de savoir si l'authenticité est nécessaire pour la validité de la subrogation en France, s'agissant d'actes intervenant dans un pays étranger où elle n'est pas exigée par la loi, et d'après quelle loi l'authenticité doit être vérifiée. La première nous paraît seule de nature à inspirer des doutes. Il est bien vrai que l'art. 1250 exige que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire,

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 215.

tandis que l'art. 2103 du Code civil, qui ne semble en être qu'une application spéciale, exige simplement un acte authentique. Mais les auteurs qui soutiennent que la règle *locus regit actum* ne peut recevoir une application absolue, lorsque la forme est prescrite comme une condition de validité de l'acte juridique, reconnaissent eux-mêmes que, quand il s'agit d'actes faits en pays étranger, les formes d'authenticité prescrites par la loi française peuvent être remplacées par celles que prescrit la loi du lieu de l'acte comme éléments de l'authenticité. Il en est ainsi de Laurent, par exemple. Quant à la première question, nous admettons parfaitement qu'en théorie la maxime *locus regit actum* ne devrait pas dispenser de l'observation des formes de solennité prescrites par la loi qui régit l'acte dans la substance, sauf à déterminer ces formes d'après la *lex loci actus*, et, contrairement à l'opinion commune, la règle établie à ce sujet par le projet de nouveau Code civil belge nous paraît sage. Mais il faut reconnaître que la pratique est contraire jusqu'ici à cette théorie, spécialement en ce qui concerne le contrat de mariage et la donation. Il ne nous paraît pas qu'il y ait des motifs sérieux pour en décider autrement en ce qui concerne la subrogation. L'authenticité est prescrite en termes aussi absolus en ce qui concerne la donation et le contrat de mariage que pour la subrogation, comme formalité substantielle, indispensable pour la validité de l'acte juridique. Le seul motif spécial que l'on puisse invoquer ici, c'est qu'il s'agit dans l'espèce d'un droit exceptionnel, d'une pure création du droit civil, d'une fiction de droit. Mais ce motif ne nous paraît pas suffisant pour déroger à la règle *locus regit actum*, dès que l'on admet, malgré les termes absolus et impératifs des textes, qu'elle s'applique aux formes substantielles en général.

982. — Les deux premiers cas de subrogation légale se rattachent au régime hypothécaire, c'est-à-dire à une loi essentiellement territoriale. Cette subrogation s'opère par la seule force de la loi indépendamment de tout concours de consentement. Nous croyons qu'il ne faut con-

sulter à cet égard que la loi du lieu où les immeubles sont situés, quel que soit le lieu du paiement, quelle que soit la nationalité des parties. Ce qui caractérise avant tout cette subrogation, ce qui constitue son élément principal, c'est la transmission des droits hypothécaires attachés à la créance primitive. Nous croyons que, comme il s'agit de l'action directe et immédiate de la loi et de l'intérêt des tiers, c'est le cas d'appliquer le principe que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation. Le cas prévu par le n° 3 de l'art. 1251 est un peu différent, bien qu'il se rattache par des liens évidents au cas du n° 2. En effet, il est question au n° 2 de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. Telle est en définitive la situation de celui qui acquiert un immeuble hypothéqué, il est tenu comme tiers détenteur. Mais la disposition du n° 3 est plus générale; elle s'applique à tous ceux qui sont tenus avec d'autres, que ce soit hypothécairement ou non, et vise toutes les garanties, même mobilières ou purement personnelles, qui peuvent être attachées à la créance. Le caractère territorial de la disposition n'apparaît plus ici d'une manière aussi claire. Il nous semble qu'il y a lieu d'appliquer la loi du lieu du paiement, ou, si les parties sont de même nationalité, la loi de leur nationalité commune, c'est-à-dire la loi à laquelle le fait juridique d'où elle devrait résulter, est soumis par sa nature. Il n'est pas question ici de la volonté présumée des parties, puisque la subrogation se produit indépendamment de leur concours de volonté. Il s'agit de déterminer quelle est la législation qui a compétence pour déterminer les effets de l'acte juridique ⁽¹⁾. Il est vrai que les auteurs mentionnés en note appliquent la loi du lieu du paiement exclusivement, mais nous croyons que s'agissant d'un effet de l'acte juridique indépendant de leur volonté, la loi de leur nationalité commune doit l'emporter. Et la loi du lieu de la situation des objets affectés

(1) Despagnet, n° 434. — Milhaud. *Priv. et hyp.*, n° 303. — Lecasble, p. 309. — Fiore, n° 303.

à la garantie pourrait en outre former obstacle à la transmission de celle-ci. Elle conservera toujours force limitative ⁽¹⁾.

983. — Le quatrième cas de subrogation présente encore un caractère spécial. Il dépend en principe de la loi qui régit la succession, et ne peut être admis que pour les successions qui peuvent être acceptées sous bénéfice d'inventaire d'après la loi qui les régit.

Ce premier point est évident. Mais il y a plus. Cette subrogation est une pure fiction légale : elle s'opère sans stipulation aucune, sans le consentement, ni exprès, ni tacite, soit du créancier, soit de l'héritier qui paie. Elle produit ses effets contre la succession, et ne peut dès lors avoir sa base que dans la loi qui régit celle-ci, et spécialement dans la loi qui régit *le passif* de la succession. Il peut en résulter des difficultés assez sérieuses dans le système actuellement admis en France et en Belgique. Rappelons en effet que, dans ce système, la succession immobilière est régie par la loi de la situation, la succession mobilière par la loi du dernier domicile, mais que la doctrine et la jurisprudence sont fort incertaines, quant au point de savoir quelle est la loi qui régit le passif successoral. Nous avons préconisé le règlement de celui-ci par la loi du dernier domicile, en présence de notre droit positif actuel, tout en reconnaissant qu'en théorie il serait de beaucoup préférable que toute la succession fût régie par la loi nationale du *de cuius*. Mais il n'est pas impossible que, relativement aux privilèges et hypothèques attachés à la créance, l'application de l'une et de l'autre ne rencontre des obstacles dans la loi du lieu de la situation.

984. — C'est d'après les mêmes principes que l'on décidera en général de l'applicabilité de l'art. 1252 aux questions que cet article prévoit et résout. La subrogation a-t-elle lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs ? La question ne dépend évidemment en aucune façon de l'in-

(1) Paturet. *Priv. et hyp. en droit international*, p. 212.

tention des parties au moment où la subrogation s'opère, puisque la caution n'intervient pas. Pourrait-on admettre cependant qu'elle soit fondée sur l'intention présumée des parties au moment du contrat de cautionnement, et qu'à cet égard du moins elle constitue une disposition de droit supplétif? Nous ne le pensons pas. Il est difficile de supposer que la loi leur attribue d'aussi longues prévisions, et nous doutons fort que, même par une convention expresse, les parties puissent exclure l'effet de la subrogation contre les cautions. C'est une disposition qui repose simplement sur les principes généraux du droit, tels que les conçoit notre législation. De tels principes font dans une certaine mesure partie de l'ordre public, en ce sens qu'ils régissent obligatoirement les rapports juridiques que nos lois ont compétence pour régler, mais on ne pourrait certainement pas considérer un système contraire comme en contradiction avec notre ordre public absolu. Et si, d'après la loi qui régit le cautionnement, ou d'après celle qui régit la subrogation, celle-ci n'opérerait point contre les cautions, on ne pourrait la considérer comme produisant cet effet même dans notre pays. Nous nous expliquerons plus loin sur la question de savoir quelle est la loi qui régit logiquement le cautionnement. Quant à la question de savoir quelle est celle qui régit la subrogation, nous estimons qu'il est impossible d'en appliquer une autre que celle du lieu où elle s'opère, s'agissant des droits contre la caution, et que la persistance de son obligation doit être admise en vertu de cette loi, dès qu'elle n'est point exclue par la loi qui gouverne le cautionnement. Quant à la question de savoir si la subrogation peut nuire au créancier, quand il n'a été payé qu'en partie, et s'il peut exercer ses droits de préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel, elle se rattache, il est vrai, au droit supplétif, mais la solution qu'elle a reçue repose en même temps sur des considérations d'équité naturelle et de bon sens, qui ne permettent de l'écarter lorsqu'elle est consacrée par la loi à laquelle la subrogation est naturellement soumise, c'est-à-dire, d'après

nous, par la loi du lieu où elle s'opère, ou par la loi nationale commune, que dans le cas de manifestation non douteuse d'une volonté contraire. Si la loi étrangère à laquelle la subrogation est naturellement soumise admettait une règle différente, nous ne pensons pas qu'il y aurait quelque obstacle à l'application de cette loi dans notre pays, l'ordre public absolu n'étant nullement intéressé au débat. Il serait excessif de considérer comme se rattachant à cet ordre public absolu toutes les présomptions d'équité admises par le législateur, quant aux conventions dépendant de sa compétence législative.

985. — Les règles établies par le § 3, art. 1253 à 1256 inclusivement, sur l'imputation des paiements, sont manifestement les unes des règles de droit supplétif, les autres des principes qui s'imposent aux parties. Parmi les premières figurent celle de l'art. 1256, qui trace les règles de l'imputation lorsque la quittance n'en porte aucune, et même celle de l'art. 1255 concernant l'effet de l'acceptation, par le débiteur de diverses dettes, d'une quittance par laquelle le créancier a fait l'imputation sur une de ces dettes spécialement mentionnée. Et cependant la réserve à laquelle est subordonnée l'application de ce dernier article « à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier », est certainement indépendante de l'autonomie des parties. Elle doit s'imposer au juge en vertu de la loi qui régit obligatoirement le contrat : peut-être même devrait-il en faire l'application en vertu de la *lex fori*. Quant aux dispositions des art. 1253 et 1254, elles définissent nettement les droits du *débiteur* quant à l'imputation, sans tenir compte de la volonté des parties dans les contrats initiaux. Faut-il appliquer la loi qui régit ces derniers, ou celle qui régit le paiement considéré comme un acte isolé? Brocher n'ose répondre, et il serait dangereux, d'après lui, de vouloir régler ce sujet d'une manière absolue⁽¹⁾. Nous pensons qu'il faut appliquer la loi du lieu où se fait le paiement, ou la loi

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 117.

nationale commune dans le cas où les parties sont de même nationalité. Dans le cas de l'art. 1253, il pourrait être impossible de recourir à la loi du lieu du contrat initial, puisque cet article suppose plusieurs conventions qui peuvent avoir été conclues dans des pays divers. Il faut bien recourir dans cette hypothèse à la loi nationale commune, ou à la loi du lieu du paiement si les parties sont de nationalités différentes. Mais cette solution nous semble aussi la plus rationnelle dans les autres cas. Les conventions préalables qui dérogeraient aux art. 1253 et 1254 ne sont certainement pas interdites au nom de la morale absolue, hypothèse dans laquelle il suffirait qu'elles fussent prohibées par la loi du lieu du contrat primitif. Elles sont contraires, d'après la conception du législateur, à la nature de l'acte juridique, et les règles qu'il trace doivent s'appliquer à tous les actes qu'il a compétence pour réglementer. Or, le législateur le plus compétent pour réglementer les effets du paiement n'est-il pas celui du pays auquel appartiennent les deux parties, et, en l'absence d'une nationalité commune, celui du pays où le paiement se fait ? Il n'y a lieu d'hésiter qu'entre cette dernière loi et celle du pays où le paiement devrait se faire, lorsqu'elles ne se confondent point.

986. — Les art. 1257 à 1264 figurent sous le § IV concernant les offres de paiement et la consignation. Brocher, le seul auteur qui ait suivi un plan analogue au nôtre dans l'exposé des principes du droit international privé, se borne à dire à cet égard que « les offres réelles mentionnées dans les art. 1257 et suivants sont, par leur nature, des actes de procédure, ce qui leur donne *un caractère essentiellement territorial*⁽¹⁾ ». Ces mots « un caractère essentiellement territorial » sont peu précis. Mais s'il s'agit de procédure, on peut en conclure que ces actes sont régis, d'après M. Brocher, par la loi du lieu où ils se font. C'est, selon nous, aller un peu loin que de représenter toutes les règles des art. 1257 à 1264 comme se rattachant à la

(1) Brocher. T. II, p. 117.

procédure. D'autres auteurs soutiennent que ces matières sont régies par la loi du pays où l'exécution aura lieu : ils arrivent en somme à peu près au même résultat, mais par un genre d'arguments différent (1). Il est une première observation qui s'impose. Il faut que l'offre réelle s'opère là où l'obligation peut ou doit être exécutée, pour qu'elle soit libératoire. Pour déterminer où elle peut et doit être exécutée, il faut consulter la convention, et, dans le silence de celle-ci, sa nature, ou la loi qui la régit. Jusque-là il ne peut être question du lieu de l'exécution réelle, ni comme loi de procédure, ni comme loi à laquelle les parties se seraient soumises, puisqu'il n'y a pas d'exécution encore. Cette question résolue et si les offres réelles sont faites dans le pays où l'exécution pourrait se faire, il semble naturel d'appliquer en général, quant aux conditions de validité intrinsèque, quant aux formes, et quant aux effets des offres réelles et de la consignation, la loi du lieu où elles sont opérées. En ce qui concerne les formes, la règle *locus regit actum* le veut ainsi. Quant aux conditions de validité et aux effets, il semble qu'il en doive être de même, non plus en vertu de la règle en question, mais à raison de la volonté, de l'intention probable des parties. Non pas que l'on doive admettre que les parties aient prévu nécessairement cette hypothèse, mais parce qu'en ce qui concerne les modalités de paiement qui n'altèrent point les droits naissant de la convention, elles sont censées accepter cette loi. Il y a quelque doute relativement au cas assez invraisemblable prévu par l'art. 1263, celui où le créancier consent à ce que le débiteur retire sa consignation, après qu'elle a été déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée. Il ne peut plus alors, aux termes de cet article, exercer les privilèges ou hypothèques qui étaient attachés à sa créance, et n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte de consentement en question aura été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque. Cette disposition

(1) Weiss. Op. cit., p. 641. — Despagnet. Op. cit., p. 427.

nous paraît toucher au régime territorial et intéresse en outre les tiers. Et si un acte de ce genre accompli en pays étranger laissait subsister l'hypothèque primitive d'après la *lex loci*, elle ne subsisterait pas sur les immeubles situés dans notre pays.

897.—Nous n'avons que quelques observations à ajouter, en ce qui concerne cette matière. D'après l'art. 6 de la loi belge du 20 juin 1873 sur les chèques, les offres réelles peuvent être faites en billets de la Banque nationale, aussi longtemps qu'ils sont payables à vue en monnaie légale. Il nous paraît manifeste que cette disposition est applicable aux chèques tracés en pays étranger à moins de stipulation contraire. Il ne peut en résulter, du reste, aucun préjudice sérieux, puisque la loi exige que les billets de banque soient payables en monnaie légale. Mais, comme nous l'avons fait remarquer en parlant du paiement, il est inadmissible que le débiteur se libère, s'agissant de conventions régies par une loi étrangère, au moyen d'espèces métalliques d'un titre plus bas nouvellement émises dans le pays où l'exécution doit avoir lieu, et partant dépréciées, ou au moyen de billets ou assignats ayant acquis cours forcé postérieurement à la convention, si ce n'est en tenant compte de l'agio. Par conséquent, les offres réelles, pour être valables, doivent être faites dans ces conditions. Sinon l'on violerait les règles de l'équité et de la bonne foi qui est l'âme de la convention. L'intérêt bien entendu du commerce international proteste, au surplus, contre la consécration de cette pratique, et l'histoire nous apprend, qu'en fait, elle a été reconnue irréalisable⁽¹⁾.

988. — Les art. 1265 à 1270 traitent de la cession de biens volontaire et de la cession de biens judiciaire. Cette prétendue cession de biens s'analyse en une espèce de mandat donné aux créanciers, aux fins de réaliser à leur bénéfice l'avoir du débiteur, plutôt qu'en un acte véritablement translatif de propriété. Sinon, comme le fait remarquer avec raison Laurent, il y aurait véritable

(1) La jurisprudence est contraire. — Vincent et Pénaud. *Dict.*, *vo Obligations*, n° 63.

dation en paiement, et la réalisation faite par les créanciers constituerait une seconde transmission, de telle sorte qu'il y aurait lieu à doubles droits. La cession de biens volontaire est un véritable contrat nouveau, un contrat libre, puisqu'elle n'a d'effet que celui résultant des stipulations entre les créanciers et le débiteur. Elle peut entraîner la libération complète du débiteur. L'entraîne-t-elle de plein droit, dans le silence des parties, en vertu de notre législation? C'est une question de droit intérieur, sur laquelle on n'est pas d'accord, bien qu'elle soit en général décidée négativement : nous n'avons pas à nous prononcer sur la solution qu'elle doit recevoir. Mais puisqu'il s'agit d'un contrat nouveau, il faut appliquer les règles générales en ce qui concerne la détermination de la loi qui régit le contrat, spécialement en ce qui concerne ses effets. Toutefois en ce qui touche certaines incapacités personnelles résultant pour le débiteur de la cession de biens, l'on appliquera évidemment la loi de sa nationalité à l'exclusion de toute autre, à moins qu'elle ne se heurte contre l'ordre public.

Quant à la cession judiciaire, c'est un bénéfice de la loi. Elle n'entraîne jamais la libération du débiteur que dans la mesure du produit des biens réalisés. Son effet principal, son effet essentiel était d'affranchir le débiteur de la contrainte par corps. Il s'en suit qu'en France, où la contrainte par corps est abolie en matière civile, par la loi du 22 juillet 1867, et en Belgique, où elle a été supprimée en général en matière civile et commerciale par la loi du 27 juillet 1871, la matière est devenue presque sans intérêt. Il convient toutefois d'observer que, même dans notre pays, la contrainte par corps est maintenue pour les restitutions, les dommages-intérêts et les frais qui sont le résultat d'une infraction ou d'un acte illicite commis méchamment et de mauvaise foi. Il est vrai que le bénéfice de la cession judiciaire implique la bonne foi. Mais rien ne s'oppose, d'après nous, à ce qu'il puisse profiter à l'auteur d'une infraction non doloureuse. Or, comme il s'agit d'une pure faveur, émanée de la toute-puissance du législateur, il

s'en suit qu'elle ne peut avoir qu'un effet purement local, qu'elle n'a aucun effet extraterritorial, qu'elle n'aura aucun effet par conséquent dans le pays où elle ne serait point admise. Là où elle est admise, on devra s'en référer, nous paraît-il, quant à la procédure à suivre pour l'obtention de ce bénéfice, aux lois du lieu où il est sollicité, et quant aux formes de la réalisation des biens, à la loi du lieu de leur réalisation. Ceux qui sont vendus en Belgique ne pourront l'être par conséquent que dans les formes prescrites aux héritiers sous bénéfice d'inventaire (art. 904, Code pr.).

989. — Les art. 1271 à 1281 (section II) traitent de la novation. La novation est un mode d'extinction de l'obligation, mais cette extinction ne résulte que de son remplacement par une obligation nouvelle. On est à peu près d'accord pour admettre que la loi qui régit cette obligation nouvelle doit servir à trancher la question de savoir s'il y a novation, et quelles en sont les conséquences⁽¹⁾. Dans le système d'après lequel il faut distinguer entre les effets et les suites du contrat, cela paraît assez rationnel : car il est certain que la novation n'est pas un effet du contrat primitif. C'est un fait juridique nouveau qui surgit à l'occasion du contrat, mais qui n'en est nullement la conséquence. Un premier point est évident, c'est que, pour déterminer s'il y a obligation nouvelle, il faut s'attacher à la loi qui régit le fait juridique d'où résulterait cette obligation. Mais cette obligation nouvelle éteint-elle l'obligation primitive, ou vient-elle s'y joindre de manière à ce qu'il y ait pour ainsi dire obligation alternative? Quelle est son influence sur l'obligation ancienne avec laquelle elle a un rapport logique? D'après quelle loi doit-elle être déterminée? Nous pensons que c'est en principe d'après la loi qui régit les effets de l'obligation nouvelle, d'après la loi belge par conséquent, si l'obligation nouvelle est contractée en Belgique. L'extinction de la dette primitive dépend de la volonté du créancier; lui seul a intérêt à la contester. Or, en fait,

(1) Vincent et Pénaud. Op. cit., v° *Novations*, et les autorités qu'il cite, entre autres : Cass. 19 mai 1884. D. 84, 1, 287.

d'après nos lois, aucune novation ne se produit sans son concours, sans sa volonté, et il n'est guères admissible qu'il en soit autrement d'après une législation quelconque. La loi qui régit l'obligation nouvelle, dans la formation de laquelle il intervient toujours, est naturellement appelée à déterminer ses effets, à combler au besoin les lacunes laissées par son silence. D'où suit que, pour résoudre la question de savoir s'il y a novation, s'il y a extinction de l'obligation primitive, il faut nécessairement avoir recours à cette loi.

M. Brocher fait certaines réserves en ce qui concerne les art. 1273, 1275 et 1277, qui lui semblent tenir à la procédure, et s'adresser principalement au juge⁽¹⁾. Mais il importe peu que le législateur s'adresse au juge : toutes les règles touchant le fond du droit pourraient revêtir la forme de prescriptions adressées au juge. Qu'importe la forme de ces prescriptions ? La vérité est qu'il s'agit de règles touchant virtuellement à la question de savoir d'où résulte la novation, et à quelles conditions elle peut être admise. Cet auteur fait des observations plus sérieuses, en ce qui concerne les dispositions des art. 1278, 1279 et 1280, où il est question de la transmission des privilèges et hypothèques. La disposition « exceptionnelle » de l'art. 1278 tient, d'après lui, au régime des biens et ne s'applique directement « qu'aux privilèges et hypothèques existant sur le sol français ». Il veut dire évidemment que cet article ne s'applique qu'aux biens grevés qui se trouvent sur le sol français, et si la disposition tient au régime des biens, il faut dire également qu'elle s'applique à tous les biens grevés se trouvant sur le sol français, quels que soient le lieu de la novation, la nationalité et le domicile des parties. Mais, puisque le créancier peut *expressément* réserver les privilèges et hypothèques attachés à l'ancienne créance, la disposition de l'art. 1278 se rattache, d'après nous, au droit supplétif. Pour qu'une loi se rattache au régime des biens, il ne suffit point qu'il

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 118.

y soit question, sous un rapport quelconque, des privilèges et hypothèques, et le régime des biens ne serait point atteint en France, parce que le silence des parties qui accomplissent une novation serait interprété d'une autre manière par une loi étrangère que ne le fait la loi française. Toutefois il y aurait peut-être lieu d'appliquer la *lex situs* en vertu même de la volonté présumée des parties, et tout en ne l'envisageant que comme droit supplétif.

990. — L'art. 1279, aux termes duquel les privilèges et hypothèques attachés à la créance primitive ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur, déclare une chose si évidente que Laurent le considère comme superflu. Brocher estime que cette disposition « intéresse le régime des biens et se trouve fortement empreinte d'ordre public interne et international ⁽¹⁾ ». Qu'elle intéresse le régime des biens, et se rattache dans une certaine mesure comme telle à l'ordre public interne, cela nous paraît incontestable. Mais qu'elle soit empreinte d'ordre public international, c'est chose beaucoup plus douteuse, quelque rationnelle que soit cette prescription. Notre régime hypothécaire est sans doute incompatible avec cette idée qu'une hypothèque établie sur les biens d'un débiteur puisse passer ainsi sur les biens d'un autre, qu'une hypothèque puisse être établie sans un acte régulier revêtu de toute la publicité nécessaire et remonter à une époque antérieure, et il était à peine nécessaire de le dire. Il en est de même des privilèges. Mais nous ne pouvons revendiquer pour des lois de ce genre une autorité universelle, une autorité s'étendant même aux biens situés en pays étranger. Et il n'y a pas ici de considération d'ordre moral absolu qui permette à nos tribunaux de méconnaître les effets que pourraient produire, relativement à des biens situés en pays étranger, des lois étrangères fondées sur des principes différents. C'est une loi d'ordre public économique, et à cet égard absolu, Brocher n'a pas voulu dire autre chose.

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XVIII, n° 332.

991. — Il va plus loin. L'art. 1280, qui, d'après lui, est en quelque sorte une combinaison des deux précédents, est lui aussi fortement empreint d'ordre public *interne et international*. Entendue à la lettre cette disposition signifierait qu'en cas de novation entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, l'hypothèque ne peut être réservée sur les biens des autres, même de leur consentement. Si telle était sa portée, on pourrait y voir une disposition d'ordre public absolu, bien que nous n'apercevions pas la combinaison qu'y voit Brocher entre les articles précédents. Mais, forts de la tradition, Laurent et d'autres auteurs d'un grand poids combattent cette interprétation ⁽¹⁾, et nous pensons que c'est avec raison. Ils admettent que l'hypothèque peut-être réservée sur les biens des codébiteurs solidaires avec leur consentement. Nous ne considérons cet article que comme une application des principes généraux sur la novation telle que la conçoit la loi française ou la loi belge. Que si la novation en général est régie par une loi différente, nous ne voyons aucun obstacle à ce que cette loi reçoive application même quant à la question qui nous occupe. Il y a un grand inconvénient à admettre trop facilement qu'une disposition est d'ordre public absolu : cela tend à multiplier les conflits et à en accroître l'acuité. Pour nous, cette disposition n'intéresse même pas le régime des biens. Elle n'appartient pas non plus aux éléments libres du contrat. Nous pensons que la question est régie par la législation à laquelle le contrat est soumis rationnellement, soit à raison de la nationalité commune des parties, soit à raison du lieu où le fait juridique se réalise. En est-il de même de l'art. 1281, qui déclare les codébiteurs solidaires et les cautions libérés par une novation à laquelle ils n'ont pas accédé? Cet article n'appartient pas au droit supplétif proprement dit, et gouverne la novation indépendamment de la volonté des parties engagées dans le contrat primitif. Peut-être faudrait-il tenir compte ici de la loi qui régit

(1) Brocher. T. II, p. 119.

les effets de la solidarité et ceux du cautionnement, puisque la mesure dans laquelle les cautions et les codébiteurs solidaires peuvent être dégagés ou maintenus sous le lien de l'obligation, dépend de l'intensité et de la nature du lien obligatoire. On peut admettre, il est vrai, que lors de la formation du contrat primitif la détermination de cette loi dépendait encore de l'autonomie des parties. Mais cette loi une fois déterminée régira obligatoirement, les effets de la novation, dans laquelle toutes les parties n'interviennent point. Toutefois, la question est douteuse.

992. — Les art. 1282 à 1288 figurent sous la section III, intitulée *de la remise de la dette*, et concernent la détermination de certains actes, qui entraînent virtuellement ou n'entraînent pas remise, d'après la portée que leur assigne le législateur (art. 1282, 1283 et 1286), ainsi que les effets de cette remise. En ce qui touche les faits impliquant remise de la dette, c'est, disent Vincent et Pénaud ⁽¹⁾, la loi du lieu où le paiement doit être fait qu'il faut consulter. Et ces auteurs citent à l'appui de leur opinion : Despagnet, Lecasble, Fiore et Brocher. MM. Vincent et Pénaud n'ont toutefois pas exactement reproduit l'opinion de tous ces auteurs. Brocher ⁽²⁾, par exemple, veut que l'on recoure en général à la loi du lieu où ces actes ont été *effectivement accomplis*, en vertu de la règle *locus regit actum*, et telle semble être également l'opinion de Fiore ⁽³⁾, bien qu'il ne prévoie pas *in terminis* la question qui nous occupe. Or, il se peut parfaitement que ces actes soient accomplis ailleurs que dans le pays où l'exécution *doit avoir lieu*. L'opinion de ces auteurs est évidemment préférable à celle que leur attribuent MM. Vincent et Pénaud. Et il est vrai aussi de dire que, la remise de la dette n'étant nullement un effet du contrat primitif, il n'y a aucun motif pour recourir à la loi qui régit ce dernier, à l'effet de déterminer les actes qui l'impliquent. Mais nous ne pouvons cependant nous rallier entièrement à

(1) Op. cit. V. *Obligations*, n° 77.

(2) Brocher. Op. cit., T. II, p. 109.

(3) Fiore. Op. cit., n°s 314 et 315.

l'opinion de Brocher, et accepter la portée étendue qu'il attribue à la règle *locus regit actum*. Cette règle ne nous paraît avoir une valeur internationale absolue qu'en ce qui concerne la *forme* des actes destinés à constater les faits juridiques. Il est douteux, à notre avis, qu'elle puisse recevoir application, quand il s'agit des simples présomptions que le législateur déduit de certains faits, de certaines circonstances, soit qu'il s'agisse d'une présomption *juris et de jure*, comme celle de l'art. 1282, ou d'une présomption jusqu'à preuve contraire, comme celle de l'art. 1283. Il est probable que, là où ces présomptions existent, on les appliquera à tous les actes de ce genre quelle que soit la nationalité des parties, et quel que soit le lieu où ils interviennent. Mais en sera-t-il demême dans les autres pays, et s'agissant d'actes intervenus entre leurs nationaux régis peut-être par une législation qui n'établirait point ces présomptions? Nous en doutons fort, au moins quand il s'agit de présomptions de ce genre. Le plus sage nous semblerait être de n'attribuer à ces actes de remise volontaire du titre original sous signature privée, ou de la grosse du titre authentique, d'autre effet, d'autre force révélatrice de l'intention des parties que ceux qu'y attache la loi commune à laquelle les parties sont naturellement soumises à ce moment, c'est-à-dire la loi de leur nationalité commune, ou, à défaut seulement de nationalité commune, la *lex loci*. Il n'y a, en somme, rien qui touche à l'ordre public, bien qu'il ne s'agisse pas de pur droit supplétif.

993. — Nous ne croyons pas devoir entrer dans le détail des difficultés qui peuvent s'élever sur le point de savoir si la remise des titres fait présumer la remise de la dette ou le paiement. Il semblerait bien résulter de l'intitulé de la section qu'il s'agit d'une *présomption* de remise de dette. Mais les art. 1282 et 1283 s'expriment en termes ambigus. La question présente peu d'intérêt au point de vue du droit international privé. Ce qu'il importe toutefois de remarquer c'est que les remises de dette, bien que constituant de véritables libéralités, échappent à la règle qui

exige en France, en Belgique et dans d'autres pays, la forme authentique pour la validité des donations. Si quelque loi étrangère l'exigeait même pour les remises de dette, celles qui seraient faites dans un pays soumis à cette loi sans les formes prescrites, produiraient-elles leurs effets en Belgique? L'hypothèse est invraisemblable, mais la solution de la question dépend absolument de la force qu'il faut attacher à la règle *locus regit actum*. Nous nous en référons à ce que nous avons dit plus haut à cet égard

994. — Les art. 1284, 1285 et 1287 concernent l'effet de la remise de dette faite à un des débiteurs solidaires vis-à-vis des autres, de celle accordée à la caution vis-à-vis du débiteur principal, de celle accordée à ce dernier vis-à-vis de la caution, de celle accordée à une caution vis-à-vis des autres. Dans quelle mesure ces faveurs accordées à l'un des co-obligés profitent-elles aux autres? Bien que les parties ne prévoient probablement pas la remise de dette en contractant, puisqu'elle n'est pas un effet direct de la convention, mais une renonciation partielle au bénéfice résultant de celle-ci, un abandon des droits qui en résultent, les dispositions de la loi sur ces matières ont nécessairement un lien intime avec la manière dont elle envisage ces rapports juridiques. Elles dépendent de la nature, de la solidarité et du cautionnement, tels que le législateur les entend. Il faudra donc tenir compte de la loi qui régit l'engagement des débiteurs solidaires, l'engagement des cautions. C'est l'opinion généralement admise, et notamment celle de Brocher, qui s'appuie sur des considérations analogues à celles que nous venons de faire valoir⁽¹⁾.

995. — L'art. 1286 se rattache au même ordre de questions que les art. 1282 et 1283, et son application est subordonnée aux mêmes conditions. Mais l'art. 1288 prévoit un cas particulier : c'est celui où le créancier a reçu une somme de l'une des cautions, pour la décharger

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 120.

de son cautionnement; et par une disposition toute d'équité, il ordonne d'imputer ce qu'il a reçu, sur la dette, de telle façon que ce paiement tourne à la décharge du débiteur principal et des autres cautions. Il y a ici probablement, d'après les auteurs du Code, un intérêt moral en cause : ils n'ont pas voulu que le créancier se fît payer directement ou indirectement plus qu'il ne lui est dû. On peut soutenir que cette disposition est une conséquence de la nature du cautionnement fait par plusieurs, et du droit de recours que l'art. 2033 organise entre cofédéjusseurs, pour ce que l'un d'eux a payé au-delà de sa part ou portion, puisque sans cela la décharge du cautionnement ne profiterait guères à celui qui l'a obtenue. Cet argument ne nous convainc cependant pas, lorsqu'il s'agit d'une caution solidaire, puisqu'on peut répondre que l'une des cautions, en faisant un sacrifice, veut simplement éviter d'être poursuivie pour le tout. L'argument est, du reste, sans portée, si une seule caution se trouve en présence du débiteur principal. Rationnellement rien ne s'opposerait à ce que le créancier déchargeât, à prix d'argent, la caution de son engagement accessoire, et conservât sa créance entière contre le débiteur principal. Si le législateur ne l'a pas voulu, c'est à tort ou à raison par des considérations d'équité, parce qu'il a vu peut-être dans une convention de ce genre une spéculation peu morale sur les inquiétudes exagérées de l'une des cautions. La disposition dont il s'agit est, dit Laurent⁽¹⁾, universellement critiquée et contraire à la tradition et aux principes, et telle est aussi notre opinion. Mais telle qu'elle est, elle ne nous paraît pouvoir reposer que sur des considérations de moralité publique, quelque fausses qu'elles soient. Et dès lors elle devra être appliquée dans notre pays quel que soit le lieu où l'acte juridique a été accompli, quels que soient la nationalité et le domicile des parties.

996. — Le Code Napoléon traite de la compensation dans les art. 1289 à 1299 (sect. IV). Il s'agit cette fois

(1) *Droit civil*, T. XVIII, n° 374,

de déterminer l'effet que peut produire un fait juridique nouveau, ayant une existence indépendante, sans lien nécessaire avec un fait juridique antérieur, sur l'existence et le maintien de celui-ci. L'obligation nouvelle, contractée par celui qui était primitivement créancier, a-t-elle pour effet d'éteindre sa créance jusqu'à due concurrence, et à quelles conditions? Au premier abord, on est tenté d'adopter l'opinion des auteurs qui font dépendre la compensation de la loi du pays, où s'est accompli le fait qui lui a donné naissance ⁽¹⁾, ou, pour parler plus exactement, *de la loi qui régit les effets* du second acte juridique, de la seconde obligation. Car, à notre avis, cette loi n'est pas toujours celle du lieu où le fait juridique est accompli. Il ne faut pas oublier cependant qu'il ne s'agit pas de déterminer les effets de l'obligation nouvelle envisagée comme acte juridique indépendant, mais de mesurer son influence sur celle résultant d'un acte juridique antérieur, d'apprécier si celle-ci existera encore ou sera éteinte. Et il paraît assez rationnel que la loi qui régit cette obligation règle aussi sa durée. Mais, d'autre part, la compensation doit avoir pour effet d'éteindre en tout ou en partie l'obligation nouvelle, et la loi qui régit celle-ci, régit également sa durée. Il paraît donc très logique d'exiger avec Brocher ⁽²⁾, pour qu'il y ait compensation, que les conditions de celle-ci soient réunies d'après les deux lois, dès que l'on se place à ce point de vue ⁽³⁾. Nous croyons toutefois que ce point de vue n'est pas tout à fait exact. La compensation, telle que l'entend du moins le droit français et belge, ne nous paraît pas absolument fondée sur la volonté présumée des parties. L'art. 1299 tend à le démontrer. C'est une institution juridique toute d'équité, et qui tend à éviter les procès inutiles, les vexations arbitraires.

Nous sommes donc fort tenté d'admettre qu'elle est

(1) Vincent et Fénaut. *Dict.*, v. *Obligations*, n° 74. — Despagnet. *Op. cit.*, n° 438. — Lecasle. *Op. cit.*, p. 312.

(2) Brocher. *Op. cit.*, T. II, p. 120.

(3) La question n'est pas sans importance, les conditions de la compensation n'étant pas les mêmes partout ainsi que le démontre Brocher.

uniquement régie par la *lex fori*, d'autant plus qu'elle n'entraîne généralement aucune modification préjudiciable des droits du créancier. De quoi se plaindrait du reste celui-ci? Lorsqu'il porte son action devant les tribunaux d'un pays déterminé, lorsqu'il est véritablement débiteur de celui qu'il assigne, il doit s'attendre à ce que la compensation lui soit opposée dans les conditions déterminées par la *lex fori*.

997. — Mais nous admettrions en même temps qu'il suffit qu'une créance soit éteinte d'après la loi qui la régit, pour qu'elle doive être considérée comme telle partout. L'on pourra donc, d'après nous, invoquer la compensation, soit en vertu de la loi qui régit l'obligation dont l'exécution est réclamée et qui règle sa durée, soit en vertu de la loi qui est en vigueur dans le pays où le créancier agit. Faire dépendre la compensation uniquement de la loi du lieu où le fait s'est accompli, comme le veut M. Despagnet ⁽¹⁾, conduirait du reste à des conséquences regrettables. Les conditions de la compensation sont diverses en Suisse et en France. Supposons qu'un Français et un Suisse soient réciproquement créancier et débiteur l'un de l'autre. Il peut arriver que les conditions de la compensation existent d'après la loi suisse, et n'existent pas d'après la loi française, que le Suisse soit insolvable et que le Français ne le soit pas. Si le Suisse agit en France, on ne pourra lui opposer la compensation dans le système de Brocher, et il l'opposera avec succès au Français agissant en Suisse. Il y a là une inégalité qui peut conduire à des conséquences peu équitables, étant donnée l'insolvabilité de l'une des parties.

998. — Il y a au surplus dans cette section certaines dispositions qui semblent complètement dominées par des considérations de moralité publique, ou par l'intérêt des tiers : ce sont les art. 1293, 1295, 1298 et 1299. Il semble que le juge ne puisse jamais appliquer en ce cas que la loi du for. Cela nous paraît évident, si la loi étran-

(1) Despagnet. Op. cit., n° 438.

gère ne contient pas les mêmes restrictions que la loi du for quant aux effets de la compensation. Mais la même solution nous paraît s'imposer, lorsque la loi du for est plus large que la loi étrangère, quant aux effets de la compensation, parce que si elle l'est, c'est toujours par des motifs de moralité publique et dans le but d'éviter des poursuites inutiles et vexatoires. Pour résumer nos idées à cet égard nous dirons : que la loi qui établit la compensation est toujours fondée sur des motifs de moralité publique et de bon ordre social, et que la loi qui l'écarte dans certains cas est quelquefois fondée sur des motifs du même genre, ou sur l'intérêt des tiers qui est aussi un intérêt général. Dans l'un et l'autre cas, elle s'impose au juge comme loi du for, quelles que soient les dispositions d'une loi étrangère. Si, au contraire, la loi du for ne repoussait la compensation que par des considérations déduites de la manière dont les parties se sont obligées, et non de l'objet de l'obligation (art. 1294), rien ne s'opposerait à ce que l'on tienne compte, pour admettre la compensation, de la loi qui régit l'obligation.

999. — La question résolue par l'art. 1292, d'après lequel le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation, nous paraît également dominée par la *lex fori*, comme l'est du reste le terme de grâce lui-même à titre de pure faveur émanée du législateur, et fondée sur des considérations d'humanité. Il n'y a pas les mêmes raisons pour en décider ainsi en ce qui concerne l'art. 1296. Il ne s'agit plus d'une faveur, mais d'une disposition fondée essentiellement sur l'équité. Mais précisément parce qu'elle repose sur l'équité, indépendamment de toute considération relative à la volonté probable des parties, il ne semble pas que les juges du lieu où pareille disposition est en vigueur, puissent se dispenser d'y avoir égard. Il n'en serait autrement que si, d'après la loi qui régit la dette payable en un autre lieu, les frais du paiement étaient à la charge du créancier, ce qui est de toute improbabilité (art. 1248, C. civ.). Quant à l'art. 1297, qui concerne l'imputation des paiements par voie de compensa-

tion, et qui s'en réfère aux règles sur l'imputation des paiements proprement dits, nous croyons pouvoir nous en référer à notre tour à ce que nous avons dit des règles à appliquer en ce qui concerne cette dernière question. En traçant ces règles, il est évident que le législateur s'est préoccupé surtout de la volonté probable des parties. Notons cependant que les dispositions des art. 1253 et 1254, al. 1^{er}, trouveront rarement application à la matière des compensations. Il n'arrivera guères en fait qu'un débiteur, en devenant à son tour créancier, déclare que sa créance doit servir à compenser telle ou telle de ses dettes. A-t-il le droit de le faire, et dans quelle mesure le peut-il sans le consentement de son ancien créancier? Dans quelle loi pourra-t-il puiser ce droit? A vrai dire, la question ne présente ici guères d'importance. Pareille déclaration ne vaudra évidemment à l'encontre de l'imputation légale, que si elle est faite dans la convention; et dans ce cas elle fait partie de celle-ci, elle est virtuellement acceptée par le créancier. Sinon l'on suivra les règles de l'imputation légale. Ces règles seront-elles celles de la législation qui régit les diverses dettes qu'il s'agit d'éteindre par compensation, et entre lesquelles il faut choisir? Cela ne nous paraît pas admissible, d'autant moins admissible que les conventions ou les faits juridiques, dont ces dettes émanent, peuvent être régis par des lois différentes. Il nous paraît qu'on ne saurait appliquer d'autre loi que celle du lieu où prend naissance l'obligation qui doit produire l'effet compensatoire. Et il nous paraît assez naturel de supposer que si les parties, en contractant les dettes antérieures, avaient prévu cette éventualité, qui n'est certes pas un effet, mais une suite occasionnelle du contrat, elles s'en seraient référées à cette loi. Nous ne voyons pas de motif pour faire prévaloir ici la loi du for sur la loi du lieu où l'obligation nouvelle surgit, dans le cas où ces deux lois diffèrent. Si un intérêt de moralité publique peut exiger que l'on ait le droit d'opposer la compensation dans certaines conditions, aucun intérêt de moralité publique ne nous paraît engagé, à ce qu'une dette soit

éteinte plutôt qu'une autre, et les dispositions dont il s'agit nous paraissent en conséquence se rattacher au droit supplétif.

1000. — Deux articles seulement (1300 et 1301) règlent dans le Code Napoléon l'extinction de la dette par confusion (sect. V). Le principe de l'extinction de la dette, lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, est tellement évident, puisque l'on ne peut être créancier à charge de soi-même, qu'il était presque inutile de le formuler, et qu'il est reconnu partout. Mais il s'agit de savoir quel est l'effet de cette extinction sur les obligations collatérales d'autres personnes. La seule conséquence inévitable de la fusion de deux personnalités en une seule, c'est que l'obligation qui existait entre elles s'éteint. Mais à côté du débiteur primitif pouvaient se trouver d'autres débiteurs, engagés avec lui, soit accessoirement comme cautions, soit principalement. L'art. 1301, al. 1, proclame d'abord une vérité juridique incontestable, en disant que la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions. L'accessoire ne peut subsister sans le principal. Il en est de même de l'al. 2, qui affirme le principe inverse, c'est-à-dire que la confusion dans la personne de la caution n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale, et de l'al. 3, qui n'est que la consécration sous une forme plus générale et un peu imparfaite de la règle déjà énoncée dans l'art. 1209, celle que la confusion dans la personne du créancier et d'un des débiteurs solidaires ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur. Et les commentateurs du Code civil prévoient plusieurs autres cas qu'ils résolvent d'après les mêmes principes, et en recourant à la nature de la solidarité et du cautionnement⁽¹⁾.

Mais si ces principes sont incontestables en droit français, et en droit belge, il n'est pas impossible qu'il en

(1) Les cas, par exemple, où une caution succède à une autre caution, un débiteur solidaire à un autre, etc...

soit autrement d'après l'une ou l'autre législation étrangère, qui envisagerait d'une autre manière le cautionnement et l'obligation solidaire. Quelle loi appliquera-t-on? D'après Despagnet et Lecasble, c'est la loi du lieu où se produit la réunion des qualités de débiteur et de créancier⁽¹⁾.

Nous ne pouvons en aucune manière partager cette opinion. Tout dépend, en somme, de la nature de la solidarité et du cautionnement, et il ne faudra consulter que la loi qui régit l'obligation solidaire et celle de la caution. Il importe très peu que la confusion ne soit pas un effet du contrat, mais tout au plus une suite de celui-ci dans le plein sens du mot. Ses résultats, quant aux rapports entre créanciers, débiteurs solidaires et cautions, dépendent logiquement de la loi sous l'empire de laquelle ceux-ci se sont engagés.

1001. — La doctrine de Brocher sur cette matière est un peu obscure. Il semble vouloir faire prédominer la loi qui régit le fait générateur de la confusion⁽²⁾. Mais, dès que l'on examine de près son système, on s'aperçoit qu'il a eu en vue la solution de la question de savoir *quand* il y a confusion, *quand* il y a réunion des qualités de créancier et de débiteur en la même personne. Or, les art. 1300 et 1301 ne s'occupent pas de cette question. Et il est très exact de dire qu'elle ne dépend en rien de la loi qui a présidé à la formation de l'obligation. Les effets du fait juridique nouveau, dont on prétend induire la confusion, la réunion des qualités de créancier et de débiteur, doivent être appréciés, sous ce rapport, d'après la loi qui régit ce fait. S'il s'agit, par exemple, d'une succession bénéficiaire régie par la loi française ou la loi belge, on n'admettra pas la confusion, la réunion des qualités de créancier et de débiteur, lorsque l'héritier bénéficiaire était créancier ou débiteur du défunt. Mais, lorsqu'étant donné qu'il y a confusion, il s'agit d'apprécier les effets de celle-ci, en ce qui concerne les cautions, les

(1) Despagnet. Op. cit., n° 438. — Lecasble. Op. cit., p. 313.

(2) Brocher. Op. cit., T. II, p. 121.

débiteurs solidaires, etc..., il faut recourir à la loi qui régit leurs obligations.

1002. — Les art. 1302 et 1303 (sect. VI) traitent de la perte de la chose due, et ils assimilent à la perte de la chose due l'anéantissement ou la destruction et la mise hors du commerce de celle-ci. M. Brocher admet ici avec beaucoup de raison la prépondérance de ce qu'il appelle la compétence originelle se rapportant à l'obligation, c'est-à-dire de la loi qui régit les effets de l'obligation⁽¹⁾. On sait que, d'après lui, cette loi est, en général, la loi du lieu du contrat, et qu'il applique, même en ce qui concerne la substance de l'obligation, l'ancienne maxime *locus regit actum*. Nous avons déjà dit que, selon nous, cette dernière doctrine n'est pas exacte, qu'elle est trop absolue. Mais nous admettons avec lui, qu'en principe, la loi qui régit l'obligation régit aussi les effets de la perte de la chose due. De quoi s'agit-il, en effet? De savoir sur qui retombent les risques de la chose, ce qui dépend essentiellement des conventions expresses ou implicites des parties. Brocher ajoute qu'il se peut cependant que la loi locale doive être prise en considération quant aux formes de la mise en demeure et quant à l'appréciation du fait allégué comme faute. Cela est exact, pour ce qui concerne les *formes* de la mise en demeure, et nous irons même plus loin : les formes de la mise en demeure sont nécessairement régies par la loi locale. Mais en ce qui touche l'appréciation du fait allégué comme faute, il en est tout autrement. Nous ne voyons pas pourquoi elle devrait avoir lieu d'après la loi locale. Lorsque l'on admet que la loi régissant l'obligation *ab initio* doit être prise en considération pour décider si le débiteur répond de la perte par cas fortuit, ou seulement de la perte résultant d'une faute, il nous paraît logique d'y recourir également quant à l'appréciation du fait allégué comme faute. C'est une question qui se rattache essentiellement à la première.

(1) Brocher. Op. cit., T. II, p. 122.

1003. — Le Code traite de l'action en nullité ou en rescision des conventions sous la sect. VII, art. 1304 à 1314. Mais l'art. 1304, qui concerne les divers genres d'actions en nullité et en rescision, ne règle que les délais et le point de départ de la prescription. Les art. 1305 à 1311 et 1314 déterminent les cas dans lesquels les *mineurs* sont restituables pour cause de lésion. L'art. 1313 exclut en principe la restitution ou rescision pour cause de lésion en faveur des majeurs, sauf dans les cas et sous les conditions spécialement déterminés par le Code. Et l'art. 1312 précise certains effets de la rescision ou restitution pour cause de lésion, en ce qui concerne les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Nous croyons pouvoir nous borner à de courtes observations sur la question de savoir, quelle est la loi qui régit les délais, et le point de départ de la prescription des actions en nullité et en rescision des conventions.

1004. — Il nous paraît manifeste qu'en principe la loi qui régit la validité de la convention ou sa nullité, est la seule qu'il y ait lieu de consulter relativement à la durée de l'action en nullité. Or, la loi qui régit la validité de la convention en tant qu'elle dérive de la capacité des parties est la loi nationale de chacune d'elles. Il doit en être de même lorsque la convention n'est point nulle de droit, à raison d'une incapacité relative, mais seulement rescindable, et lorsque la lésion est une condition de l'action en rescision. Car dès que la lésion n'est pas une cause de rescision de la convention entre personnes capables, mais seulement en faveur des personnes dont la capacité est incomplète, la rescision dérive en réalité de leur incapacité.

Nous avons examiné avec quelque détail plus haut par quelle loi la convention est régie quant à sa validité, en tant qu'elle peut être attaquée pour cause de dol, d'erreur, ou de violence. La même loi régit évidemment en règle la durée de l'action en nullité, et son point de départ. La prescription dont il s'agit ici n'est certainement pas fondée principalement sur des

motifs d'utilité publique et sociale; elle l'est avant tout sur une renonciation présumée. A tous égards, il faut admettre, nous semble-t-il, que si l'action est éteinte d'après la loi qui gouverne la cause originaire de la nullité ou de la rescision, elle doit être considérée comme éteinte partout. Mais il est impossible de méconnaître que si la prescription de ces sortes d'actions a pour base première une renonciation de la partie intéressée, elle est établie aussi par des motifs d'utilité sociale : le désir de tarir une source de procès, la difficulté éventuelle de vérifier après un temps assez long l'existence de la cause de nullité ou de rescision. Peut-être pourrait-on soutenir en conséquence que l'action doit être également considérée comme prescrite, dès qu'elle le serait en vertu de la *lex fori*, de telle façon qu'elle serait soumise ou pourrait être soumise à une double prescription. Ce n'est pas sans certaines hésitations que nous accepterions cette opinion. Mais elle nous paraît rationnelle, et fait une part à la *lex fori*.

Il y a quelque chose d'étrange cependant à ce que la durée de l'action puisse être limitée par une double loi, c'est-à-dire par la *lex fori* et par la loi qui régit le contrat en vertu de la volonté présumée des parties. Nous l'avons admis, il est vrai, en ce qui concerne la prescription libératoire de trente ans, parce que des considérations d'utilité sociale sont à la base de cette prescription. Nous admettrions plus difficilement la compétence de la *lex fori* ici, parce que ces considérations ne nous paraissent que secondaires, et que la prescription repose principalement sur une idée de renonciation tacite.

1005. — La question de savoir quand les mineurs ont l'action *en rescision* pour cause de lésion, quand ils ont l'action *en nullité* s'agissant de mineurs non émancipés, a donné lieu à de graves controverses en France et en Belgique. L'opinion dominante semble être que le mineur non émancipé a l'action en rescision ou restitution pour lésion, chaque fois qu'il a agi seul sans l'autorisation de son tuteur; il a en outre l'action en nullité, lorsque les

formalités légales n'ont pas été accomplies. Nous nous rallions absolument à ce système, très bien développé et défendu par Laurent ⁽¹⁾. Dans tous les cas, l'action a pour base première son incapacité, bien que cette incapacité ne soit pas une cause de nullité dans l'espèce, mais seulement une cause de rescision et de restitution, à la condition qu'il y ait eu en outre lésion. S'il en est ainsi, les articles qui déterminent les conséquences de cette incapacité régissent le mineur français ou belge en quelque lieu qu'il se trouve. Il y a toutefois une disposition qui nous paraît toucher à l'ordre public, celle de l'art. 1310, d'après laquelle le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit. Quelle que soit la nationalité du mineur, il y aura lieu, à notre avis, de lui appliquer cette disposition. Cela est incontestable s'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit accompli dans notre pays; mais nous pensons qu'il en sera de même s'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit accompli ailleurs, lorsque le débat s'engage devant nos tribunaux. Ceux-ci ne pourront appliquer que la *lex fori*. La disposition dont il s'agit est évidemment fondée sur un principe de haute moralité et de souveraine justice indépendant de la nationalité des parties. Les tribunaux n'auront qu'une seule question à examiner, à part le point de savoir s'il y a délit ou quasi-délit, celle de savoir si le mineur avait une raison et un discernement suffisants pour être responsable du dommage qu'il a causé.

1006. — D'après quelle loi faut-il apprécier les effets de la confirmation ou ratification des engagements souscrits en minorité? Il semble au premier abord que ce soit uniquement d'après la loi qui régit la cause de la nullité ou de la rescision, et que cette loi, qui décide souverainement de la question de savoir si l'engagement est annulable ou rescindable, doive également régler la durée de l'action en nullité ou en rescision. La question n'est cependant pas sans difficulté. Et, s'agissant de la confir-

(1) Laurent. *Droit civil*, T. XVI, nos 24 et ss.

mation des contrats annulables en général, des auteurs d'un poids considérable, qui admettent en principe la prédominance de la *lex loci contractus* en ce qui concerne les effets du contrat, et sa validité, ont soutenu que la confirmation est régie par la loi du lieu où la volonté de confirmer se manifeste, parce que la confirmation n'est pas un effet, mais une suite du contrat primitif, et n'a d'autre principe que la volonté de la partie qui confirme ou ratifie⁽¹⁾. Mais, s'agissant de la confirmation d'une obligation annulable ou rescindable à raison de l'incapacité d'une partie, ces observations sont sans portée, quelle que puisse être leur valeur quand il s'agit d'un vice du consentement consistant dans le dol, l'erreur ou la violence. Et la seule loi applicable ici nous paraît être la loi nationale du mineur, à moins que l'on ne considère la règle d'après laquelle la ratification en majorité d'une obligation souscrite en minorité, rend l'action en nullité ou en rescision non recevable, comme se rattachant à l'ordre public, ce qui ne nous paraît guères soutenable.

1007. — Les art. 1312 et 1314 se rattachent aux conditions et aux effets de la rescision ou de la restitution à raison de l'incapacité, et nous paraissent par conséquent régler la situation des mineurs, des interdits et des femmes mariées Belges, en tous lieux. Mais l'art. 1313 ne concerne plus en rien la capacité et l'incapacité. Il dispose que les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion, que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le Code. La restitution est dans ce cas un bénéfice de la loi attaché à certains contrats, et dépendra en conséquence de la loi qui régit en général le contrat, soit à raison de sa nature, soit à raison de son objet. Nos lois admettent la rescision pour cause de lésion en matière de partage et en matière de vente immobilière. Et il résulte des art. 1476 et 1872 que les règles relatives aux partages de succession sont applicables aux partages de

(1) Merlin. *Rép.* v° *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 7. — Massé. *Op. cit.*, T. I, n° 856. — Foelix. T. 1, p. 258. — Bard. *Op. cit.*, p. 270. — Picard. *J. d. d. p.*, 1881, pp. 487 et ss. — Asser et Rivier. *Op. cit.*, p. 81.

communauté et de sociétés. Nous nous sommes expliqué sur la question de savoir quelle est la loi qui régit à cet égard les partages de succession et de communauté. Nous examinerons en temps et lieu quelle est celle qui régit les ventes immobilières et les partages de société.

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

Table des matières du deuxième volume.

DEUXIÈME PARTIE.

Application des principes généraux.

	PAGES.
N° 523. — Observations préliminaires	1

TITRE I^{er}. — *Des actes de l'état civil.*

524. — Principe de l'art. 47 du Code civil. De l'art. 46 . . .	3
525. — Il ne faut pas confondre la force probante de l'acte avec celle de l'expédition	4
526. — Des actes dressés par les consuls	4
527. — Des actes de mariage en particulier	6
528. — Des publications	7
529. — De la capacité des parties.	8
530. — Le défaut de publications n'entraîne point nullité . .	9
531. — Réfutation de l'opinion contraire admise sous certaines restrictions par la jurisprudence	10
532. — Validité internationale des mariages diplomatiques ou consulaires	11
533. — Leur validité aux yeux de la loi belge, de la loi fran- çaise, etc.	16
534. — Résolutions et délibérations de l'Institut de droit inter- national	17
535. — Dispositions du projet de revision belge	20
536. — Des mariages des militaires hors du territoire, et en général des actes de l'état civil qui les concernent .	21
537. — Conventions sur l'échange des actes de l'état civil. .	23

TITRE II. — *Des absents.*

	PAGES.
N° 538. — Mesures conservatoires. Lois locales	24
539. — Deuxième période. Loi du domicile et loi successorale.	26
540. — Examen et discussion de divers systèmes	27
541. — Envoi en possession définitive	30
542. — Effets quant au statut personnel, droits de famille, etc.	32
543. — Des successions qui viennent à s'ouvrir au profit de l'absent	34
544. — Questions de compétence, spécialement en ce qui con- cerne les effets sur le statut personnel	35
545. — Jurisprudence et doctrine	37

TITRE III. — *Du mariage.*

546. — Observations générales	39
---	----

SECTION I. — DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU MARIAGE EN LA SUBSTANCE.

§ I. — *De l'âge.*

547. — Dispositions de diverses législations	41
548. — Loi personnelle, et d'après la tendance du droit moderne, loi nationale	41
549. — En Angleterre, la loi du domicile prévaut.	42
550. — Réfutation de l'opinion contraire	44
551. — Divergences dans la doctrine en ce qui concerne la femme	45
552. — Application de la loi belge, lorsque la loi étrangère s'y réfère	46
553. — Des dispenses d'âge. De qui elles doivent émaner. . .	48

§ II. — *De la condition du consentement des père, mère, ascendants,
ou de ceux qui les remplacent.*

554. — Dispositions de diverses législations	49
555. — Ces consentements sont considérés à tort en Angleterre comme des formes	50
556. — Mariage des Belges en Angleterre, des Anglais en Belgique	51
557. — Les mêmes règles doivent être suivies quant aux con- séquences de l'absence des consentements requis . . .	52

N° 558. — Publications, actes respectueux et oppositions au mariage. La nécessité de ces formes habilitantes dépend de la loi personnelle	54
559. — Conséquences de leur inobservation	55
§ III. — <i>De l'incapacité résultant de l'existence d'un premier mariage.</i>	
560. — En principe une loi prohibitive de ce genre est d'ordre public absolu	56
561. — Mais la question de savoir s'il y a un premier mariage, s'il existe, peut dépendre de la loi étrangère . . .	56
562. — La question de savoir d'après quelle loi la validité du premier mariage doit être appréciée, dépend du point de vue auquel il est critiqué.	58
563. — Applications diverses de ces principes	59
564. — Du mariage des prêtres, spécialement en France et en Belgique	60
565. — Un mariage polygamique étranger peut-il former obstacle à un nouveau mariage en Belgique? Quid si le 1 ^{er} mariage est critiqué à cause de la parenté?. . .	62
§ IV. — <i>Des empêchements naissant de la parenté et de l'alliance.</i>	
566. — Diversité des législations pour certains degrés de parenté.	65
567. — L'incapacité peut tenir à la personne et en même temps à l'ordre public absolu	66
568. — Applications diverses.	68
§ V. — <i>De quelques autres prohibitions de mariage établies par des considérations morales ou par des motifs d'utilité publique.</i>	
569. — Indication de ces prohibitions. Leur nature. Elles suivent cependant la personne en pays étranger . . .	69
570. — Il n'en est pas ainsi de celles qui seraient contraires à notre ordre public, qui reposeraient, par ex., sur des idées d'intolérance en matière religieuse, ou en général sur la loi religieuse	70
571. — Prohibitions de nature économique ou politique . . .	72
572. — Critique de certaines dispositions du projet de révision belge.	73
573. — Suite	74
574. — Appréciation critique des propositions de la Conférence de La Haye	75

SECTION II. — DES FORMES DU MARIAGE.

	PAGES.
N° 575. — Examen des diverses législations quant aux formes du mariage	77
576. — Beaucoup de législations proclament ici expressément la règle <i>locus regit actum</i>	79
577. — Elle est appliquée même aux mariages <i>solo consensu</i>	80
578. — Des législations qui n'admettent pas en matière de mariage la règle <i>locus regit actum</i> . Législation russe, entre autres.	82
579. — Du mariage contracté en Belgique par des étrangers dans la forme religieuse seule admise par leur loi nationale. Il est nul au point de vue de la loi belge. Discussion et opinions diverses.	83
580. — Le projet belge admet, comme les projets allemands, la force impérative de la règle <i>locus regit actum</i> en cette matière	87
581. — Le projet de La Haye préconise des exceptions. Critique de ce projet.	89
582. — Difficultés particulières dans le cas de mariages célébrés dans les pays du Levant, là où il n'y a pas de consul belge, ou dans des pays barbares	92

SECTION III. — DE LA LOI QUI RÉGIT LES EFFETS DU MARIAGE QUANT AUX ÉPOUX ET QUANT AUX ENFANTS.

583. — Il faut appliquer la loi nationale	94
584. — Exceptions qui s'imposent en vertu de l'ordre public absolu	95
585. — Cas où les époux sont de nationalités diverses, par suite du changement de nationalité du mari après le mariage	97
586. — Cas où ils sont dès le principe de nationalités diverses	98
587. — Relations avec les enfants dans le cas de nationalités différentes. Hypothèses diverses. Loi nationale du père	99
588. — Relations entre enfants de nationalités différentes.	100

SECTION IV. — DES NULLITÉS DE MARIAGE ET DU MARIAGE PUTATIF.

589. — La loi qui détermine la cause de nullité régit aussi les effets de celle-ci en principe	102
--	-----

TITRE IV. — *Du divorce et de la séparation de corps.*

SECTION I. — DU DROIT AU DIVORCE ET A LA SÉPARATION DE CORPS.

	PAGES.
N° 590. — Classification des législations en ce qui concerne le divorce et la séparation de corps	105
591. — On appliquera en principe, quant à l'admissibilité de la demande, la loi nationale des époux, ou celle du mari sauf les obstacles d'ordre public	107
592. — Des pays où le divorce n'est point prohibé d'une manière absolue	109
593. — Appréciation du système qui consiste à repousser le divorce comme contraire à l'ordre public absolu. Esprit de la loi française de 1816	111
594. — Il n'est pas exact d'autre part que le droit au divorce, là où il est reconnu, soit d'ordre public absolu.	112
595. — Effets du divorce légalement prononcé	114
596. — En Angleterre on applique la loi du domicile, sauf collusion ou fraude	115
597. — Questions de compétence. La jurisprudence française devient plus large en cette matière	117
598. — L'application de la loi nationale s'impose aussi en principe, quant à la détermination des causes de divorce, sauf lorsque l'ordre public s'y oppose, ou lorsque la loi nationale se réfère à la loi du domicile.	118
599. — Force exclusive de la <i>lex fori</i> sous ce rapport. Examen de diverses questions d'application.	120
600. — Suite : autres questions d'application	123
601. — Cas où la loi nationale exclut ou autorise, contrairement à la <i>lex fori</i> , le divorce ou la séparation par consentement mutuel	124
602. — Il faut examiner les motifs de la <i>lex fori</i>	125
603. — Cas où la <i>lex fori</i> condamne à la fois tout divorce et toute séparation par consentement mutuel.	126
604. — Difficultés de procédure	127

SECTION II. — DES EFFETS DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

605. — Leurs effets principaux.	127
606. — Empêchements de mariage qui résultent du divorce	128
607. — Double aspect de la question. Il faut examiner les motifs des empêchements	129

	PAGES.
N° 608. — Droit à la séparation de corps qui peut résulter du divorce.	130
609. — Quant aux biens on applique généralement la loi nationale. Mais quelle loi nationale? Distinction	131
610. — Critique des résolutions de l'Institut de droit international en cette matière	131
611. — Part excessive faite à la <i>lex fori</i> par le projet de la Conférence de La Haye	133

TITRE V. — *De la paternité et de la filiation.*

612. — En principe il faut appliquer la loi personnelle et spécialement la loi nationale.	136
613. — Cas où l'enfant légitime et son père ne sont point de même nationalité	136
614. — Application de la loi nationale du père, spécialement quant aux présomptions de légitimité et aux causes de désaveu	138
615. — Difficultés particulières en ce qui concerne la filiation naturelle et la reconnaissance. Divergences des législations	139
616. — Opinions diverses des auteurs. Il faut, d'après nous, examiner si le père est capable de reconnaître d'après sa loi nationale	141
617. — Quant à la forme de la reconnaissance, on applique la maxime <i>locus regit actum</i>	144
618. — La règle qui interdit de reconnaître les enfants adultérins ou incestueux est d'ordre public. Il en est de même de celle qui interdit la recherche de la paternité.	145
619. — Dans les pays où elle n'est pas interdite, elle ne pourra être admise que contre celui qui peut être l'objet de cette action d'après sa loi nationale	147
620. — Diversité des lois en ce qui concerne la légitimation.	148
621. — La jurisprudence anglaise applique la loi du domicile des époux au moment du mariage. Jurisprudence française	149
622. — En cas de nationalités différentes des époux, la loi du mari prévaut	151
623. — Il ne faut pas en outre que la légitimation par mariage subséquent soit valable d'après la loi nationale de l'enfant	152

	PAGES.
N° 624. — Inconvénients prétendus du principe	154
625. — La jurisprudence française l'admet en réservant ce qu'elle considère comme d'ordre public absolu	155
626. — Légitimation par rescrit du prince, sentence judiciaire, etc.	156
627. — Opinions diverses sur les conditions de son effet en droit international privé	157
628. — Il faut qu'elle soit valable d'après la loi nationale des parents.	158
629. — Elle doit en théorie produire ses effets partout. . .	160
630. — La loi nationale du père règle ces effets	161
631. — En Angleterre la jurisprudence n'en reconnaît pas les effets quant aux immeubles sis en Angleterre. La doctrine repousse la distinction.	162

TITRE VI. — *De l'adoption et de la tutelle officieuse.*

632. — Ancienneté de l'adoption. Diversité de ses conditions et de ses formes d'après les législations	164
633. — De l'adoption entre personnes de nationalités diverses.	166
634. — Il faut, en tout cas capacité, chez l'adoptant d'après sa loi nationale.	167
635. — On doit aussi prendre en considération dans une certaine mesure la loi nationale de l'adopté	168
636. — De l'adoption entre Belge et étranger en pays étranger. Ses conditions	169
637. — Des formes de l'adoption. Application de la règle <i>locus regit actum</i> aux formes proprement dites	171
638. — Effets de l'adoption régis en général par les lois nationales des deux parties. Dans quel sens	172
639. — Suite et développement.	174
640. — Effets de certaines incapacités édictées par les lois étrangères	175
641. — Doctrine française sur le point de savoir si un étranger peut adopter un Français ou être adopté par lui.	177
642. — Caractères de la tutelle officieuse	178
643. — Loi applicable	179

TITRE VII. — *De la puissance paternelle.*

644. — Son caractère en droit moderne	181
645. — Exagérations du principe	182

	PAGES.
N° 646. — En principe il faut appliquer la loi nationale du père	183
647. — La doctrine anglaise est isolée	184
648. — Si le père et l'enfant sont de nationalités différentes, quelle loi faut-il appliquer spécialement en ce qui touche l'usufruit légal? Doctrine et jurisprudence françaises	185
649. — Examen critique de deux arrêts	187
650. — Distinctions de certains auteurs.	189
651. — Lois d'ordre public absolu pouvant limiter la puissance paternelle.	191

TITRE. VIII. — *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.*

652. — Rappel de la doctrine générale en cette matière	193
653. — Divergences des législations quant à l'âge de la majorité	194
654. — Émancipation et majorité de faveur	195
655. — Effets d'un changement de nationalité sur la majorité acquise et sur la minorité.	196
656. — La loi nationale du mineur détermine quand la tutelle s'ouvre et finit, la nature de la tutelle, les pouvoirs du tuteur	197
657. — La loi nationale du mineur détermine en général les causes d'incapacité et d'exclusion. Prise en considération des lois d'ordre public absolu.	199
658. — Des causes d'exclusion en particulier	202
659. — Loi nationale du tuteur en ce qui touche les excuses et dispenses	202
660. — La loi nationale du mineur détermine s'il y a lieu oui ou non à tutelle	203
661. — Elle fixe le lieu d'ouverture de la tutelle etc... Insuffisance de la règle <i>locus regit actum</i> quant aux formes.	203
662. — Cas où cette observation s'impose. — Exclusion d'autre part quant aux formalités habilitantes	205
663. — Organisation d'une tutelle provisoire.	206
664. — La loi nationale du mineur règle spécialement les droits d'administration et d'aliénation	207
665. — Formes des aliénations. Examen de la jurisprudence et discussion.	208
666. — Suite.	210
667. — Suite : Erreurs des arrêts	211
668. — Autre erreur.	213

	PAGES.
N° 669. — Les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur peuvent être restreints en vertu de l'ordre public absolu	215
670. — La prescription de l'action en reddition de compte peut être soumise à une double loi	216
671. — Diversité du droit positif sur le point de savoir quelle est la loi qui régit les effets de la tutelle. Droit anglais.	217
672. — Appréciation des résolutions de l'Institut de droit international en cette matière	218
673. — Appréciation des propositions de la Conférence de La Haye	221
674. — L'émancipation est régie en général par la loi nationale.	223
675. — Il en est de même de ses effets, sauf les dispositions d'ordre public	223

TITRE IX. — *De l'interdiction et du conseil judiciaire.*

676. — La loi personnelle ou nationale semble appelée à prédominer ici, mais non pas dans la même mesure que pour la tutelle des mineurs	225
677. — La jurisprudence anglo-américaine est contraire. Ses tendances plus récentes.	227
678. — La jurisprudence et la doctrine continentales sont favorables à l'application de la loi personnelle, et même de la loi nationale. Tempérament admis par les tribunaux français	228
679. — Compétence des tribunaux du domicile pour prononcer l'interdiction d'un étranger	230
680. — Leur compétence pour prononcer la main-levée, s'agissant même d'un individu mis en interdiction par les tribunaux de sa nation. Ses limites	233
681. — Les causes sont en général régies par la loi nationale, exceptionnellement par celles de la loi du domicile .	233
682. — Effets du jugement rendu par les tribunaux du domicile. Leurs limites.	235
683. — Application de la loi nationale de l'incapable en ce qui concerne diverses questions.	236
684. — Les étrangers interdits n'ont pas l'hypothèque légale s'agissant d'immeubles situés en Belgique. Elle appartient aux mineurs pourvu qu'elle leur soit reconnue par leur loi nationale	237
685. — Résolutions de l'Institut de droit international en cette matière, et appréciation critique	239

TITRE X. — *De la distinction des biens.*

	PAGES.
N ^o 686. — Application de la <i>lex situs</i> quant à la classification des biens en meubles et immeubles	242
687. — Situation des <i>jura in re</i> ou droits réels.	242
688. — Difficulté d'assigner à certaines choses corporelles une situation. Système de Savigny	243
689. — Situation des choses fongibles, sommes exigibles, actions ou intérêts dans des compagnies de finance ou d'industrie, créances en général	245
690. — Des actions et intérêts des actions spécialement	246
691. — Situation des navires.	247
692. — Classification des meubles en meubles meublants et autres	248
693. — L'application de l'art. 530 du Code civil, déclarant rachetables les rentes foncières perpétuelles, dépend de la situation du bien grevé	249
694. — La <i>lex situs</i> gouverne la classification des biens en biens dépendant du domaine public et autres.	250
695. — Mais l'art. 3, § 2, du Code civil est souvent interprété d'une manière trop rigoureuse	251

TITRE XI. — *De la propriété.*

696. — Aperçu des dispositions du Code civil sur ce point	254
697. — Les lois et règlements restrictifs de la propriété s'appliquent à tous les biens situés dans le pays	254
698. — La loi de la situation régit l'accession des choses mobilières	255
699. — A plus forte raison celle des immeubles	256
700. — Du cas où la chose mobilière subit des déplacements	257

TITRE XII. — *De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.*

701. — Des droits réels sur la chose d'autrui en général	259
702. — On applique en général la <i>lex situs</i> . Système complètement opposé de certains auteurs récents (Fiore, Weiss, etc.). Notre opinion.	260
703. — La <i>lex rei situs</i> règle souverainement ce qui constitue l'essence de l'usufruit et ce qui intéresse le régime économique	261

	PAGES.
N ^o 704. — Des concessions à titre personnel n'altèrent pas l'essence de l'usufruit, lorsqu'elles dépassent le droit de recueillir les fruits	262
705. — De certaines stipulations qui ne seraient point interdites en notre pays	263
706. — Points de contact entre notre opinion et la doctrine de Weiss. Différences	263
707. — Les effets de l'usufruit légal dépendent à la fois de la loi qui l'établit et de la situation des biens . . .	265
708. — Quelle loi régit l'obligation de donner caution . . .	265
709. — Quelle loi régit l'obligation de faire inventaire . . .	267
710. — Des obligations de l'usufruitier en général	268
711. — Le <i>lex situs</i> doit en général régir l'extinction de l'usufruit	268
712. — Il ne prend pas fin par la mort civile s'agissant de biens situés dans notre pays	269
713. — Son terme extrême est toujours 30 ans, s'il s'agit d'une personne morale même étrangère	270
714. — L'usufruit peut cependant avoir une durée moindre que celle fixée par la <i>lex situs</i>	270
715. — Les mêmes principes s'appliquent en général à l'usage et à l'habitation	271

TITRE XIII. — *Des servitudes ou services fonciers, ainsi que des droits d'emphytéose et de superficie.*

716. — On reconnaît presque universellement la prédominance de la <i>lex rei sitae</i> en cette matière. Observation à ce sujet	273
717. — Enumération de certaines dispositions qui doivent toujours être appliquées à titre de lois de la situation	274
718. — Le <i>lex situs</i> s'applique évidemment en ce qui concerne les servitudes dérivant de la situation des lieux	274
719. — Il en est de même des servitudes légales	276
720. — Quant aux servitudes établies par le fait de l'homme, liberté des conventions, sauf les restrictions légales	276
721. — La <i>lex rei sitae</i> détermine limitativement les modes d'acquisition des servitudes réelles	277
722. — Il en est de même en principe des droits du propriétaire du fonds dominant, et de l'extinction des servitudes réelles	278

	PAGES.
N° 723. — Les adversaires de la <i>lex rei sitae</i> l'admettent eux-mêmes par des motifs d'ordre économique	278
724. — Servitudes établies par destination du père de famille. Loi applicable	280
725. — Les droits d'emphytéose et de superficie sont régis législativement en Belgique, mais non en France.	281
726. — Règles générales sur l'application de la <i>lex situs</i> à cet égard.	281

TITRE XIV. — *Des différentes manières dont on acquiert la propriété en général.*

727. — La loi qui les définit s'applique à tous les biens, même meubles, qui se trouvent dans le territoire. La maxime <i>Mobilia sequuntur personam</i> ne reçoit pas d'application ici	284
728. — Mais il ne faut pas exagérer l'application de la <i>lex situs</i>	285
729. — L'attribution des biens sans maître à l'Etat concerne tous les biens situés dans le territoire	286
730. — Il en est de même de l'exclusion du droit d'occupation qui en résulte en principe.	287
731. — Les biens sans maître appartiennent à l'Etat <i>sur le territoire duquel</i> ils se trouvent	287
732. — L'usage des choses communes et le droit d'occupation sont régis par la <i>lex rei sitae</i>	288

TITRE XV. — *Des successions.*

SECTION I. — QUELLE LOI RÉGIT L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS ET LA SAISINE DES HÉRITIERS.

733. — La mort civile ne donne jamais ouverture à la succession en Belgique, quelle que soit la nationalité du <i>de cuius</i>	290
734. — L'application des présomptions de survie dépend de la loi qui régit la succession. Difficulté en cas de successions soumises à des lois diverses	291
735. — C'est d'après cette loi que se détermine la dévolution de la succession, et à qui appartient la saisine, sauf si la saisine est inconnue dans le pays de la situation.	293

SECTION II. — DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER.

	PAGES.
N° 736. — Il faut en général appliquer la loi qui régit la succession.	294
737. — De la mort civile de celui appelé à succéder. . .	295
738. — Des causes d'exclusion ou d'indignité	296

SECTION III. — DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION.

739. — Application de la loi qui régit la succession . . .	298
740. — Cette loi peut se heurter contre l'ordre public. Mais il faut se garder d'exagérer cette notion	298

SECTION IV. — DES SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES.

741. — Application en principe de la loi qui régit la succession. Exception pour les enfants adultérins et incestueux	299
742. — La loi qui régit la succession détermine s'il y a déshérence	300

SECTION V. — DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS.

743. — Application en principe de la loi qui régit la succession notamment en ce qui touche la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire.	301
744. — En ce qui touche la forme et la preuve de l'acceptation : <i>locus regit actum</i>	302
745. — Autres questions régies par la loi qui gouverne la succession ou par la loi du lieu de l'acte.	303
746. — Les conséquences de la renonciation en ce qui touche les cohéritiers, ou héritiers subsidiaires, régies par la loi qui gouverne la succession. Droit des créanciers en vertu de la <i>lex situs</i> , etc.	304
747. — Renonciation à succession future. Ordre public. . .	305
748. — Formes de l'inventaire, <i>locus regit actum</i>	306
749. — Délais d'inventaire, droits de l'héritier, etc... loi qui régit la succession	307
750. — Limitations de la responsabilité, charges etc. . même loi. Quant aux formes de la vente, application de la <i>lex situs</i>	308
751. — La caution peut être exigée en vertu de la loi qui régit la succession, peut-être aussi de la <i>lex situs</i> . .	309

	PAGES.
N° 752. — Droits des créanciers. Une double compétence législative peut être admise.	310
753. — Loi applicable en ce qui concerne l'administration des successions vacantes	312
SECTION VI. — DU PARTAGE, DES RAPPORTS ET DES DETTES.	
754. — Les articles 815 et 816 s'appliquent à tous les biens situés en Belgique. La loi nationale gouverne l'application des art. 817 et 818. Lois applicables en ce qui concerne les dispositions des articles 819, 820, 821.	313
755. — L'art. 822 s'applique même aux successions régies par la loi étrangère. Idem art. 52, n° 4, loi du 25 Mars 1876.	314
756. — Nécessité de conventions internationales pour délimiter les compétences	316
757. — De la loi applicable en ce qui concerne les matières réglées par les art. 823 à 840	317
758. — Le retrait successoral (art. 841) régi par la loi qui gouverne la succession	318
759. — Application des art. 842 à 869 comme lois régissant la succession, sauf les dispositions de pure forme	319
760. — Incertitude de la doctrine et de la jurisprudence quant à l'obligation et à la contribution aux dettes. Opinion de Laurent	320
761. — Critique de ses observations	321
762. — Dernier état du droit ancien.	322
763. — Controverses anciennes spécialement quant à la question de la solidarité entre héritiers.	323
764. — On a fini par appliquer la loi du dernier domicile, ou du lieu d'ouverture de la succession. Conclusion.	324
765. — Cette conclusion est confirmée par l'ensemble des dispositions du Code sur les dettes. Le passif doit donc être régi par la loi nationale ou par celle du dernier domicile	324
766. — Cette conclusion est conforme à celle de Laurent	326
767. — Applications et modifications diverses du principe	327
768. — L'application de l'art. 877 dépend de la loi qui régit la procédure. Celle des art. 878 à 881 dépend aussi de la <i>lex situs</i>	328
769. — L'effet déclaratif du partage dépend de la <i>lex situs</i>	329
770. — Pour le surplus des effets du partage, application de la loi qui régit la succession et, dans une certaine mesure, de la loi du for, ou de la loi tacitement acceptée	330

	PAGES.
N° 771. — Durée de l'action en garantie déterminée par la loi tacitement acceptée	331
772. — Loi applicable aux actions en nullité ou en rescision.	332
773. — Spécialement en ce qui concerne les questions réglées par les art. 891 et 892	333

SECTION VII. — DU PRÉLÈVEMENT.

774. — Raison d'être et objet du prélèvement en général. Critique de ce système	334
775. — Conflit sans issue auquel il peut conduire.	336
776. — Il a lieu quand même il s'agit d'une succession purement mobilière	336
777. — Mais il n'a lieu que si elle est indivise entre Belges et étrangers. Critique de la jurisprudence française	337
778. — La doctrine repousse cette jurisprudence	339
779. — L'étranger privilégié a-t-il droit au prélèvement?	340
780. — Doit-il le subir?	340
781. — L'exclusion à un titre quelconque suffit pour qu'il y ait prélèvement.	342
782. — En Belgique la question est moins douteuse encore qu'en France.	343
783. — Il y a lieu à prélèvement même quand l'exclusion ne résulte qu'indirectement de la loi	345
784. — Il s'exerce même sur les biens mobiliers.	346
785. — Il s'exerce, d'après la Cour de Cassation de France, même sur les valeurs dont le titre seulement se trouve en France	348
786. — A fortiori s'il s'agit d'une succession ouverte en Belgique ou en France	349
787. — Observation particulière sur ce dernier cas	349

TITRE XVI. — *Des donations et des testaments en général.*

788. — Esprit de l'ancien droit : les donations sont envisagées avec défaveur	351
789. — La règle qui interdit les donations de biens à venir a un rapport étroit avec la loi successorale	353
790. — L'art. 896 qui prohibe les substitutions est toujours de statut territorial, et les exceptions que peut subir cette règle sont limitées par la <i>lex rei situs</i>	355

	PAGES.
N° 791. — L'art. 900, réputant non écrites les conditions impossibles, contraires aux lois, etc., est d'ordre public absolu en ce qu'il réproouve ces dernières. Il n'en est pas de même du mode de sanction	356
792. — La capacité proprement dite est régie par la loi nationale du disposant. Cas où elle résulte d'un jugement	357
793. — Des incapacités résultant de la mort civile, des vœux monastiques etc.	358
794. — Distinctions suivant lesquelles la question doit être résolue.	360
795. -- Spécialement quand il s'agit du testament.	362
796. — La loi qui régit la succession décide s'il faut que l'enfant naisse viable pour pouvoir succéder	362
797. — Application de la distinction entre la <i>Handlungsfähigkeit</i> et la <i>Rechtsfähigkeit</i>	363
798. — Conséquences des principes ci-dessus.	365
799. — Doutes en ce qui concerne la capacité de recevoir par donation.	366
800. — L'incapacité de l'art. 907 dépend de la loi nationale du mineur. Elle n'est pas d'ordre public absolu	367
801. — Incapacité des enfants naturels. Loi qui régit la succession des parents	369
802. — Incapacité des enfants adultérins et incestueux. Ordre public absolu	370
803. — Incapacité des médecins-chirurgiens, etc. Application de la loi qui régit la succession	371
804. — Disposition au profit des hospices, des pauvres d'une commune, etc. Observations générales	372
805. — L'Etat et ses subdivisions ont une existence propre qui doit être reconnue partout. Leurs acquisitions à titre gratuit peuvent être subordonnées à une autorisation. Affaire Zappa	373
806. — Personnes morales privées étrangères	376
807. — Sociétés étrangères n'ayant pas la personnification civile, et présomptions d'interposition	377
808. — Incapacités de recevoir résultant d'institutions étrangères contraires à nos lois et à nos mœurs	378
809. — Réfutation d'une thèse de M. Antoine	380
810. — Moment où la capacité doit exister	381
811. — La loi qui régit la succession fixe aussi la réserve et la quotité disponible.	383
812. — Observation sur les effets du prélèvement.	384

	PAGES.
N° 813. — Quant à la succession immobilière, on applique donc la loi de la situation	384
813bis. — Certaines dispositions intéressent toutefois les tiers.	385

TITRE XVII. — *Des donations entre vifs en particulier.*

814. — On applique en général et d'une manière absolue, quant à la forme, la maxime <i>locus regit actum</i> . Forme de l'acceptation spécialement.	387
815. — Acceptation des donations faites à des incapables, à des hospices, etc.	390
816. — De quelle loi dépend la nécessité de la transcription, celle de l'acceptation, etc.	392
817. — De quelle loi dépend la validité de la donation de biens à venir	392
818. — Loi applicable en ce qui concerne la validité de la donation potestative	393
819. — Autres dispositions qui ne concernent pas la forme, bien que placées sous cette rubrique. Loi applicable.	394
820. — La loi qui régit la succession domine s'agissant des réserves de jouissance et d'usufruit, sauf en ce qui touche l'effet vis-à-vis des tiers. Art. 949 à 952.	395
821. — Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité en général. Erreur de Laurent.	395
822. — En quel sens la loi qui établit le principe de l'irrévocabilité, régit les exceptions à ce principe.	396
823. — Conclusion. Influence de la loi personnelle s'agissant d'inexécution des conditions.	398
824. — A quel moment l'irrévocabilité doit être appréciée	399
825. — Révocabilité pour cause d'ingratitude. Loi applicable. Ordre public.	400
826. — Imperfections du système en théorie.	401
827. — Loi dont dépend la révocation pour survenance d'enfants	402
828. — L'effet de la révocation vis-à-vis des tiers peut toujours être limité par la <i>lex situs</i>	403

TITRE XVIII. — *Des testaments en particulier.*

829. — Analyse des dispositions sur la forme. Rien quant aux testaments des étrangers en pays étranger. Conséquences	404
--	-----

	PAGES.
N° 830. — Force impérative de la maxime <i>locus regit actum</i> en cette matière. Elle ne se justifie guères en théorie	405
831. — Forme interdite par la loi personnelle du testateur, régulière d'après la loi locale	406
832. — Caractère impératif de la règle reconnu en jurisprudence française.	407
833. — Formes des testaments des Belges en pays étranger. Renvoi.	408
834. — La nécessité autrefois admise d'une institution d'héritier ne rentre pas dans la forme	409
835. — La règle qui interdit les testaments conjonctifs y rentre	410
836. — Les art. 969 à 980 de pure forme. Des testaments militaires (art. 981 à 984)	411
837. — Observations sur les formes exceptionnelles des articles 985 à 993. Validité de ces testaments	412
838. — Des testaments faits devant les consuls en particulier.	412
839. — Loi compétente pour déterminer la sanction	414
840. — Valeur internationale des classifications établies par les art. 1002 à 1024 du Code civil	414
841. — En général il s'agit de questions d'interprétation. Observations sur la saisine qui est dans une certaine mesure de statut réel	415
842. — La question de jouissance dépend de la volonté du testateur, mais celle-ci doit s'être manifestée dans les formes légales	416
843. — Quelle loi il faut observer en ce qui touche le dépôt du testament, l'action en délivrance et l'envoi en possession	418
844. — De l'obligation aux dettes vis-à-vis des tiers	419
845. — De la contribution aux dettes	420
846. — De l'action en délivrance spécialement.	421
847. — Dans quelle mesure les dispositions des art. 1018 à 1023 rentrent dans le droit supplétif.	422
848. — Examen de la jurisprudence.	424
849. — Du legs de la chose d'autrui en particulier (art. 1021).	425
850. — Observations générales sur la question de savoir quelle loi régit le mandat de l'exécuteur testamentaire	426
851. — De la saisine des exécuteurs, des questions de capacité, etc.	427
852. — Quelle loi régit le droit de révoquer un testament	428
853. — En ce qui touche la forme, on doit appliquer la règle <i>locus regit actum</i> , spécialement la loi du lieu de la révocation	430

	PAGES.
N ^o 854. — Dans quelle mesure l'article 1036 Code civil se rattache à la forme	431
855. — Du maintien des effets de la révocation par un testament postérieur malgré la caducité du nouveau legs, et de la vente de la chose léguée. Loi successorale.	432
856. — Autres questions régies par la loi successorale . .	432
857. — De la loi qui régit la caducité des legs	433

TITRE XIX. — *De quelques dispositions particulières.*

858. — Les exceptions à la règle qui prohibe les substitutions peuvent toujours être limitées par la <i>lex situs</i> . . .	435
859. — Elles peuvent aussi l'être par la loi qui régit la succession.	436
860. — Applications des principes aux questions réglées par les art. 1048 à 1054 Code civil.	437
861. — Combinaison éventuelle de la loi successorale et de la <i>lex situs</i> dans les matières prévues par les articles 1055 à 1074	438
862. — Observations générales sur la compétence législative en matière de partages d'ascendants	439
863. — Application en règle de la loi qui régit la succession. — Exceptions	440
864. — Observations générales sur les donations par contrat de mariage	442
865. — Quant au principe de l'art. 1081, on applique la loi qui régit la donation en général	443
866. — Donations de biens futurs art. 1082. Présomption. — Loi successorale	443
867. — Combinaison de cette loi avec la loi qui régit la forme .	444
868. — La mesure de l'irrévocabilité est déterminée en général d'après la loi qui régit la succession ou la <i>lex situs</i>	446
869. — Autres applications de la loi qui régit la succession art. 1084 à 1086	446
870. — Question de forme résolue par l'art. 1087	447
871. — Observation sur les art. 1088 et 1089	447
872. — En ce qui concerne les art 1091 à 1093, application en général du statut qui régit les conventions matrimoniales. — Loi nationale des époux	448
873. — Il en sera ainsi quant à la disposition de 1093 . .	449
874. — Influence de la loi qui régit la succession sur la fixation de la quotité disponible entre époux . . .	449

	PAGES.
N° 875. — Autres questions d'application	451
876. — Des dispositions entre époux pendant le mariage art. 1096, et de la loi qui les régit quant à leur révocabilité.	452
877. — La capacité pour révoquer dépend en principe de la loi nationale	454
878. — De la non révocation par survenance d'enfants . .	454
879. — Effets du changement de nationalité ou de domicile des époux.	456
880. — Leurs effets dans le cas où il faut s'en référer à la loi qui régit la succession.	457
881. — Examen critique de la jurisprudence	458

TITRE XX. — *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.*

882. — Observation préliminaire	461
883. — De certaines dispositions qui peuvent donner lieu à des conflits	461
884. — Des causes qui vicient le consentement	462
885. — La question de savoir quelle est la loi qui les régit ne dépend pas de l'autonomie	462
886. — Certains auteurs appliquent la règle <i>locus regit actum</i> .	464
887. — La loi du lieu du contrat doit en effet être prise en considération	465
888. — Influence de la loi du lieu de l'exécution	466
889. — Influence de la loi nationale	466
890. — Loi du for en cas de violence ou de dol.	467
891. — Il n'en est pas de même en cas de vice d'erreur .	468
892. — Observations générales sur la lésion. — Lésion des incapables.	469
893. — Lésion entre personnes majeures dans les partages .	470
894. — Lésion dans les ventes immobilières : Motifs de l'art. 1674	470
895. — Application de la <i>lex situs</i>	471
896. — Loi qui régit les conventions vis-à-vis des tiers. — Règles de capacité	472
897. — Choses qui peuvent former l'objet d'un contrat. <i>Lex situs</i>	474
898. — Conditions d'application de l'art. 1129	475
899. — Des choses futures	476
900. — Observations générales sur la cause.	477
901. — Controverse sur la valeur juridique de cette condition de validité	478

TABLE DES MATIÈRES.

611

	PAGES.
902. — Suite	479
903. — Suite	480
904. — Suite	480
905. — De la cause dans les contrats unilatéraux	481
906. — De la cause dans les contrats de bienfaisance	482
907. — Quelle est la loi qui doit être appliquée.	482
908. — Des conventions ayant pour objet la contrebande	484
909. — Observations sur les articles 1134 et 1135 Code civil.	486
910. — Force des usages. Les règles des articles 1156 à 1164 ne sont que des conseils donnés au juge.	486
911. — Elles n'en ont pas moins une sérieuse importance.	487
912. — Loi qui régit la convention quant à son effet trans- latif de propriété vis-à-vis des tiers.	488
913. — Transmission entre parties	489
914. — Des lois qui régissent les conditions, les effets et les formes de la demeure, le cas de transmissions mobilières successives etc.	490
915. — Loi qui régit la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire	491
916. — Il faut en général appliquer la loi qui régit le contrat en vertu de la volonté présumée des parties	492
917. — Il en est de même quant aux dommages-intérêts en général	494
918. — Distinction des intérêts légaux, des intérêts mora- toires, etc.	495
919. — Exemple d'intérêts légaux art. 1652 Code civil. Nature de ces intérêts. Application en général de la loi du lieu fixé pour le paiement	496
920. — Cas où prévaut la loi du for	498
921. — On applique généralement en France aux intérêts moratoires la <i>lex fori</i> . Il faut combiner diverses lois	498
922. — Question régie par la loi du for.	501
923. — Observations sur les limitations des stipulations d'intérêt	501
924. — Portée au point de vue du droit international privé de la règle fixant l'intérêt à forfait.	502
925. — Règles sur l'anatocisme	503
926. — Des lois prohibant la stipulation d'intérêts dépas- sant un certain taux. Droit ancien	504
927. — Controverse en droit moderne. Jurisprudence tolérante	507
928. — Motifs à l'appui	508
929. — Suite	508
930. — Réponse aux objections	509

	PAGES.
N° 931. — Impossibilité de considérer en France les dispositions prohibitives de ce genre comme se rattachant à l'ordre public absolu	510
932. — Application de la loi du lieu fixé pour l'exécution .	511
933. — Du système d'après lequel il faut appliquer la loi du lieu où la somme doit être employée	512
934. — Réfutation de ce système qui fait une part trop grande à l'autonomie. A quel point de vue le lieu d'emploi projeté est important	513
935. — Fixation de ce lieu. Présomptions	515
936. — Portée des règles interprétatives des art. 1156 à 1164. Force des usages	516
937. — En général la loi du for prévaudra. Exception pour l'art. 1160.	517
938. — Système de Brocher. Critique	518
939. — Suite.	519
940. — Ces règles ne sont cependant pas de règles de procédure proprement dites	520
941. — L'admissibilité de l'action Paulienne dépend de la loi du for	521
942. — Observation générale sur les dispositions du Chap. IV. Tome III, livre III du Code civil	521
943. — Portée des articles 1172 et 1173. Opinion de Brocher incertaine	522
944. — Il faut distinguer entre le principe de la nullité et la sanction	523
945. — Il en est autrement de la convention sous une condition illicite.	523
946. — Obligation sous condition potestative. La règle est d'ordre public interne	524
947. — Les art. 1176 et 1177 appartiennent au droit supplétif, l'art. 1178 dans une certaine mesure à l'ordre public absolu	525
948. — Les articles 1181 à 1187 sont du droit supplétif; l'art. 1188 se rattache en partie à l'ordre public. .	526
949. — Les articles 1199, 1206, et 1207 se rattachent également au droit supplétif comme les articles 1189 à 1197 et 1216, et non au droit de procédure	528
950. — En ce qui concerne les questions réglées par les art. 1210 à 1212, ainsi que 1214, al. 1, il faut appliquer la loi qui régit la substance du contrat . . .	529

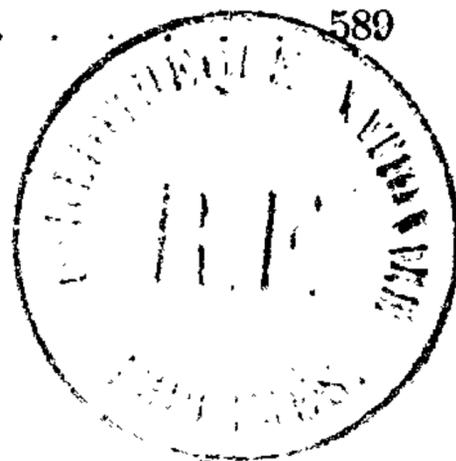
	PAGES.
N° 951. — Il en est de même en principe en ce qui concerne les obligations divisibles et indivisibles	531
952. — La question réglée par l'art. 1225 se rattache aussi au droit supplétif.	531
953. — Il en est de même des diverses espèces d'indivisibilités.	532
954. — Il faut en dire autant des questions qui font l'objet des articles 1226 à 1233	533
955. — De la règle autorisant le juge à réduire la pénalité quand l'obligation a été exécutée en partie	534
956. — L'application des articles 1232 et 1233 peut se heurter contre la loi successorale	535
957. — Observations générales sur la question de savoir quelle est la loi qui régit les causes d'extinction	535
958. — Il faut appliquer généralement la loi qui régit les effets de la convention. Distinctions admissibles quant à la novation et à la confusion.	537
959. — La loi du lieu du paiement régit cependant en général les effets du paiement indû	539
960. — Dispositions du droit fédéral Suisse et conflits avec le droit français	539
961. — Les articles 1236 à 1241 sont de droit supplétif sauf peut-être les art. 1240 et 1238, al. 2	540
962. — L'art. 1242 intéresse les tiers... On applique la loi du lieu du paiement effectif	541
963. — Les articles 1243 à 1248 appartiennent au droit supplétif sauf l'art. 1244, al. 2 (délai de grâce)	541
964. — Réserve pour les questions d'interprétation	542
965. — Espèces au moyen desquelles le paiement peut se faire. Loi du lieu où le paiement devrait se faire, en général	543
966. — Cas de substitution d'un papier monnaie déprécié à la monnaie. Controverse	544
967. — Exemples historiques	545
968. — Stipulation du paiement de l'agio.	546
969. — Emission d'une monnaie ancienne.	547
970. — Loi d'après laquelle on détermine le lieu où doit se faire le paiement	548
971. — Incertitudes de la doctrine	549
972. — De l'exception <i>non numeratae pecuniae</i> , et du <i>beneficium competentiae</i>	550
973. — Des lois moratoires. Discussion.	551
974. — Suite	553

	PAGES.
N° 975. — Suite. Portée de ces lois	553
976. — Suite. Effet international	554
977. — Suite. — Jurisprudence.	556
978. — Dispositions du code Suisse des obligations, et Résolutions de l'Institut. Inconvénients grave de ce système.	557
979. — Nature de la subrogation. Quelle loi en détermine les effets	558
980. — Subrogation conventionnelle-proprement dite. De la condition d'après laquelle elle doit être expresse et faite en même temps que le paiement	559
981. — Autres cas de subrogation prétendument conventionnelle	561
982. -- Des trois premiers cas de subrogation légale	562
983. — Quatrième cas de subrogation légale.	564
984. — D'après quelle loi il faut décider si la subrogation opère contre les cautions, si elle peut nuire au créancier payé partiellement etc.	564
985. — De la loi qui régit l'imputation des paiements.	566
986. — De la loi qui régit les offres de paiement et la consignation.	567
987. -- De la loi qui permet les offres en billets de la Banque nationale	569
988. — Quelle loi régit la cession de biens volontaire, et la cession judiciaire	569
989. - Quelle loi régit la novation en général.	571
990. — L'art. 1279 intéresse le régime des biens. <i>Lex situs</i>	573
991. — Il n'en est pas de même de l'art. 1280, quoiqu'il n'appartienne pas aux éléments libres du contrat	574
992. — Loi qui régit la remise de dette	575
993. — Observations sur la remise des titres	576
994. — Influence de la loi qui régit la solidarité	577
995. — La loi du lieu de l'acte régit l'effet du rachat du cautionnement	577
996. — La compensation doit être admise dès qu'elle existe d'après la <i>lex fori</i>	578
997. — Il suffit toutefois qu'une créance soit éteinte d'après la loi qui la régit.	580
998. — Autres questions où la <i>lex fori</i> doit l'emporter	580
999. — Effets du terme de grâce et règles sur l'imputation	581
1000. — Quelle loi régit l'extinction de la dette par confusion	583
1001. — Dissentiment apparent avec Brocher	584
1002. — Quelle loi régit les effets de la perte de la chose due	584
1003. — Actions en nullité et rescision. Observations générales.	585

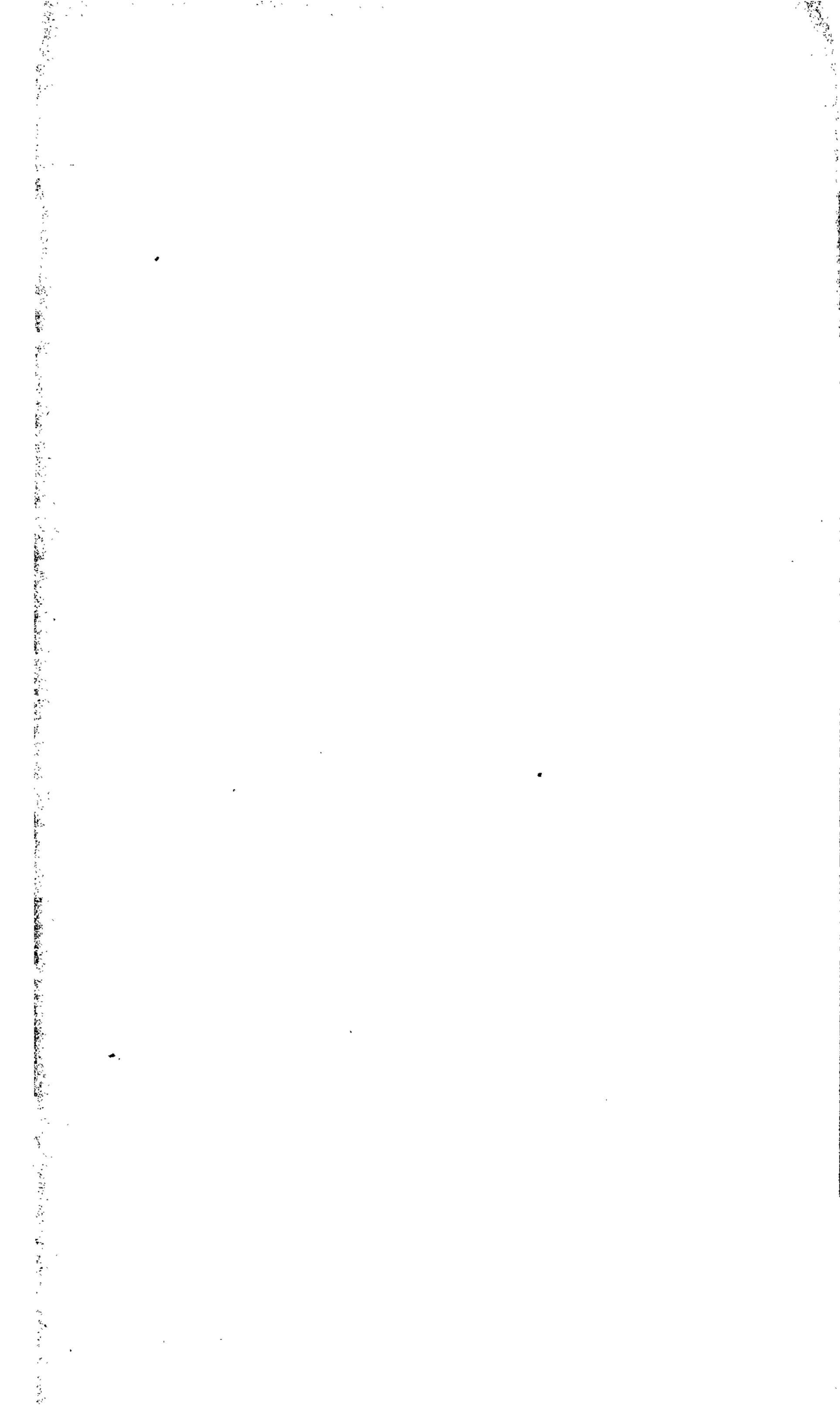
TABLE DES MATIÈRES.

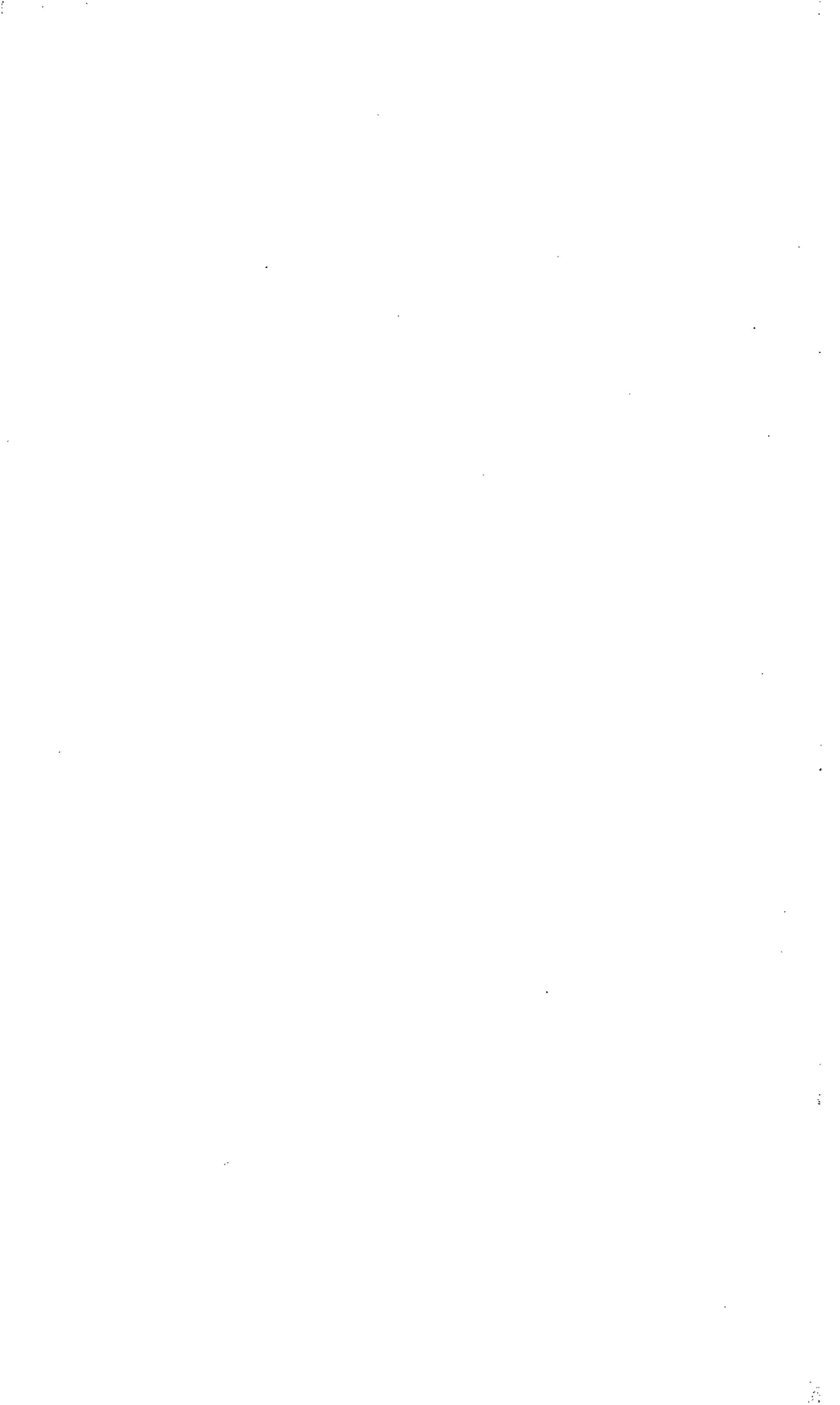
615

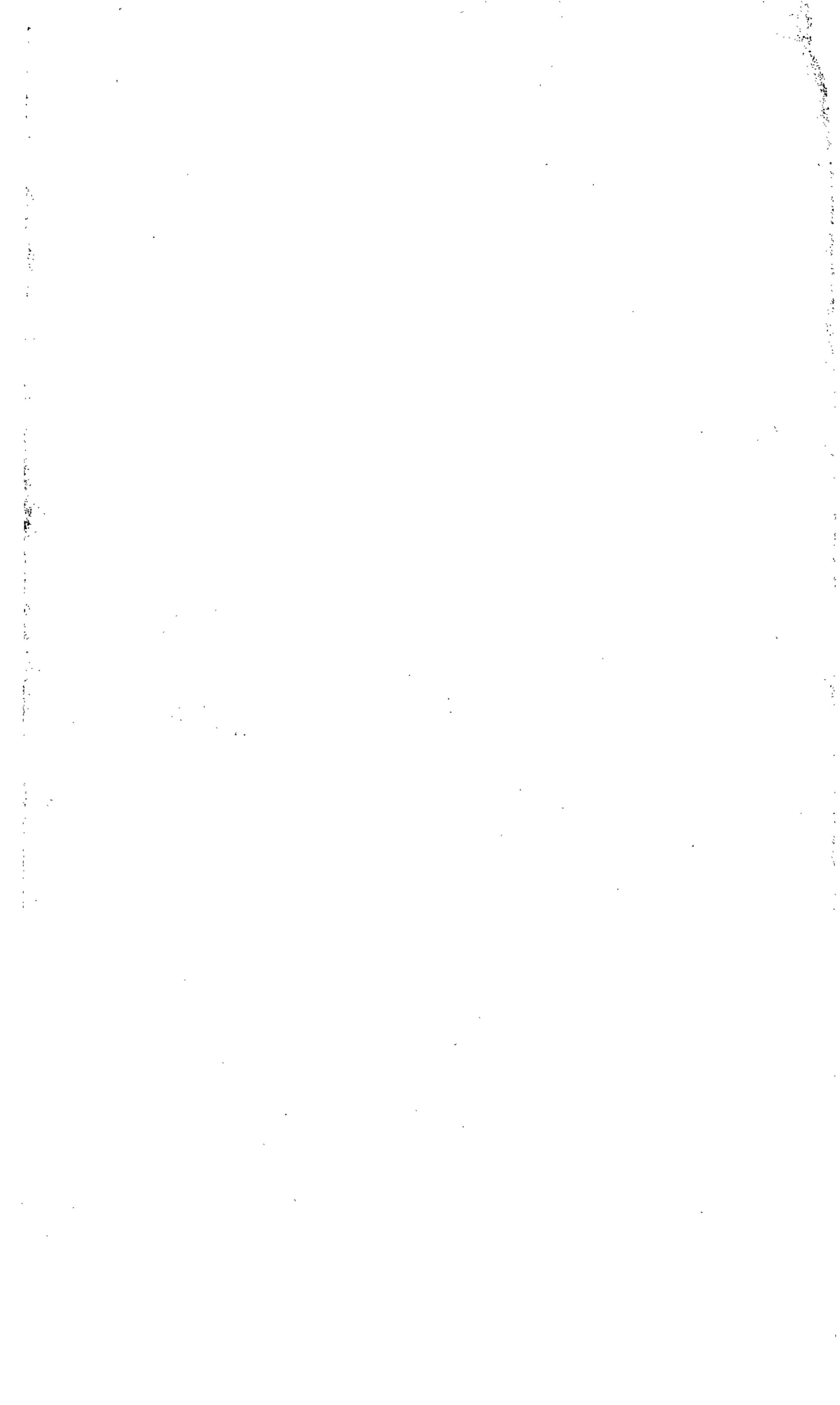
	PAGES.
N° 1004. — En principe on doit appliquer la loi qui régit la cause de la nullité, mais il peut y avoir lieu d'appliquer aussi la <i>lex fori</i>	586
1005. — La <i>lex fori</i> prédomine en ce qui concerne la responsabilité du mineur du chef de délit ou quasi-délit	587
1006. — Quelle loi régit la ratification ou confirmation d'une obligation	588
1007. — La loi nationale doit être appliquée en ce qui concerne les effets de la restitution ou rescision pour incapacité	589

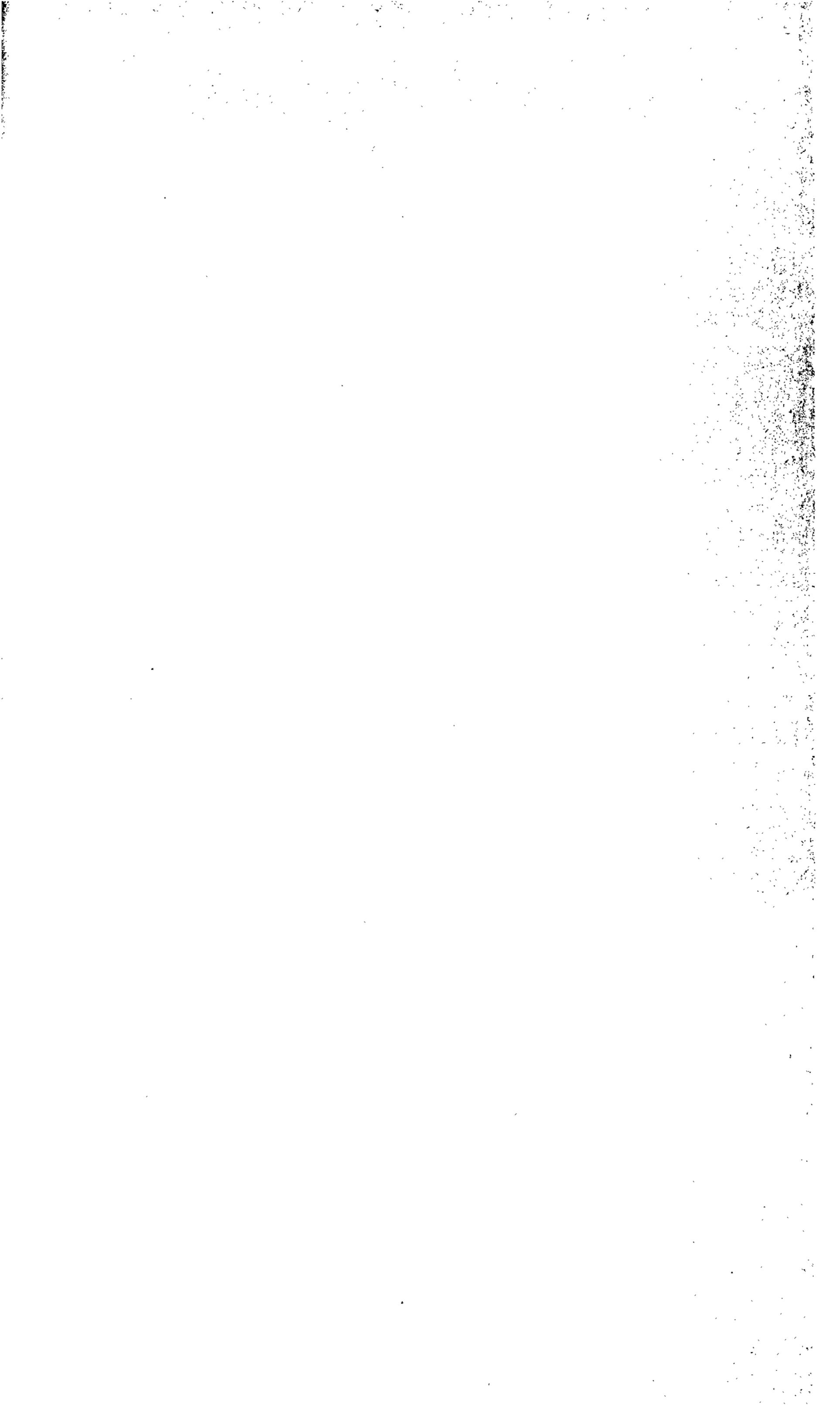


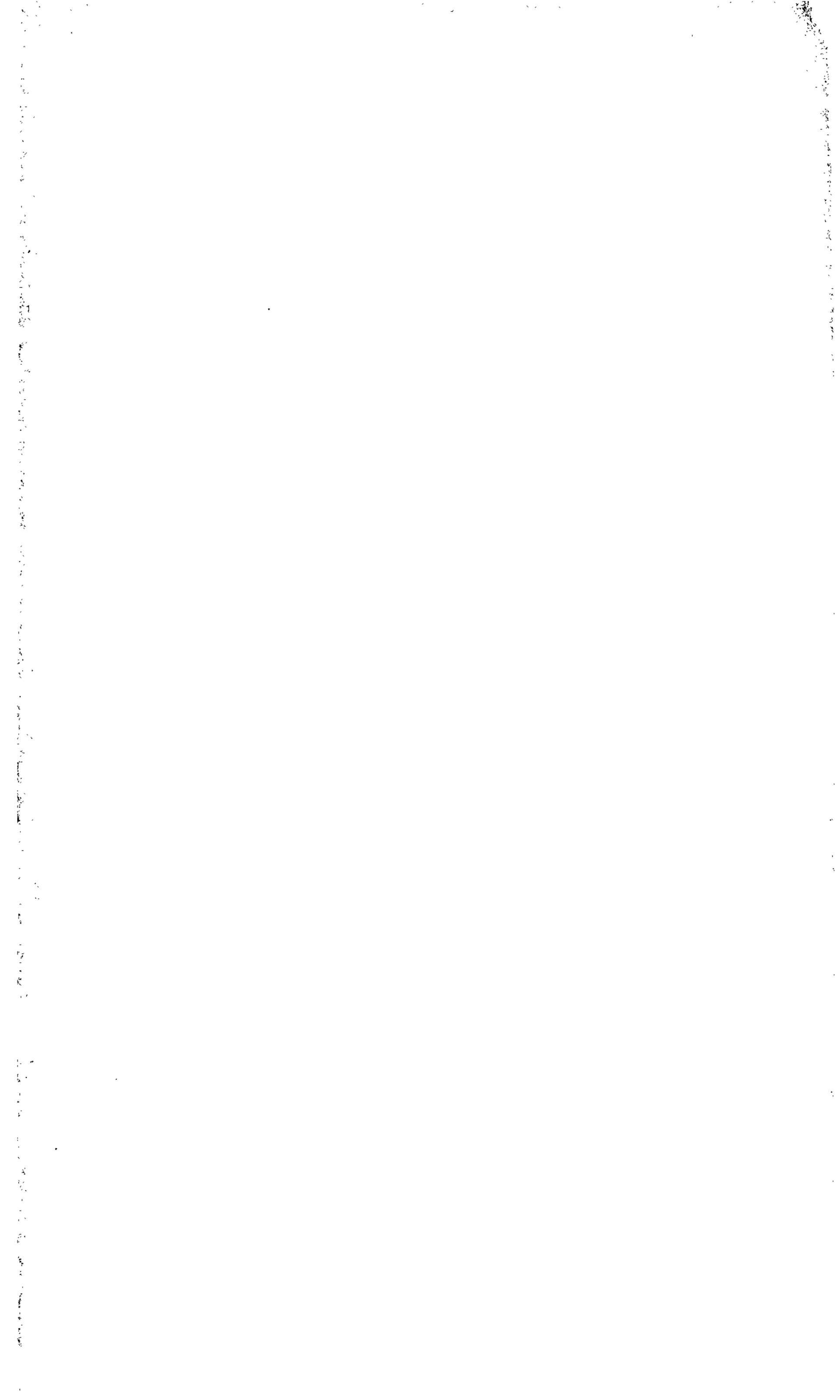
FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU 2^e VOLUME.

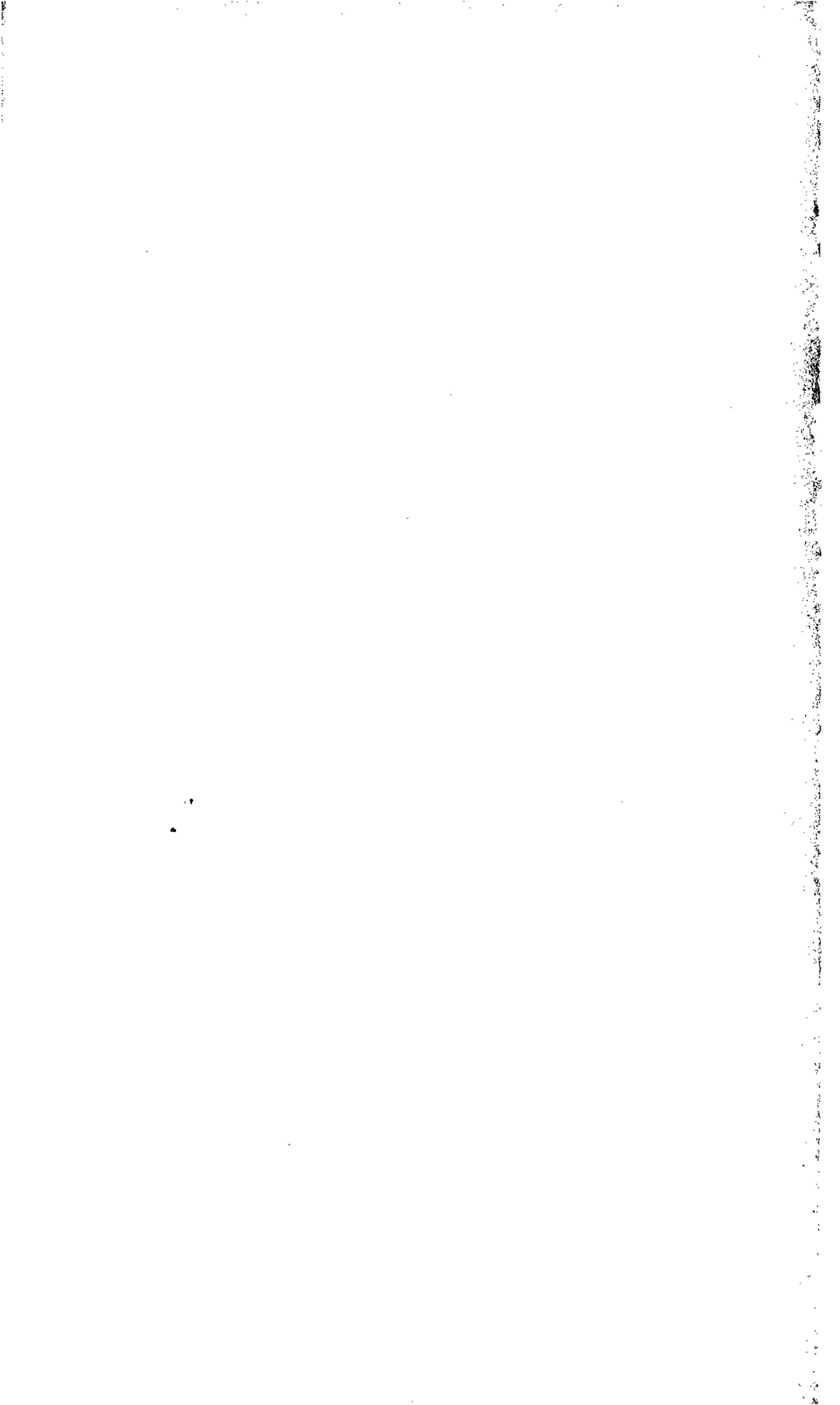












DEUXIEME PARTIE. Application des principes généraux.

N° 523. - Observations préliminaires

TITRE I^{er}. - Des actes de l'état civil.

N° 524. - Principe de l'art. 47 du Code civil. De l'art. 46

N° 525. - Il ne faut pas confondre la force probante de l'acte avec celle de l'expédition

N° 526. - Des actes dressés par les consuls

N° 527. - Des actes de mariage en particulier

N° 528. - Des publications

N° 529. - De la capacité des parties

N° 530. - Le défaut de publications n'entraîne point nullité

N° 531. - Réfutation de l'opinion contraire admise sous certaines restrictions par la jurisprudence

N° 532. - Validité internationale des mariages diplomatiques ou consulaires

N° 533. - Leur validité aux yeux de la loi belge, de la loi française, etc.

N° 534. - Résolutions et délibérations de l'Institut de droit international

N° 535. - Dispositions du projet de revision belge

N° 536. - Des mariages des militaires hors du territoire, et en général des actes de l'état civil qui les concernent

N° 537. - Conventions sur l'échange des actes de l'état civil

TITRE II. - Des absents.

N° 538. - Mesures conservatoires. Lois locales

N° 539. - Deuxième période. Loi du domicile et loi successorale.

N° 540. - Examen et discussion de divers systèmes

N° 541. - Envoi en possession définitive

N° 542. - Effets quant au statut personnel, droits de famille, etc.

N° 543. - Des successions qui viennent à s'ouvrir au profit de l'absent

N° 544. - Questions de compétence, spécialement en ce qui concerne les effets sur le statut personnel

N° 545. - Jurisprudence et doctrine

TITRE III. - Du mariage.

N° 546. - Observations générales

SECTION I. - DES CONDITIONS DE VALIDITE DU MARIAGE EN LA SUBSTANCE.

§ I. - De l'âge.

N° 547. - Dispositions de diverses législations

N° 548. - Loi personnelle, et d'après la tendance du droit moderne, loi nationale

N° 549. - En Angleterre, la loi du domicile prévaut

N° 550. - Réfutation de l'opinion contraire

N° 551. - Divergences dans la doctrine en ce qui concerne la femme

N° 552. - Application de la loi belge, lorsque la loi étrangère s'y réfère

N° 553. - Des dispenses d'âge. De qui elles doivent émaner

§ II. - De la condition du consentement des père, mère, ascendants, ou de ceux qui les remplacent.

N° 554. - Dispositions de diverses législations

N° 555. - Ces consentements sont considérés à tort en Angleterre comme des formes

N° 556. - Mariage des Belges en Angleterre, des Anglais en Belgique

N° 557. - Les mêmes règles doivent être suivies quant aux conséquences de l'absence des consentements requis

N° 558. - Publications, actes respectueux et oppositions au mariage. La nécessité de ces formes habilitantes dépend de la loi personnelle

N° 559. - Conséquences de leur inobservation

§ III. - De l'incapacité résultant de l'existence d'un premier mariage.

N° 560. - En principe une loi prohibitive de ce genre est d'ordre public absolu

N° 561. - Mais la question de savoir s'il y a un premier mariage, s'il existe, peut dépendre de la loi étrangère

N° 562. - La question de savoir d'après quelle loi la validité du premier mariage doit être appréciée, dépend du point de vue auquel il est critiqué

N° 563. - Applications diverses de ces principes

N° 564. - Du mariage des prêtres, spécialement en France et en Belgique

N° 565. - Un mariage polygamique étranger peut-il former obstacle à un nouveau mariage en Belgique? Quid si le 1^{er} mariage est critiqué à cause de la parenté?

§ IV. - Des empêchements naissant de la parenté et de l'alliance.

N° 566. - Diversité des législations pour certains degrés de parenté

N° 567. - L'incapacité peut tenir à la personne et en même temps à l'ordre public absolu

N° 568. - Applications diverses

§ V. - De quelques autres prohibitions de mariage établies par des considérations morales ou par des motifs d'utilité publique.

N° 569. - Indication de ces prohibitions. Leur nature. Elles suivent cependant la personne en pays étranger

N° 570. - Il n'en est pas ainsi de celles qui seraient contraires à notre ordre public, qui reposeraient, par ex., sur des idées d'intolérance en matière religieuse, ou en général sur la loi religieuse

N° 571. - Prohibitions de nature économique ou politique

N° 572. - Critique de certaines dispositions du projet de revision belge

N° 573. - Suite

N° 574. - Appréciation critique des propositions de la Conférence de La Haye

SECTION II. - DES FORMES DU MARIAGE.

N° 575. - Examen des diverses législations quant aux formes du mariage

N° 576. - Beaucoup de législations proclament ici expressément la règle *locus regit actum*

N° 577. - Elle est appliquée même aux mariages solo consensu

N° 578. - Des législations qui n'admettent pas en matière de mariage la règle *locus regit actum*. Législation russe, entre autres

N° 579. - Du mariage contracté en Belgique par des étrangers dans la forme religieuse seule admise par leur loi nationale. Il est nul au point de vue de la loi belge.

Discussion et opinions diverses

N° 580. - Le projet belge admet, comme les projets allemands, la force impérative de la règle *locus regit actum* en cette matière

N° 581. - Le projet de La Haye préconise des exceptions. Critique de ce projet

N° 582. - Difficultés particulières dans le cas de mariages célébrés dans les pays du Levant, là où il n'y a pas de consul belge, ou dans des pays barbares

SECTION III. - DE LA LOI QUI REGIT LES EFFETS DU MARIAGE QUANT AUX EPOUX ET QUANT AUX ENFANTS.

N° 583. - Il faut appliquer la loi nationale

N° 584. - Exceptions qui s'imposent en vertu de l'ordre public absolu

N° 585. - Cas où les époux sont de nationalités diverses, par suite du changement de nationalité du mari après le mariage

N° 586. - Cas où ils sont dès le principe de nationalités diverses

N° 587. - Relations avec les enfants dans le cas de nationalités différentes. Hypothèses diverses. Loi nationale du père

N° 588. - Relations entre enfants de nationalités différentes

SECTION IV. - DES NULLITES DE MARIAGE ET DU MARIAGE PUTATIF.

N° 589. - La loi qui détermine la cause de nullité régit aussi les effets de celle-ci en principe

TITRE IV. - Du divorce et de la séparation de corps.

SECTION I. - DU DROIT AU DIVORCE ET A LA SEPARATION DE CORPS.

N° 590. - Classification des législations en ce qui concerne le divorce et la séparation de corps

N° 591. - On appliquera en principe, quant à l'admissibilité de la demande, la loi nationale des époux, ou celle du mari sauf les obstacles d'ordre public

N° 592. - Des pays où le divorce n'est point prohibé d'une manière absolue

N° 593. - Appréciation du système qui consiste à repousser le divorce comme contraire à l'ordre public absolu. Esprit de la loi française de 1816

N° 594. - Il n'est pas exact d'autre part que le droit au divorce, là où il est reconnu, soit d'ordre public absolu

N° 595. - Effets du divorce légalement prononcé

N° 596. - En Angleterre on applique la loi du domicile, sauf collusion ou fraude

N° 597. - Questions de compétence. La jurisprudence française devient plus large en cette matière

N° 598. - L'application de la loi nationale s'impose aussi en principe, quant à la détermination des causes de divorce, sauf lorsque l'ordre public s'y oppose, ou lorsque la loi nationale se réfère à la loi du domicile

N° 599. - Force exclusive de la *lex fori* sous ce rapport. Examen de diverses questions d'application

N° 600. - Suite: autres questions d'application

N° 601. - Cas où la loi nationale exclut ou autorise, contrairement à la *lex fori*, le divorce ou la séparation par consentement mutuel

N° 602. - Il faut examiner les motifs de la *lex fori*

N° 603. - Cas où la *lex fori* condamne à la fois tout divorce et toute séparation par consentement mutuel

N° 604. - Difficultés de procédure

SECTION II. - DES EFFETS DU DIVORCE ET DE LA SEPARATION DE CORPS.

N° 605. - Leurs effets principaux

N° 606. - Empêchements de mariage qui résultent du divorce

N° 607. - Double aspect de la question. Il faut examiner les motifs des empêchements

N° 608. - Droit à la séparation de corps qui peut résulter du divorce

N° 609. - Quant aux biens on applique généralement la loi nationale. Mais quelle loi nationale? Distinction

N° 610. - Critique des résolutions de l'Institut de droit international en cette matière

N° 611. - Part excessive faite à la *lex fori* par le projet de la Conférence de La Haye

TITRE V. - De la paternité et de la filiation.

N° 612. - En principe il faut appliquer la loi personnelle et spécialement la loi nationale

N° 613. - Cas où l'enfant légitime et son père ne sont point de même nationalité

N° 614. - Application de la loi nationale du père, spécialement quant aux présomptions de légitimité et aux causes de désaveu

N° 615. - Difficultés particulières en ce qui concerne la filiation naturelle et la reconnaissance. Divergences des législations

N° 616. - Opinions diverses des auteurs. Il faut, d'après nous, examiner si le père est capable de reconnaître d'après sa loi nationale

N° 617. - Quant à la forme de la reconnaissance, on applique la maxime *locus regit actum*

N° 618. - La règle qui interdit de reconnaître les enfants adultérins ou incestueux est d'ordre public. Il en est de même de celle qui interdit la recherche de la paternité

N° 619. - Dans les pays où elle n'est pas interdite, elle ne pourra être admise que contre celui qui peut être l'objet de cette action d'après sa loi nationale

N° 620. - Diversité des lois en ce qui concerne la légitimation

N° 621. - La jurisprudence anglaise applique la loi du domicile des époux au moment du mariage. Jurisprudence française

N° 622. - En cas de nationalités différentes des époux, la loi du mari prévaut

N° 623. - Il ne faut pas en outre que la légitimation par mariage subséquent soit valable d'après la loi nationale de l'enfant

N° 624. - Inconvénients prétendus du principe

N° 625. - La jurisprudence française l'admet en réservant ce qu'elle considère comme d'ordre public absolu

N° 626. - Légitimation par rescrit du prince, sentence judiciaire, etc.

N° 627. - Opinions diverses sur les conditions de son effet en droit international privé

N° 628. - Il faut qu'elle soit valable d'après la loi nationale des parents

N° 629. - Elle doit en théorie produire ses effets partout

N° 630. - La loi nationale du père règle ces effets

N° 631. - En Angleterre la jurisprudence n'en reconnaît pas les effets quant aux immeubles sis en Angleterre. La doctrine repousse la distinction

TITRE VI. - De l'adoption et de la tutelle officieuse.

N° 632. - Ancienneté de l'adoption. Diversité de ses conditions et de ses formes d'après les législations

N° 633. - De l'adoption entre personnes de nationalités diverses

N° 634. - Il faut, en tout cas capacité, chez l'adoptant d'après sa loi nationale

N° 635. - On doit aussi prendre en considération dans une certaine mesure la loi nationale de l'adopté

N° 636. - De l'adoption entre Belge et étranger en pays étranger. Ses conditions

N° 637. - Des formes de l'adoption. Application de la règle *locus regit actum* aux formes proprement dites

N° 638. - Effets de l'adoption régis en général par les lois nationales des deux parties. Dans quel sens

N° 639. - Suite et développement

N° 640. - Effets de certaines incapacités édictées par les lois étrangères

N° 641. - Doctrine française sur le point de savoir si un étranger peut adopter un Français ou être adopté par lui

N° 642. - Caractères de la tutelle officieuse

N° 643. - Loi applicable

TITRE VII. - De la puissance paternelle.

N° 644. - Son caractère en droit moderne

N° 645. - Exagérations du principe

N° 646. - En principe il faut appliquer la loi nationale du père

N° 647. - La doctrine anglaise est isolée

N° 648. - Si le père et l'enfant sont de nationalités différentes, quelle loi faut-il appliquer spécialement en ce qui touche l'usufruit légal? Doctrine et jurisprudence françaises

N° 649. - Examen critique de deux arrêts

N° 650. - Distinctions de certains auteurs

N° 651. - Lois d'ordre public absolu pouvant limiter la puissance paternelle

TITRE VIII. - De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

N° 652. - Rappel de la doctrine générale en cette matière

N° 653. - Divergences des législations quant à l'âge de la majorité

N° 654. - Emancipation et majorité de faveur

N° 655. - Effets d'un changement de nationalité sur la majorité acquise et sur la minorité

N° 656. - La loi nationale du mineur détermine quand la tutelle s'ouvre et finit, la nature de la tutelle, les pouvoirs du tuteur

N° 657. - La loi nationale du mineur détermine en général les causes d'incapacité et d'exclusion. Prise en considération des lois d'ordre public absolu

N° 658. - Des causes d'exclusion en particulier

N° 659. - Loi nationale du tuteur en ce qui touche les excuses et dispenses

N° 660. - La loi nationale du mineur détermine s'il y a lieu oui ou non à tutelle

N° 661. - Elle fixe le lieu d'ouverture de la tutelle etc... Insuffisance de la règle *locus regit actum* quant aux formes

N° 662. - Cas où cette observation s'impose. - Exclusion d'autre part quant aux formalités habilitantes

N° 663. - Organisation d'une tutelle provisoire

N° 664. - La loi nationale du mineur règle spécialement les droits d'administration et d'aliénation

N° 665. - Formes des aliénations. Examen de la jurisprudence et discussion

N° 666. - Suite

N° 667. - Suite: Erreurs des arrêts

N° 668. - Autre erreur

N° 669. - Les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur peuvent être restreints en vertu de l'ordre public absolu

N° 670. - La prescription de l'action en reddition de compte peut être soumise à une double loi

N° 671. - Diversité du droit positif sur le point de savoir quelle est la loi qui régit les effets de la tutelle. Droit anglais

N° 672. - Appréciation des résolutions de l'Institut de droit international en cette matière

N° 673. - Appréciation des propositions de la Conférence de La Haye

N° 674. - L'émancipation est régie en général par la loi nationale

N° 675. - Il en est de même de ses effets, sauf les dispositions d'ordre public

TITRE IX. - De l'interdiction et du conseil judiciaire.

N° 676. - La loi personnelle ou nationale semble appelée à prédominer ici, mais non pas dans la même mesure que pour la tutelle des mineurs

N° 677. - La jurisprudence anglo-américaine est contraire. Ses tendances plus récentes

N° 678. - La jurisprudence et la doctrine continentales sont favorables à l'application de la loi personnelle, et même de la loi nationale. Tempérament admis par les tribunaux français

N° 679. - Compétence des tribunaux du domicile pour prononcer l'interdiction d'un étranger

N° 680. - Leur compétence pour prononcer la main-levée, s'agissant même d'un individu mis en interdiction par les tribunaux de sa nation. Ses limites

N° 681. - Les causes sont en général régies par la loi nationale, exceptionnellement par celles de la loi du domicile

N° 682. - Effets du jugement rendu par les tribunaux du domicile. Leurs limites

N° 683. - Application de la loi nationale de l'incapable en ce qui concerne diverses questions

N° 684. - Les étrangers interdits n'ont pas l'hypothèque légale s'agissant d'immeubles situés en Belgique. Elle appartient aux mineurs pourvu qu'elle leur soit reconnue par leur loi nationale

N° 685. - Résolutions de l'Institut de droit international en cette matière, et appréciation critique

TITRE X. - De la distinction des biens.

N° 686. - Application de la *lex situs* quant à la classification des biens en meubles et immeubles

N° 687. - Situation des *jura in re* ou droits réels

N° 688. - Difficulté d'assigner à certaines choses corporelles une situation. Système de Savigny

N° 689. - Situation des choses fongibles, sommes exigibles, actions ou intérêts dans des compagnies de finance ou d'industrie, créances en général

N° 690. - Des actions et intérêts des actions spécialement

N° 691. - Situation des navires

N° 692. - Classification des meubles en meubles meublants et autres

N° 693. - L'application de l'art. 530 du Code civil, déclarant rachetables les rentes foncières perpétuelles, dépend de la situation du bien grevé

N° 694. - La *lex situs* gouverne la classification des biens en biens dépendant du domaine public et autres

N° 695. - Mais l'art. 3, § 2, du Code civil est souvent interprété d'une manière trop rigoureuse

TITRE XI. - De la propriété.

N° 696. - Aperçu des dispositions du Code civil sur ce point

N° 697. - Les lois et règlements restrictifs de la propriété s'appliquent à tous les biens situés dans le pays

N° 698. - La loi de la situation régit l'accession des choses mobilières

N° 699. - A plus forte raison celle des immeubles

N° 700. - Du cas où la chose mobilière subit des déplacements

TITRE XII. - De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.

N° 701. - Des droits réels sur la chose d'autrui en général

N° 702. - On applique en général la *lex situs*. Système complètement opposé de certains auteurs récents (Fiore, Weiss, etc.). Notre opinion

N° 703. - La *lex rei situs* règle souverainement ce qui constitue l'essence de l'usufruit et ce qui intéresse le régime économique

N° 704. - Des concessions à titre personnel n'altèrent pas l'essence de l'usufruit, lorsqu'elles dépassent le droit de recueillir les fruits

N° 705. - De certaines stipulations qui ne seraient point interdites en notre pays

N° 706. - Points de contact entre notre opinion et la doctrine de Weiss. Différences

N° 707. - Les effets de l'usufruit légal dépendent à la fois de la loi qui l'établit et de la situation des biens

N° 708. - Quelle loi régit l'obligation de donner caution

N° 709. - Quelle loi régit l'obligation de faire inventaire

N° 710. - Des obligations de l'usufruitier en général

N° 711. - Le *lex situs* doit en général régir l'extinction de l'usufruit

N° 712. - Il ne prend pas fin par la mort civile s'agissant de biens situés dans notre pays

N° 713. - Son terme extrême est toujours 30 ans, s'il s'agit d'une personne morale même étrangère

N° 714. - L'usufruit peut cependant avoir une durée moindre que celle fixée par la *lex situs*

N° 715. - Les mêmes principes s'appliquent en général à l'usage et à l'habitation

TITRE XIII. - Des servitudes ou services fonciers, ainsi que des droits d'emphytéose et de superficie.

N° 716. - On reconnaît presque universellement la prédominance de la *lex rei sitae* en cette matière. Observation à ce sujet

N° 717. - Enumération de certaines dispositions qui doivent toujours être appliquées à titre de lois de la situation

N° 718. - Le *lex situs* s'applique évidemment en ce qui concerne les servitudes dérivant de la situation des lieux

N° 719. - Il en est de même des servitudes légales

N° 720. - Quant aux servitudes établies par le fait de l'homme, liberté des conventions, sauf les restrictions légales

N° 721. - La *lex rei sitae* détermine limitativement les modes d'acquisition des servitudes réelles

N° 722. - Il en est de même en principe des droits du propriétaire du fonds dominant, et de l'extinction des servitudes réelles

N° 723. - Les adversaires de la *lex rei sitae* l'admettent eux-mêmes par des motifs d'ordre économique

N° 724. - Servitudes établies par destination du père de famille. Loi applicable

N° 725. - Les droits d'emphytéose et de superficie sont régis législativement en Belgique, mais non en France

N° 726. - Règles générales sur l'application de la *lex situs* à cet égard

TITRE XIV. - Des différentes manières dont on acquiert la propriété en général.

N° 727. - La loi qui les définit s'applique à tous les biens, même meubles, qui se trouvent dans le territoire. La maxime *Mobilia sequuntur personam* ne reçoit pas d'application ici

N° 728. - Mais il ne faut pas exagérer l'application de la *lex situs*

N° 729. - L'attribution des biens sans maître à l'Etat concerne tous les biens situés dans le territoire

N° 730. - Il en est de même de l'exclusion du droit d'occupation qui en résulte en principe

N° 731. - Les biens sans maître appartiennent à l'Etat *sur le territoire duquel* ils se trouvent

N° 732. - L'usage des choses communes et le droit d'occupation sont régis par la *lex rei sitae*

TITRE XV. - Des successions.

SECTION I. - QUELLE LOI REGIT L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS ET LA SAISINE DES HERITIERS.

N° 733. - La mort civile ne donne jamais ouverture à la succession en Belgique, quelle que soit la nationalité du *de cuius*

N° 734. - L'application des présomptions de survie dépend de la loi qui régit la succession. Difficulté en cas de successions soumises à des lois diverses

N° 735. - C'est d'après cette loi que se détermine la dévolution de la succession, et à qui appartient la saisine, sauf si la saisine est inconnue dans le pays de la situation

SECTION II. - DES QUALITES REQUISES POUR SUCCEDER.

N° 736. - Il faut en général appliquer la loi qui régit la succession

N° 737. - De la mort civile de celui appelé à succéder

N° 738. - Des causes d'exclusion ou d'indignité

SECTION III. - DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION.

N° 739. - Application de la loi qui régit la succession

N° 740. - Cette loi peut se heurter contre l'ordre public. Mais il faut se garder d'exagérer cette notion

SECTION IV. - DES SUCCESSIONS IRREGULIERES.

N° 741. - Application en principe de la loi qui régit la succession. Exception pour les enfants adultérins et incestueux

N° 742. - La loi qui régit la succession détermine s'il y a déshérence

SECTION V. - DE L'ACCEPTATION ET DE LA REPUDIATION DES SUCCESSIONS.

N° 743. - Application en principe de la loi qui régit la succession notamment en ce qui touche la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire

N° 744. - En ce qui touche la forme et la preuve de l'acceptation: *locus regit actum*

N° 745. - Autres questions régies par la loi qui gouverne la succession ou par la loi du lieu de l'acte

N° 746. - Les conséquences de la renonciation en ce qui touche les cohéritiers, ou héritiers subsidiaires, régies par la loi qui gouverne la succession. Droit des créanciers en vertu de la *lex situs*, etc.

N° 747. - Renonciation à succession future. Ordre public

N° 748. - Formes de l'inventaire, *locus regit actum*

N° 749. - Délais d'inventaire, droits de l'héritier, etc... loi qui régit la succession

N° 750. - Limitations de la responsabilité, charges etc.. même loi. Quant aux formes de la vente, application de la *lex situs*

N° 751. - La caution peut être exigée en vertu de la loi qui régit la succession, peut-être aussi de la *lex situs*

N° 752. - Droits des créanciers. Une double compétence législative peut être admise

753. - Loi applicable en ce qui concerne l'administration des successions vacantes

SECTION VI. - DU PARTAGE, DES RAPPORTS ET DES DETTES.

N° 754. - Les articles 815 et 816 s'appliquent à tous les biens situés en Belgique. La loi nationale gouverne l'application des art. 817 et 818. Lois applicables en ce qui concerne les dispositions des articles 819, 820, 821

N° 755. - L'art. 822 s'applique même aux successions régies par la loi étrangère. Idem art. 52, n° 4, loi du 25 Mars 1876

N° 756. - Nécessité de conventions internationales pour délimiter les compétences

N° 757. - De la loi applicable en ce qui concerne les matières réglées par les art. 823 à 840

N° 758. - Le retrait successoral (art. 841) régi par la loi qui gouverne la succession

N° 759. - Application des art. 842 à 869 comme lois régissant la succession, sauf les dispositions de pure forme

N° 760. - Incertitude de la doctrine et de la jurisprudence quant à l'obligation et à la contribution aux dettes. Opinion de Laurent

N° 761. - Critique de ses observations

N° 762. - Dernier état du droit ancien

N° 763. - Controverses anciennes spécialement quant à la question de la solidarité entre héritiers

N° 764. - On a fini par appliquer la loi du dernier domicile, ou du lieu d'ouverture de la succession. Conclusion

N° 765. - Cette conclusion est confirmée par l'ensemble des dispositions du Code sur les dettes. Le passif doit donc être régi par la loi nationale ou par celle du dernier domicile

N° 766. - Cette conclusion est conforme à celle de Laurent

N° 767. - Applications et modifications diverses du principe

N° 768. - L'application de l'art. 877 dépend de la loi qui régit la procédure. Celle des art. 878 à 881 dépend aussi de la *lex situs*

N° 769. - L'effet déclaratif du partage dépend de la *lex situs*

N° 770. - Pour le surplus des effets du partage, application de la loi qui régit la succession et, dans une certaine mesure, de la loi du for, ou de la loi tacitement acceptée

N° 771. - Durée de l'action en garantie déterminée par la loi tacitement acceptée

N° 772. - Loi applicable aux actions en nullité ou en rescision

N° 773. - Spécialement en ce qui concerne les questions réglées par les art. 891 et 892

SECTION VII. - DU PRELEVEMENT.

N° 774. - Raison d'être et objet du prélèvement en général. Critique de ce système

N° 775. - Conflit sans issue auquel il peut conduire

N° 776. - Il a lieu quand même il s'agit d'une succession purement mobilière

N° 777. - Mais il n'a lieu que si elle est indivise entre Belges et étrangers. Critique de la jurisprudence française

N° 778. - La doctrine repousse cette jurisprudence

N° 779. - L'étranger privilégié a-t-il droit au prélèvement?

N° 780. - Doit-il le subir?

N° 781. - L'exclusion à un titre quelconque suffit pour qu'il y ait prélèvement

N° 782. - En Belgique la question est moins douteuse encore qu'en France

N° 783. - Il y a lieu à prélèvement même quand l'exclusion ne résulte qu'indirectement de la loi

N° 784. - Il s'exerce même sur les biens mobiliers

N° 785. - Il s'exerce, d'après la Cour de Cassation de France, même sur les valeurs dont le titre seulement se trouve en France

N° 786. - A fortiori s'il s'agit d'une succession ouverte en Belgique ou en France

N° 787. - Observation particulière sur ce dernier cas

TITRE XVI. - Des donations et des testaments en général.

N° 788. - Esprit de l'ancien droit: les donations sont envisagées avec défaveur

N° 789. - La règle qui interdit les donations de biens à venir a un rapport étroit avec la loi successorale

N° 790. - L'art. 896 qui prohibe les substitutions est toujours de statut territorial, et les exceptions que peut subir cette règle sont limitées par la *lex rei situs*

N° N° 791.- L'art. 900, réputant non écrites les conditions impossibles, contraires aux lois, etc., est d'ordre public absolu en ce qu'il réprovoque ces dernières. Il n'en est pas de même du mode de sanction

N° 792.- La capacité proprement dite est régie par la loi nationale du disposant. Cas où elle résulte d'un jugement

N° 793.- Des incapacités résultant de la mort civile, des voeux monastiques etc.

N° 794.- Distinctions suivant lesquelles la question doit être résolue

N° 795.- Spécialement quand il s'agit du testament

N° 796.- La loi qui régit la succession décide s'il faut que l'enfant naisse viable pour pouvoir succéder

N° 797.- Application de la distinction entre la *Handlungsfähigkeit* et la *Rechtsfähigkeit*

N° 798.- Conséquences des principes ci-dessus

N° 799.- Doutes en ce qui concerne la capacité de recevoir par donation

N° 800.- L'incapacité de l'art. 907 dépend de la loi nationale du mineur. Elle n'est pas d'ordre public absolu

N° 801.- Incapacité des enfants naturels. Loi qui régit la succession des parents

N° 802.- Incapacité des enfants adultérins et incestueux. Ordre public absolu

N° 803.- Incapacité des médecins-chirurgiens, etc. Application de la loi qui régit la succession

N° 804.- Disposition au profit des hospices, des pauvres d'une commune, etc. Observations générales

N° 805.- L'Etat et ses subdivisions ont une existence propre qui doit être reconnue partout. Leurs acquisitions à titre gratuit peuvent être subordonnées à une autorisation.

Affaire Zappa

N° 806.- Personnes morales privées étrangères

N° 807.- Sociétés étrangères n'ayant pas la personnification civile, et présomptions d'interposition

N° 808.- Incapacités de recevoir résultant d'institutions étrangères contraires à nos lois et à nos mœurs

N° 809.- Réfutation d'une thèse de M. Antoine

N° 810.- Moment où la capacité doit exister

N° 811.- La loi qui régit la succession fixe aussi la réserve et la quotité disponible

N° 812.- Observation sur les effets du prélèvement

N° 813.- Quant à la succession immobilière, on applique donc la loi de la situation

N° 813^{bis}. - Certaines dispositions intéressent toutefois les tiers

TITRE XVII. - Des donations entre vifs en particulier.

N° 814.- On applique en général et d'une manière absolue, quant à la forme, la maxime *locus regit actum*. Forme de l'acceptation spécialement

N° 815.- Acceptation des donations faites à des incapables, à des hospices, etc.

N° 816.- De quelle loi dépend la nécessité de la transcription, celle de l'acceptation, etc.

N° 817.- De quelle loi dépend la validité de la donation de biens à venir

N° 818.- Loi applicable en ce qui concerne la validité de la donation potestative

N° 819.- Autres dispositions qui ne concernent pas la forme, bien que placées sous cette rubrique. Loi applicable

N° 820.- La loi qui régit la succession domine s'agissant des réserves de jouissance et d'usufruit, sauf en ce qui touche l'effet vis-à-vis des tiers. Art. 949 à 952

N° 821.- Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité en général. Erreur de Laurent

N° 822.- En quel sens la loi qui établit le principe de l'irrévocabilité, régit les exceptions à ce principe

N° 823.- Conclusion. Influence de la loi personnelle s'agissant d'inexécution des conditions

N° 824.- A quel moment l'irrévocabilité doit être appréciée

N° 825.- Révocabilité pour cause d'ingratitude. Loi applicable. Ordre public

N° 826.- Imperfections du système en théorie

N° 827.- Loi dont dépend la révocation pour survenance d'enfants

N° 828.- L'effet de la révocation vis-à-vis des tiers peut toujours être limité par la *lex situs*

TITRE XVIII. - Des testaments en particulier.

N° 829.- Analyse des dispositions sur la forme. Rien quant aux testaments des étrangers en pays étranger. Conséquences

N° 830.- Force impérative de la maxime *locus regit actum* en cette matière. Elle ne se justifie guères en théorie

N° 831.- Forme interdite par la loi personnelle du testateur, régulière d'après la loi locale

N° 832.- Caractère impératif de la règle reconnue en jurisprudence française

N° 833.- Formes des testaments des Belges en pays étranger. Renvoi

N° 834.- La nécessité autrefois admise d'une institution d'héritier ne rentre pas dans la forme

N° 835.- La règle qui interdit les testaments conjonctifs y rentre

N° 836.- Les art. 969 à 980 de pure forme. Des testaments militaires (art. 981 à 984)

N° 837.- Observations sur les formes exceptionnelles des articles 985 à 993. Validité de ces testaments

N° 838.- Des testaments faits devant les consuls en particulier

N° 839.- Loi compétente pour déterminer la sanction

N° 840.- Valeur internationale des classifications établies par les art. 1002 à 1024 du Code civil

N° 841.- En général il s'agit de questions d'interprétation. Observations sur la saisine qui est dans une certaine mesure de statut réel

N° 842.- La question de jouissance dépend de la volonté du testateur, mais celle-ci doit s'être manifestée dans les formes légales

N° 843.- Quelle loi il faut observer en ce qui touche le dépôt du testament, l'action en délivrance et l'envoi en possession

N° 844.- De l'obligation aux dettes vis-à-vis des tiers

N° 845.- De la contribution aux dettes

N° 846.- De l'action en délivrance spécialement

N° 847.- Dans quelle mesure les dispositions des art. 1018 à 1023 rentrent dans le droit supplétif

N° 848.- Examen de la jurisprudence

N° 849.- Du legs de la chose d'autrui en particulier (art. 1021)

N° 850.- Observations générales sur la question de savoir quelle loi régit le mandat de l'exécuteur testamentaire

N° 851.- De la saisine des exécuteurs, des questions de capacité, etc.

N° 852.- Quelle loi régit le droit de révoquer un testament

N° 853.- En ce qui touche la forme, on doit appliquer la règle *locus regit actum*, spécialement la loi du lieu de la révocation

N° 854.- Dans quelle mesure l'article 1036 Code civil se rattache à la forme

N° 855.- Du maintien des effets de la révocation par un testament postérieur malgré la caducité du nouveau legs, et de la vente de la chose léguée. Loi successorale

N° 856.- Autres questions régies par la loi successorale

N° 857.- De la loi qui régit la caducité des legs

TITRE XIX. - De quelques dispositions particulières.

N° 858.- Les exceptions à la règle qui prohibe les substitutions peuvent toujours être limitées par la *lex situs*

N° 859.- Elles peuvent aussi l'être par la loi qui régit la succession

N° 860.- Applications des principes aux questions réglées par les art. 1048 à 1054 Code civil

N° 861.- Combinaison éventuelle de la loi successorale et de la *lex situs* dans les matières prévues par les articles 1055 à 1074

N° 862.- Observations générales sur la compétence législative en matière de partages d'ascendants

N° 863.- Application en règle de la loi qui régit la succession. - Exceptions

N° 864.- Observations générales sur les donations par contrat de mariage

N° 865.- Quant au principe de l'art. 1081, on applique la loi qui régit la donation en général

N° 866.- Donations de biens futurs art. 1082. Présomption. - Loi successorale

N° 867.- Combinaison de cette loi avec la loi qui régit la forme

N° 868.- La mesure de l'irrévocabilité est déterminée en général d'après la loi qui régit la succession ou la *lex situs*

N° 869.- Autres applications de la loi qui régit la succession art. 1084 à 1086

N° 870.- Question de forme résolue par l'art. 1087

N° 871. - Observation sur les art. 1088 et 1089

N° 872. - En ce qui concerne les art 1091 à 1093, application en général du statut qui régit les conventions matrimoniales. - Loi nationale des époux

N° 873. - Il en sera ainsi quant à la disposition de 1093

N° 874. - Influence de la loi qui régit la succession sur la fixation de la quotité disponible entre époux

N° 875. - Autres questions d'application

N° 876. - Des dispositions entre époux pendant le mariage art. 1096, et de la loi qui les régit quant à leur révocabilité

N° 877. - La capacité pour révoquer dépend en principe de la loi nationale

N° 878. - De la non révocation par survenance d'enfants

N° 879. - Effets du changement de nationalité ou de domicile des époux

N° 880. - Leurs effets dans le cas où il faut s'en référer à la loi qui régit la succession

N° 881. - Examen critique de la jurisprudence

TITRE XX. - Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

N° 882. - Observation préliminaire

N° 883. - De certaines dispositions qui peuvent donner lieu à des conflits

N° 884. - Des causes qui vicent le consentement

N° 885. - La question de savoir quelle est la loi qui les régit ne dépend pas de l'autonomie

N° 886. - Certains auteurs appliquent la *règle locus regit actum*.

N° 887. - La loi du lieu du contrat doit en effet être prise en considération

N° 888. - Influence de la loi du lieu de l'exécution

N° 889. - Influence de la loi nationale

N° 890. - Loi du for en cas de violence ou de dol

N° 891. - Il n'en est pas de même en cas de vice d'erreur

N° 892. - Observations générales sur la lésion. - Lésion des incapables

N° 893. - Lésion entre personnes majeures dans les partages

N° 894. - Lésion dans les ventes immobilières: Motifs de l'art. 1674

N° 895. - Application de la *lex situs*

N° 896. - Loi qui régit les conventions vis-à-vis des tiers. - Règles de capacité

N° 897. - Choses qui peuvent former l'objet d'un contrat. *Lex situs*

N° 898. - Conditions d'application de l'art. 1129

N° 899. - Des choses futures

N° 900. - Observations générales sur la cause

N° 901. - Controverse sur la valeur juridique de cette condition de validité

N° 902. - Suite

N° 903. - Suite

N° 904. - Suite

N° 905. - De la cause dans les contrats unilatéraux

N° 906. - De la cause dans les contrats de bienfaisance

N° 907. - Quelle est la loi qui doit être appliquée

N° 908. - Des conventions ayant pour objet la contrebande

N° 909. - Observations sur les articles 1134 et 1135 Code civil

N° 910. - Force des usages. Les règles des articles 1156 à 1164 ne sont que des conseils donnés au juge

N° 911. - Elles n'en ont pas moins une sérieuse importance

N° 912. Loi qui régit la convention quant à son effet translatif de propriété vis-à-vis des tiers

N° 913. - Transmission entre parties

N° 914. - Des lois qui régissent les conditions, les effets et les formes de la demeure, le cas de transmissions mobilières successives etc.

N° 915. - Loi qui régit la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire

N° 916. - Il faut en général appliquer la loi qui régit le contrat en vertu de la volonté présumée des parties

N° 917. - Il en est de même quant aux dommages-intérêts en général

N° 918. Distinction des intérêts légaux, des intérêts moratoires, etc.

N° 919. - Exemple d'intérêts légaux art. 1652 Code civil. Nature de ces intérêts. Application en général de la loi du lieu fixé pour le paiement

N° 920. - Cas où prévaut la loi du for

N° 921. - On applique généralement en France aux intérêts moratoires la *lex fori*. Il faut combiner diverses lois

N° 922. - Question régie par la loi du for

N° 923. - Observations sur les limitations des stipulations d'intérêt

N° 924. - Portée au point de vue du droit international privé de la règle fixant l'intérêt à forfait

N° 925. - Règles sur l'anatocisme

N° 926. - Des lois prohibant la stipulation d'intérêts dépassant un certain taux. Droit ancien

N° 927. - Controverse en droit moderne. Jurisprudence tolérante

N° 928. - Motifs à l'appui

N° 929. - Suite

N° 930. - Réponse aux objections

N° 931. - Impossibilité de considérer en France les dispositions prohibitives de ce genre comme se rattachant à l'ordre public absolu

N° 932. - Application de la loi du lieu fixé pour l'exécution

N° 933. - Du système d'après lequel il faut appliquer la loi du lieu où la somme doit être employée

N° 934. - Réfutation de ce système qui fait une part trop grande à l'autonomie. A quel point de vue le lieu d'emploi projeté est important

N° 935. - Fixation de ce lieu. Présomptions

N° 936. - Portée des règles interprétatives des art. 1156 à 1164. Force des usages

N° 937. - En général la loi du for prévaut. Exception pour l'art. 1160

N° 938. - Système de Brocher. Critique

N° 939. - Suite

N° 940. - Ces règles ne sont cependant pas de règles de procédure proprement dites

N° 941. - L'admissibilité de l'action Paulienne dépend de la loi du for

N° 942. - Observation générale sur les dispositions du Chap. IV. Tome III, livre III du Code civil

N° 943. - Portée des articles 1172 et 1173. Opinion de Brocher incertaine

N° 944. - Il faut distinguer entre le principe de la nullité et la sanction

N° 945. - Il en est autrement de la convention sous une condition illicite

N° 946. - Obligation sous condition potestative. La règle est d'ordre public interne

N° 947. - Les art. 1176 et 1177 appartiennent au droit supplétif, l'art. 1178 dans une certaine mesure à l'ordre public absolu

N° 948. - Les articles 1181 à 1187 sont du droit supplétif; l'art. 1188 se rattache en partie à l'ordre public

N° 949. - Les articles 1199, 1206, et 1207 se rattachent également au droit supplétif comme les articles 1189 à 1197 et 1216, et non au droit de procédure

N° 950. - En ce qui concerne les questions réglées par les art. 1210 à 1212, ainsi que 1214, al. 1, il faut appliquer la loi qui régit la substance du contrat

N° 951. - Il en est de même en principe en ce qui concerne les obligations divisibles et indivisibles

N° 952. - La question réglée par l'art. 1225 se rattache aussi au droit supplétif

N° 953. - Il en est de même des diverses espèces d'indivisibilités

N° 954. - Il faut en dire autant des questions qui font l'objet des articles 1226 à 1233

N° 955. - De la règle autorisant le juge à réduire la pénalité quand l'obligation a été exécutée en partie

N° 956. - L'application des articles 1232 et 1233 peut se heurter contre la loi successorale

N° 957. - Observations générales sur la question de savoir quelle est la loi qui régit les causes d'extinction

N° 958. - Il faut appliquer généralement la loi qui régit les effets de la convention. Distinctions admissibles quant à la novation et à la confusion

N° 959. - La loi du lieu du paiement régit cependant en général les effets du paiement indû

N° 960. - Dispositions du droit fédéral Suisse et conflits avec le droit français

N° 961. - Les articles 1236 à 1241 sont de droit supplétif sauf peut-être les art. 1240 et 1238, al. 2

N° 962. - L'art. 1242 intéresse les tiers... On applique la loi du lieu du paiement effectif

N° 963. - Les articles 1243 à 1248 appartiennent au droit supplétif sauf l'art. 1244, al. 2 (délai de grâce)

N° 964. - Réserve pour les questions d'interprétation

N° 965. - Espèces au moyen desquelles le paiement peut se faire. Loi du lieu où le paiement devrait se faire, en général

N° 966. - Cas de substitution d'un papier monnaie déprécié à la monnaie. Controverse

N° 967. - Exemples historiques

N° 968. - Stipulation du paiement de l'agio

N° 969. - Emission d'une monnaie ancienne

N° 970. - Loi d'après laquelle on détermine le lieu où doit se faire le paiement
N° 971. - Incertitudes de la doctrine
N° 972. - De l'exception *non numeratae pecuniae*, et du *beneficium competentiae*
N° 973. - Des lois moratoires. Discussion
N° 974. - Suite
N° 975. - Suite. Portée de ces lois
N° 976. - Suite. Effet international
N° 977. - Suite. - Jurisprudence
N° 978. - Dispositions du code Suisse des obligations, et Résolutions de l'Institut. Inconvénients grave de ce système
N° 979. - Nature de la subrogation. Quelle loi en détermine les effets
N° 980. - Subrogation conventionnelle-proprement dite. De la condition d'après laquelle elle doit être expresse et faite en même temps que le paiement
N° 981. - Autres cas de subrogation prétendument conventionnelle
N° 982. - Des trois premiers cas de subrogation légale
N° 983. - Quatrième cas de subrogation légale
N° 984. - D'après quelle loi il faut décider si la subrogation opère contre les cautions, si elle peut nuire au créancier payé partiellement etc
N° 985. - De la loi qui régit l'imputation des paiements
N° 986. - De la loi qui régit les offres de paiement et la consignation
N° 987. - De la loi qui permet les offres en billets de la Banque nationale
N° 988. - Quelle loi régit la cession de biens volontaire, et la cession judiciaire
N° 989. - Quelle loi régit la novation en général
N° 990. - L'art. 1279 intéresse le régime des biens. *Lex situs*
N° 991. - Il n'en est pas de même de l'art. 1280, quoiqu'il n'appartienne pas aux éléments libres du contrat
N° 992. - Loi qui régit la remise de dette
N° 993. - Observations sur la remise des titres
N° 994. - Influence de la loi qui régit la solidarité
N° 995. - La loi du lieu de l'acte régit l'effet du rachat du cautionnement
N° 996. - La compensation doit être admise dès qu'elle existe d'après la *lex fori*
N° 997. - Il suffit toutefois qu'une créance soit éteinte d'après la loi qui la régit
N° 998. - Autres questions où la *lex fori* doit l'emporter
N° 999. - Effets du terme de grâce et règles sur l'imputation
N° 1000. - Quelle loi régit l'extinction de la dette par confusion
N° 1001. - Dissentiment apparent avec Brocher
N° 1002. - Quelle loi régit les effets de la perte de la chose due
N° 1003. - Actions en nullité et rescision. Observations générales
N° N° 1004. - En principe on doit appliquer la loi qui régit la cause de la nullité, mais il peut y avoir lieu d'appliquer aussi la *lex fori*
N° 1005. - La *lex fori* prédomine en ce qui concerne la responsabilité du mineur du chef de délit ou quasidélit
N° 1006. - Quelle loi régit la ratification ou confirmation d'une obligation
N° 1007. - La loi nationale doit être appliquée en ce qui concerne les effets de la restitution ou rescision pour incapacité
FIN DE LA TABLE DES MATIERES DU 2^e VOLUME.