Faculté de droit de Paris. Droit romain : Essai sur la tutelle des impubères dans l'ancien droit romain. Droit français [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Champcommunal, Joseph (1867-19..). Faculté de droit de Paris. Droit romain : Essai sur la tutelle des impubères dans l'ancien droit romain. Droit français : de la Succession "ab intestat" en droit international privé. Thèse pour le doctorat. L'acte public... sera soutenu le... 1er juillet 1892... par Joseph Champcommunal,.... 1892.

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

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

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

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ESSAI

SUR LA TUTELLE DES IMPUBÈRES

DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

DE LA

SUCCESSION AB INTESTAT

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JOSEPH CHAMPCOMMUNAL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892

8°F
7764

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

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

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ESSAI

SUR LA TUTELLE DES IMPUBÈRES

DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

DE LA

SUCCESSION AB INTESTAT

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

BIBLIOTHÈQUE DES FACULTÉS DE DROIT R.F. 70483

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le 1er Juillet 1892, à 9 heures et demie.

PAR

JOSEPH CHAMPCOMMUNAL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LAINÉ.

Suffragants : MM. LYON-CAEN, *professeur.* GIRARD, SAUZET, *agrégés.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892

C.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

ESSAI

SUR LA

TUTELLE DES IMPUBÈRES

DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Pendant longtemps les questions relatives à l'ancien Droit romain avaient été reléguées au second plan. Mais depuis plusieurs années un mouvement de réaction s'est produit. L'étude du Droit romain tend de plus en plus à devenir une étude historique. La science moderne ne se contente plus de considérer les institutions juridiques du peuple romain dans leur complet développement ; remontant aux traditions, elle s'efforce de rendre compte de leurs origines et de rechercher sous l'empire de quelles nécessités elles se sont modifiées.

Dans le dernier état de la législation romaine tel que nous le font connaître les compilations de Justinien, la tutelle constitue une mesure de protection en faveur de ceux qui, sortis de la puissance paternelle, se trouvent, à raison de leur âge, dans l'impossibilité de veiller à leurs intérêts. C'est une charge publique dont les citoyens ne peuvent se dispenser qu'en invo-

quant une excuse reconnue par la loi. Il n'en a pas toujours été ainsi. Les textes nous permettent d'affirmer avec certitude que cette conception de l'institution est le résultat d'une très lente évolution. Il nous a paru intéressant d'essayer de déterminer le caractère que la tutelle présentait à l'origine et d'indiquer les causes qui en ont amené la transformation. Dans cette étude, il ne nous a pas été toujours possible d'arriver à des solutions aussi précises que nous l'aurions désiré. C'est l'écueil de toutes les études relatives à l'ancien droit. En raison du caractère inachevé que présentent les institutions à ce moment, en raison aussi de la rareté des documents, il est difficile d'arriver à une complète certitude. Le seul espoir légitime que puisse avoir l'historien est de resserrer le domaine de l'hypothèse et de formuler des conjectures vraisemblables.

CHAPITRE PREMIER

LA TUTELLE LÉGITIME.

Aussi loin que l'on remonte dans l'histoire de Rome, on retrouve la famille constituée. Le principe de l'autorité y domine dans toute sa vigueur. Le *paterfamilias* est un véritable roi absolu exerçant sur tous les siens un pouvoir sans bornes et sans limites (1). Propriétaire des personnes presque autant que des biens, il résume en lui seul toute la capacité civile ou plutôt les capacités des autres s'absorbent dans la sienne. Etant seul *caput familiæ*, il est seul *suæ potestatis*, *sui juris* ; les autres sont des sujets, des personnes *alieni juris*.

A la mort du *paterfamilias*, le petit État dont il est le chef se démembre. Les enfants placés sous sa puissance cessent d'avoir une personnalité juridiquement absorbée, pour en acquérir une indépendante et propre. Héritiers siens et nécessaires (2), ils recueillent

(1) D'après Papinien, le *jus vitæ necisque* aurait été conféré au *paterfamilias* par une *lex regia* qu'il attribue à Romulus (Coll. leg. Mos., tit. IV, cap. 8). — Sur le caractère qu'il convient de reconnaître aux *leges regiæ*, voy. Girard, *Textes de Droit romain*, pp. 3 et 4. Il est probable que ce sont simplement de vieilles règles traditionnelles conservées par la jurisprudence sacerdotale et mises arbitrairement sous l'autorité d'un roi.

(2) Pendant l'existence du *paterfamilias*, les enfants peuvent être con-

les biens paternels sans aucune distinction d'âge ; le droit d'aînesse est inconnu. Chacun d'eux se trouve donc à la tête d'un patrimoine qui lui appartient en propre ; il devient à son tour *paterfamilias*, eût-il un an, eût-il six mois. Ce qui fait le père de famille en effet, ce n'est pas la paternité mais la puissance. *Patres familiarum sunt qui sunt sui juris*, dit Ulpien, et il ajoute : *sive puberes*, *sive impuberes* (1). Le mot *familia* veut dire tout ce qui est subordonné au pouvoir d'un *pater* (2), c'est ce que les Romains appellent la *res sua* du père de famille (3).

Dans la constitution presque patriarcale de l'ancienne Rome, la conservation des biens dans le groupe familial dont chaque individu faisait partie présentait une importance capitale. La famille civile, qui se compose de tous ceux qui se rattachent par les mâles à un ancêtre commun et qui trouve dans la *gens* (4)

sidérés en quelque sorte comme copropriétaires. A sa mort, leur droit se dégage plutôt qu'il ne naît. Cette idée ressort de plusieurs textes. Gaius, *Comm.*, 11, §§ 139 et 157 ; Paul, *Sent.*, V, 8, 6 ; L, 11, D., *De bon. lib.*, XXXVIII, 2 ; L. 1, § 12, D., *De succ. edict.*, XXXVIII, 9.

(1) L. 4, D., 1, 6.

(2) « *Familia* désigne à l'origine l'ensemble des biens, meubles ou immeubles, enfants et serviteurs ; plus tard l'expression se divisa et marqua tantôt les biens, tantôt les personnes ». Bréal et Bailly, *Dict. étym. latin*, V° *Familia*.

(3) *Tite-Live*, XXII, 53.

(4) Qu'est-ce que la *gens* ? C'est une des questions les plus controversées de l'ancien Droit romain. Suivant l'opinion qui tend à prévaloir, la *gens* aurait été à l'origine le groupe formé de tous ceux qui se rattachaient par des mâles à un ancêtre commun. Elle se confondrait donc avec la famille patriarcale dont elle réunissait les membres en une étroite association ayant des *sacra* à elle propres, un patrimoine commun, un droit de

sa plus large expression, doit s'efforcer avec soin et jalousie de conserver la fortune qui fait sa force et son éclat, qui lui donne le moyen d'augmenter le nombre de ses clients et de ses partisans. Il suffit de rappeler quelle était son organisation dans le droit ancien, quelle place lui appartenait dans la religion et dans la constitution de la cité pour comprendre qu'un intérêt supérieur lui commandait de mettre obstacle à son affaiblissement et à sa ruine. Un *paterfamilias* vient-il à mourir laissant à la tête de sa *familia* un *hæres* impubère? Le nouveau chef de maison se trouve dans l'impossibilité de faire respecter ses droits et de résister aux usurpations ; les biens qu'il a recueillis ne sont plus en sûreté entre ses mains. C'est qu'en effet à l'origine la force matérielle joue un grand rôle ; sui-

censure et de juridiction sur tous ceux qui en faisaient partie (Pour plus de détails voy. : Fustel de Coulanges, *La cité antique*, L. 2, ch. 10; Ihering, *L'esprit du Droit romain*, trad. Meulenaere, t. I, pp. 190 et s.; Mommsen, *Droit public romain*, trad. Girard, t. VI, p. 8 et s. ; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, pp. 70 et s.). Cette manière d'envisager la *gens* est la seule qui rende compte de la célèbre définition que Cicéron emprunte au pontife Scœvola : « Gentiles inter se sunt qui eodem nomine, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti ». Mais, objectera-t-on, deux gentils ne se seraient pas distingués de deux agnats. Il est facile de répondre à cette objection. A l'origine les agnats et le droit d'agnation étaient inconnus ; dans la *gens* telle qu'elle était primitivement organisée, il n'existait aucune différence de condition entre les divers *gentiles*. Mais quand la *gens* eut perdu sa forte cohésion une réaction se produisit. Sans cesser d'appartenir à la grande et nombreuse famille des *gentiles*, chacun tendait naturellement à se grouper avec ceux des *gentiles* qui étaient ses plus proches. Avec eux il commença à faire partie d'une corporation plus étroite que la *gens* mais conçue sur le même modèle. Il est facile de comprendre comment ceux qui sont agnats font toujours partie de la même *gens* ; entre les agnats et les *gentiles*, il n'y a qu'une différence de degré.

vant l'expression d'Ihering (1), elle est la source même du droit. On pourrait appliquer aux anciens Romains ce mot de Tacite : *Nihil neque publicæ neque privatæ rei nisi armati agunt* (2). A cette époque le guerrier est seul en état de faire respecter sa propriété ; celui qui ne peut porter la lance est considéré comme une personne incomplète. L'incapacité était attachée à la faiblesse physique et non au développement incomplet de l'intelligence (3). L'acquisition de la pleine capacité juridique coïncidait avec l'acquisition des qualités qui font de l'enfant un homme : c'est le moment de la puberté (4). A partir de cette époque,

(1) Ihering, *op. cit.*, t. 1, p. 116.

(2) Tacite, *de Mor. Germ.*, 13.

(3) Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien Droit romain* (*Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, 1889), p. 2, note 2. Gide, *De la condition privée de la femme*, p. 353.

(4) D'après une coutume très ancienne du peuple romain, le passage de l'impuberté à la puberté était marqué par une cérémonie religieuse qui s'accomplissait d'ordinaire le jour des *liberalia*, le 17 mars (Ovide, *Fastes*, III, v. 771 et s. — Cicéron, *Ad Atticum*, VI, 1, § 12). Le jeune homme dédiait au dieu Lare les *insignia pueritiæ*, la *bulla aurea* (Properce, V, 1, 31). Comme signe de sa capacité nouvelle, il revêtait la *toga virilis* (Cic., *Phil.*, 11, 18) au lieu de la *toga prætexta* qu'il avait portée jusqu'à ce moment (Cic., *De amic.*, 20, 33). Le langage ordinaire employait comme synonymes les mots d'*impubes* et de *prætextatus* (L. 386, D., *De lib. exhib.*, XLIII, 30), de *pubes* et de *vesticeps* (Festus, *Vesticeps* ; Aulu-Gelle, V, 19). — La prise de la *toga virilis* marquait la fin de la tutelle. Il existe sur ce point des indications positives. Ce sont d'abord ces mots du Scholiaste *in juvenalem*, X, 99 (p. 605, éd. Cramer) qui déclare que celui qui n'a pas encore revêtu la *toga virilis* se trouve *adhuc disciplina* ; ces mots peuvent sans doute s'entendre de la puissance paternelle, mais ils peuvent aussi fort bien s'appliquer à la tutelle. Puis ce texte de Festus qui est plus probant : « Bulla aurea erat insigne puerorum prætextatorum... ut significaretur eam et talem alterius regend. consilio ». (En ce sens, Savigny, *Traité de droit romain*, traduction Guenoux, t. III, § CIX ;

l'homme peut se défendre et accomplir tous les actes de la vie civile (1) ; avant cette époque il est frappé d'une incapacité complète ; ses biens se trouvent donc à l'abandon et sont exposés aux usurpations. C'est pour parer à ce danger, c'est pour assurer l'existence de la société domestique qui dépend de l'impubère que la tutelle fut organisée. La défense de la famille pour des raisons d'ordre politique et religieux, tel est son unique fondement. Comme le dit fort bien M. May, c'est une mesure de défiance contre les incapables. Avant

Willems, *Droit public*, p. 86). L'âge de la puberté variait avec les individus, mais en général c'était vers l'âge de dix-sept ans que l'homme était autorisé à revêtir la robe virile (Cuq, *op. cit.*, p. 324) ; cette cérémonie ne pouvait être retardée au delà de cet âge, puisque la constitution de Servius Tullius avait fixé l'âge de 17 ans pour le service militaire (Aulu-Gelle, X, 28. Cependant Niebuhr, *Histoire romaine*, traduction de Golbéry, t. II, p. 191, a soutenu avec beaucoup de force que la constitution de Servius Tullius avait fixé l'âge de 15 ans et non celui de 17 ans). Mais la prise de la *toga virilis* pouvait avoir lieu avant l'âge de 17 ans (Cic., *Ad Atticum*, VI, 1, § 12). C'est ce qui nous permet de comprendre qu'on enrôlât quelquefois des jeunes gens avant l'âge de 17 ans (Accarias, t. 1, n° 82, note 1) : — Sous l'empire les usages que nous venons de rappeler disparurent et la question de savoir à quel âge commencerait la puberté fut fort controversée entre les jurisconsultes. Les Proculiens proposaient l'âge uniforme de 14 ans ; les Sabiniens au contraire soutenaient qu'il fallait s'en rapporter au développement plus ou moins précoce de chaque individu. Enfin le jurisconsulte Priscus ne considérait comme pubère que celui qui avait atteint 14 ans et qui paraissait présenter l'aptitude physique à la génération (Ulpien, *Reg.*, XI, § 28 ; Gaius, *Comm.*, 1, § 186).

(1) Gaius, *Comm.*, 1, § 144; L. 9 § 1, *De tut. et rat.*, XXVII, 3. La première mesure de protection en faveur de ceux qui avaient atteint l'âge de puberté et qui n'avaient pas encore dépassé l'âge de 25 ans fut édictée par la loi Plætoria dont on ignore la date mais qui doit probablement remonter au VI^e^ siècle de Rome (Plaute, *Pseudolus*, 1, 3, v. 84; Plaute, *Rudens*, V. 3, v. 25 et 26 ; Cicéron, *De off.*, III, 15 ; Cicéron, *De nat. deorum*, III, 30).

de paraître dans la cité, la tutelle a commencé par être une institution purement familiale.

Etant donné que la tutelle a pour but d'assurer la conservation du patrimoine, il était tout naturel d'en confier l'exercice à l'héritier éventuel de l'incapable, nul n'étant plus intéressé que lui à le préserver de toute atteinte (1). Et en effet dès l'origine la tutelle nous apparaît comme la sauvegarde du droit de succession.

Gaius dit que la tutelle des agnats a été réglée par la loi des XII Tables comme celle de l'hérédité légitime(2). Les décemvirs sur ce point consacrèrent une coutume admise dès la plus haute antiquité. Tel était en général leur but (3), ils n'innovèrent que sur un petit nombre de points assez difficiles à préciser. Le principe consacré par la loi des XII Tables conduit aux conséquences suivantes :

1° Le plus proche agnat excluant les autres de la succession les exclut aussi de la tutelle (4). Cette tutelle ne peut partant appartenir qu'à des personnes *sui juris*, car l'héritier qui est soumis à la puissance paternelle est nécessairement plus éloigné que celui qui l'a *in potestate*.

(1) « Hoc summa providentia, dit Ulpien (L. 1 pr., D, *De legit. tut.*, XXVI, 4), ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. »

(2) Gaius, *Comm.*, 1, § 165.

(3) Tite-Live, II, 34 ; III, 34.

(4) Inst., § 7, *De cap. dem.*

2° Si plusieurs agnats se trouvent au même degré, ils concourent tous à la tutelle puisqu'ils ont tous l'expectative de la succession. D'où il suit que l'impubère qui a pour plus proches parents un oncle paternel et un neveu issu d'un frère prédécédé sera sous la tutelle de l'un et de l'autre, car ils sont tous deux parents du pupille au troisième degré (1).

A défaut d'agnats, la tutelle était déférée aux *gentiles*. La disposition de la loi des XII Tables sur ce point ne nous est pas parvenue ; mais l'existence de cette tutelle ne peut faire aucun doute si l'on considère l'organisation de la *gens* (2). Divers textes du reste peuvent être invoqués à l'appui de cette opinion. 1° Gaius nous apprend qu'en l'absence d'agnats les *gentiles* étaient appelés à la succession (3) ; étant donnée la corrélation que la loi des XII Tables établit entre la délation de l'hérédité et la délation de la tutelle, il en résulte que la tutelle devait dans les mêmes conditions revenir aux *gentiles*. Gaius devait même très probablement s'en expliquer d'une manière formelle. En parlant du droit des *gentiles* à la succession, il renvoie, en ce qui concerne leur qualité, aux explications contenues dans son premier commentaire ; mais on ne voit pas à quelle occasion le jurisconsulte les aurait données si ce n'est à propos de la tutelle. Cette con-

(1) L. 8, *De leg.*, tut.
(2) V. ci-dessus, p. 6, note 4.
(3) Gaius, *Comm.*, III, § 17.

jecture est d'autant plus vraisemblable que le manuscrit du premier commentaire contient une lacune assez considérable entre le paragraphe 164 qui termine l'exposé de la tutelle des agnats et le paragraphe 165 qui traite de la tutelle des patrons. 2° Il est certain qu'à défaut d'agnats la loi des XII Tables déférait la curatelle du *furiosus* aux *gentiles*. Cicéron nous en donne le texte : *Si furiosus escit agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (1). Etant donné que la curatelle procède d'une pensée analogue à celle qui a inspiré la création de la tutelle : protéger, dans l'intérêt de la famille agnatique, le patrimoine des incapables, leur organisation devait être identique. 3° Enfin la *laudatio funebris Turiæ* qui paraît remonter aux premiers siècles d'Auguste prouve que les *gentiles* étaient appelés à exercer la tutelle des femmes pubères (2) ; on ne voit pas pourquoi le même droit ne leur aurait pas été reconnu en ce qui concerne la tutelle des impubères. La loi des XII Tables déférait la tutelle à tous les membres de la *gens*, mais ils étaient trop nombreux pour l'exercer collectivement ; c'était au conseil de l'association, conseil composé probablement de tous les *patres*, qu'il appartenait de désigner l'un d'eux à cet effet. Il y avait là une tutelle dative au petit pied (3).

(1) Cicéron, *Rhet. ad Herenn.*, I, 13. *De invent.*, II, 50.

(2) Voy. le texte de cette *laudatio funebris* dans les *Juris Romani antiqui vestigia* de M. Giraud, pp. 330 et s.

(3) Ihering, *op. cit.*, t. 1, p. 187.

Les dispositions de la loi des XII Tables qui viennent d'être rappelées ne concernent que les ingénus ; il n'est pas question des affranchis. C'est qu'en effet à l'origine entre patron et affranchi il ne pouvait pas plus être question de tutelle qu'entre père et fils (1). Lorsque plus tard les liens qui unissaient l'affranchi au patron commencèrent à se relâcher, les jurisconsultes essayèrent de les fortifier dans une certaine mesure en présentant le droit du patron sur son affranchi comme une véritable tutelle. Ils la déduisirent de la loi des XII Tables par cela seul qu'elle avait réglé la succession des affranchis. *Ex eadem lege XII Tabularum*, dit Gaius, *libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet ; quæ et ipsa tutela legitima vocatur non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset : eo enim ipso quod hæreditates libertorum libertarumque si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosque eorum pertinere ; crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pervenire quia et agnatos quos ad hæreditatem vocavit eosdem et tutores esse jusserat* (2). Ainsi :

1° S'il existe plusieurs patrons, la tutelle leur est commune, comme le serait la succession (3).

(1) Cuq, *op. cit.*, p. 310.
(2) Gaius, *Comm.*, 1, § 165.
(3) L. 3, § 4, D., *de legit tut.*

2° Si l'un des patrons vient à mourir, ses enfants ne concourent pas à la tutelle, parce que les autres patrons restent seuls héritiers présomptifs (1).

3° Si le patron unique ou si tous les patrons sont morts, la tutelle est dévolue à leurs descendants, mais seulement aux plus proches parce que ce sont ces derniers seuls qui ont le droit de recueillir la succession. Il en résulte que si deux patrons laissent l'un un fils, l'autre un petit-fils, le fils arrivera seul à la tutelle (2).

Ces idées sont très bien résumées dans cet adage du vieux jurisconsulte Mucius Scœvola : *Quo tutela redit et eo hæreditas pervenit* (3). Dans l'ancien Droit le parallélisme entre la tutelle et la succession était absolu ; il n'existait aucune exception.

Si la tutelle a pour but de sauvegarder la vocation héréditaire de celui qui en est investi, il en résulte qu'elle constitue pour lui non une charge mais un droit. Cette idée, émise pour la première fois par Lœhr en 1820 (4), a depuis rencontré beaucoup de faveur aussi bien en France (5) qu'en Allemagne (6). C'est qu'en effet elle seule rend compte des particularités

(1) L. 3, §§ 5 et 9, *eod.*

(2) L. 3, §§ 6, 7 et 9, *eod.*

(3) L. 73, pr., D. *De reg. juris*, L. 17 ; Cf. Institutes, pr., *de legit. tut.*, 1, 17 : *Ubi successionis est emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet.*

(4) Lœhr, *Magazin für Rechtswissenschaft*, t. III, n° 1.

(5) Accarias, t. 1, n° 123 ; Gide, *De la condition de la femme*, p. 353 ; May, *Éléments de droit romain*, n° 109; Gérardin, *op. cit.*, p. 3 ; Cf. Cuq, *op. cit.*, pp. 311 et s.

(6) Voy. les auteurs allemands cités par M. Gérardin (*op.* et *loc. cit.*).

que présentait cette vieille institution et que les textes du Droit classique nous laissent entrevoir. Voici les principales conséquences qui en résultaient :

1° La tutelle légitime, la seule qui existât à l'origine s'éteint par la *capitis deminutio*, même *minima*, du tuteur. En sortant de la famille civile, il perd tous les avantages qui y étaient attachés (1).

2° Elle appartient comme droit à celui qui était incapable de se conduire, à un *furiosus* ou à un impubère par exemple ; sauf dans ce cas à être exercée par un autre (2).

(1) Institutes, 54, *Quibus mod. tut. fin.*, 1, 22 ; Ulpien, *Reg.*, XI, § 17 ; L. 3, § 9, D. *de legit tut.* ; L. 11, D., *De tut. et rat.* — Un texte de Paul (L. 7, pr., 1re phr., *De cap. minut.*,IV, 5) a soulevé en cette matière une longue discussion. La *capitis deminutio*, dit ce jurisconsulte, n'éteint que les tutelles *quæ in jure alieno personis positis deferuntur*. Que signifient ces mots ? Au premier abord, il semble qu'ils visent les tutelles déférées aux fils de famille,ce qui exclurait les tutelles légitimes puisqu'elles ne peuvent jamais appartenir,ainsi que nous l'avons dit,qu'à des personnes *sui juris*. Ainsi entendu, le texte serait en contradiction avec les Institutes et avec les autres textes cités ; le jurisconsulte Paul se démentirait du reste lui-même dans la troisième phrase du même fragment,ce qui est inadmissible. Plusieurs explications ont été proposées. Divers auteurs interprètent ce texte de la manière suivante : la *capitis deminutio* n'éteint que les tutelles qui appartiennent à des personnes restées en la puissance de leur père jusqu'à mort, c'est-à-dire précisément les tutelles déférées aux agnats et aux enfants du patron. Cette explication a été suggérée par un passage des Basiliques (XLVI, 2, 6) où on lit que les tutelles éteintes par la *capitis deminutio* sont celles qui découlent de la loi des XII Tables. Cette explication est fort ingénieuse, mais elle est bien subtile. Nous serions portés à croire qu'il y a eu une omission de la part du copiste et qu'il faut simplement suppléer une négation avant le mot *deferuntur*. — En ce sens Accarias, t. 1er, n° 160, p. 413, note 2 ; Savigny, *Traité de droit romain*, t. 2, § LXIX, note.

(2) Gaius, *Comm.*, §§ 177 à 180 ; Ulpien, *Reg.*, §§ 20 à 22. Bien que ces textes ne se rapportent qu'à la tutelle légitime des femmes, d'autres textes

3° La tutelle légitime continue à appartenir au Romain qui tombe en captivité (1); car tant qu'il vit, il conserve l'espoir de recouvrer la liberté et en vertu du *postliminium* il est censé avoir conservé sa condition juridique dans son intégrité.

4° La tutelle légitime peut être revendiquée(2). Cette revendication avait-elle pour objet le droit à la tutelle ou les biens que le tuteur était chargé de défendre? En l'absence de textes positifs, il nous semble plus conforme au caractère primitif de la revendication, et à sa dénomination même, d'admettre que le tuteur réclamait *rem tuendam*, par exemple de la manière suivante: *Aio hunc hominem in mea tutela esse ex jure quiritium.*

5° Elle est transmissible par voie d'*in jure cessio* (3).

ne permettent pas de douter que dans l'ancien droit les mêmes règles n'aient été admises relativement à la tutelle légitime des impubères. Inst., § 13, *de eneus, tut.,* 1, 25; L. 5, *C. de tut.*, V, 30.

(1) L. 1, § 2, D., *De legit. tut.*

(2) Ihering, *op. cit.*, t. III, p. 52, note 259.

(3) Gaius, *Comm.*, 1, § 168; Ulpien, *Reg.*, XI, §§ 6 et 8. Si l'on objectait que ces jurisconsultes restreignent la faculté de l'*in jure cessio* aux tuteurs légitimes des femmes, nous répondrions qu'ils devaient nécessairement s'exprimer ainsi puisqu'ils se proposent de relater le droit de leur époque. Mais il y a mieux; la marche suivie par Ulpien vient fournir à notre conjecture un sérieux argument et lui donne une vraisemblance qui touche à la certitude. Le jurisconsulte commence par poser en règle générale dans le paragraphe 6 que la tutelle peut être cédée; ce n'est que dans le paragraphe 8 qu'il signale la différence qui existe à cet égard entre la tutelle légitime des femmes pubères et la tutelle légitime des impubères. Cela semble bien signifier qu'à l'origine la *cessio in jure* était possible dans les deux cas, mais que la règle ne se maintint qu'à l'égard des femmes. Et en effet du jour où une transformation se fut opérée dans la tutelle des impubères, du jour où elle cessa d'être un droit pour le tuteur et où

Cette cession n'opère pas un transfert réel de la tutelle ; elle constitue plutôt une délégation de pouvoir. Le cessionnaire acquiert le droit du cédant tel que celui-ci le possédait. Or le droit à la tutelle étant un droit de famille, il en résulte que si la mort ou la *capitis deminutio* même *minima* du cédant y met fin, le cessionnaire est dessaisi et la tutelle passe aux agnats les plus proches, comme cela fût arrivé en l'absence de toute cession. Pareillement si le *cessicius tutor* vient à mourir, la tutelle retourne au cédant qui peut ou l'exercer lui-même ou la céder de nouveau. La même conséquence est attachée à la *capitis deminutio* du *cessicius tutor* ; peut-être est-ce une preuve que le cessionnaire à l'origine devait être un agnat (1).

6° Elle n'est pas obligatoire (2), mais volontaire, facultative. Et même après l'avoir acceptée, le tuteur peut y renoncer absolument comme le mandataire est libre de se décharger du mandat qu'il a accepté. C'est la conséquence logique de ce que la tutelle dans les premiers siècles de Rome était un droit, une propriété de famille, non une charge, un *munus*.

elle devint une mesure de protection en faveur de l'incapable, cette faculté devait disparaître. Si elle se maintint dans la tutelle des femmes, c'est que cette dernière conserva son caractère original ; elle servit du reste à en adoucir la rigueur et à en préparer l'abrogation, la femme se trouvant alors soumise à un contrôle beaucoup moins sérieux.

(1) Sur tous ces points : Gaius, *Comm.*, 1, §§ 169 et 170 ; Ulp., *Reg.*, XI, § 7.

(2) La théorie des excuses est relativement récente ; elle paraît avoir été fondée par des rescrits impériaux. Voy. Maynz, t. III, p. 156 ; Gérardin, *op. cit.*, p. 5.

Par la suite des temps, des modifications furent apportées aux règles que nous venons de signaler, mais les règles contraires qui prévalurent représentèrent des progrès successifs que le droit ancien ignorait.

La délation de la tutelle aux agnats et aux *gentiles* en vue de maintenir intacts leurs droits successoraux paraît avoir été très répandue dans l'antiquité. Charondas, ce législateur si consciencieux qu'il se tua de ses propres mains pour avoir, par mégarde, violé l'une des lois qu'il avait édictées, appelait l'*αρχισεια* à l'administration des biens du pupille ne chargeant les cognats que de son éducation. A Sparte, Plutarque nous apprend que Lycurgue devint en sa qualité d'agnat le tuteur de son neveu. Enfin en ce qui concerne Athènes, on a cru longtemps, sur la foi de Diogène Laerce, qu'une loi de Solon écartait de la tutelle l'héritier présomptif. Mais c'est là aujourd'hui une erreur démontrée (1) ; plusieurs monuments du droit attique, notamment les plaidoyers d'Isée et de Démosthènes, si importants pour la matière des successions et des tutelles, prouvent que le soin de veiller à la garde des biens du pupille revenait à ceux qui devaient leur succéder. La réunion de la qualité d'héritier à celle de tuteur tenait d'ailleurs à l'idée de la conservation des biens dans les familles et partout où l'on s'est

(1) Meier und Schoman, *Der Attische Process*, pp. 445 et s. — Cauvet, L'organisation de la famille à Athènes, *Revue de législation*, 1845, t. III, p. 437. — Lefort, *Essai historique sur la tutelle*, p. 2.

attaché au même point de vue, l'on a fait marcher de front la tutelle et l'hérédité. Il est bien probable que la supposition inexacte de Diogène Laerce aurapris naissance dans la distinction faite par Solon entre la garde de la personne du pupille et les fonctions du tuteur. La mère conservait toujours le droit de veiller par elle-même à l'éducation de son enfant, et dans le cas où elle était décédée, ce soin devait probablement revenir à un parent maternel que désignait l'archonte.

Le droit germanique et l'ancienne jurisprudence française nous montrent également la tutelle établie en faveur de l'héritier présomptif. En Germanie, c'était, autant que nous pouvons en juger, le parent le plus proche qui, à la mort du père, devenait le mainbour du mineur (1), et si plusieurs parents se trouvaient sur le même rang, ils exerçaient tous la tutelle concurremment (2). Ces principes se maintinrent et au moyen-âge nous retrouvons une organisation analogue en ce qui concerne le bail. Quand les fiefs devinrent héréditaires, la présence d'un vassal mineur fut un grand embarras pour le suzerain, car l'enfant se trouvait dans l'impossibilité de remplir les servi-

(1) Les textes se référant directement à la tutelle des impubères font défaut ; presque toujours il s'agit de la tutelle des femmes. Voici un texte de l'an 829, mais il est tout imprégné de l'esprit nouveau qu'inspirait la protection des incapables : *legitimus ejus propinquus qui juste ei tutor ac defensor esse videtur* (Pertz, *Leges*, t. 1er, p. 353).

(2) Struvius, *Jurisprudentia heroica*, pars VI, *de tutela* (Ienœ 1748), p. 18.

ces féodaux. En droit strict tout suzerain à l'origine pouvait reprendre le fief à la mort du vassal ; il est facile de comprendre que dans les premiers temps de la féodalité plusieurs seigneurs aient usé de cette faculté. Mais une semblable mesure était trop rigoureuse pour les enfants : il fut admis que pendant la minorité le seigneur ne retiendrait le fief que provisoirement jusqu'à la majorité de l'héritier. Ce fut le bail seigneurial (1). Un autre bail ne tarda pas à entrer en concurrence avec lui. Les collatéraux qui, contrairement au droit primitif, avaient été appelés à la succession des fiefs, prétendirent exercer le bail aux lieu et place du seigneur et ce droit ne tarda pas à leur être reconnu (2). Il fut bientôt divisé lui-même en deux parties : bail du côté paternel, bail du côté maternel (3). C'était une application de la règle alors en vigueur pour la dévolution héréditaire : *paterna paternis, materna maternis*. Là où il y a deux héritiers éventuels, il doit y avoir également deux baillistres. La corrélation entre les deux idées ne saurait être plus étroite.

(1) Viollet, *Histoire du droit français*, p. 454.
(2) Voy. Coutume de Berry, art. 34 et 35.
(3) Viollet, *op. cit.*, p. 457.

CHAPITRE II

LA TUTELLE TESTAMENTAIRE.

A l'époque classique, c'est un principe universellement reconnu par les jurisconsultes qu'il n'y a lieu d'appeler les agnats de l'impubère à la tutelle qu'en l'absence d'un tuteur désigné par le *paterfamilias* (1). En a-t-il toujours été ainsi ? Nous ne le croyons pas ; ce n'est qu'à la suite d'une très lente évolution que la tutelle testamentaire a pris le pas sur la tutelle légitime.

L'histoire de l'hérédité testamentaire est aussi celle de la tutelle testamentaire. Le même texte leur sert de base ; l'une et l'autre sont généralement déduites de la célèbre disposition de la loi des XII Tables : *Uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto* (2). La similitude qui existe entre les deux institutions est si étroite qu'elles paraissent n'en faire qu'une : *Sæpe ita comparatum est*, dit Paul, *ut conjuncta pro disjunctis accipiantur et disjuncta pro conjunctis* : *nam cum dicitur apud veteres agnatorum*

(1) Ulpien : « Sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur legitimam cessare ». L. 11, pr. D., *de legit. tut.*, XXVI, 2.

(2) Pomponius, L. 120, D., L, 16; Ulpien, *Reg.*, XI, 14.

gentiliumque pro separatione accipitur ; at cum dicitur super pecuniæ tutelæve suæ tutor separatim sine pecunia dari non potest (1).

Les historiens nous signalent des testaments qui remontent aux époques les plus reculées. Procas, roi d'Albe, aïeul de Romulus et de Rémus, lègue son royaume à Numitor l'aîné de ses fils (2). Acca Larentia, la nourrice de Romulus, lègue sa fortune à celui-ci suivant les uns, au peuple romain suivant d'autres (3). Démarate de Corinthe réfugié en Etrurie teste au profit de son fils Lucumon qui, nommé par Ancus Martius tuteur testamentaire de ses enfants (4), devint cinquième roi de Rome sous le nom de Tarquin l'Ancien. Ces cas authentiques ou apocryphes démontrent au moins que dans la conviction des Romains la pratique des testaments devait remonter à une haute antiquité. Faut-il en conclure que la liberté testamentaire a existé de tous temps à Rome? Il nous semble impossible qu'il en ait été ainsi. Dans la cité antique la conservation des biens dans les familles présentait une importance capitale et au point de vue politique et au point de vue religieux : c'est pour l'assurer que la tutelle a été créée ; quand un des membres de la famille se trouvait incapable de porter la lance et de défendre ses droits, c'était la famille elle-même qui prenait en mains

(1) L. 53, pr., D., L, 16.
(2) Tite-Live, I, 3.
(3) Aulu-Gelle, VI, 7.
(4) Tite-Live, I, 34.

la gestion et la surveillance de ce patrimoine ; l'héritier présomptif devenait tuteur. Le testament c'est l'ennemi de la famille, c'est lui qui du jour où il sera admis doit briser l'antique groupe de la parenté. Voilà pourquoi dans toutes les sociétés primitives la liberté testamentaire n'existe pas (1). Les institutions sociales à Rome auraient-elles suivi une marche exceptionnelle ? La famille y aurait-elle été toujours sacrifiée ? Déjà la singularité de ce phénomène doit nous mettre en garde et nous faire réfléchir. Il n'y a pas de génération spontanée dans l'histoire, pas plus que dans la nature.

Les textes que nous possédons ne nous fournissent que des renseignements très sommaires sur l'origine du testament. Labéon et Gaius (2) se bornent à dire que l'exercice du droit de tester était entouré de formalités. Le testament primitif se faisait devant le peuple réuni dans les comices par curies et en présence des pontifes. C'est une question fort discutée que celle de savoir quel était le rôle du peuple dans cet acte (3). Devait-il sanctionner par son vote le projet de testament ? Etait-il appelé simplement à fournir son témoignage ? La question, d'après nous, doit être résolue suivant une distinction d'époques.

A l'origine, le peuple intervenait à un double titre ;

(1) Viollet, *Histoire du droit*, p. 741.
(2) Gaius, *Comm.*, II, 101.
(3) Pour la bibliographie sur ce point, voy. Greiff, *De l'origine du testament romain*, p. 52, note 1.

sur l'avis des pontifes, il rejetait ou approuvait les dispositions qui lui étaient soumises ; dans ce dernier cas, on le prenait à témoin de l'existence du testament (1). Par la suite, l'intervention des comices dégénéra en une pure formalité ; au lieu d'exercer un droit de contrôle, le peuple ne servit plus que de témoin. Il a dû se produire en cette matière un changement analogue à celui que l'on constate pour l'adrogation (2).

Les comices ne délibéraient sur les testaments qu'en vertu d'une convocation spéciale qui avait lieu seulement deux fois chaque année (3). Il en résultait que le citoyen surpris par la mort dans l'intervalle des deux convocations décédait forcément *intestat*, s'il n'avait pris ses précautions à l'avance ; de là l'usage du testament *in procinctu* qui se faisait par une déclaration à haute voix devant l'armée, entre le moment où le général prenait les auspices pour ranger son armée en bataille et celui où il les prenait pour attaquer l'enne-

(1) Mommsen, *Droit public* (traduction Girard), p. 364. Il nous paraît tout à fait inadmissible que le peuple se soit borné au rôle de témoins, comme le prétendent plusieurs auteurs. C'est en vain qu'on allègue l'absence d'écriture chez les anciens Romains, le rôle tout spécial des témoins qui à l'origine ne consistait pas seulement à affirmer qu'un acte avait été accompli, mais à prêter main forte pour le faire exécuter, le moyen est hors de proportion avec le but. Lorsqu'il s'agissait d'exercer les actions de la loi ou d'accomplir les *actus legitimi*, il était indispensable d'avoir des témoins et on ne croyait pas cependant nécessaire de réunir le peuple tout entier. Nous savons au contraire que lorsque d'autres affaires étaient traitées dans les comices, le vote du peuple intervenait toujours.

(2) Cicéron, *Pro domo,* 13, 14, 29.

(3) Gaius, II, 101. Le 24 mars et le 24 mai d'après M. Mommsen.

mi (1). Il paraîtrait tout naturel d'admettre que l'armée tout entière jouait ici le rôle du peuple assemblé dans les comices (2). Mais cette opinion, très séduisante au premier abord, soulève de sérieuses objections. L'armée, en effet, est légalement incapable de délibérer ; elle peut bien remplacer les comices comme témoin, mais elle ne peut faire acte de législateur. Il est difficile d'admettre, du reste, qu'au moment de marcher au combat on prît le temps d'examiner les déclarations qui venaient de se produire et de voter pour ou contre. La validité du testament *in procinctu* peut, croyons-nous, s'expliquer beaucoup plus logiquement de la manière suivante. Les dispositions de dernière volonté doivent être sanctionnées par une loi curiate ; à cet effet, une déclaration doit être faite par le testateur de son vivant devant les comices ; mais, étant données les circonstances, on a fini par admettre probablement par une décision spéciale, puis d'une manière générale, qu'à l'égard du citoyen mort pour la patrie, la déclaration qu'il aurait faite avant la bataille devant ses compagnons d'armes serait suffisante.

Ainsi le testament dans les premiers temps de Rome a présenté un caractère législatif. Les lois existantes ne pouvaient être modifiées que par une loi particu-

(1) Plutarque, *Coriolan*, 9 ; Velléius Paterculus, II, 3.

(2) M. Mommsen, qui avait d'abord adopté cette opinion (*Histoire romaine*, traduction Alexandre, t. 1, p. 107), vient de l'abandonner (*Droit public*, traduction Girard, p. 350, note 1.)

lière. Comme le dit Ihering, le droit de tester se trouvait sous la garantie publique : le conflit qui s'élevait entre la famille et le testateur était tranché par le peuple.

A quelle époque la liberté testamentaire a-t-elle été entièrement reconnue? Il est très généralement reçu et nous sommes fort portés à le croire que cette réforme a été opérée par la loi des XII Tables dont nous avons cité la célèbre disposition. Mais pour que cette opinion fût incontestable, il faudrait commencer par établir que, dès cette époque, on pouvait tester *per æs et libram*, ou tout au moins que le peuple avait perdu son droit de contrôle et qu'il ne faisait que ratifier les volontés du testateur. Or ce sont là des points douteux.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'il arriva un moment où le droit de tester librement fut reconnu et un autre moment aussi où l'hérédité testamentaire prit le pas sur l'hérédité légitime. Le *paterfamilias* conquit le droit de nommer un tuteur à ses enfants impubères et d'enlever à ses agnats et à ses *gentiles* une prérogative qui jusqu'alors avait été pour eux un droit souverain, et comme pour l'hérédité, la tutelle testamentaire fut déclarée préférable à la tutelle légitime.

Pendant longtemps la tutelle testamentaire présenta le même caractère que la tutelle légitime ; elle était un droit pour celui qui en était investi, elle ne

constituait pas une charge. Il en résultait des conséquences importantes, analogues en général à celles que nous avons signalées à propos de la tutelle légitime :

1° Le tuteur désigné par le *paterfamilias* était libre de refuser la mission dont il était chargé. Bien mieux ! Même après son entrée en gestion, il pouvait sans motif se démettre de ses fonctions. Cette règle subsiste encore à l'époque d'Ulpien. *Tutor si abdicaverit se tutela*, dit ce jurisconsulte, *desinit esse tutor* (1).

2° Le *paterfamilias* pouvait nommer, si telle était sa volonté, un incapable, par exemple un citoyen captif chez les ennemis, un prodigue interdit, un *furiosus* ; son choix pouvait librement porter sur toutes les personnes qui avaient avec lui la *factio testamenti* (2).

3° La tutelle testamentaire de même que la tutelle légitime pouvait faire l'objet d'une revendication (3).

Il existe cependant entre la tutelle testamentaire et la tutelle légitime certaines différences ; elles résultent de la nature même des choses. C'est ainsi que la *minima capitis deminutio* que subit le tuteur désigné par le *paterfamilias* ne met pas fin à son droit. Cette solution se justifie sans aucune difficulté, si l'on considère que la vocation de tuteur ne repose pas sur un lien de parenté.

(1) Ulp., *Reg.*, XI, § 17.
(2) L. 21, D., *De test. tut.*
(3) Cuq, *op. cit.*, p. 322, n° 2,

CHAPITRE III

LES POUVOIRS DU TUTEUR

Dans l'ancien Droit romain, la tutelle nous apparaît comme une puissance domestique semblable à celle du père de famille (1), avec cette différence qu'elle porte sur une personne qui conserve son *caput*. *Tutela*, dit Servius Sulpicius (2), *est vis ac potestas* (3) *in capite libero* (4). Cette définition devenue célèbre est

(1) « La tutelle, dit M. de Savigny (*op. cit.*, §55, 5°), nous apparaît comme la subrogation de la puissance paternelle. » — D'après Sir Henri Summer-Maine (*L'ancien droit*, p. 153, traduction Courcelle-Seneuil), « c'était une prolongation de la *patria potestas* jusqu'au moment de la simple virilité. » — M. Accarias en parlant de la tutelle testamentaire s'exprime de la manière suivante: « Il faut reconnaître dans cette faculté de nommer des tuteurs testamentaires un attribut et une énergique manifestation de la puissance paternelle se survivant en quelque sorte à elle-même jusqu'à la puberté du pupille » (T. I, n° 126, p. 326).

(2) L. 1, pr., D., XXVI, 1. — Cf., Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, V, 19; Cicéron, *Pro Murena*, 13.

(3) Bien des auteurs se sont ingéniés à trouver un sens distinct à ces mots. Nous croyons qu'il y a là simplement une juxtaposition de synonymes, une expression toute faite. Cf. César, *De Bello Gallico*, VI, 14 ; Cicéron, *De natura deorum*, III, 36; Gaius, *Comm*, I, §122 ; IV, §§ 10 et 144, — Inst. §§ 3 et 4, *De int.*, IV, 15. — L. 17, *De legit.*, 1, 3.

(4) Cette qualification se rapporte-t-elle au tuteur nécessairement homme libre ou au pupille nécessairement *sui juris* ? Entre ces deux interprétations qui sont l'une et l'autre fort exactes, nous préférons la seconde ; il nous semble, en effet, que dans une définition de la tutelle il est bien plus naturel et bien plus nécessaire de préciser la condition de ceux qui y sont soumis que de ceux qui peuvent y être appelés. C'est en vain

reproduite par les rédacteurs des Institutes (1), dépositaires inconscients d'un passé lointain et la tradition des mots qui bien souvent survit à celle des choses lui conserva jusqu'à la fin cette dénomination, bien qu'un changement complet se fût opéré. L'analogie entre la tutelle et la puissance paternelle est si étroite qu'à l'origine ces deux puissances portaient le même nom de *manus* (2). Cette synthèse primitive (3) nous permet de conjecturer que la tutelle a dû avoir autrefois une portée bien plus grande et une étendue bien plus considérable que dans le droit classique et dans le droit du Bas-Empire.

Le droit du tuteur à l'origine portait tout à la fois sur la personne et sur les biens du pupille (4). La loi des XII Tables contenait la disposition suivante relative à la curatelle du *furiosus* : *Si furiosus escit, agnatorum*

qu'on objecterait la construction grammaticale. L'emploi de l'ablatif au lieu de l'accusatif, qui est irrégulier, se retrouve dans un autre passage des Institutes (§ 4, *de usuf.*, II, 4) et dans une disposition de la loi des XII Tables (ci-dessous, p. 29, note 3). Il est à remarquer qu'avec cette interprétation le mot *liber* devient synonyme de *sui juris*.

(1) § 1, *De Tutelis*, 1, XIII. — Quelques manuscrits, au lieu de *vis ac protestas*, portent : *jus ac potestas*.

(2) Tite-Live, XXXIV, 2, 11. — On trouve même dans Plaute (*Tusc.*, IV, 4, 6) la forme archaïque et fort curieuse de *mantustor* ou *manustutor*.

(3) Cette synthèse n'est pas spéciale au Droit romain. En Grèce, le terme de κυριος sert à désigner non seulement le pouvoir du père et du mari mais encore celui du tuteur. — « Que Nicanor, porte le testament d'Aristote, soit κυριος sur l'enfant. » Le vieux mot germanique *munt* désignait également la puissance paternelle, maritale et tutélaire ; c'est de lui qu'est venue l'expression moderne *Vormundschaft*.

(4) Ihering, *op. cit.*, t. III, p. 155.

gentilitiumque in eo pecuniaque ejus potestas esto (1). Gaius nous apprend que cette même loi contenait également une disposition relative à la tutelle (2); cette dernière disposition ne nous est pas parvenue, mais étant donnée la corrélation qui existe entre les deux institutions, il est de la plus grande vraisemblance qu'elle devait être conçue en termes analogues. Les décemvirs sur ce point ne firent que confirmer des usages très anciens. A l'époque reculée où les droits de famille et de patrimoine ne se distinguaient pas encore nettement (3), la tutelle, bien qu'elle eût avant tout pour but d'assurer la conservation des biens, ne paraissait possible que moyennant la *potestas* sur la personne de l'incapable (4). Cette puissance, que la loi reconnaissait au tuteur sur l'impubère, trouvait une limite dans ce fait qu'elle s'exerçait sur un individu *sui juris* : elle ne comportait ni le *jus vitæ necisque*, ni le droit de disposer de la personne (5). Elle ne tarda pas cependant à paraître dangereuse et comme on comprit que le pouvoir sur les biens pouvait exister sans

(1) Cicéron, *De invent.*, II, 50.

(2) Gaius, *Comm.*, I, 155.

(3) La loi des XII Tables, dans la disposition : *Uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave rei, suæ, ita jus esto*, a compris sous les mots *suæ rei* les enfants et la femme. — De même *familia*, c'était la famille et les biens. L. 195, § 1, D., *De verb. sign.*, L. 17. Voy. ci-dessus p. 2, note 2. — Cf. Gérardin, *op. cit.*, p. 4, note 11.

(4) Puchta, *Inst.* III, p. 195 ; Greiff, *op. cit.*, p. 129.

(5) Aulu-Gelle, V, 19 : « Tutoribus in pupillis tantam esse auctoritatem, potestatemque fas non est ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ dicioni subjiciant. »

le pouvoir sur la personne, la coutume établit à cet égard une distinction capitale. Les jurisconsultes Romains nous apprennent en effet que de leur temps les fonctions du tuteur n'avaient trait qu'au patrimoine. Le pupille qui n'empruntait pas le domicile de son tuteur n'était placé ni sous sa garde matérielle, ni sous sa direction morale (1). C'était au magistrat qu'il appartenait de désigner la personne appelée à veiller sur l'éducation de l'impubère (2). Le plus souvent son choix portait sur un parent ou sur un ami, celui qui lui paraissait présenter les meilleures garanties de moralité et d'intelligence (3); à moins de circonstances particulières la préférence était donnée à la mère (4), si elle n'était pas remariée. Le rôle du tuteur consistait à verser à la personne ainsi désignée la somme nécessaire à l'entretien de l'enfant (5). « Cette disposition qui sépare de la tutelle l'éducation et la garde, dit M. Labbé, était très sage. Il est regrettable qu'elle ne soit pas reproduite par notre Code civil. La tutelle est un office viril. Souvent, surtout pour une jeune fille impubère, une parente sera la personne à qui le plus convenablement la garde sera confiée (6). »

(1) L. 1, pr. D., 27, 2.
(2) L. 1, § 1, D., 27, 2.
(3) L. 1, § 1, D., 27, 2 ; L. 2, C., V, 49.
(4) L. 1, C., V. 49.
(5) L. 7, D., 33, 1 ; L. 1, § 1, D., 27, 2.
(6) Labbé, *Appendice* VI, à la fin du t. II d'Ortolan. — Dans les législations où la tutelle est organisée en faveur du tuteur, on a séparé le pouvoir sur la personne, du pouvoir sur les biens. Il en était ainsi en Grèce et le même état de chose se retrouve dans notre ancien droit coutumier.

Si le pouvoir du tuteur sur la personne du pupille a de tout temps subi des restrictions ; il ne paraît pas en avoir été de même de son pouvoir sur le patrimoine. A l'origine, il jouissait à cet égard des droits les plus étendus. Les textes de l'époque classique ont conservé la trace de cet ancien état de choses. En voici quelques exemples remarquables.

En cas de soustraction le tuteur peut intenter contre le voleur l'action *furti* ou transiger ainsi que le permettait une disposition de la loi des XII Tables (1). Si la chose volée rentre en sa possession, le vice qui l'infectait et qui faisait obstacle à l'usucapion est purgé (2).

Les esclaves se trouvent soumis à son autorité et doivent lui obéir comme au maître. Commettent-ils un fait délictueux à son instigation, l'ordre qu'il leur avait donné constitue une excuse en leur faveur (3).

S'agit-il d'accomplir un acte de gestion, le tuteur jouit de tous les droits. Il peut aliéner les biens (4), recevoir le paiement des créances et donner décharge, intenter une action (5), faire une novation ou une

(1) L. 56, § 4, D., *De furtis,* XLVII, 2.

(2) D'après un texte de Nératius, le retour de l'objet volé entre les mains du mandataire du propriétaire n'est pas suffisant pour purger le vice dont il est infecté. L. 41, D., XLI, 3.

(3) L. 11, § 7, D., *Quod vi aut clam.*, XLIII, 24; L. 157, pr., D., *De reg. jur.*, 4. 17.

(4) Gaius, *Comm.*, II, § 64.

(5) L. 17, § 2, D., *De jurejur.*, XII, 2.

transaction (1). Il est même autorisé à déférer le serment à propos d'un droit contesté de l'incapable (2).

Plusieurs textes de la même époque interdisent, il est vrai, au tuteur de faire des donations (3) et cette prohibition est même entendue avec une très grande rigueur (4) ; d'autres déclarent que les actes à titre onéreux qui régulièrement rentrent dans les attributions du tuteur ne sont opposables à l'impubère qu'autant qu'ils ont été accomplis *bona fide* ou suivant une autre formule *ad utilitatem pupilli, si hoc pupillo expediat* (5). Mais ces dispositions constituent évidemment des restrictions aux pouvoirs antérieurs des tuteurs. Par suite des changements qui s'opèrent dans la société romaine, la tutelle cesse d'être un droit pour le tuteur ; elle devient une mesure de protection en faveur de l'incapable. Des modifications étaient inévitables ; étant donnée la nouvelle base de cette institution, il était tout naturel de déclarer nuls tous les actes faits pour spolier celui qui avait droit à une garantie. Quant à la donation, elle diminue le patrimoine sans aucune compensation ; c'est une disposition qui a pour

(1) L. 56, § 4, D., *De furt.*, XLVII, 2.

(2) L. 17, § 2, D., *De jurejur.*, XII, 2.

(3) L.L. 22 et 46, *in fine*, D., *De admin.*, XXVI, 7 ; L. 1, § 1, D., *De tut. et rat.*, XXVII, 3.

(4) Le tuteur n'a pas le droit de faire un *munus nuptiale* aux plus proches parents du pupille (L. 1, § 5, D., *De tut. et rat.*, XXVII, 3 ; L. 13, § 2, D., *De adm.*, XXVI, 7). C'est tout au plus si on l'autorise à faire certains présents que l'usage commande (L. 12, § 3, D., *De adm.*, XXVI, 7).

(5) L.L. 12, § 1 et 22, D., *De adm.*, XXVI, 7 ; L.L. 20, § 1 et 34, § 1, D., *De noval.*, XLVI, 2.

cause des sentiments tout à fait intimes et personnels, qui par conséquent ne peut émaner que de la volonté personnelle de celui dont elle témoigne les intentions bienfaisantes. La législation ne s'arrêta pas là. De nombreuses mesures de garantie furent édictées et le tuteur ne put plus accomplir un acte de quelque importance sans être soumis à une rigoureuse surveillance (1). Le droit primitif ignorait toute disposition de ce genre. Le tuteur, investi d'une puissance analogue à celle du père de famille, ne subissait aucun contrôle et sa volonté ne rencontrait pas de résistance.

Ainsi le tuteur dans l'ancien droit romain se trouvait relativement aux biens confiés à sa garde dans la même situation que le maître lui-même ; à notre avis, il en était propriétaire (2). S'agissait-il d'un tuteur légitime, il devenait propriétaire en vertu d'une *continuatio dominii* ; il y avait en quelque sorte succession provisoire ouverte à son profit. S'agissait-il d'un tuteur testamentaire, il devenait propriétaire en vertu d'une espèce de fidéicommis (3), de même que le dépositaire devenait propriétaire des objets qui lui étaient remis (4).

Les textes ont conservé la trace de cette attribution de propriété. Même à une époque où la coutume avait

(1) Pour la législation sur ce point, voy. Accarias, t. 1, nº 149 ; Labbé, *op. cit.*

(2) Gérardin, *op. cit.*, p. 7.

(3) *Caput liberum fidei suæ commissum*, dit Aulu-Gelle, V, 19.

(4) Gaius, *Comm.*, 11, §§ 59 et 60.

modifié cet état de choses, le tuteur était encore qualifié par les jurisconsultes *de vice* ou *loco domini* : *Nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur quum tutela administrat* (1).— *Quia tutor domini loco habetur* (2).— *Vel dominis, vel his* (*tutores*) *qui vice dominorum sunt* (3). *Tutor qui tutelam gerit.., domini loco habere debet* (4). Ces expressions sont les vestiges de l'ancien droit du tuteur.

Le pouvoir du tuteur est qualifié à plusieurs reprises de *potestas* (5). Or cette expression sert également à désigner le droit de propriété (6). La tutelle peut en quelque sorte être considérée comme un démembrement de la puissance paternelle (7). Le *paterfamilias* était tout à la fois propriétaire des choses et des personnes soumises à sa puissance. Le droit du tuteur sur les personnes s'est affaibli, mais il est resté aussi étendu en tant qu'il porte sur les biens.

Les tuteurs ne pouvaient naturellement se rendre voleurs des biens des incapables, puisqu'ils en étaient propriétaires. Le jurisconsulte Tryphoninus le laissait encore pressentir, à un moment cependant où tout

(1) Julien, l. 7, § 3, D., *Pro emptore*, XLI, 3.
(2) Julien, l. 5, § 4, D., *De furtis*, XLVII, 2.
(3) Ulpien, l. 11, § 7, D. *Quod vi aut clam*, XLIII, 24; Ulpien, l. 157, *De reg. jur.*, l. 17.
(4) Paul, l. 27, D., *De adm.*, XXVI, 7.
(5) V. ci-dessus, p. 28.
(6) Inst., § 4, *De usuf.*, 11, 4.
(7) Greiff., *op. cit.*, p. 123. Scheurl dit que la tutelle est par rapport à la puissance paternelle ce que les droits réels sont par rapport à la propriété. *Beibrage zur Bearbeitung des rœm. rechts*, II, 2.

cela avait changé : *tutores non tam invito domino contrectare videntur quam perfide agere* (1). Ulpien, qui propose d'accorder l'*actio furti* au pupille contre son tuteur, semble ne présenter cette solution que comme une innovation et un progrès (2).

Cette attribution de propriété au tuteur était du reste une nécessité aux premiers temps de Rome, étant donnée l'organisation judiciaire en vigueur. A l'époque des actions de la loi, nul ne pouvait plaider pour autrui. Si le tuteur n'avait eu que les pouvoirs d'un administrateur de la fortune d'autrui, il n'aurait pu ni intenter une action en revendication ni y défendre ; les biens du pupille ne se seraient plus trouvés en sûreté entre ses mains. On objecte, il est vrai, l'assertion des rédacteurs des Institutes, d'après laquelle il était permis d'agir au nom d'autrui *pro tutela* (3) et on l'interprète en ce sens, que le tuteur aurait eu le droit, dès cette époque, de plaider aux lieu et place de l'incapable, comme il put le faire plus tard. Mais cette interprétation, qui est formellement démentie

(1) L. 55, § 1, D., *De adm.*, XXVI, 7.

(2) L. 1, § 22, D., *De tut. et rat.*, XXVII, 3.

(3) Voici la phrase des Institutes, IV, 10, pr. : *olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela* ; Gaius dans ses *Commentaires*, IV, 82, ne s'exprime pas aussi explicitement ; il se borne à dire : *cum olim quo tempore legis actiones in usu fuissent alterius nomine agere non liceret præterquam certis causis* (Girard, *Textes de Droit romain*). D'anciennes éditions portent au lieu de « *præterquam nisi certis causis : nisi pro populo et libertatis causa* ». Ce qui exclurait l'exception relative à la tutelle, mais une lecture plus approfondie du manuscrit a prouvé que cette leçon devait être abandonnée.

par la paraphrase de Théophile, inspire aujourd'hui les doutes les plus sérieux à de nombreux interprètes du Droit romain (1). Toute difficulté disparaît si l'on admet avec nous que le tuteur était propriétaire des biens confiés à sa garde. Cette manière de voir, outre l'absence de témoignages que l'on peut s'opposer de part et d'autre, a l'immense avantage d'être en parfaite harmonie avec l'esprit de l'ancien droit.

L'étendue que nous croyons pouvoir assigner aux pouvoirs du tuteur n'a rien de particulier au Droit romain ; elle se retrouve dans d'autres législations. D'après Heusler, le vieux Droit germanique reconnaissait au tuteur un droit réel (*dingliches Recht*) ; le tuteur avait les biens en sa puissance et s'il était nécessaire d'agir contre un tiers, il les revendiquait en son nom personnel et en vertu de son droit réel (2) ; à cette époque la même expression servait à désigner le pouvoir du tuteur et le droit de propriété ; *mundium id est dominium*, disaient de vieilles gloses sur l'Edit Lombard (3). Et dans les temps modernes, le Droit anglais qui s'est originalement développé et qui plus que tout autre a conservé la tradition, a admis pendant de longs siècles que le tuteur était *dominus pro tempore* des biens du pupille (4). Si l'on considère

(1) Dans le sens de notre opinion, voyez : Gérardin, *op. cit.*, p. 8 ; Voigt, I, 574 ; Karlowa, 533 ; Greiff, *op. cit.*, p. 183.

(2) Heussler, t. II, p. 168.

(3) Voy. Gérardin, *op. cit.*, p. 2, note 2.

(4) Bertrand, de la condition des étrangers en Angleterre, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1871-1872, p. 77.

qu'il existe de singulières analogies entre le Droit romain et le Droit anglais, bien que le premier n'ait exercé directement aucune influence sur le second, on ne s'étonnera pas de retrouver dans la Rome antique le droit de propriété du tuteur.

Cette attribution de propriété devait être fort avantageuse pour le tuteur : il avait ainsi la jouissance de tous les biens à la charge probablement de subvenir à l'entretien de l'impubère (1). Son droit était un droit lucratif et c'est peut-être ce caractère qui fait que la tutelle pouvait être l'objet d'une *in jure cessio*. A une époque où la tutelle constituait non une charge mais un droit pour la personne qui en était investie, il était tout naturel que celle-ci eût le droit de profiter des revenus des biens confiés à sa garde. Chez tous les peuples qui ont attribué ce caractère à la tutelle, la même faculté se retrouve. M. Viollet dit en parlant du tuteur germanique : « A mon sens, sa première et sa plus importante fonction c'est celle que nous verrons s'épanouir au moyen âge : le *mainbour* jouit des revenus du pupille (2) ».

Le droit si étendu que nous venons de reconnaître au tuteur ne devait pas présenter au moins pour certains biens un danger aussi considérable qu'on pourrait être tenté de le croire au premier abord. Sans remonter au temps extrêmement reculé où la pro-

(1) Gérardin, *op. cit.*, p. 8.
(2) Viollet, *op. cit.*, p. 451.

priété des troupeaux et ensuite des terres était collective et devait demeurer commune à perpétuité entre les membres de la même famille, M. Labbé émet l'opinion suivante : « Passons à l'époque où la propriété devenue à peu près individuelle sur la tête de chaque *paterfamilias*, divisible entre les enfants qu'il laissait pour héritiers, est frappée d'inaliénabilité. Devenue individuelle au point de vue de l'exploitation, elle continue à être affectée, par la règle de sa transmission héréditaire, à l'existence, aux besoins des membres de la *gens* à laquelle elle appartenait antérieurement. Il en est ainsi tout au moins des terres distribuées par l'État : *heredium quod heredem sequeretur* » (1). Plusieurs auteurs, il est vrai, n'admettent pas cette inaliénabilité même pour l'*heredium* (2) ; à l'appui de leur opinion ils argumentent de ce que le prodigue dès avant les XII Tables pouvait être interdit *re et commercio*. Mais ils admettent que l'aliénation en était difficile et que ce n'était qu'en cas de nécessité qu'il était permis d'y recourir. Ainsi le droit de libre disposition du tuteur n'aurait pu être exercé qu'à l'égard de certains biens, probablement des *res nec mancipi* ; quant aux *res mancipi*, considérées comme des choses extrêmement précieuses, destinées à assurer l'existence de la famille et à perpétuer ainsi le

(1) *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, 1887, p. 4.
(2) Ihering, *op. cit.*, t. 1, pp. 143 et s.; Cuq, *Nouv. revue hist.*, 1886, p. 537 ; Cuq, *op. cit.*, pp. 82 et s.

culte des ancêtres, elles auraient été frappées sinon d'inaliénabilité, tout au moins d'une aliénation fort difficile (1). Il est permis de conjecturer que c'est au moment où elles sont devenues librement aliénables qu'ont été consacrées les premières restrictions aux pouvoirs du tuteur : d'une part, l'interdiction des donations et d'une manière plus générale de toutes les libéralités directes ou indirectes, d'autre part, la nullité des actes à titre onéreux faits en vue de frauder le pupille. Si le tuteur était propriétaire, il en résultait logiquement que le pupille ne pouvait l'être. Divers textes prouvent que la propriété des biens du *furiosus* et du prodigue interdit passait au curateur (2). L'étroite relation qui existe à l'origine entre la curatele et la tutelle nous permet d'admettre une solution analogue en ce qui concerne cette dernière institution.

Les impubères qui n'avaient pas la propriété de leurs biens ne pouvaient accomplir aucun acte juridique sur ces biens ; sous la puissance absorbante de leurs tuteurs, leur personnalité disparaissait. Cette manière de voir est contraire à la théorie généralement admise. Presque tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la mission essentielle du tuteur consiste dans l'*auctoritatis interpositio* ; de tous temps le pupille aurait pu agir, aliéner, contracter avec l'as-

(1) Sur la distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi* et sur les divers systèmes proposés, voy. Ribéreau, *Théorie de l'in bonis*, pp. 26 et s.
(2) Voy. Gérardin, *op. cit.*, p. 10.

sistance de son tuteur ; ce n'est qu'assez tard qu'il aurait pu être remplacé par ce dernier et que serait apparue la *negotiorum gestio*. Il est incontestable qu'à l'époque classique, c'est l'*auctoritatis interpositio* qui caractérise la tutelle romaine. Les jurisconsultes ne nous laissent aucun doute à cet égard, mais rien ne prouve qu'il en fût ainsi dans l'ancien droit. Comme le dit fort exactement M. Gérardin, « l'*auctoritatis interpositio*, cette institution qui permet à un citoyen naturellement incapable à raison de son âge de figurer en son nom à un acte juridique, paraît être le produit d'une science déjà avancée (1) ». M. de Savigny admet très catégoriquement qu'à l'origine les impubères ne pouvaient accomplir aucun acte juridique. « D'après la rigueur de l'ancien principe, déclare-t-il, les impubères étaient absolument incapables d'agir, c'est pourquoi on leur donnait un tuteur qui agissait pour eux (2) ». M. Flach n'est pas moins affirmatif : « Dans mon opinion, tous les impubères étaient aux temps anciens de Rome mis sur la même ligne ; tous étaient incapables dans un acte de la vie civile. Leur tuteur les représentait et agissait pour eux » (3). Cette opinion paraît bien trouver sa confirmation dans les textes. C'est ainsi que les Institutes de Justinien emploient l'expression *placuit* (4), en parlant de la faculté ac-

(1) Gérardin, *op. cit.*, p. 11.
(2) Savigny, *Traité de Droit romain*, t. III, § 107.
(3) Flach, *Etude sur la minorité*, p. 3.
(4) 5 pr. Inst., *De auct. tut.*, 1, 21.

cordée dans certains cas aux pupilles d'agir en personne. Ce langage n'est pas celui qui convient à une antique institution.

Quand le pupille commença à pouvoir figurer en son nom dans un acte juridique, ce fut probablement à l'époque où, grâce à la transformation qui s'opère dans la tutelle, la coutume lui maintint la propriété de ses biens. Ce droit ne fut d'abord reconnu qu'aux *pubertati proximi*, à ceux dont le développement était suffisant pour qu'on pût les assimiler aux pubères dans une certaine mesure ; le tuteur dut alors se porter *auctor* de l'acte qu'ils accomplissaient pour compléter leur capacité. Plus tard cette règle fut étendue, mais par une *benignior juris interpretatio* (1), à ceux qui avaient dépassé l'âge où l'enfant n'est pas encore apte sinon à prononcer, du moins à comprendre les paroles solennelles exigées pour la formation des contrats. L'*infantia* (2) devint ainsi une subdivision de la puberté.

(1) Cette idée ressort très nettement de plusieurs textes. L. 9, D., *De acq. vel omitt. hæred.*, XXIX, 2 ; L. 1, § 13, D., *De obligat. act.*, XLIV, 7 ; L. 6, D., *Rem. pup.*, XLVI, 6 ; Gaius, *Comm.*, III, §§ 107, 109 ; Inst., §§ 9, 10, *De inut. stip.*, III, 19.

(2) L'*infantia* à l'origine durait tant que le pupille ne pouvait *fari*. L'ancienne langue latine désignait *fari* de *fabulari* qui veut dire balbutier (Varr., *Cat. ap. Non*, 352, V° *Fabulinum*) et de *loqui* qui veut dire parler avec intelligence. *Fari* signifiait au sens propre parler correctement. (Varron : « Fatur is qui primum homo significabilem ore mittit vocem. Ab eo antequam ea faciant, pueri dicuntur infantes ». *De ling. lat.*, VI, 7 Pap. Vocab.: « Infans homo primæ ætatis dictus quod adhuc fari nesciat, nondum enim bene ordinatis dentibus non exprimit sermonem). Il n'était pas nécessaire que ce fut avec intelligence (Gaius : « Pupillus... si... fari potest,

Quand cette transformation se fut opérée, le tuteur eut alors deux fonctions : *negotia gerere*, *auctoritatem præstare* (1). En général il était libre de prendre le parti qui lui paraissait le plus convenable. Cependant certains actes, ceux que les Romains qualifiaient d'*actus legitimi*, exigeaient le fait même du pupille, et le tuteur devait se borner à l'assister (2). L'*infantia* rendait donc impossible tout acte de cette nature. Il en était de même si l'impubère, bien que sorti de l'*infantia*, refusait son concours (3). Cette circonstance mon-

etiamsi ejus ætatis erit ut non intelligat quid faciat ». L. 6, D., *Rem. pup.*, XLVI, 6). D'après ce que nous venons de dire, il résulte que le point de savoir à quel moment un pupille pouvait figurer dans un acte juridique variait avec le développement plus ou moins précoce de chaque individu. Nous serions fort portés à croire qu'il en a été ainsi jusqu'au Vᵉ siècle de l'ère chrétienne où deux constitutions, l'une de 407 due aux empereurs Arcadius, Honorius et Théodose II, l'autre de 426 qui est l'œuvre des empereurs Théodose II et Valentinien III (L. 8, Code Th., *De bon. mat.*, VIII, 18 ; L. 18, Code J., *De jur. delib.*, VI, 30) décidèrent que l'*infantia* comprendrait les sept premières années de la vie. — Ce fut du reste la seule subdivision de la puberté relativement à la capacité de figurer dans un acte juridique, la distinction entre les *pubertati proximi* et les *infantia proximi* ayant perdu toute importance par suite de la *benignior juris interpretatio* dont nous avons parlé et n'ayant plus d'effet qu'à l'égard des délits.

(1) L. 19, D., *De auct. et consil.*

(2) Pour les règles suivies sur ce point, voy. Accarias, t. 1, nº 146, pp. 379 et s.

(3) Le droit qui appartenait au tuteur d'aliéner les biens du pupille se trouvait ainsi singulièrement restreint. Tant qu'il avait été considéré comme propriétaire du patrimoine confié à sa garde, il pouvait recourir à tous les modes d'aliénation. Quand la coutume modifia l'ancien état de choses et maintint au pupille la propriété de ses biens, les modes d'aliénation du droit des gens lui furent seuls permis ; les modes du droit civil lui furent interdits puisqu'ils exigeaient l'intervention du *dominus*. Par conséquent s'agissait-il d'aliéner une des *res mancipi* du pupille, dans un des cas où son concours n'était pas possible, le tuteur devait se borner à

tre bien que l'*auctoritatis interpositio* est contraire à la *potestas* que la loi reconnaissait au tuteur à l'origine, puisqu'ainsi le pupille aurait pu résister à son tuteur (1). Dans la notion primitive de la tutelle, celui qui en était investi devait logiquement pouvoir agir seul et sans entrave.

Si la tutelle dans l'ancien Droit romain constituait une puissance et non une mesure de protection, il en résultait que le tuteur n'était pas obligé vis-à-vis du pupille : il avait des droits à faire valoir, il n'était pas tenu. Est-ce que le *paterfamilias*, dans la notion primitive de la puissance paternelle, a des devoirs à l'égard de son fils ? Est-ce que la personne qui lui succède dans l'exercice de ses prérogatives, soit en vertu de sa volonté librement exprimée, soit en vertu du droit de famille peut être responsable devant celui qui est soumis à son autorité ? Les législations primitives n'admettent pas qu'un même fait juridique, qu'un même état de fait procure un avantage et crée une obligation. Ces complexités sont le résultat d'une science juridique déjà avancée. « Le Droit ancien, dit Ihering, connût-il jamais des rapports dans lesquels le droit et l'obligation ou le droit contraire fussent confondus ? Nous répondrons : non, et sans réserves. Tous les rapports de l'ancien Droit sont essentielle-

en faire la tradition. L'acquéreur n'obtenait pas ainsi la propriété quiritaire, mais il se trouvait *in causa usucapiendi*.

(1) Gérardin, *op. cit.*, p. 11.

ment unilatéraux. Ils ne donnent à l'intéressé qu'un droit sans lui imposer en même temps un devoir ou sans procurer à son adversaire un droit contraire (1) ». La tutelle dans la conception primitive ne pouvait donc engendrer aucun lien juridique.

(1) Ihering, *op. cit.* t. IV, p. 192.

CHAPITRE IV

L'ÉTAT SOCIAL ; L'OFFICIUM TUTORIS.

Si les tuteurs n'étaient pas tenus juridiquement ; ils avaient des *officia*. Un passage d'Aulu-Gelle nous montre quelle importance attachaient aux devoirs de la tutelle les mœurs romaines des temps anciens. Cet auteur dans ses *Nuits attiques* rapporte que plusieurs personnages, très versés dans l'étude des vieux usages et des coutumes anciennes, dissertèrent un jour avec lui sur l'ordre des devoirs. Ils n'hésitèrent pas à ranger en première ligne les devoirs envers les ascendants et les pupilles : *Conveniebat autem facile, constabat quæ ex moribus populi Romani primum juxte parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelæque creditos* (1).

Cicéron flétrit énergiquement le tuteur qui abuse de ses pouvoirs sur les biens de son pupille : *Æque perfidiosum et nefarium fidem frangere quæ continet viam ; et pupillum fraudare, qui tutelam pervenit* (2).

Et comme dans l'ancien Droit le tuteur était astreint au serment (3), il avait à craindre la fureur divine cumulée avec les malédictions humaines.

(1) Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*, V, 13.
(2) Cicéron, *De oratore*, 1.
(3) Nov. 72, cap. 11. — Dans cette constitution, Justinien rétablit le ser-

Ainsi à l'origine, les devoirs des tuteurs envers leurs pupilles sont garantis par des obligations morales et religieuses. S'ils refusent d'exercer leurs droits dans l'intérêt du groupe familial, s'ils administrent malhonnêtement, s'ils ne subviennent pas à l'entretien de l'incapable, s'ils ne rendent pas fidèlement leurs comptes, ils n'offensent pas le *jus*, mais ils manquent à l'*officium*, la foi est rompue, *fides rupta* ; il y a *crimen perfidæ* (1).

Cette démarcation tranchée entre le domaine des mœurs et celui des lois est un des traits les plus caractéristiques du Droit romain de l'époque primitive. L'équité bannie du domaine des lois trouvait dans les mœurs publiques de la vie civile une sérieuse protection. Les anciens Romains, à peine sortis du régime patriarcal, en conservaient encore le caractère rude mais austère, et l'on eût pu leur appliquer le mot de Tacite : « Les bonnes mœurs chez eux étaient plus puissantes que ne le sont ailleurs les bonnes lois (2) ». Chez tous les peuples qui sont jaloux de leur liberté et qui savent se gouverner eux-mêmes, les mœurs sont d'autant plus tyranniques que la législation laisse plus d'indépendance : la liberté trouve ainsi son cor-

ment qui était imposé dans l'ancien droit et qui était tombé en désuétude par la suite des temps.

(1) Tryphon., L. 55 § 1, D., *De adminis.*, XXVI, 7. Sur la *fides* et le culte de cette divinité, Pernice, Labéo, t. II, p. 408 ; Michel Bréal, *Mélanges de mythologie, Hercule et Cacus*, § 4, pp. 52 et s.

(2) Tacite, *De mor. Germ.*, 19.

rectif naturel. Les Romains nous en présentent un exemple remarquable. Jamais les obligations contractées ne furent plus scrupuleusement respectées (1) que sous l'empire d'une loi qui permettait de manquer à sa promesse, lorsque la plus légère erreur avait été commise ; jamais les dépôts ne furent plus fidèlement restitués qu'à une époque où le déposant n'avait aucune action pour se faire restituer les biens confiés au dépositaire ; jamais les liens de famille ne furent plus étroits, bien que le *paterfamilias* eût le droit de répudier sa femme, de vendre son fils et de les tuer l'un et l'autre (3) ; jamais les tuteurs ne défendirent avec plus de soin les intérêts de leurs pupilles (4), bien que ceux-ci fussent, suivant l'expression d'Aulu-Gelle, confiés à leur bonne foi (5).

Ce qui, dans l'ancienne constitution romaine, contribua puissamment au maintien des bonnes mœurs, ce fut sans contredit l'étroite solidarité qui existait entre les membres de la même famille civile (6). La

(1) Aulu-Gelle, XX, 1 ; Tite-Live, XLII, 47: C'était même un déshonneur de mettre de la négligence à remplir ses engagements. Cicéron, *Pro Rosc. Am.*, 39.

(2) « Ayez à confier, dit Polybe (VI, 56), un seul talent à la garde d'autrui en Grèce, il vous faudra des écrits, et vous serez encore trompés. A Rome, vous n'aurez que la parole du dépositaire et le dépôt sera religieusement gardé. »

(3) Tous les auteurs anciens s'accordent à dire qu'il n'y eut pas un divorce. Aulu-Gelle, IV, 3 et XVII, 21 ; Denys d'Halicarnasse, 11, 25 ; Valère Maxime, II, 1, 4.

(4) Montesquieu.

(5) Aulu-Gelle, V, 19-20.

(6) Cicéron, *De Rep.*, 11, 34.

gens doit surveiller la conduite de tous ceux qui dépendent d'elle : l'intérêt de sa bonne renommée lui impose ce devoir. C'est un point aujourd'hui démontré que le *gentilis* dont la conduite était répréhensible encourait le blâme du conseil de la *gens* (1), conseil composé vraisemblablement de tous les *patres*. Un tuteur manquait-il à l'*officium*? Agissait-il *perfidie*? Il pouvait être traduit devant le conseil de la *gens* qui le rappelait à son devoir et lui intimait l'ordre soit de gérer avec soin les biens du pupille, soit de les restituer. Rien, il est vrai, ne forçait ce dernier à se soumettre à cette décision. Comment ses associés auraient-ils pu le contraindre? Quelle peine auraient-ils pu lui infliger? Mais, s'ils n'ont aucun moyen d'action positif, il ne faut pas croire pour cela qu'ils soient désarmés. Ils peuvent de leur côté déclarer qu'ils ne veulent plus tolérer son assistance aux cérémonies du culte ni même souffrir sa présence parmi eux (2). L'exécution de l'ordre intimé au *gentilis* coupable dépend donc de sa volonté, de son acquiescement. Il se soumet, car s'il ne le fait pas, il sait qu'il peut s'attendre à l'exclusion. Un trait fort caractéristique de l'époque ancienne que nous étudions, c'est que la peine que celui qui prête serment appelle sur sa tête en cas de parjure consiste précisément dans

(1) Tite-Live, VI, 20 : *nota gentilicia*. — Ihering, *op. cit.*, t. 1, pp. 194 et suiv. ; Cuq, *op. cit.*, p. 71.

(2) Ihering, *op.* et *loc. cit.*

l'exclusion de la *gens* (1). Le tuteur qui, ainsi que nous l'avons dit, prête serment d'accomplir fidèlement les obligations morales qui lui incombent, doit s'attendre à être chassé de l'association s'il y manque. Ce moyen de punition négatif qui se trouve ainsi à la disposition de la *gens* compense l'absence de pouvoir positif. C'est ainsi qu'au moyen âge, l'Église faisait observer les prescriptions qu'elle édictait en prononçant l'excommunication contre ceux qui ne voulaient pas s'y conformer.

La *gens* exerçait sur ses membres une autorité analogue à celle que plus tard les censeurs devaient exercer sur les membres de la cité. La police des mœurs existait bien longtemps avant la création de la censure et la nécessité de cette dernière institution a dû se faire sentir à mesure que l'antique constitution de la *gens* s'affaiblissait. La forme était nouvelle, mais l'idée était ancienne.

La mission du censeur était de réprimer toutes les iniquités que la loi laissait impunies (2). Celui qui n'observait pas les devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens, était l'objet d'un blâme du censeur. Pour en conserver le souvenir, une note spéciale (*nota censoria*) était inscrite (*subscribere*) à la suite du nom

(1) *Festus sur Lapidem Arce fuisque ejiciat* ; Polybe, III, 25 : **επιτῶν ἰδίων βίων, ἱερῶν τάφων ἐγὼ μόνος ἐκπέσοιμι.**

(2) Voy. sur les attributions des censeurs, Willems, *Droit public romain*, pp. 287 et s. ; Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, V° *Censor*, et les nombreux auteurs qu'ils citent.

de celui qui en avait été l'objet sur les registres du cens et, s'il y avait lieu, sur la liste des chevaliers ou des sénateurs (1).

Le blâme du censeur entraînait une flétrissure (*ignominia*) (2) qui avait des conséquences pratiques fort importantes : l'exclusion du sénat ou de l'ordre équestre (3), le transfert d'une tribu urbaine dans une tribu rustique et même la perte du droit de vote (4). La décision d'un seul censeur pouvait être réformée par un collègue (5) ; elle ne produisait son effet que pendant un lustre, mais elle pouvait être renouvelée (6).

Le pouvoir du censeur ne s'exerçait pas seulement sur les faits d'immoralité proprement dits, il s'étendait même aux actes qui pouvaient être considérés comme étant simplement déraisonnables, à ceux dont le *diligens paterfamilias* se serait abstenu. Le censeur demandait compte aux citoyens, non seulement de leurs actions déshonorantes, mais aussi de leur conduite irrégulière ou légère ; suivant l'expression d'Ihering (7), il était la règle personnifiée de la morale rustique. Il en résultait que le tuteur se trouvait sous sa surveillance continuelle et que, s'il laissait les biens du

(1) Cicéron, *De off.*, 31, § 111, 32, § 115.
(2) Tite-Live, IV, 24 ; Varron, *De lingua latina*, V, p. 58 (éd. Goth).
(3) Festus, V° *Præteriti*.
(4) Tite-Live, IV, 24.
(5) Cicéron, *De invent.*, 1, 30.
(6) Daremberg et Saglio, *op. cit.*
(7) Ihering, *op. cit.*, t. 1, p. 197.

pupille à l'abandon ou aliénait ceux que la coutume commandait de garder pour les transmettre à la famille comme l'*hæredium*, il s'exposait à être noté d'infamie. Ainsi disparaît le danger des pouvoirs illimités que nous avons reconnus au tuteur. La vie de l'antiquité permet de croire que la morale était assez puissante pour permettre cette liberté et que le censeur était en état de réprimer les abus qui pouvaient se commettre. Plus tard il fallut recourir à des restrictions légales. Les moyens différents qu'employèrent l'époque primitive et l'époque ancienne les caractérisent.

Nous devons pour compléter le tableau des mœurs anciennes rappeler une coutume que nous font connaître de nombreux écrivains romains : celle des communautés héréditaires. Aulu-Gelle signale une époque ancienne où la communauté était la loi des cohéritiers. *Et coibatur societas inseparabilis*, dit-il, *tanquam illud fuit consortium, quod jure atque verbo romano appellatur « hercto non cito »* (1). *Herctum*, cette expression désignait l'héritage ; *herctum non citum*, c'était l'héritage non partagé (2). Les cohéritiers qui restaient dans l'indivision s'appelaient *consortes* (3), de *sors*, lot de terre, domaine d'une famille (4). *Consortes* étaient même devenus synonymes de frères, ce qui prouve combien cet usage devait être fréquent.

(1) Aulu-Gelle, I, 9.
(2) *Donatus apud Serv. Ad Æneid*, 642.
(3) Cicéron, *De orat.*, I, 56.
(4) Varron, *Lingua latina*, VI, 7.

Le *consortium* se maintint fort longtemps : vers la fin de la République, on trouve encore des exemples de frères (1) et même de parents moins proches vivant en commun (2). L'esprit de famille qui maintenait ainsi la plus parfaite entente entre les divers parents maîtres de leurs droits et libres de leurs actions constituait pour le pupille la plus sûre des garanties.

(1) Pline, *Epist.*, VIII, 18, 4 ; Lucrèce, III, 769.
(2) Plutarque, *Crass.*, I, 1.

CHAPITRE V

L'INTERVENTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE. — LE CRIMEN SUSPECTI. — L'ACTION DISTRAHENDIS RATIONIBUS.

Dans toutes les sociétés, il arrive un temps où la sanction des garanties purement morales et religieuses devient insuffisante. La transformation d'un devoir d'honneur en un devoir pénalement sanctionné, d'un manquement à l'*officium* en un délit devait s'opérer par la force même des choses. S'il faut en croire les jurisconsultes romains, ce serait la loi des XII Tables qui aurait accompli ce progrès en créant le *crimen suspecti* (1) et l'action *distrahendis rationibus* (2). Ces deux actions sont très différentes et dans leur exercice et dans leurs résultats ; mais toutes les deux ont pour but de punir la perfidie du tuteur qui manque à l'*officium*. Nous nous proposons d'étudier successivement ces deux actions et de rechercher à travers les textes du droit classique et du droit du Bas-Empire le caractère qu'elles présentaient à l'origine et les règles qui leur étaient appliquées. Cette étude n'est pas sans

(1) Ulpien, L. 1, § 2, D., *de suspect. tut.*, XXVI, 10 ; Inst., § pr., *de suspect. tut.*, 1, 26.

(2) Cicéron, *De off.*, III, 15 ; Tryphoninus, L. 55, § 1, D., *de ad tut.*, XXVI, 7.

difficulté, car il est parfois fort difficile de retrouver sous les transformations qui se sont opérées l'état de choses primitif, dans bien des cas on est réduit à émettre de simples conjectures.

Crimen suspecti. — Le *crimen suspecti* a pour but de faire prononcer la déchéance du tuteur. A l'époque des jurisconsultes, on qualifie de *suspectus* non seulement le tuteur dont la gestion atteste soit la fraude, soit une négligence assez grossière pour être assimilée à la fraude (1), mais encore celui qui s'obstine à ne pas administrer (2). Tel ne fut certainement pas le Droit ancien. A l'origine, le *crimen suspecti* supposait des actes positifs de dilapidation ; peut-être fut-il introduit spécialement pour atteindre le tuteur qui, violant les règles imposées par les bonnes mœurs et la religion (3), vendait les *res mancipi* du mineur, les biens qui plus tard devaient assurer son existence et celle de sa famille. Quant à son abstention, elle n'entraînait aucune responsabilité. Ce n'est que très tard que le tuteur a été obligé de gérer, ce n'est que très tard également que le *crimen suspecti* a été étendu à cette hypothèse ; les textes en font foi (4).

Le *crimen suspecti*, son nom suffit à l'indiquer, ne constitue pas une action pécuniaire ; il ressemble bien

(1) L. 7, § 1, *de suspect. tut.*, XXVI, 10.
(2) Inst., § 9, *de suspect. tut.* ; L. 2 et 3, C., *de suspect. tut.*, V, 43.
(3) V. ci-dessus.
(4) L. 3 § 5 ; L. 4 § 4, *de susp. tut.*, XXVI, 10. Voy. Accarias, t. 1, n° 137, p. 359, note 1 ; Gérardin, *op. cit.*, p. 16, note 66.

plutôt à une action criminelle. Il donne lieu à une accusation. Il en résulte des conséquences importantes. Le magistrat ne renvoie pas les parties devant un juge ; il n'y a pas ici comme dans les cas ordinaires une séparation entre le *jus* et le *judicium*. Après avoir ouvert une enquête il rend un décret (1) ; son intervention présente ici le caractère d'un acte de police judiciaire (2).

Dans le dernier état de la législation romaine, tel que nous le font connaître les compilations de Justinien, l'accusation peut être intentée par quiconque s'intéresse au pupille ; pour cette raison les textes qualifient le *crimen suspecti* de *quasi publica actio* (3). Les femmes elles-mêmes, qui sont incapables de poursuivre un crime qui ne les atteint pas personnellement (4), peuvent cependant accuser un tuteur comme suspect (5). Leur accusation sera toujours reçue, pourvu qu'elle paraisse déterminée par le mobile de

(1) L. 12, D. *de susp. tut.*

(2) La compétence en cette matière appartenait au magistrat chargé de la *jurisdictio*. Sous la République c'étaient les consuls, véritables rois temporaires, qui étaient investis de cette fonction. L. 2, § 16, D., *De orig. jur.* Mais il y eut une période de quatre-vingts ans environ (de 310 à 388) pendant laquelle les Romains eurent tantôt des consuls, tantôt des tribuns consulaires, la *jurisdictio* passait des uns aux autres suivant les événements politiques. Enfin, en 388, quand le consulat fut rétabli pour toujours, on créa un magistrat qui fut plus spécialement chargé de la *jurisdictio* ; ce fut le préteur urbain. L. 2, § 27 D.; *De orig. jur.*

(3) L. 1, § 6, D., *De susp. tut.*, XXVI, 10 ; Inst., § 3, *De susp. tut.*

(4) LL. 1 et 2 pr., D., *De accus.*, XLVIII, 2.

(5) L. 1, § 7, D., *De susp. tut.*, XXVI, 10 ; Inst., § 3, *De susp. tut.*

l'affection, si personne ne poursuit le magistrat de se saisir lui-même (1). Ces règles étaient-elles suivies dans l'ancien droit ? Et d'abord, il est certain que le magistrat ne pouvait poursuivre d'office ; au langage du jurisconsulte Paul qui nous donne des renseignements sur ce point, il est facile de voir qu'il s'agit là d'une innovation relativement récente. Il est également très vraisemblable que les femmes ne pouvaient intenter l'accusation. Les mœurs primitives leur imposaient un rôle purement domestique ; c'est ainsi qu'à l'origine leur témoignage n'était pas reçu en justice (2). A plus forte raison devait-il leur être interdit d'intenter une accusation publique. A l'époque classique, cette prohibition subsiste encore : ce n'est qu'à l'égard du *crimen suspecti* qu'une exception a été admise ; elle se justifie par le désir d'accorder au pupille le plus grand nombre de garanties possibles. La loi des XII Tables permettait-elle d'écarter comme suspects tous les tuteurs ? Un texte d'Ulpien (3) permet de croire que cette mesure a été prise contre les tuteurs testamentaires, et qu'elle n'a été étendue que plus tard aux tuteurs légitimes. Cette différence de traitement se justifie fort bien. Les parents du pupille peuvent exercer sur le tuteur légitime une pression efficace ; le tuteur testamentaire, au contraire,

(1) L. 3, § 4, D., *De susp. tut.*, XXVI, 10.

(2) L. 18, *De test.*, XXII, 5 ; L. 20, § 6, *Qui test. fac.*, XXVIII, 1. En ce sens, Cuq, *op. cit.*, p. 323 ; Ihering, *op. cit.*, t. 1, p. 146.

(3) L. 1, § 5, *De susp. tut.*, XXVI, 10.

échappe au contrôle de la famille ; de là, la nécessité de recourir à l'intervention du magistrat.

Recherchons maintenant les conséquences du *crimen suspecti*. Si les faits allégués contre le tuteur sont reconnus exacts, le magistrat prononce sa déchéance (1). Le tuteur en cas de dol encourt l'infamie (2) ; une peine corporelle peut même lui être infligée dans certains cas (3). Quand le tuteur testamentaire, le seul qui à l'origine pût être soumis au *crimen suspecti*, était déclaré exclu de la tutelle, la vocation des agnats et des *gentiles* s'ouvrait. Tel fut certainement le droit primitif. Gaius (4) et Ulpien (5) nous apprennent en effet que c'est le Sénat qui, modifiant la coutume en vigueur, décida que dans cette hypothèse il n'y aurait plus lieu à la tutelle légitime. Il vint un moment où le tuteur légitime lui-même fut exposé à être écarté de ses fonctions comme suspect. Dans ce cas, les parents du degré subséquent ne furent jamais appelées à le remplacer (6). Pour eux, en effet, le droit à la tutelle résulte du droit à la succession or l'agnat qui a encouru la destitution conserve sa vocation héréditaire.

Le *crimen suspecti* ayant pour but de faire pronon-

(1) Inst., § 7, *De susp. tut.*
(2) L. 9, C., *De susp. tut.*, V, 43 ; Inst., § 6, *De susp. tut.*
(3) L. 1,§ 8, D., *De susp. tut.* ; Inst., § 11, *De susp. tut.*
(4) Gaius, *Comm.*, 1, § 182.
(5) Ulpien, *Reg.*, XI, § 23.
(6) L. 3, § 8, D., *De legit. tut.*

cer la déchéance du tuteur, il en résulte qu'aucune poursuite ne peut être exercée après la cessation de la tutelle, et cela sans distinguer entre les événements qui y mettent fin (1). C'est une règle qui résulte de la nature même des choses (2) et qui a dû être suivie de tout temps.

Actio distrahendis rationibus. — S'il fallait s'en rapporter à sa qualification, cette action imposerait au juge le devoir d'apprécier les comptes de tutelle. Mais ce serait là une mission complexe et peu conforme à la simplicité des questions soumises au juge dans la procédure antique. Un fragment du jurisconsulte Paul attribue au juge de cette action un rôle bien mieux défini et exempt d'une indétermination, qui répugne à l'ancien droit. Le juge doit vérifier si le tuteur ne détourne une chose ou une valeur déterminée au préjudice du pupille (3). Que la réclamation ait dû porter sur un objet déterminé, c'est ce qui résulte d'un passage de Cicéron où nous voyons un plaideur perdre son procès pour *plus-petitio* (4).

La tutelle pendant longtemps n'établit à Rome qu'une obligation morale. Mais il arriva un moment où l'inexécution du devoir fut tenue pour un délit engendrant à ce titre une obligation civilement consacrée. Le tuteur a livré sa foi, il est juste qu'il soit puni

(1) L. 11, D., *De susp. tut.* ; L. 1, C., *eod. tit.* ; Inst., § 8, *eod. tit.*
(2) Maynz, t. 3, p. 172.
(3) L. 28, D., *De tut. et rat.*, XXVII, 3.
(4) Cicéron, *De orator.*, I, 36.

dans le cas où il la viole. Il n'était pas obligé ; par ce fait il le devient ; comme disent les textes : *incidit in obligationem*. L'objet de l'obligation sera non point la chose confiée au tuteur, mais une amende privée qui restera due dans tous les cas, soit que la chose vienne à périr, soit qu'elle diminue de valeur. Ainsi à une époque où la tutelle n'établit aucun rapport juridique entre le tuteur et le pupille, il peut arriver que son exercice délictueux engendre un état de fait d'où découlent des conséquences pénales.

La première action créée pour protéger les incapables présente donc un caractère pénal. Cela n'a rien qui doive nous surprendre. La *pœna* a joué un grand rôle dans le monde antique. Instrument à deux tranchants, elle sert tout à la fois à la répression et à la réparation. La tutelle n'est pas la seule institution dans laquelle le germe des actions contractuelles ou quasi-contractuelles qui se développent plus tard se trouve tout d'abord contenu dans un délit. Il nous suffira de rappeler cette grande théorie d'Ihering (2), d'après laquelle la communauté, la fiducie, le mandat, le dépôt n'engendrent d'abord qu'une obligation morale dont l'inexécution arrive bientôt à être considérée comme un délit. Les actions *pro socio*, *fiducia*,

(1) L. 81, § 1, *De solut.*, XLVI, 3 ; Cicéron, *Pro Cœcina*, 3, 7 : « Qui per tutelam aut societatem..... fraudaverit quempiam ».

(2) Ihering, *De la faute en droit privé* (traduction Meulenaere), pp. 33 et s. Cette théorie a été reprise en France par M. Poisnel (*op. cit.*, ch. III : *Des actions infamantes et de bonne foi*).

mandati, *depositi* qui sont de bonne foi et entraînent l'infamie en cas de condamnation auraient toutes traversé une forme homogène ; elles auraient commencé par être pénales, elles seraient nées *ex delicto*. On a même conjecturé qu'elles procèdent toutes d'un type primordial dont l'action *de distrahendis rationibus* serait le dernier vestige. Dans certaines relations qui plus tard ont été qualifiées de bonne foi, il est certain que la loi des XII Tables avait prononcé une responsabilité du double dont nous pouvons saisir deux applications : l'une contre le tuteur infidèle (1) et l'autre contre le dépositaire infidèle (2).

L'action *de distrahendis rationibus* est étrangement sommaire. Le juge n'a à apprécier ni l'intérêt exact du demandeur, ni le degré de la faute commise par le défendeur. C'est là une tâche trop subtile pour lui. Impropre à ces pensées délicates, il en est dispensé par cela seul que la restitution ne peut être opérée. Le tuteur se trouve-t-il dans l'impossibilité de restituer un bien que la pupille justifie lui appartenir, il sera condamné à en payer deux fois l'estimation, le *verum pretium* (3). Cette condamnation est sévère,

(1) Cette sanction ne s'est-elle jamais étendue au curateur ? Un texte de Paul (*Sent.*, II, 30) permettrait de le supposer : « Dolo tutoris curatorisve detecto, in duplum ejus pecuniæ condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt ».

(2) *Coll. leg. Mosaic.*, X, 7, 11. Le préteur n'a maintenu la condamnation au double qu'en cas de dépôt nécessaire. L. 1, § 51, D., *Déposit.*, XVI, 3.

(3) L. 55, § 1, D., *De ad. tut.* ; L. 1, § 19, D., *de tut. et rat.*

mais pourquoi le tuteur a-t-il contraint le pupille à lui intenter un procès ? Par sa défaite il est prouvé qu'il a commis un délit ; il est juste qu'il en soit puni. Et comme il a forfait à l'honneur, il encourt l'infamie.

Le caractère pénal que présente l'action *distrahendis rationibus* en détermine l'étendue. Suivant une heureuse expression de M. Gide (1), la *pœna* est individuelle : elle naît sur le coupable et elle disparaît avec lui. Il en résulte une conséquence fort importante : c'est que les héritiers ne peuvent jamais en être tenus du chef de leur auteur. Les jurisconsultes romains nous apprennent en effet que cette action est éteinte par la mort du tuteur, *quia pœnalis est* (2).

La mesure prise par la loi des XII Tables, créatrice probable de l'action *distrahendis rationibus* (3), était rudimentaire et imparfaite. Elle ne frappait jamais juste ; suivant les cas, elle se trouvait trop sévère ou trop faible. Ou bien le tuteur avait été simplement imprudent, négligent, et alors une faute légère, un simple accident entraînait contre lui une condamnation beaucoup trop rigoureuse ; ou bien, au contraire, il avait agi dans une intention frauduleuse, il avait eu l'*animus furandi* et cependant il n'était pas plus sévèrement puni que s'il avait commis une simple im-

(1) Gide, Du caractère de la dot en Droit romain, *Revue de législation*, 1872, p. 146.

(2) L.L. 1, §§ 21 à 23 ; 2, pr., D., *De tut. et rat.*, XXVII, 3.

(3) Voy. ci-dessus, p. 54.

prudence. Cette égalité dans la peine, c'était l'injustice même (1).

Les inconvénients de ce système furent palliés dans une certaine mesure par l'extension du *furtum* : il vint un moment où le tuteur fut exposé à se rendre voleur des biens du pupille et à être poursuivi de ce chef (2). L'action *distrahendis rationibus* se combina alors avec l'action *furti*, qui elle aussi comportait une condamnation au double ; mais dans la première le double se calculait d'après la valeur du bien volé (3), tandis que dans la seconde, il se calculait d'après l'intérêt de la personne volée (4). Comme on avait fini par admettre que l'action *distrahendis rationibus* n'était pas purement pénale, mais qu'elle correspondait pour moitié à la *res*, il en résultait qu'une fois exercée elle écartait la *condictio furtiva* (5) et d'une manière plus générale toute action réipersécutoire. Il était du reste bien suffisant que le pupille eût le droit en cas de vol d'obtenir une condamnation au quadruple.

Ainsi, à une époque où la tutelle n'établit pas encore de lien juridique, une peine frappe cependant le tuteur qui, manquant à l'*officium* et violant son serment, se rend coupable d'un abus de confiance vis-à-vis du pupille.

(1) Gérardin, *op. cit.*, p. 16.
(2) L. 1, § 22, *De tut. et rat.*, XXVII, 3.
(3) L. 2, § 2, *eod. tit.*
(4) L. 80, § 1, *De furt.*
(5) L. 2, § 1, D., *De tut. et rat.*, XXVII 3.

Avant de terminer nous devons signaler une exception fort importante. Ni le *crimen suspecti*, ni l'action *distrahendis rationibus* ne s'appliquaient au tuteur d'un affranchi (1). Mais une disposition de la loi des XII Tables déclarait *sacer* le patron qui causait un préjudice à son client (2).

(1) Cuq, *op. cit.*, p. 329.

(2) *Serv. in Æn.*, VI, 609 : « Patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto ». Voy. sur ce point, Cuq, *op. cit.*, p. 169.

CHAPITRE VI

DE L'APPLICATION DE L'ACTION DE GESTION D'AFFAIRES A LA TUTELLE.

Dans le droit classique, les rapports du tuteur et du pupille sont sanctionnés par deux actions purement civiles. La première est l'*actio directa tutelæ*: c'est l'action en reddition de comptes accordée au pupille contre son tuteur; elle est qualifiée d'*actio directa*, parce qu'elle est la conséquence immédiate de la tutelle.

A cette action correspond l'*actio contraria tutelæ* par laquelle le tuteur poursuit à son tour le pupille, s'il a déboursé de l'argent ou contracté des obligations dans l'intérêt de celui-ci. Cette action est qualifiée de *contraria*, parce qu'elle consacre une obligation accidentelle née après coup, qui aurait pu ne pas naître si le tuteur n'avait fait aucune avance ou s'il n'avait contracté aucune obligation pour le pupille.

Mais, tandis que les commentateurs du Droit romain attribuent à la première une origine de droit civil, ils reconnaissent que la seconde est une création du préteur. Les deux actions civiles de la tutelle sortiraient donc de deux sources complètement différentes. Cette

théorie, quelle que soit la science juridique de ses partisans, ne nous paraît pas exacte, et nous croyons que les deux actions sont l'une et l'autre l'œuvre du préteur ; il est vraisemblable qu'elles se rattachent à la théorie générale de la gestion d'affaires, telle qu'elle a été formulée par le jurisconsulte allemand Wlassak avec la plus grande autorité (1). Cette opinion a trouvé, en France, deux éminents défenseurs dans MM. Esmein (2) et Gérardin (3).

L'*actio negotiorum gestorum* eut à l'origine un domaine des plus considérables. Elle s'appliquait dans toutes les hypothèses où une personne avait géré les affaires d'autrui ; il importait peu que la gestion ait eu lieu avec ou sans mandat, qu'elle ait été volontaire ou forcée. C'est qu'en effet les actions pénales qui, ainsi que nous venons de le voir, sanctionnaient seules dans les premiers temps le dépôt, le mandat, la gestion d'affaires proprement dite, la tutelle, la curatelle, avaient vite paru de bonne heure insuffisantes. Le préteur eut alors l'idée d'englober dans son édit toutes ces situations voisines, et à cet effet il créa une formule d'action (*formula negotiorum gestorum*) qui les comprenait toutes dans sa généralité. Ulpien ne nous laisse aucun doute sur l'étendue des termes de l'édit : « *Ait prætor : Si quis negotia alterius, sive*

(1) Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum gestio.*
(2) Esmein, *Mélanges,* p. 290.
(3) Gérardin, *op. cit.*, p. 17.

quis negotia, quæ cujusque, cum is moritur, fuerim, gesserit, judicium eo nomine dabo (1) ». Ce fut la première sanction juridique qui n'eut pas un caractère pénal. De cette *negotiorum gestio*, sortirent successivement les diverses actions qui devaient s'appliquer au mandat, au dépôt et notamment à la tutelle. Cette théorie est fort ingénieuse ; de nombreux arguments peuvent être invoqués pour la défendre. Nous allons indiquer ceux qui nous paraissent les plus probants.

Il existe à l'origine la plus étroite relation entre la tutelle et la gestion d'affaires, ou pour mieux dire ces deux institutions juridiques se confondent. D'après les termes de l'édit, celui qui a géré les affaires d'autrui ne se trouve obligé vis-à-vis du maître qu'autant qu'il a accompli un acte quelconque de gestion. Mais n'est-ce pas un point que nous croyons avoir réussi à démontrer, que le tuteur pendant longtemps fut libre d'entreprendre la gestion et qu'il n'y eut d'action donnée contre lui que s'il avait commencé à gérer. *Actio eum qui non gessit non tenet*, dit encore Ulpien en parlant du tuteur (2).

Le tuteur et le gérant d'affaires se trouvent donc tous les deux dans la même situation. La seule différence qui existe entre eux — et elle est toute de forme — est que dans un cas le tuteur gère les affaires du pupille et que dans l'autre le gérant a entrepris

(1) L. 3, pr., D., *De neg. gest.*, III, 5.

(2) L. 3, pr. D., *De neg. gest.*, III, 5.

la gestion des affaires d'une personne qui n'est pas un pupille ; mais dans les deux hypothèses, il s'agit d'administrateurs placés dans un même état de fait. N'était-il pas très naturel et très pratique que le préteur, après avoir créé une formule de gestion d'affaires extrêmement étendue; y fît rentrer les actes de gestion accomplis par le tuteur.

L'analogie entre la tutelle et la gestion d'affaires était si grande que les jurisconsultes romains, même à une époque où la séparation s'est opérée, les confondent continuellement dans les termes qu'ils emploient (1). *Negotia gerere*, *tractare*, *administrare* sont des expressions qui s'appliquent aussi bien au tuteur qu'au gérant d'affaires.

Un texte récemment découvert vient fournir un sérieux argument à l'appui de la théorie que nous exposons. Le fragment de la loi sur la juridiction des magistrats municipaux, trouvé en 1880 près de la ville d'Este (Italie) (2), contient une fin de phrase ainsi conçue : *quidve ipse earum quid gessisse dicetur*

(1) Paul, *Sent.*, I, 4, § 2; L. 29, D., *De negot. gest.*, III, 5 ; L. 38, D., *eod. tit* ; L. 19, § 1, D., *De judic.*, V, 1 ; L. 17, § 2, D., *De test. tut.*, XXVI, 2 ; L. 3, 13 *in fine*, 14, 24, D., *De tut. et rat.*, XXVII, 3; L. 1, § 6, *De eo qui pro tut.*, XXVII, 5 ; L. 4, pr., D., *De fid. et nom.*, XXVII, 7 ; L. 7, C., *Arb. tut.*, V, 54.

(2) M. Mommsen prétend qu'il s'agit de la *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* et qu'elle ne peut pas être plus ancienne que l'an 705 puisqu'elle suppose le droit de cité et qu'il n'a été concédé à ce pays qu'en 705. M. Esmein, dans une remarquable étude (*Mélanges*, p. 287), a démontré avec de très sérieux arguments qu'il s'agissait d'une loi applicable à l'Italie tout entière ; l'éminent professeur en fixe la date à l'an 687.

addicetur. Ces mots viennent à la suite des actions déjà énumérées *mandati aut tutelæ suo nomine* qui devaient terminer la classification des actions infamantes nées *ex contractu* ou *quasi ex contractu*. Que signifie ce membre de phrase ? Il est impossible d'y voir une simple redondance, si prolixe que soit parfois le style des lois romaines. Il se réfère certainement aux actions déjà énumérées et y ajoute quelque chose. Comme l'a fort ingénieusement fait observer M. Esmein (1), il paraît viser une action plus générale par laquelle on pourrait faire valoir les mêmes droits. Si l'on rapproche ce texte de la théorie du jurisconsulte allemand Wlassak, il prend un sens très clair. Quand les actions *mandati*, *tutelæ*, etc., eurent été créées, on put encore intenter à leur place comme jadis l'action *negotiorum gestorum* ; notre texte constate cette pratique qui se perpétua fort longtemps : c'est ainsi qu'une loi du Code de Justinien y fait encore allusion (2).

La généralité de l'action de gestion d'affaires nous est révélée d'une manière éclatante par sa survivance dans la matière de la curatelle. Ici, par des motifs qu'il est assez difficile de préciser, l'individualisation ne se produisit pas ; ce fut toujours l'ancienne

(1) Esmein, *Mélanges*, p. 290.

(2) « Quidquid tutoris dolo vel lata culpa aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel, cum possent, non adquisierint : hoc in *tutelæ seu negotiorum gestorum* utile judicium venire non est incerti juris ». L. 7, C., *Arbitrium tut.*, V, 51.

action générale qui fut accordée (1). L'étroite relation que nous avons signalée entre la tutelle et la curatelle n'est-elle pas une preuve évidente que les deux institutions ont dû recevoir à l'origine une sanction analogue.

L'application de l'action de gestion d'affaires aux rapports de curatelle nous suggère une remarque fort importante. S'il était vrai que l'action de tutelle ait une origine aussi ancienne que celle qui lui est généralement assignée, si elle avait précédé l'action de gestion d'affaires, ou si tout au moins elle avait existé en même temps, il en serait résulté la conséquence suivante. C'est que le préteur, quand il aurait voulu accorder aux incapables une action contre leur curateur, aurait bien plutôt étendu la forme établie pour sanctionner la tutelle, qu'il n'aurait adopté la forme générale de la gestion d'affaires. C'est en effet la tendance de l'esprit juridique des Romains de choisir entre deux types d'actions le plus voisin et le plus spécial. La matière même de la tutelle nous en fournit une preuve. Il arrivait souvent, paraît-il, dans la pratique romaine qu'une personne gérât la tutelle sans en être légalement investie (2). Il vint un moment où

(1) Ulp. L. 3, § 5, D., *de negot. gest.*, III, 5 ; Paul, L. 4, § 3, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3. — Certains textes depuis la spécialisation de l'action de gestion d'affaires, qualifient celle-ci d'*utilis* dans son application à la curatelle. Ulp., L. 9, § 4, D., *de pecul.*, XV, 1 ; Ulp., L. 10, D., *de reb. eor.*, XXVII, 9 ; L. 2, C., *de hered. tut.*, V, § 4.

(2) Le Digeste consacre un titre à ceux qui gèrent la tutelle sans en être

une action spéciale fut donnée contre elle : ce fut l'*actio protutelæ*. Mais, comme sa création est de date plus récente (1), elle se modèle non plus sur la formule générale de l'action de gestion d'affaires mais sur son type dérivé, sur l'action de tutelle (2). Si donc l'action de gestion d'affaires a été appliquée à la curatelle, c'est qu'à l'époque où le préteur a cru nécessaire de la sanctionner, il n'existait pas d'autre action mieux appropriée. Cette induction établit fort bien que l'action de tutelle est postérieure à l'action de gestion d'affaires et que par conséquent celle-ci a dû à l'origine s'appliquer à la tutelle.

S'il nous fallait une dernière preuve à l'appui de la théorie que nous venons d'exposer, elle nous serait fournie par l'*actio contraria tutelæ*. Cette action, dit Ulpien (3), a été créée par le préteur. S'il en est ainsi, n'est-il pas naturel d'assigner la même origine à l'*actio directa tutelæ* ?

légalement investis. Tit. V du liv. XXVII : *De eo qui pro tutore negotia gessit.*

(1) Wlassak (*op. cit.*, p. 131) pense qu'elle ne fut créée que sous l'empire. — Esmein, *Mélanges*, p. 290.

(2) L. 1, § 5, pr., 1, 3, 9; LL. 4 et 5, D., *de eo qui pro tut.*, XXVII, 5 ; L. 19, § 1, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5.

(3) L. 1, pr., D., *De contr. tut.*, XXVII, 4.

CHAPITRE VII

DE L'INDIVIDUALISATION DE L'ACTION DE TUTELLE.

L'action de gestion d'affaires assurait au pupille une sérieuse garantie contre son tuteur. Ce n'était pas encore assez. La transformation qui s'opère dans la société romaine avec la désorganisation de plus en plus complète de la famille agnatique (1) et le développement de l'individualisme, avec la décadence des mœurs et de la religion, va amener un changement complet. La création de la tutelle déférée par le magistrat (2) ne fait que précipiter le mouvement. Au lieu de parler des droits des tuteurs, on parle de leurs charges, de leurs devoirs. La tutelle tend à se transformer, suivant l'heureuse expression de M. Gérardin (3), en une puissance de protection. Cicéron disait : *tutela... ad eorum utilitatem qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissa, gerenda est* (4). La tutelle va deve-

(1) Labbé, *De la famille civile et de la famille naturelle,* appendice I, au t. III d'Ortolan, pp. 797 et s.

(2) A Rome cette tutelle fut organisée par la loi Atilia : on ne connaît pas la date de cette loi, mais elle est très certainement antérieure à l'an de Rome 557 (Tite-Live, XXXIX, 9) et postérieure à l'an 387, date de la création du *prætor urbanus.* Voy. Accarias, t. 1, nº 135.

(3) Gérardin, *op. cit.*, p. 18.

(4) Cicéron, *De officiis*, 1, 25.

nir une charge, *munus publicum* : la séparation avec la gestion d'affaires sera complète. Le moment était venu d'individualiser le rapport de tutelle, de lui donner une physionomie particulière. La jurisprudence fit sortir l'action de tutelle de la gestion d'affaires. Cette action eut ses règles propres ; sa formule fut *concepta in jus* ; d'après Lenel, elle peut être reconstruite de la manière suivante : *Judex esto : quod Numerus Negidius tutor negotia Auli Augerii pupilli gesserit, quod de re agitur, quidquid ob eam rem Numerum Negidium Aulo Agerio ex tutela dare facere oportet ex fide bona ejus Numerum Negidium, condemna* (1).

Quelles furent les raisons qui déterminèrent les jurisconsultes romains à faire de l'action de tutelle une action distincte et séparée ? Au premier abord, il semble tout naturel d'admettre que cette individualisation a dû avoir pour but de rendre le tuteur responsable de ses négligences. C'est qu'en effet, tant que le tuteur fût considéré comme un simple gérant d'affaires, il resta libre de ne pas gérer ; la responsabilité qui lui incombait résultait de ses actes, non de son abstention. Et même la gestion une fois commencée, il n'était tenu de la continuer que comme un gérant d'affaires est obligé de continuer la gestion qu'il a entreprise. La création de l'*actio tutelæ* devait-elle assurer une situation plus favorable au pupille ? Le tuteur allait-il répondre de son inaction ? Allait-il se trouver dans la

(1) Lenel, *Das edictum perpetuum*, p. 255.

nécessité d'entreprendre la gestion et d'accomplir même après la cessation de la tutelle, les actes qui pouvaient en être considérés comme une suite et une dépendance ? Il n'en fut pas ainsi. Pendant longtemps encore le tuteur resta libre de ne pas commencer la gestion et n'encourut de ce chefaucune responsabilité. Ce n'est que par un moyen détourné, que cette obligation lui fût imposée. « A mesure que le droit se développe et progresse, dit Ihering (1), il arrive souvent que le législateur se voit forcé de soustraire au libre vouloir des parties, certaines conséquences juridiques qu'il a toujours dépendu d'elles seules de produire et de les faire découler tout simplement de l'existence de certaines circonstances ou de certains rapports. Le législateur moderne exprimerait sans aucune hésitation l'innovation qu'il réalise matériellement. Il déclarerait simplement que ce qui avait dépendu jusque-là de la libre volonté des parties serait acquis désormais *ipso jure* et qu'aucune intervention des parties ne serait plus nécessaire. Tout autrement agissaient les Romains. Leur innovation se rattachait dans la forme du droit existant, car il ne touchait point à la règle que l'action des parties était la cause du droit, mais ils contraignaient les parties à accomplir cette action. Au fond l'effet juridique ne dépendait plus de la volonté du sujet, mais la forme était sauvée. L'effet ne continue à se produire qu'autant que le juge le

(1) Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 267.

veut, mais tout est réglé de façon que le sujet *doive* le vouloir. » C'est ainsi que s'opéra la transformation en matière de tutelle. La nouvelle action conserva le caractère de l'*actio negotiorum gestorum*. Elle n'était donnée contre le tuteur qu'autant qu'il avait accompli un acte de gestion ; mais il appartenait au préteur d'intervenir *extra ordinem* pour contraindre le tuteur à gérer. Cet état de choses se maintint encore longtemps. L'individualisation de l'*actio tutelæ* est certainement antérieure à l'Empire : Cicéron la mentionne à plusieurs reprises dans la liste des actions de bonne foi qui entraînent l'infamie (1), le fragment de loi sur la juridiction des magistrats municipaux en fait mention (2), et elle se trouve au nombre des *actiones famosæ* de la *lex Julia municipalis* (3). Et pourtant Ulpien dit encore en parlant de l'action de tutelle : *Actio tutelæ eum qui non gessit, non tenet* (4). Pomponius exigeait, pour que le tuteur fût obligé de gérer, qu'il eût reçu du magistrat l'injonction de le faire, et d'après le célèbre jurisconsulte ce n'était qu'à partir de ce *jussum* qu'il devenait responsable envers son pupille (5).

Pour que la tutelle en vint à se distinguer nettement de la gestion d'affaires il fallait que le tuteur de-

(1) Cicéron, *Top.*, 17 ; *De nat deor.*, III, 30 ; *De officiis*, III, 15 et 17.
(2) V. ci-dessous, p. 68.
(3) Giraud, *Juris Romani antiqui vestigia*, p. 161.
(4) Ulpien, L. 4 § 3, *Rem pupilli*, XLVI, 6.
(5) *Pomponius*, L 17, D., *de ad.*, XXVI, 7.

vint responsable non seulement de ses actes de gestion, mais même de son abstention. Cette œuvre fut commencée par Claude et achevée par Marc Aurèle. A partir de l'empereur Claude, quand un tuteur refusait sans droit d'entreprendre la gestion, il pouvait être traduit devant le consul et si malgré l'ordre de ce magistrat, il persistait dans son inaction, l'action de tutelle était donnée contre lui ; la simple connaissance de l'ouverture de la tutelle était donc encore à à cette époque insuffisante pour obliger le tuteur. C'est Marc Aurèle qui fit le pas définitif : désormais tout tuteur qui ne peut invoquer en sa faveur une excuse légale, se trouve dans l'obligation de gérer du jour où il connaît sa qualité et s'il propose une excuse, du jour où elle est définitivement rejetée ; s'il ne se conforme pas à l'obligation qui lui incombe, une *actio tutelæ utilis* sera donnée contre lui (1). Il est bien certain qu'à partir de ce moment la rupture avec la gestion d'affaires est complète, mais comme l'action de tutelle a existé comme action distincte bien avant que les réformes que nous venons de signaler fussent accomplies, la question reste toujours de savoir ce qui a déterminé son individualisation.

Nous croyons que les jurisconsultes romains ont été conduits à faire sortir l'action de tutelle de l'action générale de gestion d'affaires par le désir de sanctionner plus rigoureusement le rapport de tu-

(1) L. 1, § 1, D., *de adm.*, XXVI, 7.

telle (1). Le tuteur a pu commettre un préjudice coupable au détriment du pupille. Il est juste qu'il subisse sinon une peine, tout au moins une flétrissure. Anciennement c'était le censeur qui était chargé de ce soin, mais il avait perdu son autorité (2) ; il devenait nécessaire d'attacher l'infamie à la condamnation judiciaire et comme il eût été de la dernière iniquité de frapper aussi rigoureusement tous ceux qui gèrent les affaires d'autrui, comme cette sévérité aurait porté le plus grand préjudice aux absents puisque personne n'aurait plus voulu prendre soin de leur patrimoine, il fallait forcément distinguer les tuteurs des gérants d'affaires ordinaires. L'action de tutelle à la différence de l'action de gestion d'affaires entraîne l'infamie. Voilà son utilité.

Si l'infamie qui résulte de la condamnation judiciaire inflige une flétrissure au tuteur, de même que la note du censeur, elle s'en distingue cependant très nettement à divers points de vue. La note du censeur était toujours révocable (3) ; l'infamie qui résulte de la condamnation judiciaire est perpétuelle ; pour en être relevé, il faut obtenir la *restitutio in integrum* (4). Le censeur jouissait d'un pouvoir arbitraire, il pouvait mesurer la peine à la faute ; la sentence du juge au contraire entraîne toujours le même nombre de

(1) Gérardin, *op. cit.*, p. 20 ; Wlassak, *op. cit.*
(2) Gérardin, *op. cit.*, p. 20.
(3) Voy. ci-dessus, p. 51.
(4) L. 1, §§ 9 et 10, *De post.*, III, 1.

déchéances. L'infâme perd le *jus honorum* de la manière la plus absoluc : toute candidature aux magistratures romaines ou aux dignités municipales lui est interdite ; il ne peut même pas figurer sur la liste des juges (1). Il est également privé du *jus suffragii* (2). Le droit d'exercer une action publique lui est enlevé, à moins qu'il ne s'agisse pour lui de venger une injure personnelle ou la mort d'un de ses proches parents (3). Il se trouve même incapable de donner ou de recevoir une *procuratio ad litem* (4).

Le tuteur n'encourt l'infamie qu'autant qu'une condamnation judiciaire a été prononcée contre lui. Il échappe à toute déchéance, si le pupille consent à transiger (5). En cas de refus, le formalisme romain laissait au coupable un singulier moyen de se soustraire aux conséquences de ses fautes. En se faisant représenter, il rendait l'action non infamante : l'infamie ne l'atteignait pas puisqu'il n'était pas condamné ; quant à son représentant, il est évident qu'il ne pouvait subir aucune peine puisqu'il n'était pas l'auteur du fait délictueux (6). Le *dominus litis* ne garde pas cependant son *existimatio* intacte. Un texte de Julien nous dit que ceux qui emploient ce subterfuge *licet verbis edicti non*

(1) Cicéron, *Pro Cluent.*, 42 ; Tab., Héraclée, cap. VIII ; L. 1, pr., D., *Ad leg. Jul. de vi privat.*, XLVIII, 7.
(2) Tite-Live, VII.
(3) LL. 8 et 11, pr., D., *De accus.*, XLVIII, 2.
(4) L. 1, §§ 8 et 12, *De post.*, III, 1.
(5) LL. 4, § 5 ; 5 ; 7, *De his qui not.*, III, 2.
(6) L. 6, § 2, *De his qui not.*, III, 2.

habeantur infames re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiæ notam (1). Ils sont donc classés parmi les *personæ turpes* et soumis, à ce titre, à certaines incapacités (2).

L'*actio tutelæ contraria*, à la différence de l'*actio directa*, n'entraîna jamais l'infamie (3) ; son individualisation fut toute de forme. C'est peut-être ce qui explique qu'elle ne s'est détachée qu'à une époque plus récente de l'action générale de gestion d'affaires.

(1) L. 2, D., XXXVII, 15.

(2) *Frag. vat.*, § 320 ; L. 3, pr., D., XXII, 5 ; L. 2, § 6, C., XII, 1 ; L. 2, C., IX, 44.

(3) L. 6, § 7, *De his qui not.*

CHAPITRE VIII

EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ DU TUTEUR.

Avec la transformation qui s'opéra dans la tutelle le tuteur devint responsable vis-à-vis du pupille d'abord en gérant mal ou en l'autorisant à contre temps, plus tard en ne gérant pas ou en lui refusant autorisation pour des actes utiles. Mais quelle était la limite de sa responsabilité ? Suivant nous, on ne peut répondre à cette question d'une manière précise ; la solution qu'elle doit recevoir varie avec les différentes époques où l'on se place. A l'origine il est bien probable que le tuteur ne répondait que de son dol ou que de sa faute lourde qui est toujours assimilée au dol (1). L'ancienne règle s'est encore maintenue à l'époque classique dans certaines hypothèses. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne les acquisitions et les placements faits au nom du pupille (2). De même quand le tuteur meurt, ses héritiers s'ils sont du sexe masculin et âgés de vingt-cinq ans doivent terminer les affaires que le *de cujus* avait commencées; mais dans leur gestion personnelle ils ne répondent

(1) L. 108, § 12, *De leg.*, 1, XXX ; L. 32, *De pos.*, XVI, 3.
(2) LL. 7, § 2 et 13 § 1, D., *De adm. et fur.* ; L. 2, C. *Arb. tut.*

que de leur dol (1). C'est ainsi que le tuteur lui-même devait être traité autrefois (2).

Quand la tutelle perdant son caractère primitif devint une mesure de protection en faveur de l'impubère, la responsabilité du tuteur fut plus sévèrement appréciée. On commença par exiger de lui tous les soins qu'il donnait à ses propres affaires ; enfin on finit par l'astreindre aux soins du père de famille le plus diligent. Sa faute appréciée d'abord *in concreto* le fut par suite *in abstracto*. La transformation fut longue et ne s'accomplit pas sans hésitation. C'est ainsi qu'Ulpien enseigne encore que le tuteur ne répond que de sa faute *in concreto*, *præstando dolum et culpam et quantum in rebus suis diligentiam* (3). Mais, après avoir donné cette solution, ce jurisconsulte se contredit et dans plusieurs autres textes, il exige du tuteur les soins du père de famille le plus diligent (4). Cette seconde opinion est également professée par son contemporain Callistrate (5) et par son élève Modestin (6) qui en relève le caractère exceptionnel. Il est bien vraisemblable que c'est celle qui, dès l'époque classique, a prévalu comme exigée et justifiée par l'impuissance évidente où se trouvait le pupille de surveiller lui-même ses intérêts.

(1) L. 1 pr., *De fid. et nom.*, XXVII, 7 ; L. 2, C., *De her. tut.*, V. 55.
(2) Gérardin, *op. cit.*, p. 20.
(3) L. 1, pr., *De tut. et rat.*, XXVII, 3.
(4) L. 10, *De adm. et per tut.*; L. 23 *de reg., jur.*, I. 17.
(5) L. 33, *De adm. et per tut.*
(6) *Collat. leg. Mosaic.*, tit. X, cap. 2, § 3.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3

CHAPITRE I. — LA TUTELLE LÉGITIME. 5

CHAPITRE II. — LA TUTELLE TESTAMENTAIRE. 21

CHAPITRE III. — LES POUVOIRS DU TUTEUR. 28

CHAPITRE IV. — L'ÉTAT SOCIAL ; L'OFFICIUM TUTORIS. . . . 46

CHAPITRE V. — L'INTERVENTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE. — LE CRIMEN SUSPECTI. — L'ACTION DISTRAHENDIS RATIONIBUS. 54

CHAPITRE VI. — DE L'APPLICATION DE L'ACTION DE GESTION D'AFFAIRES A LA TUTELLE. 65

CHAPITRE VII. — DE L'INDIVIDUALISATION DE L'ACTION DE TUTELLE. 72

CHAPITRE VIII. — EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ DU TUTEUR. 80

DROIT FRANÇAIS

DE LA

SUCCESSION AB INTESTAT

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

INTRODUCTION

« Les lois, disait Montesquieu, doivent être tellement propres au pays pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi ou qu'on veut établir, soit qu'elles le forment comme font les lois politiques, soit qu'elles le maintiennent comme font les lois civiles. Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé brûlant, ou tempéré à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples, chasseurs, laboureurs ou pasteurs ; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir, à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières [1]. »

Imposer à toutes les nations une règle unique, sans tenir compte des différences morales ou physiques qui les séparent, ce serait paralyser l'esprit d'initiative et d'activité propres à chaque race et dont le concours réalise l'équilibre social. Comme le fait remarquer F. Bacon, il existe bien une source commune de toute justice ; mais de même que les fleuves partis d'un même point se font un lit différent suivant le terrain qu'ils traversent, de même les principes de

1. Montesquieu, Esprit des lois. L. I, chap. III.

justice se modifient suivant la nature et le caractère du peuple qui les applique.

Le droit international privé est né de la diversité des législations et des rapports qui se sont établis et qui s'établissent de plus en plus nombreux entre les nationaux des divers Etats qui se partagent l'univers.

Notre étude a pour objet de résoudre les conflits relatifs aux successions *ab intestat*. Il n'en est pas de plus importants et de plus fréquents, car ils intéressent non seulement ceux qui vivent loin de leur patrie mais tous ceux qui possèdent des biens à l'étranger.

Nous diviserons notre étude en quatre parties. Dans la première nous ferons l'historique des phases qu'a traversées le droit des étrangers au point de vue de la faculté de transmettre et de succéder, et nous exposerons l'état actuel des législations en cette matière.

Dans la seconde, nous rechercherons comment doit s'opérer le réglement de la succession, lorsque les biens se trouvent répartis entre les territoires de plusieurs nations.

Dans la troisième, nous nous occuperons de la compétence des tribunaux chargés de statuer sur les contestations qui peuvent s'élever, et des règles de procédure qu'il faut suivre.

Dans la quatrième, nous indiquerons les mesures de protection que les divers Etats ont assurées à leurs ressortissants lorsqu'ils sont en concours avec des étrangers.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA

CONDITION DES ÉTRANGERS

AU POINT DE VUE SUCCESSORAL

CHAPITRE PREMIER

L'ANTIQUITÉ

L'historien qui cherche à pénétrer l'organisation des sociétés de l'antiquité est frappé de la rigueur qu'elles montrent à l'égard de l'étranger. Partout lui est refusée la jouissance de la plupart des droits et, en particulier, celle du droit héréditaire. Quels sont donc les motifs de cette rigueur ? Il a été dit bien souvent qu'il fallait en accuser la rudesse et la barbarie des mœurs primitives. Cette réponse est loin d'être satisfaisante car elle est en contradiction avec les faits historiques les mieux prouvés ; les lois hostiles aux étrangers se trouvent, en effet, chez des peuples dont le développement intellectuel est considérable et dont la civilisation est avancée. Si l'on veut se rendre compte de cette aversion, il faut considérer la manière dont se sont formées les sociétés antiques. L'état des étrangers est, en effet, intimement lié aux mœurs de la nation et à sa constitution politique.

Dire que la famille a été la première société humaine ce serait répéter une banalité aussi vieille que la chose qu'elle exprime; il n'en est pas moins vrai que cette banalité est devenue une vue originale et profonde depuis les célèbres travaux de M. Fustel de Coulanges[1] et de sir Henry Summer Maine[2]. Ces familles primitives ne sont reliées entre elles par aucun lien; elles mènent une vie errante avec leurs troupeaux et leurs serviteurs. Mais les besoins physiques sont vite satisfaits; l'homme se sent né pour de plus nobles destinées que la vie matérielle; peu à peu l'intelligence s'éveille en lui comme chez l'enfant. C'est alors que les hommes au lieu de vivre à l'état pastoral ou agricole en groupes se suffisant à eux-mêmes se réunissent et forment des cités. Les premiers groupes qui purent observer certaines règles et se soumettre à quelque discipline eurent évidemment sur les autres une supériorité marquée. La soumission à des usages fixes s'opéra sans doute d'une façon à peu près inconsciente de la même manière que l'homme contracte des habitudes Mais ce qui hâta, d'une manière prodigieuse le développement des sociétés dans leur enfance, ce fut la religion ; les premiers législateurs promulguèrent, au nom de la divinité, les règles de droit destinées à régler les rapports des citoyens entre eux.

1. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*.
2. Sir Henry Summer Maine, *L'ancien droit*, traduction Courcelle-Seneuil.

Une société reposant sur un culte essentiellement national, telle est la première organisation des cités antiques.

Faut-il s'étonner, dès lors, de la rigueur montrée à l'étranger? Le national est l'élu de Dieu ; l'étranger est un être impur exclu de la religion et par conséquent de tous les droits qui en découlent. « Le citoyen, dit M. Fustel de Coulanges[1], c'est l'homme qui possède la religion de la cité ; c'est celui qui honore les mêmes dieux qu'elle... . L'étranger, au contraire, est celui qui n'a pas accès au culte ; celui que les dieux de la cité ne protègent pas et qui n'a pas même le droit de les invoquer. Car ces dieux nationaux ne veulent recevoir de prières et d'offrandes que du citoyen ; ils repoussent l'étranger ; l'entrée de leurs temples lui est interdite et sa présence pendant les cérémonies est un sacrilège. » Admettre l'étranger, tolérer son incrédulité, ce serait porter une atteinte grave à l'autorité de la religion sur laquelle repose toute la constitution de la cité, ce serait introduire un élément dissolvant qui jetterait la confusion et le trouble dans l'observation des règles inflexibles à l'abri desquelles doit se développer lentement le caractère national. Machiavel[2], cherchant à quelle cause on doit attribuer le maintien des bonnes mœurs dans les États de l'antiquité, place au premier

1. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, liv. III, ch. XII.
2. Discours sur la 1re décade de Tite-Live, ch. LV.

rang l'absence de tout commerce avec les étrangers.

Du jour où un État est constitué, il doit veiller à sa sécurité et à son indépendance, car la jalousie ou l'intérêt pousseront nécessairement ses voisins à l'attaquer. Les premiers rapports entre les peuples ont donc été engendrés par la guerre, et le droit international primitif paraît s'être limité à la réglementation des traités qui y ont mis fin. Quant aux relations d'amitié que les peuples doivent entretenir entre eux en temps de paix, les anciens ne semblent pas y avoir attaché beaucoup d'importance, et cela se comprend facilement car le commerce n'atteignit jamais, dans l'antiquité, un développement bien considérable. Sauf les exceptions admises dans l'intérêt des transactions ou imposées par la nécessité de la politique, l'étranger reste sans droit ; voilà pourquoi le droit héréditaire qui assure la force et la splendeur des familles lui est particulièrement refusé.

L'histoire des peuples de l'antiquité vient confirmer les principes que nous avons exposés.

Le peuple Hébreu le plus ancien dont les lois nous soient parfaitement connues nous en offre un exemple saisissant. Quand il sort de l'Egypte pour se livrer aux grandes destinées qui lui sont réservées, Dieu l'isole pendant quarante ans au milieu d'un désert, loin de toute communication avec les étrangers [1], pour

1. *Deutéronome*, VII, V, 1 ; *Exode*, XXIII, 32 ; *id.* XXIII, 33.

concentrer toutes ses forces vives et pour lui faire acquérir l'unité et la cohésion. Ce n'est qu'après cette longue préparation qu'il pourra supporter le contact avec les peuples qu'il dût chasser de la terre de Chanaan. Les luttes continuelles qu'il a dû soutenir contre ses voisins, les pratiques minutieuses de sa religion ont établi entre le national et l'étranger [1] une ligne profonde de démarcation, dont le souvenir nous a été conservé dans la collection des livres sacrés. Ainsi rien d'étonnant si l'étranger est frappé d'incapacités rigoureuses surtout au point de vue successoral, puisque la succession repose sur une idée essentiellement religieuse et nationale. L'étranger ne peut succéder; s'il lui est permis de recevoir un legs, ce n'est guère qu'un usufruit qui lui est ainsi constitué; car, lorsque l'année du jubilé arrivera, les biens qu'il a recueillis par cette voie retourneront aux descendants ou aux autres héritiers légaux du défunt [2]. Il ne peut tester; lui était-il permis au moins de transmettre sa succession à ses parents? On peut soutenir sans crainte la négative car les biens que laisse en

1. Il y a chez les Hébreux comme chez toutes les nations de l'antiquité qui descendent d'une divinité, ou se croient sous sa protection spéciale et toujours exclusive un grand orgueil de race et une profonde haine pour l'étranger. Arrivant en Palestine, ils mettent tout à feu et à sang pour se préserver de l'idolâtrie. *Exode*, XXIII, 23; XXXIV, 12 16; *Deutéronome*, 11, 18; VII, 1. La loi décide que l'étranger peut être soumis à la servitude perpétuelle: *Lévitique*, XXV, 39; *Deutéronome* XV, 12; l'usure est licite à son égard. *Deutéronome*, XV, 2-3

2. Pastoret, *Histoire de la législation*, t. III, p. 469.

mourant le prosélyte de justice, c'est-à-dire l'étranger naturalisé [1] ne revenaient à ses enfants que dans le cas où ils étaient nés depuis sa conversion ; dans le cas contraire, le premier occupant en avait la propriété légitime [2].

Si des Hébreux nous passons à la Grèce, le foyer de la civilisation antique, le même fait historique se représente. Lycurgue qui avait interdit aux citoyens le commerce, l'industrie et la pratique des arts devait naturellement bannir les étrangers du sol Lacédémonien. Les Athéniens dont la frivolité est bien connue n'avaient que trop de penchant à accueillir les étrangers ; Solon pour réagir contre ces tendances édicta de sévères incapacités contre quiconque ne faisait pas partie de la nation. L'étranger est, en principe, dénué de tout droit et ne peut invoquer aucune protection ; il en est ainsi des barbares qui vivent en dehors de la civilisation grecque. Un étranger est-il autorisé, à la suite d'une enquête à laquelle il est pro-

1. L'étranger ainsi admis dans la grande famille Hébraique, jouit de tous les droits et participe à tous les devoirs. *Exode* XII, 48. *Deutéronome* XIV, 21. Parfois la simple habitation suffit pour conférer ce droit d'affilié. Quelques-uns comme les Iduméens et les Egyptiens acquièrent ce titre à la 3e génération (*Deutéronome*, XXIII, 7-8) les premiers parce qu'ils sont frères des Hébreux ; les seconds parce que les Hébreux ont été étrangers dans leurs terres. Au contraire les Moabites et les Ammonites en sont exclus à jamais, même après la 10e génération. *Deut.*, XXIII, 3-4, parce qu'ils sont fils de Loth et n'ont pas accueilli les Hébreux à leur sortie de l'Egypte.

2. Pastoret, *op. cit.* t. III, p. 473.

cédé par les soins de l'Aréopage, à s'établir à Athènes? Il se trouve au point de vue de la jouissance des droits civils dans une condition bien inférieure au citoyen : c'est ainsi que de graves incapacités l'atteignent en matière successorale. Le testament lui est interdit ; quant à sa succession *ab intestat*, le fisc s'empare de la sixième partie des biens qui la composent et de tous les enfants de ses esclaves [1].

Si en suivant la marche des événements nous considérons la conduite du peuple romain, nous trouvons des règles analogues. Le règlement de la condition civile des étrangers se posa fréquemment à Rome car suivant le mot de Montesquieu [2], il se fit au milieu d'elle « une immense circulation des peuples de tout l'univers ». La législation Romaine sur ce point doit attirer notre attention ; car les légistes de l'ancienne France cherchèrent à en faire sortir les règles qu'ils se proposaient d'appliquer aux étrangers. Il est donc indispensable de se rendre compte de la situation qui leur était faite à Rome pour comprendre les théories de nos anciens auteurs et surtout pour en apprécier la valeur.

Rome à l'origine en dehors de ses citoyens ne connaissait que des ennemis ; l'étranger qui se trouvait sur son territoire ne jouissait d'aucun droit et aucune

1. Bodin, *Traité de la République*, liv. I, chap. VI.
2. Montesquieu, *Grandeur et décadence des Romains*, 13.

loi ne le protégeait [1]. L'exclusion qui le frappait s'explique par le caractère essentiellement national du culte sur lequel reposait toute la législation primitive.

Il a fallu le concours lent et successif des influences qui se sont exercées sur la société Romaine pour donner sous ce rapport aux mœurs d'autres tendances et aux lois d'autres règles. Rome avait triomphé par la force unie à la politique « la plus prévoyante, la plus ferme et la plus suivie qui fût jamais [2] ». Les ennemis de la veille étaient devenus des sujets ou des alliés ; ils furent soumis à la domination Romaine sans acquérir le droit de cité Romaine [3]. Il était cependant impossible de les confondre avec les étrangers proprement dits ; de ceux dont parlait la loi des XII tables ils furent qualifiés de pérégrini [4]. Et c'est pour régler leur condition que fût imaginée la célèbre distinction entre le *jus civile* le *jus gentium*, entre les droits civils réservés aux citoyens et les droits naturels dont ils pouvaient réclamer le bénéfice.

La législation Romaine faisait dépendre tout ce qui

1. Loi des XII Tables ; table 3e : « *Contra hortes æterna auctoritas.* » — Villems, *Droit public Romain*, p. 127. — Maynz, *Cours de droit romain*, p. 256.

2. Bossuet, *Discours sur l'histoire universelle.*

3. Nous ne parlons ici que des étrangers ordinaires, de ceux qui ne jouissent pas d'une situation privilégiée. Sur les concessions du droit de Cité, voy. Ortolan, *Législation romaine*, t. II, p. 164 et s. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, nº 50 et s.

4. Festus, Vº *Hostis.*

touchait aux successions tant testamentaires qu'*ab intestat* du *jus civile*[1] ; il en résultait que les pérégrins, dans le cas où ils ne pouvaient se prévaloir que des dispositions du *jus gentium*, se trouvaient frappés d'une incapacité absolue[2].

Mais le droit des gens n'est pas, en général, l'élément exclusif de la condition des pérégrins. La plupart des peuples qui avaient traité avec Rome avaient obtenu la faculté de conserver leur législation nationale et de se prévaloir des droits qu'elle leur reconnaissait[3]. Il en résultait que les pérégrins faisant partie de ces peuples tout en étant incapables d'invoquer les droits successoraux établis par la législation Romaine pouvaient transmettre leurs biens à cause de mort ou succéder à leurs parents, conformément à leur loi personnelle. Cicéron, dans son plaidoyer contre Verrés, nous fournit sur ce point un témoignage éclatant[4]. Parmi les nombreuses prévarications dont

1. Paul, *Sentent.*, liv. IV, tit. 1053. Ulpien, Reg. XX.

2. Il en était ainsi au moins en principe des *dédititii* c'est-à-dire des peuples vaincus qui s'étaient rendus à la discrétion de Rome, Ulpien, *Reg.* XX, 14. Tel était le sort des otages L. 28, D. 1, 11 ; L. 49 D. 31, 32. Sur ce point Mommsen, *Droit public romain*, traduction Girard, p. 222.

3. Mommsen, *Droit public romain*, traduction Girard, p. 223 et s. ; p. 283 et s. Thénon. *La loi pérégrine à Rome*, *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques*, année 1890, p. 215.

4. *Cicero*, *in Verrem actio secunda*, tit. II, cap. XXII § 53. Cf. *Pro Cæcina*, chap. XXXV, § 103 *et ad familiares* XV, *Epist* 4, § 15. Un pérégrin pouvait aussi tester si sa législation personnelle l'y autorisait. *Ulpiani reg.* XX, 14.

il accuse l'ancien proconsul de Sicile, figure la tentative de captation d'une succession à laquelle était appelée un habitant de la ville de Bidis, conformément aux lois de cette ville. Il était même admis que dans le cas où un pérégrin laissait pour héritier un citoyen romain, celui-ci pouvait réclamer les droits successoraux que lui reconnaissait la législation personnelle du *de cujus* ; c'est ainsi que nous voyons *Manlius Sosis, civis romanus*, hériter de son frère, un provincial de Catinum, en Sicile [1]. il est à remarquer que le pérégrin est resté incapable de recueillir la succession d'un citoyen romain [2] ; c'est une exception au principe de la réciprocité du droit de succession. Ainsi les droits successoraux des pérégrins qui appartiennent à une *certa civitas* sont reconnus dans l'empire Romain : la seule incapacité dont ils sont atteints consiste à ne pouvoir succéder à leur parent, s'il est citoyen romain au moment de sa mort. Un testament en leur faveur ne leur profiterait pas ; car, ainsi que nous l'avons fait remarquer, l'hérédité testamentaire appartient au droit civil au même titre que l'hérédité *ab intestat*. Cependant vers la fin de la République l'introduction des fideicommis avait eu pour résultat de permettre de tester en faveur des pérégrins. Cette

1. *Cicéron, ad. fam.* 13, 30.

2. La succession est en effet gouvernée par la loi Romaine qui ne reconnait comme héritiers que les suijuris, les agnats, les gentiles, c'est-à-dire toujours des personnes dont la qualité présuppose celle de citoyen. Accarias, *op. cit.* n° 318 *in fine*.

institution n'était pourtant pas sans inconvénient[1] : si les fidéicommis n'étaient pas caducs comme le legs, s'ils ne tombaient pas sous le coup des règles relatives à la dévolution des *caduca*, au profit des *patres* et du trésor public, ils ne produisaient pas d'action en justice, et leur exécution était abandonnée à la bonne foi de l'héritier. Ce système lui-même ne se maintint pas longtemps; un sénatus-consulte d'Adrien déclara les pérégrins incapables de recevoir des fidéicommis, et soumit ceux-ci aux règles de la caducité. L'incapacité des pérégrins de recevoir une libéralité à cause de mort d'un citoyen romain redevint ainsi absolue.

Les pérégrins font partie de l'empire à un titre quelconque ; c'est ce qui explique que certains droits leur soient reconnus. Quant aux étrangers proprement dits, ceux qui vivent loin du monde Romain et qui n'obéissent pas à ses lois, ils sont qualifiés de barbares et se trouvent selon l'expression de M. Ortolan « hors de la civilisation et de la géographie[2] ». Au regard de la législation Romaine ils sont dénués de tout droit ; ils ne peuvent même pas se prévaloir des dispositions du *jus gentium*. Franchissent-ils la frontière ? Ils risquent, même en temps de paix, de se voir réduire en esclavage et de voir passer leurs biens aux

1. *Gaii Instit.* II, 285 et 287.
2. Ortolan, *Législation romaine*, t. I, p. 176.

Romains par droit de conquête[1]. A plus forte raison, le fisc a-t-il le droit de s'emparer des biens qu'un de ces barbares vient à laisser en mourant sur le territoire Romain.

Il résulte de notre étude que Rome montrait à l'égard des étrangers une rigueur excessive, toutes les fois que sa politique ne lui conseillait pas d'accorder certaines prérogatives aux peuples que la fortune des armes avait trahis à son profit. Faut-il voir dans sa législation l'origine des incapacités, qui devaient frapper si rigoureusement les étrangers dans notre ancienne jurisprudence. Cette opinion est tout à fait insoutenable. L'histoire prouve d'une manière péremptoire qu'il est impossible qu'il en ait été ainsi.

Dans les derniers temps de la république, et pendant la période impériale, le droit de cité avait beaucoup perdu de son ancienne valeur. Les empereurs le distribuaient suivant leurs caprices et leurs intérêts[2] : c'était pour eux une source de revenus. Des peuples entiers obtenaient le *jus civitatis beneficio principis* ; ainsi se trouvait préparée la célèbre constitution de Caracalla, mesure fiscale qui conféra à tous les pérégrins sujets de l'empire le bénéfice de la

1. L. 5, § 2, *De captivis et postliminio reversis au digeste* (XLIX, 15).

2. Claude né à Lyon fit rendre un senatus-consulte qui donnait le droit de cité à un grand nombre de Gaulois. (Tacite, *Ann.*, XI, 23 à 25.) D'après Sextus Aurelius Victor (De Cœls, 16), Marc Aurèle l'accorda très largement.

cité Romaine [1]. Désormais il n'y eut plus que deux catégories de personnes : des citoyens et des barbares[2]. C'est ce que dit très explicitement Sidoine Appollinaire au V^e^ siècle de notre ère dans son invocation de Rome : (*Romam*) « *patriam libertatis, inqua totius mundicivitate, soli barbari et servi peregrinantur*[3]. » La rigueur montrée aux barbares ne tarda pas aussi à s'atténuer et à disparaître. Les rapports que les Romains avaient eu avec les peuples de la Germanie leur avaient été funestes, des légions avaient passé le Rhin : toutes n'en étaient pas revenues ; aucune n'avait pu imposer la domination Romaine. Les empereurs comprirent vite le danger que leur faisait courir ce dangereux voisinage et leur politique, depuis Auguste, consista à opposer aux barbares une barrière empruntée aux barbares. Des corps entiers de Germains furent pris à la solde de l'empire[4] ; Probus faisant un pas de plus donna le funeste exemple de coloniser des barbares sur le territoire Romain. Les empereurs avaient bien essayé d'éviter tout contact entre les Germains et les Romains : c'est ainsi que tout mariage entre eux était puni de la peine de mort[5]. Mais il était plus facile d'édicter des mesures de rigueur

1. D., 1, 5. *De statu hominum*, 17, fragment d'Ulpien.
2. Ortolan, *Législation Romaine*, t. I, p. 328 et s.
3. Sidoine Apollinaire, épître, 1, 6.
4. *Jul. Capit. In Marc. Ant.* : « *Emit et germanorum auxilia contra germanos.* »
5. Code Théodosien, liv. III, tit. XIV, l. unic.

que de les faire respecter. La politique impériale avait eu pour résultat de concentrer toute la puissance entre les mains des barbares « *Quam inops Italia, quam imbellis urbana plebs, nihil validius in exercitibus, nisi quod extraneum,* » s'écrie douloureusement Tacite[1]. Au fur et à mesure que l'empire perd sa force et son autorité, les barbares empiètent peu à peu sur les droits civils qui leur étaient refusés; toutes les constitutions dont les dispositions leur étaient défavorables tombent lentement en désuétude sans qu'il soit possible toutefois de déterminer dans l'histoire le moment fixe de leur abrogation. C'est par une transition insensible que les barbares commençent à être les égaux des Romains jusqu'au jour où ils doivent devenir leurs maîtres [2].

La vieille civilisation ne pouvant plus maintenir l'ordre et satisfaire aux besoins des citoyens, les populations se tournent vers les Barbares et appellent de tous leurs vœux ceux qui, quelques siècles auparavent, les avaient tant effrayés [3]. Les Burgundes ne s'établirent dans la Lyonnaise que sur l'invitation des indigènes ; les Wisigoths [4] et les Francs [5] furent admirablement secondés dans leurs desseins par les

1. Tacite, *Ann.* III, 40.
2. Durand, *Essai de droit international privé*, p. 57.
3. Le Huérou, *Institutions Mérovingiennes*, p. 196.
4. Sidoine Apollinaire, Epist. VI, 11, v.
5. Grégoire de Tours, II, 23. Depuis longtemps, les Francs étaient appelés par les populations de la Gaule mécontentes de l'Administra-

évêques qui se conformaient, en agissant ainsi, aux désirs des populations. Les rois barbares de leur côté reconnaissent le suprématie de l'empereur, auquel ils demandent une sorte d'investiture pour légitimer leur pouvoir ; mais ce ne sont là que des relations purement honorifiques ; en fait ils restent indépendants et ils le montrent bien en livrant bataille aux armées Romaines. Puisque les rois barbares exerçaient l'autorité publique, il leur appartenait de régler le sort des Gallo-Romains qui leur étaient soumis. Il n'était ni dans leur goût, ni dans leur intérêt d'asservir une population qui s'était livrée à eux ; aussi leur permirent-ils d'invoquer tous les droits que leur reconnaissait la législation romaine. Mais les mêmes raisons de bienveillance n'existaient plus à l'égard des étrangers qui, fuyant leur patrie, venaient s'établir sur le territoire soumis à leur autorité ; ils continuèrent à les traiter conformément à leurs anciennes coutumes ; nous devons donc les consulter pour connaître le régime qui fut appliqué aux étrangers sur le vieux sol de la Gaule.

tion Romaine : « *Multi jam tunc ex Gallis francorum dominos summo desiderio cupiebant,* » dit Grégoire de Tours, II, 36.

CHAPITRE II

LES LOIS BARBARES

Le droit d'aubaine que nous trouvons si fortement implanté en France au moyen âge a son origine dans les coutumes des Barbares, qui envahirent l'Empire Romain [1]. Comme cette solution est vivement contestée [2], il est indispensable d'insister sur les institutions germaniques qui nous paraissent de nature à la justifier.

Les Germains ne formaient pas une nation homogène ; ils étaient répartis en un grand nombre de peuplades indépendantes ne correspondant d'ailleurs à aucun territoire déterminé, car leur existence était nomade. La similitude d'intérêts réunissait seule des familles dont le groupement formait une tribu placée sous le gouvernement du plus vaillant guerrier. Une

1. Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers*, p. 9 et s. — Le Huérou, *Institutions Carolingiennes*, p. 15. — Beaune, *Droit coutumier, De la condition des personnes*, p. 24.

2. Rossi, *Encyclopédie Carteret*, V° Aubaine. — Durand, *op. cit.*, p. 61 et s.

étroite solidarité régnait entre les membres de l'association. L'un d'eux avait-t-il commis un crime et se trouvait-il incapable de fournir par lui ou par ses proches parents la réparation pécuniaire, le Werhgeld [1] que les coutumes germaniques imposaient au coupable, l'association tout entière contribuait à son paiement. En sens inverse, un des associés venait-il à être lésé, tous les autres prenaient sa défense et demandaient de son chef une indemnité. A une époque où le pouvoir central n'existait pas, où par conséquent toute protection officielle faisait défaut, de semblables associations présentaient une utilité inappréciable.

Tous ceux qui ne faisaient pas partie d'une de ces associations étaient qualifiés de Warganei [2] et considérés comme étrangers. « On voit alors, dit M. Beudant [3], se produire ce singulier phénomène d'un peuple pour qui la naissance n'est pas une cause de protection, qui confond sous le même nom d'étrangers tous ceux qui ne sont pas affiliés qu'ils soient étrangers proprement dits ou d'origine germanique. » Sous un pareil régime malheur à celui qui vit seul. Si personne ne répond de lui et ne se porte garant de ses

1. Suivant les uns, *pretium hominis occisi* ; suivant les autres, *capitis æstimatio*, voy. Wachter, *glossarium teutonicum*, vº Werhgeld.

2. L'étymologie de ce mot est warg (chassé de l'Association) qui lui-même est une transformation de wrak (brigand, voleur). Wachter, *op. cit.*, vis Warg et Wrack.

3. Beudant, De la nationalité d'origine. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1856, t. IX, p. 65.

actes, il se trouve exposé à toutes sortes de violences [1]. Son isolement fait craindre que le paiement du werh-geld devienne impossible et légitime tout acte qui tend à le mettre dans l'impossibilité de nuire [2]. Au moindre méfait, on peut le tuer ou le réduire en esclavage [3]. Lui laisse-t-on la liberté ? Sa présence n'étant pas jugée dangereuse est-elle tolérée dans la tribu? Tant qu'il n'a pas obtenu d'être admis dans l'association et d'être compris dans la garantie commune, la condition qui lui est faite reste des plus précaires : il se trouve hors la loi et ne jouit d'aucun droit [4]. A sa mort les biens qu'il possède appartiennent naturellement à la tribu, qui ne lui en a laissé en quelque sorte la jouissance pendant sa vie que par simple tolérance.

En s'établissant sur le vieux sol de la Gaule, les barbares y apportèrent avec eux les mœurs et les idées germaniques. Mais, à ce moment, un changement se produit dans leur genre d'existence : de nomades ils deviennent colonisateurs. Un changement correspondant ne tarde pas à se produire dans la notion de l'étranger. Avant l'invasion, l'étranger était celui qui n'appartenait à aucune tribu ; ce sera désormais toute personne née en dehors du territoire occupé par la tribu. Du

1. Les lois de Canut soumettaient au carcan et au jugement de Dieu celui qui n'avait pu trouver aucun répondant, *leg. can.* C. XXVIII.

2. Demangeat, *op. cit.*, p. 22.

3. Suivant un hagiographe du IXe siècle, Méginhard, « *Peregrinum qui patronum non habebat vendebant saxones.* » *Translatio sancti viti*, c. 13.

4. Demangeat, *op. cit.*, 31.

reste sa condition ne paraît pas s'être beaucoup améliorée; il se trouve toujours frappé de rigoureuses incapacités. Vient-il à mourir? Le fisc royal s'empare de sa succession; « *secundum leges Francorum, res peregrinorum sunt propriæ regis* [1] ». Pour échapper à l'incapacité dont il est frappé l'étranger doit se placer sous le patronage d'un homme puissant, ou mieux encore solliciter la protection royale. Les actes de la royauté Franque relatifs à la concession de la mainbournie royale nous montrent, qu'au point de vue de la capacité successorale de l'étranger, elle produisait les plus heureux résultats [2].

Il est curieux de signaler dès cette époque une exemption collective accordée aux Écossais: ils se trouvent de plein droit sous la protection royale. « *Reges Francorum libertatem dederunt omnibus peregrinis scotorum ut nullus capiat aliquid de rebus eorum.* »

Sous la législation des Capitulaires le régime, dont nous venons d'esquisser les principaux traits sub-

1. Mabillon, *Annal. ord. Sant Bened.*, t. II, p. 699. L'usage des Lombards était conforme: à défaut d'enfants légitimes le roi succédait aux biens laissés par les warganei. « *Si legitimos filios habuerint, hæredes corum in omnibus, sicut et filii Longobardorum existant, et si filios non habuent legitimos, non sit illis potestas absque jussione regis res suas cuicumque thingare aut per quodlibet ingenium aut per quem libet titulum alienare.* » Loi des Lombards, liv. 3, tit. 15.

2. Voy. not. de Rozière, *Recueil de formules de l'Empire Franc*, nº 15. « *Ut per qui quid suprema mente supremoque consilio deliberaverit liberam et firmam in omnibus habeat potestatem faciendi.*

siste ; la distinction entre l'étranger patronné et l'étranger sans aveu trouve un nouvel appui dans l'extension toujours continue de la recommandation aux hommes libres. C'était là, en effet, un usage fort ancien que la misère et la violence rendirent si fréquent et même si nécessaire que les rois Francs en vinrent à l'autoriser et à l'encourager.

Il existe une preuve remarquable de la force qu'avait atteinte l'incapacité, dont les étrangers étaient frappés au point de vue successoral : c'est le premier capitulaire de l'an 806, intitulé : *Charta divisionis regni Francorum*, et que l'on désigne, parfois, sous le nom de testament de Charlemagne. Le grand empereur, tout en divisant ses États entre ses trois fils, ne veut pas que leurs sujets soient entre eux comme des étrangers ; il déclare donc que tout homme libre pourra transmettre sa succession à ses parents, même dans le cas où ils seront soumis à la domination d'un autre prince. Il résulte donc clairement de ce document, que d'après le droit commun pour que la vocation héréditaire fût reconnue, il fallait que le *de cujus* et ses héritiers appartinssent au même état. Cette règle était tellement bien établie que deux capitulaires de Louis-le-Débonnaire, l'un en 817, l'autre en 837, qui partagent l'empire réuni de nouveau entre les mêmes mains, reproduisent la même clause. Du reste, dans ces trois constitutions, le droit commun est maintenu pour les bénéfices, à raison de leur intime liaison avec le droit

public, « *ne per hoc, si aliter furit, scandalum aliquid accidere possit* ».

Ainsi pendant les périodes mérovingiennes et carolingiennes les étrangers étaient incapables de transmettre leur succession ; à leur mort, le fisc s'emparait de tous leurs biens. Pour se soustraire à ce rigoureux usage, ils devaient se choisir un protecteur : à l'origine, c'étaient les rois qui, le plus souvent, exerçaient ce droit de tutelle. Mais, peu à peu, un courant irrésistible transforme la société et établit à la place du lien politique du rapport de roi à sujet, une subordination directe d'homme à homme, d'inférieur à supérieur ; les étrangers n'échappent pas au mouvement qui se produit, et l'autorité royale ne s'exerce plus sur eux, qu'indirectement, par l'intermédiaire de l'homme libre à qui ils se sont confiés. Que le pouvoir central disparaisse et il est facile de prévoir que le lien personnel qui rattache le protégé au protecteur continuera seul à exister !

CHAPITRE III

LA FÉODALITÉ

Par la force même des choses, la fusion s'était opérée entre les éléments Germaniques et Romains sur le vieux sol de la Gaule et sous l'administration aussi énergique qu'habile de Charlemagne, l'on pût croire qu'un immense empire allait être fondé qui continuerait à travers les siècles la civilisation romaine. Mais l'œuvre du grand Empereur était destinée à disparaître[1]. Ses faibles successeurs étant impuissants à protéger d'une manière efficace les droits des particuliers, l'usage de la recommandation devient de plus en plus fréquent et, peu à peu, s'établit un ordre social nouveau dans lequel les seigneurs propriétaires de vastes domaines sont chargés de la défense et de la protection de tous, et acquièrent en retour le droit d'exiger des hommes, qui leur sont soumis, des prestations de diverses natures.

1. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. VIII, ch. XIII.

L'hérédité des bénéfices ayant été consacré par l'édit de Kiersy-sur-Oise, les faibles liens qui rattachaient les seigneurs à l'autorité centrale ne tardent pas à disparaître. La royauté est sans force pour protester ; ce n'est plus un pouvoir, c'est plutôt une dignité, suivant l'expression de M. Guizot[1], la couronne semble posée sur une ombre. Ainsi se forma la société féodale qui, au point de vue juridique est la localisation de la souveraineté[2] ; à la place d'un immense empire il y a une foule de petits états. Chaque seigneur est souverain dans ses domaines : il fait la loi, il rend la justice, il bat monnaie, en un mot, il exerce tous les attributs de la puissance publique.

Sous ce régime, le lien social ne s'étend guère au-delà des hommes qui, groupés autour du château féodal, sont soumis à l'autorité du même seigneur. « L'isolement, dit Michelet, est un des traits caractéristiques de la féodalité. La subdivision se subdivise ; le grain de sable aspire à l'atome. Chacun se fixe en s'isolant. L'homme ne sait bientôt plus s'il existe un monde au-delà de sa vallée. Il prend racine, il s'incorpore à la terre. » Chacun appartient ainsi à la seigneurie laïque ou ecclésiastique du lieu de sa naissance ; abandonne-t-il sa terre natale, il devient aussitôt, un étranger ou plutôt pour employer les

1. Guizot, *Essais sur l'Histoire de France*, p. 64.
2. Laurent, *Le droit civil international*, t. Ier, p. 268.

expressions de cette époque un aubain [1], une espave [2].

Les étrangers ne sont donc pas seulement ceux qui sont originaires d'une autre nation ; ce sont dans chaque souveraineté les hommes venus d'une autre souveraineté [3]. Le seigneur propriétaire d'un fief ne s'occupe pas de savoir si l'homme qui s'établit sur ses terres est né hors du royaume de France : à peine y a-t-il un royaume de France à cette époque. Il recherche simplement s'il est né hors du territoire soumis à son autorité. Que lui importe le reste !

Quelle était la condition faite à l'individu qui aban-

1. Cette expression apparaît pour la première fois sous la forme latine : *albani* dans l'acte d'une concession faite en 820 par Louis-le-Débonnaire à l'évêque Ynchadus et à ses successeurs. Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'étymologie de ce mot. Les uns le font venir de Alibi natus (né autre part). Loysel, *Inst.* règle XLVIII ; Ferrières, *Nouv. introd. à la pratique*, t. I, v° Aubaine ; d'autres le rattachent à l'album sur lequel Charlemagne avait ordonné à ses missi d'immatriculer tous les étrangers présents sur le sol Franc (3e capitulaire de 806) Sapey, *De la condition des étrangers en France*, p. 52. D'après Littré (*Dictionnaire*, v° Aubaine) ce serait une contraction du terme de basse latinité *albarenus* qui se trouve dans des documents espagnols et qui serait dérivé lui-même d'un mot arabe signifiant étranger et d'après Wachter (*Glossarium teutonicum* v° Albanagium) ce serait une corruption du mot alambanni ou alamanni (nés ailleurs). Enfin suivant De Laurière (*Gloss.* V° Aubaine) et Du Cange (*Gloss.* v° Aubaine) dont l'opinion est adoptée par la plupart des auteurs modernes le mot *albani* sous lequel étaient connus autrefois les Ecossais ; ceux-ci formant au moyen-âge avec les Anglais la plus grande partie de la population étrangère de la France, on aurait étendu par la suite leurs noms à tous les étrangers ; c'est ainsi qu'aujourd'hui dans l'empire ottoman le nom de Franc est synonyme d'infidèle.

2. Bacquet, *Traité du droit d'aulaine*, t. I, ch. II, nos 18 et 19.

3. De Laurière, *Gloss. du droit Français*, v° Aubain.

donnait la châtellenie du lieu de sa naissance pour aller se fixer dans un nouveau pays? Il faut à cet égard établir une distinction capitale entre les pays dits de droit écrit et les pays dits de coutume.

Dans le midi, l'aubain jouissait d'une capacité pleine et entière; il pouvait tout aussi bien disposer de son patrimoine à cause de mort qu'entre-vifs; venait-il à mourir *intestat?* Sa succession était dévolue à ses héritiers naturels. Les témoignages abondent sur ce point. Caseneuve [1] et Loyseau [2] déclarent très catégoriquement que le droit d'aubaine était inconnu dans les pays de droit écrit. Selon Maynard le Parlement de Toulouse avait cette maxime. « Tout estranger venant habiter à Tholose et vivant chrestiennement et catholiquement est reputé estre appelé comme de la grâce de Dieu et peut disposer librement de ses biens au profit de qui il lui plaira, voire d'en incogneu, sans pouvoir être retiré, et empêché de le faire par droict d'aubaigne pratiqué en France, et qui n'a lieu en Languedoc, et moins encore en la dite ville de Tholose [3]. » La constitution de la Réole qui date de la fin du X[e] siècle s'exprime ainsi [4] : « *Si quis vero adventi-*

1. Caseneuve, *Traité du Franc-alleu.*, liv. I, ch. XVI, p. 148 et 149.

2. Note de Loyseau sur les *Institutes* de Loysel, édition Dupin et Laboulaye, p. 103.

3. Maynard, *Notables et singulières questions de droit écrit*, tit. 2, liv. X, art. 1[er], n[os] 7 et 8.

4. Constitution de la Réole, art. 31 (Giraud, *Essai sur l'Hist. du droit Français*, t. II, p. 515, 516).

tuis vel naturalis sine hærede legitimo *de cesserit, res ejus, si solutus fuerit, ad priorem pertinent : si conjugatus, medietas.* »

Ce régime se justifie admirablement au point de vue historique. Quel était, en effet, la législation en vigueur dans cette partie de la France ? C'était le droit Romain à peu près tel qu'il existait dans le *Breviarium Alarici* ; or, cette compilation faite pour les Gallo-Romains soumis à la domination des rois Wisigoths ne contenait aucune disposition particulière contre les étrangers. Il en fut de même du curieux recueil que l'on désigne sous le nom de *Petri exceptiones legum Romanarum* et qui, composé vraisemblablement vers le milieu du XI[e] siècle [1], nous fait connaître le droit en vigueur dans une partie de l'ancienne France.

Du reste, les pays de droit écrit ont toujours conservé un régime municipal incompatible avec toute espèce de servitude. La liberté était même considérée avec tant de faveur que tout serf, après un séjour d'an et jour, acquérait la liberté, à plus forte raison, l'étranger libre devait-il échapper à toute incapacité. Il est même bien probable, qu'à l'expiration d'un certain laps de temps, cet étranger devait être admis à exercer les droits de cité au même titre que les citoyens [2].

1. Savigny, *Histoire du droit Romain au moyen âge*, t. IV, p. 297.
2. Demangeat, *op. cit.*, p. 94 et 192 et s.

Dans le nord, la condition de l'aubain variait à l'infini, et cela n'a rien de surprenant si l'on considère que les usages différaient non seulement de province à province, mais même de village à village. « Et bien y pert, dit Beaumanoir [1], à ce que les personnes (ou plutôt. les coutumes) sont si diverses qu'on ne pourrait pas trouver, el royaume de France deux chasteleries qui de toz cas uzassent d'une meisme coustume. » Pour connaître la condition qui était faite à l'aubain, il faudrait pénétrer dans la constitution intime de chaque fief ; mais c'est là un travail à peu près impossible ; nous sommes donc obligés de nous borner à tracer les plus grandes lignes de ce régime.

Sur les terres de servage, le seigneur considérait comme lui appartenant tous ceux qui étaient « manans levans et couchans sur ses domaines [2]. » L'aubain même libre était donc soumis à la loi commune ; c'est ce que nous dit Beaumanoir : « Il y a tix terres quand uns frans hons qui n'est pas gentix hons de lignage y va manoir et y est residens un an et un jour, il devient soit hons, soit feme, sers au segnour desiz quoil veut estre residens [3]. » Il en était ainsi dans la coutume de Chatillon [4] : « si aucun aubain, autrement appelé un advenu, est demeurant par an et jour dedans

1. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, prologue. Édition Beugnot, t. I, p. 14.

2. Ducange, *Gloss.*, V° *Cubantes* et *manentes*, t. IV, p. 132.

3. Beaumanoir, *op. cit.* cap. XLV, t. II, p. 226.

4. Beudant, *Revue critique*, 1856, t. IX, p. 65.

ladite chatelleuie, sans faire adveu (de bourgeoisie), il est acquis serf au seigneur. » Et un régime analogue était appliqué aux aubains dans des pays malheureusement trop nombreux [1].

L'aubain était donc réduit à l'état de serf. Venait-il à mourir [2], le seigneur en vertu du droit de mainmorte s'emparait de tous ses biens ; il ne pouvait avoir aucun héritier ; au témoignage de Beaumanoir, ses enfants eux-mêmes étaient exclus, s'ils ne rachetaient pas la succession. « Et s'il muert (le serf), il n'a nul oir, forsque son segneur, ne li enfant au serf n'i ont riens, s'ils ne racatent au segneur, aussi comme feraient estranges [3]. » Il n'y avait d'exception qu'en faveur des coparsonniers, c'est-à-dire des parents vivant avec l'aubain à pot et à pain [4] depuis l'an et jour ; on considérait alors que les biens au lieu d'appartenir en propre au *de cujus*, étaient la propriété collective du

1. Voy. sur le servage des aubaines, *Coutume de Chateauneuf*, *Coutume d'Issoudun*, *ancienne coutume de Campagne*. L'extrait de la Chambre des comptes rapporté par Bacquet, *op. cit.* I, ch. IV. Charte de 123 dans Ducange, v° *albanius*. Chartes de 1266 et 1270. Carpentier v° *Aubana*. *Enquête du temps de Philippe-Auguste* rapportée par De Laurière, Gloss. v° Aubaine et par Ducange, Gloss. v° Aliengènæ.

2. C'est une chose digne d'appeler l'attention que la base de toutes ces redevances féodales. En principe, le serf et par suite l'aubain qui lui est assimilé n'a pas de droits à faire valoir ; il ne peut en acquérir que moyennant finance et souvent il paie fort cher. Ainsi toutes les fois qu'on voit une redevance pécuniaire, on peut affirmer dans presque tous les cas qu'il y a eu adoucissement à un état de choses antérieur plus rigoureux.

3. Beaumanoir, ch. XLV, 31, édition Beugnot, t. II, p. 233.

4. Beaumanoir, ch. XXI, 5, édition Beugnot, t. I, p. 305.

groupe de famille dont il faisait partie [1] et qui se continuait après sa mort [2]. Comme corollaire de son incapacité de transmettre ses biens *ab intestat*, il lui était défendu de tester, si ce n'est jusqu'à la somme de cinq sols [3].

Ce droit rigoureux s'adoucit avec le progrès des temps. Le grand coutumier de France ou de Charles VI constate que le seigneur, qui ne pouvait plus tailler ses hommes qu'une fois l'an, ne leur succèdait que dans le cas où ils venaient à mourir « sans hons procrées de leur corps [4] ».

Si la situation faite à l'aubain était d'une rigueur excessive, il faut remarquer cependant qu'il dépendait de l'homme libre de se soustraire au servage : pour cela, il devait faire aveu au seigneur du lieu où il allait s'établir dans l'an et le jour. L'aubain dans ce cas conservait sa condition antérieure. Cette obligation qui était imposée à l'aubain nous révèle un des traits les

1. Voy sur les communautés des serfs, Guy Coquille, *Coutume du Nivernais, des bordelayes*, art. 2. - Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, p. 221. — Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, pp. 528 et s.

2. Lorsqu'un des membres de la communauté prenait domicile à part, il n'avait plus aucun droit de succession. On avait même admis dans certains pays le principe; un parti tout est parti, c'est-à-dire que le départ d'un serf suffisait à dissoudre la communauté et faisait revivre le droit du seigneur. C'était là une règle rigoureuse que les légistes combattirent. Loysel, Institutes I, 1, 575, édition Dupin et Laboulaye, t. Ier, p. 116.

3. Loysel, *Institutes*, Régle L, édition Dupin et Laboulaye, t. II, p. 102.

4. *Le grand coutumier de France*, ch. XL; *Libelle sur nouvel trouble de main-morte*, édition Laboulaye et Dareste, p. 509.

plus caractéristiques de la féodalité. Tout homme doit entrer dans la hiérarchie féodale à quelque titre que ce soit ; l'aubain ne peut rester hors la loi commune ; or dans les pays de servage, comme la classe des serfs était de beaucoup la plus nombreuse, on était tout naturellement porté à ne voir en lui qu'un serf fugitif, rompant la chaîne qui l'enchaînait à la glèbe pour se soustraire aux dures obligations qui lui étaient imposées [1]. Même dans le cas où l'aubain avait reconnu le seigneur, il se trouvait toujours dans une position inférieure; il restait incapable de transmettre sa succession à ses héritiers. C'est ce que décide la coutume de Chatillon que nous avons déjà citée : « Ceux qui d'estrangers pais viennent faire mansion en la ville de Chatillon, s'ils veulent avouer ledit abbé, ils sont ses hommes et femmes, taillables hault et bas, et de mainmorte. »

Sur les terres de franchise, l'aubain conservait dans tous les cas sa liberté native ; mais il n'en était pas moins frappé d'incapacités rigoureuses au point de vue successoral. Ce n'est plus en vertu du droit de mainmorte que le seigneur s'emparait de ses biens à sa mort : c'était à titre de déshérence. « *Habebant jus*

1. C'est ce que dit Beaumanoir « Il à atix terres (où l'aubain est serf) » ; puis il ajoute « Mes cheste coustume si me queurt pas par nule part en la contée de Clermont, ainchois se un hons frans i vient estre, soit que il fache résidence entre les sers ou ailleurs, il ne perd pas pour che l'estat de franchise.

occupandi bona quocumque vacantia, etiam albinorum et spuriorum », dit Dumoulin [1].

En général, la condition de l'aubain variait suivant qu'il faisait aveu en temps utile ou qu'il ne s'était pas conformé à cet usage : dans le premier cas le seigneur recueillait tous les biens ; dans le second, il ne prenait qu'une partie de la succession. C'est la conclusion que l'on peut tirer du rapprochement de deux textes des Établissements de Saint-Louis qui nous fournissent à ce sujet de précieux renseignements. Le chapitre XCII suppose que l'aubain n'a pas fait l'aveu dans l'an et jour.

XCII. — D'oine estrange[2].

Se aucuns hom qui ne soit pas de la vile vient ester en chastelerie au baron et il ne face seignorage dedanz l'an et jor il serait esploitables au baron ; et se aventure estoit que il morust et il n'aüst commandé à randre au baron, tuit si mueble seroient au baron.

Le chapitre C vise le cas où l'aubain a rempli le devoir qui lui est imposé :

C. — D'oine estrange[3]

Se gentis hom a home mesqueneü [4] en sa terre, se

1. Dumoulin sur l'art. 40 de la *Coutume d'Anjou.*

2. *Etablissements de Saint-Louis,* liv. I, ch. XCII, édition Viollet, t. II, p. 149.

3. *Etablissements de Saint-Louis,* liv. I, ch. C, édition Viollet, t. II, p. 169.

4. On ne connaît pas l'étymologie de ce mot.

il servoit[1] le gentil hom, et il mourust, li gentis hom auroit la moitié de ses muebles. Et se il moroit sanz oir et sanz lignage, toutes ses choses seroient au gentilhome; mais il rendra ses debtes et si fera s'aumosne avenant. Et se li mesqueneüz avoit conquises aucunes choses à autre vavasors que à celui à qui il seroit homs, li autre seignor n'i auroient riens par droit. Mais ils ne prendroient pas dou seignor à celui les cens [2].

1. C'est bien à tort que De Laurière (Gloss., V° Aubaine) et Demangeat (*op. cit.*, p. 90) ont conclu de cette expression que le mesqueneü devenait serf; elle signifie simplement que le mesqueneu ayant fait aveu au seigneur ainsi que le lui prescrit la coutume s'est engagé à lui fournir les services qu'il peut lui devoir. — Cette explication nous paraît fort bien réconcilier avec le texte du serment que devait prêter tout étranger (Voy., la formule de ce serment dans le *Grand Coutumier de France*, édition Laboulaye et Dareste, p. 310). — Du reste l'hésitation n'est pas possible si l'on compare les obligations relativement divers inspirées par les Établissements de Saint-Louis au mesqueneü avec la condition rigoureuse faite aux serfs. — En ce sens, Viollet, *op. cit.*, t. IV, p. 185.

2. Quelques manuscrits portent « il ne prandrait pas » au singulier. Dumoulin qui a adopté ce texte l'interprète ainsi : « le sens est que le gentilhomme qui succède par droit de mainmorte à un cuvert n'aurait pas les sens et les coustumes dus par les héritages que le cuvert aurait acquis dans d'autres seigneuries, mais qu'il conviendrait que ce seigneur donnât aux autres seigneurs des hommes coustumiers pour desservir ces héritages et en payer les redevances ». Le sens est un peu différent avec le pluriel « prandraient » ; voici l'interprétation que donne M. Viollet : « Les seigneurs sur la circonscription desquels le mesqueneu a fait l'acquisition n'héritent pas de ces terres, c'est le seigneur du lieu où demeurait le mesqueneu qui en devient propriétaire ; mais ces terres restent chargées de cens et de coutumes dus aux seigneurs sur la circonscription desquelles elles sont assises. Qui les payera? Le seigneur héritier lui-même? Non, mais un homme coutumier qu'il établira sur ces terres pour les servir. »

En général les auteurs [1] ne concilient pas les deux textes que nous venons de citer ainsi que nous l'avons fait. Partant de cette remarque que les textes emploient deux expressions différentes : hom qui n'est pas de la vile, ch. XCII ; hom mesqueneü : ch. C, ils en ont conclu qu'ils entendaient viser deux personnes différentes : le français faisant partie d'une autre chatellenie et l'étranger au royaume de France. De là dans la théorie de l'aubaine cette distinction perpétuelle entre deux catégories d'aubains, ces doctrines subtiles que l'on essaie de justifier plus ou moins rationnellement.

Ce système, malgré le nombre et la valeur de ses partisans, nous paraît contraire au texte et à l'esprit du régime féodal [2]. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

Considérons les textes en eux-mêmes. Nous remarquons d'abord que le compilateur de l'ouvrage qui est l'auteur des rubriques a traduit les deux expressions par « oine estrange ». Dira-t-on qu'il a commis une confusion. C'est un raisonnement trop facile et

1. De Laurière, Glossaire, V° Aubaine, et V° Aubenage ; Denizart, Coll. de décis. nouv. V° Aubaine ; Merlin, *Répertoire*, V° Aubaine ; Sapey, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau droit*, p. 26 ; Soloman, *Essai sur la condition juridique des étrangers dans les législations anciennes et le droit moderne*, pp. 102 et s. ; Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, pp. 72, 75. D'Espinay, *De la féodalité*, *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, supplément, au t. II, p. 92. Durand, *Essai de droit international privé*, p. 148 et p. 191.

2. Viollet, *Histoire du droit*, p. 250.

une simple observation suffit à en faire voir l'inanité. Les Établissements de Saint-Louis n'étaient pas un livre de science pure, le résultat des recherches d'un savant : c'était un ouvrage de pratique destiné à faire connaître le droit usuel aux hommes d'affaires de l'époque. Le compilateur était donc bien renseigné sur les usages qu'il relatait.

Si du reste nous consultons les manuscrits de la coutume de Touraine-Anjou qui est la source du livre Ier des Etablissements de Saint-Louis, tout doute disparaît. Le § 89 de la coutume qui correspond au chapitre C des Établissements porte : Si gentis hom a hom coustumier en sa terre [1]; et le § 80 qui correspond au chapitre XCII : De hom qui est hors de son païs [2]. Les deux rubriques visent incontestablement la même catégorie de personnes; ceux qui sont nés hors du territoire soumis à l'autorité du seigneur. Remarquons même que le § 80, qui dans l'opinion contraire ne s'appliquerait qu'aux Français appartenant à une autre chatellenie, semble bien plutôt s'adresser aux étrangers proprement dits.

Ajoutons qu'un manuscrit de la coutume de Touraine-Anjou remplace le mot mesqueneü qui paraît avoir été l'objet de la distinction que nous combattons, par le mot : « cuvers » [3]; ce qui fait disparaître toute difficulté.

1. Viollet, *op. cit.* t III, p. 58.
2. Viollet, *op. cit.* t. III, p. 51.
3. Viollet, *op. cit.* t. III, p. 58, note 3. « Les colliberts, en français cuverts, dit M. Viollet, *Histoire du droit*, p. 260, sont des descendants d'affranchis, ils ont conservé le nom et la position d'affranchis. » Cette

Il ne s'agit donc que d'une même personne que l'on envisage dans deux situations différentes, ce qui justifie la différence de traitement. Telle est, assurément, la première interprétation qui se présente à l'esprit par la seule lecture des textes. Le ch. XCII des Établissements dit formellement : « et il ne face segnorage dans l'an et jor, » tandis que le ch. C dit : « se il servoit le gentilhome » ; un manuscrit contient même cette variante : « se gentishom a home mesqueneü en son servise qui se muire et qui ait hoirs, » ce qui est encore plus explicite.

Ce système se concilie du reste fort bien avec le régime féodal; chaque seigneur à l'origine est un véritable souverain dans son fief; souvent en guerre avec ses voisins, il considère comme étranger qui conque n'est pas né sur la terre soumise à son autorité.

Des textes que nous venons de citer, il résulte que l'aubain a le droit de disposer de ses biens par acte de dernière volonté; son testament paraît même être vu avec faveur [1].

Telles étaient les règles suivies à l'égard des aubains dans la Touraine et dans l'Anjou; il devait en être ainsi sur la plupart des terres de franchise. Et en effet,

qualification convenait donc bien aux aubains qui occupaient aussi une condition mixte, intermédiaire entre celle de l'homme libre et celle du serf.

1. Cf. le texte du XII[e] siècle (1142-1144) que cite M. Beautemps-Beaupré dans les *Cout. et inst. de l'Anjou et du Maine*, t. III, préface, p. 60.

bien que les Établissements de Saint-Louis n'aient jamais eu le caractère d'un code officiel, d'une loi obligatoire pour toute la France [1], mais que ce fut simplement, suivant l'expression de Choppin, « un vieux livre sans nom d'auteur », il n'en est pas moins vrai qu'ils eurent une immense influence et qu'ils constituent un des documents qui nous renseigne le mieux sur le droit du moyen âge.

Enfin, dans quelques contrées d'allodialité de l'Est, notamment à Saint-Dizier, l'aubain restait libre de toute allégeance. Nous en trouvons la preuve dans le fait suivan : quand l'aubaine devint royale et que les agents du fisc se présentèrent au nom du roi pour faire valoir les droits qui lui appartenaient, il leur fut fièrement répondu par les échevins : « que oncques n'avons oï de gens de serve condicion, ne de mainmorte, ne dequel condicion qu'ils soient » [2].

Avant de terminer l'exposé de la législation de l'aubaine à l'époque féodale, nous devons signaler une exception universellement admise en faveur de la classe privilégiée. La noblesse était reconnue dans tous les pays et jouissait partout de ses droits et privi-

1. Il est démontré aujourd'hui avec la dernière évidence, depuis les beaux travaux de M. Paul Viollet, que ce recueil est l'œuvre d'un auteur privé. « Le texte des Établissements précédé du fameux prologue de promulgation par saint Louis, dit le savant historien (t. I, p. 2) n'est autre chose, comme nous dirions en style moderne, qu'un tirage de la 3e édition. »

2. Note de M. Beugnot sur le tondlieu de Saint-Dizier, 2e vol. des *Olim*, p. 913.

lèges. Un même individu pouvait être vassal de plusieurs seigneurs et par conséquent être citoyen de plusieurs états. La coutume de Vitry nous a conservé un souvenir de cet état de choses ; voici comment elle s'exprime en son article 72[1] : « En noblesse ne gît espavité, qui est à entendre que les nobles natifs et demeurant es pays d'Allemagne, Brabant, Lorraine,-Barrois, ou ailleurs hors du royaume, succèdent à leurs parents décédés, soit qu'ils fussent demeurans audit royaume ou ailleurs, es biens délaissés par leur trépas au dit baillage, meubles ou immeubles, nobles ou roturiers ». L'histoire nous fournit de nombreux et célèbres exemples de nobles étrangers qui ont transmis non seulement des terres ou des seigneuries particulières mais même des provinces entières. Les rois d'Angleterre ont possédé tour à tour les provinces de Normandie, d'Anjou, de Touraine, du Maine, de Guyenne, qui toutes relevaient de la couronne de France ; ils les ont toujours librement transmises à leurs descendants. Pierre d'Aragon épousa en 1204 la fille du seigneur de Montpellier ; ses descendants, bien qu'ils fussent étrangers, jouirent sans contestation de ce domaine jusqu'au jour où il fut acquis par Philippe le Bel. Le comte de Flandre était tout à la fois vassal du roi de France, de l'empereur d'Allemagne et parfois du roi

1. Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier général*, t. III, p. 478 Voy. sur ce point le commentaire de la *Coutume de Vitry-le-François* par Charles de Salligny, avocat au Parlement, 4e éd. Châlons MDCLXXVI, pp. 144 et s.

d'Angleterre; personne n'a jamais eu l'idée de lui contester le droit de transmettre à ses héritiers les provinces dont il était le seigneur.

L'exercice du droit d'aubaine soulevait parfois de singuliers conflits entre les seigneurs. C'est ainsi que dans le cas où un aubain tombait malade sur la terre d'un seigneur, et allait mourir sur la terre d'un autre, le premier pouvait réclamer la succession ; n'avait-il pas en effet un droit acquis qu'un simple déplacement ne suffisait pas à lui enlever [1].

Comme toutes les difficultés n'avaient pu être prévues et réglementées, il en résultait fréquemment des procès, ou, pour mieux dire, des guerres privées ; les suzerains intervenaient souvent soit pour concilier, soit pour soutenir leurs vassaux [2].

Le droit d'aubaine était donc pour les seigneurs une source de profits [3]; il ne faut pas s'étonner dès lors qu'ils se soient opposés énergiquement à toute tentative d'abrogation. Vers le XIII[e] siècle, il s'était mani-

1. Coutume générale du Hainaut : « Si aucun aubain s'accouche malade en justiche et il se face transporter avant qu'il soit guary d'icelle maladie, et voise nourrir en autre justiche, le seigneur soubz lequel il avait mis le teste a chevet aura ses biens tant héritages d'acquets comme meubles. » Boudot de Richebourg, Coutumier général, t. II, p. 28.

2. Voy. un exemple de cette intervention dans le Chartulaire de Philippe-Auguste à propos des aubains de Chauny (*Olim*, édition Beugnot, t. II).

3. Il existait auprès des justices seigneuriales un préposé des aubains (*albanorum justitia et propositura*) ; il était chargé de recueillir les produits de l'aubaine ; il albanait les aubains. Ducange, *Gloss.* V° *Albani*.

festé un mouvement en faveur des aubains : une constitution de l'empereur d'Allemagne, Frédéric II, avait prononcé l'abolition du droit d'aubaine[1] ; des légistes l'avaient insérée au *Code de Justinien*[2] et des lettres du roi Louis X lui avait donné force de loi en France[3]. Mais si humaine et si juste que fût cette réforme, elle échoua complètement contre la force de l'usage établi, et contre l'avarice des seigneurs. L'ordonnance royale ne fut observée nulle part[4] ; les aubains continuèrent à être traités avec la même rigueur et le roi lui-même qui ne voulut pas se priver de droits fructueux fut le premier à oublier l'ordonnance dont il était l'auteur : au lieu de supprimer le droit d'aubaine, il trouva bien plus avantageux de supplanter les seigneurs dans son exercice.

Le régime féodal portait avec lui dans les excès

1. *Omnes peregrini et advenæ liberæ hospitentur, ubi voluerint.. Et hospitati si testari voluerint, de rebus suis liberam ordinandi habeant facultatem, quorum ordinatio inconcussa servetur. Si vero intestati decesserint, ad hospitem nihil perveniet; sed, bona ipsorum per manus episcopi, loci, si fieri, potest heredibus tradantur, vel in pias causas erogentur. Hospes vero si aliquid in talium bonis contra hanc constitutionem nostram habuerit : episcopo triplum restituat, quibus visum ei fuerit, adsignandum, non obstante statuto aliquo, aut consuetudine seu privilegio, quæ hactenus contrarium inducebant. Si qui autem contra hanc nostram constitutionem venire præsumpserint, eis de rebus suis testandi interdicimus facultatem, ut in eo privantur, in quo deliquerunt : alias prout culpæ qualitas exegerit puniendi.*

2. L. 10, au Code, *Communia de successionibus*, liv. VI, tit. LIX.

3. Ord., t. I, p. 610, 510.

4. Discours de M. de Lévis, *Moniteur* de 1818, p. 567. Discours de M. de Clermont-Tonnerre, *Moniteur* de 1819, p. 96.

mêmes de ses institutions le remède des maux qu'il engendrait. A l'origine de la féodalité, toute personne, qui abandonnait sa terre natale pour se fixer dans une nouvelle contrée, était exposée aux rigueurs du droit d'aubaine[1]. Il en fut ainsi tant que l'usage des sous-inféodations n'eut pas augmenté d'une manière prodigieuse le nombre des fiefs ; mais quand il exista dans l'organisation féodale une échelle de seigneurs remontant depuis le dernier vavasseur jusqu'au roi, grand fieffeux du royaume ; quand surtout la liberté se fut répandue avec l'affranchissement des serfs[2] et l'augmentation correspondante des franc hom de poëste, alors le cercle extrêmement étroit dans lequel il avait été permis à chacun de se mouvoir s'élargit insensiblement par la force même des choses. La coutume s'introduisit que pour être sujet au droit d'aubaine il faudrait sortir non seulement de la terre du vavasseur mais du fief du grand baron. Cette situation devait être assez générale vers la fin du XIII[e] siècle, puisque les Établissements de Saint-Louis nous la montrent établie[3]. Le même usage n'existait cependant pas partout. Sui-

1. De Laurière, *Gloss.* V° Aubaine.

2. Par la célèbre ordonnance de 1315 le roi Louis X appellait à la liberté les serfs des pays directement soumis à la couronne. Ce n'était pas là un simple acte de charité ainsi qu'on pourrait le supposer ; le roi qui avait besoin d'argent cherchait à s'en procurer en vendant la liberté à ses serfs. — L'exemple du roi fut suivi par les seigneurs dans leurs domaines et de nombreux serfs furent rendus à la liberté. — Grandmaison, *Livre des serfs*, p. 43.

3. V. ci-dessus, p. 33.

vant la doctrine de l'Eglise, était considéré comme étranger quiconque sortait du diocèse ou du crême où il avait été baptisé; cette règle était même si rigoureusement observée qu'elle s'appliquait à l'évêque[1] s'il se trouvait dans ce cas. La coutume de Saint-Cyran, en Brenne, locale de Touraine est précise à ce sujet; car elle porte que « le droit d'aubenage sé prend par ledit seigneur de Saint-Cyran, en chacune juridiction dépendante de sa chastellenie, tel qu'il est introduit par la coutume générale, si le décédant n'est du crême de Bourges parce que ladite chastellenie est en la spiritualité de Berry et en la temporalité de Touraine ». La coutume de Lodunois a retenu cet ancien usage comme on le voit au titre de moyenne justice où il est dit dans l'art. 5 que « quand aucuns forains qui ne sont du diocèse décédent en sa justice, le seigneur a le droit d'avoir l'aubenage[2] ».

Les entraves résultant du droit d'aubaine rendaient entre les hommes appartenant à des seigneuries différentes les relations si difficiles et portaient dans certains pays une si grave atteinte aux intérêts des populations que les seigneurs eux-mêmes entreprirent de les faire disparaître dans une certaine mesure Il fut souvent convenu entre les seigneurs que les hommes de leurs seigneuries respectives pourraient librement circuler sur les terres soumises à leur autorité sans être

1. De L'Aubépine, *Ad Optatum*, pag. 6, col. 1, litt. M. N.
2. De Laurière, *Gloss.*, V° Aubaine.

frappés d'aucune incapacité. Ces conventions qui constituaient de véritables traités conclus de puissance égale à puissance égale sont connus sous le nom de traités de parcours et d'entrecours. L'usage devait en être assez fréquent; Laurière nous en signale un des plus importants entre les seigneurs de Bar et de Champagne [1].

L'émancipation des communes contribua aussi dans une large mesure à faire disparaître les barrières qui existaient entre les habitants des différentes seigneuries. A ce moment le commerce commença à prendre naissance et le besoin de rendre plus fréquents et plus faciles les changements de résidence ne tarda pas à se faire sentir. De nombreuses chartes avaient exempté de toute incapacité ceux qui viendraient habiter le territoire de la commune. Il y a plus. Il fut admis que tout serf de corps qui s'y établirait, acquerrait la liberté immédiatement ou après l'an et jour, suivant les lieux [2]. C'est ce que nous dit Beaumanoir [3]: « les sers pouraient acquerre franchise por demorer; si comme en aucunes viles esqueles tout li habitant sont frans par privilège ou par coustume et par chete voie ont pluriex sers acquis fran-

1. De Laurière. *Gloss. du droit Français*, V. *Parcours et Entrecours.*

2. Hervé, *Pratique des matières féodales et censuelles*, p. 172. — Dans la charte de la commune d'Orbestier de l'an 1007, les immunités s'étendent jusqu'à une lieue autour de ses limites; de là le nom de banieu — Brussel, *Usage des fiefs*, p. 707.

3. Beaumanoir, *op. cit.*, Ch. XLV, p. 36, édition Beugnot, t. II, p. 237.

chises qui concelement s'en alaient de dessus leurs seigneurs manoir en tiex liex. » Ainsi dans notre ancienne France, le séjour sur certaines terres rendait serf ; sur d'autres, il conférait la liberté. Le système est toujours le même ; mais le but a changé et les conséquences sont bien différentes. Le roi dans ses domaines reconnut les mêmes droits à de nombreuses villes de bourgeoisie. Les chartes de Lorris (1158, art. 18), de Sens, d'Orléans (1178 art. 1 et 2), de Bourges (1144, art. 6) garantissaient aux aubains même serfs après l'an et jour la franchise de leurs personnes et de leurs biens moyennant le paiement d'une taxe ; à Mehun, à Issoudun, c'était un setier d'avoine, l'avenage [1]. La charte de Bourges est particulièrement intéressante parce qu'on y voit apparaître la distinction entre l'aubaine féodale et l'aubaine royale. Dès l'an 1145 Louis VII déclare, dans une charte qui est parvenue jusqu'à nous [2], que Louis VI avait modifié certains mauvais usages qui étaient pratiqués à Bourges ; entre autres, les aubains pouvaient aller et venir sans avoir à craindre pour leurs biens même dans le cas où leur nation était en hostilité avec la France. Désormais il n'en fut plus ainsi : les aubains qui bâtirent à Bourges une maison ne purent transmettre leurs biens à leurs enfants que dans le cas

1. De Laurière, Gloss, V° Avenage ; Godefroy, *Dictionnaire de l'ancienne langue Française* (en cours de publication), V° Avenage.

2, La Thaumassière, *Coutumes locales du Berry*, p. 62.

où ils étaient nés dans le royaume. Le roi faisait remise de l'aubaine au regnicole, non à l'étranger.

A raison des causes que nous venons d'indiquer, le droit d'aubaine ne s'exerçait plus guère qu'à l'égard des étrangers proprement dits, de ceux qui n'étaient pas Français. Mais alors, comme le fait fort justement M. Cauwés[1], « les légistes ont beau jeu pour prétendre qu'au roi seul doit appartenir un droit qui ne dépend pas de la nouveauté purement et simplement, puisqu'il ne s'exerce pas sur tous ceux qui deviennent sujets du seigneur sans distinction. Ce droit est désormais fondé sur la souveraineté elle-même. » Il est facile de concevoir quelle résistance les seigneurs devaient opposer à tout ce qui pouvait amener la destruction d'un droit qui était pour eux une source de revenus et qu'une longue possession avait consolidé à leur profit. Mais la royauté poursuivit son œuvre avec la plus grande persistance ; repoussée aujourd'hui, elle recommence demain son attaque jusqu'à ce qu'elle ait obtenu gain de cause. « Cette avidité brutale du fisc royal, dit M. Viollet [2], s'explique comme tant d'autres faits du même genre par une considération qui domine toute notre histoire : l'État tel que nous le concevons aujourd'hui est en voie de formation au moyen âge et le roi représente l'État : aussi chaque jour ses dépenses augmentent. Cependant il n'a guère d'autres res-

1. Cauwès, *Grande Encyclopédie*, V° Aubaine.

2. Viollet, *Histoire du droit Français*, p. 314.

sources régulières que celles d'un grand propriétaire féodal, c'est-à-dire les revenus de son domaine : de là, la nécessité d'étendre ce domaine, et de lui faire rendre chaque jour davantage ; de là cette avidité extraordinaire : c'est celle d'un riche toujours gêné. »

L'histoire de cette conquête du roi sur les seigneurs est un des épisodes les plus intéressants de la grande lutte que la monarchie a soutenue contre la féodalité dont elle suit toutes les vicissitudes. Déjà en 1225 une charte de Louis VIII revendiquait le droit d'aubaine pour la couronne sur les terres de l'abbaye de Corbeil. Au XIII[e] siècle, l'usage suivi à Orléans attribue cette prérogative au roi : « Se aucuns aubains muert sanz oir ou sanz lignage, li roi est oir[1]. » Une seule exception est faite en faveur du seigneur pour le cas où l'aubain « muert ou cuer, de son chastel[2] ». A la même époque, les registres des foires de Champagne contiennent une disposition analogue. « Toute manière d'aubains, d'outremontains qui sont marchans en foire, se ils mirent dedans le cour la foire, sans hoirs de leurs, l'avoir est aquis au Roy »[3]. Avec Philippe le Bel, la royauté semble perdre du terrain. Une ordonnance de 1301 porte

1. *Etablissements de Saint-Louis*, liv. II, Ch. XXXI (édition Viollet t. 2., p. 428).

2. Laurière (Gloss., V° Aubaine) rend l'expression « au cuer de son chastel » par dans sa terre. M. Viollet (*Etablissements de Saint-Louis*, t. IV, p. 268) croit que cette expression signifie dans le château même, au cœur du château.

3. — *Regestum curiæ Campaniæ*, cité par Ducange V° *Albani*.

que les collecteurs du roi n'exploiteront pas les biens des aubains avant qu'il n'ait été constaté par une enquête que ce droit appartient à la couronne[1]. Un arrêt de 1306 que rapporte Louet[2] adjuge par provision la succession d'un aubain à un seigneur justicier mais en ajoutant « *salva nobis super hoc quæstione proprietatis* ». Les droits du roi et des seigneurs semblent donc mis sur la même ligne ; il y a en quelque sorte un procès ouvert sur la question de l'aubaine et chaque partie est invitée à produire ses titres à l'appui de ses prétentions. Il est facile de reconnaître dans ces ménagements le roi qui a besoin de ses vassaux dans ses luttes contre le Saint-Siège. Du reste les droits seigneuriaux ne sont reconnus que dans le cas où ils peuvent être démontrés à l'aide de preuves certaines. Des lettres patentes, que Bacquet[3] attribue à Philippe de Valois, adressées au bailli de Calais et enregistrées par la Cour des comptes en 1311 contiennent les instructions suivantes : « *In generali concessione vel donatione a principe facta non intelliguntur comprehensa jura peregrinalia quæ vulgo vocantur foragia.* » Philippe de Valois régnait de 1328 à 1350. Bacquet commet ici une erreur évidente ou sur la date, ou sur le nom du roi, ce qui est plus probable puisqu'à l'époque qu'il in-

1. Voy. le texte de cette ordonnance dans le t. II, p. 456 du registre des Olim édité par M. Beugnot et dans le recueil des ordonnances t. Ier, pp. 338, 339.

2. Louet, *Recueil d'arrêts notables*, liv. 1, somm XVI, nº 8, t. I, p. 60.

3. Bacquet *op. cit.*, liv. IV, ch. 28.

dique régnait un roi du nom de Philippe : Philippe le Bel. C'est là, du reste, un point d'importance secondaire puisque les revendications royales ont duré pendant de longues années.

Dès que la royauté n'a plus rien à craindre de ses adversaires, dès que les événements lui permettent de traiter de haut avec ses vasseaux, elle s'empresse de s'attribuer les bénéfices de l'aubaine. C'est ainsi que des lettres patentes de Charles VI datées du 5 septembre 1386 affirment le droit de la couronne sur la succession des aubains décédés dans le comté de Champagne : « En notre comté de Champagne sont et doivent être à nous de nostre droict tous les biens meubles et immeubles des personnes gens aubains et espaves qui y trépassent, sans convenables héritiers en quelque haute justice qu'iceux espaves ou aubains soient demeurants et voisent de vie à trespassement et où que leurs biens soient[1] ». De nombreux arrêts de la Chambre des comptes attestent à partir de cette époque les droits de la royauté[2].

La lutte n'était cependant pas terminée ; lors de la rédaction des coutumes elle s'engagea de nouveau sur ce terrain. Beaucoup de coutumes attribuèrent au roi la succession des aubains[3]. Mais partout où les seigneurs

1. Choppin, *Droit du domaine de la couronne*, liv. IV, ch. XXVIII.
2. Cauwès, *op. et loc. cit.*
3. Poitou, art. 298. Melun, art. 6. Valois, art. 4. Vitry en Partois, art. 72. Vermandois, art. 11. Chalons, art. 16. Chauny, art. 8,43. Ponthieu, art. 19. Reims, art. 340,341. Amiens, art. 253 Véronne, art. 7,8. Normandie,

purent se retrancher, ils ne manquèrent pas de le faire. C'est ainsi qu'en 1508, lors de la rédaction des coutumes du Maine et de l'Anjou, le procureur du roi, qui réclamait pour la couronne le droit d'aubaine, ne fut pas écouté et les commissaires décidèrent à la majorité des voix « qu'il n'en serait aucune chose pour lors immuée [1] ». Plusieurs autres coutumes réservèrent aussi le droit d'aubaine aux seigneurs [2]. Enfin dans un nombre considérable de coutumes il n'existait aucune disposition spéciale sur ce point.

La diversité des coutumes faisait naître deux questions : 1° A qui appartenait le droit d'aubaine dans les coutumes muettes? 2° A supposer que le droit d'aubaine appartînt au roi, la disposition d'une coutume pouvait-elle le lui enlever? Les droits des seigneurs trouvèrent deux habiles défenseurs dans Guy Coquille [3] et dans Dumoulin. « Ce sont les droits anciens des nobles, dit ce dernier [4], d'avoir généralement tout droit de confiscation en leurs terres où ils ont haute justice... combien que depuis aucuns fiscaux Royaux questuaires, cherchans toutes nouvelles inventions

art. 148. Montrichard (locale de Tourraine). Perche, art. 18. Berry, art. 6 art. 2. Laon. Orléans, art. 345, etc.

1. Jacquet, *Traité des justices*, ch. 9.

2. Touraine art. 43,44,45. Marche, art. 328. Bourbonnais, chap. 2, art. 198. Hainault, chap 83,86 et 106. Montargis, art. 47. Chablis, art. 26. Senlis, art. 206. Sens, art. 10. Auxerre, art. 13.

3. Guy Coquille, *Coutumes du Nivernais*, Œuvres, édition Bordeaux 1703, pp. 303-366-367.

4. Dumoulin, *Œuvres*, Paris 1681, t. II, p. 707.

pour augmenter le fisc du roi et diminuer les droits des seigneurs et mesmement de l'état de noblesse qui est le principe original, fondement, et défense de la couronne; et d'entrée se sont efforcés leur ôter les aubains. Il vaudrait beaucoup mieux réintégrer et maintenir les droits anciens des estats de France, sans lesquels la couronne ne peut fleurir, ne durer. » Malgré la grande autorité de ces auteurs, ce système ne prévalut pas et la doctrine aussi bien que la jurisprudence se montra très-favorable à l'extension du pouvoir royal. Une théorie fut créée de toutes pièces pour justifier l'attribution du droit d'aubaine au roi à l'exclusion des seigneurs. Elle nous est exposée en son entier par Bacquet qui a écrit sur ce sujet un traité spécial [1]. En voici les principaux arguments.

Le roi en créant les hautes justices; duchés, comtés, seigneuries s'est réservé le droit d'aubaine « comme ce droit étant un fleuron de sa couronne tant ainsi que le droit de régale ».

Les seigneurs n'ont pu acquérir ce droit d'aucune manière.

Ils n'ont pu l'acquérir par concession, car le domaine royal dont ce droit fait partie est inaliénable. La concession qui aurait pu être faite ne vaudrait que pendant la vie du roi qui l'aurait consentie et ne serait pas opposable à son successeur.

Ils n'ont pu l'acquérir par prescription pour la

1. Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, passim.

même raison : le domaine royal qui est inaliénable est également imprescriptible, car la prescription est une espèce d'aliénation : *qui patitur usucapi, alienare videtur*. Du reste, pour prescrire il faut pouvoir invoquer une possession qui doit être continue et de boune foi. Or l'aubaine est un événement qui se produit à des intervalles trop espacés pour qu'il soit possible de lui reconnaître le caractère de continuité D'autre part la bonne foi fait défaut, puisque les seigneurs savaient bien que ce droit appartenait au roi.

Ils n'ont pu l'acquérir par coutume. « C'est une maxime certaine et indubitable en France que le Roy ne succède aux aubains à l'exclusion des seigneurs, quoique la coutume du lieu leur donne le droit d'aubaine ; la raison est que la coutume d'un lieu en peut bien obliger les habitants en conséquence du consentement qu'ils y ont prêté, et non les autres personnes, et à plus forte raison elle n'oblige pas le Roy à l'effet de lui oster un droit qui lui appartient, comme annexé à son domaine et à sa couronne. »

Si donc le droit d'aubaine est exercé par un seigneur quelconque, ce ne peut être qu'à la suite d'une odieuse usurpation, qu'il faut faire cesser.

Quelles que soient les critiques auxquelles cette théorie ait pu prêter au point de vue juridique [1], elle n'en obtint pas moins un plein succès. A la fin de l'an-

1. Sur ce point, voy. *Durand*, *op. cit*, p. 165.

cien régime tous les légistes reconnaissaient le droit du roi. Pothier n'hésite pas à attribuer l'aubaine à la couronne et Boutaric n'en fait même pas mention en énumérant les droits seigneuriaux attachés à l'exercice de la justice féodale.

La royauté venait de sortir victorieuse de sa lutte contre la féodalité, mais elle n'avait pas encore atteint complètement le but qu'elle se proposait.

Il était dans ses desseins d'établir partout une règle fixe et immuable à certains pays ainsi que nous l'avons dit ne reconnaissaient pas le droit d'aubaine. La royauté voulut le leur imposer, un fleuron de la couronne ne pouvait être tronqué. Ce fut peut-être la partie de sa tâche la plus difficile. Quand les officiers royaux se présentèrent dans les cités du midi ou dans les terres allodiades de l'Est où le droit d'aubaine n'avait pas pénétré, ces pays opposèrent une vive résistance. Là on invoqua une coutume contraire [1] dont l'origine se perdait dans la nuit des temps; ici des textes du droit romain, notamment l'authentique *omnes peregrini* qui, bien que tombée en désuétude, avait cependant reçu la sanction royale [2]. Il fallait que la souveraineté de la couronne fût reconnue; ce résul-

1. Laplanche dans son enthousiasme pour le fisc prétend que ces coutumes n'avaient trait qu'au droit d'aubaine *postiche et adultérin*, dont les seigneurs se dépouillaient par des traités de parcours et d'entrecours, mais qu'elles ne concernent en rien le véritable droit d'aubaine, celui qui appartient au roi et qui s'exerce partout.

2. Ci-dessus, p. 41.

tat fut atteint, sauf à tourner le principe en accordant de nombreuses exceptions.

Avec le triomphe de la royauté, nous voici arrivés à l'unité dans la législation du droit d'aubaine. La question s'est élargie. Tout Français peut librement circuler dans le royaume et s'établir où bon lui semble sans craindre que sa succession ne soit confisquée, s'il vient à mourir au cours de son voyage, ou dans sa nouvelle résidence. Cette incapacité n'atteint plus que les non regnicoles, ceux qui n'obéissent pas aux lois du roi de France. C'est à la diplomatie qui vient de naître qu'il appartiendra désormais d'adoucir le sort des étrangers. De grandes alliances se formeront soit pour la paix soit pour la guerre ; l'aubaine aura sa place marquée dans ces grands mouvements de la civilisation.

CHAPITRE IV

L'ANCIEN DROIT MONARCHIQUE

La royauté ayant ruiné l'autorité des seigneurs sur les étrangers, et y ayant substitué la sienne chercha à en retirer le même profit qu'en retiraient ses vassaux ; le droit d'aubaine loin de disparaître s'enracina au contraire plus profondément dans les mœurs et prit une vigueur qu'il n'avait pas eue jusqu'alors. C'est ainsi que l'exception reconnue en faveur de la noblesse pendant tout le moyen âge disparut à cette époque. Dupuy dans son « *Traité touchant les droits du Roy* » nous assure que, depuis le règne de Charles VIII, les nobles ont été soumis à la loi commune. L'assertion de cet auteur ne peut être mise en doute, car elle est corroborée par de nombreux témoignages. Toutes les fois que les rois de France ont voulu garantir un prince étranger du droit d'aubaine, ils ont toujours eu soin à partir du XVI^{e} siècle de lui

donner des lettres de naturalité[1]. Autrefois, sur les terres de franchise, il n'était pas interdit à l'aubain de disposer de ses biens par acte de dernière volonté ; son testament semble même avoir été vu avec faveur par la coutume de Touraine-Anjou[2]. Bien que le Parlement de Paris ait proclamé à plusieurs reprises pour l'aubain le droit de tester[3], ce droit lui fut enlevé ; « aubains ne peuvent tester », dit Loysel[4] ; jusqu'à cette période, l'aubain, bien qu'incapable de transmettre ses biens à ses héritiers, pouvait cependant succéder[5]. Puisqu'on refusait à ses parents le droit d'hériter, il parut logique de le traiter de la même manière ; de là, la règle formulée dans les Institutes de Loysel : « Aubains ne peuvent succéder[6]. » Cette aggravation doit dater de la fin du XV^e^ siècle ou des dernières années du XVI^e^ siècle. Les privilèges accordés aux marchands castillans, aux marchands italiens de Nîmes, aux étrangers d'Aigues-Mortes n'en font pas mention[7] ; au contraire les lettres de naturalité

1. Voir ci-dessous, p. 73.

2. Voir ci-dessus, p. 37.

3. Voyez *Coustumes des pays de Vermendois et ceux des envyrons*, édit. Beautemps-Beaupré, pp. 80, 81 (XV^e^ siècle) ; Picot, *Histoire des Etats généraux*, t. I, p. 469, 470. Dès le XIV^e^ siècle la faculté de tester a du être contestée à l'aubain puisque le roi concède ce droit à certains aubains. Viollet, *Histoire du droit*, p. 314.

4. Loysel, Inst. liv. I, tit., I, règle L (édition, Dupin et Laboulaye, p. 103.

5. Viollet, *Histoire du droit Français*, p. 314. Durand, *op. cit.* p. 165.

6. Loysel, Inst. liv. I, tit. I, règle L (édition Dupin et Laboulaye. p. 103.

7. Ord., t. IV, p. 670, 52, 430.

concédées en 1519 à Laurent de Médicis la supposent établie, puisqu'elles en exemptent formellement ce prince[1]. La cause de cette réaction doit être attribuée à l'influence du droit Romain qui, négligé pendant de longues années, avait repris faveur. Il est vrai que de tout temps, une grande partie de ses dispositions s'était maintenue en vigueur dans le midi de la France ; mais ce n'était plus là qu'une sorte de coutume tirée de cette législation, lui empruntant sans doute la plupart de ses décisions mais repoussant cependant les institutions qui ne cadraient plus avec les nécessités du moment. A raison des causes que nous avons eu l'occasion de signaler à plusieurs reprises dans le cours de notre travail, toutes les règles relatives à la condition des étrangers avaient disparu et c'est même dans ces pays qu'ils étaient traités le plus favorablement. Ce sont les légistes entrés dans les tribunaux à partir du XIV^e^ siècle qui, en substituant au droit Romain devenu la coutume de tout le midi le droit Romain plus scientifique qu'ils avaient étudié dans les ouvrages des glossateurs, firent passer dans la jurisprudence la distinction du *jus civile* et du *jus gentium*[2]. Il fut admis que pour connaître l'extension que devrait recevoir un texte de loi, il faudrait re-

1. Cette incapacité de succéder se combinait fort bien avec l'édit de Henri II du 10 août 1559, que nous trouvons dans le code portant le nom du prince, et qui interdisait le transport hors du royaume des matières d'or et d'argent.

2. Durand, *op. cit.* p. 168 et s. Demangeat, *op. cit*, p. 122 et s.

chercher le caractère que lui attribuait le droit Romain. Or, dans cette législation, ainsi que nous l'avons fait remarquer, tout ce qui touche aux successions dépend du *jus civile* [1] réservé aux seuls citoyens. Les étrangers se trouvaient donc en cette matière frappés d'une incapacité absolue.

Cette distinction entre les actes du droit civil et les actes du droit naturel, que les légistes introduisirent, pour ainsi dire, dans la jurisprudence française, n'était conforme ni aux traditions, ni aux besoins du siècle. Les dispositions de la loi romaine relatives aux pérégrins étaient manifestement inapplicables en France aux étrangers. Il y eut à cet égard dans la doctrine une singulière confusion. Les pérégrins, en effet, n'étaient pas des étrangers ; cette qualification était réservée aux peuples soumis à la domination de l'Empire, ou qui lui étaient rattachés par un lien juridique quelconque. Si l'on eût voulu rester fidèle à la tradition romaine, il aurait fallu refuser aux étrangers qui ne pouvaient invoquer un traité en leur faveur la jouissance de tous les droits, aussi bien des droits naturels que des droits civils [2].

Telle était l'autorité du droit romain à cette époque, que les meilleurs esprits acceptaient aveuglément les principes qu'ils y découvraient et surtout qu'ils croyaient y découvrir. Du jour où le droit d'aubaine

1. Voir ci-dessus, p. 11.
2. Voir ci-dessus, p. 14.

parut consacré par ses textes, il fut admis sans discussion. De Laurière [1] et Pothier [2] exposent la théorie de l'aubaine sans faire entendre la moindre protestation. Bacquet entreprend la glorification de cette prérogative qu'il range au nombre des plus beaux fleurons de la couronne de France. Domat lui-même, ce jurisconsulte philosophe, n'hésite pas à rapporter l'incapacité de l'étranger au droit naturel ; « car, dit-il [3], l'ordre naturel distingue la société des hommes en divers états, royaumes ou républiques et c'est une suite naturelle de cette distinction que chaque nation, chaque état règle, par ses lois propres, ce qu'il peut y avoir dans les successions qui dépende des lois arbitraires et qu'on distingue la condition des étrangers de celle des originaires ». De semblables justifications étaient bien faites pour répandre le trouble dans les esprits et pour jeter la défaveur sur les étrangers.

Après avoir exposé le développement historique des incapacités qui frappaient l'aubain, il est indispensable de se rendre compte de leur application pour comprendre les changements survenus dans le droit moderne. L'incapacité la plus grave consistait dans l'impossibilité où se trouvait l'aubain de transmettre, soit par succession, soit par testament, les biens qu'il possé-

1. De Laurière, *Glossaire du droit Français*, V° *Aubain*.
2. Pothier, *Œuvres*, Paris, 1860, t. VIII, p. 9, 25, 256 ; t. IX, pp. 19 et s.
3. Domat, *Des lois civiles* (édition de 1777, pp. 345, 513).

dait en France. Les aubains, disaient les anciens auteurs, en empruntant une formule du droit romain, « *vivunt ut liberi, moriuntur ut servi.* » Voici comment Bacquet résumait la législation sur ce point : « Toute personne native hors du royaume, demeurant ou bien passant par le royaume et décédant en icelui ou demeurant en France, décédant hors du royaume, ayant biens en icelui, n'ayant obtenu lettres de naturalité du roi, ne peut avoir autre succession et héritier que le roi de France[1]. » Le droit d'aubaine s'appliquait donc à tout étranger sans distinction, non seulement à celui qui s'était fixé en France, mais même au voyageur, à l'otage donné conformément aux traités, à l'étranger dont le pied n'avait jamais foulé le sol français, mais qui y possédait des biens. Ces règles avaient cependant soulevé quelques protestations. C'est ainsi que Choppin avait soutenu qu'il fallait exempter du droit d'aubaine l'étranger qui venait à mourir en France au cours d'un voyage sans y avoir établi son domicile, faisant remarquer que dans ce cas leurs biens ne se composaient pas d'espèces gagnées en France et qu'il était injuste, dès lors, de dépouiller leurs héritiers[2]. Papon[3] invoquant les mêmes raisons déclarait que, dans le cas où un étranger possédait des biens dans le royaume sans y demeurer le droit

1. Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, 1re partie, ch. XIII.
2. Choppin, *Traité du domaine de la couronne*, liv. I, chap. XI, n° 26.
3. Papon, liv. VI, chap. des lettres de naturalité.

d'aubaine ne devait pas recevoir son application. Mais ni la doctrine, ni la jurisprudence n'avaient admis ces exceptions, et une fois le principe du droit d'aubaine admis, il nous semble que c'est avec raison. Remarquons d'abord qu'il eût été injuste d'accorder à l'étranger qui possède des biens en France, mais qui n'y habite pas, un privilège que l'on refuse à celui qui supporte les charges que lui impose l'Etat. En outre, le droit d'aubaine est un statut réel au suprême degré [1]; il s'exerce sur les biens de l'étranger par cela seul qu'ils se trouvent sur le territoire français; car ces biens sont, si nous pouvons parler ainsi, frappés d'une incapacité réelle.

La seule exception universellement admise était celle relative aux enfants légitimes nés dans le royaume et qui y demeuraient. « L'étranger mort en France, dit l'extrait des comptes [2], ne peut avoir héritiers que de son corps procrées en loyal mariage en France. » Loysel dans ses institutes [3] s'exprime aussi explicitement et Papon dans son recueil [4] cite en ce sens une foule d'arrêts. Il est à remarquer pourtant que quelques coutumes n'avaient pas adopté ce tempérament. L'article 6 de la coutume de Melun portait : Les biens des aubains appartiennent au roi, encore qu'ils eussent enfants ou

1. De Savigny, *Traité du droit romain*, t. VII, p. 375.
2. Extrait des comptes rapporté par Bacquet.
3. Loysel, Inst., liv. I, tit, I, règle LII (édition Dupin et Laboulaye, p. 103).
4. Papon, liv. VI, ch. des lettres de naturalité.

proches parents sinon qu'ils aient lettres de naturalité [1]. » La coutume de Châlons dans son article 14 consacrait une règle analogue : « Les successions des aubains décédés ès-justice des hauts justiciers soit qu'ils aient hoirs de leurs corps en légitime mariage ou non appartiennent au roi [2]. » Ces dispositions sont le souvenir d'un passé sévère, de l'époque ancienne où l'aubain réduit à l'état de serf ne pouvait transmettre sa succession même à ses enfants. Mais c'étaient là heureusement de rares exceptions et il était généralement admis que la présence d'enfants regnicoles faisait obstacle au droit du roi. Si le *de cujus* laissait tout à la fois des enfants regnicoles et des enfants étrangers, ils étaient tous appelés concurremment à la succession. Les auteurs justifiaient ainsi cette faveur : le fisc est désintéressé dans le débat puisque la présence d'un seul enfant né dans le royaume fait obstacle à son droit ; que lui importe que cet enfant soit obligé de partager avec ses frères et sœurs qui n'appartiennent pas à la même nationalité que lui [3]. Il faut bien reconnaître qu'il y avait là un privilège exceptionnel accordé aux enfants étrangers car nous verrons que l'incapacité du successible l'empêchait de recueillir. La coutume de Sens admettait une exception beaucoup plus étendue : elle décidait dans son ar-

1. Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, t. III, p. 435.
2. Bourdot de Richebourg, *op. cit.* t. II, p. 476.
3. Bacquet, t. IV, ch. 32, n° 6; Lebrun, *Des successions*, liv. I, chap. 2, sect. 4, n° 14 ; Pothier, *Traité des personnes*, tit. II, sect. 2.

ticle 90 [1] que les présents regnicoles seraient appelés à recueillir la succession de l'aubain de préférence au roi. Mais cette règle était purement locale ; elle ne considérait en effet que la capacité des successibles sans s'attacher à la capacité du *de cujus*.

L'aubain qui ne pouvait transmettre les biens qu'il laissait sur le territoire Français à ses parents même regnicoles à moins qu'ils ne fussent au nombre de ses descendants etait incapable lui-même de recueillir une succession à laquelle il était appelé [2]. *Peregrini sive alienigenæ in regno Franciæ non succedunt* dit Alciat. L'incapacité de succéder était même plus rigoureuse que l'incapacité de transmettre, car elle ne comportait aucune exception. C'est ainsi que contrairement aux principes de réciprocité généralement admis en matière successorale, les parents aubains ne succèdaient pas à leurs enfants regnicoles [3]. Cette incapacité était même si exactement observée qu'elle empêchait le mari ou la femme survivant dans le cas du prédécès de l'un d'eux sans héritier de faire valoir les droits de succession qui leur appartenaient ; le titre *unde vir et uxor* que la jurisprudence avait adoptée cessait de recevoir son application dans cette hypothèse [4].

1. Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier général*, t. III, p. 489.
2. Bacquet, *op. cit.* 4, ch. XXXIII.
3. Merlin, *Répertoire*, V° Aubaine, n° 10, p. 132.
4. Choppin, *Traité du domaine*, liv. I, ch. XII, n° 9. Louet, *Recueil d'arrêts notables*, Lett. V, Somm. XIII, n° 1.

Ainsi à l'époque royale l'aubain est frappé de deux incapacités bien distinctes : il ne peut transmettre ses biens à cause de mort ; il ne peut succéder. La première de ces incapacités constitue seule à proprement parler le droit d'aubaine. Cependant cette expression, il faut le remarquer, est loin d'avoir un sens rigoureusement précis : nos anciens auteurs l'employaient fréquemment pour désigner aussi l'incapacité de succéder et l'étendaient même à toutes les incapacités qui frappaient les étrangers en France en dehors de la matière des successions. Mais si une confusion s'était produite dans les expressions les choses restaient séparées et les résultats étaient loin d'être les mêmes [1]. S'agissait-il de la succession laissée en France par un aubain? Le roi s'en emparait à l'exclusion de tous autres, les légistes ayant réussi à faire admettre que le droit d'aubaine était un droit régulier. S'agissait-il au contraire de la succession d'un regnicole, à laquelle étaient appelés des parents étrangers? L'extranéité des héritiers les plus proches faisait ouvrir la vocation des héritiers plus éloignés, et si tous se trouvaient étrangers, c'était le seigneur haut-justicier qui était appelé à recueillir les biens en vertu de son droit de déshérence [2].

Nous venons d'indiquer les incapacités qui dans l'ancien droit monarchique atteignaient les étrangers ;

1. Merlin, *Répertoire*, V° aubaine.

2. Denisart et Merlin *op.* et *loc. cit.*

il nous reste maintenant à indiquer quelles personnes se trouvaient rangées dans cette catégorie. Le *jus soli*, conséquence de la féodalité, a régné en France pendant tout l'ancien régime. Bacquet enseignait que « les vrais et naturels Français sont ceux qui sont naiz dedans le royaume, pais, terres et seigneuries de la nation, domination et obéissance du Roy [1] ». Au temps de Domat [2] et de Pothier la même théorie était toujours en vigueur. « On ne considère pas, dit ce dernier, si ceux qui naissent en France sont nés de parents Français ou de parents étrangers, si les étrangers sont domiciliés dans le royaume ou s'ils n'y sont que passagers. La seule naissance dans le royaume donne les droits de naturalité indépendamment de l'origine des père et mère et de leur demeure » [3]. Par réciprocité nos anciens auteurs avaient reconnu la nationalité étrangère à tout individu né hors de France même de parents Français. « Nous tenons en France, dit Bacquet [4], que tout homme qui n'est né dedans le Royaume, pais, terres et seigneuries de l'obéissance du roy de France, est appelé aubain ou estranger soit qu'il fasse résidence continuelle au royaume, soit qu'il y demeure pour certain temps seulement, soit qu'il soit simple viateur et passager. »

1. Bacquet, *op. cit.* I, ch. I, n° 2.
2. Domat, *Droit public,* liv. I, tit. 6, sect. 4, n° 5.
3. Pothier, *Traité des personnes,* part. 1re, tit 2, sect. 1, n° 45.
4. Bacquet, *op. cit.*, I, ch. 2, n° 1.

Si la doctrine du *jus soli* avait rendu au fils de l'étranger le service de l'affranchir des incapacités auxquelles l'aurait exposé la nationalité de ses parents, elle produisait des résultats désastreux à l'égard des enfants des Français nés hors des frontières : ils se trouvaient étrangers et ne pouvaient succéder à leurs auteurs. Ces conséquences, formellement consacrées dans l'extrait des comptes que rapporte Bacquet, étaient d'une injustice particulière lorsqu'il s'agissait d'un enfant né au cours d'un voyage ou d'une absence commandée parfois par d'impérieuses circonstances.

Cette doctrine était trop rigoureuse pour que des tempéraments n'y fussent pas apportés. Un essai de conciliation se produisit entre le *jus soli* et le *jus sanguinis*. Le premier, d'abord absolu, céda devant le second et les jurisconsultes tenant compte de la nationalité du père admirent à succéder l'enfant né à l'étranger d'un père français [1].

Le principe féodal qui faisait de l'homme un accessoire de labeur était entendu avec une telle rigueur que le Français qui, selon l'expression de Loysel, « s'était estrangé hors de France [2] », risquait de compromettre les droits successoraux qu'il pouvait avoir à prétendre. Par la suite des temps il se produisit

1. Pothier, *op. cit*, part. I, tit. 2, sect. 1re, nos 43 et 46.

2. Loysel, Inst. liv. I, tit. I, Règle XLIX (édition Dupin et Laboulaye, p. 99).

certaines modifications dans la jurisprudence. Il était reconnu sans difficulté que le Français qui avait établi à l'étranger son principal établissement ne pouvait succéder. Il y avait à cet égard une raison décisive : c'était le fameux édit de Henri IV, aux termes duquel il était défendu à toute personne de transporter hors de France de l'or et de l'argent, et qui pour prévenir cette exportation avait interdit de succéder à toute personne ne résidant pas dans le pays. Si un Français se trouvait dans ce cas, la succession à laquelle il était appelé passait à ceux auxquels sa présence faisait obstacle. Il y avait incapacité et non indignité. Le roi aurait donc réclamé à tort ces successions qui ne devaient pas lui revenir. Il les réclama cependant dans l'affaire du sieur Denormandie, mais le Parlement fit justice des prétentions du procureur général dans son arrêt du 26 septembre 1554[1]. En ce qui concerne l'incapacité de transmettre ce fut une question controversée que celle de savoir s'il fallait l'étendre au Français qui s'était établi hors de France, jusqu'au jour où des ordonnances royales vinrent la trancher définitivement en prohibant l'émigration sous les peines les plus rigoureuses[2].

Quelle était la procédure suivie lorsqu'un étranger venait à mourir en France et que sa succession devait

1. Bacquet, *op. cit.*, 5, XXXVIII, n° 5.
2. Merlin, *Répertoire* V° Emigration.

appartenir au roi par droit d'aubaine ? Le procureur du roi faisait opérer une saisie sur tous les biens, suivait une enquête sommaire pour constater la naissance de l'étranger ; puis sur les réquisitions du ministère public la succession était adjugée au roi. Les procureurs du roi avaient mis un zèle ardent à faire reconnaître les droits de la couronne ; déjà en 1483 les Etats Généraux de Tours s'étaient plaints de ce qu'ils entraient en possession des successions sous prétexte d'extranéité sans enquête suffisante. Une fois l'envoi en possession obtenu, le prix du mobilier inventorié ainsi que l'argent trouvé dans la succession étaient versés entre les mains du receveur ordinaire des biens et l'administration lui en était confiée [1].

Il arrivait souvent que le roi faisait don du produit de l'aubaine à ses officiers ou à ses courtisans. Le brevet portait « qu'il donnait tous les biens meubles on immeubles ayant appartenu à... échus et avenus à Sa Majesté par droit d'aubaine, batardise, ou autrement pour en jouir conformément à l'édit du mois d'août 1669 relatif aux domaines [2]. » D'après une ordonnance de Charles VIII du 24 juin 1492, ces titres devaient être vérifiés en la Chambre des comptes si le don dépassait 100 livres parisis et dans le cas contraire par Messieurs du trésor. L'article 304 de l'ordonnance de Blois exigea pour les dons excédant 1000 écus le

1. Bacquet, *op. cit.*, t. IV, ch. 36.

2. *Dictionnaire civ. et can. de droit*, V° *Aubaine.*

double contrôle de la Chambre des comptes et de la Trésorerie.

Telles furent pendant l'ancien régime les règles suivies à l'égard des étrangers en matière successorale. Si le droit d'aubaine était en théorie d'une rigueur excessive, de nombreux tempéraments en avaient adouci la pratique. Au fur et à mesure que les communications entre les divers peuples devenaient plus rapides et les déplacements plus fréquents, de nouvelles exemptions étaient consacrées en faveur de nombreuses catégories de personnes. Cette institution loin de constituer la règle générale devenait l'exception. Rien de plus curieux que la marche suivie à cet égard. Le principe subsiste toujours, mais il est tourné indirectement; les étrangers demeurent toujours incapables de transmettre leurs biens à cause de mort et de succéder à moins qu'il n'existe un privilège en leur faveur; mais les privilèges deviennent de plus en plus nombreux. C'est ainsi que procédaient les jurisconsultes romains; ils respectaient toujours les anciens principes sauf à éluder les conséquences qui n'étaient plus en rapport avec les nécessités du moment.

Les nombreuses exemptions accordées aux étrangers peuvent être divisées en quatre groupes :

1° Privilèges individuels;

2° Exemptions collectives résultant de causes spéciales tenant à la qualité des aubains;

3° Exemptions résultant de la résidence sur le territoire de certaines villes et de certaines provinces ;

4° Exemptions résultant des traités conclus par la France avec les puissances étrangères.

1° Privilèges individuels.

Il était bien naturel que l'aubain qui avait en France une situation et une famille se préoccupât d'échapper à la situation rigoureuse qui lui était faite. Pour se soustraire aux incapacités dont il était frappé, il se trouvait donc poussé à demander au pouvoir un meilleur sort. C'est ce qu'il fit ; de là l'usage de la naturalisation, ou plutôt, pour employer les expressions usitées par les praticiens, des lettres de naturalité qui devaient jouer un si grand rôle dans notre ancienne jurisprudence.

Les premières lettres de naturalité que nous connaissions remontent au commencement du XIV[e] siècle : ce sont celles qui furent accordées à un Génois en janvier 1307 [1]. A l'origine l'expression technique de lettres de naturalité n'existe pas ; une périphrase plus longue et qui ne paraît pas avoir toujours été uniforme désigne les actes de cette nature. Aucune formule n'est encore consacrée : les termes varient suivant les diverses hypothèses qui se présentent; le but pour-

1. Recueil, Isambert, t. XVI, p. 783.

suivi par l'impétrant est le seul guide. Cependant, à travers la diversité de rédaction, deux traits généraux se retrouvent toujours : 1° il est dit que l'aubain auquel cette faveur est concédée sera assimilé aux nationaux; 2° l'aubain est qualifié de bourgeois de telle ou telle ville.

Ainsi à l'origine la naturalisation présente comme toutes les institutions du moyen âge un caractère essentiellement local. A cette époque où le lien social ne s'étendait guère au delà des personnes qui vivaient groupées dans le même centre, où les droits de chaque individu variaient avec le lieu de sa résidence, il était tout naturel qu'un aubain cherchât à se faire admettre dans la bourgeoisie d'une ville quelconque : ce qui lui permettait d'acquérir indirectement la qualité de regnicole.

Peu à peu une transformation s'opère. La naturalisation au véritable sens du mot tend à se dégager; dès le milieu du XVI[e] siècle, elle commence en effet à s'opérer d'une manière abstraite. L'aubain n'est plus qualifié de Bourgeois de telle ou telle ville : il devient simplement Bourgeois du roi. La force de l'habitude, et le respect de la tradition font encore qu'on lui attribue un lien d'attache avec un point de territoire; mais ce n'est plus là qu'une pure formalité. En veut-on une preuve ? Il arrive souvent que l'aubain est désigné comme bourgeois de plusieurs villes; or les titres qui lui sont donnés s'excluent et s'annulent réciproque-

ment. C'est ainsi qu'un certain Ambreton Grimal est déclaré « avec ses enfants nez et à nestre de loyal mariage noz bourgeois de la ville de Paris, de Montpeslier et de tout nostre royaume[1]. » La chancellerie en arrive même à abandonner ces qualifications surannées et à relever simplement l'impétrant du vice de pérégrinité, en déclarant dans les lettres qu'elle lui concède que « pour ceste cause il ne doie, ne puisse jamais estre reputez pour aubain, espave ou estrange de nostre royaume[2] ». Dès ce moment la naturalisation est véritablement constituée.

En ce qui concerne les conditions requises pour obtenir la naturalisation il n'existait aucune règle absolue. Au premier abord il semble que l'obligation de fixer son domicile en France devait être imposée à l'impétrant. Qu'il en fût ainsi dans la plupart des cas, c'est un point qui ne paraît pas douteux. Une ordonnance de Louis XII de 1498 décide même, que l'aubain naturalisé doit résider sur le territoire Français, s'il ne veut perdre le bénéfice de la faveur qui lui a été concédée. Malgré les termes de l'ordonnance, cette obligation ne constitua pas une condition *sine qua non* et l'on vit à fréquentes reprises des princes étrangers qui n'avaient aucune velléité de se fixer en France obtenir des let-

1. *Archives nationales*, J. J. 73, fol. 48 *verso*. — C. F. J. J.72, fol. 394 *recto*.

2. *Archives nationales*, J. J. 74, fol. 125 *verso*. — C. F. 74, fol. 184 *recto*.

qui variait suivant la fortune de l'aubain naturalisé et qui était destinée à indemniser le roi de la perte de son droit d'aubaine [1]. Elles devaient être enregistrées au Parlement en la Chambre des comptes et en la Chambre des domaines; plus tard même on les soumit à la formalité de l'insinuation au greffe du domicile de l'aubain et de la situation des biens [2]; mais le Parlement décida par un arrêt du 18 mars 1747 que cette dernière formalité n'était pas prescrite à peine de nullité [3].

L'effet des lettres de naturalité était de conférer à l'aubain, qui les avait obtenues la jouissance de tous les droits civils reconnus aux nationaux. « Par le moyen des lettres de naturalité, dit Bacquet, les estrangers sont mis au rang de ceux qui sont naiz en France. » Ils pouvaient donc transmettre leur succession en pleine liberté, à condition toutefois que leurs héritiers fussent eux-mêmes capables de recueillir, c'est-à-dire qu'ils fussent tout à la fois nés et résidant en France ou qu'ils aient obtenu à leur tour des lettres de naturalité. C'est ce qui résultait de la clause : *proviso quod hæredes impetrantis sint regnicolæ*, qui se retrouve à peu près dans tous les actes de cette nature.

Lorsqu'un étranger venait à mourir *intestat* et sans parent à qui devaient revenir ses biens ? Fallait-il dire qu'il y avait déshérence et les attribuer à ce titre au

1. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, V° Aubaine, n° 19.

2. Édit de décembre 1703; déclaration du 20 mars 1708, art. 10 du tarif du 21 septembre 1722.

3. Denisart, *op.* et *loc. cit.*; Bacquet, liv. III, ch. XXIII, n° 6.

firent entendre des protestations et demandèrent qu'il ne fût possible aux étrangers de devenir Français qu'en présentant certaines garanties, au premier rang desquelles ils plaçaient un séjour de dix ans dans le royaume[1]. De longtemps cependant aucune modification ne fut apportée à l'état de choses existant : c'était le roi qui, en vertu de la puissance souveraine dont il était investi, se réservait le droit d'effacer nommément en faveur de tel étranger le vice de pérégrinité et de l'assimiler aux nationaux quand tel était son bon plaisir. L'usage de naturaliser des étrangers non résidants ne paraît avoir pris fin qu'en 1720[2].

Il existait également une autre condition à laquelle devait satisfaire les candidats à la naturalisation : les étrangers catholiques, ainsi que nous le montre l'ancien formulaire des lettres de naturalité, pouvaient seuls profiter de cette faveur. Toutefois cette condition à la différence de la première ne devint jamais de rigueur : le financier Law, le maréchal de Saxe, le banquier Genevois Necker et plusieurs autres étrangers de distinction avaient facilement obtenu des dispenses, bien qu'ils appartinssent à la religion protestante.

Les lettres de naturalité étaient délivrées en grande Chancellerie ; elles devaient être vérifiées à la Chambre des comptes, moyennant le paiement d'une somme

1. Picot, *Histoire des Etats Généraux*, t. II, pp. 538, 539.

2. Voyez le texte de l'ord. de 1720 dans Bacquet, *op. cit.* p. 73.

qui variait suivant la fortune de l'aubain naturalisé et qui était destinée à indemniser le roi de la perte de son droit d'aubaine[1]. Elles devaient être enregistrées au Parlement en la Chambre des comptes et en la Chambre des domaines; plus tard même on les soumit à la formalité de l'insinuation au greffe du domicile de l'aubain et de la situation des biens[2]; mais le Parlement décida par un arrêt du 18 mars 1747 que cette dernière formalité n'était pas prescrite à peine de nullité[3].

L'effet des lettres de naturalité était de conférer à l'aubain, qui les avait obtenues la jouissance de tous les droits civils reconnus aux nationaux. « Par le moyen des lettres de naturalité, dit Bacquet, les estrangers sont mis au rang de ceux qui sont naiz en France. » Ils pouvaient donc transmettre leur succession en pleine liberté, à condition toutefois que leurs héritiers fussent eux-mêmes capables de recueillir, c'est-à-dire qu'ils fussent tout à la fois nés et résidant en France ou qu'ils aient obtenu à leur tour des lettres de naturalité. C'est ce qui résultait de la clause : *proviso quod hæredes impetrantis sint regnicolæ*, qui se retrouve à peu près dans tous les actes de cette nature.

Lorsqu'un étranger venait à mourir *intestat* et sans parent à qui devaient revenir ses biens ? Fallait-il dire qu'il y avait déshérence et les attribuer à ce titre au

1. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, V° Aubaine, n° 19.

2. Édit de décembre 1703; déclaration du 20 mars 1708, art. 10 du tarif du 21 septembre 1722.

3. Denisart, *op.* et *loc. cit.*; Bacquet, liv. III, ch. XXIII, n° 6.

seigneur haut-justicier? Le roi n'avait-il pas, au contraire, le droit de s'en emparer? La question s'était posée à l'occasion de la succession de Thomas Grossier, chanoine de l'abbaye de Cléry. Le chapitre réclamait les biens du *de cujus* en vertu de son droit de haute justice; l'argument qu'il produisait à l'appui de ses prétentions consistait à dire que, le vice de péégrinité ayant été effacé par les lettres de naturalité, la succession de l'aubain auquel elles avaient été accordées devait être traitée comme celle de tous les autres Français. La cour n'admit pas cette manière de voir et donna gain de cause au procureur général qui soutenait les droits du roi. C'est également la même solution qui fut donnée à propos de la succession d'un Navarrais Jean Brocard, et Bacquet nous déclare que de son temps « on tient pour certain que le roy seul succède à l'étranger naturalisé décédé sans héritiers regnicoles privativement à tous seigneurs hauts-justiciers du royaume ». En effet, disaient les jurisconsultes, « *privilegium, a principe concessum, in prejudicium concedentis non retorquetur.* » Ils ajoutaient en outre avec raison que la clause : *proviso quod hæredes impetrantis sint regnicolæ*, les annulait pour le cas où il n'y avait pas d'héritiers[1].

C'était un point controversé que celui de savoir

1. Bacquet, *op. cit.*, IV, ch. XXXV. L'Hommeau *Maximes*, liv. I, n° 16. Bouhier, *Commentaire sur la Coutume de Bourgogne*, ch. LVII, n° 39; t, II, p. 231. Pothier, *Traité des personnes*, tit. II, sect. III.

quand on pouvait dire qu'il n'y avait pas d'héritiers. Quelques auteurs avaient voulu entendre la clause : *proviso quod hæredes impetrantis sint regnicolæ*, en ce sens que, si les plus proches héritiers venaient à faire défaut, le roi avait le droit de s'emparer des biens que laissait l'aubain naturalisé au détriment des héritiers d'un degré plus éloigné, « *scilicet qui jure hæredes esse debent, quique proximiore gradu defunctum attingunt, sint regnicolæ, id est sint nati in regno et maneant in regno : tanquam hæredis nomen simpliciter prolatum, de proximo intelligatur, et non de ulterioribus* ». « Toutefois, dit Bacquet, il semble que cette interprétation comme plus subtile qu'équitable ne doit être admise. » La concession royale devait s'étendre à tous les parents à quelque degré qu'ils fussent, même si les plus proches étaient incapables de succéder à raison de leur extranéité. C'est ce que décidait formellement la coutume de Sens ; c'est également la solution qui avait été adoptée par la Chambre du trésor à propos de la succession de maître Nicolas Voillot, docteur en théologie, principal du collège de la Marche [1].

L'étranger naturalisé qui se trouvait capable de transmettre sa succession à ses héritiers naturels pouvait aussi librement succéder en France. Bacquet constate que les lettres de naturalité lui permettent « de succéder à ses parents nais et demeurans au royaume lesquels ne le peuvent denier à parent comme l'effet

1. Bacquet, *op. cit.*, 3, XXXVIII, n° 5.

de pérégrinité estant effacé et aboli par le moyen des lettres de naturalité par lui obtenues par lesquelles il est faict comme originaire de France. Et tout ainsi que les parents nais et demeurans en France peuvent succéder à étranger naturalisé, aussi est-il raisonnable qu'étranger étant naturalisé et faict comme originaire de France leur succède [1]. »

De même que le Français qui s'expatriait, et même à plus forte raison, l'aubain naturalisé qui allait se fixer en dehors des frontières du royaume perdait « le bénéfice, bienfait et privilège qu'il avait eu du Roy et est censé vrai étranger ». Revenait-il en France, il devait se faire naturaliser, sous peine de tomber de nouveau sous toutes les incapacités qui frappaient les étrangers. Ces principes étaient en général entendus avec certains tempéraments. Si l'aubain naturalisé quittait momentanément le territoire français pour aller trafiquer ou régler ses affaires à l'étranger tout en conservant l'espri du retour, il ne perdait pas le bénéfice de la faveur qui lui avait été octroyée. Cependant Bacquet lui conseille de demander de nouvelles lettres afin d'éviter toute difficulté.

Les lettres de naturalité étaient essentiellement personnelles; elles ne pouvaient améliorer la position que de ceux auxquels elles avaient été concédées.

Les lettres de naturalité créant une situation nouvelle ne produisaient leurs effets que dans l'avenir;

1. Bacquet, *op. cit.*, III, ch. 23.

c'est ce qui résulte formellement des déclarations du 17 septembre 1582 et du 22 juillet 1697 [1].

A côté des lettres de naturalité, l'ancien droit nous présente des lettres de déclaration de naturalité. Elles étaient accordées à certains aubains privilégiés, à ceux qui étaient originaires des pays à l'égard desquels la France avait conservé quelques prétentions d'allégeance. Nous nous bornerons à citer l'exemple du duché de Milan, célèbre par nos conquêtes et malheureusement aussi par nos défaites. Alors même qu'il ne leur restait plus un pouce de terrain en Italie, les rois de France continuaient à s'en considérer comme les véritables souverains; leurs prétentions étaient soutenues par les légistes qui, pour en établir la légitimité, se fondaient sur le contrat de mariage de Valentine de Milan avec Louis, duc d'Orléans, aux termes duquel le duché de Milan devait revenir à la France en cas d'extinction de la race ducale, extinction qui avait eu lieu avec Philippe-Marie mort sans héritiers. En présence de cet état de choses, comment traiter les Milanais? Les traiter en étrangers, c'était pour ainsi dire renoncer aux prétentions qui, par la suite, pouvaient être élevées sur ces pays; d'autre part, les traiter comme Français, c'était porter atteinte aux droits du fisc en diminuant d'autant les revenus que produisait l'aubaine. Bacquet trouva une conciliation ingénieuse.

1. *Anciennes lois Françaises* (recueil Isambert), t. XIV, p. 547; t. XX, p. 296; Bacquet, *op. cit.*, I, ch. VI, n°s 5-7.

« Ces personnes, dit-il, ne sont pas réellement étrangères, car elles ne sont pas nées en pays étranger, mais pour les punir de ne pas obéir au roi de France, il est juste et on fait très-bien de les réputer aubains et de les traiter en conséquence. » Seulement s'ils demandent à se soumettre aux lois du royaume de France, ils obtiendront des lettres qui ne feront que les réintégrer dans un état qu'ils n'ont perdu que par leur faute[1].

De semblables lettres pouvaient également être obtenues par les Français qui, à la suite d'une longue absence, étaient considérés comme ayant abdiqué leur nationalité, ainsi que nous l'avons dit, et qui plus tard revenaient se fixer dans leur pays natal.

Deux différences importantes séparaient les lettres de déclaration de naturalité des lettres de naturalité : 1° elles s'étendaient à la famille de celui qui les obtenait ; 2° comme elles marquaient en quelque sorte la considération d'un état extérieur, elles produisaient un effet rétroactif[2].

2° Exemptions collectives résultant de causes spéciales tenant à la qualité des aubains.

Commerce. — Les premières exemptions du droit d'aubaine sans naturalisation furent accordées en fa-

1. Bacquet, *op. cit.*, 1re partie. Ch. IX, nos 33 et s.

2. Arrêt de la Grand'Chambre du Parlement du 19 mai 1654 ; Bacquet, *op. cit.*, I, ch. 10 ; D'Aguesseau, 32e plaidoyer ; De Folleville, p. 44 ; Aubry et Rau t. I, p. 261 note 17 ; Voy. toutefois Alauzet, *op. cit.*, nos 64 et 83 ; Durand, *op. cit.*, p. 273, note 1.

veur du commerce qui, suivant les expressions de Laplanche, est « l'âme et l'aliment de l'État, l'âme parce qu'il en fait mouvoir les diverses parties, l'aliment parce que c'est la source dont il tire sa force, sa subsistance, son accroissement[1] ».

A l'origine, les étrangers qui venaient en France pour y trafiquer étaient traités de la même manière que tous les autres étrangers : il n'existait en leur faveur aucun privilège. Mais à mesure que le commerce se développa, on comprit qu'il y avait pour la France un immense intérêt à attirer dans ses principaux marchés le plus grand nombre possible de commerçants, afin de faciliter et d'augmenter les transactions. Le droit d'aubaine était un obstacle sérieux : les étrangers, désireux de venir en France écouler leurs marchandises, ou en acheter les produits, reculaient devant la main-mise dont leur succession était frappée au détriment de leurs héritiers naturels, s'ils venaient à mourir au cours de leur voyage. Pour les attirer, il suffisait de leur ôter toute crainte à cet égard ; c'est ce que firent diverses ordonnances royales qui, d'abord restreintes, furent ensuite singulièrement étendues.

Des privilèges très anciens, et dont la date nous est inconnue, décidaient que les biens des marchands qui se rendaient aux célèbres foires de Champagne passeraient à leurs héritiers s'ils venaient à mourir au cours de leur voyage ; le roi ne succédait plus qu'en

1. Lefèvre de Laplanche, ch. IV.

cas de déshérence. C'est ce qui est clairement exprimé dans le texte rapporté par Ducange et qui est ainsi conçu : « Toutes matières d'aubains, d'outremontains qui sont marchans des foires se ils muirent dans le cours de la foire *sans hoirs de leurs* l'avoir est acquis au roy [1] ». Notre vieux jurisconsulte Bouteillier fait aussi mention de ce privilège [2].

Lorsque Charles VII accorda à la Ville de Lyon en 1443 le privilège de trois foires franches, il déclara les établir sur les modèles des foires de Champagne qui n'existaient plus [3]. Louis XI ajouta une quatrième foire par des lettres patentes de 1462 ; l'article 9 de ces lettres disposait formellement que les marchands étrangers pourraient tester et disposer de leurs biens ainsi qu'ils l'entendraient et que s'ils venaient à mourir intestats, leurs biens seraient dévolus à leurs parents qui seraient déclarés héritiers par les statuts ou les coutumes de leur pays d'origine malgré tous les édits ou les ordonnances contraires. Ce privilège fut de nouveau confirmé par de nouvelles lettres patentes de Charles IX du 27 août 1569 [4].

Concentré à l'origine dans les foires, le commerce s'était étendu à tout le royaume ; il en résulta de nouvelles exemptions. Dès 1364 Charles V avait affranchi

1. Ducange, V° *Albani*.
2. Bouteillier, *Somme rurale*, liv. I, tit. 25.
3. Merlin, *Répertoire*, v° *Aubaine*, VI, n° 1, p. 132.
4. Merlin, *op.* et *loc. cit.*

du droit d'aubaine les marchands venus de Castille [1]. Louis XI, servi par un merveilleux esprit politique, ne tarda pas à étendre les exemptions en 1461 en faveur des marchands originaires du Brabant, de la Flandre, de la Hollande, de la Zélande; en 1464, en faveur des marchands originaires de la Hanse Teutonique. Ces divers privilèges furent confirmés par une déclaration d'Henri II, du 20 février 1552, et accordés par Henri III aux marchands Ecossais, en 1554. Enfin ce dernier roi généralisant toutes ces exemptions affranchit, le 15 juin 1579, tous les négociants étrangers du droit d'aubaine [2].

Les exemptions, que nous venons de signaler, n'avaient d'autre but que de faciliter le commerce. En conséquence, la jurisprudence décida toujours qu'elles ne s'étendaient point aux héritages et aux rentes déclarées immeubles, mais qu'elles avaient seulement trait aux deniers, cédules, et biens meubles quelconques [3].

Industrie, agriculture. — L'industrie et l'agriculture furent aussi aux yeux de la royauté des titres qui méritaient des privilèges analogues. Henri IV, créant, par son édit de janvier 1607, des manufactures de tapisserie de Flandre à Paris, et dans d'autres villes du royaume, anoblit les directeurs et leur postérité et dé-

1. Ord. pour les marchands Castillans, art. 15 dans *Ord.* t. IV, p. 430.
2. Merlin, *op.* et *loc. cit.*
3. Bœrius 13e décision; Bacquet, *op. cit.* ch. 14; Argou, liv. I, ch. XI; Denisart, *op. cit.*, V° *Aubaine*, p. 593.

clara naturels et regnicoles les étrangers qui viendraient travailler à ces manufactures, sans les obliger à prendre des lettres de naturalité et à payer finance; ces privilèges furent confirmés par Louis XIII en 1625 et par Louis XIV en 1643 [1]. En novembre 1667, un édit portant établissement d'une manufacture royale en l'hôtel des Gobelins déclara qu'on devrait tenir pour « vrais et naturels sujets » tous ceux qui y auraient travaillé pendant dix ans [2]. D'après un arrêt du conseil de 1722, relatif à la manufacture de Beauvais, on réputait également regnicoles et naturels Français après dix ans de travail les ouvriers étrangers qui y étaient employés, pourvu qu'ils fussent catholiques [3].

Les mêmes avantages avaient été reconnus aux ouvriers travaillant dans les manufactures de glaces et de cristaux après huit ans de service, ainsi qu'aux ouvriers en soie [4].

On avait également exempté du droit d'aubaine les étrangers employés au défrichement des terres [5], au desséchement des marais [6], aux travaux des mines [7].

Service militaire. — Le service militaire fit encore créer une nouvelle catégorie d'exemptions. Du jour

1. Sur tous ces points, Voy. Merlin, *op.* et *loc. cit.*, p. 131 et 133.
2. Voyez le texte de l'ordonnance dans Denisart, *op. cit.*, p. 591.
3. Merlin, *op.* et *loc. cit.*
4. Merlin, *op.* et *loc. cit.*
5. Denisart, *op. cit.*, V° *Défrichement.*
6. Fontanon, liv. II, ch. 3.
7. Lefèvre de Laplanche, *Traité du domaine*, liv. 6, ch. 4, à la fin aux notes.

où les milices régulières eurent été substituées aux vieilles troupes féodales, la royauté dut se préoccuper de remplir les ordres qui lui étaient nécessaires ; pour cela elle fit appel aux mercenaires étrangers qui, moyennant finances, se mirent à son service : il était bien naturel de les affranchir de toute incapacité. Un édit d'avril 1687 porte que les pilotes, maîtres, contre-maîtres, canonniers, charpentiers, calfats et autres officiers, mariniers, matelots et autres gens de mer qui s'établiront dans le royaume seront réputés regnicoles après avoir servi cinq ans à compter du jour de leur enrôlement [1]. Une ordonnance de François Ier du 13 février 1554 avait déjà affranchi du droit d'aubaine tous les militaires indistinctement. Cette loi qui n'avait pas été régulièrement enregistrée souleva de vives difficultés dans la pratique [2]. Louis XV pour faire cesser toute discussion déclara par une ordonnance du 30 novembre 1715 que tous les officiers et soldats qui auraient servi dans les armées seraient exempts du droit d'aubaine sans lettres de naturalité [3]. Du reste bien avant ce prince des exemptions avaient été faites en faveur de certains étrangers : des soldats suisses, lettres patentes de Louis XI du 7 septembre 1481 enregistrées le 5 octobre suivant ; des soldats écossais,

1. Denisart, *op. cit.*, p. 595.

2. Voyez le texte de cette ordonnance et l'examen des difficultés que son application avait soulevées dans Merlin, *op.* et *loc. cit.*, VI, n° 4, p. 133.

3. Denisart, *op. cit.*, V° *Aubaine*, p. 594.

lettres patentes d'Henri II de 1547 ; ces derniers furent même naturalisés le 11 juillet 1558 à l'occasion du mariage du dauphin avec Marie Stuart « sans condition de réciprocité et tant que le royaume resterait en l'obéissance, considération et amitié du roy[1]. »

Religion. — Le désir de favoriser la religion avait fait affranchir du droit d'aubaine un certain nombre d'étrangers. Rappelons les privilèges octroyés par un édit du 26 février 1362 aux étrangers, membres du chapitre de Reims ; ceux octroyés de très bonne heure aux bénédictins anglais et confirmés par une déclaration du 22 août 1736[2].

Instruction. — C'était une question des plus controversées que celle de savoir si les étudiants étrangers accourus dans les universités françaises étaient munis du droit d'aubaine. Bacquet se prononçait pour l'affirmative et leur refusait la capacité de transmettre. « Les escholiers docteurs et autres suppots des Universitez natifs hors de France sont subjects à la loi d'aubaine[3]. » L'argument qu'il produisait à l'appui de son opinion était le suivant ; les privilèges accordés aux Universités sont limités à la vie des écoliers ; or le droit d'aubaine ne s'exerce qu'après la mort de l'étranger ; la qualité d'écolier du *de cujus* ne peut donc pas être une cause d'exemption. Plusieurs auteurs se

1. Sur tous ces points, Merlin, *op.* et *loc. cit.*
2. Denisart, *op. cit*, V° *Aubaine*, § VII, p. 592.
3. Bacquet, *op. cit.*, I, ch. 13.

prononçaient en sens contraire. Rebuffe, dans son curieux traité *De scholasticorum privilegiis*, voulait que l'on considérât les étudiants comme des soldats pacifiques ou comme des marchands de science : *tanquam ad mercaturam et emptorium disciplinarum omnium et artium*[1]. Comme le fait fort exactement remarquer M. Demangeat[2], ce qu'il y a d'étrange dans cette controverse c'est que personne ne parle d'une ordonnance de Louis X de 1315 aux termes de laquelle « tous les escholiers de toutes les universitez de France » échappent au droit d'aubaine et d'une autre ordonnance de Louis XII *De privilegiis scholasticorum* du 31 août 1498 qui s'exprime d'une manière identique.

Finances. — Des considérations financières firent établir d'autres exceptions au droit d'aubaine. On comprend que les étrangers n'auraient pas voulu acquérir les rentes créées par la France s'ils avaient eu à craindre de les voir confisquer à leur mort ; aussi plusieurs ordonnances leur permirent-elles d'acquérir et de transmettre ces rentes à leur gré ; s'ils n'en disposaient pas conformément aux lois de leur pays, elles étaient dévolues *ab intestat* à leurs héritiers légitimes. C'est ainsi qu'un édit d'Henri III de mai 1586 affranchit du droit d'aubaine les étrangers qui achè-

1. Rebuffe, *Tractatus de scholasticorum privilegiis*, *Adde Lebret, De la souveraineté du roi*, livr. 2, ch. 11; Choppin, *Du domaine de la couronne*, liv. 1, tit. 11.

2. Demangeat, *op. cit.*, p. 189.

tent des rentes sur l'État [1]. Une disposition analogue, la déclaration royale du 19 juin 1720, permet aux étrangers d'acquérir des rentes sur l'hôtel de ville de Paris créées par un édit du même mois et de les transmettre à leurs héritiers même étrangers [2]. Un édit du mois d'août de la même année crée des rentes sur les recettes des finances, tailles, etc., et admet une faveur analogue [3]. Des lettres patentes du 9 août 1723 autorisent le clergé à emprunter de l'argent aux étrangers et ceux-ci à disposer de leurs créances comme ils l'entendraient. Il serait possible de citer encore bien d'autres exemples [4] : le procédé suivi reste toujours le même.

Diplomatie. — Les ambassadeurs étrangers qui se trouvaient sur le territoire français étaient-ils assujettis au droit d'aubaine? Il existait à cet égard une controverse. En faveur de la négative on invoquait

1. Demangeat, *op. cit.*, p. 190.

2. Demangeat, *op. cit.*, p. 191 — Voyez également des clauses d'exemptions insérées dans l'édit de création de rentes perpétuelles sur l'hôtel de ville, du 3 septembre 1781 (art. 3) enregistré le 7, et dans un édit du mois de février de la même année enregistré le 13. Denisart, *op. cit.*, p. 590.

3. Demangeat, *op. cit.*, p. 191.

4. Voyez Denisart, *Emprunts publics*; — Des lettres patentes portant établissement de la Compagnie d'Occident du mois d'août 1717 art. 35); exemptaient les actions de cette compagnie du droit d'aubaine. Plus tard, cette compagnie fut rétablie sous le nom de compagnie des Indes par un édit de juin 1725, mais il n'y eut pas de clause formelle pour l'exemption de l'aubaine; d'où de sérieuses difficultés. Voyez sur cette question, Denisart, *op. cit.*, *Compagnie des Indes*; Lefèvre de Laplanche, *Traité du domaine*, liv. 6, ch. 3, n° 1.

une loi romaine qui interdisait à un *legatus* d'acquérir des biens « *in ea provincia in qua legatione fungitur* [1] ». Cet argument était d'une faiblesse extrême. Le *legatus* dont il est question dans le texte que nous venons de citer n'est pas un ambassadeur étranger, mais bien un citoyen romain chargé de représenter le gouvernement impérial dans les provinces et de les administrer en son nom ; l'interdiction qui était prononcée contre lui s'expliquait par une idée bien naturelle et malheureusement trop justifiée par les mœurs romaines : celle de protéger les administrés contre les exactions des fonctionnaires. Si, du reste, cet argument avait eu quelque valeur, il aurait conduit logiquement à refuser aux ambassadeurs étrangers le droit de transmettre entre-vifs ce qui n'était pas admis ; et même pris à la lettre, il ne pouvait rien puisque le texte ne parle pas de l'incapacité de transmettre qui constitue au sens technique le droit d'aubaine. La raison de douter la plus sérieuse était celle qui avait été invoquée contre le privilège des escholiers, à savoir que les immunités sont accordées aux ambassadeurs étrangers à raison de leurs fonctions diplomatiques, qu'elles n'ont de raison d'être que pendant leur existence et qu'elles doivent nécessairement prendre fin avec elles. La jurisprudence avait établi une distinction : les ambassadeurs étrangers pouvaient transmettre à

1. *Lex Acilia repetundarum*, ch. 24.
2. Arrêt du 14 janvier 1747 — Denisart, *op. cit.*, V° Aubaine, p. 559.

leurs héritiers les objets mobiliers qu'ils possédaient ; mais les immeubles et les rentes constituées restaient soumises au droit d'aubaine.

Lien d'allégeance. — Certaines faveurs étaient accordées aux étrangers qui se rattachaient par un lien quelconque à la France ; à ceux qui, à un moment donné, avaient été français ou qui appartenaient à un pays sur lequel la France prétendait encore avoir des droits. Ces étrangers, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, pour devenir Français prenaient des lettres spéciales : des lettres de déclaration de naturalité qui leur offraient certains avantages. Quelques-uns étaient même plus favorisés ; ils étaient exemptés *de plano* du droit d'aubaine [1].

3° Exemptions accordées à certaines provinces, et à certaines villes.

Nous venons de passer en revue les nombreuses exemptions du droit d'aubaine qui avaient été accordées *ratione personæ*, nous devons maintenant dire un mot des exemptions accordées *ratione loci*. Certaines villes et même certaines provinces avaient obtenu que tout étranger, sans distinction, se trouvant sur leur territoire fût affranchi de toute incapacité.

Dans les pays de droit écrit, l'aubaine n'existait pas car elle était contraire aux traditions ; nous croyons

1. Bacquet, *op. cit.*, I, ch. IX, X. Lebret, *De la souveraineté du roi*, liv. 2. ch. 2.

avoir réussi à démontrer l'exactitude de cette proposition. Quand l'aubaine devint royale, les légistes voulurent l'étendre à tout le royaume, prétendant que le plus beau fleuron de la couronne de France ne pouvait être tronqué. De vives protestations s'élevèrent et Louis XI rendit justice à ces réclamations par des lettres patentes de juillet 1445 délivrées à Dieppe et enregistrées au Parlement de Toulouse dont voici la teneur : « Sur l'humble supplique des gens des trois estaz de notre pays de Languedoc nous avons ordonné que les estrangers puissent et leur voise, tester, ordonner et desposer de leurs biens meubles et immeubles par testament et autrement ainsi qu'il leur plaira ; et avecques ce, leurs enfants masles et femelles et autres leurs héritiers qui sont à présent et seront cy après demeurant en notre dit pays de Languedoc et les enfants de leurs dits enfants descendants d'eux en droite ligne et loyal mariage non natifs et demeurans en notre dict pays de Languedoc, puissent d'ores en avant perpétuellement succéder aux dicts estrangers et aux descendans d'eux et appréhender leurs successions et biens tout ainsi qu'ils feraient et faire pourront si iceux estrangers étaient natifs de notre royaume sans que eux ni que aucuns d'eux soient pour ce, tenus payer à nous ne aux notres aucune finance [1]. » D'après Boerius [2] et Guy

1. Denisart, V° Aubaine
2. Bœrius, 13e décision.

Coquille [1] les provinces de Guyenne et de Provence jouissaient des mêmes privilèges.

En dehors de ces parties du territoire dans lesquelles le droit d'aubaine ne s'exerçait pas en vertu d'anciens usages imprimés par la royauté, plusieurs villes [2] avaient obtenu que les étrangers qui s'établiraient sur leur territoire seraient affranchis de toute incapacité. Pour en citer un exemple une pareille exemption avait été accordée à la ville de Calais par Charles IX en 1567 et par Henri IV en 1599 [3].

4° Exemption résultant des traités.

A l'énumération de tous ces privilèges nous devons ajouter ceux encore bien plus nombreux qui résultaient des traités conclus par la France avec les puissances étrangères. Très rares au début, ces traités s'étaient multipliés à partir de Henri IV et étaient devenus très fréquents dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle. Selon un tableau dressé par M. Roederer [4], il n'existait plus en Europe que 6 états avec lesquels l'aubaine eut été conservée ; dans 60 états on l'avait remplacée par un droit de détraction qui était en général du 10[e] de la succession. Il est à remarquer que la plupart de ces traités n'accordaient

1. Guy Coquille, sur l'art. 24 du titre des successions.
2 Sur ce point, Voy. Demangeat, *op. cit.*, p. 155 ; Durand, *op. cit.*, p. 196.
3. L'exemption ne s'étendait pas aux Anglais.
4. Locré, t. II, p. 117 et s.

pas aux étrangers la faculté de succéder aux nationaux [1].

La dispense du droit d'aubaine résultait aussi parfois de simples lettres patentes non suivies de reversales. C'est ainsi que, l'Angleterre ayant refusé de conclure un traité à cet égard, des lettres patentes du 18 janvier 1787 abolirent, en faveur des sujets de cet état, tout droit d'aubaine et de détraction, leur concédant ainsi la capacité pleine et entière de transmettre leurs biens à cause de mort.

Nous venons de parcourir les nombreuses concessions que la monarchie avait faites aux étrangers. Les étrangers qui ne pouvaient invoquer le bénéfice d'un traité étaient de plus en plus rares et d'ailleurs s'ils venaient en France pour y faire commerce, pour y servir sous les drapeaux, pour suivre les cours de nos universités, ils se trouvaient encore exemptés du droit d'aubaine. La partie la plus recommandable de la colonie étrangère n'avait donc rien à craindre de la rigueur de la législation Française.

Il n'en restait cependant pas moins bien des progrès à accomplir, bien des destructions à effacer. La condition des étrangers en France constituait un régime de privilèges et d'exceptions derrière lequel apparaissait presque toujours un but intéressé.

Au XVIII[e] siècle le problème de la fraternité humaine

1. Sur ce point, Voy. Merlin, Répertoire, V° Héritier. sect. VI, § 3.

vint se poser hardiment sur les larges données de la philosophie. Montesquieu avait appelé le droit d'aubaine un droit insensé et cette grave parole avait retenti dans toutes les consciences. M. Necker enseignait « que le droit d'aubaine est plus nuisible aux nations qui l'exercent qu'aux individus dont on usurpe la fortune [1] », et M. de Vergennes proclamait hautement qu'il était désirable que « la France détruisît complètement le droit d'aubaine pendant que les puissances étrangères multiplieraient les gênes que les sujets du roi éprouvent en fixant leur demeure dans leurs états ».

La raison et la justice se soulevaient donc contre ce reste absurde de l'ancienne servitude. Et cependant le droit d'aubaine était si profondément enraciné dans la jurisprudence, si fortement retranché derrière le rempart inexpugnable du droit romain, qu'il résistait à toutes les attaques et qu'il semblait impossible d'en faire disparaître le principe. Pour cela, il ne fallut rien moins qu'une révolution.

1. Dans son ouvrage sur l'organisation provinciale (t. III, ch. 25), Necker affirmait que l'aubaine ne rapportait pas par an au trésor plus de 40.000 écus.

CHAPITRE V

LE DROIT INTERMÉDIAIRE

L'Assemblée constituante, pénétrée des idées humanitaires que la philosophie du XVIII^e^ siècle avait mises à la mode, ne pouvait laisser subsister les incapacités que l'ancien droit avait établies contre les étrangers. Aussi l'un de ses premiers actes fut-il d'abolir le droit d'aubaine et de rendre aux étrangers le droit de transmettre à cause de mort dont ils avaient été si longtemps privés. Le décret du 6 août 1796, qui réalisa cette importante réforme, est conçu de la manière suivante: « L'Assemblée nationale considérant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes, quels que soient leur pays et leur gouvernement, que ce droit établi dans des temps barbares doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa constitution sur les droits de l'homme et du citoyen et que la France

libre doit ouvrir son sein à tous les peuples de la terre en les invitant à jouir sous un gouvernement libre des droits sacrés et inviolables de l'humanité, a décrété: « Le droit d'aubaine et celui de détraction sont abolis pour toujours. »

Ce décret soulevait deux questions : 1° était-il applicable aux colonies ; 2° l'étranger ne restait-il pas incapable de succéder, le décret de l'Assemblée constituante ne parlant que de l'abolition du droit d'aubaine qui, au sens technique, ne comprenait que l'incapacité de transmettre[1] ? La première question fut tranchée sans difficulté. Un décret du 13 avril 1791 étendit simplement aux colonies le bénéfice du décret du 6 août 1790. La seconde question au contraire avait soulevé certaines controverses ; plusieurs orateurs s'étaient montrés partisans, en ce qui concerne l'incapacité de succéder, du système de la réciprocité. Mais leur opinion ne prévalut pas. « L'Assemblée nationale, dit Barrère[2], n'a pas voulu faire simple remise du droit fiscal, c'eût été aller moins loin que les froids diplomatistes de l'ancien régime. » M. Martineau enleva le vote en disant que « si l'on voulait établir la fraternité parmi les peuples, on devait commencer par en donner l'exemple le plus désintéressé[3] ». En con-

1. Un arrêt du 2 prairial an IX, rapporté dans le Répertoire de Merlin, V° héritiers, sect. VI § 3, décida que le décret de 1790 laissait subsister l'incapacité de succéder.

2. *Moniteur universel*, 1791, p. 51.

3. *Eod. loc.*

séquence, l'Assemblée Constituante rendit un décret le 8 avril 1791, dont l'article 3 était conçu de la manière suivante: « Les étrangers quoique établis hors du royaume sont capables de recueillir en France les successions de leurs parents même Français; ils pourront, de même, recevoir et disposer par tous les moyens qui seront autorisés par la loi. »

Le législateur Français, dans un bel élan de fraternité, venait de proclamer sans restriction, sans condition de réciprocité, l'assimilation de l'étranger au national. Ainsi se trouva effacé de notre droit cette double incapacité de transmettre et de recevoir à cause de mort qui, jusqu'à la révolution, avait atteint quiconque n'appartenait pas à la France, à moins d'une dispense.

Ces dispositions parurent si importantes qu'elles furent insérées dans la *Constitution* du 3 septembre 1791[1] et dans la *Constitution* du 5 fructidor de l'an III[2], que leurs auteurs croyaient éternelles et qui n'eurent pas plus de durée que les réformes qu'elles consacraient.

1. Tit. VI, *Des rapports de la nation française avec les nations étrangères.*

2. Art. 335.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

CHAPITRE VI

LE CODE CIVIL

Le règlement de la condition des étrangers se représenta au moment de la rédaction du Code civil. Mais les circonstances étaient bien changées. En 1790 la France sortait d'un gouvernement absolu ; luttant contre les rois, elle cherchait à s'appuyer sur les peuples. Dans un élan d'enthousiasme, elle les naturalisait tous. L'Assemblée Constituante se flattait que son exemple serait suivi de toutes les législations et que les barrières élevées entre les nations allaient s'abaisser immédiatement. Cette espérance devait recevoir de l'expérience le plus éclatant démenti. Les États étrangers continuèrent à traiter les Français aussi rigoureusement que par le passé. Nos nationaux étaient partout soumis aux droits d'aubaine et de détraction bien que ces droits ne fussent plus exercés en France ; partout ils se voyaient privés du droit de

succéder aux regnicoles, bien qu'en France on reconnût aux étrangers les mêmes droits de succession qu'aux Français. Cette choquante inégalité devait inévitablement provoquer une réaction et Rœderer traduisait le sentiment public lorsqu'il disait au Conseil d'État : « Abolir gratuitement et sans réciprocité les droits d'aubaine et de détraction, c'est détruire pour les autres états tout motif de prononcer la même abolition en faveur de la France et autoriser même ceux qui l'ont déjà prononcé à rétrograder vers la barbarie [1] .» Faut-il ajouter que des guerres continuelles et sanglantes avaient développé cet instinct qui porte les peuples conquérants à la haine des étrangers en qui ils ne voient que des ennemis. « L'intérêt d'attirer les étrangers, ne cessait-on de répéter, n'est pas toujours égal dans toutes les circonstances ; en temps de guerre non seulement cet intérêt n'existe pas, mais il est remplacé par l'intérêt contraire. » Pour parer à cet état de choses, deux systèmes furent mis en présence lors de la discussion du Code civil. On proposa de subordonner la capacité de l'étranger en France à l'existence de dispositions législatives reconnaissant aux Français dans le pays auquel il appartient une capacité égale : c'était le système de la réciprocité législative. Il échoua devant cette considération qu'il serait peu digne d'une grande nation de soumettre les règles tracées dans ses codes

1. Locré, t. II, p. 133. — Cf. le discours de Treilhard, Locré, t. II, p 325.

aux fluctuations des lois étrangères, et l'on accorda la préférence au système de la réciprocité diplomatique qui reconnaît à l'étranger en France les droits civils admis en faveur des Français par les traités conclus entre le gouvernement français et le gouvernement du pays auquel cet étranger se rattachait.

Le principe adopté fut consacré dans l'article 11. « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

Quand on arriva au titre des successions, l'article 726 fut rédigé dans le sens du nouveau principe. Il est ainsi conçu : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent étranger ou français possède dans le territoire de la République que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11 du titre : *De la jouissance et de la privation des droits civils.* »

Sous l'empire des principes consacrés par le Code, deux conditions étaient donc nécessaires pour qu'un étranger pût recueillir une succession en France.

1° Il fallait qu'il existât entre la France et la nation dont cet étranger faisait partie un traité qui établît la réciprocité du droit de succéder entre les membres des deux États ;

2° Il fallait en outre que, dans chaque espèce qui se

présentait, le Français fût capable de recueillir, d'après la loi étrangère, cette succession dans le pays auquel l'étranger appartenait [1]. En d'autres termes, la réciprocité diplomatique de nation à nation ne suffisait pas ; il fallait également la réciprocité légale de personne à personne, de cohéritier à cohéritier ; le texte était formel à cet égard.

L'on a souvent répété que l'aubaine avait été rétablie par le Code civil. Cela n'est pas exact, si l'on prend cette expression dans le sens strict qu'elle doit avoir. Car, lorsqu'un étranger venait à mourir, ses biens, au lieu d'être, comme sous l'ancien régime, recueillis par le fisc, passaient à ses parents français, s'il en avait. Mais le sens de cette expression, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, s'employait souvent autrefois pour désigner toutes les incapacités en matière successorale ; le Code civil aurait alors rétabli une partie du droit d'aubaine au sens large. Il n'y a du reste en jeu qu'une question de mots.

Sous certains rapports, le système du Code civil était plus rigoureux que celui de l'ancien régime. Au temps de la monarchie, les enfants nés en France de parents étrangers étaient Français, puisque la naissance sur le territoire décidait de la nationalité ; ils pouvaient donc succéder. D'après le Code, les enfants

1. Cass. 24 août 1808 (*Journal du Palais*, t. XXIII, p. 49) ; Cass. 9 février 1813 (S. 1813, 1,113) ; Douai, 1er mai 1819 (S. 1820, 2, 171) ; Cass. 9 février 1831 (D. 1831, 1,415) ; Cass. 31 décembre 1850 (S. 1851, 1, 26).

nés en France de parents étrangers restaient étrangers et étaient, par suite, privés du droit de succession ; le nombre des incapacités se trouvait donc augmenté. En outre, les exceptions autres que les traités, que diverses raisons avaient fait introduire, n'avaient plus aucune valeur.

En raison, le système du Code civil était tout à fait injustifiable. Il n'est en effet ni équitable ni juridique de faire dépendre d'un traité l'exercice d'un droit naturel, comme l'est le droit de succession, et de consacrer des dispositions reconnues iniques pour engager les autres législateurs à les faire disparaître de leurs Codes [1]. Et au point de vue politique, celui qui avait dominé le législateur, l'expérience devait bientôt prouver qu'il ne présentait que des inconvénients.

1. Demangeat, *op. cit.* p. 257 et s.

CHAPITRE VII

LA LOI DU 14 JUILLET 1819

Après la chute de l'empire, la France, épuisée par les longues guerres qu'elle vient de soutenir, sent la nécessité de refaire sa prospérité matérielle, détruite par les désastres. La situation est des plus difficiles. Les grandes propriétés ne trouvent pas d'acquéreurs; la noblesse ne peut ni les racheter ni les conserver; la classe moyenne manque aussi d'argent. La bande noire les morcelle et les châteaux qu'avait épargnés la tourmente révolutionnaire tombent sous le marteau des démolisseurs. En présence d'un pareil état de choses, les émigrés élèvent des protestations et les économistes montrent le danger de la suppression de la grande propriété et de la grande culture[1].

1. Discours de M. le duc de Lévis à la Chambre des Pairs (*Moniteur* de 1818, pp. 567 et 627). *Adde* la lettre VI de Paul-Louis Courrier au rédacteur du *Censeur*, en date de Véretz du 12 novembre 1819.

L'Etat projette de grands travaux. L'adjudication des forêts est ordonnée. On veut exploiter les mines et dessécher les marais. Mais la disette des capitaux fait craindre que ces entreprises ne puissent être terminées [1]. Que faire ? S'adresser aux étrangers ? Leur proposer un emprunt ? Ils refusent ; une crainte les retient : l'incapacité de succéder, écrite dans l'article 726 du Code civil. Ils préfèrent n'avoir aucune relation avec l'État français plutôt que de voir leurs parents écartés de leur succession dans le cas où ils appartiennent à la même nationalité qu'eux, ce qui sera le cas le plus fréquent. De nombreux traités, il est vrai, ont été conclus en faveur des étrangers, mais ils sont rompus en cas de déclaration de guerre et l'on n'a pas encore eu le temps d'oublier que la France a bouleversé l'Europe.

C'est alors que se pose la question de savoir si l'on ne doit pas effacer de la législation cette incapacité qui cause un si grand préjudice aux intérêts nationaux et revenir au système de l'Assemblée Constituante. De nombreux orateurs soutiennent cette thèse. Le duc de Lévis déclare que le principe de la réciprocité n'est pas raisonnable ; car il n'y a jamais parité complète dans la situation des peuples civilisés [2] ; Boissy d'Anglas ajoute que, si le Code civil satisfait la justice,

1. Discours de M. Boissy d'Anglas à la Chambre des Pairs ; *Moniteur* de 1818 p. 627 ; Discours de M. de Monville à la Chambre des Pairs, *Moniteur* de 1819, p. 141.

2. M. le duc de Lévis, *Moniteur* de 1818, p. 367.

il ne satisfait pas la politique [1]. Le comte de Clermont-Tonnerre démontre d'une manière péremptoire dans son rapport à la Chambre des Pairs les inconvénients de ce principe. « Nous pensons, dit-il, que cette réciprocité serait inutile ou nuisible. Inutile, relativement aux Français favorisés par la fortune, car à coup sûr ils ne quitteraient pas un sol que tout le monde envie pour chercher d'autres climats, et si nous ne voyons pas maintenant qu'ils le fassent pour des pays plus comblés des faveurs de la nature, ils ne le feraient pas sans doute pour des climats plus sévères. Nuisible, relativement aux Français pauvres qui, lorsqu'ils se sont enrichis à l'aide de leur industrie, rapportent en France les biens acquis sur le territoire étranger, biens qu'ils y laisseraient au contraire s'ils pouvaient en disposer à leur mort sans cesser d'être Français. Ainsi, en dernière analyse, qu'est-ce que refuser l'abolition de l'aubaine sans la réciprocité, sinon se priver d'un bien que l'on peut se faire à soi-même uniquement parce que ceux aux dépens desquels on l'obtient ne veulent pas le procurer aux autres ? Remarquez d'ailleurs, Messieurs, que, lorsque vous déciderez par exemple qu'un Suédois sera déshérité en France parce qu'un Français est déshérité en Suède, vous n'appliquerez pas même la peine du talion, vous ne vengez pas la victime [2]. »

1. Rapport de M. Boissy d'Anglas à la Chambre des Pairs: *Moniteur* de 1819, p. 696.

2. Rapport de M. de Clermont-Tonnerre à la chambre des Pairs, *Moniteur* de 1819, p. 96.

Ces diverses raisons furent victorieuses des dernières hésitations et la loi du 14 juillet 1819 vint rendre aux étrangers la pleine capacité de recevoir sur le sol français.

Cette loi a été un grand bienfait pour les étrangers, même pour ceux qui, en vertu de traités, jouissaient du droit de succéder. Elle a d'abord consolidé leur situation, ainsi que nous l'avons déjà dit, parce que les bénéfices qui découlent d'une convention peuvent toujours être révoqués dans le cas où une rupture survient entre les deux puissances signataires, tandis qu'aucun événement ne peut mettre obstacle à l'application d'une loi, sauf la nécessité de faire quelquefois ce qu'ordonne la raison de guerre. En outre, même dans le cas où un étranger n'était pas exclu en cette qualité, il pouvait se trouver exclu cependant à raison de la condition de réciprocité de personne à personne qui était imposée. La loi de 1819 a rendu désormais toute hypothèse de ce genre impossible. Le législateur de la révolution et le législateur de la restauration, par une bizarre coïncidence, s'étaient donc trouvés d'accord pour accorder à l'étranger une capacité pleine et entière. Mais les raisons qui les guidaient étaient bien différentes. Le premier rêvait d'établir la concorde et la fraternité entre tous les peuples ; le second agissait par intérêt ; le garde des sceaux avait tenu à le déclarer lui-même dans l'exposé des motifs :

« Ce n'est pas par un mouvement de générosité, di-

sait-il, que nous voulons effacer les différences relatives aux successions et aux transmissions de biens, c'est par calcul[1]. »

Telles sont les oscillations à travers lesquelles s'est établi le système actuel de législation relativement à la condition des étrangers au point de vue successoral en France. L'histoire de la formation d'une pareille loi est une étude du plus grand intérêt ; l'expérience a montré, en effet, que le triomphe des principes de justice et de liberté pouvait seul assurer la richesse et la prospérité d'une nation.

1. *Moniteur*, 1819, p. 605.

CHAPITRE VIII

LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Jusqu'à présent, nous avons exposé les règles qui ont gouverné en France aux diverses époques de son histoire la capacité successorale des étrangers ; nous avons montré comment l'intérêt national s'était trouvé d'accord avec la justice pour conduire notre législateur à accorder une pleine capacité aux étrangers. Suivons maintenant nos nationaux au-delà de nos frontières et recherchons la situation qui leur est faite dans les divers pays.

PREMIER GROUPE

Ce groupe comprend les législations qui, au point de vue successoral, reconnaissent l'égalité du national et de l'étranger.

Belgique. — La législation en vigueur fut d'abord celle du Code civil qui, dans son article 11, consacrait le système de la réciprocité diplomatique. A ce système, la loi du 20 mai 1837 vint substituer celui de la réciprocité simple. Enfin la loi du 27 avril 1865 opéra une réforme analogue à celle qui depuis longtemps avait été opérée en France par la loi du 14 juillet 1819. Aujourd'hui, en Belgique, les étrangers sont admis à succéder au même titre que les nationaux [1].

Hollande. — Le Code civil néerlandais avait consacré le système de la réciprocité diplomatique. Aux termes des articles 884 et 957, les étrangers ne pouvaient être admis à succéder que dans les cas et de la manière dont les nationaux succédaient aux biens qui leur étaient dévolus dans le pays de ces étrangers. La loi du 7 avril 1869 a reconnu aux étrangers une capacité pleine et entière. D'après un éminent jurisconsulte hollandais, M. Asser [2], ce serait un retour aux anciens principes de cette nature, abandonnés depuis quelque temps sous l'influence du Code civil français. Cette opinion était également celle du législateur de 1869. Un député des États-Généraux a parlé de « l'antique hospitalité batave » et le ministre de la

1. Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 38.
2. Asser, *Revue de droit international*, 1869, p. 113.

justice, M. Vandilaar, en présentant le projet de loi, a rappelé les traditions libérales de l'ancien droit et accusé du changement les doctrines mises en honneur par la France en 1804. S'il en est ainsi, il est permis de s'étonner que le législateur hollandais ait mis si longtemps à s'apercevoir d'une erreur que le législateur français avait réparée depuis longtemps.

Danemark. — D'après les lois danoises, les étrangers, en ce qui concerne la jouissance des droits civils, sont entièrement assimilés aux nationaux ; ils peuvent donc succéder sans aucune condition aux biens de leurs parents situés sur le territoire [1].

Russie. — Les Russes se sont de bonne heure distingués par la manière hospitalière dont ils ont accueilli les étrangers [2], ils les traitaient même si favorablement qu'ils allaient jusqu'à leur accorder dans certains cas, notamment en matière de procédure, des privilèges plus considérables qu'aux nationaux [3]. Il ne faut pas s'étonner dès lors que le droit d'aubaine n'ait pu s'implanter dans ce pays. S'il a parfois été exercé,

1. Anthoine de Saint-Joseph, *Concordances des codes étrangers avec le code Napoléon*, t. II, p. 136, 2e col., et p. 147, 1re col.

2. Helmold, *Chronicon slavorum*, II, 12, p. 12.

3. Witte, *Die rechtsverhältnisse der Auslaender in Russland*, (Dorpat, 1847), t. VII, p. 11, 12, 19.

ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels et simplement à titre de représailles. En ce qui concerne le droit de détraction, il résulte d'une clause du traité conclu entre la France et la Russie le 31 décembre 1786, qu'il n'existait pas encore à cette époque dans ce dernier pays. Il paraît qu'il fut établi plus tard, puisqu'un ukase impérial donné au Sénat le 2 juin 1823 en prononce l'abolition en faveur des sujets des autres puissances qui en dispenseraient les sujets russes.

Actuellement, les étrangers en Russie sont librement admis à transmettre leurs biens à leurs parents et à succéder soit aux étrangers soit aux nationaux [1]. Telle est la règle générale ; mais l'empire russe est si vaste, sa population est composée d'éléments si divers, qu'il peut se produire certains événements qui imposent au gouvernement l'obligation de prendre des mesures spéciales à l'égard de ceux qui ne relèvent pas de lui. C'est ainsi qu'un ukase récent, promulgué en 1887, en vue de prévenir le danger national qui résultait de la concentration en des mains étrangères de la propriété des terres sur les confins de la Russie, a édicté les dispositions suivantes : « Dans les dix gouvernements du royaume de Pologne, dans ceux de Bessarabie, Wilna, Vitebsk, Volhynie, Grodno, Kiev, Kovno, Courlande, Livonie, Minsk et Podolie, les sujets étrangers ne pourront d'aucune manière acqué-

1. Lehr, *Eléments de droit civil Russe*. p. 398.

rir à l'avenir des droits de propriété ou de jouissance sur des immeubles situés en dehors des ports et des villes. La succession légale en ligne directe et entre époux continuera à être admise en ce qui concerne les biens situés en dehors des ports et des villes et ayant appartenu à des étrangers décédés, si l'héritier s'est établi en Russie avant la promulgation de l'ukase contenant les nouvelles prescriptions. — Dans tous les autres cas de succession légale et en cas de succession par testament, l'étranger qui héritera sera obligé de vendre ses droits de propriété à un sujet russe dans le délai de trois ans à partir du moment où il les aura acquis — Si la vente n'a pas eu lieu dans ce délai, les biens seront vendus aux enchères par autorité de justice et la somme sera remise à l'héritier. » L'exception que nous venons de signaler ne touche en rien au principe fondamental de la législation russe en ce qui concerne les étrangers ; elle n'est pas elle-même bien rigoureuse. Outre qu'elle ne s'applique que dans une partie de l'empire, elle ne consacre aucune confiscation ; les biens doivent simplement être vendus à un sujet du pays le temps accordé pour le reste est-il des plus raisonnable. Le gouvernement en prenant les mesures de défense qu'il jugeait nécessaires à la sécurité de l'État a tout fait pour sauvegarder les droits des parties intéressées.

1. *Le Soleil* du 26 juin 1887.

Roumanie. — La législation Roumaine se montre favorable aux étrangers ; s'inspirant du caractère si incontestablement hospitalier de la population, elle a cherché à faire disparaître les obstacles qui auraient pu nuire à leur établissement et à leur prospérité. Le Code civil qui est entré en vigueur le 1er décembre 1865 établit, dans son article 11, l'assimilation entre le national et l'étranger au point de vue de la jouissance des droits civils. « Les étrangers ont les mêmes droits civils que les Roumains. » Cette règle a été confirmée par la Constitution du 30 juin 1866 dont l'article 11 est ainsi conçu : « Tous les étrangers qui se trouvent sur le sol de la Roumanie jouissent de la protection que les lois accordent aux personnes et aux biens en général ». La seule exception qui ait été admise est relative au droit public : « Les étrangers ne peuvent être admis aux fonctions politiques que dans les cas spécialement et exceptionnellement déterminés par les lois nationales ». Il résulte donc, de ces dispositions, que l'admission de l'étranger au bénéfice des droits civils n'est subordonnée à aucune condition de domicile ou de réciprocité ; tout étranger dans ce pays est donc, en principe, pleinement capable de transmettre ses biens à ses parents et de leur succéder. Il existe cependant dans la législation de cet État une disposition qui soulève une vive controverse. La loi du 13 octobre 1879 révisant la Constitution du 30 juin 1866 dispose dans son article 755 : « Les Roumains de nais-

sance ou naturalisés peuvent seuls acquérir des immeubles ruraux en Roumanie. — Les droits déjà acquis seront respectés. — Les conventions internationales déjà existantes restent en vigueur avec toutes leurs clauses et jusqu'à l'expiration de leur durée[1]. » Ainsi, d'après la Constitution, l'acquisition des propriétés terriennes est considérée comme un droit essentiellement politique dont les nationaux peuvent seuls se prévaloir. L'application de cette disposition ne présente aucune difficulté dans le cas où un étranger achète des immeubles ruraux ; il est incontestable que la prohibition s'applique dans ce cas. Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de l'acquisition de pareils immeubles par voie de succession : n'échappe-t-elle pas à la règle écrite dans l'article 755 de la loi du 13 octobre 1879 ? Les jurisconsultes Roumains sont fort divisés à cet égard. M. Zenide dans le discours de rentrée qu'il a prononcé en 1883 devant la Cour d'appel de Bucharest a soutenu que les étrangers ne pouvaient hériter des immeubles ruraux situés en Roumanie[2] ; mais la thèse contraire a été brillamment défendue par M. Missir dans son ouvrage : *Le droit de succession des étrangers aux immeubles situés en Roumanie*[3],

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1880, p. 759 (Notice et traduction de M. Petroni).

2. Cité par M. T. G. Djavara, *Annales de l'école libre des sciences politiques*, 1888, p. 602.

3. Missir, *Le droit de succession des étrangers aux immeubles situés en Roumanie* (1886, 1 vol. in-12 de 130 pages).

et l'opinion du professeur de la faculté de Jassy tend à prévaloir dans la doctrine [1]. Il en résulterait donc que l'étranger ne serait, au point de vue successoral, frappé d'aucune incapacité.

Italie. — Le nouveau Code civil italien proclame l'égalité des étrangers et des nationaux au point de vue de la jouissance des droits civils et notamment des droits héréditaires. S'il faut en croire les jurisconsultes italiens, les principes que consacre la nouvelle législation ne seraient qu'un retour aux traditions libérales de ce peuple vis-à-vis des étrangers, traditions abandonnées sous l'influence du Code civil français de 1804. D'après MM. Fiore [2] et Lomonaco [3], l'Italie se serait de bonne heure fait remarquer par la bienveillance qu'elle montrait aux étrangers. Toute la discussion roule sur le point de savoir si la constitution de l'empereur Frédéric II de Souabe, relative à l'abrogation du droit d'aubaine, a été observée? En France, ainsi que nous l'avons dit, elle ne produisit aucun effet, bien qu'elle ait été sanctionnée par une ordonnance royale; en a-t-il été ainsi en Italie? Les savants jurisconsultes que nous

1. Djavara, *op. cit.*, p. 605; Suliotis, *Journal du droit international privé*, 1887, p. 562 et s.

2. Fiore, *Droit international privé* (traduction Pradier-Fodéré), n° 17.

3. Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale, introduzione*, III.

venons de citer croient que cette constitution fut fidèlement observée en Italie. Cette opinion n'est cependant pas unanimement acceptée, même en Italie ; M. Alberto del Vecchio soutient que la réforme de l'empereur Frédéric II de Souabe n'apporta d'amélioration au sort des étrangers que dans le royaume de Naples ; à son avis, dans les autres parties de l'Italie, le droit d'aubaine fut encore exercé pendant plusieurs siècles ; à Milan notamment, les étrangers se seraient vu refuser jusqu'à l'usufruit des terres [1]. Que décider en présence d'opinions si divergentes ? Nous croyons qu'il faut se garder de toute exagération dans un sens ou dans l'autre. D'une part, il est incontestable qu'en Italie, même au moyen âge, les relations avec les étrangers, tant à raison de l'affluence des étudiants dans les écoles que par suite du mouvement commercial, étaient devenues beaucoup plus nombreuses et plus fréquentes que partout ailleurs. En outre, les mœurs et les institutions féodales y étaient moins fortement implantées que dans les autres États. Toutes ces raisons avaient dû contribuer à améliorer la condition des étrangers. D'autre part, des témoignages certains nous révèlent la pratique du droit d'aubaine dans ce pays. Pour expliquer ces contradictions, il suffit de remarquer que l'Italie, pendant tout le moyen âge, fut

1. Alberto del Vecchio, *La legislazione di Frederico II* (Roma, Torino Firenze, Fratelli Brocca, 1874), p. 79.

perpétuellement morcelée en une foule de petits Etats. Tous les systèmes de gouvernement y furent pratiqués ; les influences les plus diverses s'y produisirent; et comme la condition des étrangers est en rapport intime avec le droit public de la nation, il dut en résulter, en ce qui les concernait, de profondes différences.

Dans le royaume de Naples, suivant M. Lomonaco, tous les rois sans exception se montrèrent favorables aux étrangers. Ainsi l'on voit Charles I^er^ d'Anjou concéder aux Provençaux, qu'il appelait en Pouille, pour repeupler la ville de Lucera, restée presque sans habitants, lorsque les Sarrasins en eurent été chassés, d'importantes propriétés avec la capacité pleine et entière d'en disposer, ainsi que bon leur semblerait. Charles II d'Anjou refuse d'exercer les droits qui auraient pu lui appartenir sur les biens des Français, qui avaient suivi le comte de Valois en 1301, dans le cas où ils viendraient à mourir dans le pays soumis à son autorité. Et quand, en 1496, on se plaignit à Frédéric III de l'ingratitude des peuples qui refusaient à ses sujets les droits qu'il accordait d'une manière si libérale à leurs nationaux, le prince aragonnais se contenta de répondre : « *Regia majestas interponet partes suas ut petita sortiantur effectum* », sans édicter aucune incapacité contre les étrangers. D'après le jurisconsulte italien, ce système fut pratiqué dans le royaume de Naples jusqu'à la fin du XVIII^e^ siècle. Du

reste, plusieurs traités, établissant des droits de succes-sibilité réciproque en faveur des ressortissants des puissances signataires, avaient été conclus avec la Suède, la Hollande, le Danemark, la Turquie, la Russie. Un traité contenant les mêmes clauses était intervenu entre Louis XV, pour la France, et Charles III, pour l'Espagne, en 1762. Ainsi dans le royaume de Naples le droit d'aubaine était inconnu ; les successions les étrangers n'étaient cependant pas absolument traitées de la même manière que celles des nationaux ; elles étaient grevées d'un impôt spécial, désigné sous le nom de *gabella hereditaria* ; c'était un droit fiscal analogue au droit de détraction qui existait en France. Sous le premier Empire, la domination française introduisit dans ce pays le Code civil et par conséquent le système de la réciprocité diplomatique. Plus tard, quand les Bourbons furent rentrés à Naples, un décret du 12 août 1818 établit le système de la réciprocité simple, système qui fut confirmé par le Code civil du royaume de Naples, promulgué le 26 mai 1819.

Dans les autres contrées de l'Italie, le système prédominant, celui qui, généralement, avait réussi à s'implanter, était le système de la réciprocité pure et simple.

En Sardaigne, le Code Charles Albert se bornait à appliquer, dans son article 702, à la capacité successorale des étrangers le système de la réciprocité de fait, consacrée d'une manière générale dans les articles 26 et 27.

Les Codes de Parme et de Plaisance contenaient des dispositions absolument analogues à celles que nous venons de signaler.

En Toscane, des immunités avaient été de bonne heure accordées aux étrangers dans certaines villes commerçantes ; les lois de Ferdinand I^er^, du 10 juin 1593, relatives aux marchands qui se rendaient dans le port de Livourne sont particulièrement célèbres. Le système qui prévalut définitivement dans ce pays fut celui de la réciprocité législative ; nous le trouvons sanctionné par le *motu proprio* de 1874 et par la loi du 18 août 1814.

Dans le duché de Lucques, l'article 53 du décret relatif aux successions, en date du 22 novembre 1818, dispose que « les étrangers, appartenant à un État dans lequel les sujets de l'État de Lucques ne sont pas exclus de la succession, sont admis à succéder dans l'État de Lucques de la même manière que succèdent les sujets lucquois ».

Enfin, dans les États pontificaux, le règlement législatif, sanctionné par Grégoire XVI, qui était en vigueur depuis le 1^er^ janvier 1835, établissait dans l'article 8 du titre II, que « les étrangers sont capables de succéder à l'hérédité testamentaire ou *ab intestat* ou d'acquérir dans l'État pontifical, si, d'après les lois en vigueur dans les pays étrangers, les sujets pontificaux sont capables de succéder et d'acquérir, sauf les conventions diplomatiques et les traités ».

Quand l'unité de l'Italie eut été opérée, une législation uniforme fut étendue à tout le royaume. Le nouveau Code est venu généraliser les règles libérales déjà admises dans plusieurs des États en faveur des étrangers, et même faire plus pour eux, puisqu'il les met sur le même pied que les nationaux. L'article 3 est ainsi conçu : « L'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux citoyens [1]. »

Suisse : *cantons de Lucerne, Neufchâtel, Zurich.* — En Suisse, plusieurs législations reconnaissent la capacité successorale des étrangers sans aucune condition de réciprocité. L'article 24 du Code civil du canton de Lucerne, accordant les mêmes droits civils aux étrangers qu'aux nationaux, leur reconnaît par conséquent sans condition le droit de disposer et de recevoir à titre gratuit [2]. Dans le canton de Neufchâtel, un système analogue est consacré par le Code civil ; son article 8 admet tous ceux qui résident ou habitent sur le territoire à la jouissance des droits civils sans exception, quelle que soit d'ailleurs leur origine [3]. Enfin le Code civil du canton de Zurich reconnaît également aux étrangers le droit de suc-

1. Sur l'historique de cet article, voy. Esperson, *Journal du droit international privé*, 1879, p. 331.

2. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 210.

3. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 465 ; Virgile Rossel, *Manuel de droit civil de la Suisse Romane*, p. 7.

céder et de transmettre leurs biens à leurs parents [1].

Portugal. — En Portugal, les étrangers sont fort bien traités ; ils jouissent des mêmes droits civils que les nationaux [2].

Angleterre. — Si l'Angleterre aujourd'hui se montre favorable aux étrangers, il n'en a pas toujours été ainsi ; pendant des siècles, elle les a traités avec la plus grande rigueur. Rien n'est plus curieux que l'histoire de cette législation sur ce point.

Dans aucun pays, la tradition n'est aussi puissante qu'en Angleterre. La *common law* y exerce dans la science juridique une véritable tyrannie et le droit qu'elle consacre remonte au onzième siècle, à l'époque de la conquête de cette île par les Normands. Chose étonnante ! Les Anglais, si fiers et si jaloux de leur liberté, sont gouvernés dans leur vie privée par le droit féodal. Ce fait nous permet de comprendre la rigueur montrée pendant si longtemps aux étrangers; au moyen âge, comme dans la Rome des XII Tables, l'étranger c'est l'ennemi qui ne peut invoquer aucun droit et réclamer aucune protection. On lit, dans un rapport fait au Parlement en 1843, que la

1. Lehr, *Le code civil du Canton de Zurich*, p. 4.
2. Lehr, *Journal du droit international privé*, 1888, p. 353.

législation anglaise, sur les incapacités qui frappent les étrangers, est plus rigoureuse que celle d'aucun autre État[1]. En France. l'étranger, s'il mourait serf, vivait du moins libre. En Angleterre, l'étranger qui se trouvait en dehors de la hiérarchie féodale ne jouissait d'aucun droit. Le roi étant considéré comme le suzerain féodal de tout le royaume, personne ne pouvait posséder un immeuble qu'en qualité de vassal du roi et, pour être vassal du roi, il fallait prêter la foi et l'hommage, ce qu'un étranger ne pouvait faire sans rompre le lien d'allégeance qui l'attachait à son souverain. Il est vrai que, par la suite des temps, la suzeraineté du roi était devenue une pure fiction ; mais cette fiction n'en constituait pas moins le fondement de la propriété et de la constitution anglaises[2]. En touchant au principe sur lequel reposait l'ordre social, on craignait d'ébranler tout l'édifice ; on le vit bien en 1843, quand le Parlement, malgré l'avis de plusieurs personnages d'une grande autorité, entre autres de Lord Brougham, consacra formellement l'incapacité pour les étrangers de posséder des immeubles, se bornant à leur reconnaître le droit de propriété mobilière[3]. Avec une pareille législation, il ne pouvait donc jamais être question de savoir si les étrangers étaient capables de transmettre des immeubles à cause de mort à leurs

1. Le Baron, *Code des étrangers*, p. 63.
2. Blackstone, *Commentaries*, t. I, p. 370-372 (7e éd. de 1775).
3. Le Baron, *Code des étrangers*, p. 64 et s.

parents ; s'il arrivait par hasard qu'ils en eussent acquis, malgré la prohibition de la loi, le roi les confisquait à leur mort, même au détriment de leurs enfants nés en Angleterre, qui cependant étaient réputés Anglais, comme nés sous les auspices de l'allégeance britannique.

En ce qui concerne la capacité de succéder, elle était limitée aux enfants nés de pères anglais ; il avait été jugé que l'enfant né à l'étranger d'une mère anglaise et d'un père appartenant à une autre nationalité ne pouvait élever aucune prétention aux immeubles qui appartenaient à sa mère. Le sang héritable lui manquait, et le sang héritable joue un grand rôle dans la jurisprudence anglaise. Quand le tenancier d'un franc-fief mourait, ne laissant pour héritier qu'un étranger, on disait que le sang du défunt était éteint ; or aucune personne ne pouvait hériter sans être du même sang que le dernier tenancier ; la succession tombait en déshérence ; le fief était ouvert, et revenait au seigneur par droit d'*escheat*[1].

Lord Coke rapporte une application fort curieuse de la théorie du sang héritable. Un étranger s'établit en Angleterre et y a deux fils ; ceux-ci sont Anglais, puisqu'ils sont nés sur le territoire ; peuvent-ils se succéder réciproquement ? Le célèbre légiste se prononce pour la négative, et au point de vue juridique il a in-

1. Blackstone, *op. cit.*, p. 249, n° 6 ; Stephen, *New commentaries on the laws of England* (7e édit. 1874), t. I, p. 440, n° 3.

contestablement raison. En effet, s'il existe entre eux un lien de parenté, c'est parce qu'ils sont enfants du même père; or le père, n'ayant pas de sang héritable, n'a pu en communiquer à ses fils ; ils ne peuvent donc pas plus se succéder l'un à l'autre qu'ils ne peuvent succéder à leur père. Cette solution était si rigoureuse et méconnaissait si ouvertement les droits les plus respectables, que la jurisprudence n'osa pas la consacrer; mais en décidant ainsi, elle fut obligée de violer les principes, et même la raison. Elle décida que les deux frères, bien que fils d'un étranger, pouvaient hériter l'un de l'autre, parce qu'ils étaient parents immédiats sans remonter au père commun[1]. Rien n'est plus illogique.

On a souvent reproché à la France d'avoir consacré, à presque toutes les époques de son histoire, le droit d'aubaine. Eh bien ! Ce droit odieux, que Montesquieu ne peut expliquer qu'en le considérant comme un vestige de la barbarie des premiers âges, ce droit, disons-nous, peut passer pour modéré et équitable si on le met en parallèle avec les incapacités établies par la *common law*. La base des incapacités dont l'étranger était frappé en France, c'était, pour employer l'expression de nos vieux auteurs, le vice de pérégrinité ; en Angleterre, c'était la prohibition même d'être propriétaire. Le droit d'aubaine en France pouvait être aboli par des traités, et en fait les conventions

1. Stephen, *op.* et *loc. cit.*

diplomatiques, qui avaient été conclues à ce sujet avec les autres puissances, étaient si nombreuses qu'à la veille de la révolution il n'avait plus, pour ainsi dire, qu'une existence nominale. Il n'en était pas ainsi de l'incapacité qui atteignait les étrangers en Angleterre ; les traités ne pouvaient pas la modifier. Voilà pourquoi il n'y eut jamais aucun arrangement entre les deux pays, et pourquoi aussi la France se vit amenée à accorder la jouissance des héréditaires aux sujets de l'Angleterre, sans stipuler de sa part des avantages analogues pour ses nationaux.

Pour obtenir une condition meilleure, l'étranger devait solliciter, sinon la naturalisation proprement dite qui suppose, dans bien des cas, des conditions parfois fort difficiles à remplir, du moins cette demi-naturalisation que la loi anglaise organise sous le nom de *denization*, et qui offre assez d'analogie avec l'admission à domicile dont parle l'article 13 du Code civil français. L'étranger, qui avait obtenu la *denization*, tout en conservant sa nationalité d'origine, se trouvait relevé de la plupart des déchéances dont il était frappé. A la différence de l'étranger ordinaire, l'étranger *denizen* pouvait acquérir un immeuble par acte entre-vifs, par *purchase* selon l'expression anglaise, et même par legs ; mais il lui était toujours interdit de succéder, car son père, à raison de sa nationalité étrangère, ne lui avait pas transmis de sang héritable. A sa mort, les immeubles dont il avait acquis la propriété passaient aux en-

fants qu'il avait eus après sa *denization*; quant à ceux qui étaient nés auparavant ils restaient exclus. La *denization* en effet ne produisait pas d'effet rétroactif et ne détruisait pas l'incapacité résultant de ce que leur père, n'ayant pas au moment de leur naissance de sang héritable, n'avait pu leur en transmettre [1].

La concession de la *dénization* était devenue extrêmement fréquente. Il suffisait, pour l'obtenir, d'alléguer qu'on avait besoin de cette faveur pour se soustraire à une incapacité, par exemple qu'on se proposait d'acquérir un immeuble quelconque [2]. Ainsi se trouvait préparé le statut de la reine Victoria du 12 mai 1870, qui décide d'une manière générale dans son article 2 « que l'étranger est assimilé aux citoyens britanniques de naissance, pour tout ce qui concerne la possession, jouissance, acquisition ou transmission par tous les modes légaux de la propriété immobilière et mobilière [3] ». Ainsi disparut de la législation la prohibition traditionnelle. Désormais tout étranger peut librement succéder et transmettre *ab intestat* ses biens même immobiliers; le sang héritable ne lui fait plus défaut.

L'act de 1870 a donc beaucoup fait pour l'étranger; mais il faut remarquer que ses dispositions bienveillantes ne s'appliquent qu'à l'étranger *ami* et *résident*.

1. Bertrand, *Bulletin de législation comparée*, 1871, p. 13.
2. Bertrand, *eod. loc.*
3. Le texte du statut est rapporté par Phillimore, *Private international law*, p. 265. Cf. Wharton, *Conflict of laws*, p. 269, en note.

Quiconque appartient à une nation ennemie est considéré lui-même comme un ennemi et se trouve par conséquent sans droit. C'est un vestige de la vieille idée qui faisait retomber la haine que l'on porte à l'État sur ses sujets qui, dans bien des cas, sont complètement innocents. L'étranger non résident est aussi traité comme par le passé. Peut-être a-t-on considéré que, ne procurant aucun bénéfice à la Grande-Bretagne, il ne méritait aucune faveur.

Le nouveau régime comporte deux exceptions. L'étranger demeure encore aujourd'hui incapable d'être propriétaire d'un navire reconnu comme étant de nationalité anglaise[1]. En outre, le statut de la reine Victoria ne s'étend pas aux colonies.

États-Unis. — S'il est curieux de voir un peuple commerçant suivre les principes du droit féodal jusque dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle, c'est encore une chose bien plus surprenante de constater que le droit féodal, apporté en Angleterre au XI^e^ siècle par Guillaume le Conquérant, régit encore de nos jours la République des États-Unis[2]. Aucun exemple ne prouve mieux la ténacité des traditions juridiques. La *common law* a été transplantée en Amérique par

1, Guillaume IV, ch. 54 et 55; loi de 1870, art. 14, *Sur la nationalité des navires en Angleterre.* Voy. *Journal du droit international privé*, 1879, p. 215.

2. Kent. *Commentaries on the american law*, t. III, p. 369 et s.

les émigrants anglais qui allaient y tenter fortune. Tant que cette colonie resta sous la dépendance de la mère-patrie, le roi fut le seigneur des terres américaines comme il était le seigneur des terres anglaises. Après que les événements du siècle dernier eurent amené la séparation, la nation américaine, succédant aux droits de la couronne, devint suzeraine du sol composant le territoire national. Les statuts révisés de New-York disent formellement « que le peuple de l'État de New-York est censé posséder la propriété originaire et actuelle de toutes les terres qui se trouvent dans les limites et sous la juridiction de l'État ». Quant à la propriété des particuliers, elle est restée ce qu'elle était auparavant : une simple tenure ; il n'y a qu'une différence : la nation a remplacé la royauté ; le nom du seigneur a seul changé. Il en résulte que l'étranger, ne pouvant être uni par les liens de la vassalité à un État dont il ne fait pas partie, ne peut invoquer aucun droit. Cette incapacité féodale se conciliait mal avec les intérêts du nouveau peuple. Fondée par des émigrants, la République des États-Unis étend encore journellement sa puissance par de nouvelles immigrations ; l'intérêt national commandait donc d'abaisser toutes les barrières devant les étrangers qui manifestent l'intention d'y transporter leur établissement. Une réaction en leur faveur ne tarda pas à se produire, mais elle rencontra un obstacle sérieux dans l'autonomie législative dont jouissent, en matière de

droit privé, les divers États qui composent l'Union Américaine. Chacun d'eux prit les mesures qu'il jugea utiles ; au lieu d'une réforme générale comme celle qui fut opérée en Angleterre, il y eut des réformes partielles, ce qui entraîna par la force même des choses de nombreuses différences dans la condition faite aux étrangers.

Un grand nombre d'États ont aboli les incapacités successorales qui frappaient les étrangers ; telles sont les législations du Maine, du Massachusetts, du New-Jersey, de l'Ohio, du Minnesola, du Nebraska, du Wisconsin, du Kansas, du Michigan, de l'Illinois, de l'Orégon, de la Géorgie, de la Floride, du Colorado, de la Colombie et du Rhode-Island[1]. La législation de l'État de New-York, d'abord très rigoureuse, a été modifiée dans un sens favorable aux étrangers par l'*act* du 20 mars 1872, dont l'article 1[er] est ainsi conçu : « Les enfants légitimes d'une femme américaine ou leurs descendants hériteront des biens immeubles qu'elle posséderait dans l'État de New-York ou qu'elle pourrait acquérir par succession ou autrement, malgré son mariage avec un étranger et sa résidence hors du territoire de l'Union, comme s'ils jouissaient eux-mêmes de la qualité de citoyens américains. Le droit de propriété de la femme américaine n'est en rien modifié

1. Voyez les détails sur les dispositions des diverses législations relatives aux étrangers. Laurence, *Commentaires sur les éléments de droit international de Wheaton*, t. III, p. 89-93.

par suite d'un mariage avec un étranger, non plus que celui de ses enfants ou descendants, sur les immeubles qui leur arriveraient par succession ou autrement en raison de leur extranéité[1]. » C'est une exception malheureusement trop restreinte, et qui aurait dû constituer la règle générale.

L'état du Missouri permet à l'étranger de recueillir les biens-fonds qui lui adviennent par voie de succession, à condition de s'en défaire dans le délai de trois ans.

Les lois de la Californie, de l'Indiana, du Texas, du Tennessee, décident que l'étranger peut hériter d'un immeuble, même s'il ne réside pas dans le territoire de l'Union ; mais, dans ce cas, l'étranger est tenu d'acquérir une résidence dans un certain délai ; si à l'expiration du délai fixé, il ne s'est pas mis en règle, l'immeuble qui lui est échu est vendu pour son compte, par les soins de l'autorité.

Voilà l'énumération des États, qui reconnaissent les droits successoraux des étrangers sans condition. Plusieurs exigent la condition de résidence sur le territoire de l'Union ; d'autres plus sévères imposent la naturalisation. Ces conditions, peu rigoureuses pour les immigrants qui tous résident en Amérique, et qui généralement se proposent d'en acquérir la nationalité, constituent de véritables causes d'exclusion pour les étrangers qui demandent simplement

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1873, p. 140.

à succéder à un de leurs parents, sans renoncer pour cela à leur ancienne patrie.

Ajoutons enfin que quelques législations maintiennent les anciennes incapacités contre tous ceux qui ne sont pas citoyens de l'Union. On voit par ce rapide exposé que, si un certain nombre de législations ont rompu avec le passé, la tradition est encore restée vivace dans des États malheureusement trop nombreux.

Chili. — La loi chilienne se montre largement libérale envers les étrangers. « La loi, dit l'article 57, ne fait aucune différence entre le Chilien et l'étranger en ce qui concerne l'acquisition et la jouissance des droits civils. » L'étranger, en vertu de cette disposition, se trouve donc mis sur le pied d'égalité avec les nationaux. Aucune condition de réciprocité n'est exigée; l'étranger, appartiendrait-il à une nation, qui refuserait tout droit aux Chiliens, qu'il n'encourrait aucune déchéance. Il importe peu qu'il soit domicilié ou de passage dans le pays ou même qu'il n'y ait jamais mis les pieds; il sera toujours traité d'une manière aussi libérale. Ce système a été appliqué à la matière des successions par l'article 997. « Les étrangers, y est-il dit, sont appelés aux successions *ab intestat* qui s'ouvrent au Chili de la même manière et suivant les mêmes règles que les Chiliens. » Il résulte de ce que nous venons de dire que les étran-

gers jouissent dans ce pays en matière de succession des mêmes droits actifs et passifs que les nationaux. Un étranger qui n'est jamais venu au Chili pourra recueillir sans aucune difficulté les biens qui se trouvent sur son territoire [1].

République Argentine. — Dans la République Argentine, les étrangers sont vus avec faveur. Pendant longtemps cependant, la législation ne s'est pas occupée de régler leur condition. La constitution de 1854 ne contenait à leur égard aucune disposition ; elle se bornait à les admettre à la nationalité sans aucun stage, presque sur leur seule demande. Ce n'est que la constitution de 1860, qui a édicté des règles précises et qui les a mis, à tous les points de vue, sur le même rang que les nationaux. D'après l'article 26 de cet acte, les étrangers jouissent de tous les droits civils du citoyen ; ils peuvent librement exercer leur industrie, leur commerce ou leur profession, posséder des biens immeubles, succéder à leurs parents et transmettre leur patrimoine à leurs héritiers. Ils ne sont jamais obligés de payer une contribution particulière ; il n'existe dans cet État ni droit d'aubaine, ni droit de détraction [2].

1. Fabrés, *Journal du droit international privé*, 1887, p. 293 et s.
2. Daireaux, *Journal du droit international privé*, 1886, p. 286 et s.

2e GROUPE

Dans ce groupe rentrent les législations qui font dépendre la capacité successorale des étrangers de la réciprocité législative, ou de fait ; qui leur reconnaissent une situation égale à celle qui est assurée par la loi locale à ceux de leurs ressortissants fixés dans la patrie de ces derniers.

Allemagne. — Ce fut dans ce pays, en plein moyen âge, à une époque où les étrangers étaient traités dans les principaux États de l'Europe avec la dernière rigueur, que fut tentée pour la première fois l'abolition du droit d'aubaine. Un empereur d'Allemagne, Frédéric II de Souabe, dans une constitution qui eut un retentissement universel, et qui parut si juste et si équitable, qu'elle fut insérée dans le Code de Justinien, après avoir reçu l'approbation du pape, reconnut aux étrangers la jouissance des droits héréditaires. Si la législation ne prêtait à aucune critique, en était-il de même de la pratique ? M. Lomonaco pense que la réforme impériale fut aussitôt fidèlement respectée [1]. Mais cette manière de voir est loin d'être certaine. Au dire du duc de Lévis [2], plusieurs

1. Lomonaco, *op.* et *loc. cit.*
2. Locré, t. X, p. 447.

seigneurs allemands refusèrent de se soumettre à la constitution de Frédéric II, et continuèrent à imposer aux étrangers les exactions les plus odieuses ; ceux du Palatinat entre autres donnaient pour motif que le droit d'aubaine leur appartenait au même titre que la chasse sur les bêtes fauves. Quoiqu'il en soit, il est certain que le droit d'aubaine continua à être exercé dans ce pays, au moins par voie de rétorsion [1]. En outre, à aucune époque, la liberté ne fut pleinement reconnue. Le roi, les seigneurs, et les communes percevaient l'*abschoss* ou *abzug* (*gabella hereditaria, census hereditarius, detractus realis*) qui n'est autre qu'un droit de détraction sur la succession des étrangers. Ce droit fiscal fut exercé avec beaucoup de rigueur dans certaines contrées de l'Allemagne ; c'est ainsi, qu'en Prusse notamment, quiconque essayait de s'y soustraire, était frappé à titre de peine d'une amende du quadruple. Les souverains allemands y tenaient tellement que, s'ils proposèrent à Louis XIV et à Louis XV de s'entendre avec eux pour l'abolition réciproque de l'aubaine dans les pays soumis à leur autorité, ce ne fut qu'à la condition formelle de maintenir le droit de détraction ; les traités conclus avec eux contiennent, en effet, à ce sujet des réserves expresses. Le droit d'*abschoss* avait été aboli par l'acte fédéral du 3 juin 1817 entre les États de la confédération germanique, et, bien

1. Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 55 et s.

que cette confédération ait été dissoute, il a été reconnu qu'il ne pouvait être exercé entre les divers États qui la composaient.

Aujourd'hui, le droit commun allemand, qui doit être appliqué à défaut d'autre législation civile, reconnaît en principe aux étrangers les mêmes droits qu'aux citoyens ; ils peuvent donc transmettre leurs biens à leurs parents et recueillir leurs successions. Mais cette faculté trouve une limite dans le droit de rétorsion qui permet au juge d'écarter l'étranger, dont la loi personnelle ne traite pas les sujets allemands d'une manière aussi favorable que les nationaux [1].

Prusse. — Le Code Prussien, conformément au droit commun allemand qu'il suit fidèlement sur ce point, consacre dans ses articles 43 à 45 le système de la réciprocité simple [2].

Bavière. — Le Code de Bavière admet également la même solution, en décidant qu'on préviendra le souverain étranger pour essayer de modifier cette situation par voie diplomatique [3].

1. Anthoine de Saint-Joseph, *Droit commun Allemand*, art. 31, 35, 36, 38, 39, t. I, p. 6, 3e col.
2. Anthoine de Saint-Joseph, t. III, p. 191, col. 2.
3. Anthoine de Saint-Joseph, t. I, p. 2, col. 3.

Wurtemberg. — Le Landrecht admet en principe la réciprocité simple; mais les articles 4 et 5 apportent cependant plusieurs exceptions à ce système; à raison de leur importance, nous les reproduisons. Article 4: « L'étranger ne peut acquérir d'immeubles dans le royaume par voie d'achat, d'échange, ou de dation en paiement. Les immeubles échus à un étranger par *succession*, don, legs, ou par mariage peuvent, dans les deux ans de l'acquisition, être cédés à un regnicole, soit à l'amiable, soit par voie de justice. » Article 5 : « Sont exemptés des dispositions qui précèdent : 1° les sujets de la confédération Germanique ; 2° les étrangers qui ont obtenu de l'administration locale (*Kreis-Regierung*) une dispense spéciale pour l'acquisition d'un immeuble[1]. »

Autriche. — La législation autrichienne attribue en principe aux étrangers tous les droits privés dont les indigènes ont la jouissance ; mais cette assimilation trouve une limite dans le droit de rétorsion. Le § 33 du Code civil s'exprime de la manière suivante : « Les étrangers ont en général les mêmes droits et les mêmes obligations que les nationaux, à l'exception de ceux qui sont attachés à la qualité de citoyen. Mais, pour exercer les mêmes droits que les nationaux, les étrangers doivent, en cas de doute, prouver que l'É-

1. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 453.

tat auquel ils appartiennent traite les sujets autrichiens comme les siens propres, en ce qui touche le droit dont il s'agit ». En cas de doute, la preuve des dispositions de la loi étrangère ne peut être administrée que par un acte authentique, dressé par un officier compétent et rédigé avec les solennités requises par les lois de ce même État [1].

Suisse : *cantons du Tessin, de Vaud, de Saint-Gall, de Berne, de Fribourg.* — Le système de la réciprocité simple est en vigueur dans le plus grand nombre des cantons suisses. Le canton du Tessin, que M. Fiore considère à bon droit pour la langue et les mœurs comme un pays italien [2], a conservé la législation que suivait ce dernier pays avant la promulgation de son nouveau Code civil. L'article 9 du titre préliminaire du Code Tessinois porte : « Les lois favorisent et obligent aussi l'étranger en tant qu'il séjourne, contracte, possède, ou peut acquérir dans le canton. Néanmoins pour jouir du bienfait de la loi, l'étranger devra prouver que les Tessinois sont admis à des droits égaux dans l'État auquel il appartient. L'étranger est toujours exclu des droits dont l'exercice exige essentiellement la qualité de citoyen tessinois [3]. » Le

1. Anthoine de Saint-Joseph, t. I, p. 4, col. 6. Stoerk, *Journal du droit international privé*, 1880, p 329 et s.

2. Fiore, *op. cit.*, nº 17.

3. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 276.

code du canton de Vaud décide formellement, dans son article 513, qu'« un étranger est admis à succéder dans le canton de Vaud à l'égal des Vaudois, lorsque, dans le pays dont cet étranger est originaire, un Vaudois est admis à succéder à l'égal des indigènes [1] ». C'est en vertu des mêmes règles que la capacité successorale des étrangers est réglementée dans le canton de Saint-Gall [2]. L'article 6 du Code de Berne traite les étrangers sur le même pied qne les nationaux ; mais il permet au Petit Conseil, dans le cas où des vexations sont exercées à l'étranger contre ses sujets, d'ordonner la réciprocité, afin d'amener la réforme de l'abus [3]. Le Code du canton de Fribourg contient une disposition absolument analogue dans son article 10 [4].

Monaco. — Le code civil de la principauté de Monaco fait dépendre la capacité des étrangers de la réciprocité de fait. L'article 11 est ainsi conçu : « Un étranger jouira des mêmes droits et avantages que ceux qui sont ou seront accordés aux sujets monégasques par les lois de la nation à laquelle cet étranger appartient ». Le principe général posé dans cet article a été appliqué au droit de succession par l'article 609 [5].

1. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 69.
2. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 260.
3. Anthoine de Saint Joseph, t. IV, p. 31.
4. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 87.
5. De Rolland, *Journal du droit international privé*, 1890, p. 63.

Norwège. — La loi consacre le système de la réciprocité simple [1].

Suède. — Jusqu'à une époque encore très récente, la condition de l'étranger en Suède était des plus précaires et, encore aujourd'hui, une ordonnance du 3 octobre 1829 ne lui permet d'y acquérir des propriétés immobilières qu'en vertu d'une autorisation gouvernementale. Des incapacités de tout genre frappaient l'étranger; elles ont fort heureusement été atténuées, ou même complètement abrogées [2]. Dans le droit actuel, c'est sous condition de réciprocité que les étrangers sont admis à la jouissance des droits civils. Application de ce système a été faite aux droits héréditaires, toutefois avec quelques modifications qui tantôt l'atténuent et tantôt l'aggravent. Voici comment sont conçues les dispositions du chapitre XV du titre des successions relatives à cette question : Article 1er. — « Les héritiers d'un pays où les Suédois ne sont pas admis à succéder ne peuvent hériter à leur tour en Suède, à moins qu'ils ne soient des descendants du défunt et qu'ils ne semblent fixer leur domicile dans le royaume; mais ils sont tenus alors de donner caution dans l'an et jour. Hors ce cas, la succession sera recueillie par les héritiers indigènes et, à leur défaut,

1. Anthoine de Saint-Joseph, t. III, p. 4, col. 1.
2. Dareste, *Journal du droit international privé*, 1880 p. 434 et s.

par le roi. — Article 2. — L'étranger, citoyen d'un État où les Suédois ont la faculté d'hériter, peut recueillir un héritage en Suède ; mais, s'il veut réaliser la succession et en emporter la valeur à l'étranger, il en donnera un sixième au roi, à moins de traités contraires. Si cet héritier n'établit pas ses droits dans l'an et jour à partir de l'époque du décès du défunt, l'héritier le plus proche résidant en Suède sera appelé à succéder, pourvu qu'il produise ses titres dans les trois mois après l'expiration du temps accordé à l'étranger. A défaut par lui de faire cette justification, s'il n'existe pas d'héritier dans le royaume, le roi, ou celui qu'il désignera, recueillera la succession. — Article 3. — Si des héritiers étrangers ne se présentent pas dans l'an et jour après le décès et qu'ils ne justifient pas d'empêchements légitimes, les héritiers suédois, déjà envoyés en possession de la succession, en seront définitivement saisis [1]. »

A raison de l'union intime qui existe entre les deux Royaumes Scandinaves, les Norwégiens ont été depuis l'union soumis à un régime tout exceptionnel et de faveur, et, aujourd'hui bien que les étrangers aient vu disparaître la plupart des incapacités qui les frappaient, les Norwégiens se trouvent cependant dans une situation privilégiée qui a été réglée par la loi du 4 juin 1863 [2].

1. De Saint-Joseph, t. III, p. 516.
2. Dareste, *op.* et *loc. cit.*

Finlande. — Les provinces finlandaises de l'Empire Russe étant restées soumises à la législation suédoise, le système de la réciprocité simple y est toujours en vigueur, contrairement aux lois de l'Empire qui reconnaissent la capacité successorale des étrangers, sans aucune condition de réciprocité [1].

Serbie. — L'unique article du Code civil serbe qui ait trait aux étrangers en matière successorale est l'article 423 ; il est ainsi conçu : « Tout ce qui a rapport aux droits qu'auront les étrangers sur la succession d'un citoyen Serbe sera déterminé par les traités de nation à nation et jugé d'après ces traités. » En conséquence, de nombreux traités ont été conclus par cet État avec les autres nations ; tous portent que les sujets des puissances signataires jouiront sur leurs territoires respectifs d'une capacité pleine et entière. Il nous reste maintenant à rechercher quels droits héréditaires sont reconnus aux étrangers qui ne peuvent invoquer en leur faveur une convention diplomatique ? La réponse se trouve dans l'article 47 du Code civil qui décide d'une manière générale que « l'étranger jouira en Serbie des mêmes droits que ceux accordés aux Serbes par l'État auquel cet étranger appartiendra ; dans le cas de doute, l'étranger doit en fournir la preuve ». Le système consacré par la légis-

1. Lehr, *Eléments de droit Russe*, p. 456.

lation serbe est donc celui de la réciprocité simple ; dans les cas où un étranger prétend avoir des droits à une succession ouverte dans ce pays, il lui suffit de prouver qu'aucune incapacité ne frappe les Serbes dans l'état dont il fait partie [1].

Pérou. — Le Code civil du Pérou a réglé, dans le titre 18 de la section IV du livre II, la dévolution des biens de l'étranger qui meurt sans avoir testé. Laisse-t-il une famille péruvienne, sa succession lui reviendra sans aucune contestation possible. Laisse-t-il une famille étrangère, il faudra prouver que, dans le pays où cette famille se trouve, les Péruviens jouissent du même droit de succession *ab intestat*. En effet, aux termes de l'article 635, un étranger ne peut acquérir comme héritier des biens se trouvant au Pérou, s'il ne justifie que dans son pays les Péruviens jouissent du même droit d'hériter. Si cette preuve n'est pas fournie, si la réciprocité n'est pas constatée, il y a lieu alors à l'application de l'article 883, d'après lequel c'est la bienfaisance du lieu où le *de cujus* mort avait son domicile qui doit lui succéder ; c'est le fics qui jouit de ce droit dans le cas où l'étranger décédé était simplement de passage. Le Pérou a conclu un grand nombre de traités sur ce point avec les diverses nations américaines et européennes ; tous reconnaissent aux

1. Pawlowitch, *Journal du droit international privé*, 1884. p. 24 et s.

aux étrangers la jouissance des droits héréditaires et écartent l'application des dispositions qui seraient de nature à leur causer un préjudice. Mais, ainsi que nous l'avons dit, la législation de ce pays est peu rigoureuse. La seule incapacité qui puisse atteindre un étranger en matière successorale provient du défaut de réciprocité, et elle ne peut avoir beaucoup d'occasions d'être appliquée puisque la plupart des pays qui ont traité avec le Pérou ont consacré la capacité pleine et entière, et que le même principe est destiné à se trouver reproduit dans les autres traités qui seront conclus par la suite. Il paraît du reste que le gouvernement use en général d'une grande tolérance à cet égard. On cite, par exemple, une décision de 1832 par laquelle le gouvernement a refusé de recueillir les biens compris dans la succession d'un citoyen des Etats-Unis, à l'exclusion de ses héritiers naturels. Sur ce point, la tolérance administrative a corrigé l'imperfection de la loi ; mais il n'en est pas moins vrai que ce n'est qu'une tolérance et qu'en droit strict, les étrangers qui ne peuvent prouver que leur législation nationale reconnaît la vocation héréditaire des Péruviens, peuvent être écartés de la succession à laquelle ils sont appelés à raison des liens de parenté qui les rattachaient au *de cujus* [1].

1. Pradier-Fodéré, *Journal du droit international privé*, 1879, p. 250 et suiv.

3e GROUPE

A ce groupe appartiennent les législations qui font de la réciprocité diplomatique la base de la condition civile des personnes étrangères. Ce système, d'abord très répandu à raison de l'influence du Code civil français, a été modifié dans bien des pays, ainsi que nous l'avons déjà vu, surtout en ce qui concerne la condition des étrangers au point de vue successoral; c'est aujourd'hui un des moins suivis.

Prusse-Rhénane. — Dans la Prusse-Rhénane, le Code civil français étant toujours resté en vigueur dans sa forme primitive, l'article 726 est toujours appliqué et, par conséquent, le système de la réciprocité diplomatique qu'il consacre.

Luxembourg. Il faut en dire autant et pour les mêmes raisons du Grand-duché de Luxembourg.

Pologne. — La Pologne, bien que faisant partie intégrante de l'empire Russe, est toujours régie par la législation française. Il en résulte que, par dérogation

aux règles générales suivies en Russie, un étranger n'est admis à succéder dans ce pays qu'autant qu'il peut se prévaloir d'un traité conclu par la nation dont il fait partie [1]. L'ukase de 1887, dont nous avons déjà parlé, et aux termes duquel les étrangers sont obligés de vendre, dans un délai de trois ans, les immeubles dont ils ont pu hériter, s'ils sont situés en dehors des villes, s'applique dans les dix gouvernements du royaume de Pologne.

Suisse : *cantons de Genève, des Grisons, du Valais.* — Quelques cantons suisses suivent le système de la réciprocité diplomatique. Il en est ainsi à Genève où la législation française a été adoptée, et où aucune réforme n'a été apportée [2]. La législation du canton des Grisons admet des principes identiques [3]. Enfin, le Code civil du canton du Valais, dans ses articles 7, 582, 769, n'admet les étrangers à succéder que dans le cas où ils peuvent invoquer un traité en leur faveur [4].

Louisiane. — Le Code de la Louisiane a été copié sur le Code civil français; l'article 1477 est la

1. De Saint-Joseph, V° *Pologne*, t. III, p. 90, notice.
2. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 185.
3. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 203.
4. Anthoine de Saint-Joseph, t. IV, p. 321, 341, 350.

reproduction de l'ancien article 726 qui consacrait le système de la réciprocité diplomatique[1].

Bolivie. — L'article 18 du Code de la Bolivie est analogue à l'article 11 du Code civil français : aucune restriction n'est apportée en matière héréditaire. Il en résulte donc qu'un étranger ne pourra succéder aux biens situés sur le territoire de cet état que dans le cas où il existera une convention diplomatique lui reconnaissant cette faculté[2].

4e GROUPE

Ce groupe comprend les législations, qui maintiennent contre les étrangers des incapacités en matière successorale, non plus à titre de réciprocité, mais par haine ou mépris de tous ceux qui ne font pas partie de la nation Grâce aux progrès de la civilisation, partout le sort des étrangers est devenu meilleur. Les pays les plus réfractaires aux idées nouvelles ont été entraînés dans le mouvement qui s'est produit à cet égard, et se sont vus obligés de renoncer, au moins en partie, à leurs anciens usages. Ce n'est plus que dans quelques rares pays qu'il est possible de retrou-

1. Anthoine de Saint-Joseph, *op. cit.*, t. II, p. 513.

2. Anthoine de Saint-Joseph, *op. cit* , t. II, p. 68.

ver les vestiges de cet ancien droit d'aubaine, que Montesquieu qualifiait de barbare et d'insensé.

États-Unis. — La République des États-Unis de l'Amérique du Nord est encore régie par la *common law*, que les émigrants anglais avaient apportée avec eux. Quand les événements du siècle dernier eurent séparé de la Grande-Bretagne les colonies qu'elle y avait fondées, les traditions féodales se maintinrent avec ténacité, en dépit des institutions démocratiques. La nation n'a fait que se substituer à l'ancien seigneur féodal et cette maxime que « le roi est suzerain de toutes les terres », loin de disparaître, a simplement été remplacée par celle-ci, que l'on trouve formulée dans les statuts revisés de New-York : « Le peuple de l'État de New-York est censé posséder la propriété originaire et actuelle de toutes les terres qui se trouvent dans les limites et sous la juridiction de l'État. » La propriété foncière est donc restée ce qu'elle était auparavant : une tenure ; seulement celui qui acquiert une terre est censé la tenir du peuple au lieu du roi ; le nom du suzerain a seul changé. En présence d'un pareil état de choses, l'étranger se trouve tout naturellement exclu ; ne pouvant être uni par les liens de la vassalité à l'État, il ne peut posséder une portion de son domaine ; il ne peut succéder, car il n'a pas le sang héritable.

Cette incapacité féodale se conciliait mal avec les besoins de la société nouvelle qui avait intérêt à favoriser l'émigration sur son territoire et à abaisser toutes les barrières devant les citoyens des autres États, qui viendraient apporter à sa richesse la force de leurs bras et les ressources de leur industrie. Aussi, aux États-Unis comme en Angleterre, des adoucissements successifs ont-ils été apportés à la rigueur du droit ; mais l'autonomie législative des divers États qui composent l'Union Américaine a été un obstacle sérieux à l'amélioration du sort des étrangers. Chacun d'eux en effet est souverain et légifère à son gré dans le domaine du droit privé. Au lieu d'une réforme générale, comme celle qui a été opérée en 1870 en Angleterre, il n'y a eu que des réformes purement locales, et si l'étranger est traité avec faveur dans certains États de l'Union, dans d'autres, la condition qui lui est faite est toujours restée rigoureuse. Nous allons nous occuper des États qui maintiennent contre l'étranger des incapacités successorales [1].

Certaines législations subordonnent pour l'étranger le droit d'acquérir et de posséder des biens-fonds à la condition d'une résidence dans l'État ou tout au moins sur le territoire de la Confédération ; celui qui ne remplit pas cette condition au moment où son droit prend naissance se trouve exclu. Il en est ainsi dans

1. Lawrence, *Commentaires sur les éléments du droit international de Wheaton*, III, p. 89-93.

les États du New-Hampshire, du Kentucky, de l'Iowa, du Nevada, de la Virginie et du Connecticut.

Plusieurs États n'admettent les étrangers à acquérir et à posséder des immeubles qu'autant que ceux-ci ont déclaré leur intention de devenir citoyens des États-Unis, selon les formes exigées pour la naturalisation ; pour acquérir un droit, il faut renoncer à sa patrie, le lien d'allégeance qui relie le particulier à l'État étant exclusif de sa nature. Ce système est suivi dans l'Arkansas, le Delaware, le Maryland, la Caroline du sud. Il y a peu d'années de cela, il était encore en vigueur à New-York : c'est en effet *l'act* du 20 mars 1872 qui l'a abrogé.

La constitution de l'État de Californie du 7 mai 1879, section 17, n'admet à succéder que les étrangers de race blanche ou d'origine africaine. Quelques États, tout en reconnaissant en général aux étrangers la capacité de succéder, leur refusent cependant la capacité de succéder aux citoyens américains. Il en résulte que si une femme américaine épouse un étranger, les biens dont elle hérite, au lieu d'être recueillis par ses enfants, passent à ses parents éloignés ; il ne faut pas oublier en effet que d'après la *common law* la femme en se mariant ne perd pas sa nationalité ; elle reste donc capable de succéder, mais elle ne peut transmettre à ses enfants de sang héritable. Enfin bien des législations, tout en admettant les étrangers à succéder à tous les biens compris dans le patrimoine de leur auteur, leur impo-

sent cependant l'obligation de vendre les immeubles dans un certain délai. S'ils ne se conforment pas à cette prescription, la vente a lieu à la diligence du gouvernement et le prix leur en est remis.

Turquie. — Jusqu'à nos jours les étrangers ont été formellement exclus en Turquie de toutes les successions qu'ils étaient appelés à recueillir. La loi musulmane, telle que la rapporte Ohsonn après avoir posé en principe que rien n'est plus sacré, selon les préceptes divins, que les droits des héritiers légitimes sur les biens de ceux à qui ils appartiennent par le sang, déclare que tout homme a le droit d'hériter de ses proches à moins d'empêchement légal tel que l'état de servitude, le meurtre, *la différence de religion et celle du pays* [1]. Cette incapacité, dictée par le fanatisme religieux autant que par la haine de l'étranger était absolue et ne comportait d'autre exception, que celles résultant des capitulations accordées à certains États européens [2].

Une loi du 7 sepher de l'an 1824 de l'hégire (5 novembre 1868) sur la propriété foncière a consacré des innovations importantes : elle a reconnu aux étrangers le droit de posséder des immeubles en Turquie, droit dont ils avaient été privés jusqu'à cette

1. Ohsonn, cité par Anthoine de Saint Joseph, t. IV, p. 4°4.
2. Ci-dessus, IV^e^ partie, ch. 2.

époque et de les acquérir par donation ou testament.

L'interprétation de cette loi soulève deux questions importantes : 1° les règles libérales qu'elle édicte s'appliquent-elles aux objets mobiliers ? 2° les étrangers autorisés à recevoir par donation et par testament peuvent-ils invoquer un droit de succession *ab intestat* ? La doctrine est divisée sur la réponse qu'il convient de faire. Plusieurs auteurs [1] se prononcent pour l'extension de cette loi. Puisque l'étranger, disent-ils, est capable d'acquérir la propriété foncière au sens large du mot, il doit être aussi capable de succéder et le droit de succession aux immeubles emporte le droit de succession aux meubles ; le législateur en effet n'attache-t-il pas une importance plus grande aux biens fonciers, éléments constitutifs du territoire national qu'aux meubles sans consistance et sans demeure fixe. D'autres auteurs aussi autorisés enseignent que la loi immobilière Ottomane laisse subsister les incapacités de succéder *ab intestat* ; cette loi avait pour objet de réaliser des progrès humanitaires, d'apporter quelques adoucissements au régime antérieur dont la pratique avait démontré les inconvénients ; mais c'est un principe d'interprétation juridique universellement

1. Billitzer, *Jurist-Blatter* de Vienne, 9 mai 1880. « *Ein Beitrag zum studium d'intern. Privatrechts* ; » article anonyme, *Journal du droit international privé*, 1887, p. 286.

2. Vesque de Püttlingen, *Das in Œsterreich-Ungarn gelt, intern. Privatrecht*, 2e édit. 1878, p. 335 ; Weiss, *Journal du droit international privé* 1883, p. 495 et s.

reconnu que les exceptions doivent être strictement limitées aux hypothèses qu'elles visent : *exceptiones sunt strictissimi interpretationis*. On a beau torturer le texte, on n'arrivera jamais à démontrer qu'il ait reconnu aux étrangers le droit de transmettre ou de succéder *ab intestat* à leurs parents, ni qu'il ait parlé des meubles comme des immeubles. A notre avis cette dernière opinion est la plus juridique. Comment soutenir que la loi du 7 sepher ait entendu reconnaître aux étrangers la capacité générale de succéder alors que précisément elle limite, par une disposition formelle, aux libéralistes entre-vifs ou testamentaires la faculté nouvelle qu'elle leur attribue ?

La réaction qui se manifeste aujourd'hui contre les derniers vestiges du droit d'aubaine est telle que le Conseil d'État par son parère du 24 trémouz : 1 (12 juillet 1876) a donné à la loi du 7 sepher l'interprétation la plus libérale ; il a décidé en effet, « que les immeubles acquis par les citoyens en vertu de la loi leur concédant le droit de posséder doivent être dévolus par succession à leurs héritiers légitimes ». Ce droit, du reste, comporte certaines exceptions. C'est ainsi que le Conseil d'État, dans la même décision, a admis que les terres domaniales appartenant à un sujet ottoman décédé ne peuvent pas passer par héritage à ses parents étrangers « attendu, dit-il, que la loi du 7 sepher a autorisé les étrangers à posséder en Turquie,

mais qu'elle ne leur a pas donné le droit de succéder aux biens du sujet ottoman, que la prohibition mentionnée dans l'article 110 de la loi sur la propriété domaniale a été dictée pour sauvegarder leur nationalité, chose à laquelle tous les gouvernements attachent une grande importance et que le gouvernement impérial doit prendre en sérieuse considération, que dans ces circonstances l'article précité doit recevoir son application et que les étrangers ne doivent pas être admis à succéder aux terres domaniales, biens, meubles ou immeubles délaissés par un sujet ottoman [1] ».

Les tribunaux [2] déclarent également que les étrangers sont incapables de se succéder respectivement, lorsqu'ils appartiennent à une nationalité différente ; ils invoquent comme motifs l'article 110 de la loi sur la propriété foncière dont parle le parère du Conseil d'État et la règle religieuse dite « Ihtilaf-ul-dar » (diversité de demeures) que Tornaud formule ainsi dans son traité de droit musulman [3], « les infidèles ne se succèdent respectivement que lorsqu'ils vivent dans le même pays ; les musulmans au contraire héritent les uns des autres ; peu importe ou non qu'ils soient sujets du même État. »

1. *Journal du droit international privé*, 1887, p. 285 et s.
2. *Journal du droit international privé*, 1887, p. 280.
3. Tornaud, *Traité de droit musulman*, p. 255.

DEUXIÈME PARTIE

DU

CONFLIT DES LOIS SUCCESSORALES

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

Toutes les fois que l'étranger a été admis à transmettre sa succession, s'est posée la question de savoir par quelle loi cette succession devrait être régie. Suivant les époques, selon le génie particulier à chaque peuple, elle a reçu les solutions les plus diverses et cela n'a rien de surprenant si l'on considère que cette question est peut-être la plus ardue du droit international privé[1].

Il paraît tout naturel d'en rechercher l'origine en droit romain. Elle devait en effet se présenter à de fréquentes reprises, non à cette époque ancienne où l'on ne connaissait que des citoyens et des ennemis, où l'on disait en parlant des étrangers : *contra hostes æterna auctoritas* ; mais à cette époque plus avancée de sa civilisation, où Rome devenue la maîtresse du

1. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 262.

monde, a soumis à sa domination les peuples les plus divers. Les conquérants romains, autant par tolérance que par esprit politique, s'étaient bien gardés d'imposer leurs lois aux cités et aux nations que la fortune des armes avait trahies à leur profit ; ils respectaient en général les coutumes nationales des vaincus [1]. Aussi dans l'immense empire Romain se trouvait-il une foule de lois diverses qui s'appliquaient parallèlement avec le droit romain : le *jus civile* régissait les rapports des citoyens entre eux tandis que les relations juridiques des différents peuples étaient réglées par leurs coutumes nationales ; c'est ce que prouve un nombre considérable de textes [2]. Le pérégrin — c'était le nom que l'on donnait aux habitants des provinces incorporées à l'empire [3] — faisait partie de l'état à titre de sujet ; mais il restait étranger en tant qu'il ne participait pas à la cité romaine et aux droits qui en découlaient. Cela étant, qu'arrivait-il, lorsqu'un de ces pérégrins venait à mourir laissant des biens sur le territoire romain ? Cicéron nous affirme que sa succession *ab intestat* était dévolue conformément aux prescriptions de la loi personnelle [4]. Reste à savoir quelle était cette loi personnelle. Deux liens

1. Tite Live, XXXIII, 32.

2. Voy. De Savigny, *Traité de droit romain* (traduction Guenoux), t. VIII, 357. — Chénon, *La loi pérégrine à Rome, Bulletin de comité des travaux historiques et scientifiques*, 1890, p. 231 et s.

3. V. ci-dessus, p. 12.

4. Cicéron, *In Verremactio secunda*, II, XXII, - *ad familiares* XIII, 30.

personnels mais de nature bien différente peuvent relier un individu à une cité quelconque ; la nationalité et le domicile. De Savigny se prononce pour la nationalité : « Je tiens pour incontestable, dit-il, que quand une personne avait le droit de cité et un domicile dans des villes différentes, le droit local qui devait la régir était déterminé par le droit de cité. Voici les motifs qui militent en faveur de cette opinion. D'abord si l'on compare le droit de cité au domicile qui dépendait d'une volonté capricieuse et arbitraire, le droit de cité était un bien plus étroit et supérieur en soi. Secondement, il était le plus ancien, car il remontait à l'époque de la naissance et le domicile existant ailleurs ne pouvait être que le résultat d'un acte postérieur de volonté libre ; l'on ne voit donc aucune raison de changer le droit une fois établi pour la personne[4]. » Cette argumentation est parfaite à notre avis ; il en résulte donc que les Romains paraissent avoir admis que chacun même en dehors de sa patrie relevait des lois qui la régissaient et que la succession notamment devait être dévolue conformément à la loi nationale du *de cujus*, solutions éminemment rationnelles, et qui aujourd'hui sont enseignées par les meilleurs auteurs. Cependant il faut bien se garder de

4. Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 357. Ce passage est très important ; il fait fort bien ressortir les avantages de la loi nationale sur la loi du domicile. Comment se fait-il que le savant romaniste ait donné la préférence au domicile dans le droit actuel ? Il a pour ainsi dire, réfuté son opinion lui-même.

croire que les Romains aient eu une vue exacte du problème qui nous occupe : pour qu'il y ait un véritable conflit il faut, en effet, qu'on reconnaisse à la loi une souveraineté : personnelle et territoriale, et le conflit double existe, lorsqu'on recherche dans un cas donné, s'il convient d'appliquer la loi territoriale ou la loi personnelle. Or les Romains n'ont pas connu la souveraineté territoriale de la loi ; ils ne concevaient pas qu'une personne pût être régie par une autre loi que celle sa *civitas*. Un des aspects du problème leur a donc échappé [1].

Toute question de cette nature du reste cessa de se poser quand Antonin Caracalla eut admis tous les habitants de l'Empire au droit de cité romaine, si l'on reconnaît que la concession s'étendit aux peuples à soumettre [2]. La Constitution eut pour résultat la plus large application du droit romain dans les provinces et contribua puissamment à le maintenir pendant le moyen âge dans les pays soumis autrefois à la domination romaine. Sans doute, il y eut toujours des personnes qui firent partie de l'Empire sans être citoyens : ce furent les latins juniens et les deditices; mais l'on sait qu'ils ne peuvent transmettre leurs biens à cause de mort et que le fisc est leur héritier de droit.

Si les institutions romaines ne nous offrent aucune

1. Lainé, *op. cit.*, p. 55. Weiss, *op. cit.*, p. 264. Conf. Chénon, *op. cit.*, p. 235.

2 V. ci-dessus, p. 14.

règle de droit international privé applicable au règlement de la succession, il faut en dire autant du système tout particulier que l'invasion barbare avait établi sur le vieux sol de la Gaule. Quand les envahisseurs eurent détruit ce qui restait du monde Romain, ils se trouvèrent en présence d'un état de choses tout particulier. Les populations qu'ils venaient de vaincre jouissaient d'une civilisation avancée ; la conquête avait mis en présence des peuples dont les mœurs et les lois étaient complètement différentes ; le vainqueur qui ne voulut pas accepter les lois du vaincu se reconnut impuissant à lui imposer les siennes. Chaque peuple fut donc régi par sa loi nationale [1], le Frank, par la loi Salique ou par la loi Ripuaire, le Burgunde, par la loi Burgunde, le Romain, par la loi Romaine [2], et c'est ainsi qu'au IX^e^ siècle de notre ère, il pouvait arriver, au témoignage d'Agobardus, évêque de Lyon [3], que cinq personnes devisant ensemble fussent soumises à une loi différente qui régissait tous leurs rapports de droit [4]. La dévolution de la succession et le partage des biens dans ce système étaient donc

1. Sur ce point, voyez de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge* (Traduction Guenoux), t. I, p. 89 et s.

2. L'église et les membres du clergé reconnaissaient l'autorité de la loi romaine. « *Secundum legem romanam a qua Ecclesia vivit* », dit la loi des Ripuaires, tit. 2, VIII, § 1.

3. Lettre d'Agobardus à Louis-le-Débonnaire.

4. C'est ce que prouvent un grand nombre de textes. V. Savigny, *op. cit.*, p. 103.

soumis aux règles générales et se déterminaient suivant la loi personnelle du *de cujus*.

Quelques auteurs [1] attribuant une importance exagérée à la personnalité des lois barbares y voient l'origine de la doctrine des statuts. Cette opinion nous paraît tout à fait inacceptable. Pour les Barbares, en effet, comme pour les Romains, la loi était rigoureusement personnelle et n'était que personnelle ; il ne pouvait donc exister aucun conflit entre sa souveraineté sur les personnes et une souveraineté territoriale qui lui était refusée [2].

C'est dans le régime féodal et dans la réaction que produisit l'esprit de justice, qu'il faut chercher le germe du problème qui nous occupe [3]. Dans le désordre des X^e^ et XI^e^ siècles, à cette époque où la force règne, où on lui reconnaît l'autorité du droit, se produit, au point de vue juridique, une révolution importante, qui, au système de la personnalité des lois, fait succéder le système de la réalité des coutumes. La France est divisée et sous-divisée en une foule de châtellenies, de baronnies et chaque seigneur est roi dans ses domaines. Le pouvoir central disparaissant, tout se localise, droit, mœurs, idées. « Quand les ducs et les comtes devinrent seigneurs propriétaires des duchés et des comtés, la personnalité des lois germani-

1. Laurent, *Droit civil international*, t. I, nos 102-106. — Barde, *Théorie traditionnel'e des statuts*, introduction, n° 11.

2. Lainé, *op. cit.*, p. 57. — Weiss, *op. cit.*, p. 265.

3. Lainé, p. 73 et s — Weiss, p. 270.

ques s'effaça par degrés devant l'établissement héréditaire d'un gouvernement local. Le Frank, le Wisigoth, le Bourguignon, ne pouvait plus invoquer sa loi nationale, car la nationalité individuelle cessa d'être distinguée dans le fief. Les individus bourguignons, wisigoths, franks n'étaient plus que les hommes de la terre qui appartenait au seigneur. C'est la loi de ce seigneur qui devenait la loi de ces hommes [1]. » Dans chaque seigneurie, il existait donc une loi ou plutôt une coutume particulière qui régissait tous ceux qui s'y trouvaient, mais dont l'autorité ne dépassait pas les limites du territoire. La féodalité fit durement sentir son empire à l'étranger. L'aubain — et l'on désigne sous ce nom, ainsi que nous l'avons dit [2], aussi bien l'homme qui est né hors de la chatellenie que celui qui vient d'un pays étranger — est réduit à la condition du serf ou tout au moins est frappé de sévères incapacités surtout au point de vue successoral ; s'il conserve pendant sa vie la jouissance de ses biens, il ne peut avoir d'autre héritier que le seigneur. Mais cet usage barbare avait de bonne heure reçu de nombreux tempéraments et il disparut définitivement quand la royauté eut réussi à faire admettre que le droit d'aubaine était un droit régalien. Du jour où l'aubain avait été admis à transmettre à ses héritiers naturels les biens qu'il possédait sur

1. Laferrière, *Histoire du droit*, t. IV, p. 240.
2. Voy. ci-dessus, p. 25.

possédait sur le territoire de la seigneurie, s'était aussitôt présentée la question de savoir suivant quelle coutume devrait s'en opérer la transmission. Il est bien probable qu'à l'origine la coutume de la situation des biens était seule applicable.

Nous avons des textes très anciens qui nous montrent que la succession immobilière était gouvernée par la *lex rei sitæ*.

C'est ainsi qu'en 1249, on trouve un acte par lequel un seigneur demande au roi saint Louis d'être jugé en sa cour royale au sujet de quelques châteaux qui lui venaient en héritage « *secundum usus et consuetudines locorum ubi sita sunt dicta castra*[1] ».

Laferrière cite dans le même sens un arrêt du Parlement de 1283 que rapporte Chabot dans son commentaire de la *Coutume d'Auvergne*[2].

Boullenois, en parlant du conflit des lois successorales, indique le fait suivant : « C'est par le principe de la réalité que Philippe-le-Bel adjugea le comté d'Artois, vacant par la mort de Robert II, à Mahaud sa fille, par préférence à Robert d'Artois, fils de Robert II et neveu de Mahaud, fondé sur ce que la représentation n'avait pas lieu dans le comté d'Artois[3]. »

1. L. P. Martenne, en son livre intitulé : *Veterum scriptorum collectio*, colonne 2e, t. I, p. 1303 et 1304. — Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des coutumes*, t. I, p. 230.

2. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 219.

3. Boullenois, *Tr. de la personn. et de la réalité des coutumes*, t. I, p. 231.

Enfin dans son commentaire sur la *Coutume de Paris*, Choppin rapporte un arrêt de 1312 inséré au *Registre des Enquêtes* de la cour, au feuillet 131, qui décide que tout partage d'immeubles entre cohéritiers ou copropriétaires doit s'accomplir conformément aux dispositions de la coutume locale [1].

En ce qui concerne la succession mobilière, nous ne connaissons aucun document. Tout cependant porte à croire qu'elle fut régie exclusivement par le droit du pays où se trouvaient les biens. Le droit d'aubaine, en effet, n'est pas autre chose que la souveraineté territoriale dans toute sa rigueur. Sous sa forme primitive et la plus tranchée, aucun des biens, meubles ou immeubles ne passait aux héritiers ; tout appartenait au seigneur. Sous une forme plus adoucie, tous les biens étaient régis par le droit de ce pays sans distinguer entre les meubles et les immeubles [2]. L'aubain aurait été mal fondé à se plaindre d'un pareil régime, car il constituait encore un véritable progrès sur le régime antérieur. Cette stricte territorialité de la loi est du reste absolument conforme à l'esprit féodal. Suivant l'expression de Boullenois, les lois à cette époque étaient ennemies [3]. « Les barons, dit M. Laurent, étaient jaloux de leur souveraineté et, de même qu'un propriétaire exclut de son domaine ses voisins et ne

1. Choppin, *Commentaires sur la coutume de Paris*, liv. II, titre 1er, n° 4.
2. De Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, § 376, p. 297.
3. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*.

leur permet pas de mettre le pied chez eux, les seigneurs écartaient de leur baronnie toute autre autorité que la leur [1]. »

Lorsque les relations juridiques se furent multipliées entre les habitants des différentes seigneuries, l'expérience ne tarda pas à faire ressortir les inconvénients du système suivi, et l'on se demanda dans quelle mesure l'application de la coutume étrangère pouvait se concilier avec la souveraineté du seigneur. « La territorialité du droit et la justice, voilà donc les deux forces dont le choc donna naissance à la théorie des statuts [2]. » C'est en effet à cette théorie que revient l'honneur de concilier ces deux éléments dont l'importance ne saurait être méconnue; c'est elle qui, suivant les circonstances et le génie particulier de chaque peuple, a donné la solution de la question qui fait l'objet de notre travail.

Jusqu'ici nous n'avons parlé que des conflits soulevés entre les coutumes par la succession d'un Français décédé en France, mais les solutions restent les mêmes lorsque le conflit s'élève entre les coutumes étrangères et les coutumes nationales, car les raisons de décider sont identiques. M. Laurent est tombé dans l'exagération, lorsqu'il dit : « Les auteurs français ont écrit de gros volumes in-quarto sur les statuts et je n'y ai pas trouvé la mention d'une loi anglaise et

1. Laurent, *op. cit.*, t. I, p. 280.
2. Lainé, *op. cit.*, p. 74.

allemande. S'ils citent continuellement les coutumes des provinces belges ou hollandaises c'est qu'ils ont sous les yeux les ouvrages des statutaires belges ou hollandais, et ces coutumes ayant même énergie que celles de France, il en résultait un air de parenté qui permettait de les assimiler... On est étonné au premier abord que la jurisprudence et la doctrine n'aient pas cherché à décider les difficultés de droit international proprement dit. Les nations étaient constituées ; elles avaient des rapports de droit qui allaient toujours en s'étendant, et néanmoins il ne se présentait pas au Parlement de Paris de causes internationales. Il y a de cela une raison qui ne fait pas honneur à la royauté ni aux légistes. Pour qu'il puisse s'agir de conflits entre les divers pays, il faut que les étrangers jouissent des droits civils. Or en France, ils n'en jouissaient pas. C'est là, la doctrine romaine et les légistes l'appliquaient avec une rigueur de fer. De là, le droit d'aubaine... Il en résulte une conséquence très importante et qui a eu un long retentissement dans la science ; les statutaires belges et français ne s'occupent pas des lois étrangères ; la pratique les ignorait [1]. » Si nos anciens jurisconsultes ne prévoyaient dans leurs ouvrages que les conflits engendrés par la diversité des coutumes, c'est qu'ils se préoccupaient avant tout de régler les hypothèses les plus fréquentes. Mais jamais le droit d'aubaine n'a été ab-

1. Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 257-258.

solu ; nous avons énuméré les nombreuses excep-
tions [1] qui avaient été consacrées ; mais, il ne suffisait pas de reconnaître à l'étranger la capacité de transmettre sa succession, il fallait encore indiquer la loi d'après laquelle elle devait être régie. Dire que la pratique ignorait ces conflits, c'est émettre une affirmation contredite par des textes positifs. C'est ainsi que Louis XI en créant à Lyon une quatrième foire ne se borna pas dans les lettres patentes de 1462 à affranchir du droit d'aubaine les étrangers qui s'y rendaient, mais il déclara « que leurs héritiers recueilleraient leurs successions suivant les statuts, coutumes et usages de leurs pays, comme si la succession se fût ouverte là même [2] ». Les lettres patentes du 18 janvier 1787 enregistrées aux Parlements de Paris et de Grenoble qui exemptaient les Anglais du droit d'aubaine portent que le procès sera jugé « conformément aux lois anglaises, si la succession est mobilière ; conformément aux lois de la situation, si la succession est immobilière »[3]. Bien mieux, il existe des décisions judiciaires relatives aux conflits des lois françaises et étrangères soulevés par la dévolution d'une succession. Brodeau, dans son commentaire de Louet, déclare avoir été jugé par écrit que la succession mobilière d'un cardinal Français demeurant à Rome ne devrait

1. V. ci-dessus, p. 70 et s.
2. Merlin, *Répert.*, Vo Aubaine 6, no 1.
3. Denisart, *Coll. de décis. nouv*, Vo Anglais, § II.

pas être régie par les lois de France quant aux meubles se trouvant à Rome, parce que, relativement à eux, il avait son domicile dans cette ville[1]. Une décision analogue est contenue dans un arrêt du Parlement de Besançon en date du 26 janvier 1740 : il s'agissait de savoir à quelle loi devait être soumise une indivision entre cohéritiers Français à l'égard de biens situés en pays étranger ; le Parlement fit prévaloir la loi du canton de Fribourg, c'est-à-dire la loi de la situation des biens sur la coutume du comté de Bourgogne[2]. Le droit d'aubaine à la veille de la révolution n'avait plus du reste qu'une existence presque nominale ; grâce aux nombreuses exceptions admises, le principe avait, pour ainsi dire, été abrogé indirectement ; la solution du conflit des lois en matière successorale présentait donc une importance capitale.

C'est l'Italie qui fut le berceau de la théorie des statuts ; c'est dans les écoles de Bologne et de Florence que furent enseignés les premiers principes du droit international privé. Les rapports avec les nations étrangères étaient plus fréquents dans ce pays que partout ailleurs : la richesse de ses cités, la science de ses écoles, attiraient un grand nombre d'étrangers, et de bonne heure les entraves résultant du droit d'aubaine avaient disparu. D'autre part, les habitants

1. Brodeau, et Louet, *Recueil d'arrêts*, lettre C, somm. XVII, n° 4.

2. Bouhier, *Observation sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXVI, nos 233 et s.

étaient conduits, par la nécessité de leur commerce, à entreprendre de nombreux voyages et pouvaient mourir sur la terre étrangère ; de là des conflits pour la dévolution de la succession, de là la nécessité de règles permettant de trancher les difficultés soulevées. La doctrine italienne se développa dans un des milieux les plus favorables. La réalité des coutumes n'était pas un obstacle, car si la féodalité existait encore, elle avait deux ennemis redoutables : les cités dont la richesse et la puissance allaient tous les jours en augmentant, les légistes qui, imbus du droit romain, étaient les ennemis nés de ce régime. Les seigneurs pour conserver quelque puissance avaient dû se faire bourgeois ; mais, en agissant ainsi, ils abdiquaient.

Grâce à ces causes, l'esprit qui régnait en Italie était complètement différent de l'esprit féodal, car le bourgeois, enrichi par le trafic, ne tient pas sa puissance du sol ; le principe de la réalité des coutumes n'a à ses yeux qu'une importance secondaire et ne peut entrer en ligne de compte avec les nécessités du commerce qui conduisent à établir entre les nations une certaine communauté de droit. Les juristes ne subirent donc pas l'oppression des idées féodales, et « au fond, sinon toujours dans la forme, s'inspirèrent de la raison pour trouver des solutions au conflit des lois [1] ».

Le conflit des lois s'élève-t-il en matière de suc-

1. Lainé, *op. cit.*, p. 111.

cession? La doctrine italienne donne toutes les solutions possibles et, à ce point de vue, offre le champ d'études le plus curieux et le plus instructif. Il ne faut pas oublier du reste que nos anciens jurisconsultes s'inspirèrent de ses théories et même aidèrent à leur formation : s'il faut en croire une tradition rapportée par d'Argentré,[1] ce serait un Français, Jacques de Réviguy qui aurait soulevé le premier la question de savoir quelle loi devait être appliquée au règlement de la succession *ab intestat*, lorsque le *de cujus* laissait des biens répartis entre les territoires de plusieurs nations.

Nous écarterons d'abord deux opinions, attribuées l'une et l'autre à *Jacobus Butrigarius*, l'un des maîtres de Bartole, et qui n'ont aucune valeur, car elles reposent sur des rapprochements purement accidentels. La première consistait à soumettre la succession à la loi du lieu où s'était faite l'adition d'hérédité, parce que cet acte est un quasi-contrat [2]. Cet argument est loin d'être probant ; car, ainsi que l'a fait remarquer Bartole, l'adition d'hérédité, n'a pas de valeur par elle-même ; elle dépend de l'institution. D'après la seconde opinion, il fallait appliquer la loi du lieu où le *de cujus* est mort, parce que la succession *ab intestat* est une sorte de testament tacite et que les actes de

1. D'Argentré, *Commentaria in patrias Britonum leges*, art. 218, gloss. 6, n° 10.

2. Tiraqueau, *De jure primigeniorum*, question 46, n° 9.

volonté sont régis par la loi du lieu où ils se sont produits [1]. Alberic de Rosate qualifiait cette opinion de singulière, et il avait raison ; comment pourrait-on soutenir logiquement que le *de cujus* a entendu se référer aux dispositions d'une législation, qui, par la force des choses, lui était inconnue?

Les systèmes vraiment sérieux peuvent se ramener à trois dont quelques-uns présentent des divergences.

Le premier système consiste à appliquer à la dévolution et au partage des immeubles la loi du lieu où ils sont situés ; si les biens sont répartis entre plusieurs pays soumis à des lois différentes, le patrimoine sera divisé en autant de successions particulières et chacune d'elles sera régie conformément aux dispositions de la *lex rei sitæ*. Ce système est le plus ancien ; de bonne heure, il avait été adopté par Jacobus de Ravena, par Guillelmus de Cuneo et par Cinus [2]. Plus tard, il fut enseigné par Balde avec la plus sérieuse autorité : la manière dont ce jurisconsulte expose son opinion, la réponse qu'il fait aux objections qui lui sont opposées, méritent d'être remarquées [3] ; car aujourd'hui la question se présente dans les mêmes conditions et on emploie le même argument pour combattre la doctrine traditionnelle dont ce jurisconsulte se faisait le

1. Tiraqueau, *op. cit.*, n° 10.

2. Tiraqueau, *op. cit.*, n° 2.

3. Baldi Ubbaldi, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libros, in l. cunctos populos*, n° 84.

défenseur au XIV^e^ siècle. Avant d'en venir à la succession *ab intestat*, Balde prévoit l'hypothèse où le *de cujus* laisse un testament : il décide que le baron français pourra léguer tous ses biens à son fils aîné, y compris les biens situés en Italie, quoique la coutume française déroge gravement au droit commun. « *Veritas est ex quo valet testamentum, porrigitur ad omnia ; nam, cum effectus insit tuæ causæ et titulo, et, tunc sicut titulus est utilis, ita effectus est indivisibilis.* » Mais la solution restera-t-elle la même si le baron n'a pas testé, s'il s'agit de la dévolution de sa succession *ab intestat* ? On l'a soutenu, nous affirme-t-il, en assimilant la succession *ab intestat* à la succession testamentaire : « *nam qui non testat expresse, videtur tacite testari* ». Balde n'accepte pas cette manière de voir; car toute loi successorale concerne les biens plutôt que les personnes, d'où la conséquence logique qu'il faut appliquer rigoureusement la loi de la situation des biens. Quant à l'objection tirée de ce que la succession *ab intestat* est une sorte de testament tacite ; elle ne lui paraît pas concluante, car ce n'est qu'une fiction. « *In hoc sequitur, ut in castris, quæ sunt in Francia succedit primogenitus solum, secundum legem Francorum, sed in castris quæ sunt in Lombardia succedunt omnes æqualiter, nec tenebitur primogenitus conferre, quia istud est proprium locum ex eadem causa dependens ; ideo non habet locum collatio et istam partem teneo. Non obest ut videtur non testando testari, nam ista*

est quædam fictio quæ non confert titulum testamenti. »

Si les auteurs que nous venons de citer sont d'accord pour soumettre la succession immobilière à la loi territoriale, suivent-ils la même règle à l'égard de la succession mobilière ? Sur ce point nous ne connaissons pas la doctrine de Jacobus de Ravena, de Guillelmus de Cuneo, de Cinus. Peut-être pensaient-ils que la *lex rei sitæ* devait être appliquée aux biens compris dans la succession, quelle que fut leur nature? Dans tous les cas, tel n'est plus le sentiment de Balde. Ce jurisconsulte, en effet, dans le commentaire d'une loi du Code, dit très catégoriquement : « *Mobilia personam sequuntur ; immobilia vero territorium* [1] ». Voilà donc formulée pour la première fois la célèbre distinction entre les meubles et les immeubles ! Le passage suivant de Salicet nous prouve qu'elle obtint un plein succès. « *Si vero Lucanus ille decessit in sua civitate originaria, nec domicilium alibi habebat et tunc aut bona sunt mobilia, aut jura et actiones : si mobilia, aut non erant ibi perpetuo destinata, ut videbimus in mercaturiis ad vendendum in Anglicanam transmissis, et in illis indubitanter statutum et consuetudo originis servari debet. Aut erant ibi perpetuo destinata et tunc ut de bonis illius loci ut in se. Si aut bona sunt immobilia, et tunc licet hoc dubium sit arduum, tunc teneo, ut consuetudo et statutum loci originis in quo moritur,*

1. L. *Mercatores,* (L. 4, *De commerciis et mercatoribus*, liv. IV, titre 63). Baldi Ubbaldi, *Commentaria in quartum et quintum Codicis libros.*

debeat et in bonis servari [1]. » Ainsi d'après ce jurisconsulte, la loi territoriale avait été définitivement abandonnée pour la succession mobilière ; ce n'est plus qu'à l'égard de la succession immobilière qu'elle trouvait des défenseurs.

Le système que nous venons d'exposer, qui devait exercer un si grand empire en France, et dans la plupart des autres pays, ne triompha pas en Italie : ce fut peut-être celui qui eut le moins de succès. Et cela n'a rien de surprenant si l'on considère l'état d'esprit des juristes italiens : adversaires de la féodalité, ils ne s'inclinent pas devant la territorialité des coutumes ; admirateurs fanatiques du droit romain, ils cherchent à faire triompher ses doctrines ; or c'est un principe universellement reconnu, « que la base de la succession romaine est la succession, *per universitatem*, qui existe dans toute succession, et auprès de laquelle tous les autres rapports de droit nous apparaissent comme secondaires [2] ». La nature juridique du droit successoral devait conduire les commentateurs du droit romain à adopter une solution différente du premier système pour le conflit des lois.

Le système de la personnalité du droit trouva en Italie de brillants défenseurs ; au XIV[e] siècle, Albéric de Rosate l'enseigne dans ses ouvrages et d'après

1. Bartholomœi a Saliceto, *Pars prima in primum et secundum libros L. cunctos populos.* n° 14.

2. De Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, § 376.

son témoignage même il n'était pas le seul ; Balde, nous l'avons vu, le mettait en parallèle avec celui qu'il adoptait, et enfin Salicet, qui défendit remarquablement cette opinion, nous apprend qu'elle était fortement soutenue : « *et prædicte bene nota quia sic consului et de facto obtinui, et in hanc opinionem concurrunt valentissimi doctores, tam in Bononia quam in Florentia* [1] ».

Des divergences importantes existaient entre les auteurs qui avaient adopté ce système. La succession doit être régie par la loi personnelle du *de cujus* ; voilà le point commun et sur lequel tout le monde est d'accord. Mais quelle est cette loi personnelle dont il faut faire l'application ? C'est alors qu'apparaît le désaccord : les uns se prononçant pour la loi nationale ; les autres pour la loi du domicile.

C'est une belle question, dit Albéric de Rosate, que celle de savoir par quelle loi doit être régie la succession de celui qui laisse des biens dans différents pays. Faut-il suivre le statut de la situation des biens ? Ne faut-il pas, au contraire, appliquer le statut du lieu d'origine ? C'est en faveur de cette seconde opinion que se prononce Albéric de Rosate ; toutes les dispositions relatives au régime successoral lui paraissent personnelles et non réelles, « *quia confunditur obligatio per successionem, quasi sit factus creditor, idem cum persona debitoris* ». Le caractère de personnalité de l'hérédité, ajouta-t-il,

1. Salicet, *op. cit.*, n° 12.

ne fera aucun doute si l'on considère que le *de cujus* peut ne posséder aucun bien, et que cette circonstance n'empêche pas qu'il ait un héritier [1].

La doctrine d'Albéric de Rosate a été précisée par un de ses disciples. Ludovicus Romanus l'interprétait en ce sens que la loi applicable était toujours la loi du lieu d'origine du défunt, même dans le cas où il avait changé de domicile [2].

Si Albéric de Rosate donne, dans tous les cas, la préférence à la loi nationale du *de cujus*, Salicet [3] propose au contraire de soumettre le règlement de la succession mobilière et immobilière à la loi du domicile, sans toutefois refuser toute application à la loi nationale. Pour bien comprendre la doctrine de ce jurisconsulte, il faut, imitant son procédé, examiner successivement deux hypothèses qui peuvent se présenter.

En premier lieu, il peut arriver que le *de cujus* ait son domicile dans sa ville natale et qu'au cours d'un voyage il vienne à mourir à l'étranger, en Angleterre par exemple. Dans ce cas pas de difficulté ; d'après Salicet il n'est pas douteux que la loi applicable à tous les biens soit le statut national ; la raison invincible, à

1. Albericus de Rosate, Bergoniensis, *in primam Co licis partem commentaria* (édition de Venise, MDXXXVI). *De summa trinitate et fide catholica*, n° 25, fol. 8, verso.

2 Tiraqueau, *de jure primigeniorum*, question 46, n° 11.

3. Bartholomei a Salicato, *Pars prima in primum et secundum libros Codicis L. in cunctos populos*, n° 12 et s.

ses yeux, est que le défunt doit être considéré comme mort avec la volonté formelle de faire passer son patrimoine à ses héritiers, conformément à la loi de son pays : « *tunc statutum et consuetudo originis, a qua non recessit et cui accessit vere, debent attendi et servari : quia secundum illam vivere et mori voluit* ».

La situation devient beaucoup plus délicate lorsque le défunt est mort en Angleterre après y avoir fixé son domicile tout en conservant sa nationalité d'origine. Salicet décide que dans ce cas les lois des deux pays s'appliqueront respectivement aux biens situés sur leur territoire : « *Consuetudo loci ligat forensem ibi domicilium habentem : hoc est quia defunctus fingitur duplex homo videlicet Lucanus ratione originis quam sibi mutare non potuit et Anglicus ratione civitatis adeptæ ; ideo ex ejus tacita voluntate consuetudo Lucana servetur in bonis Lucanis et Anglicana in Anglicanis : quia secundum Anglicam ad quam se transtulit, domicilium sibi constituit vivere et mori voluit.* »

Pour justifier la distinction qu'il établit, le jurisconsulte invoque une loi du Digeste, la loi *si adrogator*, *De adoptionibus*[1]. Dans ce texte, Ulpien se demande si l'adrogeant peut user de la substitution pupillaire à l'égard de l'adrogé et il admet l'affirmative *ad quartam solam quam ex ejus bonis consequitur*. Mais

1. L. 22, D., I, VII.

alors, pense Salicet, si cet adrogé a son père naturel, il pourra être l'objet d'une seconde substitution pupillaire et, ayant deux testaments, il aura deux héritiers différents ; il pourra donc présenter ainsi l'aspect d'une double personne. Dès lors, il n'existe plus aucune raison juridique pour qu'il n'en soit pas de même dans l'hypothèse qui nous occupe. En réalité, Salicet n'a pas su suivre jusqu'au bout le principe de l'unité du patrimoine. Il aurait dû, dans cette seconde hypothèse, choisir entre la loi du domicile et la loi nationale.

La doctrine de Salicet, si l'on fait abstraction du malheureux tempérament qu'il y introduit, est fort remarquable, et parmi les nombreuses raisons qu'il entasse pour la défendre, trois sont admirablement motivées ; la science moderne ne fera que les reproduire. La première est tirée de la nature même du régime successoral : aux yeux du jurisconsulte, tout statut successoral a pour but la personne des héritiers ; la condition des biens n'est visée qu'indirectement. Nous connaissons la seconde raison ; c'est celle que Balde avait signalée : l'assimilation de la succession *ab intestat* à la succession testamentaire ; la volonté tacite doit être respectée comme le serait une volonté formellement exprimée. Enfin, la dernière raison qu'il invoque est que la succession constituant une universalité de biens, une chose incorporelle à laquelle il est impossible d'assigner une situation, il en

résulte nécessairement que tous ses éléments doivent être régis par une loi unique, et cette loi ne peut être que celle du *de cujus*.

Ainsi à ne lire que nos anciens auteurs, Boullenois, Pothier, Froland, on croirait que la réalité des lois successorales n'avait jamais été contestée et l'on considérerait l'application de la loi personnelle à la dévolution de la succession comme une opinion absolument nouvelle et fort audacieuse. Et cependant en plein moyen âge, cette doctrine, si elle n'avait pas triomphé, avait eu tout au moins son heure de succès; de nombreux jurisconsultes avaient enseigné l'unité du patrimoine et la personnalité du droit en matière de succession; et de même que les auteurs qui défendent cette opinion, ils s'étaient divisés sur le point de savoir quelle était la loi personnelle applicable : les uns s'attachant à la nationalité tandis que les autres faisaient une plus large part au domicile. La théorie qui soumet la succession à la *lex domicilii*, théorie si brillamment enseignée par de Savigny [1] et adoptée par de nombreux auteurs allemands, c'est la théorie de Salicet suivie avec plus de logique et plus de force. La théorie de la loi nationale mise en lumière par Mancini en 1851 [2], c'est la doctrine d'un juriste du XIV[e] siècle d'Albéric de Rosate.

1. De Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, § 375 et s.
2. Mancini, *Della nationalita come fondamento del diritto delle genti* 1851.

Les systèmes que nous venons d'exposer sont absolus, c'est-à-dire qu'ils appliquent la même règle dans tous les cas, quelle que soit la disposition législative dont il faut faire l'application. Mais, si le système de la *lex rei sitæ* faisait une trop large part à la souveraineté territoriale des statuts, le système de la personnalité du droit la méconnaissait trop ouvertement pour que de sérieuses protestations ne fussent élevées contre l'application absolue des lois étrangères aux immeubles situés sur le territoire. Ce fut Bartole, le grand jurisconsulte de l'Ecole italienne qui trouva une conciliation entre les deux idées, conciliation qui parut si bien répondre aux nécessités de la pratique qu'un siècle après sa mort, on ne discute plus le principe de sa doctrine, on ne fait que l'appliquer à des hypothèses particulières. A raison de son importance, nous citons en entier le passage de Bartole. « *Consuetudo est in Anglia, quod primogenitus succedit in omnibus bonis. Modo quidam habens bona in Anglia et in Italia, decessit, quæritur quid juris? Jacobus de Ravena et Guillelmus de Cuneo tenent ut de bonis existentibus in Anglia judicetur secundum consuetudinem illius loci : de aliis, quæ sunt in Italia, stetur juri communi, ut dividantur inter fratres. Idem tenet Cynus. Alii dicunt, ut debet inspici locus, ubi est adita hæreditas, et sic ubi quasi contractus est celebratus sicut in contractibus inspicimus locum contractus. Mihi videtur ut verba statuti, seu consuetudinis*

sunt diligenter intuenda. Aut non disponunt circa rem, ut per hæc verba : Bona decedentium in primogenitum et tunc de omnibus bonis judicabo secundum consuetudinem et statutum ubi res sunt situatæ, quia jus afficit res ipsas, sive possideantur a cive, sive ab advena. Aut verba statuti seu consuetudinis disponunt circa personam, ut per hæc verba : Primogenitus succedat et tunc aut ille talis decedens non erat de Anglia, licet ibi haberet possessiones et tunc tale statutum ad eum et ejus filios non porrigitur, quia dispositio circa personas non porrigitur ad forenses. Aut talis decedens erat Anglicus et tunc filius primogenitus succederet in bonis, quæ sunt in Anglia et in aliis succederet de jure communi, secundum quod dicunt dicti doctores, quia sive dicatur hoc esse statutum primativum de filiis sequentibus, quia est odiosum, non porrigitur ad bona alibi posita ut probatum est in 69. *Sive dicas statutum esse permissivum tollendo obstaculum, ne sequentes filii impediant primogenitos et idem sicut dictum est. Ad hoc, inspiciatur utrum dispositio sit in re vel persona* [1]. »

La théorie de Bartole a soulevé les plus vives critiques ; elle a eu, d'autre part, la plus grande influence. Il importe donc de s'en rendre un compte exact. Notre travail sur ce point consistera : 1° à préciser la doctrine de Bartole, doctrine parfois si mal comprise ; 2° à en suivre les applications faites par ses

1. Bartolus, *In primam Codicis partem, in l. cunctos populos*, n° 42.

disciples; 3° à examiner et à apprécier les critiques dont elle a été l'objet.

La pensée du maître de l'école italienne est celle-ci : tout régime successoral a deux intérêts à sauvegarder; l'intérêt des familles, d'où la conséquence que la dévolution de la succession doit être réglée conformément aux affections présumées du *de cujus*; l'intérêt politique du pays, où les biens sont situés. Le meilleur régime successoral est celui qui concilie le mieux ces deux intérêts. Certaines règles concernent donc les biens, d'autres les personnes *jus afficit res aut personas*. Ces principes admis, la solution du conflit des lois en découle tout naturellement : le statut est-il réel, il sera applicable à toutes les successions laissées sur le territoire, que le *de cujus* soit un citoyen ou un étranger. Le statut est-il personnel? Ses dispositions ne s'étendront pas aux étrangers. Quant aux sujets, elles les suivront en quelque pays qu'ils aillent, mais à une double condition : c'est de ne pas être odieuses, si elles sont prohibitives ; c'est de ne pas être contraires au droit commun, si elles confèrent quelque faculté; toute disposition qui présente un de ces caractères est strictement limitée au territoire, quoique personnelle. Il y a loin de là, comme on le voit, à l'affirmation émise par Dumoulin, que Bartole a reconnu un effet extra-territorial à tout statut personnel. Toute la question consiste donc à savoir dans quel cas un statut est personnel, dans quel cas il est réel?

Le meilleur *criterium* est d'examiner avec soin les termes de la coutume ou du statut; le plus souvent, il n'y aura d'autre moyen que de s'attacher à la construction grammaticale de la disposition qu'il s'agit d'apprécier ; nous disons le plus souvent, car Bartole ne donne ce moyen que comme exemple; ce point est à remarquer.

Telle est la doctrine du maître; nous allons en suivre les applications dans la pratique avec Alexandre[1]; ses consultations « en sont le vivant commentaire[2] ». Dumoulin a répandu cette idée que la doctrine de Bartole avait été combattue en Italie par Alexandre et dans le commentaire qu'il a écrit sur les *consilia* d'Alexandre[3], il s'efforce à chaque instant de relever de prétendues contradictions: grâce à son autorité cette opinion était devenue courante dans notre ancien droit. C'est pourtant une erreur qui provient probablement de ce que Dumoulin n'admettant pas qu'un statut, en matière successorale, puisse être personnel n'a pas suivi avec attention les applications parfois subtiles qu'en fait Alexandre, mais qui reproduisent exactement la doctrine du maître dont il est un des plus fervents disciples.

Alexandre ne fait aucune difficulté pour admettre

1. Alexandri Tartagni, Imolensis *consilia* (édition de Francfort 1575).

2. Lainé, *op. cit.* t. I, p. 194.

3. Caroli Molinæi, *ad consilia Alexandri tartagni Notæ solemnes* dans *Caroli Molinæi, Opera,* t. III, p. 879 et s. (Edition de Paris, 1681).

qu'un statut successoral peut être conçu *in personam ou in rem* et que son étendue doit varier suivant les cas « *et hac ratione clare paret quod non somniavit Bartolus et alii qui faciunt differentiam inter statutum disponens in personam et statutum disponens non in personam scd circa bona* ».

Lorsqu'il s'agit d'appliquer le statut personnel, il admet, comme Bartole, qu'il faut distinguer suivant que le statut est odieux, suivant que le statut est favorable ou conforme au droit commun. Par exemple, le statut de Bologne règle le concours entre la mère, les sœurs et le *patruus* du défunt. Si les biens sont répartis entre plusieurs territoires, ce statut devra-t-il produire un effet extra-territorial? Alexandre soutient l'affirmative[1] parce que le statut est favorable.

Toutes les fois, au contraire, que le statut sera odieux, ou dérogera au droit commun, il faudra le limiter strictement au territoire. Ainsi le statut d'Imola aux termes duquel les filles ne peuvent réclamer la légitime qui leur a été enlevée par le testament de leur père[2], ainsi le statut qui prononce l'exclusion de la mère du défunt[3] ne peuvent s'étendre aux biens situés hors des limites du territoire, parce qu'ils présentent un caractère odieux. Il en est de même du statut de Lucques qui écarte de la suc-

1. Consilium, 14, nº 15, livre VII.
2. Consilium, 128, livre I.
3. Consilium, 19, livre VI.

cession les filles du défunt lorsqu'elles se trouvent en concours du père ou des frères[1]. Alexandre en donnant cette solution rapporte l'avis conforme de Bartole, de Balde, de Petrus, d'Ancharano ; il emprunte même une phrase à ce dernier jurisconsulte et la place en tête de son *Consilium* : « *Sive statutum loquatur in rem sive in personam habent locum in bonis positis in territorio statuentium et non in aliis.* » C'est en attachant un effet absolu à cette phrase que Dumoulin a soutenu qu'Alexandre avait rompu avec la doctrine de Bartole : « *Hæc vera est opinio*, dit-il, *rejecta verbali distinctione Bartoli an loquatur lex in rem vel in personam ; sed teneas in distincte quod statuta vel consuetudines tanquam reales non extenduntur extra sita territoria.* » Mais c'est évidemment une exagération ; dans la pensée d'Alexandre, la phase qui suscite ce débat n'avait qu'une portée relative, et la décision qu'elle sert à justifier suffit à lever tous les doutes. Lorsqu'il s'agit d'étendre un statut successoral hors du territoire, il ne suffit pas qu'il soit conçu *in personam*, il faut aussi qu'il ne déroge pas au droit commun ; voilà toute la pensée du jurisconsulte.

Il existe bien à la vérité une divergence entre les deux auteurs, mais elle ne porte que sur un point secondaire. Bartole pour déterminer l'étendue du statut personnel s'attachait à la personne du *de cujus*, Alexandre prend en considération la qualité

1. Consilium, 16, livre I

du défunt et de l'héritier ; c'est ce qui résulte d'une consultation donnée dans l'hypothèse suivante [1] : Cornélia était morte sans testament, elle laissait pour héritiers Jordanus et Florius ; le premier était son neveu, fils de sa sœur prédécédée, le second, un cousin, un fils du frère de son père ; l'un et l'autre étaient étrangers. Comme le statut de Ferrare prononçait l'exclusion des cognats au profit des agnats, Florius intenta une action en pétition d'hérédité pour réclamer les biens situés sur le territoire de cette cité. Jordanus repoussait l'action de son adversaire en soutenant que le statut de Ferrare dérogeant au droit commun ne lui était pas applicable, parce qu'il était étranger. Alexandre fut appelé à donner son avis ; s'il se conformait à la doctrine de Bartole : la demande de Florius devait être écoutée, car la défunte était sujette de Ferrare ; il prétendit alors qu'on devait également s'attacher à la personne de l'héritier ce qui conduisait à une solution contraire. « *Nec prædictis obstat si quis diceret : satis est quod ille de cujus successione tractatus fuerit persona subdita statuentibus, licet Jordanus non sit subditus. Quia respondeo quod nemo qui in jure versatus recte fuerit hoc dicit : quia requiritur quod tam persona cui succedit quæque succedit statuentibus supposita ad hoc ut statutum in personam loquens eos ligare et comprehendere possit.* »

Une décision identique est contenue dans une

1. Consilium, 44, livre V.

autre consultation [1]. Il s'agit de savoir si le statut qui exclut les sœurs du défunt au profit des parents paternels, des *patrui*, produit un effet sur les biens situés hors du territoire. Le jurisconsulte décide par les mêmes raisons que ce statut étant conçu *in personam* ne s'applique pas aux étrangères qui fondent leur *intentio* sur le droit commun.

Dumoulin, qui ne s'est pas rendu compte de la modification qu'a subie la doctrine de Bartole, accuse Alexandre de manquer de logique, « *sed hoc procedit quando statutum disponit de personis et juribus personalibus ; secus si de rebus vel jure reali ut est jus succedendi quia territorium concernit et sicut statutum excludit, ita excludit forenses pro rebus sibi subditis, sive loquatur in rem, sive in personam, ut dixi supra lit. 5, consil. 44, et hic iste male consuluit hic quisquis sit nonæque puto esse Alexandrum quia contrarium et bene consuluit Alexander plene et in hoc eodem casu pro istis patruis agentibus, infra eodem consilio* 111. »

Alexandre ne s'est pas contredit, comme le pense Dumoulin, et le *consilium* 111 cadre parfaitement avec sa doctrine. Ce qui a pu faire illusion, c'est que le jurisconsulte faisant une application rigoureusement logique des principes qu'il avait adoptés, admet que les statuts conçus *in personam* frappent les personnes soumises à leur autorité même dans le cas où par contre-coup des étrangers vont en profiter ; telle est

1. Consilium, 41, livre VII.

l'hypothèse du *consilium* 111 [1] ; elle est délicate et mérite d'être examinée de près.

Un statut exclut de la succession du défunt sa mère et ses sœurs ; les parents appelés à profiter de cette exclusion sont étrangers ; pourront-ils réclamer le bénéfice de cette disposition ? Au premier abord, il semble tout naturel de répondre que leur prétention doit être écartée, et le jurisconsulte en fait lui-même la remarque ; mais il finit par reconnaître le droit des parents paternels : car on ne fait ainsi qu'appliquer à la mère et aux sœurs du défunt un statut qui leur est personnel et personne n'a jamais contesté qu'un statut personnel, ne régisse pas ses sujets, relativement aux biens situés sur le territoire ; la circonstance qu'un étranger va en profiter est secondaire.

Tout statut odieux ou contraire au droit commun devant être strictement renfermé dans les limites du territoire, une question se présentait aussitôt : quels étaient les biens qui devaient être considérés comme situés sur le territoire ? Si aucune difficulté ne pouvait s'élever à l'égard des immeubles, il n'en était plus de même en ce qui concernait les meubles. Fallait-il prendre en considération leur situation réelle ? Ne fallait-il pas, au contraire, les rattacher au domicile de leur proprié-

1. Consilium, 111, livre VII.

taire ? Alexandre eut à se prononcer sur ce point dans une consultation [1] dont nous avons déjà parlé. On lui demandait si le statut de Lucques qui excluait les filles du défunt lorsqu'elles se trouvaient en concours avec ses frères ou son père devait produire un effet extra-territorial? Il répondit que non ; car le statut était odieux et contraire au droit commun. Dans l'espèce, les biens mobiliers se trouvaient répartis entre la ville de Lucques dont le *de cujus* était originaire et la ville de Rome où il avait fixé son principal établissement depuis de longues années. Alexandre soutint que les meubles devaient échapper aux dispositions du statut de Lucques, car les biens de cette nature, à moins qu'ils ne soient placés dans un endroit à perpétuelle demeure, sont toujours censés se trouver au domicile de leur propriétaire. « *Venio ad secundum dubium videlicet an illa quæ in civitate Romana habebat, ut in mercaturiis, pecunia, actionibus et aliis mobilibus rebus, ibi existentibus debeant judicari bona sita in territorio civitatis Romanæ, adeo quo, statutum civitatis Lucanæ in eis sit locum non vindicet, prout fuit conclusum supra? Et, in hoc, breviter concludo quæ sunt in loco ad tempus ibi mansura, non censentur esse res illius loci ut pecunia et alia bona quæ essent extra civitatem Romanam, reversura tamen ad civitatem Romanam censentur esse de bonis civitatæ Romanæ. Quum ergo hic*

1 Consilium, 16, livre I.

civis Lucanus decennium et ultra domicilium haberet in civitatem Romanam et ibi haberet majorem partem fortunarum suarum, præsumitur habuisse animo perpetuo manendi cum eadem parte fortunarum suarum quas ibi sciebat habere. » La consultation donnée dans cette affaire par Alexandre est fort remarquable; car non seulement le jurisconsulte décidait qu'il n'y avait pas à tenir compte de la situation réelle des meubles et qu'ils devaient être soumis à une loi unique; mais encore, ayant à opter entre la loi nationale du *de cujus* et la loi de son domicile, il se prononçait en faveur de cette dernière. Il avait bien compris en effet que, du moment où l'on cessait de s'attacher à la situation réelle des meubles, il n'y avait plus qu'à les réputer situés là où le *de cujus* avait fixé son principal établissement, où se trouvaient le centre de ses affaires et le siège de ses intérêts; la loi nationale du défunt n'était donc pas à considérer.

La succession comprenait des créances; Alexandre adopta, à leur égard, une solution analogue et proposa de les rattacher au domicile de leur propriétaire, *quia actiones dicuntur cohærere personæ creditoris et illam comitantur*. Il eut encore à se prononcer sur cette question à deux reprises différentes. Une première fois, à l'occasion d'une succession en déshérence, laissée par une femme, recherchant quels biens pouvaient être réclamés comme situés sur son territoire par le seigneur du lieu où la personne décédée

avait fixé son domicile, il met sur le même rang les créances et les meubles corporels, et les attribue en conséquence au seigneur du domicile. Il s'appuie sur la décision donnée par Balde relativement aux meubles et conclut ainsi : « *Ex his infertur quod nomen dicti debitoris non censetur esse extra territorium domicilii creditricis, tanquam ejus personæ inhærens, ut dicit Baldus. Ideo in jura dicti nostri debitoris succedere debet dominus loci domicilii sicut in aliis in eodem territorio existentibus.* » Plus loin, au sujet du testament, il donne la même solution : « *Subdo tamen quod mobilia quæ erant extra territorium dictorum statuentium debent judicari eodem modo ac si fuissent in eo loco in quo erat persona testatoris tempora conditi testamenti, quia mobilia personam respiciunt, immobilia vero territorium : ita inquit Baldus per illum textum in L. mercatores. Idem videtur in nominibus debitorum, quia actio personalis cohæret semper ossibus personæ creditoris* [1]. »

Nous venons de parcourir les principales consultations d'Alexandre, en matière de succession ; elles nous montrent que les difficultés étaient devenues fréquentes sur ce point dans la pratique. Elles sont, en outre, fort intéressantes pour l'histoire de la théorie des statuts ; car elles sont des applications variées de la doctrine de Bartole ; et elles nous prouvent que le système de ce jurisconsulte pouvait s'appliquer

1. Consilium, 31, liv. I ; consilium, 19, liv. VI.

aux situations les plus diverses. C'est pour ne pas avoir remarqué la diversité des espèces envisagées par le juriste consultant que Dumoulin a cru que la doctrine de Bartole avait été combattue en Italie par Alexandre ; alors que la divergence entre les deux auteurs italiens ne portait que sur un point secondaire.

La doctrine de Bartole avait été modifiée dans un sens contraire par un autre de ses disciples, Petrus de Ferrariis. Cet auteur admet bien la distinction principale sur laquelle repose la doctrine de Bartole, il reconnaît qu'il existe deux sortes de statuts en matière successorale : des statuts personnels et des statuts réels, mais il rejette la sous-distinction entre les statuts personnels. Suivant lui, peu importe qu'un statut soit odieux ou contraire au droit commun ; par cela seul qu'il est conçu *in personam*, il s'applique à tous les biens, quelle que soit leur situation. « *Tum persona sit in hoc habilitata per legem municipalem porrigit suum effectum ad quæcumque loca per quamdam consequentiam*[1]. »

La doctrine de Bartole plus ou moins modifiée obtint donc un immense succès. Jamais un jurisconsulte n'eut une autorité égale à la sienne : les uns l'appelaient *pater juris*, les autres *lucerna juris*[2] ; on disait que la substance de la vérité se trouvait dans ses écrits et que les juges aussi bien que les avocats n'avaient

1. Tiraqueau, *De jure Primigeniorum*, question 46, n° 14.
2. Bertrandi, *Consilia* (*consilium* 120, n° 6, fol. 74 verso.)

rien de mieux à faire que de se conformer à son opinion [1]. Malheureusement les praticiens défigurèrent cette doctrine ; ce qui les frappa avant tout ce fut le *criterium* tiré de la disposition des mots qu'avait proposé le célèbre jurisconsulte pour distinguer les statuts personnels des statuts réels. Ils trouvèrent commode d'user de ce moyen dans tous les cas en s'autorisant du grand nom de Bartole, ce qui les dispensait de toute étude et de toute recherche [2] ; de là les abus les plus criants qui jetèrent le discrédit sur le système entier. Dumoulin se contenta de refuser toute autorité à un procédé qui ne lui parut pas sérieux. « *Distinguitur Bartolus an statutum detur in rem : puta bona decedentis veniant ad primogenitum ; an disponant in personam : puta, primogenitus succedat... tamen rejicitur hæc distinctio quæ verbalis est et communiter reprobatur.* » Mais d'Argentré irrité peut-être de voir Bartole attribuer un caractère de personnalité au conflit des lois successorales et désireux de détruire son autorité mit un véritable acharnement à le combattre : « *Ridere vulgo solent cum dicitur jus atrum aut atrum jus diversa dicere volenti. Nec aliter Bartolo impositum cum interesse putat an statutum dicat primogenitus capiat bessem aut cum hic bes capiatur a primogenito. Nec enim a verborum structura*

1. Ancharani, *Quæliones*, 11, 20, nº 3.
2. Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 38 et 39.

metienda sunt, sed a subjecto et materia quæ in propositione est [1]. »

Toutes ces critiques eurent le résultat qu'en attendaient leurs auteurs : le grand jurisconsulte du XIV^e^ siècle jouit de la plus mauvaise renommée et l'on considéra sa doctrine comme absolument fausse. Ainsi dans une œuvre considérable on n'a remarqué que le seul point critiquable. Sans doute le *criterium* proposé par Bartole est mauvais ; c'est dans la nature même des dispositions qu'il faut en chercher le sens, on ne saurait trop le proclamer. Mais il faut remarquer que Bartole ne proposait ce moyen que comme exemple et à titre purement accessoire. Cet expédient d'interprétation, du reste, n'a pas été dédaigné par les meilleurs auteurs [2]. « Ainsi, par exemple, Dumoulin dans le cours même de la dissertation où il qualifie la théorie de Bartole de distinction verbale, voulant démontrer que la disposition « *quod minor viginti quinque annis non possit testari de immolibus* » est au fond une disposition réelle se laisse à aller dire qu'elle équivaut à celle-ci : « *immobiles non possunt alienari in testamento per minores* [3]. » A quoi bon transposer ainsi les termes de la règle si dans la pensée de l'auteur cette seconde formule n'en fait pas

1. D'Argentré, *In patrias Britonum leges*, art. 218, gloss. 6. n° 24.

2. « C'est, disent MM. Asser et Rivier, *Eléments de droit international privé*, p. 10, note 1, un expédient d'interprétation que des auteurs plus modernes n'ont pas dédaigné. »

3. Dumoulin, *in cunctos populos* (6^e^ col. *in fine.*)

plus clairement apparaître le caractère de réalité? De même Bouhier qui, à la suite de bien d'autres a raillé Bartole, examinant si les prohibitions de la coutume de Normandie relative à la communauté ou au douaire sont réelles [1], tire argument pour le nier de la circonstance que littéralement ces prohibitions s'adressent aux personnes [2]. »

Dès le XIII[e] siècle des jurisconsultes français attirés par la renommée des écoles italiennes s'y étaient rendus pour se former à l'étude du droit romain et avaient eu connaissance de la théorie des statuts. Au témoignage de d'Argentré, ainsi que nous l'avons dit, ce serait même un Français, Jacques de Révigny, qui aurait le premier soulevé la question de savoir quelle loi devait régir la succession *ab intestat*, lorsque les biens se trouvaient répartis entre plusieurs pays. Ce jurisconsulte se prononce sans hésitations pour la *lex rei sitæ*. Pierre de Belleperche se demandant si le droit d'ainesse tel que l'organise la loi anglaise, est applicable aux biens situés sur le territoire des coutumes françaises qui prescrivent le partage égal décide que les biens de France n'iront pas à l'aîné mais seront divisés entre tous les enfants. Tel est également le sys-

1. Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne* t. I, p. 660, n° 47; p. 717, n° 29, p. 734, n° 148.

2. Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 160.

tème que Jean Fabre applique au mode de succéder et au partage [1].

Toute transmission de terre est donc soumise à la loi de la situation. C'est là, dès l'origine, une règle nettement établie, sans contestation. Elle est en harmonie parfaite avec l'organisation du régime féodal. A une époque, où le système politique tout entier reposait sur la terre, quelle n'était pas l'importance du régime successoral? Le partage mettait en cause la constitution même du petit état jaloux de son intégrité. C'était donc à ce partage que devait s'appliquer avant tout le principe de la souveraineté des coutumes. Et, en effet, lorsque les coutumes furent rédigées, on prit assez souvent le soin de déclarer que les immeubles se diviseraient suivant la coutume du lieu où ils seraient situés.

L'autorité de Bartole qui en Italie s'était imposée d'une manière à peu près absolue ne fut pas assez puissante en France pour conduire les jurisconsultes Français à changer de système; même après les écrits du maître, la théorie de la territorialité du droit fut toujours en faveur.

Masuer se prononce catégoriquement en ce sens : « Si le défunct avait des terres et patrimoines en l'une et l'autre contrée (il s'agit de la France et de l'Angleterre) il faudrait garder la coustume de France quant aux biens qui sont assis en France et pareille-

1. Traqueau, *De pire Premigeniorum*, quest. 46.

ment la coustume d'Angleterre pour les biens qui y sont situez et assis [1] ».

Chasseneuz se demandant si le seigneur justicier pouvait exercer son droit de mainmorte sur les biens de son sujet situés hors du territoire *loco franco* adopte la négative : « *Ego teneo videlicet ut dominus manus mortuæ non possit capere bona existentia in loco franco quodammodo sit privilegiatus dummodo ille locus sit extra territorium ducatus Burgundiæ..... Dixi et consului quod statutum consuetudinarium illius loci non poterat extendere effectum suum extra territorium; virtus enim et potentia causæ efficientis inspicenda est ut possit agere in passum et in suscipientem materiam; nec potest causa finita producere effectum infinitum sed sicut limitatur potentia causæ sic effectus debet etiam limitari* » [2].

Quant à Dumoulin, le grand jurisconsulte du XVI[e] siècle qui fut en France le représentant le plus illustre de la doctrine italienne, les lois successorales ont à ses yeux le caractère de statuts réels. Si les immeubles se trouvent répartis entre plusieurs pays soumis à des coutumes différentes : « *Successiones diversorum reputantur ob diversas consuetudines.* » Il y aura donc autant de partages qu'il y aura de coutumes différentes, dont il faudra appliquer les

1. *La practique de Masuer*, mise en françois par Fontanon (Edition de Paris, 1606), titre XXXII, n° 64.

2. *Commentaria in consuetudinem Burgundiæ* col. 1190, n° 10.

diverses dispositions. Ainsi, par exemple, si les unes admettent la représentation même entre neveux, à l'exclusion de l'oncle du défunt, tandis que d'autres la repoussent, comme la coutume de Senlis, ce ne sont pas les mêmes héritiers qui seront appelés. « *Quidam sine liberis obiit sub hac consuetudine, relictis quatuor patruis et quatuor nepotibus et duabus neptibus ex sorore. Respondi quoad mobilia ubicumque sita (quia sequuntur domicilium personæ) omnes venire æqualiter; idem de immobilibus acquisitis sub hac vel simili consuetudine: secus in consuetudine Valesii vel simili, ubi soli nepotes et neptes veniunt viriliter* [1]. » Dumoulin ne ménage pas ses critiques aux auteurs, qui professent une opinion contraire à la sienne : « *Pessime loquuntur*, s'écrie-t-il en parlant de Bartole et d'Alexandre qui attachaient, ainsi que nous l'avons dit, un effet extra-territorial à certains statuts successoraux, *quia statutum in effectu non disponit de ipsis personis vel earum statu sed de ipsis rebus et sic quibuscumque verbis loquatur ligat omnes quoad res in sua ditione sitas.* [2] »

Enfin Tiraqueau, après avoir fait connaître sur ce point important l'état de la science, déclare partager le sentiment, qui a toujours dominé en France. « *Hactenus doctorum sententias in eam rem recensuimus. At in Gallia ferme utuntur, ut secundum*

1. Sur l'art. 140 de la Cout de Senlis.
2. Sur le *consilium* 44 d'Alexandre.

eam opinionem, quam primo loco posuimus, in successionibus inspiciatur consuetudo et statutum cujuslibet loci, sive in rem sit, sive in personam, ut videlicet bona Pictaviæ dividantur inter heredes secundum consuetudinem Pictaviæ: bona Turoniæ secundum consuetudinem Turoniæ et sic de aliis » [1].

Le statut des successions est donc pour les auteurs français un statut réel ; est-ce absolu? Non ; ils apportent des tempéraments au principe. Ainsi, d'après Chasseneuz, toute disposition qui touche à la capacité des parties, même en matière de succession, doit produire en effet extra-territorial. C'est ainsi que le statut, qui exclut les filles de la succession de leurs parents, s'étend à tous les biens, même à ceux qui sont situés sous l'empire d'une coutume admettant un principe contraire « *Per consuetidinem nostram primantur filiæ successione; quæ consuetudo disponit in personas, ut dicendum ut hæc consuetudo extenditur ad bona sita extra ducatum Burgundiæ* [2]. » Mais, dira-t-on, Bartole et Alexandre refusaient d'étendre un pareil statut hors du territoire ; pourquoi Chasseneuz, tout en décidant que le statut est personnel, n'adopte-t-il pas la même solution? Il est facile de répondre : le caractère du statut, qui était odieux aux yeux des jurisconsultes italiens, ne l'est plus aux yeux du jurisconsulte français.

Dumoulin, tout en reconnaissant le caractère terri-

1. Tiraqueau, *De jure Primigeniorum*, question 46, n° 32.
2. *Commentaria in consuet. Burg.* col. 1100, n° 11 *in fine*.

torial au statut successoral, s'empresse d'y apporter un tempérament : « *statutum agit inrem et quacum que verborum formula utatur semper inspicitur locus ubi res sita est.... fallit si statutum expresse se limitet ad fæminas vel personas sui territorii nec velit excludere exteros. Quia tunc exteri utentur jure communi. Item si expresse se limit et ad fæminas exteras quas solas vult excludere ; quia illæ solæ excludantur in bonis in eo territorio sitis. Pariter si vocando primogenitum (ut moris est in Anglia) vel masculos sese limitet ad indigenas vel subditos : tunc soli hi gaudebunt beneficio.* » Ainsi, même en cette matière, Dumoulin n'a pas rompu avec l'école italienne et sa doctrine, sous des apparences différentes, n'est pas aussi éloignée que l'on pourrait le supposer de celle de Bartole. D'après le jurisconsulte italien, pour connaître l'effet que peut produire un statut il faut rechercher s'il a en vue la personne. Le jurisconsulte français pose en principe que la loi est réelle, si elle ne s'est pas formellement expliquée, mais il reconnaît aussitôt qu'elle a pu limiter ses dispositions à certaines personnes, et que dans ce cas les personnes visées peuvent seules en souffrir un préjudice ou en réclamer le bénéfice. Ces deux systèmes sont différents ; ils ne sont pas opposés [1].

La personnalité du statut des successions trouva un défenseur illustre. Cujas, imbu des théories romaines, ne comprenait pas que l'héritier étant le re-

1. Lainé. *op. cit*, t. I, p. 240.

présentant du défunt, le représentât d'une manière différente, selon la situation des biens. L'unité des personnes conduisait à l'unité du patrimoine. Il en résultait donc que la succession devait être soumise à une loi unique : « *Sic etiam in proposito jus patriæ defuncti trahet ad se bona quæ sita sunt in peregrino solo sive sint mobilia sive immobilia, atque adeo in omnibus bonis et succedetur jure patriæ suæ... jus itaque Austriæ trahet ad se alia bona mobilia et immobilia et ita jus Florentiæ trahet ad se prædia quæ sunt extra Florentiæ territorium. Patriæ jus in successionibus spectatur.* [1] »

Le principe de la réalité des lois successorales était si fortement implanté que l'opinion de Cujas, malgré la grande autorité qui s'attachait au nom de ce jurisconsulte, passa inaperçue. Et la doctrine française qui venait de naître allait au contraire faire à la territorialité du droit une plus large part.

La rédaction des coutumes leur avait donné une autorité toute nouvelle. D'Argentré, imbu de l'esprit féodal, proclama hautement leur souveraineté et leur indépendance respective [3]. D'après lui, toutes les lois sont absolument et strictement territoriales : toute coutume doit se renfermer dans son territoire, mais dans les limites de son territoire, elle est souveraine.

1 Cujas, *consilium*, XXV.

2. Lainé, *op. cit.*, p. 287.

3 D'Argentré, *in patrias Britonum leges*, art. 218, glose 6, nº 2, 3, 11, § 44.

Par exception, quelques lois sont personnelles, c'est-à-dire qu'elles s'étendent hors du territoire; ce sont celles qui sont relatives à la condition des personnes. Mais le caractère de personnalité ne doit être reconnu aux lois qu'à deux conditions. Il faut qu'elles affectent la personne *pure*, c'est à dire *citra rerum immobilium mixturam ou abstracte ab omni materia reali*; il faut qu'elles affectent les personnes *universaliter*, c'est-à-dire qu'elles disposent de *universali personæ statu*. Par conséquent sont réelles toutes les lois, qui modifient la capacité des parties sur un point particulier; sont également réelles celles qui ont en vue tout à la fois les personnes et les choses et que le jurisconsulte qualifie de mixtes. Suivons l'application de ce système à la matière des successions. D'Argentré considère naturellement les lois successorales comme des lois essentiellement réelles; c'est là un point qui lui paraît hors de toute contestation possible : « *De hac controversia, tnunc ne pueri quidem dubitant, sua cujusque territorii lege capi; est enim mere reale statutum ideoque legibus situs judicandum, veluti si essent duo patrimonia et eidem homini diverso jure succederetur. Ex quo fit ut alibi anus, alibi pater, ali agnati uni succedant.... Capiet igitur hæres Britannicus, Britannica prædia, Britannicorum jure et statutis; Francia, Francorum; Anglicana, Anglicanorum jure; Floren-*

1. D'Argentré, *op.* et *loc. cit.*, nos 7 et 8.
2. D'Argentré, *loc.* et *op. cit.*, no 14.

tina Florentino[1]. » Certaines lois successorales ont bien en vue la personne et les biens ; par exemple celle qui prescrit l'égalité dans le partage des biens nobles lorsque les successibles sont des roturiers[2]. Il n'en faut pas moins faire une stricte application de la loi territoriale car ce sont des statuts mixtes et le jurisconsulte les assimile aux statuts purement réels. « *Realia sunt, ut quæ modo dividendarum hæreditatum constitunutur..... tametsi interdum incidit quærere de personæ conditionibus, sint ne mobiles aut immobiles, quo mixta videri possunt..... Mixtorum exempla ponuntur cum mutatione personæ contingit familiæ erciscundæ judicium mutari, veluti cum res soli immobiles ad æqualem sortem rediguntur, ex eo quia hæredes sunt pagani, non alioquin eorum alia et diversa sit conditio in bonis nobilibus et feudis. Hic enim personarum conditio dividendi judicium mutat. Nam pagani ex quo dividunt, nobiles paganica in capita.* » La même solution doit être donnée à l'égard des statuts qui, bien que paraissant viser principalement la personne n'en exercent pas moins une influence considérable sur les biens : tel est notamment le statut de la légitimation par rescrit du prince[3]. « *Nihil personalius potest dici actu legitimationis sed si res soli aut succedendi jura miscueris, nullus Princeps legitimat personam ad succedendum in bona alterius territorii,*

1. 2. 3. D'Argentré, *op. cit.*, nos 24, 8, 20, *in fine.*

quia hic actus, etsi personalis, tamen miscetur et habet subjectum de rebus. » Quant aux statuts qui ont pour objet de modifier la capacité des successibles, ce serait commettre un « *grandis paralogismus* » que de les considérer comme personnels ; ils rentrent incontestablement dans le statut réel. Tel est le caractère qu'il convient d'attacher, par exemple, aux lois qui écartent de la succession le meurtrier du défunt ou qui excluent les filles dotées : « *Hæc duo statuta etsi personalia videri possunt tamen quia statutum personæ non afficiunt universaliter alibi non agunt nec personalia putantur* [1]. »

Ainsi, en matière de succession, d'Argentré fait à la territorialité du droit la plus large part ; il repousse tous les tempéraments, qu'avaient proposés les auteurs français, qui se rattachent à l'Ecole italienne.

Si en France, la loi territoriale a toujours été appliquée à la succession immobilière, elle a été, au contraire, de bonne heure abandonnée à l'égard de la succession mobilière. Il devait en être ainsi par la force même des choses. Du jour où les relations juridiques se furent multipliées entre les habitants des diverses seigneuries, l'expérience ne tarda pas à faire ressortir les inconvénients inouis qu'il pouvait y avoir à soumettre la succession mobilière à autant de lois que de pays où les meubles étaient désséminés. Ces inconvénients n'étaient compensés par aucun avantage ; les

1. D'Argentré, *op.* et *loc. cit.*, nos 17 et 18.

meubles dans notre ancien droit, étaient considérés comme des biens de peu d'importance; on connaît la naxime : *res mobilis, res vilis*. Dès lors, qu'importait que telle loi leur fût applicable plutôt que telle autre. Aussi, dès que la distinction établie par Balde eut été connue en France, ne tarda-t-elle pas à y être adoptée et à y exercer une certaine influence. Les coutumes rédigées au XV^e^ et au XVI^e^ siècles en font foi. Quelques-unes, en effet, édictent deux règles pour la solution du conflit des lois en matière de succession, l'une pour les immeubles, qui sont soumis à la loi du lieu de leur situation, l'autre toute différente pour les meubles. Cette dernière n'est pas toujours formulée de la même manière. Tantôt, comme dans la coutume d'Amiens, [1] il est dit sans plus de précision, « les biens meubles suivent le corps ; » tantôt, comme dans la coutume de Ponthieu [2], « les meubles suivent la coutume du lieu où le trespassé meurt », ou, comme dans la coutume de Lille [3], « les meubles d'un trespassé sièvent le corps et se partissent suivent la coutume du lieu de la maison mortuaire ; » tantôt enfin, comme dans la coutume de Douai [4], « les biens meubles suivent le corps et son principal domicile, » ou comme dans la coutume de Péronne [5] « les meubles suivent la personne et sont

1. Art 96, Bourdot de Richebourg, coutumier général, t. I, p. 117.
2. Tit. art. 2, *op. cit.*, t. I, p. 81:
3. Art. 7, *op. cit.*, t. II, p. 936.
4. Art. 17, *op. cit.*, t. II, p. 984.
5. Art. 201, *op. cit.*, t. II. p. 617.

réglés selon la coutume du lieu ou le deffunct faisait sa demourance ordinaire avec sa famille au temps de son décès, encore qu'il fût décédé en autre lieu. » La rédaction de cette dernière formule mérite d'être remarquée, car elle nous indique qu'à un certain moment on dut hésiter entre la coutume du domicile et celle du lieu du décès.

Si nécessaire qu'il fût de soumettre la dévolution de la succession mobilière à une loi unique, la réforme ne s'opéra cependant pas sans résistance. Au XV^e^ siècle, la loi de la situation des biens comptait encore des partisans. Nous en trouvons la preuve dans une note de Fontanon sur un passage de Masuer. Cet auteur n'ayant pas établi une distinction formelle entre les meubles et les immeubles compris dans la succession, son annotateur en profite pour dire : « Quand les biens d'un défunct sont assis et situez en diverses régions et coustumes, il faut suivre la disposition d'icelles comme propose l'autheur. Toutefois le vulgaire tient une opinion contraire pour le regard des meubles; quant auxquels on estime qu'ils suivent la personne, ce qui néanmoins ne se peut soutenir : car comme l'a très bien remarqué M. du Val en ses Arrests, chap. 41 sur la fin, cette règle n'a pas seulement lieu *in rebus immobilibus sed etiam mobilibus quæ ibi reperiuntur tempore mortis atque in nominibus quæ ibidem à defuncto contracta sunt sive active sive passive* et cette opinion me paraîtrait plus soutenable ; néant-

moins la première est aujourd'hui la plus suyvie [1] ».

En ce qui concerne la doctrine de Masuer, Fontanon commettait une erreur, car le passage auquel se rapporte sa note n'avait trait qu'aux successions immobilières. L'auteur parle en effet des *terres* et *patrimoines* qui sont *assis* et *situés* en France ; [2] aurait-il employé ces expressions s'il avait entendu s'occuper des successions mobilières ? En outre, Masuer, avait traité deux fois des meubles considérés comme faisant partie d'une universalité juridique [3], et les deux fois il avait adopté l'opinion commune. La note de Fontanon n'en est pas moins très importante, car elle nous prouve que la règle *mobilia personam sequuntur* ne fut pas adoptée sans résistance.

Au XVI[e] siècle, la loi de la situation réelle des meubles est définitivement abandonnée. La règle consacrée par un certain nombre de coutumes paraît assez générale pour figurer dans les maximes du droit coutumier. Loysel, dans ses Institutes coutumières l'oppose à la règle suivie à l'égard des immeubles : « Le meuble suit le corps et l'immeuble le lieu où il est assis. » Et désormais la loi du corps, c'est la loi du dernier domicile du défunt ; il n'est plus question de

1. *La pratique de Masuer* mise en français, par Antoine Fontanon, p. 872.

2. Voy. le texte rapporté ci-dessus, p. 197.

3. *La pratique de Masuer* mise en français, par Antoine Fontanon, p. 460 ; p. 471.

la loi de la maison mortuaire. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point.

Chasseneuz, dans son commentaire sur la coutume de Bourgogne, après avoir rapporté les opinions des jurisconsultes italiens, approuve la règle *mobilia personam sequuntur* et il ajoute : « *semper deberi debet respectus ad locum domicilii* ».

Dumoulin, dans ses observations sur les coutumes, eut plusieurs fois à s'occuper de cette question. Au sujet de l'article 140 de la coutume de Senlis, il se borne à dire : « *Respondi quoad mobilia ubicumque sita, quia sequuntur domicilium personæ.* » En commentant la coutume de Montreuil il fut plus explicite. L'article 9 de cette coutume placé sous la rubrique : « Coutumes de succession *ab intestat* » était rédigé de la manière suivante. « La coutume générale de la dite Prévoté est telle que biens meubles suivent le corps, et, quant aux héritages, ils suivent la coutume du lieu où ils sont situés et assis ». A propos des mots : suivent le corps, Dumoulin annote : « *Id est domicilium ultimum habitationis defincti, quod solum debet attendi præsertim in mobilibus.* » Sur l'article 7 de Lille, il insiste encore davantage. Ce texte contenait la disposition suivante : « Les biens meubles d'un trespassé suivent le corps et se partissent selon la coustume du lieu de la maison mortuaire. » Dumoulin l'interpréta ainsi : « *Id est domicilii cujus de successione agitur, quod est generale in Gallia* ».[1]

1. *In consuet Burg.* co'. 1274, nos 1 et 2.

Guy Coquille ayant consacré une de ses questions au règlement de la succession mobilière en commençait ainsi l'examen. « La commune opinion des praticiens et la détermination d'aucunes coutumes est que les meubles, en quelque région et province qu'ils se trouvent, sont réglés par la coutume du domicile de la personne à qui les dits meubles appartiennent : qui est ce qu'on dit : que les meubles suivent la personne [1] ».

Enfin d'Argentré, malgré sa tendance à faire de la réalité des lois la règle générale, subit cependant l'influence de la formule que le droit coutumier avait inventée et adopta l'opinion commune. Il s'expliqua sur ce point à deux reprises dans deux passages de son Commentaire de la coutume de Bretagne. Dans la sixième glose de l'article 218 et dans la seconde glose de l'article 447, il déclare formellement que les meubles doivent être soumis à la loi du domicile, ajoutant que tel est l'usage constant suivi en France ; « *Sed observatio indubia mobilia personam sequi, nec situ judicari aut a locis judicium accipere.... Sed de pragmaticis et in foro versatis nullus dubitavit Franciæ quidem recepto usu* ».

Ainsi la règle *mobilia personam sequuntur* était définitivement établie en France ; mais quel en était au juste le sens ? A raison même de son laconisme, elle prêtait à l'équivoque. Deux interprétations très

1. Guy Coquille, *Questions et réponses*, CXLIX.

distinctes en furent données, l'une par Dumoulin, l'autre par d'Argentré.

Dumoulin, pénétrant au fond même des choses sans se laisser égarer par les termes ambigus de la formule, comprit bien que la règle du droit coutumier consistait simplement à remplacer la situation réelle des meubles par une situation fictive. A cet égard, il s'expliqua très catégoriquement sur l'article 11 du chapitre II de la coutume d'Auvergne. Prévoyant un conflit de lois au sujet de la quotité disponible déterminée par ce texte, il dit : « *Fallit si habet bona alibi sita ubi potest amplius legare, quia reliquum capietur in bonis alibi sitis scilicet immobilibus : quia ex quo habet domicilium mobilia censentur hic esse.* » Ainsi, dans la pensée de ce jurisconsulte, la succession tout entière rentrait dans le statut réel, quelle que fût la nature des biens dont elle se composait, c'était la *lex rei sitæ* qui gouvernait toujours la succession ; seulement, tandis que pour les immeubles il y avait autant de *leges rei sitæ* que de biens situés en différents pays, pour les meubles, la *lex rei sitæ* étant fictive, restait toujours unique.

D'Argentré, au contraire, prenant la formule en elle-même et en un sens général, crut que la règle: *mobilia personam sequuntur* impliquait une sorte d'adhérence des meubles à la personne ; il fut donc conduit à en faire une dépendance du statut personnel. D'abord, dans la sixième glose de l'article 218 de la coutume de Bretagne, il s'exprima de la manière sui-

vante. « *Sed de mobilibus alia censura est, quoniam per omnia ex conditione personarum legem accipiunt et situm habere negantur, nisi affixa et cohærentia, nec loco contineri dicuntur propter habilitatem motionis et translationis. Quare statutum de bonis mobilibus vere personale est et loco domicilii judicium sumit, et quodcumque judex domicilii de eo statuit ubique locum obtinet.* » Dans la seconde glose de l'article 447 il revint sur cette question et il précisa encore davantage sa pensée. L'article 447 de la coutume de Bretagne édictait la règle suivante, relativement à la succession des bâtards : « *Nihilominus omnia bona mobilia quocumque in loco sita sint, addici illi domino debent in cujus dominio habitationem habuit aut manendi animum.* » D'Argentré commenta ce texte de la manière suivante. « *Nunc id tantum quærendum an situm jure habere dicantur mobilia et in loco esse, ita ut ex situ et loco judicentur, an vero veluti personarum accessoria personas sequantur et domicilium. In mobilibus diversum, quia ex personarum conditionem sequantur, igitur et domicilii leges : neque enim situm, circumscriptive aut locum habere putantur... sed personæ obsequia concomitantur.... mobilia veluti corpora subinde situm mutantia, domicilii legibus judicantur.* »

Ainsi, deux interprétations très distinctes venaient d'être données de la règle : *mobilia personam sequuntur* par deux jurisconsultes du plus grand talent. Ce fut du reste de leur part une vue purement spontanée.

D'Argentré n'eut pas l'intention de contredire Dumoulin, ainsi qu'on l'a pensé[1] car, au moment où il écrivait, il ne connaissait pas la note de Dumoulin sur l'article 40 de la coutume d'Auvergne.

La règle *mobilia personam sequuntur* ne s'appliquait qu'aux meubles corporels. En ce qui concerne les créances, les jurisconsultes italiens avaient proposé une règle analogue : *nomina ossibus personæ creditoris inhærent*. Cette seconde règle ne fut pas acceptée en France sans résistance.

Guy Coquille soutenait avec beaucoup de force que pour le partage des créances il fallait s'attacher au domicile du débiteur. Comme il repoussait une opinion déjà ancienne, il eut soin d'exposer les motifs de son dissentiment. Voici en entier le passage fort important dans lequel ce jurisconsulte examine la difficulté : « La question est à quelle coutume seront sujets les crédits et les dettes actives du défunt ? Quelques-uns disent que c'est à la coutume du domicile du créancier, parce qu'en icelui se doit payer la partie due, d'autres disent que c'est à la coutume du domicile du debteur. Et je suis de cet avis par la raison et argument de la loi *Titium*, *Tutores*, où se dit que la charge de la dette due par celui de la province est à la charge des tuteurs provinciaux et non des tuteurs de Rome où était le domicile du créancier. Et encore parce que la dette, *quod est jus*, *afficit personam debitoris et*

1. Barde, *théorie traditionnelle des statuts*, p. 114.

ci inhæret, qua ab illa initium obligationis fuit (L. quæcumque dig. de act. et oblig). Aussi le créancier, quand il fait la demande, doit aller rechercher le domicile du detteur et *quia jura loco non continentur* ; il faut dire, vu ce qui se peut dire en pareil cas, que la dette est au lieu où est la personne qui doit, parce que la dette est attachée à sa personne. *Contra sentiunt. Alex, Consil.* 13. vol. 1 *et Paul Cast. Consil.* 219. vol. 1. *qui dicant quod nomen et jus actionis est penes creditoris. Quod quidem verum est, sed res ipsa, id est res decreta, vel jus debitum est in persona debitoris et ejus persona adhæret. Porro in comparatione juris et actionis quæ datur ad persequendum et rei ipsius quam persequimur per actionem, potius est attendenda res ipsa, quæ naturalem causam habet, quam jus actionis, quod eæ jure civili competit, cum in concursu causa naturalis et civilis causa naturalis præferatur... Deinde jura jubent ibi peti rem ubi est, sive personali sive reali actione agatur. . Atqui creditor petit sibi debitum in loco domicilii debitoris. Ergo consequens est ut dicamus rem debitam esse in eo loco ubi debitor habet domicilum* [1]. »

Dumoulin paraît bien aussi avoir éprouvé quelques hésitations. Dans une note sur Chasseneuz [2], il donne, en effet, la préférence à la loi du domicile du débiteur. Mais dans son commentaire sur la coutume de Paris, il

1. Guy Coquille, *Questions et Réponses*, Quest. CCXXXVII.
2. *In cons. Burg. Rubr.* 9,15 *verb.* et *les héritages*, nº 1.

se prononce fort catégoriquement pour la loi du domicile du créancier : « *Cum nomina et jura et quæcumque incorporalia non circumscribuntur loco.... tunc si hæc jura alicubi esse censentur, non reputarentur esse in re pro illis hypothecata, nec in debitoris persona, sed magis in persona creditoris in quo active resident, et ejus ossibus inhærent*[1]. »

Quant à Tiraqueau, après avoir exposé les précédents où nous constatons que la plupart des auteurs s'étaient prononcés pour le domicile du créancier, et après avoir fait la part des créances foncières, il déclare avec beaucoup de fermeté partager l'opinion générale. « *Cætera autem debita..... sequi debent personam creditoris et secundum statuta sui domicilii regi in successionibus et cæteris id genus. Nam cum nullius loci sint, rationis est ut sequantur personam ipsius creditoris de cujus successione agitur*[2] ».

Nous venons d'exposer les théories des auteurs français relatives au règlement de la succession lorsque les biens se trouvaient répartis entre les territoires de plusieurs coutumes ; nous avons vu qu'au XVI^e^ siècle cette question, à raison même de l'importance pratique qu'elle présentait, avait vivement préoccupé les esprits. A l'époque où nous sommes, l'étude du conflit des lois

1. Dumoulin, *in consuet, Paris*, tit. I, § I, gl. 4 n° 9.
2. Tiraqueau, *De jure primogenitorum, Guæat*, 49, n° 19.

n'est plus circonscrite à la France et à l'Italie ; la Belgique et l'Allemagne y prennent part ; nous devons donc rechercher les solutions admises, en matière de succession, par les jurisconsultes de ces pays.

C'était un axiome universellement reçu dans les Pays-Bas que les coutumes sont réelles. Au premier abord, on est surpris que le principe de la souveraineté territoriale, qui repose sur une idée féodale, se soit maintenu avec tant de persistance dans des provinces qui, dès le XII^e^ siècle, étaient commerçantes et industrielles. Ce fait s'explique par le caractère particulier que la féodalité avait revêtu dans ce pays. « L'esprit féodal, dit M. Laurent, [1] régnait dans nos riches cités et s'alliait au commerce et à l'industrie. Chose plus étrange encore ! Le droit féodal venait en aide aux relations civiles, si actives et si étendues qui s'étaient développées dans nos provinces. Le nantissement féodal se transforma en un système de publicité, garantie précieuse pour les transactions immobilières. »

La doctrine italienne avait pénétré de bonne heure en Belgique et des jurisconsultes belges en avaient professé les théories à l'école de Louvain ; mais, de même que les auteurs français, ils firent une large part au principe de la territorialité des coutumes. Everard déclare sans aucune hésitation que la succession immobilière doit être soumise à la loi de la situation des biens. « *In materia successionis ab intestato*

1. Laurent, *Droit civil international*, t. I, p. 422.

aut divisionis bonorum, servanda est consuetudo loci situationis bonorum de quibus contenditur et non consuetudo loci, ubi ille de cujus successione agitur, moritur vel decessit ; ubicumque enim est quæstio de aliquo jure descendente ex re ipsa, servari debet statutum loci ubi res est [1]. »

Dans une matière analogue, à propos du statut prohibitif des legs entre époux, Peckius affirme que le grand conseil de Malines a fait maintes fois une stricte application de la loi territoriale et il déclare qu'il a eu raison [2].

Ce pays était donc admirablement préparé à recevoir la doctrine de d'Argentré, et le succès qu'elle y obtint n'a rien de surprenant. Les jurisconsultes belges partent de cette idée que les biens jouent le plus grand rôle et que la considération de la personne est secondaire. Aussi n'admettent-ils des statuts personnels qu'à titre d'exception ; la règle est la réalité et partant la souveraineté des coutumes. Leur doctrine en matière de succession est donc celle de la plus stricte territorialité.

Jean de Sande déclare très catégoriquement que la succession immobilière doit être soumise à la *lex rei sitæ* : « *Vulgo a doctoribus receptum est statuta*

1. Everard, *Consilia sive Responsa* (éditions d'Anvers, 1643) ; *consilium* CCVI.

2. Petri Peckii opera (Edition d'Anvers, 1647), *De testamentis conjugum*, liv. IV, ch. XVIII.

de bonis et successione ex statu dispumentia esse realia nec egredi fines territorii atque ita fieri ut secundum diversitatem statutorum diversimode succedatur cum aliter quam si per fictionem unius hominis diversa sunt patrimonia. Nec absurdum est diversarum quasi personarum vice fungi aliquem ad hoc ut diversi modo hereditatem transmittunt. Et immobilia sunt sub jurisdictione istius loci in quo jacent. Statutum igitur Hollandiæ non extendit se ad res immobiles in Frisia sitas sed istæ subjacent dispositioni juris communis quod in Frisia obtinet. Et ita quoque in materia intestati usum fuit Senatui. Hæc ita procedunt in immobilibus quæ a situ cujusque provinciæ legem accipiunt cohærentque territoris et ex eo, ratione jurisdictionis æstimuntur[1]. »

Rodenburgh n'est pas moins affirmatif : « *Conspirant enim eo vota fere omnium, bona ut dijucidentur sua lege loci in quo sita sunt.... Itaque ut exemplis i lustrioribus apud nos rem adstruam. Bona Ultrajecti sita, ex lege loci, parentibus, in Hollandiæ locis compluribus constituta, fratribus et sororibus, ascendentibus exclusis, obvenient ; bona emphiteutica, tam ecclesiastica quam secularia in agro Trajectensi sita, ex consuetudine quæ ibidem, jure feudorum transmittuntur, nec linea abeunt quod ipsium superrime in revisione judicata comprobatum est*[2]. »

1. Jean de Sande, *Decisiones Frisicæ*, liv., IX, tit., VIII, Definitio VII.
2. Rodenburgh, De jure quod oritur ex statutorum diversitate, tit. II., cap. I.

Quant à Burgundus, toutes les lois successorales sont pour lui des statuts réels au suprême degré. « *Venio ad secundum statutorum classem quæ quidem mere realia sunt cujusmodi appellamus ea quæ de modo dividendarum ab intestato hæreditatum tractant territorium egredientia conjurant enim ea vota fere omnia, bona ut dijudicentur sua lege loci in quo sita sunt vel esse intelliguntur* [1]. »

Et poussant sa théorie jusqu'aux dernières limites, il enseigne que l'héritier est libre d'accepter l'hérédité quant aux biens situés dans une coutume et de la répudier quant aux biens situés dans une coutume différente ; et que par suite l'étendue de son obligation à l'égard des créanciers de la succession varie suivant les dispositions des diverses coutumes où les biens se trouvent répartis. « *Consequenter pro modo facultatum in qualibet regione aditionem fieri posse atque ita quidem et si uno in loco repudiare expediat, in altero tuto adire liceat nec ad æs alienum ulterius teneatur adiens quam consuetudines ejus regionis in qua se pro hærede gerit, dictaverint. Unde si defunctus qui in Flandria domicilium centraxerat in Hannonia fundos habuerit hæredibus ejus integrum erit Hannonicorum fundorum successionem accipere simul et hæreditatem mobilium in Flandria renunciare et hæc via æris alieni onus subterfugere cui in Hannonica nemo obstringitur qui mobilia non*

1. Burgundus, *Ad cen ueludines Flandriæ*, tract. II, n° 2.

attigerit. Quæ sententia a juris civilis ratione non est aliena. Nam ei quis castrensium alium ceterarum rerum hæreditatem scripserit quasi duorum hominum hæreditates intelliguntur ut utrum in æs alienum quod in castris est contractum, solus is tenetur qui castrensium rerum hæres constitutus est; extra castra contracta ære alieno is solus obligetur qui cæterarum rerum hæres scriptus esset [1]. »

La théorie de Burgundus n'était pas suivie en pratique. Le grand conseil de Malines, considérant l'adition d'hérédité comme un quasi-contrat, décidait qu'elle s'étendait à tous les biens, en quelque lieu qu'ils fussent situés, et que, pour en déterminer les effets, il fallait consulter la coutume du lieu où elle devait être faite, c'est-à-dire la coutume du dernier domicile du *de cujus*. Christyn [2], qui approuve cette jurisprudence, rapporte sept arrêts où l'on voit figurer les plus grands noms de la noblesse du pays, les de Lalain, les de Thiennes, les de Croysilles, à côté d'un nom qu'on est étonné de rencontrer dans les annales judiciaires de ces provinces, Jules de Médicis plaidant contre un Galeotti.

Si réalistes que fussent les jurisconsultes belges, ils décidaient cependant que la succession mobilière devait être soumise à la loi du domicile du *de cujus*-

1. Burgundus, *op. cit.*, tract. 2, n° 16.

2. Christinœus, *Decisiones practicarum quæstionum*, *Decisio*, 283, col. 1, nos 15 et s.

Mais tout en étant d'accord sur la règle : *mobilia personam sequuntur*, ils étaient profondément divisés sur le sens qu'il convenait de lui attribuer.

Jean de Sande adopta l'opinion de d'Argentré sans discussion. Voici comment il s'exprime dans le passage suivant qui est relatif aux successions : « *Aliud judicium est de mobilibus, quæ ex conditione personarum legem accipiunt nec loco continere dicuntur, sed personam sequuntur, et ab ea dependent et ideo omnia ubicumque posita mobilia legibus domicilii subjiciuntur*[1]. »

Burgundus fut plus précis ; il consacra deux pages à exposer « *mobilia quomodo dicantur sequi personam*[2]. » L'auteur place la règle dans le statut personnel, mais il le fait par des raisons qui, logiquement, auraient dû le conduire à la faire rentrer dans le statut réel : « *In primis convenit statutum quod de mobilibus disponit mere esse personale ut diximus*[3]. *Existimandum tamen non est mobilia sic comitari personam, ut, si quis iter rediturus faciat, mobilia tanquam ossibus affixa circumferre et fortunas suas una secum bajulare credatur..... Credo ego mobilia comitari personam quamdiu domicilium non habet* ;

1. Jean de Sande, *op. cit.*, liv. IV, tit. VIII, *Definitio* VII.
2. Burgundus, *Adconsuetudines Flandriæ*, tract. 2, n° 20.
3. Burgundus a déjà touché à cette question dans le *Tractatus*, I, n° 2 et déjà il s'est exprimé en termes contradictoires : « *Nomen persona generaliter accipit ut universa complectitur mobilia quæ hæres alio jure habentur quam persona ipsa, a qua legem situmque accipiunt.* »

quod utique procedere poterit si quis, domicilio relicto naviget vel iter faciat quærens quo se conferrat atque ubi domicilium constituat. ... De cetero mobilia ibi esse dicemus ubi quis intruxit domicilium et ideo quolcumque judex domicilii de iis statuerit ubique locorum obtinet, sive quod persona ibi est aut esse semper intelligitur, sive quod ibi rerum suarum summam collocavit. Et sic intelligendum est quod dicimus mobilia sequi personam, hoc est in domicilio ejus existere et non aliter quam cum domicilio transferri. »

Rodenburgh, au contraire, soutint avec beaucoup de force que la règle *mobilia personam sequuntur* appartenait au statut réel. Dans le chapitre où il s'occupe du statut réel, après avoir démontré que ce caractère devait être reconnu aux lois successorales, surtout lorsqu'elles concernent le partage des biens, il ajoute : « *Nec alia in hac parte mobilium rerum causa alia immobilium est : quod enim mobilia dicidantur ex more loci ubi dominus fovet domicilium fit ideo quod ibidem sita esse existimentur, non quod statutum evadet personale* [1]. » Et prenant d'Argentré à partie il s'écrie : « *Nec satis demirari queo Argentreum statutum mobilibus indictum vocantem personale, haud bene memorem datæ a se paulo ante descriptionis, qua personalia ea esse docuit statuta quibus de personarum universali jure ac conditione, ab omni*

1. Rodenburgh, *De jure quod aritur ex statutorum diversitate*, tit. II, cap. II; n° 1.

materia reali separata disponitur. Quæ utique definitio statuto de mobilibus concepto neutiquam congruit [1]. »

En ce qui concerne les créances, les auteurs belges sont tous d'accord pour reconnaître que le partage doit en être opéré suivant la coutume du domicile du créancier. Jean de Sande, après avoir parlé des meubles corporels, ajoute : « *Idem dicendum de nominibus eo quod actio personalis semper adhereat ossibus personæ et ab ea separari nequeat nec loco alligetur* [2]. »

Rodenburgh sans entreprendre aucune discussion, se borne à assimiler les créances aux meubles corporels : « *Quo jure et nomina non immerito censueris ut ea in successionibus et similibus mobilium rerum sortiantur naturam.* »

Burgundus adopte la même solution, mais il proteste contre la formule : *ossibus personæ inhærent* qu'il trouve exagérée puisqu'il s'agissait simplement d'exprimer que les créances étaient situées au domicile du créancier. « *Nomina et actiones loco non circumscribuntur quia sunt incorporales : tamen et ibi perfictionem esse intelliguntur ubi creditor habet domicilium. Non quod quidam ossibus creditoris putant esse affixa non magis movet quam si dicamus dominium fendi esse in proprietario : cum alioquin si quis strictus interpretætur aliud est fundus, aliud dominium fendi ; sicuti aliud est obligatio, aliud credi-*

1. Rodenburgh, *op. cit.*, tit. II, cap. 1.
2. Jean de Sande, *op. cit.*, liv. IV, tit. VIII, *Definitio*, VII.

tum. » La critique du jurisconsulte est fort juste, mais ne prouve-t-elle pas que le statut des meubles est un statut réel?

Cette distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière contrariait la volonté de ceux qui mouraient sans tester. Aussi les villes de Gand et d'Ypres demandèrent-elles comme une véritable faveur que les successions de leurs bourgeois soient partagées d'après la coutume de leur domicile, sans considérer la situation des biens; ce qui leur fut octroyé par le comte de Flandre[1]. Christyn déclare que la jurisprudence ne tint pas compte de ce privilège, car il était contraire aux principes juridiques que l'on professait à cette époque; un statut réel ne pouvait produire aucun effet en dehors de son territoire[2]. M. d'Hermaville[3] et M. Laurent[4] pensent que cet auteur est tombé dans l'exagération; le privilège octroyé aux villes de Gand et d'Ypres devait produire son effet dans toute la Flandre, puisqu'il émanait du prince qui exerçait la puissance souveraine sur cette province; mais en dehors de cette province il était sans effet, voilà, semble-t-il, comment doit s'expliquer la jurisprudence. Bien que ce privilège n'ait été expressément accordé qu'à deux cités, l'usage cependant l'étendit à tout le comté[5]

1. Chrystyn, *Decisiones*, t. I, *Decisio*, 287, nos 1-3, p. 360.
2. Chrystyn, *op. cit.*, *Decisio*, 118, nos 3 et 4, p. 141.
3. D'Hermaville, *Jurisprudence de Flandre*, t. IV, p 62.
4. Laurent, *op. cit.*, t. I, p. 441.
5. De Ghewiet, *Droit en Belgique*, t. I, p. 310, nos 11-12.

et dès lors en Flandre ce fut la loi du domicile qui régit la succession immobilière aussi bien que la succession mobilière ; peu importait donc la diversité des coutumes dans lesquelles les biens étaient situés. « Voilà, dit M. Laurent, un principe de cosmopolitisme dont on est étonné et heureux de trouver le germe dans des coutumes réelles par excellence[1]. »

La coutume de la ville et bourgeoisie d'Ypres contenait une disposition fort remarquable, surtout lorsqu'on la rapproche de l'article 2 de la loi française du 14 juillet 1819. Cette coutume, qui attribuait par moitié au conjoint survivant et aux parents du défunt, selon le degré d'hoirie, « tous les biens de maisons mortuaires de bourgeois, en héritages et à ceux qui sont assis et situez en Flandre (rubrique X, art. 15), avait, en effet, prévu le cas où une partie des biens héréditaires serait située, hors de la Flandre, dans un pays régi par une coutume différente et elle reconnaissait à ses nationaux le droit d'exercer sur les biens situés sur son territoire un prélèvement compensatoire. « Si, déclare l'article 16 (rubrique X)[2], quelqu'un refusait de rapporter quelques biens en l'inventaire et en partage, qui que ce soit, le survivant ou la survivante, ou les héritiers soutenant les avoir hors part et par la coustume du pays où ils sont situez, contraire à cette bourgeoisie ; les autres hoirs et hé-

1. Laurent, *op. cit.*, t. I, p. 442.
2. Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, t. I, p. 89).

ritiers pourront, dès ce moment, mettre la main sur le reste des biens de la maison mortuaire, jusques à ce qu'ils soyent fournis et satisfaits de leur valeur, et au cas que le reste ne pût fournir la valeur, il serait en entier pour poursuivre leur droit ainsi qu'ils le trouveront à propos ».

L'exagération de la territorialité des coutumes devait conduire à la doctrine hollandaise dont le plus illustre représentant est Jean Voët. D'après cet auteur, chaque souverain étant maître chez lui peut s'opposer *mordicus* à l'application de toute loi étrangère sur le territoire soumis à son autorité, et la règle est la même pour tout statut, fût-il essentiellement personnel. C'est là le *summum jus;* n'est-ce pas aussi la *summa injuria*, dont parlent les jurisconsultes? L'État qui déploierait cette rigueur se trouverait en présence d'autres États qui montreraient également la même rigueur; de là, d'inévitables conflits; de là, les plus sérieux préjudices causés aux parties en cause. C'est en présence de pareils faits que l'intérêt bien entendu des nations les conduit à admettre sur leur territoire l'application de certaines lois étrangères; mais c'est là une faveur, ce n'est pas un droit [1].

La succession immobilière, dans cette doctrine, est tout naturellement soumise à la *lex rei sitæ* : « *Obser-*

1. Jean Voët, *Commentaria ad Pandectas*, liv. I, tit. 4, part. II. nos 5 et s.

vandum est bona defuncti immobilia et quæ juris interpretatione pro talibus habentur (quæ quales sint, dictum in tit. de divisione rerum num. 13 *et seqq.) deferri secundum leges loci in quo sita sunt; adeo ut tot censeri debeant diversa patrimonia ac tot hæreditates, quot locis diverso jure utentibus immobilia existant*[1]. » Voët ne se dissimule pas que l'unité de loi serait préférable, mais pas un légiste, dit-il, n'a rêvé un pareil système. Le jurisconsulte hollandais se trompe en émettant cette affirmation; plusieurs auteurs italiens avaient enseigné que les successions devaient être régies par la loi personnelle du *de cujus* et, tout près de la Hollande, les coutumes de Flandre établissaient l'unité de succession.

Voët applique à la succession mobilière la loi du domicile[2]. Cette solution n'est-elle pas contraire à la doctrine générale qu'il enseigne? Les meubles ont une assiette déterminée, quoique mobile; cela ne devrait-il pas suffire pour leur appliquer le statut de la situation? Le jurisconsulte hollandais a recours à une fiction pour justifier la solution qu'il donne : les meubles servant à l'usage de la personne, la loi feint qu'ils se trouvent dans le lieu où la personne a établi son domicile; c'est donc là leur situation légale. « *Proinde si quid domicilii judex constituerit, id ad mobilia ubicumque sita, non alia pertinebit ratione quam*

1. Jean Voët, *op. cit.*, liv. 38, tit. 17, n° 34.
2. Jean Voët, *op. cit.*, liv. 1, tit. 4, part. II, n° 11

quia illa in ipso domicilii loco esse concipiuntur. » Cette argumentation est loin d'être concluante. Il n'y a pas de fiction sans loi; où est la loi qui décide que les meubles sont présumés situés là où la personne a son domicile? Aussi Voët finit-il par invoquer la *comitas gentium.* « *Non equidem repugnaverim, atque adeo tunc hoc ipsum comitati, quam gens genti præstat, magis, quam rigori juris et summæ potestati quam quisque magistratus in mobilia in suo territorio constituta, habet, adscribendum putem.* » Le règlement de la succession mobilière dépend donc du bon plaisir du souverain ou de son intérêt, qui sont choses extrêmement variables. Existe-t-il un moyen de remédier à un pareil état de choses? Voët recommande l'usage des conventions internationales qui assureront aux sujets des divers États des bénéfices égaux et réciproques [1].

En Allemagne, il fut décidé de très bonne heure que la loi des successions serait réelle, c'est à dire strictement et absolument territoriale. Des documents, qui remontent au XIII[e] siècle, consacrent cette règle. Le miroir de Souabe contient la disposition suivante : « *Iclich inkomen man entfeterbe binnen deme lande zu Sachsen nach des landes rechte und nicht nach des maines rechte he si Beier, Swab oder Franke* [2]. » « Tout

1. Jean Voët, *op. cit.*, liv. I, tit. 4, part. II.

2. Miroir de Saxe (édition Weiske, Leipsig, 1882), liv. I, ch. 3, p. 30.

habitant acquiert une succession dans le pays de Saxe d'après la loi de ce pays et non d'après sa loi nationale, qu'il soit Bavarois, Souabe ou Franc [1]. »

Le miroir de Souabe s'exprime dans les mêmes termes en parlant du droit de succession : « Uns hons qui vient de pays an autre et quérir droit daucons biens par devanz la iostice la où li biens sunt il convient que il pragne droit selon la coustume dou pais où li biens sont assis ne mie à la custume de son pais. »

Dans ce pays comme en Belgique et en France, la théorie des statuts fut profondément affectée par la souveraineté des coutumes ; la preuve en est dans les écrits des deux jurisconsultes qui nous paraissent, dans cet ordre d'idées, avoir eu le plus d'autorité : André Gaill et Mynsinger.

André Gaill, repoussant le système de Bartole, soutient qu'un statut successoral ne peut produire aucun effet sur les biens situés en dehors du territoire. Le jurisconsulte examine d'abord la question à un point de vue spécial : il recherche l'étendue qu'il convient d'assigner au statut qui appelle le conjoint survivant à recueillir les biens laissés par le prédécédé, à l'exclusion des héritiers légitimes : « *In facto proponebatur utrum talis consuetudo vel statutum extenderetur*

1. Nous empruntons cettte traduction à M. Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 281.

2. Miroir de Souabe (Edition Matilé), Ire partie, ch. XXXIII, p. 7

etiam ad bona extra territorium consuetudinis vel statuentum sita, ita quod superstes conjunx, succedere possit etiam in bonis extra territorium positis. Conclusum quod non, quia consuetudines vel statuta (quæ regulariter paribus passibus ambulant) sunt locales, vel localia, et sic non obligant nisi subditos. Ubi igitur cessat jurisdictio statuentum, ibi statuti dispositio non obtinet..... Quo pertinet quod causa finita non possit producere effectum infinitum, sed sicut limitatur votentiæ causæ sic etiam debet limitari effectus. Sed votentia et auctoritas consuetudinis non extendit se extra proprios limites ; ergo nec ejus effectus se extendere potest.... Itaque res extra territorium sitæ proprie legi illius loci ubi sitæ sunt, subjacent et non legi statuentium per rationem prædictam et sic hæredes ab intestato puta collaterales, excluso superstite conjuge, in illius bonis succedere possunt [1]. »

Plus loin, André Gaill généralise la décision qu'il vient de donner et l'applique à toute espèce de succession : « *Et hæc obtinent non solum in hac consuetudine de successione conjugum sed in omni consuetudine vel statuto de rebus disponentibus* [2]. »

Mynsinger se prononce aussi pour la réalité du statut des successions et rapporte à l'appui de son opinion un arrêt de la Chambre Impériale : « *Si lex munici-*

1. André Gaill, *Practicarum Observationum libri duo* (édition d'Amsterdam, 1663), *Observatio* CXXIV, nos 4 et s.

2. André Gaill, *op.* et *loc. cit.*, no 11.

valis de hæreditate legitima sive ab intestato aliter disponat quam jure communi, cautum est, an extendenda esset etiam ad bona extra territorium illius loci, sive ipsorum statuentum sitæ, controversum fuit in quadam ardua causa. Et quanquam in hoc dubio Doctores varie loquantur; (ici l'auteur rapporte l'opinion de Bartole) *attamen domini Assessores contrariam sententiam judicando amplexi sunt, videlicet statutum in successionibus legitimis aliter disponens, quam jure communi sit, nullatenus ad bona extra territorium ejus loci sita extendi, sive sit conceptum in rem sive in personam*[1]. »

La loi des successions est donc toujours considérée comme une loi réelle ; la règle comporte cependant un tempérament : la dévolution des meubles héréditaires reste soumise à la loi du domicile du *de cujus*. Cette distinction entre la succession immobilière et la succession mobilière qui n'était mentionnée ni dans le miroir de Saxe, ni dans le miroir de Souabe est définitivement admise au XVI[e] siècle. C'est ce que prouve le passage suivant d'André Gaill relatif à l'hypothèse d'un testament mais qui doit être étendu en cas de succession *ab intestat* : « *Mobilia quæ erant extra territorium statuentum debeant judicari perinde, ac si fuissent in eo loco, in quo erat persona testatoris tempore conditi testamenti, quia mobilia respiciunt personam*[2]. »

1. *Singularium Observationum imperialis Camera Centuriæ VI*, (édition de Cologne, 1697) ; *centuria* V, *observatio* XIX

2. André Gaill, *op.* et *loc. cit.*, n° 16.

La doctrine de d'Argentré en pénétrant en Allemagne ne pouvait naturellement que conduire les jurisconsultes à faire à la territorialité du droit la plus large part. Mevius, après avoir démontré que tout statut relatif aux immeubles doit être strictement renfermé dans les limites du territoire, formule les règles suivantes à propos de la succession : « *Bona diversis in territoriis posita, propter diversitatem legum pro diversis patrimoniis censeri. — Aliquem posse habere diversos hæredes et pro parte decedere testatum et intestatum. — Considerari ratione bonorum in diversis locis sitorum ut duplicem hominem* [1] . »

Hertius [2], recherchant la loi applicable à la succession, lorsque les biens se trouvent situés en divers pays, dit en parlant des immeubles: « *Res immobiles loci leges sequi ubi sitæ sunt. Quemadmodum etiam doctores statuunt et perpetuo Cameræ imperialis servatur.* »

Lauterbach se prononce également pour la loi territoriale. « *De jure verissima, communi Doctorum calculo ad [illegible] et in praxi recepta est sententia, quod successio in immobilibus deferenda sit non secundum jura et statuta domicilii, sed cujusvis loci rei sitæ: quia illius jurisdictionis et statutis subjecta sunt* [3]. »

1. Davidis Mevii, *Commentarii in jus Lubecense libri quinque* (édition de Francfort, 1714), Quest. 6, nos 15, 16, 17.

2. Hertius, *Commentationes atque opuscula de relictis et rarioribus argumentis in jurisprudentia universali publica, feudali et romana, De collisione legum*, XXVI.

3. *Wolffgangi, Adami Lauterbachii, icti quondam Tubingensis colle-*

Si la dévolution des immeubles est soumise à la loi de la situation, celle des meubles est gouvernée par la loi du domicile du *de cujus*. Tous les auteurs sont d'accord pour admettre la règle : *mobilia personam sequuntur* mais ils sont loin d'être aussi explicites que les jurisconsultes belges ; ils ne cherchent pas à découvrir le véritable sens de la règle. Hertius adopta sans critique l'opinion de d'Argentré en la présentant comme l'opinion commune. « *Mobiles ex conditione personæ legem accipiunt, nec loco continentur* [1]. » Dans un autre passage il exprime la même idée. « *(Res mobiles) proinde cum affectionem perpetuam ad personam ultimi possessoris habeant, sequuntur jus loci in quo domicilium ille habuit* [2]. » Lauterbach, au contraire, reproduisit l'interprétation de Dumoulin sans mentionner un débat : « *Bona mobilia co in loco, quo temporis gratia translata, civiliter existere non videntur. Sed paterfamilias ea destinere creditur ad locum domicilii, ut ibi ejus familiæ interveniant, et propter ea in isto loco civiliter esse, ejusque jurisdictioni subjecta censentur* [3]. »

En ce qui concerne les créances, elles sont traitées comme les meubles corporels et sont, par conséquent, soumises à la loi du domicile du créancier.

gium theoretico-practicum studio filii Ulrici Thomæ Lauterbachii, tit. de successionibus juris novissimi, LIII.

1. Hertius, *op. cit.*, VI.
2. Hertius, *op. cit.*, XXVI.
3. Lauterbach, *op. cit.*, LIII

Hertius[1] et Lauterbach[2] se prononcent en ce sens sans aucune hésitation, sans avoir l'air de se douter que la question puisse être discutée. Mevius au contraire prévoit bien que la loi du débiteur pourrait être suivie, mais il repousse formellement cette solution : « *Cum enim nomina et actiones cohærent creditoris personæ, quasi ossibus ejus infixæ, non possunt dici de territorio ejus loci, ubi debitor est, sed potius sub creditoris domicilio existent*[3]. »

Ainsi en Allemagne, pendant longtemps, la succession immobilière a été gouvernée par la loi de la situation des biens, la succession mobilière par la loi du domicile, mais il devait se produire un phénomène d'évolution bien curieux. Sous l'influence du droit romain, devenu le droit commun du pays, la succession, considérée comme une universalité juridique, allait être soumise à une loi unique, celle du domicile du *de cujus*.

Les jurisconsultes français du XVII[e] et du XVIII[e] siècles eurent souvent à s'occuper du conflit des coutumes en matière de succession. Il est de la plus haute importance d'étudier avec soin leurs théories, car aujourd'hui, dans le silence à peu près complet des

1. Hertius, *op. cit.*, VI, XXVI.
2. Lauterbach, *op. cit.*, LV.
3. Mevius, *op. cit.*, nos 31 et 32.

textes, la question se pose de la même manière et, comme l'a fait remarquer fort judicieusement M. Laurent, « le droit de succession en droit international privé relève essentiellement de la tradition ; c'est donc toujours à la tradition française qu'il faut remonter [1] ».

S'agissait-il d'une succession immobilière? Elle devait être soumise à la coutume de la situation des biens. C'était là une régle mise au-dessus de toute contestation possible. Ferrière affirmait que tous les auteurs étaient d'accord sur ce point [2] et Boullenois disait que c'était une voix unanime [3]. Chose étonnante ! Le dissentiment de l'Ecole Italienne et de Cujas avait été oublié. « On ne voit pas, dit Froland, que les avis aient jamais été partagés sur cette matière que nos pères ont toujours considérée comme réelle [4]. »

La réalité du statut de la succession immobilière était donc, dans notre ancienne jurisprudence, suivant la remarque même de Pothier [5], un principe constant. Et comment d'ailleurs un doute aurait-il pu se concevoir quand, dès le XVI[e] siècle, d'Argentré avait déclaré qu'il n'existait plus pour les enfants. Il suffit de rapporter le témoignage de Bouhier, témoignage peu

1. Laurent, *Droit civil international*, t. VI, p. 430.

2. Ferrière, *Sur la coutume de Paris*, art 302.

3. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. I, p. 230.

4. Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 1290.

5. Pothier, *Traité des successions*, ch. IV, art. 13. — Cf. Pothier, *Coutume d'Orléans*. Introduction générale aux coutumes, ch. I, 2.

suspect puisque ce jurisconsulte n'acceptait qu'à regret le principe de la réalité des coutumes et aurait voulu faire de la personnalité la règle générale. Bouhier, après avoir fait remarquer que, relativement aux successions, les coutumes étaient très diverses, ajoute : « Or cette diversité a fait souvent demander quelle coutume il fallait suivre en ce cas lorsque le défunt de la succession duquel il s'agissait avait laissé des biens dans plusieurs provinces différentes ? Mais on a perpétuellement répondu que, comme les législateurs n'avaient songé qu'aux immeubles qui étaient soumis à leurs lois, il fallait, à l'égard de chaque corps d'héritage, suivre le coutume du lieu où il était situé. Et c'est principalement pour ce cas qu'a été faite la règle si souvent répétée que *les coutumes sont réelles* [1] ».

Chaque coutume étant la loi du partage pour les immeubles situés sur son territoire, il en résultait cette conséquence fatale : le démembrement du patrimoine. « D'où l'on collige, dit Choppin, que plusieurs héritages d'un même homme situés en divers territoires sont aussi régis et transférés par des lois et des coutumes différentes non autrement que si c'étaient plusieurs patrimoines de plusieurs. Et je me souviens que la Cour ordonna en la famille de Crice qu'il y aurait trois partages des biens héréditaires, qui étaient situés en Anjou, Touraine et Poitou et étaient régis par les

1. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXX, n° 3.

coutumes de ces provinces, par arrêt du 2 juillet 1583, au procès en partage entre Charles et Lucrèce Tourpin, de laquelle j'étais advocat, au rapport de M. Alegrain, conseiller . » L'auteur ne se dissimule pas les inconvénients de ce système et il conseille aux héritiers de s'entendre pour ne faire qu'un partage, en observant cependant les coutumes de chaque pays : « car en cette façon les cohéritiers se donnent et assignent plus facilement ce qui assemble accommoder mieux l'un l'autre. »

L'application de la loi territoriale à la dévolution des immeubles conduisait parfois aux résultats les plus étranges. Froland parle du *caprice* de nos coutumes. « Un héritier, ajoute-t-il, enlèvera quelquefois lui seul tous les fonds d'une province ; il partagera ceux d'un autre territoire par portion égale avec ses cohéritiers et peut-être il arrivera que dans d'autres il ne pourra rien prétendre ! un puîné prendra sa part dans une coutume d'égalité avec son frère aîné ; dans une autre, il aura peu de choses et dans une autre, il sera totalement exclu de la succession ; une sœur que la coutume de Paris admet conjointement avec ses frères et même également à succéder à ses père et mère ne sera pas si favorablement traitée par la coutume d'Anjou et peut-être il arrivera, par rapport aux biens de Normandie, qu'elle en sera tout à fait privée, etc.[2] »

1. Choppin, *Commentaire sur la coutume d'Anjou*, liv. III, tit. 2, nº 15.
2. Froland, *Mémoires*, t. II, p. 12' 0.

Les inconvénients très sérieux auxquels donnait lieu le démembrement du patrimoine en matière de succession immobilière n'existaient plus à l'égard de la succession mobilière ; une seule loi était applicable, celle du domicile du *de cujus*. Mais si tous nos anciens auteurs étaient d'accord pour admettre la règle *mobilia personam sequuntur*, quel sens lui attribuaient-ils ? La plaçaient-ils dans le statut personnel ou dans le statut réel ?

La question ne présentant aucune importance pratique beaucoup d'auteurs se contentèrent de constater la règle et d'en faire l'application à des hypothèses particulières. Quelques-uns cependant furent plus explicites. Ainsi Challine[1] se fonda sur le sentiment de Dumoulin pour placer la règle dans le statut réel. « Par laquelle apostille » dit-il, après avoir reproduit la note de Dumoulin sur l'article 41 de la coutume d'Auvergne, « cet excellent auteur marque parfaitement et nettement la réalité des coutumes, laquelle fait la différence des donations et des successions à l'égard des biens qui sont leur destroit. » Tel fut aussi le sentiment de Claude Henrys[2], lorsqu'il dit : « Les meubles sont attachés au domicile. »

Pierre de l'Hommeau[3] au contraire semble bien plutôt s'être inspiré de d'Argentré dans l'explication

1. Challine, *Méthode pour l'intelligence des coutumes*, p 270.
2 Claude Henrys, liv. 4, tit. I, ch. 6, quest. 105.
3. De l'Hommeau, *Maximes*, liv. III, art. XVII

suivante : « Nous avons dit au précédent article que meubles ne contiennent aucun lieu, d'autant qu'ils peuvent être transportés en un moment d'un lieu dans l'autre, n'ont point d'assiette, ni de territoire. De là s'ensuit la maxime que meubles suivent le corps. » Il faut aussi citer Pothier [1], comme partisan de la personnalité de la règle : *mobilia personam sequuntur*. « Il y a des choses qui n'ont aucune situation ; ces choses suivent la personne à qui elles appartiennent et sont par conséquent régies par la loi du domicile de cette personne... Les meubles étant transportables par leur nature d'un lieu dans un autre n'ont de situation en aucun lieu, quand même ils y auraient toujours été et par conséquent ne sont régis que par la loi du domicile de la personne à qui ils appartiennent. »

Il est à remarquer que les divers auteurs dont nous venons de rapporter l'opinion se prononcent dans un sens ou dans l'autre sans aucune discussion, sans avoir même l'air de soupçonner qu'il puisse exister une autre interprétation que celle qu'ils donnent. Selon qu'ils s'inspirent de Dumoulin ou de d'Argentré, ils placent la règle dans le statut personnel ou dans le statut réel, mais ils le font sans examen critique. Leur témoignage sur ce point est donc de peu d'importance. Il s'éleva, au contraire, sur ce point, une discussion sérieuse entre Boullenois et Bouhier.

1 Pothier, *Traité des choses*, III. Voy. aussi *Coutume d'Orléans*, Introduction générale aux coutumes, nº 21.

Dès sa première dissertation, Boullenois s'explique sur le caractère des lois relatives aux meubles. Voulant donner des exemples de statut réel, il les prend dans la matière des successions. « Mais auparavant, dit-il, on observe que sous les termes de choses dont est parlé dans la définition sont compris les meubles qui sont toujours régis par un statut réel qui est celui de la situation, non pas de la situation accidentelle mais de la situation du domicile, parce qu'en quelques endroits qu'ils soient dispersez, ils ne font qu'un tout avec ceux du domicile. Ce sont des branches qui s'étendent au loin et qui, à raison de la racine, appartiennent toujours au territoire de la racine. Aussi, quand un homme par la loi de son domicile dispose de ses biens meubles, sa disposition s'étend sur tous ceux qu'il a, dans quelques endroits qu'ils soient situez, en vertu de la loi de son domicile, quoique réelle en cette partie, sans que l'on puisse dire que le statut réel sorte de son territoire ; parce que tous ces meubles répandus en différents endroits sont des parties d'un tout qui a sa situation en la loi du domicile[1]. »

Quelques années plus tard, dans son second ouvrage[2], Boullenois examine de nouveau cette question et se prononce également dans le même sens,

1. Boullenois, *Démissions de biens*, p. 100.

2. Boullenois, *Dissertations sur les questions mixtes qui naissent de la contrariété des lois*, p. 488.

tout en faisant connaître la divergence qui s'est produite entre les auteurs sur le sens de la règle, qu'ils sont tous d'accord pour admettre dans les mêmes termes.

Bouhier adopta l'opinion contraire. Mais ce ne fut pas sans hésitation. Lorsque, dans une espèce de chapitre préliminaire, il s'occupe pour la première fois de la règle relative aux meubles, il s'exprime de la manière suivante : « Pour les choses, on sait qu'on les distingue communément en meubles et en immeubles ; or à l'égard des meubles, on est assez demeuré d'accord qu'encore qu'ils se trouvent hors du territoire de la coutume où le propriétaire est domicilié, la disposition ne laisse pas d'en être réglée par cette coutume, non qu'elle ait régulièrement aucun pouvoir sur ce qui est hors de son ressort, mais c'est que, comme les meubles n'ont aucune assiette fixe, on suppose, par une fiction légale, qu'ils sont tous au domicile de celui à qui ils appartiennent[1] ».

Au premier abord, il semble bien résulter de ce passage que Bouhier rattache la règle *mobilia personam sequuntur* au statut réel ; aussi a-t-on pensé[2] que tel était son sentiment. C'est une erreur. Déjà Bouhier citait à l'appui de son dire d'Argentré, Burgundus et de l'Hommeau aussi bien que Dumoulin, Rodenburgh, Boullenois, ce qui prouve bien qu'il se proposait simplement d'énoncer la règle et non pas de la caractéri-

1. *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXI, nº 172.
2. Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 125.

ser. Et plus loin, lorsqu'il fit le classement des statuts, il plaça formellement cette règle parmi les statuts personnels. « Puisqu'on ne doute pas, dit-il, que les statuts qui règlent les droits des personnes ne soient personnels, on ne peut pas raisonnablement attribuer une autre qualité aux statuts qui regardent les choses attachées à ces mêmes personnes ; car ce sont des espèces d'accessoires qui doivent suivre la nature du principal dont elles dépendent... Les meubles nous en fournissent un premier exemple, car comme ils n'ont point d'assiette fixe et qu'ils se transportent facilement d'un lieu dans un autre suivant qu'il plaît aux propriétaires, on suppose par une espèce de fiction, qu'ils sont adhérents à leurs personnes et de là viennent nos maximes coutumières que les meubles suivent le corps ou la personne ; en sorte qu'à l'exception d'un petit nombre de cas, ils ont pour règle les mêmes lois que leurs maîtres, c'est-à-dire celle de leur domicile... » Ici Bouhier rappelle ce qu'il a dit plus haut, oubliant que le sens en était complètement différent ; il affirme en outre que Dumoulin et d'Argentré étaient d'accord sur ce point, ce qui est inexact. Puis venant à l'opinion contraire dont il fait la critique : « Il s'est néanmoins trouvé un petit nombre de jurisconsultes qui, en avouant que les meubles sont régis par la coutume du propriétaire ont cru devoir nier que les statuts qui les concernent soient personnels ; car, disent-ils, s'ils suivent le domicile, ce n'est que parce

qu'on feint qu'ils sont tous dans le lieu du domicile ; ce sont des branches qui s'étendent au loin, mais qui, à raison de la racine, appartiennent toujours au territoire de la racine... Mais cette racine est-elle autre chose que la personne à qui les meubles appartiennent? Or la branche ne peut être d'une autre nature que la racine.. D'ailleurs qui dit une chose réelle dit une chose qui a une assiette fixe, permanente et invariable, ou qui est attachée à une chose de cette nature : or c'est ce qu'on ne peut dire des meubles [1]. »

Le dissentiment de Bouhier ne fit pas renoncer Boullenois à son opinion ; après avoir rapporté et commenté la décision de Rodenburgh qui est conforme, ainsi qu'il le fait remarquer, à la note de Dumoulin sur l'article 41 de la coutume d'Auvergne, il déclare qu'elle est fort exacte et il ajoute : « M. d'Argentré, et avec lui plusieurs autres, prétendent que les meubles *situm habere negantur nec loco continere ucdintur propter habilitatem motionis et translationis* ; *quare statutum de bonis mobilibus vere personale est.* » Mais je ne vois pas comment l'on refuse aux meubles une assiette : on convient que cette assiette n'est pas immuable, que les meubles ne sont point inhérents au fonds, mais du moins ils y existent par une sorte de demeure avec le propriétaire. De dire que le statut qui régit les meubles est *vere personale*, c'est ce me semble changer les notions ordinaires, car

1. Bouhier, *Observations*... ch. XXV, nos 1 et s.

nous n'appelons un statut personnel que celui qui régit la personne, en l'affectant d'un certain état et d'Argentré lui-même veut que le statut personnel règle universellement la personne; ce qui ne saurait convenir aux statuts qui règlent les meubles [1]. » Ainsi, les deux auteurs qui aperçurent la véritable difficulté, furent en désaccord sur le caractère qu'il convenait d'attribuer à la règle *mobilia personam sequuntur*; mais ils reconnurent l'un et l'autre que si les meubles étaient soumis à la loi du domicile c'est qu'ils devaient y être réputés situés. N'est-ce pas la preuve évidente de la réalité du statut?

Il n'était pas possible d'appliquer la règle *mobilia personam sequuntur* avant d'avoir constaté que les biens compris dans la succession étaient mobiliers, et pour en discerner la nature il n'y avait d'autre moyen que de consulter la loi du lieu où ils étaient situés. C'est ce que décidait Basnage dont Boullenois [2] rapporte l'opinion en l'approuvant : « Tout ce que nous venons de dire est pour le cas où les meubles et les immeubles dont il s'agit sont connus et avoués pour être meubles ou immeubles, mais il est des choses réputées meubles dans un endroit, qui sont réputées immeubles dans un autre, et pour lors il importe de savoir quelle sera la loi qui déterminera

1. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, I, p. 338 et s.

2. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, I, p. 841.

leur nature. Il y a des coutumes dit Basnage, telles que la coutume de Normandie, art. 506, qui réputent meubles les fruits et les grains après la Saint-Jean ; et au contraire celle de Paris, art. 92, ne les estime meubles s'ils ne sont coupés. Comment en userait-on entre des légataires, des héritiers aux meubles et des héritiers aux propres, s'il arrivait qu'un homme domicilié à Paris et qui avait des héritages en Normandie mourût après la Saint-Jean? Béraut était du sentiment qu'entre le légataire et l'héritier aux meubles les fruits qui sont sur les terres d'une province doivent être réputés meubles du jour que la coutume d'icelle les répute meubles, et par conséquent les fruits des héritages étant en Normandie appartiendront au légataire ; mais que s'il était question entre les héritiers du partage dicensé, il serait réglé selon la coutume du lieu où le propriétaire était domicilié lors du décès. Il faut résoudre, à mon avis, indistinctement que tant à l'égard des légataires que des héritiers l'on doit suivre la coutume du lieu où les fruits sont excrus. Il est bien vrai que les meubles doivent se partager selon la coutume du lieu où le défunt avait établi sa demeure ; mais quand il s'agit de déterminer si des fruits doivent être censés meubles ou immeubles, l'on doit suivre la coutume de la situation des héritages sur lesquels ils sont excrus, de sorte que si le défunt demeurait à Paris lors de son décès, quoique par la coutume de

Paris ils ne soient estimés meubles s'ils ne sont coupés, néanmoins la coutume de Normandie les réputant meubles après la Saint-Jean, leur nature ne doit pas être réglée d'après la coutume de Paris, mais par celle de la situation des héritages qui ont produit ces fruits. Le domicile fait bien la règle du partage, et par cette raison ce qui est réputé meuble en tous lieux doit être partagé selon la loi du domicile, mais il ne règle pas la nature et la qualité des biens, de sorte que, quand en divers lieux ce qui est réputé meuble dans une coutume ne l'est pas dans l'autre, celle de la situation de la chose doit être suivie comme pouvant donner et définir la nature et la qualité de ce qui est dans son territoire. »

Il était indispensable aussi dans certains cas de rechercher si tels biens mobiliers par leur nature n'avaient revêtu le caractère d'immeubles par leur incorporation à des héritages. Tous les auteurs étaient d'accord, en effet, pour décider que, dans ce cas ils devaient être soumis à la loi territoriale[1] et Bouhier, parmi les arrêts qu'il cite à l'appui de la règle *mobilia personam sequuntur*, en mentionne particulièrement un qui « excepta néanmoins et avec raison les meubles destinés au perpétuel et nécessaire usage et commodité des maisons et des métairies du défunt qui étaient

1. Voy. not. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXI, nº 173. — Boullenois, *personnalité et réalité des lois*, I, p. 341. — Froland, *Mémoires sur les statuts*. II, p. 1123.

situés en Nivernais ; car ces sortes de meubles par la destination du père de famille sont censés attachés aux fonds où il lui a plu de les placer, *perpetuum moræ causæ*, et sont par conséquent régis par la coutume où ces mêmes fonds sont situés. » Or n'est-il pas évident qu'il fallait consulter la loi territoriale, non seulement pour le partage de ces biens devenus immeubles, mais surtout et avant tout sur la question de savoir dans quels cas et sous quelles conditions ils devaient être assimilés aux immeubles. L'évidence était telle que les auteurs ne jugeaient même pas utile de faire cette observation.

Une question analogue, mais en sens inverse, se présentait pour les biens qui, immeubles par leur nature, étaient considérés comme meubles, à certains points de vue, dans quelques coutumes. Il en était ainsi, dans les coutumes d'Arras, de Lille, de Saint-Pol, etc., des édifices qui, n'ayant pas la durée permanente des fonds de terre, étaient considérés comme des biens d'une importance moins considérable. « Ces sortes d'immeubles ainsi mobilisés, dit Boullenois, sont appelés biens cateux comme qui dirait biens caducs. » En matière de succession, ils étaient attribués à l'héritier des meubles, à celui que désignait la loi du domicile [1], mais il était évident que la loi de la situation devait être consultée pour savoir

1. Boullenois, *Pers. et réal.*, II, p. 59 et s. — Voy. Maillart, *sur la Coutume d'Artois*, art. 146 et 187.

s'il fallait leur reconnaître le caractère de meubles.

Les difficultés que nous venons d'examiner sont relatives aux biens corporels ; nous devons maintenant rechercher les principes suivis à l'égard des biens incorporels. A cet égard il s'était produit certaines divergences entre les auteurs. Le droit de créance étant un rapport d'obligation entre deux personnes, on peut suivre la loi du domicile du créancier ou la loi du domicile du débiteur. Au XVI^e^ siècle, ainsi que nous l'avons dit [1], Guy Coquille avait soutenu, contrairement à l'opinion généralement admise, que le partage des créances devait être opéré conformément aux dispositions de la coutume du domicile du débiteur. Au XVII^e^ siècle, Simon d'Olive, conseiller au parlement de Toulouse, dans un recueil de décisions rendues par cette cour, adopta le mêmes entiment qui, d'après lui, aurait été consacré par trois arrêts en 1574, en 1609 et en 1603. Voici comment il essayait de le justifier [2] : « Puisque, suivant l'axiome des philosophes, le mouvement et l'action prennent leur forme et leur essence du terme où ils tendent et aboutissent, il s'ensuit que c'est par le domicile du débiteur que les dettes actifs doivent être réglés ; veu que, suivant le droit, le débiteur est le terme de l'action civile, et que le créancier poursuivant l'effet de son obligation et

1. V. ci-dessus, p. 213.

2. Simon d'Olive, *Questions notables du droict décidées par divers arrests de la Cour du parlement de Tolose*, liv. 5, ch. 33 (œuvres de Simon d'Olive, Lyon, 1650).

le paiement de son deu est obligé de suivre la cour et la juridiction du débiteur [1]. »

Si l'on s'attache à la nature des choses, il faut bien reconnaître qu'il existe de sérieuses raisons pour donner la préférence au domicile du débiteur [2]. La créance, en effet, n'est-elle pas principalement en contact avec le domicile du débiteur ? N'est-ce pas là que le créancier doit se rendre pour demander son paiement ? N'est-ce pas devant le tribunal de ce lieu qu'il doit intenter son action si des difficultés s'élèvent ? Et, d'autre part, ainsi que l'avait fait remarquer Guy Coquille, le sort de la créance n'est-il pas aux mains du débiteur qui, par son incapacité ou par son incurie, peut lui enlever toute valeur. On ne saurait le contester : le mot de créance lui-même l'indique : le créancier jusqu'à l'échéance s'en est remis à la bonne foi du débiteur. Mais s'il en est ainsi, une conséquence

1. Choppin proposait une distinction. Le créancier et le débiteur appartiennent-ils à une nationalité différente ? S'agit-il, par exemple, d'un Français et d'un Anglais ? En ce cas la créance est « l'obligation du patrimoine d'Angleterre et est réglée par le droit de ce pays, parce que le roi d'Angleterre ne permettra pas qu'elle soit réglée par un autre droit que le sien ». S'agit-il au contraire de deux Français mais domiciliés dans deux provinces différentes, l'un habitant Paris, l'autre fixé en Guyenne, la créance « sera réglée par la coutume de Paris comme meuble de Paris et partagée suivant la même coutume entre les héritiers du créancier, parce que les obligations et les dettes actives résident ès personnes des créanciers par l'article 348 de la coutume de Paris, conforme au droit commun ». Choppin, Coutume de Paris, liv. 1, tit. 1, n° 10.

2. Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 265 et s.

s'impose : c'est la loi du domicile du débiteur qui doit être prise en considération toutes les fois qu'il s'agit de donner à la créance une sorte de corps et une situation légale.

Cependant ce fut l'opinion contraire que nous avons vue se produire dès l'origine, celle qui donnait la préférence à la loi du domicile, qui triompha définitivement. Consacrée par plusieurs arrêts du Parlement de Paris dont le premier, en date de 1571, fut très remarqué, elle s'était imposée avec une telle autorité que Brodeau[1], au XVII[e] siècle, put dire : « De sorte qu'il faut tenir pour maxime que les rentes constituées sur particuliers *in familiæ erciscundæ judicio* se règlent à l'instar des meubles et se partagent suivant la coutume du lieu où celui *de cujus successione agitur* est décédé et était domicilié... » Et ce langage est celui de nombreux auteurs, parmi lesquels nous citerons Challine[2], Choppin[3], Duplessis[4], Ferrière[5], Lebrun[6], Loyseau[7].

Au XVIII[e] siècle, il n'existe plus sur ce point aucune divergence. Froland, Boullenois et Bouhier, auxquels il faut joindre ici Pothier, sont d'accord pour constater

1. Brodeau et Louet, *Recueil d'arrêts notables*, lettre R, som. XXXI.
2. Challine, *Méthode pour l'intelligence des Coutumes*, p. 302.
3. Choppin, *Traité du domaine*, liv. 1, art. 12.
4. Duplessis, *Traité des droits incorporels*, liv. 21, p. 167.
5. Ferrière, *Coutume de Paris*, art. 94.
6. Lebrun, *Des successions*, ch. 1, sect. 1, n° 62.
7. Loyseau, *Traité de la garantie des rentes*, ch. 8, n° 10.

que la créance doit être soumise à la coutume du domicile de son titulaire. C'est à peine s'ils ont quelque souvenir du temps où la question était discutée. Nulle part il n'est fait mention du passage important dans lequel Guy Coquille avait indiqué les raisons qui le conduisaient à appliquer la coutume du domicile du débiteur. Bouhier [1] et Boullenois [2] seuls parlent du dissentiment de Simon d'Olive et de la jurisprudence du parlement de Toulouse, mais sans s'arrêter à une réfutation qu'ils jugent sans doute inutile. Quant à Froland la question ne fait pour lui aucun doute ; il déclare très catégoriquement que « les actions se partagent communément par la coutume des lieux où ceux qui en étaient les propriétaires avaient leur domicile »[3]. Et plus loin, parlant spécialement des rentes constituées, il ajoute : « Il y a déjà du temps qu'on a demandé par quelle coutume les rentes constituées à prix d'argent se devaient régir. M. Tiraqueau, en sa quest. 49 de primog. n° 10, estimait qu'il fallait suivre la coutume du créancier ; et cette opinion a été reçue dans tout le royaume et confirmée par un si grand nombre d'arrêts qu'il n'est plus permis d'en révoquer la maxime en doute. [4] »

1. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXV, n° 7.

2. Boullenois *Dissertation*, p. 213. *Personnalité et réalité des lois*, I, p. 349.

3. Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 1299, Cf. *Mémoires sur le SC. Velléien*, part. I, ch. XV, p. 302 et part. II, ch. IV, p. 600.

4. Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 1305.

Pothier n'est pas moins explicite; mettant les créances sur le même rang que les meubles, il dit : « Toutes ces choses qui n'ont aucune situation suivent la personne à qui elles appartiennent et sont par conséquent régies par la loi ou coutume qui régit cette personne, c'est-à-dire par celle du lieu de son domicile [1] ».

Les raisons que l'on invoquait à l'appui de ce système étaient des plus superficielles. Sans descendre au fond des choses, on faisait simplement remarquer que la créance est un bien pour le créancier. Cette observation, qui se retrouve chez tous les auteurs, est fort nettement indiquée dans l'une des consultations anonymes qui sont insérées au second volume des œuvres de Duplessis et que Boullenois déclare être « d'une main habile [2] ». « L'actif, y est-il dit, selon la maxime générale, dans les coutumes où il n'y a point de disposition contraire, se règle par la coutume du domicile du créancier, parce que, comme c'est un bien qui réside en ses mains et qui n'a d'autre situation que sa personne et sa maison dont il accroît les facultés, on ne peut aussi lui donner d'autres lois que celles de ce créancier et de son domicile, qui est, en effet, ce qui est appelé en droit *sedes fortunarum.* »

1. Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introduction générale aux coutumes, ch. 1, nº 24.

2. Boullenois, *Pers. et réal. des lois*, t. I, p. 361.

Le succès si complet et si rapide d'une opinion aussi faiblement motivée paraîtrait surprenant, si l'on ne tenait compte des circonstances qui ont entraîné la doctrine et la jurisprudence à appliquer la loi du domicile du créancier. En décidant ainsi, on cherchait à prévenir le démembrement des successions dont les éléments se trouvaient répartis entre plusieurs lieux régis par des lois différentes. Les meubles corporels étant réputés situés au domicile de leur propriétaire, il fallait nécessairement pour éviter toute complication réputer les créances situées au domicile de leur titulaire. Et cette idée de très bonne heure avait été formulée dans une de ces maximes dont le droit coutumier était familier. De même qu'on avait dit en parlant des meubles corporels : *mobilia personam sequuntur*, on dit en parlant des créances : *nomina ossibus personæ creditoris inhærent*. Et ces deux maximes, liées l'une à l'autre, se prêtant réciproquement un mutuel appui, firent ensemble leur chemin et s'imposèrent avec toute la puissance des choses traditionnelles.

Après avoir indiqué la règle applicable au partage des créances comprises dans la succession, nous devons en déterminer exactement le champ d'application. Cette règle était générale ; elle ne comportait qu'une exception : dans le cas où la créance avait pour objet un immeuble, il était admis qu'il fallait suivre la coutume du lieu où cet immeuble était situé. « Aux véritables immeubles, disait le président Bouhier,

l'ordre veut que nous joignions les actions immobiliaires. Car encore qu'une action tienne naturellement plus du meuble que de l'immeublé, néanmoins quand elle affecte les immeubles, elle est réputée de la même condition suivre cette règle de droit que *qui jus habet ad remipsam, rem habere videtur*. C'est l'avis des jurisconsultes. D'où il suit que les actions immobiliaires doivent être régies suivant la coutume du lieu où sont assis les immeubles affectés à ces actions, ce qui est de la plus grande importance pour les immeubles, comme l'a reconnu Froland. Il faut seulement prendre garde de ne pas confondre l'affectation des immeubles dont je viens de parler avec la simple hypothèque, car l'hypothèque qui n'est que l'accessoire à l'action personnelle, n'en change pas la nature qui est d'être mobiliaire. Il faut quelque chose de plus pour affecter les immeubles en sorte que l'action qui les affecte semble en faire partie [1]. »

Les rentes constituées, ainsi que nous venons le voir, étaient traitées comme les créances ordinaires et soumises par suite à la coutume du domicile de leur propriétaire. C'était la conséquence de la transformation qui s'était opérée dans la nature de cette institution. Tant que les rentes constituées avaient été considérées comme des droits réels et par conséquent

1. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXV, nº 24 Cf. Boullenois, *Personnalité et réalité des statuts*, p. 213 ; Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 1299.

comme de véritables immeubles, elles avaient été régies par la coutume du lieu où les biens étaient situés; mais quand il eut été admis qu'elles n'engendreraient plus que des obligations personnelles à la suite desquelles les biens se trouveraient affectés, il en résulta qu'elles devaient être soumises à la coutume du domicile du créancier, comme les autres créances. Et cette solution était admise aussi bien dans les coutumes qui avaient reconnu aux rentes le caractère de meubles que dans celles qui les avaient érigées arbitrairement en immeubles. « Les rentes, disait Brodeau, sont incorporelles, n'ont point de situation et d'assiette, ni d'assignat qui emporte aucune réalité ni translation de propriété et ne sont point héritages qui soient sujets à la loi du territoire; elles sont bien immeubles, improprement et par fiction *sed nonvice corporis habentur* pour user des termes de la loi *cum in fundo* 785 *si fundus communis*, *de jur. dot.*, et en icelles l'obligation personnelle est la principale, l'hypothécaire n'est que l'accessoire : donc la personne, comme plus noble et plus excellente, la doit attirer, par prévalence et par préeminence et donner la nature et la qualité essentielles à la rente[1] ».

Il resta néanmoins de l'ancien état de choses deux exceptions importantes à la règle définitivement admise.

D'une part, les rentes créées sur l'Hôtel de Ville de

1. Brodeau et Louet, *Recueil d'arrêts notables*, lettre R, som. XXXI.

Paris, sur les recettes du roi, sur les Gabelles, sur les Tailles, sur le Domaine du roi, sur les Aydes, sur le Clergé, sur les Villes et sur les Provinces, continuèrent à être traitées comme par le passé. « Elles sont sujettes au lieu de leur assignat, disait-on, parce qu'elles ont une assiette fixe et certaine et y ayant des bureaux et des maisons de ville destinés pour la réception de la finance et le payement des arrérages, en sorte que l'on peut dire que c'est un revenu local et un fonds qui réalise les rentes et les incorpore aux bureaux où s'en fait le paiement [1]. »

D'autre part, en Normandie l'usage persista de considérer les rentes garanties par des hypothèques comme situées là où l'étaient les immeubles du débiteur. Il en résultait dans la pratique les plus graves inconvénients et Froland, [2] après Basnage, [3] nous apprend qu' « il avait été au Parlement de Rouen une assemblée sur ce sujet dans laquelle les plus anciens avaient été d'avis de suivre l'ordre observé à Paris, mais que les autres avaient estimé que ce changement ne pouvait être fait que par une autorité supérieure, en sorte que l'usage ancien avait été retenu ».

Au cas où le *de cujus* avait son domicile en Normandie, tandis que les biens hypothéqués à la

1. Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 1309. — Cf. Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. XXV, n° 13 — Boullenois, *Personnalité et réalité des statuts*, p. 225.

2. Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 1308.

3. Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 513.

rente étaient situés dans une autre province, par exemple dans le ressort de la coutume de Paris, il s'élevait une difficulté particulière analogue à celle qui se présente fréquemment de nos jours à raison du fait que deux lois en conflit s'adressent mutuellement compétence pour le résoudre. En effet, on pouvait dire : en Normandie le partage des rentes ne se règle pas par le domicile du créancier mais par la coutume de la situation des biens sur lesquels elles portent ; or tous les biens sont à Paris, donc le partage doit en être fait suivant la coutume de ce pays. Mais on pouvait rétorquer l'argument en disant : la coutume de Paris, ou plutôt l'usage du Parlement de Paris et de toutes les juridictions de son ressort, est que, pour le partage des rentes, il faut suivre le domicile du créancier ; or le *de cujus* était domicilié en Normandie, il faut donc consulter la coutume de cette province. Froland [1] qui prévoyait ce conflit s'exprimait ainsi : « Ce que l'on peut dire avec quelque solidité est que l'usage de Normandie à cet égard est à proprement parler un abus et qu'un débiteur pouvant avoir des biens en différentes coutumes ayant des dispositions contraires, il est fort dangereux et même impossible, ou du moins très difficile dans son exécution, soit qu'il faille suivre la coutume des biens sous laquelle est située la plus grande partie des biens du débiteur ou qu'on soit obligé de s'en rapporter à sa propre déclaration. Dans

1. Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 1317.

l'embarras, je crois pouvoir dire que l'usage de celle province auquel il est impossible de refuser tout à fait son exécution ne doit avoir lieu que lorsque le créancier et le débiteur y ont leur domicile et quand les biens affectés aux rentes y sont situés, ou quand la demeure du propriétaire et les fonds de l'obligé sont en Normandie. Hors ces cas, j'estime que pour éviter les embarras, les difficultés et les inconvénients que cet usage entraîne avec soi, il faut avoir recours au droit général ou du moins au droit commun du royaume, qui est de régler le partage des rentes constituées par la coutume du domicile de la personne à qui elles appartiennent ». La solution que donne Froland n'en est véritablement pas une ; mais elle montre bien les inconvénients qu'il pouvait y avoir à soumettre les rentes constituées à la loi de leur assignat, puisque le jurisconsulte profite d'une difficulté qui se présente pour déclarer qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la disposition de la coutume de Normandie.

Les créances étant soumises à la coutume du domicile du créancier, on avait dû se demander à quel domicile il fallait se référer lorsque le créancier avait changé de demeure. Auzanet[1] dit que quelques praticiens avaient pensé que le partage des créances devait être fait suivant la coutume du domicile qu'avait le défunt au moment où la créance avait pris naissance, mais

1. Auzanet, *Coutume de Paris*, art. 94.

il n'approuve pas cette solution et il décide au contraire qu'il faut considérer le domicile du créancier au moment de l'ouverture de la succession. Et telle est l'opinion qui avait universellement prévalu [1].

La succession mobilière était donc toujours soumise à une loi unique, celle du dernier domicile du défunt. Le principe de l'unité ainsi maintenu en facilitait considérablement la liquidation. Dans un cas cependant, il existait une sérieuse difficulté que nous devons examiner avec attention : car elle se représente aujourd'hui dans les mêmes termes.

L'ancien droit faisait au conjoint survivant une situation des plus favorables : outre les avantages très variés qui pouvaient résulter des conventions matrimoniales, de nombreux gains de survie légaux lui étaient assurés [2]. Cela étant, lorsqu'un des époux venait à mourir, quelle coutume fallait-il consulter pour connaître les droits que pouvait réclamer le survivant ? Etait-ce la loi régulatrice de la succession, c'est-à-dire la loi du dernier domicile du *de cujus* ? Ne fallait-il pas tenir compte de la loi sous l'empire de laquelle le mariage avait été contracté ? Les auteurs avaient adopté la distinction suivante [3]. S'agissait-il

1. V. ci-dessus. p. 250.

2. Sur ce point voy. Boucher d'Argis, *Traité des gains nuptiaux et de survie* (Lyon, 1738) — Boissonade, *Histoire des droits de l'époux survivant* (Paris, 1874).

3. Boullenois, *Dissertations*, p. 159. — *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. 2, p. 266 et s. — Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 595.

d'un gain de survie attribué au conjoint comme une dépendance de la dot ou de la communauté ? Pour savoir s'il pouvait être réclamé, il fallait consulter la coutume du lieu sous l'empire de laquelle le mariage avait été contracté. Le gain de survie, en effet, était considéré comme résultant d'une convention tacitement intervenue entre les époux, et les effets d'une convention sont indépendants de tout changement de domicile. S'agissait-il, au contraire, d'un gain de survie attribué au conjoint survivant à titre héréditaire ? Il fallait s'en rapporter à la loi régulatrice de la succession. Cette distinction présentait en pratique les plus grandes difficultés : dans bien des cas, en effet, la nature du gain de survie soulevait les doutes les plus sérieux. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, la coutume de Paris disposait dans son article 238 : « Quand l'un des deux conjoints nobles, demeurans tant en la ville de Paris que dehors, et vivans noblement, va de vie à trespas, il est en la faculté du survivant de prendre et accepter les meubles estans hors de la ville et faubourgs de Paris, sans fraude ; auquel cas il est tenu les debtes mobiliaires et les obsèques et funérailles d'iceluy trespassé, selon sa qualité, pourveu qu'il n'y ait enfants. Et s'il y a enfants partissent par moitié. » Quelle était la nature de ce gain de survie ? Lebrun déclarait qu'il était attaché au conjoint survivant à titre héréditaire. « La seconde qualité (pour avoir droit au préciput) est le domicile dans

le ressort de la coutume, c'est-à-dire dans Paris ou au dehors et le mot *demeurans* qui est dans l'article s'entend du domicile lors du décès, aussi ce préciput tient-il du droit des successions. Il n'appartient qu'au survivant et suppose un prédécès : c'est une succession des meubles de campagne. Ainsi les conjoints qui, s'étant d'abord établis sous une autre coutume, viennent fixer leur domicile sous celle de Paris où ils sont actuellement demeurans lors du décès peuvent, avoir ce privilège pourvu qu'ils soient en communauté: car ce préciput n'a pas lieu si, s'étant mariés en Normandie, ils n'avaient pas de communauté. Au contraire, si des conjoints établis à Paris transfèrent leur domicile en Normandie où le prédécès arrive, le survivant n'aura pas spécialement ce privilège, non pas même sur les meubles des terres qu'ils auront dans le ressort de la coutume de Paris[1]. » Boullenois[2], au contraire, considérant que le préciput de l'article 238 de la coutume de Paris était « un gain de survie accordé au conjoint comme conjoint », en concluait que « pour profiter de ce privilège qui est purement mobilier, il faut avoir été marié suivant la coutume de Paris et y avoir été domicilié au jour du mariage en sorte que ces termes *demeurans tant en la ville qu'en dehors* qui sont dans l'article, doivent s'entendre des conjoints qui, étant domiciliés au jour de leur mariage

1. Lebrun, *Des successions*, liv. III, ch. 2, sect. 1, dist. 4.
2. Boullenois, *Dissertations*, quest. 19, p. 378.

dans l'étendue de la coutume et mariés suivant la coutume, continuent ou de demeurer à Paris, qui est nommé par honneur pour signifier toute l'étendue de la coutume, ou ont été demeurer partout ailleurs ; ces conjoints sont fondés à prétendre au préciput légal de l'article 238 de la coutume de Paris, à cause de leur mariage en cette coutume et suivant cette coutume. Cette explication se trouvera juste en prenant le terme *dehors* dans un sens large et étendu pour ne pas blesser les principes. Ainsi il semble nécessaire d'entendre cet article comme s'il était rédigé de la manière suivante : quand l'un des deux conjoints nobles domiciliés à Paris au jour du mariage et vivant noblement va de vie à trespas soit que leur domicile soit pour lors dans l'étendue de la coutume soit partout ailleurs, il est en la faculté du survivant; autrement la disposition de cet article contrarierait les grands principes et on en pourrait tirer même des conséquences qui tendraient à renverser ce qui paraît de plus juste pour fixer les droits des conjoints et les rendre immuables. » Le Parlement de Paris consacra l'interprétation donnée par Boullenois[1] : deux arrêts décidèrent « que le gain de survie de l'article 238 se règlerait comme la communauté par la coutume où les conjoints ont été mariés, quoique les conjoints eussent transféré leur domicile. »

Quand une personne venait à mourir ne laissant ni

1. Boullenois, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts* p. 281.

parents, ni conjoint, la succession appartenait au seigneur haut-justicier en vertu du droit de deshérence. Que fallait-il décider lorsque les biens héréditaires se trouvaient disséminés en plusieurs pays soumis à des seigneurs différents? Si aucune difficulté ne pouvait s'élever à l'égard des immeubles, il n'en était plus de même à l'égard des meubles. Appartenaient-ils aux seigneurs sur le territoire desquels ils se trouvaient situés? Ne fallait-il pas au contraire appliquer la règle *mobilia personam sequuntur* et les attribuer en conséquence au seigneur du domicile?

Quelques anciens auteurs, dont Bacquet[1] rapporte l'opinion, donnaient la préférence au seigneur du domicile, et telle était même la disposition formelle de la coutume de Bretagne[2].

Ce fut cependant l'opinion contraire qui prévalut. Plusieurs coutumes la consacrèrent, entre autres celle de Rheims : « S'il y a biens vacans en divers lieux, chaque seigneur haut-justicier doit avoir ceux qui sont en sa seigneurie et haute-justice tant en meubles qu'immeubles[3]. » La doctrine se prononça également en ce sens. Bacquet déclare très catégoriquement « qu'en ce cas meubles ne suivent le corps, » car, ajoute-t-il, « le roi ou les seigneurs hauts-justiciers qui succèdent à celui qui ne laisse aucuns héritiers légi-

1. Bacquet, *Traité du droit de deshérence*, ch. III. nº 1.
2. Merlin, *Répertoire*, Vº *Deshérence*.
3. Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, t. II, p. 513.

times *non sunt hæredes nec universales successores bonorum vel successores in universum.* Tellement que chacun prend ce qu'il trouve en son territoire et détruit de sa haute justice sans que l'un vienne au territoire de l'autre [1]. »

Au XVII[e] siècle, tous les auteurs sont d'accord pour admettre que les seigneurs hauts-justiciers ont, en cas de deshérence, le droit de s'emparer de tous les biens qui se trouvent sur leurs territoires respectifs. Brodeau [2], Challine [3], Choppin [4], Ferrière [5], Lebrun [6], Loyseau [7] sont très explicites à cet égard. La raison invoquée est toujours la même : le seigneur n'est ni un héritier, ni même un successeur au véritable sens du mot ; si les biens laissés par le *de cujus* lui appartiennent, c'est en vertu de son droit de souveraineté qui lui permet d'occuper les biens vacants et sans maître ; or il est évident que ce droit doit être strictement limité au territoire. Les expressions employées dans certaines coutumes pouvaient cependant faire naître un doute sur la nature du droit qu'il convenait de reconnaître au seigneur haut-justicier. Ainsi l'article 328 de la coutume du Bourbonnais était conçu de la ma-

1. Bacquet, *Traité du droit de deshérence*, ch. III, n° 4.
2. Brodeau, sur Louet, *Recueil d'arrêts notables*, lettre R, somm. 31, n° 9.
3. Challine, *Méthode pour l'intelligence des Coutumes*, p. 301.
4. Choppin, *Coutume de Paris*, liv. I, tit. I, n° 4.
5 Ferrière, *Coutume de Paris*, art. 162, gl. 2, n° 4.
6. Lebrun, *Des successions*, liv. I, ch. I, sect. 4, n° 6.
7. Loyseau, *Des seigneuries*, ch. XII, n° 90.

nière suivante. « Le seigneur haut-justicier succède aux décédants sans parents et lignagers et ne le forclot le mari en la succession de la femme ni la femme en celle du mari, ni aussi le lignager es-biens esquel il n'est habile à lui succéder[1]. » En vertu de cette disposition, le seigneur ne devait-il pas être considéré comme un véritable successeur et par suite n'avait-il pas droit aux meubles en quelque lieu qu'ils fussent situés? Les commentateurs de la coutume repoussent tous cette interprétation. Voici les observations que présente sur ce point le président Taisand : « Si dans une succession vacante il y a des biens en plusieurs justices, chaque seigneur prend par droit de deshérence ce qui se trouve dans sa haute justice soit meubles ou immeubles. Et en ce cas, les meubles ne sont point censés, dit M. Ménudel, au lieu où était le défunt, mais appartiennent au seigneur haut-justicier en justice duquel ils se trouvent au moment du décès. C'est aussi l'observation de M. le président Duret et de M. Jean Decullant sur le mot de notre article : succède. *In bonis quæ in suo territorio existunt non in aliis nam statuta et jura municipum realia sunt et indistincte sua territoria non egrediuntur. Fiscus*, dit M. Decullant, *non in universum jus defuncti sed duntaxat in ea quæ reperiuntur in suo territorio sive sint mobilia sive immobilia; ita ut mobilia defuncti eo casu non sequuntur legem domicilii...* Dans le cas de deshé-

1. Taisand, *Commentaires sur la Coutume du Bourbonnais*, art. 328.

rence, le seigneur haut-justicier ne prend pas les biens du défunt en qualité d'héritier et ne succède pas proprement à la personne mais aux biens : ainsi c'est improprement qu'il est dit dans notre article que le seigneur succède aux décédants sans parents. *Hæc forma loquendi*, dit M. François Ménudel, *esti impropria* ; *succedit enim tantum bonis non vero personæ.* »

Au XVIII[e] siècle, il se produisit une divergence fort importante. Le président Bouhier, considérant que le seigneur haut-justicier recueillait les biens laissés par le *de cujus* à titre héréditaire, soutenait qu'il fallait appliquer la règle *mobilia personam sequuntur*. « Le meilleur sentiment, disait-il, qu'on ait apporté pour justifier les coutumes qui donnent les meubles à chaque seigneur qui les trouve en sa justice est que c'est afin d'empêcher que le seigneur du domicile n'aille faire aucune recherche et fureter dans le territoire d'un autre. Mais un aussi léger intérêt était-il suffisant pour priver le seigneur du domicile d'un droit qui lui appartenait légitimement et pour faire brèche aux principes généraux et incontestables de la succession des meubles [1] ? » Cette solution est plus surprenante de la part du président Bouhier que de tout autre ; car cet auteur voulait faire du droit romain le droit commun de la France ; or, en droit romain, le fisc n'est pas considéré comme un véritable succes-

1. Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne,* ch. LVII, n[os] 73 et s.

seur ; c'est ce que prouve la loi suivante du code de Justinien : « *Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel juris titulo reliquerit intestatus hæredem* [1] ». Quoiqu'il en soit, l'opinion de Bouhier, resta isolée. « Les seigneurs hauts-justiciers, dit Boullenois [2], ont sans difficulté la déshérence, c'est-à-dire les biens de ceux qui, mourant sans héritiers, ont des biens situés dans l'étendue de leur haute justice. Dans ce cas, même les meubles, qui communément n'ont point d'assiette et suivent le domicile de la personne, sont estimés avoir une assiette, et chaque seigneur prend ceux qu'il trouve dans l'étendue de sa seigneurie. » Pothier n'est pas moins explicite : « A l'égard des Français nés de légitime mariage, lorsqu'ils meurent intestats et sans hoirs, les seigneurs hauts-justiciers ont le droit de succéder par droit de déshérence tant à leurs immeubles qui sont situés dans le territoire de

1. L. 4, C. *De bonis vacantibus,* X, 10. — M. de Savigny, qui applique aux successions en déshérence la loi du domicile s'exprime ainsi : « En droit romain, le droit du fisc ne s'appelle pas *hæreditas,* mais il est soumis absolument aux mêmes règles ; de sorte que le fisc peut se trouver vis-à-vis des légataires dans la situation d'un véritable héritier le droit du fisc a donc la nature juridique d'un héritage, il ne lui en manque que le « nom ». Savigny, *Traité de droit romain,* t. VIII, § 377. Ce raisonnement ne nous paraît pas exact. Le fisc recueille une universalité ; voilà pourquoi il se trouve, à beaucoup d'égards, dans la même situation qu'un héritier. Mais de ce que son droit produit certains effets du droit d'hérédité, il n'en résulte nullement qu'il ait la même nature juridique.

2. Boullenois, *Dissertations*, p. 162.

leur haute-justice qu'à leurs meubles qui s'y trouvent, et il n'est pas nécessaire qu'ils soient nés dans le territoire ni qu'ils y meurent et y soient domiciliés [1] ».

La même question se représentait à propos de la confiscation. Contrairement à la règle formulée par Loysel: « les meubles appartiennent au seigneur duquel le confisqué est couchant et levant », plusieurs coutumes excluaient formellement de la règle *mobilia personam sequuntur* la confiscation des meubles; telle était notamment la disposition de l'article 2 de la coutume de Nevers [2]. Tous les auteurs qui admettaient qu'en cas de déshérence, les meubles devaient appartenir aux seigneurs sur le territoire desquels ils se trouvaient situés, adoptaient naturellement la même solution en cas de confiscation, les raisons de décider étant identiques. Quelques-uns même ne prévoyaient que cette exception à la règle *mobilia personam sequuntur*; de ce nombre était Froland, qui disait: « Cette règle générale, qui veut que les meubles se réglent par la coutume du lieu où la personne à laquelle ils appartenaient faisait sa résidence actuelle, a pourtant une exception, qui est le cas de la confiscation des meubles d'un condamné, quand il y a plusieurs seigneurs et quand les meubles sont en différents endroits, auquel cas chaque seigneur prend ceux qu'il

1. Pothier, *Coutume d'Orléans*, titre des successions, sect. VIII, nº 131.
2. Challine, *Méthode pour l'intelligence des coutumes*, p 301.

trouve dans l'étendue de son territoire [1] ». Le président Bouhier, de son côté, soutenait que logiquement les meubles devaient appartenir au seigneur du domicile du condamné et critiquait fort les coutumes qui avaient consacré une autre solution [2].

En cas de condamnation pour crime de haute trahison, la confiscation appartenait au roi et, par conséquent, s'étendait à tous les biens, en quelque partie du royaume qu'ils fussent situés. On s'était même demandé si le roi pouvait réclamer les biens qui se trouvaient dans un autre État. Le Bret soutenait l'affirmative [3] et, à l'appui de son opinion, il citait le fait suivant. Après la condamnation du maréchal d'Ancre et de sa femme, prononcée par le Parlement de Paris et portant confiscation de tous leurs biens, Louis XIII fut informé que les condamnés avaient déposé des sommes considérables dans les banques de Florence, de Rome, de Venise et de Gênes. Le roi réunit son conseil pour lui demander si ces sommes lui appartenaient; après une vive discussion, l'affirmative fut adoptée. Des négociations diplomatiques ayant été engagées, il fut fait droit aux réclamations du roi. Cet exemple n'était peut-être pas aussi concluant que le pensait Le Bret : car cet auteur nous avertit lui-même qu'outre le moyen de la confiscation, on

1. Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 1294.
2. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXIV, n° 176 et s.
3. Le Bret, *De la souveraineté*, liv. 3, ch. 15.

en alléguait encore un autre ; les sommes dont il s'agissait ayant été soustraites des deniers de l'épargne, on les répétait en vertu de la *condictio furtiva*. D'ailleurs, la restitution ne fut pas opérée en vertu d'un véritable jugement, ce fut de la part des puissances étrangères un acte de pure courtoisie. Aussi Brodeau soutenait-il avec raison « que quand un étranger condamné en France, même pour crime de lèse-majesté, a des biens meubles ou immeubles situés hors du royaume, l'effet de la confiscation ne s'y étend pas et que le roi ou son donataire n'y prend rien [1] ».

La dévolution d'une succession soulève de nombreuses questions d'état et de capacité. Dans notre ancien droit, pour succéder, il fallait être enfant légitime ; les coutumes écartaient le bâtard, aussi bien de la succession de sa mère que de la succession de son père. « Enfants bâtards ne succèdent », dit la coutume de Paris et cette règle formait le droit commun de la France [2]. Mais si la condition faite au bâtard était extrêmement rigoureuse, elle n'était pas irrémédiable ; il dépendait de ses parents de le

1. Brodeau, sur Louet, *Recueil d'arrêts notables*, lettre R, som. XXXI.

2. En Flandre, quelques coutumes reconnaissaient aux bâtards une vocation héréditaire (Vr Dumées, *Traité des droits seigneuriaux ou féodaux pour les provinces du ressort du Parlement de Flandre*, 2e partie p. 32. Vr aussi la petite coutume de l'Allœu en Artois, Cout. loc. de la loy, banlieue et eschevinage de la ville d'Arras). Lebrun, *Traité des successions* (édition de 1775), liv. I, ch. II, sect. 1, nº 5, dit qu'elles blessent l'honnêteté.

relever des incapacités qui le frappaient en s'unissant en légitime mariage. La légitimation par mariage subséquent, dont l'origine remonte à une constitution de Constantin, s'était répandue, sous l'influence de la religion, dans presque toute l'Europe chrétienne; en France, dès le XI[e] siècle, il en est fait mention dans les *Petri exceptiones legum Romanorum* [1]. Les efforts de l'Eglise ne semblent avoir échoué qu'en Angleterre; dans ce pays si l'aîné des deux frères est né avant le mariage des parents et l'autre après, le premier est toujours considéré comme un bâtard, le second jouit seul des droits de la légitimité [2].

Nos anciens auteurs étaient d'accord pour reconnaître que les statuts touchant à l'état des personnes sont essentiellement personnels; Boullenois, qui dans ses ouvrages fait une si large part à la réalité, n'hésite pas à le reconnaître. « Ces lois, dit-il[3], sont faites principalement pour les personnes et pour assurer leur état personnel, en sorte qu'un homme déclaré légitime ou bâtard par un jugement compétent porte cet état partout où il peut aller, et cet état est du nombre de ceux qui sont indépendants de tout changement de domicile, parce que ce n'est pas la loi particulière du domicile qui détermine cet état, mais les lois publiques de toutes les nations. » Parlant de la

1. *Petri exceptiones*, 1, 41, dans Savigny, *Histoire du droit Romain au moyen âge*, t. II, p. 327.

2. *Statutes of the realm*, t. I, p. 4.

3 Boullenois, op. cit, t. I, p. 62 et s.

légitimation par mariage subséquent, il déclare que « si par les lois d'un royaume un homme né bâtard est légitimé par mariage subséquent ou au contraire si par les lois du royaume tel mariage subséquent ne légitime pas, comme en Angleterre, le Français légitimé de cette manière doit être regardé comme tel partout, même en Angleterre, et que le bâtard d'Angleterre, non légitimé en Angleterre par le mariage, doit être tenu pour bâtard en France ». Il est un point cependant qui soulevait certaines difficultés. Notre ancienne jurisprudence avait emprunté à la législation romaine la légitimation par rescrit du prince; dès le XIV^e^ siècle, il en avait été fait un usage fréquent. Cette institution avait également pénétré dans les principaux pays de l'Europe. Quelle était la nature de ce statut? Comme il apportait un changement à l'état de la personne, il eût paru logique de reconnaître qu'il devait produire son effet partout. Cependant nos anciens auteurs refusaient de tenir compte des lettres de légitimation émanées d'un prince étranger; car, faisait remarquer Boullenois, « ce sont vrais privilèges et à cet égard ces légitimations étant fondées sur la seule volonté et la puissance extraordinaire du prince, elles sont renfermées dans l'étendue de sa domination et n'ont pas d'effet ailleurs [1] ». Le président Bouhier avait proposé de reconnaître le droit de l'enfant légitimé par lettres

1. Boullenois, *op. cit.*, t. I, p. 64.

du prince[1], mais il était resté seul de son avis.

Dans notre ancien droit, les causes d'incapacité et d'exclusion d'une succession *ab intestat* étaient plus nombreuses que sous l'empire du Code civil. Au premier rang, il faut signaler la mort civile qui a enfin disparu de notre législation. C'était une règle universellement admise qu'un individu frappé de mort civile était incapable de recueillir en quelque lieu que ce fût ; « ces sortes de peines, suivant les expressions de Boullenois, étant une tache, une plaie incurable dont le condamné est affligé et qui l'accompagne en tous lieux »[2]. Cependant le président Bouhier déclarait qu'il y aurait à cet égard « une distinction fort judicieuse à faire ». La condamnation avait-elle été prononcée pour un crime de droit commun, elle suivait le condamné en tous lieux. Mais devait-il en être de même s'il s'agissait d'un de ces crimes qui restent particuliers à un État ? Ainsi, dans quelques villes d'Italie, l'exil pour causes politiques emportait mort civile ; dans le Hainaut, les passions religieuses avaient fait établir la même peine contre l'excommunié, pour quelque cause que ce fût, qui ne s'était pas fait relever de l'excommunication dans l'an et jour. Fallait-il admettre que le malheureux si rigoureusement frappé subirait partout les effets de la condamnation prononcée contre lui?... Bouhier protes-

1. Bouhier, *op. cit.*, ch. XXIV, nos 125-129.
2. Boullenois, *op. cit.*, t. I, p. 64.

fait : « Je ne pense pas, dit-il énergiquement, que cela puisse entrer dans la pensée de qui que ce soit ; car, comme l'observe très bien Brodeau, telle action serait considérée ailleurs comme criminelle qui en France serait réputée comme une action de vertu et de générosité.[1] » La distinction que le célèbre président s'efforce de faire triompher nous paraît bien fondée ; c'est l'application du principe général aujourd'hui universellement reconnu que tout État a le droit de refuser un effet juridique quelconque sur son territoire à une loi qui lui paraît contraire à l'ordre public.

Il existait autrefois une mort civile qui, loin d'être infamante, était au contraire vue avec beaucoup de faveur : c'est celle qui résultait de l'entrée en religion. « Religieux et religieuses profés ne succèdent à leurs parents, » disait l'art. 337 de la coutume de Paris, et cette disposition se retrouve dans presque toutes les coutumes. Boullenois pose la question suivante : Un homme est religieux dans un pays où il est mort civilement ; pourrait-il succéder dans un pays qui ne reconnaît pas une pareille mort civile. Le légiste français — et son opinion est admise par tous les auteurs qui se sont occupés des questions de statuts — n'hésite pas à déclarer qu'il faut considérer la mort civile comme un état universel attaché à la personne ; il faut donc en tirer cette conséquence que si cet homme est mort civilement dans le lieu de son

1. Bouhier, *op. cit.* ch. XXIV, n° 133.

domicile, il est réputé mort partout et ne peut succéder, parce qu'il ne saurait acquérir en quelque endroit que ce soit. Renversons l'hypothèse; que décider si le moine, capable d'après la coutume de son domicile, est appelé à recueillir une succession dans une coutume qui prononce la mort civile contre quiconque entre en religion. La question ne paraît faire aucun doute et il semble tout naturel de décider que le moine peut succéder. Cependant Boullenois estime qu'il doit être exclu « parce que le droit de succéder est tout réel et se régit par la loi de la situation [1]. » Voilà certes une singulière contradiction ; le statut ne présente-t-il pas dans un cas comme dans l'autre le même caractère de personnalité ?

S'il est une cause d'incapacité dont le caractère de généralité ne paraît pas douteux, c'est assurément celle qui frappe le meurtrier du défunt ; car, ainsi que le fait remarquer Lebrun, « on est digne de succéder en rien à celui à qui on a donné la mort, à moins que cela ne soit arrivé par un cas fortuit et excusable. » D'Argentré, il est vrai, dominé par le principe de la réalité des coutumes, refusait, ainsi que nous l'avons dit, d'étendre l'effet d'un pareil statut hors du territoire ; mais son opinion n'avait rencontré aucun partisan, car elle allait à l'encontre des principes les plus certains [2].

1. Boullenois, *op. cit.*, t. 1, p. 65 et 66.

2. Lebrun, *Des successions*, liv. III, ch. 9, n° 1. — Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXVI, nos 200 et 201.

En cette matière, le statut qui soulevait les plus sérieuses difficultés était celui qui concernait l'exclusion des filles de la succession de leurs parents. Les coutumes présentaient sur ce point la plus grande diversité : les unes exigeant pour l'exclusion de la fille qu'elle ait été tout à la fois dotée et mariée, les autres se contentant soit de son mariage, soit d'une constitution de dot : d'autres enfin appelant les filles à la succession de leurs parents au même titre que les mâles. A la mort du *de cujus*, des conflits devaient nécessairement se produire lorsque les biens héréditaires se trouvaient disséminés dans différentes coutumes ; comment les résoudre ? Au dire de Boullenois, la solution ne faisait aucune difficulté : sans prendre en considération ni la nature ni l'origine du statut, cet auteur s'en tient à la réalité parce qu'il s'agit d'une question de succession. « Ces dispositions, dit-il[1], sont pures réelles ; la raison en est qu'elles concernent les successions, que les biens qu'elles dirigent sont le matériel de ces dispositions, qu'elles les règlent directement et principalement, et c'est peut-être ce qu'il y a de plus certain. » Cette opinion avait triomphé, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence. La question n'était pourtant pas aussi simple qu'on affectait de le dire ; ce qui le prouve d'une manière péremptoire, ce sont les longues discussions auxquelles elle avait donné

1. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, n° 1, p. 295 et s. — *Des démissions de biens*, Quest. 6, p. 102, 108, 110,

lieu ; le débat s'ouvre avec les glossateurs et il continue jusqu'au XVIII^e^ siècle. « La question sur la personnalité ou la réalité des lois qui concernent l'exclusion des filles mariées des successions paternelles et maternelles, écrivait le président Bouhier, est si vaste qu'il y aurait de quoi faire un gros volume de tout ce qui s'est écrit pour ou contre sur cette matière. » La réalité des statuts d'exclusion des filles mariées était sujette à de très graves objections ; la principale raison en était que cette exclusion n'était pas prononcée par la loi, mais résultait des mœurs : elle se fondait sur la renonciation expresse ou tacite qui était censée émaner de la fille. En cas de renonciation expresse, la solution ne pouvait soulever un doute bien sérieux et nos anciens auteurs reconnaissaient en général que la fille renonçant devait être exclue partout. Il était, en effet, admis qu'une convention produit son effet sur tous les biens qui appartiennent aux contractants en quelque lieu qu'ils soient situés ; la volonté en est une et ne saurait être divisée. Mais ne pouvait-on pas dire que la coutume, en excluant de la succession de leurs parents les filles qui n'avaient pas expressément renoncé, ne faisait que suppléer à leur intention probable. C'est ce que soutenait Bouhier [1] : « Dans ces sortes de questions, il faut distinguer entre les cas où la coutume dispose de son plein mouvement *quantum aliquid mere et immediate ab ipsa sola consuetudine*

1. Bouhier, *op. cit.*, ch. XXVI, n^os^ 175-202.

producitur et les cas où elle ne fait que suppléer à des conventions présumées des parties contractantes *ex tacito vel præsumpto contractu a consuetudine locali introducto* ; différence essentielle dont la conséquence est qu'au premier cas la coutume ne sort pas des limites, au lieu que dans le second elle a son exécution sur tous les biens des contractants, en quelque endroit qu'ils soient situés. Or ces statuts appartiennent manifestement à la seconde classe, car, quelle que soit leur origine, il est également certain qu'ils donnent un usage, qui était autrefois en quelque manière de droit commun dans le royaume, d'exiger des filles ces sortes de renonciation en les mariant. Ainsi les statuts, qui ont ordonné que cela aurait lieu désormais quoiqu'il n'y eût pas de stipulation, n'ont fait autre chose que de rendre de droit général et public ce qui était auparavant d'un usage ordinaire mais particulier. »

Bouhier invoquait encore à l'appui de son opinion un argument auquel il attachait une grande importance. Le statut relatif à l'exclusion des filles, prétendait-il, touchait à leur capacité ; or tout statut de cette nature est essentiellement personnel et doit produire son effet partout. Cet argument n'est pas nouveau ; il avait été invoqué à plusieurs reprises par différents juristes de l'Ecole italienne. A notre avis, il est loin d'être probant. Que l'on puisse soutenir la personnalité du statut d'exclusion des filles en s'appuyant sur cette considération qu'il y a eu une renonciation

tacite, nous l'admettons; mais quant à la capacité, elle n'a rien à voir en cette matière. Lorsqu'à propos d'une succession, on parle de l'incapacité de l'héritier, on suppose qu'il s'agit d'une personne appelée par la loi à succéder, mais qui ne peut faire valoir sa vocation héréditaire à raison d'une circonstance particulière qui lui est personnelle. Or, dans l'ancien droit, les femmes ne succédaient pas ; il n'y avait donc pas lieu de les déclarer incapables de réclamer un droit qui ne leur était pas reconnu. Disait-on que le neveu, exclu en présence du frère, dans les coutumes qui n'admettent pas la représentation, était incapable de succéder? Dans un cas comme dans l'autre, il n'y avait en cause qu'une question d'ordre, ce qui justifiait la réalité du statut, étant donnée la règle générale [1].

Nous avons exposé tout ce qui concerne la vocation héréditaire, et au point où nous en sommes, nous savons comment nos anciens auteurs tranchaient les conflits qu'engendrait sur ce point la diversité des coutumes. Maintenant, il s'agit de rechercher le parti que pouvait prendre l'héritier dans le cas où les biens se trouvaient répartis entre le territoire de plusieurs coutumes différentes et les conséquences qui en résultaient.

Le principe de la réalité des coutumes et de l'indépendance des lois successorales conduisait logiquement à décider que l'héritier pouvait accepter la suc-

1. Voir une confusion analogue dans un arrêt du 31 mars 1874 (S., 1874, 2,346). V^r ci-dessous, p. 339 et s.

cession quant aux biens situés dans une coutume et la répudier quant aux biens situés ailleurs. Et c'est, en effet, ce qu'avait admis Burgundus : *Tot hæreditates quam sunt bona diversiis territoriis obnoxia*. En France, les auteurs étaient loin de se prononcer aussi catégoriquement ; tantôt ils admettaient et tantôt ils repoussaient cette solution.

Il existait un cas dans lequel l'héritier avait un intérêt considérable à accepter la succession dans une coutume et à la répudier dans une autre. Supposons, en effet, qu'il eût reçu un legs du *de cujus*. Si les biens se trouvaient situés en partie dans un lieu où il était permis de cumuler les qualités d'héritier et de légataire, en partie dans un lieu où ces qualités étaient incompatibles, il lui était fort avantageux de se porter là comme héritier et de s'en tenir ici au titre de légataire. Ce droit devait-il lui être reconnu ? La question était vivement controversée. Ricard soutenait l'affirmative : « La différence des coutumes et la diversité des biens ne font rien à l'effet qu'une personne puisse avoir ces deux qualités d'héritier et de légataire ensemble : puisque celle d'héritier n'est point attachée aux biens de la succession et qu'elle ne dépend que de l'habileté que la coutume lui donne, et de l'adition qui procède de sa volonté ; si bien que l'un et l'autre ayant une fois concouru ensemble et ayant prêté son consentement à la capacité que les coutumes lui donnent, il a cette qualité générale d'héritier, qui le rend

inhabile à conserver ensemble celle de légataire. Et il ne serait rien au contraire, quand, au moyen de son legs, il épuiserait tous les biens assis en, d'autant que, comme il a été dit, ce ne sont pas les biens qui le rendent héritier; et ainsi, quoiqu'il n'ait aucuns biens en cette coutume, il ne laisse pas d'y être héritier comme en toutes les autres et conséquemment incapable de se pouvoir dire légataire. Et la renonciation expresse qu'il pourrait faire aux biens d'une coutume, serait aussi peu considérable; parce qu'ayant accepté la succession, il ne dépend pas de lui de partager sa qualité d'héritier, suivant la diversité des coutumes, si par leurs dispositions elles lui accordent cette qualité[1]. » Auzanet[2], Lebrun[3] avaient également adopté cette opinion, et même d'après Boullenois[4] plusieurs arrêts auraient été rendus en ce sens. Tel n'était cependant pas le sentiment général. La plupart des auteurs décidaient que l'héritier dans ce cas avait le droit de prendre des partis différents suivant la situation des biens[5].

1. Ricard, *Traité des donations*, part. I, n° 683. C. f. *Traité du don mutuel*, n° 329.

2. Auzanet, *Coutume de Paris*, art. 300.

3. Lebrun, *Des successions*, liv. 3, ch. 6, sect. 2, n° 34.

4. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. 1, p, 238 à 272.

5. Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 433 — Duplessis, *Traité des successions*, liv. 2, ch. 4, (œuvres, t. II, p. 804) — Laurière, *sur les Institutes de Loysel*, liv. II, tit. IV, art. 12 — Choppin, *Coutume de Paris*, liv. II, tit. IV.

Le président Boubier justifiait ainsi cette solution :

« L'indivisibilité de la qualité d'héritier ne peut être alléguée que quand toute une succession ne fait qu'un seul patrimoine, comme dans le droit romain. Mais autre chose est dans les coutumes qui ont distingué diverses sortes de patrimoines dans une succession et la manière d'y succéder : la raison en est qu'en ce cas il y a autant de successions différentes que de patrimoines et de coutumes ; et par conséquent, comme il a été dit au commencement de ce chapitre, il s'y fait autant de différents partages, lesquels sont réglés par chaque coutume, comme il lui plaît, par rapport aux immeubles, quand ils sont situés en diverses provinces. C'est donc le vrai cas d'appliquer la maxime de la réalité des coutumes [1]. »

L'acceptation avait pour effet de soumettre définitivement les successibles au paiement des dettes. Comment devait se faire la répartition, lorsque plusieurs héritiers étaient en concours? Sur ce point, notre ancien droit présentait la plus grande diversité. Plusieurs coutumes s'inspirant de l'idée de justice, comme le droit romain, divisaient les dettes entre tous les héritiers, quelle que fût leur nature. « Les héritiers d'un défunt en pareil degré, tant en meubles qu'immeubles, disait l'article 332 de la coutume de Paris,

1. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXX, nos 62 et 63.

sont tenus personnellement de payer et acquitter les dettes de la succession, chacun pour telle part et portion qu'ils sont héritiers d'iceluy défunt, quand ils succèdent également. » Mais de nombreuses coutumes déchargeaient les propres de toutes les dettes personnelles et mobilières et les faisaient tomber sur ceux qui succédaient aux meubles ; d'autres ajoutaient aux dettes de cette nature les legs et les frais d'obsèques. Quelques-unes assujettissaient également au paiement de ces dettes les acquêts. Enfin la coutume de Normandie décidait que les propres étaient exempts de toutes dettes et que rien ne devait être réputé meuble ou acquêt avant que le propre aliéné n'ait été remplacé[1]. Les conflits qu'engendrait en cette matière la diversité des coutumes soulevaient des difficultés presque insolubles. Voici par exemple une succession ouverte à Paris et composée de meubles, d'acquêts et de propres situés en Normandie. La coutume de Paris met une partie des dettes à la charge des propres ; la coutume de Normandie les en exempte ; il est donc impossible de les appliquer concurremment ; à laquelle donner la préférence ? La compétence de la première semble indiscutable, puisque les créances sont choses incorporelles et réputées à ce titre au lieu du domicile du défunt ; mais la compétence de la seconde paraît tout aussi certaine, si l'on considère qu'il s'agit de savoir en somme si les héritiers recevront

1. Froland, *Mémoires sur les statuts*. p. 1547 et s.

les biens qui se trouvent situés sur son territoire, libres de toute charge et dans leur intégrité ou grevés de dettes et d'autant diminués. Comme le dit Boullenois, n'est-ce pas « un principe fondé en raison naturelle que *bona non intelliguntur nisi deductoære alieno ?* » D'autre part, les propres ne sont-ils pas incomparablement plus favorables que les meubles dont un axiome disait : *res mobilis, res vilis ?* Voilà certes des idées qui ne paraissent guère conciliables ! Aussi Boullenois, après avoir cherché en vain plusieurs solutions, finit-il par déclarer que l'on est enfermé dans « un véritable labyrinthe ». Cependant, ces questions se présentant en pratique, il fallait absolument les résoudre, coûte que coûte, dût-on pour cela porter « quelque atteinte » aux principes qui se trouvaient en cause. De nombreux systèmes furent proposés. En général, les auteurs [1] essayaient de concilier les règles en présence dans la mesure du possible. A cet effet, ils proposaient de procéder de la manière suivante : Un premier règlement se fera en se conformant aux prescriptions de la loi du domicile à l'exclusion de toute autre. Cette loi décide-t-elle que l'héritier des meubles doit payer à lui seul toutes les dettes, il est complètement inutile de pousser plus avant puisque les meubles sont soumis à son empire. Cette loi, au contraire, décide-t-elle qu'une partie des

1. Voy. not. Auzanet, *Coutume de Paris*, art. 334 ; Lebrun, *Des successions*, liv. IV, ch. II, sect. 3, n° 17.

dettes retombe sur les immeubles, il est nécessaire de procéder à un second règlement. Pour y arriver, il faut former autant de groupes qu'il y a de coutumes où les biens sont situés, et la masse des dettes devra être répartie entre ces divers groupes, proportionnellement à leur valeur respective. Chaque coutume devra alors être consultée pour le partage des dettes afférentes à ses biens. En Normandie, par exemple, pour en revenir à l'exemple que nous avons choisi, les héritiers des propres seront exempts de toutes les dettes mises à la charge des biens situés sur le territoire de cette province ; à Paris, au contraire, la répartition se fera entre tous les héritiers au prorata de leur émolument, sans prendre en considération la nature des biens qu'ils sont appelés à recueillir. Cette solution est celle qui paraît à Boullenois[1] la moins défectueuse de toutes celles qui ont été proposées. A la vérité, le principe : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno* sera loin de recevoir toujours son application. Le premier règlement une fois fait, il arrivera dans bien des cas que « ce sera l'héritier des acquêts qui paiera la totalité des dettes réparties dans la coutume ». Mais ne convient-il pas d'accorder aux coutumes « une petite préférence » ? La souveraineté, par suite de l'application de la loi du domicile, n'en recevait pas moins une sérieuse atteinte.

1. Boullenois, *op. cit.*, t. 1, p. 495 *in fine* et p. 598.

Devant les cours, ce fut la solution radicale qui prévalut : il fut admis que la coutume du domicile devrait seule être prise en considération, même dans le cas où les coutumes de la situation des biens contiendraient des dispositions absolument contraires. Le 7 septembre 1763, conformément à des arrêts antérieurs de 1570 et de 1618, le Parlement de Paris, à propos d'une succession ouverte dans cette ville, fit contribuer au paiement des dettes l'héritier de propres situés en Normandie. Cette jurisprudence fut l'objet des plus vives critiques. Basnage [1] la combattit énergiquement en déclarant qu'elle attribuait à la coutume de Paris sur les biens de Normandie un pouvoir illégitime. Froland [2] écrivit une longue réfutation pour démontrer qu'elle était contraire aux principes juridiques. Le président Bouhier lui-même, bien que partisan convaincu de la personnalité des coutumes, déclara que dans ce cas il était impossible de s'attacher à la coutume du domicile. « La contribution aux dettes, dit-il, est une dépendance du partage de la succession entre cohéritiers. D'ailleurs le privilège des héritiers des propres de pouvoir recourir sur les acquêts pour payer ces dettes tend manifestement à la conservation des biens dans la famille. Or l'une et l'autre de ces considérations concourent

1. Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 408.
2. Froland, *Mémoires sur les statuts*, part. 2, ch. 32.

en faveur de la réalité de l'usage dont il s'agit [1]. »

La controverse que nous venons d'exposer a trait à la *contribution* des dettes entre les divers héritiers appelés à recueillir les biens laissés par le *de cujus*. Il en existait une autre non moins importante, relativement à *l'obligation* du paiement des dettes, c'est-à-dire sur le point de savoir quelle était l'étendue du droit de poursuite des créanciers. La plupart des coutumes permettaient aux créanciers de poursuivre les héritiers pour leur part virile « sauf aux cohéritiers, comme le dit Pothier [2], à se faire raison de plus ou moins lorsque leurs parts auront été constatées par une ventilation ». Dans l'ancienne France, en effet, le régime successoral présentait des complications inouïes ; la nature et l'origine des biens étaient prises en considération pour en régler la dévolution ; ce n'étaient pas les mêmes personnes qui étaient appelées aux propres, aux meubles et aux acquêts, et alors il est évident que pour savoir dans quelle proportion chacun de ces différents héritiers était tenu des dettes, il fallait procéder à une évaluation comparative des divers éléments qui composent la succession, évaluation souvent fort longue et fort difficile; il n'avait pas paru possible de paralyser pendant ce temps le droit des créanciers; de là l'expédient qui avait été imaginé. Quelques coutumes,

1. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*. ch. XXX, n° 60.
2. Pothier, *Traité des successions*, ch. V, art. 3 et art. 4.

notamment celle d'Amiens, donnaient une action solidaire contre chacun des héritiers, sauf réglement entre eux. Pour justifier ce système, on alléguait que la mort du débiteur ne doit pas changer la condition du créancier, qui, pouvant exercer son action pour le tout pendant la vie de la personne avec qui il avait contracté, devait avoir le même droit contre ceux qui la représentaient. Dumoulin disait avec raison que c'était très mal raisonner : « *Unus plurium hæredum non potest esse hæres in solidum sed solum pro parte ; consequenter ultra partem nequit gravari qui a pro reliquis partibus non representat defunctum sed est extraneus.* » Toujours est-il qu'il résultait de la diversité des coutumes un nouveau conflit : que décider si l'héritier tenu des dettes pour sa part virile en vertu de la coutume du domicile était appelé à recueillir des biens situés dans une coutume qui admettait la solidarité *ou vice versa*? Comme le conflit existait surtout en Belgique, où plusieurs coutumes admettaient la solidarité, ce sont les juridictions de ce pays qui avaient été les premières saisies du débat. Ainsi que nous l'avons dit, sept arrêts du conseil de Malines s'étaient prononcés pour l'application de la coutume du domicile [1]. La jurisprudence du parlement de Flandre était semblable à celle du conseil de Malines [2]. Mais un arrêt du parlement de Paris, rendu le 28 mars 1696 et confirmant une sen-

1. Voy. Ci-dessus. p. 220.
2. Pollet, *Arrêts du parlement de Flandre*, part. 2, ch. 16

tence du conseil d'Artois, vint consacrer la solution contraire [1]. Dans l'espèce, les biens étaient répartis entre la coutume de Bruxelles et la coutume d'Artois ; La première, qui était celle du domicile, prescrivait la division des dettes entre les cohéritiers, tandis que la seconde admettait la solidarité ; les juges les appliquèrent respectivement aux biens situés sur leurs territoires.

Les auteurs n'étaient pas moins divisés que les tribunaux. Maillart se prononçait pour la réalité. « Cet arrêt, dit-il en parlant de l'arrêt du Parlement de Paris, paraît plus conforme aux principes que celui que l'on dit avoir été rendu au Grand conseil de Malines qui ordonne le paiement des dettes par portions héréditaires, suivant la coutume du domicile du débiteur décédé, quoique l'héritier attaqué possédât des biens situés en Artois, procédans des biens du défunt, parce qu'encore une fois le statut de notre article est réel ; aussi il ne regarde pas en quelle coutume le débiteur est décédé ; il considère seulement si un héritier de ce débiteur prend un immeuble en Artois. » Le président Bouhier, au contraire, se déclarait partisan en cette matière de la personnalité. Voici les raisons qu'il invoque à l'appui de son opinion [2].

1. Maillart, *Coutume d'Artois*, art. 184.

2. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXI, nos 213-215.

L'acceptation constitue un quasi-contrat qui se forme entre les héritiers et les créanciers au lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au lieu du domicile du *de cujus* ; c'est donc cette loi qui doit en déterminer les effets. « L'acceptation, dit-il, étant censée faite au lieu de l'ouverture et cette acceptation formant une espèce de contrat entre les héritiers et les créanciers, l'obligation qui en résulte prend sa force de la coutume où elle a été contractée. Si donc cette loi accorde la solidité, elle s'étend sur tous les biens des obligés, quelque part qu'ils soient situés, et si au contraire la loi divise les actions passives entre les cohéritiers, cette division doit aussi s'étendre partout. » Objecte-t-on que cette solution est contraire à la réalité des coutumes ? Bouhier répond : « Il ne faut pas dire qu'en cela les coutumes sont réelles, car, en fait de solidarité, l'action personnelle est la principale. Or tout statut qui produit une action personnelle est personnel et c'est pour cela qu'on convient que les coutumes qui supposent des conventions sont de cette nature. C'est même ce qui achève de me persuader que les dispositions statutaires dont il s'agit sont vraiment personnelles puisqu'elles règlent la nature de l'obligation contractée par l'héritier au moment de l'acceptation de la succession. » Enfin au point de vue pratique, ce système présente les plus grands avantages, tandis que la réalité soulève des difficultés. « D'ailleurs, poursuit Bouhier, il y aurait

tant d'inconvénients à admettre la solidité des actions sur certains biens et à en ordonner la division à l'égard des autres, que je m'étonne qu'on ait pu embrasser le sentiment de la réalité des coutumes sur cet article. »

La question était donc douteuse; elle l'était au point que Boullenois, dans ses Dissertations sur les questions mixtes[1] et ses Mémoires sur les statuts [2], se borna à exposer les opinions en présence sans prendre parti.

Nous venons de voir comment étaient résolus par nos anciens auteurs les conflits de lois en matière de succession. Contraire à la nature même des choses, imposant la division là où l'unité aurait dû être observée, la réalité des coutumes avait fait naître des difficultés presque insolubles, et même, dans bien des cas, avait dû recevoir des tempéraments fort graves ; sans cela toute solution eût été impossible.

Les inconvénients que présentait le système traditionnel étaient si considérables que Boullenois [3] se fit l'auteur d'une proposition singulièrement hardie : il demanda que la succession fût soumise à une loi unique, celle du domicile du défunt. Le président Bouhier [4] s'associa à cette proposition. « A parler en gé-

1. Boullenois, *Dissertations*, p. 509 et s.

2. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 279.

3. Boullenois. *Dissertations, discours préliminaire*, p. XXIV.

4. Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXXVI, nº 10.

néral, dit-il, il est fort indifférent au peuple qu'un statut soit déclaré réel ou personnel, car ce que les particuliers peuvent perdre dans l'un de ces partis, ils le regagnent dans l'autre. Ainsi tout devient légal. Cela étant, ce qui doit déterminer les juges à prendre l'un ou l'autre parti, c'est le bien public, quand il se trouve concourir avec le droit commun et avec l'équité sur laquelle les règles de ce droit sont communément fondées. Voilà le véritable fil conducteur qui doit nous guider dans le labyrinthe des procès de cette espèce, comme je crois l'avoir démontré dans un autre chapitre. M. Boullenois lui-même, tout éloigné de notre sentiment en ceci, a poussé néanmoins les choses beaucoup plus loin. Car, parlant de la variété des statuts sur le fait des successions, de la *réalité desquels personne ne doute, il désire qu'on fasse une loi unique qui les déclare personnels* : que la coutume du domicile, dit-il, règle toute la succession du défunt encore que ses biens soient répandus dans différentes provinces. Et quel est le motif qui l'y a poussé ? L'inconvénient qui résulte de cette multiplicité de lois et l'utilité qu'il y avait de les simplifier. Dans la difficulté où l'on est, ajoute-t-il judicieusement, de réduire un grand royaume à une même loi, c'est beaucoup faire de diminuer et de mettre, comme nous venons de le voir, dans la multiplicité même l'uniformité dont elle peut être susceptible. J'adhère avec plaisir aux vœux de cet habile écrivain. »

Bouhier, en demandant que la loi des successions fût déclarée personnelle, se plaçait sur le véritable terrain juridique, mais il se trompait lorsqu'il prêtait cette intention à Boullenois. Celui-ci, en effet, prit soin de déclarer que telle n'était pas sa pensée. « Je n'ai pas regardé cette loi du domicile comme loi personnelle plutôt que réelle, mais comme une loi qu'il faudrait rendre universelle dans chaque succession ; en sorte que le domicile de chaque défunt deviendrait une loi universelle pour sa succession et toutes les lois des différentes provinces ou bailliages du royaume seraient pareillement des lois universelles, selon que la succession serait ouverte dans un lieu plutôt que dans un autre, non pas comme loi personnelle, mais comme loi propre et utile à éteindre les procès [1]. » Ainsi, Boullenois n'avait pas aperçu le lien qui rattache la succession à la famille et qui conduit logiquement à décider qu'elle doit être soumise à la loi qui régit la famille. La réforme qu'il souhaitait n'était qu'un pur expédient, dicté par les nécessités de la pratique. Si la loi applicable devait être celle du domicile, c'est parce que le domicile est « le siège légal de la fortune du défunt ». De cette manière, Boullenois, tout en proposant un changement considérable à l'état de choses existant, avait soin de maintenir aux lois successorales le caractère de lois réelles. Concevoir ainsi la réalité,

1. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, préface, p. XIV.

c'était recourir à une fiction tout à fait inadmisible.

Que l'on répute les meubles d'une personne situés au lieu de son domicile, cela se comprend à la rigueur, car c'est bien là qu'ils se trouvent en général. Mais en dire autant des immeubles, c'est méconnaître trop ouvertement la nature même des choses. Du reste, entendue ainsi, la réalité des lois successorales n'existait plus ; l'auteur disait que la loi du domicile appliquée à la succession n'était pas plus personnelle que réelle, mais l'on pouvait répondre qu'elle n'était pas plus réelle que personnelle.

La proposition de Boullenois et de Bouhier ne fut pas réalisée dans notre ancien droit ; nous allons examiner si le législateur moderne en a tenu compte

CHAPITRE II

SYSTÈME DU CODE CIVIL

Le Code civil ne contient aucune disposition précise relativement au conflit des lois en matière de successions. Tout son système est contenu dans la phrase suivante : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». La loi est muette sur les meubles. Il est facile de comprendre qu'en présence d'un texte aussi peu explicite les opinions les plus divergentes aient pu se produire. Faut-il maintenir la distinction que l'ancien droit établissait entre la succession mobilière et la succession immobilière. Faut-il, au contraire, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, suivre dans tous les cas la *lex rei sitæ* ? Faut-il enfin soumettre la succession tout entière, considérée comme universalité juridique, à la loi personnelle du défunt, sans prendre en considération les divers éléments dont elle se compose ? Chacune de ces doctrines compte des partisans.

Après la rédaction du Code civil, plusieurs auteurs soutinrent que la loi de la situation pouvait seule être appelée à régir la dévolution des meubles et immeubles faisant partie de la succession. Quelques arrêts furent même rendus en ce sens. La cour de Rouen a décidé que les biens de toute nature qui se trouvaient en Russie étaient tous valablement acquis à l'héritier envoyé en possession de ces biens en vertu des lois russes [1]. De même, la cour de Riom a jugé que la succession mobilière d'un étranger devait être régie par la loi française pour les meubles qui se trouvaient en France [2].

Cette opinion perd tous les jours du terrain ; elle a été abandonnée à de fréquentes reprises par la jurisprudence ; il ne serait cependant pas impossible d'en trouver encore le reflet dans les motifs de plusieurs de ses décisions [3]. En 1878, un arrêt a même été rendu en ce sens [4]. Il est donc utile d'examiner les arguments qui peuvent être invoqués en sa faveur et d'en montrer l'inanité.

Autrefois, dit-on, il n'y avait aucun inconvénient à appliquer une loi différente aux meubles et aux immeubles, puisque le conflit ne s'élevait qu'entre les coutumes locales d'un même pays. Aujourd'hui, il n'en

1. Rouen, 25 mai 1813 (S. 1813, 2,223).

2. Riom, 7 avril 1835 (S. 1835, 2, 374).

3. Voy. not. Cass. 31 mars 1874 (D. 1874, 1, 221) ; Besançon, 25 juillet 1876 (S. 1879, 2, 249).

4. Martinique, 18 mai 1878 (S. 1878, 2, 238).

est plus de même : c'est aux frontières que se produit la collision entre la législation française et les législations étrangères, ce qui présente un caractère de gravité bien plus considérable. Il est inadmissible que des biens situés en France soient soumis aux dispositions d'une loi dont l'esprit peut être en contradiction avec les principes que nous suivons. Il n'existe d'ailleurs aucune différence juridique entre les meubles et les immeubles : ce sont « des choses qui doivent être régies par la loi des choses, par la loi réelle du pays [1] ».

Du reste, toute autre solution aboutit à une impossibilité. Supposons qu'un tribunal français déclare soumis à la loi française des meubles situés en pays étranger ; qu'arrivera-t-il ? Cette décision sera dépourvue de toute efficacité. Est-ce que logiquement un juge peut commander ce qu'il sait n'avoir pas le pouvoir de faire exécuter [2] ?

Un essai a même été fait pour tourner la tradition en faveur de ce système [3]. La règle qui répute les meubles situés au domicile de leur propriétaire s'était introduite dans l'ancien droit à raison du peu de valeur que l'on y attachait. *Res mobilis, res vilis*, disait-on ; dès lors qu'importait qu'ils fussent soumis à une coutume plutôt qu'à une autre ; d'autant plus que la souveraineté se trouvait hors de cause, puisque

1. Marcadé, t. I, n° 78.
2. Marcadé, *op.* et *loc. cit.*
3. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 25

le conflit s'élevait de province à province, et entre Français. Aujourd'hui, la situation a complètement changé : d'une part, la fortune mobilière, grâce au développement du crédit, est devenue fort considérable ; d'autre part, le droit d'aubaine n'existant plus, ce sont des étrangers qui se prévaudront en France de leurs lois nationales. Ces remarques faites, supposons qu'un étranger vienne à mourir laissant dans sa succession des valeurs françaises, notamment des rentes sur l'État. L'intérêt national ne commande-t-il pas tout aussi impérieusement le rejet de toute loi étrangère que dans le cas où il s'agit d'un immeuble ?

Cette doctrine est facile à réfuter. Refuser d'appliquer une loi étrangère aux meubles qui se trouvent en France sous prétexte que ce serait trop grave, c'est présenter une considération qui, si elle était fondée, conduirait à exclure dans tous les cas la loi étrangère. Ce qui prouve d'une manière péremptoire qu'il n'en est pas ainsi, c'est que l'état et la capacité des personnes sont régies par leur loi nationale.

L'argument tiré du défaut de sanction est encore moins heureux. Comme le fait remarquer fort exactement M. Renault : « Dire que, dans tel cas donné, telle loi est applicable, ce n'est pas dire que les autorités du pays où cette loi est en vigueur auront à intervenir pour la mise à exécution de cette loi [1]. » Les progrès accomplis permettent de croire que l'exécu-

1. Renault, *op. cit.*, p. 341, note 2.

tion des jugements par une autorité étrangère finira par entrer dans la pratique courante.

Nous reconnaîtrons volontiers que le mépris montré à l'égard de la fortune mobilière a contribué au développement de la règle : *mobilia personam sequuntur* ; mais n'est-il pas vrai aussi d'affirmer que, malgré le changement total qui s'est opéré, le préjugé traditionnel règne encore dans toute notre législation. Nous n'en voulons qu'un exemple. Le Code fait entrer dans la communauté les meubles que possèdent les époux ; il range les immeubles parmi les propres. 100.000 fr. de rente tombent dans la communauté et une méchante bicoque n'y tombe pas. Ce résultat ne peut s'expliquer qu'historiquement. Il en est de même pour les règles applicables à la dévolution de la succession mobilière. Du reste, avec le développement si considérable qu'a pris la richesse mobilière au cours de ce siècle, le système de la réalité serait impraticable. Rien n'est plus propre à favoriser la prospérité de notre marché financier et à attirer en France l'argent des capitalistes étrangers que la certitude où ils se trouvent de ne pas exposer les valeurs qu'ils pourront y laisser en mourant à l'application de la loi française. Il est curieux qu'une erreur, dont les conséquences ont été si funestes dans d'autres branches de la législation, ait produit en cette matière un heureux résultat.

Le système que nous combattons présente des inconvénients si réels qu'un de ses plus illustres défen-

seurs, le procureur général Merlin, n'hésita pas à l'abandonner. Comme il lui répugnait de reconnaître un empire général à la règle *mobilia personam sequuntur*, qui n'avait été consacrée par aucune loi, il eut recours pour expliquer ce résultat à la courtoisie internationale, à la *comitas gentium* [1] Cette manière de voir est des plus dangereuses. Si la courtoisie est la seule base des relations internationales, le droit va varier suivant les convenances de chaque peuple et les nécessités du moment. C'est ainsi que M. Demolombe propose dans tous les cas de faire une stricte application de la réciprocité. Un étranger appartient-il à un pays dont la législation impose aux meubles la loi du lieu où ils se trouvent ? Sa succession en France sera soumise à la loi territoriale. La législation nationale de cet étranger admet-elle, au contraire, la fiction qui répute le patrimoine mobilier situé au domicile de son propriétaire ? Il faudra tenir compte des dispositions de la loi étrangère. Ainsi les héritiers d'un Bavarois ne pourront jamais réclamer l'application de la loi personnelle du *de cujus*, puisque le code de Bavière consacre le principe de la plus stricte réalité ; les tribunaux français appliqueront, au contraire, à la succession mobilière d'un Autrichien la loi autrichienne, puisque tels sont les principes admis dans ce pays à l'égard de nos nationaux [2]. Ce système, une

1. Merlin, *Répertoire*, V° Loi, 56, n° 3.
2. Demolombe t. I, n° 94.

fois le principe de la courtoisie admis, est absolument logique : pourquoi se montrer courtois à l'égard de l'étranger dont la patrie ne tient pas la même conduite à l'égard des Français? Mais il est la négation même du droit international privé ; c'est une dérision qu'un droit variant de pays à pays. Les solutions relatives aux conflits des lois reposent sur des bases plus solides : si nos tribunaux se réfèrent à la loi personnelle du *de cujus* pour le règlement de sa succession, c'est que cette solution est la plus juridique et la plus équitable[1] ; ils n'ont pas à consulter le droit des autres nations pour lui demander une règle de conduite.

Si la doctrine qui impose dans tous les cas à la succession d'un étranger la loi territoriale est condamnée aujourd'hui par les meilleurs jurisconsultes, celle qui soumet la succession tout entière, considérée comme universalité juridique, à la loi personnelle du *de cujus* gagne tous les jours du terrain Pour soutenir que, même au point de vue du droit positif français, il est

1. On s'est également demandé si la loi étrangère ne devrait pas être écartée dans le cas où elle causerait un préjudice aux héritiers français. M Valette (*sur Proudhon*, t. I, p. 99) a soutenu l'affirmative. Cette solution, que l'auteur avait déjà donnée à propos de l'état et de la capacité des étrangers, nous paraît en cette matière encore plus inadmissible. Il n'est pas possible de dire que les Français seraient trompés par l'application de la loi étrangère, qu ils ont cru à la capacité de l'étranger : il s'agit seulement de répartir les biens de la manière la plus équitable. L'article de la loi du 14 juillet 1819 ne fournit-il pas du reste un argument en sens contraire? — Voy. cependant Rennes, 24 mars 1890 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-91, 1, 90).

possible de n'admettre qu'une loi unique qui est pour les uns [1] la loi du domicile, pour les autres la loi nationale, on raisonne de la manière suivante. L'art. 3, qui est à juste titre considéré comme contenant tout le système du code civil relativement aux conflits des lois, ne s'oppose pas à cette solution.

L'al. 2 de cet article, le seul qui se rapporte aux biens, est loin d'avoir l'étendue qu'on lui assigne. » Il s'explique, disent MM. Louis Lucas et Weiss [2], par des vues d'ordre public interne. Toutes les lois qui sont relatives au régime de la propriété foncière, à l'immeuble considéré en lui-même, abstraction faite des droits privés dont il peut être l'objet, c'est-à-dire dans ses rapports exclusifs avec le droit public, gouvernent en France les biens même appartenant à des étrangers. S'il s'agit au contraire des rapports existant entre l'immeuble et son propriétaire, la loi personnelle de ce dernier reprend tous ses droits. » La comparaison de l'art. 32 du Code civil avec les dispositions similaires du code général prussien et du code italien prouve d'une manière évidente que la doctrine de la personnalité du droit en matière suc-

1. Bertauld, *Questions doctrinales du Code Napoléon*, § 75 et s; Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. 1, § 31; Arntz, *Cours de droit civil français*, t. I, n° 72. Dubois, *Journal du droit international privé*; 1875, p. 51-54; Antoine, *op. cit.*, p. 55 et s.; Durand, *Droit international privé*; Despagnet, *op. cit.*, p. 474 et s.; Weiss, *op. cit.*, p. 680 et s. — Louis Lucas et Weiss, *Pandectes françaises*, 5, p. 10.

2. Louis Lucas et Weiss, *op.* et *loc. cit.*

cessorale n'est pas incompatible avec ce texte. Le code prussien soumet, en effet, dans son art. 28, les objets mobiliers à la loi du domicile de leur propriétaire et dans son art. 32 les immeubles à la loi de la situation, ce qui n'empêche pas Savigny[1] d'affirmer, sans aucune hésitation, qu'en Prusse les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence pour appliquer à la succession d'un étranger la loi personnelle. D'autre part, le Code civil italien, après avoir déclaré, dans son article 7, comme le fait la loi française dans l'art. 3, que « les immeubles sont régis par la loi du lieu où ils sont situés », s'empresse d'ajouter dans l'article suivant : « Les successions légitimes et testamentaires, soit quant à l'ordre de succession, soit quant à l'étendue des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, sont régies par la loi nationale du *de cujus* quelle que soit la nature des biens et quel que soit le pays où ils se trouvent. » Ce qui démontre que les deux dispositions se concilient parfaitement. « Au lieu de reprocher au texte d'être contraire aux vrais principes, dit M. Dubois[2], ne convient-il pas d'admettre qu'il y est conforme dès que cette interprétation n'est pas impossible ? Or elle ne serait impossible que si la volonté du législateur de comprendre les successions parmi les statuts réels était indubitable, ce qui n'est pas. »

1. Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, 378.
2. Dubois, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 51 et s.

Cette doctrine rallie des partisans de plus en plus nombreux. Les amis du progrès ne peuvent que s'en féliciter ; c'est un moyen de faire triompher les vrais principes et de préparer une réforme législative en montrant que cette doctrine se combinerait parfaitement avec les principes généraux de notre législation. Mais, si on l'examine au point de vue du droit positif, on reconnaît qu'elle prête aux plus vives critiques. Ses partisans profitent de ce que le Code civil laisse subsister un doute pour proclamer les principes qui leur paraissent les meilleurs, sans se préoccuper de découvrir la véritable pensée du législateur. N'est-ce pas essayer de modifier la loi en l'interprétant ? Dans les pays où le droit est coutumier, la science y est, suivant l'expression de Savigny, l'organe de la conscience nationale ; il appartient aux jurisconsultes de se conformer dans tous les cas aux données de la raison et de l'équité : il en était ainsi à Rome, où les réponses des prudents étaient rangées au nombre des sources du droit ; il en était ainsi dans notre ancienne jurisprudence et le même état de choses subsiste encore, paraît-il, en Allemagne. Aujourd'hui, en France, la loi est écrite ; elle ne peut être abrogée ni dans sa lettre, ni dans son esprit par la jurisprudence. Peut-être la codification a-t-elle le tort, comme le fait remarquer le savant auteur allemand, de fixer le droit et d'en empêcher le développement naturel, mais ces inconvénients ne sont-ils pas largement compensés par la fixité

qu'elle assure à la législation. Avec un pareil système, le jurisconsulte ne fait plus le droit ; il ne doit avoir qu'un but : faire une juste application des lois existantes et, en cas de doute, rechercher l'intention du législateur. Si une disposition lui paraît mauvaise, il doit en faire la critique, en demander l'abrogation ou la transformation, mais, tant qu'elle existe, il est tenu de la respecter et d'en suivre toutes les conséquences, si rigoureuses qu'elles soient : *dura lex, sed lex.*

C'est en nous plaçant sur ce terrain que nous repoussons formellement la théorie de la personnalité du droit, persuadé que ce n'est pas là le système du Code. Le législateur, à notre avis, a eu l'intention de reproduire la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles qui font partie de la succession ; nous allons essayer de le démontrer en étudiant successivement les deux termes de la distinction.

Assurément il n'y a aucune impossibilité à ce qu'un législateur, tout en soumettant les immeubles considérés *ut singuli* à la loi territoriale, laisse cependant régir la succession immobilière par une loi étrangère ; mais encore faut-il qu'il le veuille ? Si une disposition précise avait consacré cette règle, nous serions heureux de l'appliquer ; mais l'article 3 du Code civil, à raison même de sa généralité, fait naître un doute ; il s'agit de le résoudre. Ce texte n'est malheureusement pas le seul qui prête à l'équivoque. Il arrive souvent au légis-

lateur de ne formuler que le principe général, abandonnant à l'interprète le soin d'en faire l'application aux diverses hypothèses particulières. Pour ne citer qu'un exemple frappant : un seul article est consacré à l'action Paulienne, bien que l'exercice de ce droit soulève les questions les plus difficiles et les plus variées. Comment suppléer au laconisme du Code ? Tous les auteurs sont d'accord pour déclarer qu'il faut se conformer aux principes consacrés par le droit romain et l'ancienne jurisprudence française. « Notre législateur, dit M. Baudry-Lacantinerie, s'est borné à exposer le principe en trois lignes, ce qu'on ne peut expliquer qu'en lui prêtant l'intention de se référer à la tradition : cette matière est donc toute traditionnelle [1]. » Voilà la véritable règle d'interprétation ; c'est celle qu'il faut suivre dans notre matière. Pour connaître l'étendue de l'art. 3, la question doit donc se poser ainsi : quels étaient les principes suivis sur ce point à l'époque de la rédaction du Code civil ? La réponse n'est pas douteuse. Tous les anciens auteurs, ainsi que nous l'avons constaté, dans notre partie historique, sont d'accord pour proclamer que les immeubles faisant partie d'une succession sont soumis à la loi de la situation. Au XVII[e] et au XVIII[e] siècles, on ne paraît même plus se souvenir d'une époque où la question était discutée : c'est une règle mise au-dessus de toute controverse ; c'est peut-être le seul point sur

1. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t II, p. 644.

lequel nos anciens statutaires étaient parvenus à s'entendre. Dira-t-on que les rédacteurs du Code ont entendu abandonner cette opinion ? S'il en était ainsi, il existerait des traces de ce grand changement. Toutes les innovations consacrées par la nouvelle législation ont donné lieu, au sein de la commission du Code civil et des assemblées législatives, aux discussions les plus sérieuses ; à plus forte raison des hommes intelligents et instruits n'auraient-ils pas abandonné une opinion dans laquelle ils avaient été élevés sans donner les motifs qui les guidaient et sans trouver des contradicteurs. Or il n'existe pas un discours qui ait pu produire cet effet. Bien au contraire, les travaux préparatoires révèlent l'intention formelle du législateur de s'en tenir à la tradition. « On a toujours distingué, déclarait Portalis [1], dans l'Exposé des motifs du titre préliminaire, les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui réglent la disposition des biens. Les premières sont appelées personnelles et les secondes réelles. » Faure, l'orateur du Tribunat, s'exprimait dans des termes analogues : « L'article 3, disait-il [2], contient les principales bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels » Les rédacteurs du Code civil ont donc eu l'intention, sinon de reproduire, comme l'admet une opinion généralement reçue,

1. Locré, t. I, p. 304.
2. Locré, t. I, p. 317.

la théorie des statuts telle qu'elle existait dans notre ancien droit, c'est-à-dire la division de toutes les lois en lois personnelles et en lois réelles ; du moins de consacrer les principales bases de la doctrine traditionnelle dont la réalité du statut des successions immobilières faisait incontestablement partie [1]. En établissant le principe que les immeubles sont régis par la loi territoriale, ils ont entendu lui donner la même extension qu'il avait autrefois.

Remarquons du reste — et cet argument nous paraît absolument décisif — qu'il est impossible d'admettre, ainsi que le disent plusieurs auteurs, que cette

1. A notre avis, la théorie des statuts, telle qu'elle existait dans notre ancien droit, n'a pas été reproduite par l'article 3 du Code civil. Assurément les *principales bases* de cette théorie ont été maintenues ; nous les retrouvons dans l'article 3 : le § 2 correspond aux anciens statuts réels, le § 3 aux anciens statuts personnels. Mais si les bases de la théorie subsistent, la théorie elle-même est détruite. Une théorie, c'est un ensemble, un enchaînement de règles ; cet ensemble, cet enchaînement n'existent plus. Aujourd'hui *toutes* les lois ne sont plus partagées en deux classes ; l'article 3 ne dit pas comme l'ancienne théorie : toutes les lois sont réelles ou personnelles. Quel système devons-nous suivre dès lors pour résoudre le conflit des lois ? Il faut, croyons-nous, établir une distinction. Les règles qui, dans notre ancien droit, étaient admises par tous les auteurs s'imposent à nous ; à leur égard, nous sommes absolument liés ; nous devons en faire l'application, si critiquables qu'elles puissent être. Le législateur de 1804, en effet, a déclaré vouloir maintenir les bases fondamentales de la doctrine traditionnelle. En dehors de ces hypothèses, nous sommes libres de résoudre le conflit des lois suivant les principes qui nous paraîtront les plus rationnels, et l'École italienne, qui prend en considération chaque rapport de droit pour en déterminer le caractère et en faire découler la solution, nous paraît offrir un excellent procédé d'interprétation

question ait passé inaperçue aux yeux du législateur, puisqu'il était, pour ainsi dire, invité par nos anciens jurisconsultes à apporter une modification à l'état de choses existant. Boullenois et Bouhier, qui s'étaient bien rendu compte des inconvénients du système qu'ils étaient obligés de suivre, réclamaient avec insistance une loi consacrant de nouveaux principes. Cette loi n'a pas été faite et il nous est facile d'en comprendre les raisons. Par suite de l'unification de la législation française, les conflits ne devaient plus se produire qu'entre la loi française et les lois étrangères; les rédacteurs du Code civil ont pensé que les principes qui, pendant de longs siècles, avaient servi à résoudre des contestations que faisait naître journellement la diversité des coutumes, seraient bien suffisants pour trancher des conflits qui ne leur apparaissaient que comme des hypothèses exceptionnelles.

Du reste, au moment de la rédaction du Code civil, la France était en guerre presque continuelle avec les nations qui l'environnaient et les étrangers naturellement étaient vus avec défaveur. Le premier Consul, qui les considérait comme des ennemis, eût volontiers répété l'anathème de la loi des XII Tables : *Contra hostes æterna auctoritas*. Des mesures de défiance sont édictées contre eux dans toutes les branches de la législation. Sans doute le Code ne rétablit pas le droit d'aubaine, comme on l'a dit trop souvent ; il se borne à exclure de toute succession ouverte en France

ceux des héritiers étrangers qui ne pouvaient réclamer le bénéfice d'un traité. Mais si le fisc ne s'emparait pas de la succession du *de cujus* qui n'appartenait pas à la nationalité française, ce n'était que par une sorte de bienveillance de la législation qui, dans la pensée de ses auteurs, n'aurait jamais pu aller jusqu'à permettre l'application d'une loi étrangère aux immeubles dont l'ensemble forme le territoire national. La souveraineté de l'État s'y serait opposée [1].

Il nous est facile de répondre aux arguments de nos adversaires. La comparaison établie entre la rédaction de l'art. 3 du Code et celle de l'art. 28 du Code prussien est loin d'être concluante. Certes, rien n'eût empêché le législateur de soumettre la dévolution des immeubles successoraux à une loi étrangère, tout en imposant cependant la loi territoriale aux immeubles considérés *ut singuli* ; l'art. 3 par lui-même peut se combiner avec n'importe quel système ; c'est la tradition qui l'éclaire et qui l'explique. Si la loi applicable en France à la succession d'un étranger est la *lex rei sitæ*, c'est que le Code civil a été fait par des réalistes, dans des idées réalistes, dans un pays réaliste

1. Portalis, *Exposé des motifs*. Locré, t. I, p. 304. — Un mot du procureur général Dupin à la Cour de Cassation rend fort bien compte de la pensée qui a guidé le législateur. « Jamais une nation comme la France, a-t-il dit, n'a pu être amenée à ce point d'accorder qu'une portion quelconque de son territoire fût régie par une autre loi que la loi française et constituerait une espèce d'oasis étrangère. Ce serait abdiquer la souveraineté. » Dalloz, 1839, 1, 259.

et avec l'intention de respecter une tradition réaliste. Ce serait violer son esprit que d'adopter une autre solution. Le Code prussien est l'œuvre d'hommes dont les convictions étaient profondément différentes, pour un pays où, sous l'influence de la législation romaine qui y constituait le droit commun, s'était introduite la doctrine de la personnalité du droit. Il n'est même pas très exact de dire que cette doctrine est universellement reçue en Allemagne. Il est des auteurs qui enseignent la distinction entre les meubles et les immeubles [1].

L'argument tiré du Code civil italien est encore moins probant et vient au contraire fortifier notre système. Le législateur, après avoir posé dans l'article 7 une règle analogue à celle de l'article 3, s'est empressé d'y apporter une exception formelle relativement à la dévolution des immeubles faisant partie d'une succession. N'en résulte-il pas d'une manière très explicite que, sans la restriction de l'art. 8, la règle eût été si générale qu'elle se fût appliquée même à la transmission de la succession immobilière.

Concluons donc que l'art. 3, al. 2 du Code civil n'étant corrigé par aucun texte mais étant, au contraire, expliqué dans le sens de la réalité par la tradition, il en résulte incontestablement que la succession immobilière est soumise à la loi de la situation des biens.

C'est en ce sens que se prononcent la plupart des au-

1. V. ci-dessus, ch. V.

teurs [1]. Une jurisprudence unanime consacre ce système [2]. La seule décision en faveur de la personnalité du droit est un jugement du tribunal du Hâvre [3], fort bien rédigé, mais sans valeur au point de vue du droit positif, puisqu'il ne parle ni de l'article 3, ni de la tradition qui en détermine la portée. Ajoutons enfin que le principe de la réalité du statut successoral est consigné dans plusieurs conventions interna-

1. Merlin, *Répertoire*, V° Loi ; Duranton, t. I, n° 111 ; Chabot, *Des Successions*, sur l'art. 726 ; Dalloz, V° Lois, n°s 416-418 ; Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 10 *bis* III ; Valette sur Proudhon, *Etat des personnes*, t. I, p. 97 ; Demolombe, t. I, n° 91 ; Aubry et Rau, t. I, p. 101 ; Rodière, *Revue de législation*, 1850, t. XXXVII, p. 180 et s. ; Massé, t. I, n° 554 ; Fœlix, t. I, p. 139 et Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 144 ; Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers*, p. 334 et s. ; Demangeat *Revue pratique*, t. I, p. 63 ; Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 63 ; Dubois, *Conflit des lois*, n° 43 ; Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 214 et s. ; t. VI, p. 229 et s. ; Renault, *De la succession ab intestat des étrangers en droit international*, *Journal du droit international privé*, p. 339 ; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 103 et s. ; Pillet, *Des successions dans le droit international privé* (Rennes, 1885), p. 158 ; Brocher, *Cours de droit international privé, suivant les principes consacrés par le droit positif français*, t. I, n° 126, p. 410 ; Guénée, *Revue pratique*, 1889, p. 431 ; Arthuys et Surville, *Cours de droit international privé*, p. 342.

2. Cass., 2 juin 1806 (S. chr.) ; Colmar, 12 août 1817 ; (S. chr.) ; Cass. 26 juillet 1818 (S. chr.) ; Cass. 14 mars 1837 (S. 1837, 1, 193) ; Cass. 22 mars 1865 (D. 1865, 1, 127) ; Cass. 5 décembre 1871 (D. 72, 1, 313) ; Pau, 17 janvier 1872 (S. 72, 2, 233) ; Cass. 31 mars 1874 (D. 1874, 1, 299) ; Cass. 4 avril 1881 (D. 1881, 1, 380) ; Cass. 2 avril 1884 (*Journal du droit international privé*, 1885, p. 77) ; Cass. 20 juin 1887 (*Le Droit* du 2 juillet 1887), Paris 31 décembre 1889 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-91, 1, 290) ; Cour Montpellier 21 mars 1889 et Cass. 26 janvier 1892 (*eod.* 1892, 1, 78.)

3. Trib. Hâvre, 22 août 1872 (S. 1872, 2, 313).

tionales. Tels sont les traités du 11 décembre 1866 avec l'Autriche, du 1er avril 1874 avec la Russie, du 9 septembre 1882 avec la République Dominicaine, du 18 juillet 1883 avec la Serbie, du 27 novembre 1886 avec le Mexique, du 12 mai 1888 avec l'Equateur. Nous aurons l'occasion d'étudier ces traités en parlant du droit conventionnel de la France ; si nous tenons à les signaler en ce moment, c'est qu'ils apportent encore un puissant argument en faveur de notre opinion. Comme le fait fort exactement remarquer M. Renault, des traités dérogent plutôt au droit commun dans l'intérêt des parties contractantes qu'à leur détriment [1].

L'article 3 du Code civil, le seul qui soit relatif au conflit des lois, ne parle que des immeubles, il ne contient aucune disposition générale ou spéciale en ce qui concerne les meubles. Quelle est donc sa doctrine sur ce point ? Pour se conformer à la tradition, il faut n'admettre qu'une seule loi ; reste à savoir quelle est cette loi ? Au premier abord il semble qu'il ne peut exister aucun doute, puisque tous les statutaires étaient d'accord pour appliquer à la succession mobilière la loi du domicile et que le législateur a entendu maintenir les anciens principes. Il n'en est pourtant pas ainsi. Le raisonnement qui conduisait autrefois à ce résultat n'était pas le même chez tous

1. Renault, *op. cit.*, p. 340, note 2.

les auteurs [1]. Les uns disaient que les meubles n'ayant pas d'assiette fixe n'en avaient pas du tout ; qu'ils constituaient des accessoires de la personne et rentraient en conséquence dans le statut personnel. Les autres soutenaient, au contraire, que si, en fait, les meubles n'avaient pas d'assiette fixe, ils devaient en avoir une en droit et que fictivement il fallait les réputer situés au domicile de leur propriétaire : ils rentraient donc ainsi dans le statut réel. Cette discussion purement théorique autrefois, présente aujourd'hui un intérêt pratique considérable. Si l'on part de cette idée que les meubles sont censés situés au domicile de leur propriétaire, on est conduit à appliquer à leur dévolution la loi de leur situation fictive, c'est-à-dire la loi du domicile du *de cujus*. Si au contraire l'on considère les meubles comme des accessoires de la personne, on est conduit à faire dépendre la succession mobilière de la loi qui régit la personne, c'est-à-dire de la loi nationale, puisqu'aujourd'hui le statut personnel est déterminé par la nationalité.

Plusieurs auteurs [2] proposent de soumettre la succession mobilière à la loi nationale du *de cujus* : car, disent-ils, c'est toujours à cette loi qu'il faut se référer quand la tradition ne s'y oppose pas.

1. V. ci-dessus, p. 211 et s. ; p. 221 et s. ; p. 233 ; p. 38 et s.

2. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 289, Conclusions de M. l'avocat général Aubépin devant la cour de Paris (D. 1872, 2, 65); Renault, *op. cit*, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 342; Rongelot de Liocourt, *op. cit.*, p. 292; Arthuys et Surville, *op. cit*, p. 344.

Cette solution ne nous paraît pas exacte. Et en effet si, pour constater la tradition en cette matière, nous étions réduits à compter le nombre des suffrages qu'ont ralliés les deux opinions en présence, il serait impossible d'affirmer que l'une d'elles plutôt que l'autre représente la doctrine léguée au droit actuel par la théorie des statuts[1]. Mais il existe un moyen bien simple de reconnaître celle qui est exacte, c'est de rechercher comment s'est formé le droit coutumier en cette matière. Si l'on se place à ce point de vue, nulle hésitation n'est possible : l'opinion des auteurs qui assignent aux meubles une situation fictive au domicile de leur propriétaire est seule satisfaisante. Dans notre partie historique, nous avons montré comment de bonne heure s'était imposée la nécessité de concentrer la fortune mobilière en un seul point. Au moment où la féodalité était à son apogée, toutes les coutumes étaient strictement territoriales. Chacune d'elles, maîtresse absolue sur son territoire, voyait son empire expirer au delà. Une personne venait-elle à mourir laissant des biens en divers lieux soumis à des coutumes différentes : son patrimoine se divisait en autant

1. La plupart des auteurs, qui proposent de soumettre la succession mobilière à la loi du domicile en argumentant de la tradition, ont le tort de dire qu'il était généralement admis que la règle *mobilia personam sequuntur* rentrait dans le statut réel, alors que les avis étaient très divisés, ainsi que nous l'avons dit. — Voy. not. Dubois, *Essai sur le conflit des lois*, p. 151 ; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 114; Pillet *op. cit.*, p. 160; Guénée, *Revue pratique*, 1889, p. 431.

de successions particulières qu'il y avait de pays où se trouvaient les biens héréditaires. L'expérience ne tarda pas à démontrer que c'était un inconvénient fort grave. En ce qui concerne les immeubles, aucune modification n'était possible, étant données les idées féodales; mais il n'en était pas de même à l'égard des meubles. L'inconvénient, encore plus onéreux dans ce cas, n'était compensé par aucun avantage. On chercha un moyen d'y échapper. Un expédient se présenta aussitôt. Puisque les meubles n'ont pas d'assiette fixe, rien ne s'oppose à ce qu'ils soient réputés tous situés là où ils se trouvent d'ordinaire en réalité, près de la personne de leur propriétaire. C'est en ce sens que l'on dit: *Mobilia personam sequuntur*.

Cette réforme rencontra certaines résistances, mais elle était si nécessaire qu'elle ne tarda pas à triompher. D'Agentré lui-même, malgré sa tendance à faire de la réalité des coutumes la règle générale reconnut cependant le principe de l'unité de la succession mobilière. Mais, prenant la formule du droit coutumier en elle-même, indépendamment de son origine, il se trompa sur sa signification véritable: abusé probablement par les expressions, il crut que cette règle exprimait une sorte d'adhérence des meubles à la personne: il fut donc conduit à la faire rentrer dans le statut personnel. Cette interprétation qui contrastait si vivement avec sa doctrine générale constituait une erreur évidente. Cependant l'autorité

qui s'attachait au nom de ce grand jurisconsulte suffit pour assurer à cette interprétation un certain nombre de suffrages. Mais, parmi ceux qui l'adoptèrent, les uns le firent sans aucun examen, sur la foi du maître ; les autres, tout en proclamant que la règle : *Mobilia personam sequuntur* était un statut personnel, invoquèrent pour l'expliquer l'argument qui servait à justifier l'opinion contraire ; ils se contredisaient donc formellement. Ces diverses considérations nous permettent d'écouter l'interprétation de d'Argentré et de ses divers partisans et de conclure, que, dans la théorie des statuts, la règle : *Mobilia personam sequuntur*, tout en faisant dépendre la succession mobilière de la loi du domicile, appartint au statut réel.

Ce que nous venons de dire décide de la question dans le droit moderne. Puisque la tradition est notre seul guide en cette matière, nous devons maintenir la fiction qui réputait les meubles situés au domicile de leur propriétaire et appliquer par conséquent à la succession mobilière la loi du domicile du *de cujus*. Cette solution est du reste en parfaite harmonie avec celle que nous avons admise à propos de la succession immobilière. Toute la succession rentre ainsi dans le statut réel : dans un cas comme dans l'autre, c'est la situation des biens qui détermine la loi applicable, seulement tandis que pour les immeubles il y a autant de *leges rei sitæ* que de biens situés dans divers terri-

1. Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 252.

loires, pour les meubles la *lex rei sitæ*, étant fictive, demeure unique. C'est là un simple tempérament à la régle admise, en harmonie parfaite avec le système général. Quant à faire rentrer la succession mobilière dans le statut personnel et la succession immobilière dans le statut réel, c'est établir une distinction qui nous paraît contraire à toute logique et que rien ne justifie. Nous ne saurions l'admettre que si elle nous était imposée par un texte formel ; ce qui n'est pas.

La jurisprudence se prononce également en faveur de la loi du domicile. En effet, lorsque la question a été nettement posée entre la loi nationale et la loi du domicile, c'est cette dernière qui l'a emporté [1]. Mais il arrive souvent en fait que la loi du domicile n'est autre que la loi nationale, et alors les décisions de la jurisprudence ne sont ni très précises, ni très concordantes. Généralement les arrêts parlent du domicile [2]. Plusieurs cependant contiennent des restric-

1. L'étranger autorisé, conformément à l'article 13, à s'établir en France nous offre l'exemple certain d'un homme qui a un domicile sur le territoire d'un Etat dont il ne fait pas partie. Dans ce cas, il a été jugé que la succession devait être soumise à la loi française. — Trib. Seine. 6 janvier 1866 (S. 1866,2,290) ; Trib. Seine, 21 juillet 1883 (*Journal du droit international privé*, 1884, p. 405). Un ancien arrêt de la cour de Paris, du 27 novembre 1824, avait cependant décidé que, même dans ce cas, la succession devait être soumise à la loi étrangère : « considérant que dans *tous les cas* la disposition du mobilier d'un étranger existant dans le lieu où il habite est soumise à la législation de son pays.... » mais cet arrêt a été cassé le 7 novembre 1826 (S. 1827, 1, 250).

2. Cass. 2 juin 1806 (Dalloz, *Répertoire*, 6, 232) ; Riom, 7 avril 1835 (S. 832,2.371) Grenoble, 25 août 1848 (S. 1849,2,258) ; Paris, 13 mars

tions ou des expressions qui supposent admise la doctrine de la nationalité [1]. C'est une confusion qui provient de ce que les tribunaux ne se rendent pas un compte exact de la règle : *Mobilia personam sequuntur*, et qu'ils pensent qu'elle implique une sorte d'adhérence des meubles à la personne, tandis qu'elle signifie simplement, ainsi que nous l'avons démontré, que les meubles, n'ayant pas d'assiette fixe, sont réputés situés là où ils se trouvent le plus souvent en réalité, au domicile de leur propriétaire.

Si l'on admet que la succession mobilière est soumise à la loi du domicile du *de cujus*, il devient de la plus haute importance de déterminer d'une manière précise le lieu où se trouve ce domicile. Deux hypothèses doivent être envisagées successivement : 1° un étranger vient s'établir en France ; 2° un Français abandonne son pays natal pour une terre étrangère.

1850 (S. 51,2,791); Cass. 25 mai 1852, (S. 52,2,289); Cass. 6 janvier 1862 (S. 1862,2,337); Toulouse, 7 décembre 1863, (S. 1864,2,211). Trib. Seine, 23 août 1867, (S. 1868,1,193); Pau, 11 mars 1874 joint à Cass. 5 mai 1875, (S. 1875,1,409); Bordeaux, 24 mai 1876 (S. 1876,1,109); Cass. 24 juin 1878, (D. 1879,1, 56); Toulouse, 22 mai 1880 (S. 1880, 2, 294. Trib. Seine, 25 juin 1886 (*Journal du droit international privé*, 1886, p. 163.

1. Cass. 12 janvier 1869 (D. 1869,1,294); Trib. Lyon 22 août 1869 joint à Lyon, 21 juin 1871 (S. 1872, 2, 201); Paris, 14 juillet 1871, (S. 1871, 2, 141 ; Trib. Seine, 14 mars 1879, (*Journal du droit international privé*, 1879, p. 519; Trib. Seine, 1er mars 1881 (*eod. loc.* 1881 p. 432); Trib. Evreux. 17 août 1881, (*Journal du droit international privé*, 1882, p. 194); Cass. 22 février 1882. (S. 1882, 2,393); Trib. Marseille, 26 janvier 1889, (*Journal du droit international privé*, 1891, p. 676); Aix, 27 mars 1890, (*cod.* 1891, p. 211).

Supposons qu'un étranger vienne s'établir en France ; peut-il y acquérir un domicile ? La seule disposition de notre législation qui ait trait à ce sujet est l'article 13 du Code civil : « L'étranger qui aura été admis, par autorisation du chef de l'État, à fixer son domicile en France, y jouira de tous les droits civils [1] ». Si l'étranger a obtenu l'autorisation gouvernementale, il ne peut exister aucune difficulté ; son domicile légal se trouve en France sans contestation possible. Mais que décider dans le cas où un étranger a simplement transporté sur le territoire de notre patrie le siège de ses affaires et le centre de ses intérêts sans tenter aucune démarche officielle. Son établissement présente-t-il le caractère d'un véritable domicile ? N'est-ce pas plutôt une simple résidence ? Plusieurs systèmes divisent les auteurs et la jurisprudence sur ce point.

Le premier système se refuse à voir dans la résidence de l'étranger en France, si prolongée qu'elle soit, un véritable domicile tant qu'il n'a pas obtenu l'autorisation gouvernementale. Qu'est-ce que le domicile en effet ? C'est le lieu où une personne, au point de vue de la loi, est toujours présumée présente, qu'elle s'y trouve corporellement ou qu'elle ne s'y trouve pas. C'est un siège légal et par conséquent, dans une certaine mesure, fictif. Or, si le domicile a sa source dans

1. Le nouvel article 13 modifié par la loi du 26 juin 1889, exige un décret

une fiction légale, il constitue un droit civil *stricto sensu*; il en résulte que l'étranger, s'il ne puise ce droit dans un traité diplomatique, conformément à l'art. 11, C. civ., n'aura jamais qu'une simple résidence.

Que tel soit bien le système consacré par le Code, c'est ce qui résulte formellement de l'art. 13 qui exige l'autorisation du gouvernement pour l'établissement du domicile en France. Si des doutes pouvaient exister sur le sens de cette disposition, les paroles prononcées par le tribun Gary, devant le Corps législatif, les feraient vite disparaître : « J'observe sur l'art. 13 qu'il n'y a aucune objection contre la disposition qui veut que l'étranger ne puisse établir son domicile en France s'il n'y est admis par le gouvernement. C'est une mesure de police et de sûreté autant qu'une disposition législative. Le gouvernement s'en servira pour repousser le vice et pour accueillir exclusivement les hommes vertueux et utiles, ceux qui offriront des garanties à leur famille adoptive » [1]. Telle est, du reste, l'interprétation qui a été consacrée par un avis du Conseil d'État du 18 prairial de l'an XI.

Enfin l'art. 102 vient fournir un dernier argument. Aux termes de cet article, « le domicile de tout Français est au lieu où il a son principal établissement ». Le législateur en disant : le domicile de tout Français a voulu exprimer qu'à ses yeux les nationaux pou-

1. Locré, t. II, p. 343.

vaient seuls avoir un domicile en France ; s'il avait voulu étendre cette faveur aux étrangers, il aurait dit : le domicile de toute personne [1].

Bien que ce système soit défendu par d'excellents auteurs, nous ne le croyons pas fondé et nous adoptons sans hésitation l'opinion contraire.

Et tout d'abord nous pensons qu'il faut écarter l'art 13 de la discussion, car il nous paraît complètement étranger à l'hypothèse dont nous cherchons la solution ; c'est ce que nous allons essayer de démontrer.

Les auteurs qui défendent l'opinion adverse nous paraissent établir une confusion entre deux questions qui, pour avoir certains points de contact, n'en sont pas moins complètement distinctes et peuvent recevoir des solutions différentes sans la moindre contradiction. Première question : L'étranger peut-il avoir un domicile en France? Seconde question : Quels sont les avantages que lui confère son établissement en France? L'art. 13 répond à la seconde question : pour qu'un étranger puisse avoir en France un domicile lui procurant la jouissance des facultés de droit civil qui lui sont retirées par l'art. 11, il faut que cet étranger sollicite

1. Demolombe, t. I, n° 268; Demangeat, *Condition des étrangers en France*, p. 366; Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 58 ; Soloman, *Condition des étrangers*. p. 69 et s. ; Dalloz, *Répertoire de jurisprudence*, V° Domicile, § 3, n° 20; Conclusions de M. l'avocat général Aubépin devant la cour de Paris (D. 1872, 2, 66) ; Louiche-Desfontaines, *De l'influence de l'émigration sur l'état des personnes* (Paris, 1880). p. 131.

et obtienne du gouvernement l'autorisation de se fixer en France. Et ce système, remarquons-le, est absolument logique. Du moment que l'État accorde à une personne des droits dont elle ne peut se prévaloir au nom de l'équité naturelle, une de ces facultés qui sont réservées aux seuls nationaux et qui ne se communiquent pas aux sujets des autres peuples, n'est-il pas naturel qu'il exige des garanties de moralité et d'honnêteté ! De là l'enquête qui est prescrite à l'égard de tous ceux qui sollicitent cette faveur. Mais bien différent est le cas où l'étranger, sans demander aucun privilège, manifeste simplement la volonté de fixer en France le centre de ses affaires; l'intervention de la puissance publique ne se justifierait plus. Aussi reconnaîtra-t-on que l'art. 13, si on l'examine sans parti pris ne s'occupe pas de cette hypothèse et ne préjuge en rien la solution qui pourra être donnée.

Les paroles prononcées par le tribun Gary devant le Corps législatif sont loin d'avoir l'importance que nos adversaires y attachent, il est même douteux qu'elles aient le sens qu'ils leur prêtent. Quand l'orateur du Tribunat a prononcé les paroles qui suscitent ce débat, il cherchait à justifier les conditions que l'art. 13 impose aux étrangers pour obtenir la jouissance des droits civils *stricto sensu*; dès lors est-il téméraire d'affirmer qu'uniquement préoccupé de la question qu'il discutait, l a rapporté à cet objet tout ce qu'il a dit d'une manière trop générale et qu'il ne pensait

nullement à la question qui nous occupe. La fin de son discours montre clairement que telle était sa pensée ; l'orateur dit : « C'est une disposition de police et de sûreté autant qu'une disposition législative. Le gouvernement s'en servira pour repousser le vice et pour accueillir exclusivement les hommes vertueux et utiles, ceux qui offriront des garanties à leur famille adoptive. » Aurait-il employé ces termes s'il avait voulu parler de l'étranger qui vient s'établir en France? Les mots « famille adoptive » n'auraient eu aucun sens.

Du reste l'opinion du tribun Gary, si considérable qu'elle soit, n'a que la force d'un avis individuel et ne pourrait faire prévaloir une interprétation que condamne l'historique de cet article.

Dans le projet du code, notre article était ainsi conçu : « L'étranger qui aura fait la déclaration de vouloir se fixer en France pour devenir citoyen et qui y aura résidé un an depuis cette déclaration y jouira de la plénitude des droits civils [1]. » Le but direct de cette disposition était donc de faciliter le stage de l'étranger qui aspirait à devenir Français. La constitution de l'an VIII avait, en effet, accordé la nationalité française à toute personne qui aurait résidé en France pendant dix ans ; mais pendant ce laps de temps ne fallait-il pas affranchir le candidat à la naturalisation des rigueurs qui frappaient les étrangers, rigueurs très réelles à

1. Locré, t. II, p. 33.

cette époque, notamment au point de vue successoral? N'était-il pas à la fois juste et utile de lui accorder la jouissance des droits civils comme aux nationaux? C'est ce qu'avait pensé la commission chargée de rédiger le Code civil ; aussi avait-elle concédé à l'étranger la jouissance des droits civils au bout d'un an, pensant qu'il avait ainsi suffisamment montré son attachement à la France. Le premier Consul proposa de ne pas accorder aussi facilement les droits civils aux étrangers ; il lui parut logique de permettre au gouvernement de réserver cette faveur aux étrangers qui lui en paraîtraient dignes. C'est sur ces observations que l'art. 13 fut ainsi modifié: « L'étranger qui aura été admis à faire en France la déclaration de vouloir devenir citoyen et qui aura résidé un an depuis cette déclaration, y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider[1]. » C'est l'article actuel, sauf le délai qui fut supprimé. La signification est toujours restée la même : rendre supportable par la concession des droits civils le stage de l'étranger ; c'est une institution analogue à la *denization* anglaise.

Ce qui, dans la discussion, préoccupe les orateurs du Tribunat et du Conseil d'État, c'est la conciliation de cet article avec la Constitution qui n'exigeait aucune déclaration pour être naturalisé ; Treilhard surtout ne laisse subsister aucun doute à ce sujet. « L'étranger jouira-t-il en France des droits civils ? Ici la question

1. Locré, t. II, p. 42 et 68.

se divise ; l'étranger peut établir son domicile en France ou il peut continuer de résider dans son pays. Supposons d'abord que l'étranger fixe son domicile en France ; la loi politique a sagement prescrit une résidence de dix années pour l'acquisition des droits politiques ; la loi civile attache avec la même sagesse le simple exercice des droits civils à l'établissement en France. Mais le caractère personnel de l'étranger qui se présente et une foule d'autres circonstances peuvent rendre son admission plus ou moins désirable, et, pour s'assurer qu'une faveur ne tournera pas contre le peuple qui l'accorde, la loi n'a dû faire participer aux droits civils que l'étranger admis par le gouvernement [1]. »

L'art. 13 soulevait une difficulté : quel était le point de départ des dix ans exigés par la Constitution de l'an VIII pour la naturalisation ? Etait-ce le jour où l'étranger était venu se fixer en France ? Ne fallait-il pas plutôt le placer au moment où le gouvernement accordait l'autorisation ? Le ministre de l'intérieur demanda au Conseil d'Etat de trancher cette controverse et c'est ce qui fut fait le 18 prairial de l'an XI. La décision du Conseil est : « que dans tous les cas où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir l'autorisation du gouvernement. » Bien que ses ré-

1. Treilhard, Exposé des motifs, Locré, t. II, p. 319. *Adde*, 1er exposé des motifs de Boulay, Locré, t. II, p. 224 ; rapport du tribun Siméon ; Locré, t. II, p. 420.

dacteurs aient employé des expressions trop générales, cet avis ne peut s'appliquer qu'au cas prévu, c'est-à-dire dans le cas où il s'agit pour un étranger d'acquérir la nationalité française et nullement dans celui où la question du domicile est seule en cause. Il serait contraire à une saine interprétation de donner à cet avis une portée qu'il n'a jamais eue ; *verba debent intelligi secundum subjectam materiam*. Ce qui du reste lève toute discussion, c'est que cet article n'ayant été ni inséré au bulletin des lois, ni publié légalement, n'a aucune force obligatoire[1].

Reste l'article 102 du Code civil. Si cet article ne parle que des Français, ce n'est pas pour exclure les étrangers, ainsi qu'on le prétend ; mais bien parce que la question dont il s'occupe ne les intéresse en rien. Les rédacteurs du Code n'ont eu qu'un but : ils ont voulu montrer qu'ils n'entendaient s'occuper du domicile que sous le rapport du droit civil et qu'ils abandonnaient à des lois spéciales le règlement du domicile politique ; n'est-il pas évident que cette distinction était inapplicable aux étrangers qui ne jouissent jamais d'aucun droit politique. L'intention du législateur ne peut faire aucun doute. On avait proposé au Conseil d'État, dans la séance du 16 fructidor an IX, de fixer le domicile de l'individu au lieu où il exerce ses droits politiques. Portalis démontra que cette rédaction était incomplète, en faisant remarquer qu'elle

1. Merlin, *Répertoire*, V° Domicile, § 13.

laissait de côté les veuves, les étrangers, les individus non inscrits au registre civique [1].

De l'étude que nous venons de faire, il résulte que cette question n'a pas été prévue par le législateur ; pour la résoudre dans le silence du Code, il est donc tout naturel de consulter la tradition et de se référer aux principes généraux du droit.

Avant le Code civil, il était universellement admis que l'aubain qui venait se fixer en France avec l'intention de s'y établir à demeure y acquérait un véritable domicile [2]. Nos anciens auteurs, qui reconnaissaient aux étrangers la jouissance des droits naturels, ne s'étaient pas trompés sur la nature du domicile. Et, en effet, s'il est vrai de dire que le véritable criterium du droit naturel est d'être commun à tous les peuples, n'est-il pas évident que le domicile présente ce caractère au plus haut degré. Toutes les législations ont la notion de cette institution, et il serait difficile de comprendre qu'il en fût autrement. C'est que le domicile n'est pas autre chose que le centre des intérêts d'une personne, de ses intérêts matériels ou de ses intérêts d'affection ; c'est le lieu, suivant l'expression de la loi romaine, « *ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit* [3] ».

1. Fenet, t. VIII, p. 326.

2. Voyez not. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 21 ; Merlin, *Répertoire*, V° Divorce, sect. IV, § 16.

3. L. 7, *De incolis*, au Code.

La même doctrine subsista pendant la période du droit intermédiaire et l'on peut même citer deux arrêts qui reconnaissent ce droit à l'étranger [1]. Comment un changement subit et intégral aurait-il pu s'opérer? Aucun texte ne laisse soupçonner cette transformation ; l'art. 102, en fixant le domicile au lieu du principal établissement, reproduit sous une forme plus abstraite la définition romaine. « Le domicile civil, lit-on dans le discours préliminaire du Code, est le lieu où l'on a transporté le siège de ses affaires, de sa fortune, de sa demeure habituelle. » M Tronchet reproduit la même idée : « La règle de droit est certaine ; les lois appellent domicile le lieu où un individu a établi *larem rerumque ac fortunarum suarum summam*. Il n'y a jamais eu de procès et de question que sur le fait [2]. » Ainsi, d'après le témoignage des rédacteurs du Code, le domicile est resté ce qu'il était autrefois : un simple fait accompagné d'intention. Les conditions exigées par la loi ne sont-elles pas réalisables par toutes les personnes, aussi bien par les étrangers que par les nationaux ? Un étranger ne peut-il établir en France le siège de sa demeure, le centre de ses affaires ? M. Demolombe, qui se refuse à voir dans l'établissement de l'étranger en France autre

1. Req. 8 thermidor an XI, Valsch Serrant. (S. an XI, 842 ; Rejet, 30 novembre 1814, Farker Swan c et Schweiser (S. 1814, 1, 635).

2. Fenet, t. VIII, p. 322.

chose qu'une simple résidence, indique cependant fort exactement les véritables caractères du domicile, oubliant qu'il ruine ainsi le système qu'il a adopté. « C'est par ses instincts les plus naturels et les meilleurs, par des influences diverses et puissantes de la famille et des affections, de la propriété, du travail et de l'habitude que chaque homme s'attache à un certain lieu avec lequel il contracte une sorte de lien, de relation morale, je dirai presque d'intimité : aussi la loi n'a-t-elle eu véritablement qu'à constater un fait pour reconnaître le domicile[1]. » Si le domicile est un simple fait, la conséquence directe qui en résulte est le droit incontestable pour l'étranger de fixer son domicile sur le territoire français.

L'étranger, pourrait-on objecter, ne pourra avoir de domicile en France car le domicile suppose la volonté de s'établir dans un lieu d'une manière fixe et définitive; or il est à croire que l'étranger, tant qu'il ne s'est pas fait naturaliser, conserve l'esprit de retour dans son pays natal et qu'il y retournera tôt ou tard.

Cette objection est facile à réfuter. Nulle part le Code ne considère l'absence d'esprit de retour comme une des conditions nécessaires de l'acquisition d'un domicile dans un endroit quelconque. « Si, du reste, l'objection avait une valeur réelle, elle s'opposerait aussi bien au changement de domicile du Français ; car le porteur d'eau qui habite Paris depuis quinze

1. Demolombe, t. I, n° 268.

ou vingt ans, n'a-t-il pas l'intention de retourner dans sa chère Auvergne ? Qu'en savez-vous ? Et alors que depuis longtemps il commerce dans la capitale, irez-vous le citer en matière civile devant le tribunal de Saint-Flour[1] ? » Bien mieux ; la loi impose un domicile à certaines personnes ; pour ne citer qu'un exemple : le domestique est domicilié chez son maître (art. 109). Faut-il en conclure qu'il a renoncé à jamais à revenir à son domicile d'origine ? Personne assurément n'oserait le soutenir. Concluons donc que le changement de domicile est une pure question de fait et que rien ne s'oppose à ce qu'un étranger ait en en France un domicile légal[2].

Ajoutons enfin que cette solution s'impose encore plus énergiquement depuis la loi du 26 juin 1889 sur la naturalisation, si l'on ne veut tomber dans de singulières contradictions. Le nouvel article 13 décide que « l'effet de l'autorisation (de fixer son domicile en France) cesse à l'expiration de cinq ans si l'étran-

1. Bonfils p. 158.

2. Merlin, *Répertoire* , V° Domicile, § 13 ; Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 128 *bis*-11 ; Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 245 ; Valette, *Cours de droit civil*, t. I, p. 123 ; Bonfils, *Compétence des tribunaux francais à l'égard des étrangers*, p. 157 et s ; Observations de M. Gay (*Revue pratique*, 1856, t. 1, p. 228) ; Renault, *op. cit*, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 329 et 422 ; Gerbaut, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers* (Nancy, 1882), p. 389 et s. ; Rongelot de Lioncourt, *op. cit.*, p. 137 et s. ; Laurent *Droit civil international*, t. III, p. 46 et s. Despagnet *op. cit*, p. 200 et s. Weiss, *op. cit* , p. 126 et s. ; Arthuys et Surville, *op. cit* , p. 134.

neger demande pas la naturalisation ou si sa demande est rejetée. » Ainsi, voilà un étranger qui, d'après le premier système, aurait en France un domicile légal, domicile qui, à la fin de cette période se transformerait en simple résidence. Dira-t-on que cet étranger a perdu pendant un certain temps l'esprit de retour et qu'il l'a retrouvé subitement. La bizarrerie de ce système suffit à le faire condamner.

Il résulte de ce que nous venons de dire que la succession mobilière d'un étranger sera régie par la loi française, toutes les fois que son établissement présentera un caractère de fixité suffisant pour permettre de le distinguer de la simple résidence. Cette appréciation appartient aux juges du fait; pour se décider, ils n'auront qu'à se conformer aux règles écrites dans les articles 103 et 105 du Code civil : deux conditions sont requises pour l'acquisition d'un nouveau domicile : le fait et l'intention ; le fait, qui consiste dans la prise de possession d'un autre lieu d'habitation ; l'intention, qui n'est autre que la volonté de s'établir à demeure dans ce nouvel endroit.

Cette solution, si rationnelle qu'elle paraisse, est repoussée par la jurisprudence qui est définitivement fixée en ce sens que rien ne peut suppléer l'autorisation gouvernementale, lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable au règlement de la succession mobilière. Si favorables que soient les circonstances en faveur de l'étranger, résidence prolongée, service militaire, elles

ne peuvent empêcher que sa succession reste soumise à la législation de sa patrie, où il est censé avoir conservé son domicile. Cette règle a été suivie de tous temps par la Cour de cassation [1] ; elle a été une fois de plus nettement affirmée dans un arrêt de la chambre civile du 5 mai 1875, cassant une décision de la cour de Pau qui avait admis le principe contraire [2]. Depuis, il ne s'est produit aucune dissidence dans les nombreuses décisions judiciaires qui ont été rendues en cette matière [3].

1. Voy. not. 3 arrêts du 12 janvier 1869 (D. 1869, 1,294).

2. L'espèce était cependant des plus favorables et la décision de la Cour de cassation en acquiert d'autant plus d'intérêt. Il s'agissait d'une jeune Bavaroise qui, étant devenue veuve, s'était fixée en France avec son fils, alors âgé de cinq ans et qui s'y était ensuite remariée avec un Français pendant la minorité de son fils. Celui-ci avait toujours habité la France, avait servi dans les armées françaises, s'était marié avec une Française et était mort à l'âge de soixante-cinq ans. La cour de Pau avait conclu de toutes ces circonstances que le *de cujus* avait acquis, pendant sa minorité, le domicile légal de sa mère qui était sa tutrice, c'est-à-dire le domicile du mari de sa mère, et que par conséquent sa succession devait être soumise à la loi française. La cour suprême a cassé cet arrêt. Pour elle, le domicile légal, le seul qui puisse rendre la loi française applicable, est celui qui a été établi avec l'autorisation du gouvernement, conformément aux dispositions de l'article 13 du Code civil. Voy. sur cette affaire, les observations de M. Renault dans la *Revue critique de législation*, année 1881, p. 495.

3. Bordeaux, 24 mai 1876 (S. 1877,2,109) ; Trib. Seine, 14 mai 1878 (*Journal du droit international privé*. 1879, p. 285) ; Cass. 24 juin 1878 (D. 1879,1,56) ; Trib. Seine, 14 mars 1879 (*Journal du droit international privé*, 1879, p. 549); Trib. Seine, 1er mars 1881 (La loi du 21 octobre 1881 ; Observations de M. Renault dans la *Revue critique*, 1882, p. 727 et s.); Trib. Evreux, 17 août 1881 (*Journal du droit international privé*, 1882, p. 194) ; Cass. 22 février 1882 et la note de M. Labbé (S. 1882, 1,393);

Après avoir examiné les diverses difficultés qui peuvent se présenter dans le cas où un étranger vient s'établir en France, suivons le Français en dehors des frontières de sa patrie et recherchons s'il peut y acquérir un domicile légal, entraînant soumission de sa succession mobilière à la loi du pays où il s'est fixé. Aucune disposition de nos Codes ne prévoit cette hypothèse ; en présence de ce silence, il n'est pas surprenant que des opinions divergentes se soient produites.

Plusieurs auteurs soutiennent que le Français ne peut avoir à l'étranger un domicile légal. Il peut bien arriver, déclarent-ils, qu'en fait un Français n'ait pas

Paris, 31 décembre 1889 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-91,1,290) ; Trib. Marseille, 26 janvier 1889 (*Journal du droit international privé*, 1889, p. 676) ; Paris, 31 décembre 1889 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-91,1,290) ; Aix, 27 mars 1890 (*eod.*, 1890-91,1,99). Si la jurisprudence exige l'autorisation du gouvernement pour reconnaître à l'étranger un véritable domicile, elle a admis à plusieurs reprises que cette autorisation pouvait être tacite et résulter de certains actes du pouvoir exécutif. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un étranger pensionné par le gouvernement devait être considéré comme admis à domicile et que, par suite, sa succession était soumise à la loi française: Pau, 9 juin 1857 (D. 58,2,137). Trib. Marseille, 26 janvier 1889 (précité) ; Paris, 11 octobre 1827 (S. Codes annotés, art. 13, n° 8) ; Alger, 16 novembre 1874 (*Journal du droit international privé*, p. 168) ; Trib. Seine, 27 février 1888, (*La Loi* du 5 mai 1888). Ces décisions, depuis la loi du 26 juin 1889, paraîtraient en contradiction avec le texte même de l'article 13 qui exige un décret et avec le but désormais seul assigné à l'admission à domicile qui est exclusivement devenue le préliminaire de la naturalisation. Vincent, *La loi du 26 juin 1889 sur la naturalisation*, p. 65 ; Lesueur et Dreyfus, *La nationalité*, *La France judiciaire*, 1890, 1re partie, p. 56.

de domicile connu en France ; la théorie du domicile d'origine est impuissante à cet égard ; mais on ne peut ériger ce fait en droit. Le domicile suppose des idées de fixité et de durée qui ne peuvent se rencontrer chez le Français tant qu'il conserve des idées de retour dans sa patrie, et on doit présumer qu'il en est ainsi tant qu'il n'a pas perdu sa nationalité. « Les expressions de lieu du domicile de l'individu et de territoire de sa patrie, dit Fœlix[1], peuvent être employées indifféremment. » Que telle soit bien la pensée des rédacteurs du Code, c'est ce qui résulte de l'article 17 : un Français va-t-il s'établir en pays étranger sans esprit de retour, il perd tout à la fois et son domicile et sa nationalité ; conserve-t-il l'esprit de retour, il conserve l'un et l'autre[2].

Malgré la valeur des suffrages qu'a ralliés cette doctrine, nous ne saurions l'admettre et nous pensons avec la jurisprudence[3] qu'un Français peut parfaitement, en transportant sur le territoire d'une autre nation le siège de ses affaires et le centre de ses inté-

1. Fœlix, *op. cit*, t. 1er, p. 58.

2. Demolombe, t. I, p. 349 ; Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 58 ; Louiche-Desfontaines, *op. cit.*, p. 131.

3. Cass., 21 juin 1865 (D. 1865,1,418 et la note) ; Cass., 27 avril 1868 (D. 1868,1,302) ; Trib. Seine, 25 juin 1880 (*Journal du droit international privé*, 1881, p. 163) ; Pau, 22 juin 1885 (*Journal du droit international privé*, 1887, p. 611). En ce sens, Aubry et Rau, t. I, 141 ; Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 57, note a ; Dalloz, Vo Domicile ; Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 454 et s. ; Brocher, *op. cit.*, t. I, p. 251 et s. ; Despagnet, p. 187 ; Weiss ; p.

rêts, y acquérir un véritable domicile. Notre législateur autorise l'émigration ; en réalité, beaucoup de Français sont établis à l'étranger ; n'est-il pas juste et utile de les y considérer comme domiciliés. Rien, du reste, dans le Code, ne s'oppose à cette solution. L'article 102 est rédigé dans les termes les plus généraux et nous avons démontré que l'absence d'esprit de retour n'est nullement une des conditions du domicile. Quant à confondre, comme le fait Fœlix, le domicile et la nationalité, c'est tomber dans une exagération qui est en même temps une erreur. L'étranger autorisé, conformément à l'article 13, à s'établir en France ne nous offre-t-il pas l'exemple d'un homme qui a un domicile sur le territoire d'une nation dont il ne fait pas partie. Enfin, si l'on nous objecte l'article 17, nous répondrons avec la Cour de cassation que « l'article 17 dit, il est vrai, que la qualité de Français se perd par l'établissement en pays étranger sans esprit de retour, mais que ce domicile peut avoir été pris à l'étranger tout en conservant l'esprit de retour ». Ajoutons que cet article, dont les dispositions soulevaient les plus vives critiques, a été abrogé par la loi du 26 juin 1889. Concluons donc que le Français peut avoir hors des frontières de sa patrie un domicile et que par conséquent sa succession mobilière est soumise à la loi du lieu où il s'est établi.

CHAPITRE III

ÉTENDUE ET LIMITES DU SYSTÈME DU CODE CIVIL. APPLICATION DU PRINCIPE GÉNÉRAL AUX DIVERSES PARTIES DE LA SUCCESSION.

Après avoir déterminé le système que le Code civil a consacré pour le règlement de la succession ab intestat en cas de conflit de lois, il faut en fixer l'étendue et en préciser les limites. La succession touche, en effet, à toutes les questions du droit et, par la force même des choses, un certain nombre d'hypothèses échappent à la règle générale. « Il n'y a pas de principe absolu dans notre science, dit fort exactement M. Laurent [1], les faits juridiques sont d'une variété infinie; il faut donc considérer chaque fait en lui-même et en étudier le caractère avant de décider quelle est sa nature. » C'est ce que nous allons faire en parcourant les diverses parties de la succession. Cette étude présente les plus grandes difficultés, étant donné le système qu'a consacré le législateur en cette

1. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 64.

matière. En droit interne, la succession est une universalité, un tout indivisible ; en droit international il faut se conformer à la situation réelle ou fictive des biens, ce qui entraîne des divisions, là où l'unité la plus étroite devrait régner. Toutes les controverses qui divisaient nos anciens auteurs existent encore aujourd'hui et, pour les trancher, nous n'avons pas d'autre guide que la tradition, à laquelle il faut toujours se référer pour se conformer à la volonté du législateur.

SECTION PREMIÈRE

DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER

En droit français, c'est un principe de droit commun que toute personne peut succéder, si elle n'est pas écartée par une disposition législative spéciale. La capacité est donc la règle, l'incapacité l'exception; l'article 725 du Code civil en est lui-même la preuve, puisqu'il énumère non pas ceux qui sont capables, mais ceux qui sont incapables. La loi du 14 juillet 1819 a mis le successible étranger sur le même pied que le successible français ; il pourra donc recueillir toute succession à laquelle il sera appelé, à moins d'une circonstance particulière. Il s'agit maintenant

de déterminer la loi qui doit régir les incapacités dont le successible étranger peut être frappé.

La Cour de cassation admet la réalité du statut des incapacités successorales : « attendu, dit-elle, que les lois qui règlent la transmission héréditaire se rattachent indistinctement au statut réel dans toutes leurs parties, même celles qui édictent des incapacités de succéder [1] ». Dans l'espèce, une femme voulait succé-

1. Cass. 31 mars 1874 (D. 1874, 1, 229 ; S. 1874, 1, 346). — C'est en ce sens que s'était déjà prononcé le tribunal de Nice par un jugement du 9 mars 1863 (*Gazette des Tribunaux* du 2 avril 1863); dans l'affaire qui lui était soumise, il s'agissait de savoir si un moine italien, frappé de mort civile par sa législation nationale, devait en conséquence être écarté du partage des immeubles situés en France. Le tribunal adopte la négative « attendu que la succession... se compose d'immeubles et de biens meubles situés en France que l'instance a pour objet une demande en délivrance du legs d'une partie de ces biens et en partage du surplus entre cohéritiers et que, conformément à l'article 3 du Code Napoléon, il y a lieu de faire l'application des lois françaises; qu'il est constant, en effet, que la transmission héréditaire ou à titre gratuit des immeubles situés en France doit être régie par les lois de la situation, comme se rattachant à des principes d'ordre public et d'intérêt politique. — Attendu qu'aux termes de l'article 1 de la loi du 14 juillet 1819, les étrangers ont le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français et qu'il n'existe d'autre incapacité de recevoir à titre gratuit ou de succession que celles édictées par le Code Napoléon et que, depuis l'abolition des ordres monastiques en France, les vœux religieux des personnes qui les ont prononcés n'entraînent aucune modification dans leur condition civile. » Les autres héritiers se prévalaient de deux arrêts de la Cour de cassation qui avaient décidé, dans des circonstances analogues, qu'il fallait se référer à la loi nationale des parties. La réponse que fait le tribunal de Nice mérite d'être remarquée; elle prouve d'une manière péremptoire que la Cour de cassation n'a jamais reconnu la personnalité des incapacités successorales, ainsi qu'on pourrait le croire au

der à son frère, conformément à la loi française; on lui objectait que, d'après la loi hébraïque qui la régissait, elle était incapable de succéder; cette loi ne l'appelle, en effet, qu'à la succession de son père, à défaut du fils. Il y avait là une confusion évidente. Il s'agissait non d'une question de capacité, mais d'une question d'ordre; en conséquence, la succession devait être dévolue conformément aux dispositions de notre Code; mais il faut prendre l'arrêt tel qu'il est conçu et tel qu'il se trouve expliqué, avec une rare précision dans le rapport de M. le conseiller Guillemard. « Qu'elle soit primitive et simple comme dans le Code Mosaïque, ou compliquée et savante comme dans le Code Napoléon, toute loi sur les successions, ayant pour objet principal et prédominant les choses et non les personnes, constitue uniquement, puisque c'est à ce caractère qu'on les distingue l'un de l'autre, non point un statut personnel, mais un statut réel dans toutes les dispositions dont elle se compose, même dans celles qui prononcent des exclusions et des incapacités; de sorte que ces exclusions et ces in-

premier abord. « Attendu, dit-il, qu'à la vérité la cour suprême, par deux arrêts en date du 24 août 1808 et du 1er février 1813, a décidé que les religieux étrangers morts civilement dans leurs pays sont incapables de succéder à leurs parents, soit ab intestat, soit par testament. Mais, attendu que ces arrêts ont été fondés sur le principe alors en vigueur de la réciprocité de nation à nation et de particulier à particulier et qu'il est permis de penser que la solution eût été différente si elle était intervenue depuis l'abrogation des articles 726 et 912 du Code Napoléon. »

capacités changent et varient, naissent et finissent selon la situation des biens, avec le territoire sur lequel la loi exerce et renferme son empire. Et cela est vrai, non seulement des causes d'exclusion et d'incapacité qui n'agissent point sur l'état de la personne, comme l'indignité, mais encore de celles qui l'affectent en tout ou en partie, comme un manque ou un vice de qualité. C'est qu'en matière héréditaire, en matière de capacité ou de droit de succession, le statut le plus personnel se transforme par la force des choses ou, selon l'expression de d'Argentré, par le mélange des choses, et devient un statut réel. »

Plusieurs auteurs qui ont fait du conflit des lois le but de leurs études se sont également prononcés en ce sens. M. Brocher dans le Cours de droit international, suivant les principes consacrés par le droit positif français, qu'il vient de publier, s'exprime de la manière suivante : « Nous croyons qu'il faut distinguer entre les incapacités de droit commun, régies par le statut personnel, et les incapacités créées spécialement en vue du droit de succession. Ces dernières font partie de ce droit et se trouvent ainsi revêtues d'un caractère de réalité [1]. » MM. Vincent et Penaud dans leur dictionnaire de droit international privé adoptent la même solution [2].

1. Brocher, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français* (1883), t. I, n° 127, p. 411.

2. Vincent et Penaud, *Dictionnaire de droit international privé*, V° Succession, n° 29.

Quelle que soit la valeur des témoignages qu'elle a ralliés, cette solution ne sera pas la nôtre. L'alinéa 3 de l'article 3 du Code civil admet implicitement le statut personnel de l'étranger en ce qui concerne sa capacité et par suite son incapacité. Pour déroger à cette règle, il faudrait qu'un texte quelconque consacrât d'une manière expresse ou virtuelle une exception en matière de succession ; or rien ne vient justifier cette manière de voir. L'alinéa 2 du même article ne saurait être invoqué ; par lui-même il ne prouve rien, c'est la tradition qui en détermine le sens et la portée, il faut donc remonter à la tradition. Or c'était un principe universellement reconnu par nos auteurs du XVII^e^ et du XVIII^e^ siècles que les incapacités successorales rentrent dans le statut personnel ; tous sont d'accord sur ce point depuis Bouhier, qui se montrait favorable à la personnalité, jusqu'à Boullenois, qui faisait à la réalité des coutumes une si large part. Le conseiller rapporteur cite le témoignage de d'Argentré, mais l'autorité de ce grand jurisconsulte doit être écartée pour plusieurs raisons : d'abord, il professait une réalité outrée dont les conséquences avaient été souvent repoussées ; ensuite, il vivait au XVI^e^ siècle, et les rédacteurs du Code se sont bien plutôt inspirés des doctrines qui avaient prévalu au moment du changement de législation. Du reste, d'Argentré lui-même ne refusait pas toute application du statut personnel, à raison des incapacités qui pou-

vaient frapper un successible ; n'admettait-il pas, en effet, que la mort civile suivait le condamné partout ? Ainsi rien, ni dans le texte, ni dans la tradition, ne justifie la doctrine de la Cour de cassation. Aucune exception n'étant consacrée en cette matière, on reste donc sous l'empire de la règle générale qui fait rentrer les questions de capacité et d'incapacité dans le statut personnel.

Cette solution que justifient les textes est aussi fondée en raison. Si l'on admet que la capacité de succéder est déterminée par le statut réel, on aboutit aux contradictions et aux anomalies les plus étranges. En effet, suivant la distinction obligatoire entre les meubles et les immeubles, il en résultera qu'il y aura deux statuts différents, l'un pour la succession immobilière, celui de la situation des immeubles, l'autre pour la succession mobilière, celui du domicile du *de cujus* ; une même personne pourra donc être déclarée tout à la fois capable et incapable dans l'exercice d'un même droit. C'est inadmissible [1].

Il résulte de ce que nous venons de dire que la capacité dépend du statut personnel ; reste à savoir quel est ce statut. Deux lois différentes peuvent, en effet, se trouver en présence : la loi nationale du défunt ; la loi nationale de l'héritier ; à laquelle faut-il donner la préférence ? M. Antoine se prononce pour la loi nationale du défunt, sans toutefois donner les motifs de

1. Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 222 et s. ; t. VI, p. 313 et s

sa décision [1]. Nous serions au contraire portés à admettre la loi nationale de l'héritier [2]. Cette solution nous paraît résulter de la nature même des choses. De quoi s'agit-il ? De savoir si l'héritier peut succéder ; n'est-il pas tout naturel dès lors de consulter la loi qui le régit pour savoir quel sort elle lui réserve dans l'espèce ? La loi du *de cujus* ne saurait être invoquée à aucun titre [3].

Toutes les difficultés qui peuvent s'élever en cette matière semblent tranchées du moment qu'on est arrivé à formuler une règle précise ; il n'en est pour-

1. Antoine, *op. cit.*, p. 86, n° 74.

2. Nous admettons que, dans le droit actuel, le statut personnel est déterminé par la nationalité. Sur ce point, Voy. Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 185, et s.

3. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 314. Cet auteur montre fort bien que cette opinion est la plus rationnelle, même en supposant que la succession soit soumise, comme le veut M. Antoine, à la loi nationale du *de cujus*. « Si l'on répute personnel le statut des successions, dit-il, c'est parce qu'on suppose que la succession ab intestat est le testament du défunt, c'est-à-dire de l'expression de sa volonté ; or la volonté de celui qui dispose tacitement ne peut porter que sur les dispositions de ses biens, il n'a rien à vouloir dans tout ce qui dépend exclusivement de la loi, et telles sont les conditions de capacité et, par suite, les incapacités ; celles-ci concernent le successible et le législateur les établit, les modifie dans des vues d'intérêt général et non d'après la volonté présumée de celui qui dispose de ses biens. Il faut donc distinguer : la disposition des biens, qui dépend de la volonté dépend aussi de son statut personnel ; la capacité du successible, qui est réglée par la loi, dépend du statut personnel de celui qui exerce un droit. » C'est également en ce sens que se prononcent M. Despagnet (*op. cit.* p. 488) et M. Weiss (*op. cit.*, p. 694) qui, même au point de vue du droit positif français, croient pouvoir appliquer à la succession la loi nationale du défunt.

tant rien et les applications qu'il faut en faire sont parfois très délicates.

Du principe que pour succéder il faut exister au moment de l'ouverture de la succession, l'article 725 en avait tiré cette conclusion que l'individu mort civilement ne pouvait succéder. La mort civile a été abolie en France par la loi du 31 mai 1854, mais elle existe encore dans des pays malheureusement trop nombreux. Supposons qu'un des ressortissants de ces États ait été frappé d'une condamnation emportant mort civile ; faut-il décider qu'il sera incapable de recueillir une succession en France? La question est des plus discutées. Tous nos anciens auteurs, nous le savons, s'étaient prononcés pour la personnalité de ce statut ; le président Bouhier seul avait proposé d'apporter un tempérament à l'égard des condamnations qui sont dictées par des passions politiques ou religieuses ; mais son opinion était restée isolée [1]. Aujourd'hui, plusieurs interprètes se prononcent dans le même sens. « Il me semble, dit M. Demangeat, que ce serait mettre notre loi en contradiction avec elle-même que d'admettre à une succession l'étranger qui a été frappé de mort civile par le seul pouvoir qui fût en position de prononcer contre lui cette incapacité. Je ne puis même pas faire d'exception à cette doctrine pour le cas de condamnation politique, en supposant seulement bien entendu que la condamna-

1. Vr ci-dessus, p. 273.

tion ait été prononcée par un véritable tribunal[1]. »

M. Demangeat reste sur le terrain de la personnalité, mais là n'est pas la véritable difficulté ; il s'agit de savoir si le statut personnel ne cesse pas de produire son effet quand son application serait de nature à compromettre les droits de la société où il est invoqué ; or ce point ne peut faire aucun doute. Chaque État a le droit incontestable de refuser toute application sur son territoire aux lois étrangères que condamne la conscience nationale. La question doit donc se poser ainsi : La mort civile est-elle contraire à l'ordre public ? M. Antoine[2] soutient la négative ; quand à nous, nous n'éprouvons aucune hésitation à déclarer que les tribunaux français ne peuvent consacrer d'une manière quelconque une institution que le législateur a rayée de nos codes comme barbare et immorale[3]. L'homme tient de Dieu son existence et par conséquent les droits qui y sont attachés ; aucune puissance humaine ne peut l'en dépouiller. Ne serait-il pas contraire aux bonnes mœurs de reconnaître un effet juridique quelconque à une atroce fiction qui a pour effet de faire d'un homme un cadavre vivant et qui, suivant l'expression d'un éminent écrivain, constitue « un anachronisme des temps mo-

1. Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers en France*, p. 376.
2. Antoine, *op. cit.*, p. 86.
3. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p 319 ; Despagnet, *op. cit.*, p. 485 ; Weiss *op. cit.*, p. 693.

dernes[1]. » La loi du 31 mai 1854, qui a aboli la mort civile, vient fournir à l'appui de notre manière de voir un sérieux argument. Elle ne se borne pas, en effet, à déclarer que les condamnations à des peines perpétuelles n'emporteront plus mort civile : dans son article 5, elle relève de la mort civile ceux qui l'avaient encourue. De cette rétroactivité sur les condamnations antérieures, en ce qui concerne la capacité du condamné, ne faut-il pas conclure que la fiction de la mort civile a été prescrite comme contraire à l'ordre public, comme inconciliable avec nos mœurs et notre état social? Et ne doit-on pas dire qu'une incapacité, que la loi nouvelle ne respecte pas lorsqu'elle était la conséquence des condamnations prononcées en vertu des lois qui ont été les nôtres, ne saurait être respectée lorsqu'elle est attachée aux condamnations prononcées à l'étranger. Cette considération, à notre avis, est absolument décisive en ce qui concerne la nature du statut.

La mort civile qui résulte encore dans certains pays de l'entrée en religion donne lieu à des difficultés analogues. M. Antoine[2], par les mêmes raisons, applique la loi personnelle du moine qui ne lui permet pas de succéder ; par les mêmes raisons aussi, nous refuserons de l'admettre. Ici cependant il pourrait y avoir une raison de douter, car il y a eu une renonciation

1. Rossi, *Cours de droit pénal*, t. II, p. 336.
2. Antoine, *op. cit.*, p. 86.

purement volontaire [1]. Cette considération, à notre avis, est insuffisante : la liberté est inaliénable [2]. La jurisprudence française a reconnu bien souvent l'exactitude de ce principe en refusant de tenir compte des vœux religieux [3].

La même solution doit être admise à l'égard des incapacités d'ordre ethnologique politique ou religieux que quelques législations ont cru devoir édicter à l'encontre de certaines personnes. Rien n'empêchera de succéder en France l'homme de couleur, l'hérétique, le proscrit politique que leurs lois nationales constituent incapables. Le droit public français, basé sur l'égalité civile, répugne à toute distinction de caste ou de couleur et l'ordre public s'oppose à ce qu'il en soit tenu compte [4].

Le code civil et la plupart des législations étrangères déclarent certaines personnes indignes de succéder ; ce sont celles qui, par leurs actes, ont montré qu'elles n'avaient à l'égard du défunt que de la haine

1. Cf. Savigny, *Traité de droit romain* (Traduction Guenoux), t. VIII, 365, note a ; et Rocco, *Dell'uso e autorita delle due Sicilie*, p. 415 et s.

2. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 325 et s. ; Despagnet, *op. cit.*, p. 487 ; Weiss, *op. cit.*, p. 694.

3. Le jugement du tribunal de Nice, dont nous avons déjà parlé (ci-dessus, p. 339 note 1), invoque ce motif en seconde ligne « attendu que l'incapacité du demandeur ne pourrait être admise que comme étant le résultat de la mort civile qu'il a encourue dans ce pays et qu'à ce point de vue, elle répugnerait encore à nos lois qui n'admettent plus, même à titre de pénalité, ce mode de déchéance. »

4. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 327 et s. ; Despagnet, *op. cit.*, p 487 ; Weiss, *op. cit.*, p. 694.

ou tout au moins qu'une indifférence coupable. Le droit de succession *ab intestat* reposent sur l'affection présumée et réciproque du défunt et de ses héritiers ; il doit cesser de produire ses effets quand cette présomption disparaît. C'est encore par la loi nationale du successible que nous déterminerons les causes d'indignité qui peuvent le frapper ; cette solution ne peut faire aucun doute, si l'on considère que le Code civil met l'indignité sur le même rang que l'incapacité, en ce sens que, dans un cas comme dans l'autre, le successible n'a pas les qualités requises pour succéder [1]. Tout en admettant en principe la personnalité du statut en cette matière, deux hypothèses, croyons-nous, doivent être soigneusement distinguées. Il se peut que la loi nationale de l'héritier admette des causes d'indignité que ne connaît pas le droit français. Ainsi le Code civil italien déclare indigne de succéder celui qui a contraint le *de cujus* à faire ou à changer un testament, celui qui a empêché de faire et de révoquer un testament, celui qui a supprimé ou altéré le testament déjà fait[2]. La loi espagnole écarte de la succession la veuve qui mène une conduite déréglée ; celui qui a été condamné comme complice d'adultère avec la femme du défunt, les enfants qui abandonnent leurs pa-

1. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 318 et s. Weiss, *op. cit.*, p. 694.

2. Huc, le *Code civil Italien et le Code Napoléon, Études de législation comparée*, p. 175

rents qui se trouvent en état de démence, les parents qui abandonnent leurs enfants ou prostituent leurs filles[1]. Ces dispositions devront recevoir leur application en France ; nous ne saurions avoir intérêt à favoriser un successible dont la conduite a été répréhensible. Il peut arriver au contraire que la loi appelée à déterminer la capacité du successible ne reconnaisse aucune cause d'indignité, par exemple la loi russe[2], ou n'admette pas celle que consacre la législation française, par exemple le Code civil italien[3] qui n'attribue aucune déchéance du défaut de dénonciation du meurtre au défunt. Il nous paraît juste, tout en reconnaissant la personnalité du statut, de décider que les causes d'indignité établies par la loi française et inconnues de la loi étrangère pourront être invoquées. C'est, en effet, par suite de considérations touchant essentiellement à l'ordre public que le législateur a été amené à édicter de pareilles mesures [4].

Le droit de succession est un droit de famille ; pour invoquer une vocation héréditaire, il faut être parent du *de cujus* au degré indiqué par la loi appelée à régir la succession, en cas de doute, il faut en faire la preuve ; les conditions de parents rentrent dans le statut personnel. Le Code civil parlé dans le même alinéa de l'état et de la capacité des parties et applique dans les

1. Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, p. 458.
2. Lehr, *Éléments de droit civil russe*, t. 1, p. 399.
3 Huc, *op.* et *loc. cit.*
4. Weiss, *op.* et *loc. cit.*, p. 694.

deux cas la même règle ; la relation qui existe entre les deux questions est même si étroite que les auteurs qui traitent du règlement de la succession en droit international les confondent[1] ; bien que ce procédé n'offre pas de grands inconvénients, il nous paraît plus logique de les distinguer.

C'est bien souvent au moment de l'ouverture d'une succession qu'il s'agira de savoir si le *de cujus* a contracté un mariage valable : car de la solution de cette question, dépend la légitimité des enfants et la vocation héréditaire du conjoint survivant dans le cas où la loi appelée à régir la dévolution de la succession lui reconnaît ce droit. Les conditions intrinsèques nécessaires à la validité du mariage seront déterminées à l'égard de chaque époux par sa loi nationale[2], à moins qu'elle ne soit de nature à compromettre l'ordre public ; or il n'est pas toujours facile de préciser les cas dans lesquels il en est ainsi. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, M. Antoine[3] déclare sans aucune hésitation que le point de savoir si la validité du mariage d'un prêtre doit être reconnue dépend du statut personnel. Or à l'époque où écrivait cet auteur, en 1876, il est bien probable que si un conflit de lois s'était produit à ce sujet, les tribunaux se seraient prononcés

1. Voy. not. Antoine, p. 85 et s.

2. Fœlix, *op. cit.*, t. II, p. 384 ; Rougelot de Liocourt, *op. cit.*, p. 162 ; Weiss, p. 445.

3. Antoine, *op. cit.*, p. 86,

en sens contraire. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation avaient, en effet, décidé qu'un prêtre catholique ne pouvait se marier, et cela en s'appuyant sur les règles inscrites dans le Concordat ; une loi étrangère n'aurait pu évidemment porter atteinte au droit public du pays. En 1888, la cour suprême a abandonné sa première jurisprudence et a admis la validité de ces mariages [1] ; peu de temps après, le tribunal de la Seine a fait l'application de la nouvelle doctrine à une importante question de droit international privé [2]. On voit combien il est difficile de reconnaître quand l'ordre public est en cause.

En ce qui concerne les formalités intrinsèques du mariage, il faut appliquer la règle *locus regit actum*. Les formes usitées au lieu où le mariage est célébré seront seules applicables si les parties ne ressortissent pas au même état, mais si les futurs époux appartiennent à la même nationalité ils pourront à leur gré recourir soit aux formes admises par leur législation personnelle, soit aux formes locales. Dans le cas où la loi étrangère est applicable, l'ordre public, en cette matière comme dans toutes les autres, peut s'opposer à son application [3].

Passons aux conflits que peut faire naître la preuve

1. Cass. ch. civile, 25 janvier 1888 (D. 1888, 1, 97); Vr le rapport très détaillé de M. le conseiller Merville.

2. Paris, 23 mars 1888 (*Journal du droit international privé*, 1888, p. 638).

3. Weiss, *op. cit.*, p. 480.

de la filiation. Deux hypothèses doivent être distinguées : 1° il s'agit de la filiation légitime ; 2° il s'agit de la filiation naturelle.

Lorsqu'un conflit s'élèvera relativement au moyen de prouver la filiation légitime entre la *lex fori* et la loi personnelle des parties, c'est cette dernière qui devra l'emporter ; la preuve de la filiation, en effet, est inséparable du droit lui-même, ici la forme se confond avec le fond et doit dépendre du statut personnel.[1] Il peut arriver que l'enfant ait une autre nationalité que le père et par conséquent une autre loi personnelle ; dans ce cas, nous serions portés à donner la préférence à la loi de l'enfant, bien que la question nous paraisse fort douteuse ; il nous semble juste, en effet, de lui donner toutes les garanties possibles.[2]

Les enfants naturels, dans le cas où la loi régulatrice de la succession leur reconnaît des droits successoraux ne peuvent s'en prévaloir qu'autant qu'ils sont rattachés à leurs parents par une reconnaissance volontaire ou forcée. Le point de savoir si un enfant peut être reconnu et de quelle manière, est réglé par la loi personnelle des parties. Relèvent-elles d'une nationalité différente, il faut que le père ou la mère d'un côté, que l'enfant de l'autre côté, soient respectivement capables l'un de reconnaître, l'autre d'être reconnu ; un Anglais,

1. Chausse, *Revue critique de législation*, 1889, p. 247 ; Weiss, *op. cit.*, p. 550.

2. Weiss, *op. cit.*, p. 550 ; *contra* Chausse, *op. cit.*, p. 247.

par exemple, ne pourrait pas plus reconnaître un enfant naturel français, qu'un enfant naturel anglais ne pourrait être reconnu par un Français [1]. D'ailleurs, même valable d'après la loi personnelle des parties, la reconnaissance peut se heurter à l'ordre public. Il est incontestable qu'un enfant adultérin ou incestueux ne pourra être reconnu en France par son père, Prussien comme lui, bien que la loi prussienne admette la validité d'une pareille reconnaissance [2]. La même solution doit être donnée en ce qui concerne la recherche de la paternité. Mais à cet égard il faut éviter une confusion. La paternité a-t-elle été constatée à l'étranger par un tribunal, conformément aux dispositions de la législation de ce pays, rien ne s'oppose à ce que cette reconnaissance produise ses effets en France. De ce que nos tribunaux ne sauraient admettre la constatation d'une filiation naturelle, il ne s'en suit pas que cette constatation valablement faite au profit d'un étranger dans son pays ne puisse lui profiter. Ce que la loi française a voulu prévenir, c'est non l'aveu d'une paternité qu'une reconnaissance volontaire pouvait faire connaître, mais le scandale d'un procès qui aurait pu porter atteinte à la morale et aux bonnes mœurs [3].

L'enfant naturel peut être relevé des incapacités dont il est frappé en matière successorale par la légi-

1. Weiss, *op. cit.*, p. 554 et s. ; Laurent, *op cit.*, t. V, p. 558 et s.
2. Weiss, *op.* et *loc. cit.* ; Laurent, *op. cit.*, t. V, p. 529.
3. Trib. Marseille, 26 janvier 1889 (*Journal du droit international privé*, 1889, p. 676); Aix 27 mars 1890 (*eod.*, 1891, p. 211).

timation qui résulte en France de plein droit du mariage subséquent des parents, pourvu que l'enfant ai été l'objet d'une reconnaissance préalable. Les législations étrangères, si on excepte la *common law*, admettent la légitimation par mariage subséquent ; mais les conditions exigées pour sa validité différent souvent de celles qu'a établies la loi française. Pour savoir si l'enfant a pu être l'objet d'une légitimation valable, il faudra consulter la loi personnelle des parties ; une fois acquise elle produira ses effets partout. C'est, en effet, une pure question d'état qui, à ce titre, rentre dans l'application de l'article 3, § 3 [1]. Dans plusieurs pays, il existe une autre espèce de légitimation : celle qui est accordée par lettres du prince ; il en est ainsi notamment en Italie et en Hollande. Un des nationaux de ces Etats pourra-t-il se prévaloir en France de la faveur dont il a été l'objet ? En théorie, il n'y a aucune différence entre cette légitimation et celle qui résulte du mariage subséquent : l'un et l'autre produisent un changement d'état et par conséquent dépendent de la loi personnelle des intéressés. Mais en cette matière, la théorie n'est pas décisive ; le droit de succession, en droit international privé, relève essentiellement de la tradition ; c'est donc toujours à la tradition française qu'il faut remonter : or nos anciens statutaires, ainsi que nous l'avons dit, enseignaient que les lettres de légitimation ne pouvaient produire leurs effets en de-

1. Laurent, *op cit.*, t. VI, p. 428.

hors du territoire soumis à l'autorité du prince qui les avait octroyées. Le président Bouhier avait essayé de faire prévaloir le statut personnel de l'enfant, mais il était resté seul de son avis. En présence d'un pareil état de choses, ne faut-il pas décider que la légitimité de l'enfant ne pourra être reconnue? Cette conséquence, à notre avis, n'est pas forcée. Si, dans l'ancien droit, les jurisconsultes refusaient tiendr compte de la légitimation par lettres du prince, c'est à cause du peu de garanties qu'elle présentait; aujourd'hui, cette institution, dans les pays où elle existe, est organisée de manière à sauvegarder les intérêts de la morale. Rien ne s'oppose donc plus à ce qu'elle produise les mêmes effets juridiques que la légitimation par mariage subséquent [1].

SECTION II

DES PERSONNES APPELÉES A SUCCÉDER

1° Successions légitimes.

La division par lignes. — L'article 732 du Code civil dispose: « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la dévolution ». Ainsi se trouvent abrogées les distinctions coutumières des meubles et des immeubles, des propres et des

1. Laurent, *op cit.*, t. VI, p. 430 et s.

acquêts, et par suite la règle traditionnelle : *paterna paternis, materna maternis*. A ce régime compliqué a été substitué un régime beaucoup plus simple : tous les biens que laisse le défunt composent une même masse ; une moitié en est attribuée aux parents paternels, l'autre moitié aux parents maternels. La nouvelle règle établie par le Code civil est en opposition avec de nombreuses législations étrangères. Dans certains pays, la conservation des biens dans les familles d'où ils proviennent est encore la base du système successoral [1] ; de là des dispositions spéciales pour conserver à chaque famille les biens qui viennent d'elle, ceux qu'elle a mis dans le patrimoine du *de cujus*. Plusieurs législations, au contraire, ont repoussé la division par lignes, considérant qu'elle était contraire aux affections présumées du défunt ; elles attribuent donc sans distinction la succession aux parents paternels ou maternels qui leur paraissent préférables [2]. Pour résoudre les conflits qui peuvent s'élever en cette matière, il faut se conformer aux principes consacrés par le Code civil dans son article 3 ; la loi territoriale régira donc seul les immeubles ; quant aux meubles, pour savoir s'il s'opère ou non une fente, il faudra consulter la loi du dernier domicile du *de cujus*.

1. Les règles de notre ancien droit coutumier sont encore en vigueur au Canada français et à l'île Maurice.

2. Huc, *Le Code civil Italien et le Code Napoléon, Etudes de législation comparée*, p. 183 et s.

Les ordres. — Le système du Code reçoit encore son application régulière en ce qui concerne le classement des ordres et le classement des parents dans chaque ordre. Ainsi supposons qu'un individu domicilié en Italie vienne à mourir laissant pour héritiers son père et son frère. Aux termes de la loi française (art. 749C. civ.) le père a droit à un quart de la succession, le frère aux trois quarts ; c'est en vertu de ces règles que se fera le partage des immeubles situés en France. Aux termes de la loi italienne (art. 740 C. civ.) ils succèdent tous deux par moitié ; ils auront donc chacun droit à la moitié des immeubles qui se trouvent en Italie et à la moitié de tous les meubles, quelle que soit d'ailleurs leur situation matérielle. Des solutions analogues seront admises lorsque la loi française sera en conflit [1] avec certaines législations germaniques qui ont conservé le système des parentèles dont l'origine remonte aux lois Barbares [2]. Les difficultés relatives au privilège du double lieu seront tranchées de cette manière ; il a été jugé avec raison que, conformément aux lois du Wurtemberg où la novelle 84 de Justinien est encore en vigueur, les frères et sœurs germains excluent tous les autres parents [3], dans le cas

1. Lehr, *Traité élémentaire de droit civil germanique*, 1892, t. II, p. 412, nos 1392 et s.

2. Glasson, *Le droit de succession dans les lois barbares*, Nouvelle revue historique du droit, 1885, p. 610.

3. Trib. civil Seine, 14 mai 1878 (*Journal du droit international privé*, 1879, p. 285).

où le *de cujus* était domicilié dans ce pays. Bien des conflits sont encore possibles ; mais ce serait entreprendre un travail impossible que d'essayer de les prévoir tous, car rien n'est plus variable de pays à pays que le régime successoral. Ces débats seraient du reste bien inutiles ; les quelques exemples que nous avons cités suffisent à montrer comment doit être appliqué le principe général aux espèces particulières ; la règle à suivre restera toujours la même.

Il existe cependant en cette matière une disposition qui est de nature à soulever certaines difficultés : c'est celle qui est relative à l'étendue de la famille. Le droit romain avait limité au sixième degré le droit de succéder. L'ancienne jurisprudence française n'admettait aucune restriction de cette nature ; elle reconnaissait la vocation héréditaire à quelque degré que fut le successible. Il en est ainsi encore aujourd'hui en Bavière, mais c'est là une exception assez rare ; les diverses législations actuelles ont adopté une règle différente. C'est que la limitation du droit de succéder est commandée par deux considérations dont la force et la sagesse ne sauraient être méconnues. C'est que d'une part « les relations de famille sont effacées dans un si grand éloignement [1] ». C'est aussi, d'autre part, que des successions dévolues à de grandes distances deviendraient presque toujours une source de

1. Treilhard, *Exposé des motifs*, Locré, t. V, p. 95

procès et de difficultés [1]. Si la nécessité d'une limite est généralement reconnue, il n'en est pas de même en ce qui concerne le degré auquel cette limite doit être fixée et beaucoup de législations se sont montrées plus restrictives que le Code civil qui reconnaît la vocation héréditaire jusqu'au douzième degré. Comment résoudre les conflits qui pourront se produire ? Supposons, par exemple, qu'un Italien soit appelé à recueillir en France la succession d'un de ses cousins au douzième degré. Ne faut-il pas dire que, la parenté qualité essentielle pour succéder lui faisant défaut puisque sa législation nationale a décidé que personne n'hérite au delà du dixième degré [2], il serait mal fondé à réclamer cette succession ? Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la négative. L'Italien qui demande dans l'espèce à recueillir les biens laissés en France est parent du *de cujus* ; il réunit donc toutes les conditions requises pour être héritier. Il est vrai qu'en Italie il se trouverait à un degré trop éloigné, mais qu'importe puisque la loi française, qui est seule applicable dans l'espèce, en dispose autrement. Il ne s'agit que d'une question d'ordre ; remarquons, en effet, que l'article 755 du Code civil qui limite la parenté au douzième degré se trouve dans le chapitre III du titre *des successions* dont la rubrique porte : *Des divers ordres de successible*. Dès lors il n'est pas

1. Siméon, Discours, Locré, t. V, p. 95.
2. Huc, *op. cit.*, p. 188.

douteux qu'il faut se conformer au système consacré par le Code civil pour trancher le conflit des lois successorales [1].

Le mode de succéder. La représentation. — Si le principe de la représentation est admis par la plupart des législations, il est appliqué d'une manière fort différente. Des conflits se produiront donc sur ce point ; pour les résoudre, il faudra faire l'application du système général consacré par le Code civil; il s'agit, en effet, d'une pure question de succession. C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence. La cour de Besançon, dans un arrêt du 25 juillet 1879 [2], décide « que la dévolution d'une succession dépend essentiellement du statut réel, qui règle seul la transmission des biens héréditaires ; que le droit de représentation se rattache à la succession ; qu'il est dès lors de statut réel ».

De l'ordre public. — Si la vocation héréditaire organisée par la loi étrangère reposait sur des principes de nature à compromettre en France l'ordre public, il est incontestable qu'elle ne pourrait être reconnue. Cette restriction ne présente aucun intérêt en ce qui concerne les immeubles, puisque la loi territoriale est seule applicable en vertu de l'article 3, tel que l'a établi

1. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 397 et s.
2. S. 1879,2,249.

le Code civil ; ce n'est qu'à propos d'une succession mobilière, dans le cas où le *de cujus* serait domicilié hors des frontières de notre pays, que la question pourrait se présenter. Certaines hypothèses ne donnent lieu à aucune difficulté. Par exemple, si la législation d'un État qui admet l'esclavage appelait le maître à recueillir les biens que son affranchi peut laisser en mourant, les tribunaux devraient refuser de tenir compte de ses prescriptions à cet égard. Comment reconnaître un effet quelconque à une institution assez odieuse pour faire prononcer la déchéance de citoyen français contre quiconque en profiterait [1].

1. Trib. civil de Tunis, 21 février 1889 (La loi du 14 mars 1889) a jugé qu'un étranger ne peut invoquer devant une juridiction française les dispositions de sa loi personnelle qui lui confèrent un droit de succession sur son esclave affranchi, « attendu que le demandeur ne saurait invoquer devant une juridiction française un droit successoral dérivant du statut personnel que la foi française repousse comme étant contraire à la loi morale et à l'ordre public ». Pour comprendre cette décision, il faut savoir que, d'après les coutumes tunisiennes, les successions sont régies en Tunisie, même en ce qui concerne les biens immobiliers, par la loi nationale du défunt. C'est également en ce sens que s'était prononcée la cour d'Alger par une décision du 12 octobre 1868 ; elle vient récemment de changer sa jurisprudence sur ce point. Un arrêt du 4 mars 1888 (*Revue Algérienne et Tunisienne*, 1889, 2, 233-a décidé que le décret du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage dans les colonies françaises, avait néanmoins laissé subsister les droits de succession que la loi musulmane reconnaissait à l'ancien maître sur les biens de son affranchi mort sans héritiers directs. Mais l'exercice de ce droit n'est admis que dans le cas où l'affranchissement est antérieur à la promulgation du décret. La cour ne semble pas d'ailleurs bien fixée sur la nature du droit qu'elle reconnaît au patron Dans l'un des considérants, il est dit que c'est de plein droit que l'affranchissement éta-

En général, le caractère d'immoralité n'apparaît pas aussi nettement et, dans bien des cas, il est fort difficile de se prononcer. Ainsi, dans plusieurs pays aristocratiques le droit d'aînesse est reconnu ; en sera-t-il de même en France en cas de conflit? C'est ainsi encore que certaines législations écartent les filles de la succession de leurs parents lorsqu'elles se trouvent en concurrence avec des mâles ou ne leur attribuent que des droits héréditaires inférieurs ; ce sont là, ainsi que nous l'avons dit, de pures questions d'ordre ; ce n'est donc qu'en cas de succession mobilière que la difficulté pourra se présenter. La jurisprudence décide que les dispositions de cette nature ne pourront être invoquées en France, « attendu, dit la Cour de cassation après la cour de Paris, que les successions sont d'ordre public et que le principe de l'égalité des partages qui en est la base ne peut être atteint sur le territoire de la France par l'applica-

blit des liens de parenté civile conférant un droit de succession réciproque; un peu plus loin, elle affirme que les droits de patronage dérivent d'un contrat intervenu entre l'esclave et le maître. La cour va même jusqu'à reconnaître au patron le droit de recueillir les biens laissés par un descendant de l'affranchi, pourvu que la conception de ce descendant soit antérieure à la promulgation du décret de 1848. Quelle que soit la base assignée aux droits du patron, la solution ne peut, à notre avis, soulever aucun doute. Les effets d'un contrat ou d'une vocation héréditaire ne peuvent être reconnus sur le territoire français ou devant une juridiction française quand ils sont de nature à compromettre l'ordre public et à porter atteinte à la morale. — Sur cette question, Chausse, *Revue critique de législation*, 1890, p, 397 et 398.

tion des lois étrangères qui y sont contraires [1]. » Cette argumentation est beaucoup trop générale ; si elle prouvait quelque chose, elle prouverait trop ; il en résulterait, en effet, que toute loi successorale serait territoriale ; la jurisprudence, en admettant dans une certaine mesure l'application de la législation étrangère se donne un démenti. Le régime successoral n'est donc pas en général d'ordre public ; il s'agit simplement de savoir si les points particuliers que nous examinons ne présentent pas un caractère exceptionnel. Si la loi étrangère n'était jamais appelée qu'à régir la succession d'un de ses sujets, la question ne nous paraîtrait pas douteuse ; nous en ferions l'application pure et simple. Sans doute la démocratie demande d'autres lois que l'aristocratie ; mais, comme le dit fort justement M. Brocher, « ce qui importe à la société quelle que soit sa tendance, c'est de nourrir ses citoyens dans l'ordre d'idées qu'elle préfère. Que la fortune des citoyens soit morcelée, quand la société est démocratique, soit. Mais la société n'est pas intéressée à ce que les étrangers, nés dans un état aristocratique, subissent une loi qui n'est pas faite pour eux [2] ». La difficulté provient de ce que, d'après nous, la succession mobilière est soumise à la loi du domicile. Supposons un de nos nationaux établi à l'étranger. Est-il juste, est-il admissible que les tri-

1. Cass., 18 juillet 1859 (S., 1859,1,822).
2. Brocher, *op. cit.*, p. 231.

bunaux français appliquent au règlement de sa succession des privilèges que le législateur a condamnés au nom de la justice? Ces raisons sont très graves, nous ne les croyons cependant pas absolument décisives.

2° Successions irrégulières

L'enfant naturel. — Le Code civil français s'est montré rigoureux à l'égard de l'enfant naturel. Même dans le cas où il a été légalement reconnu, il ne le place pas dans la famille de ses auteurs ; il se borne à lui accorder sur les biens de ses père et mère décédés un droit dont la quotité est plus ou moins étendue, suivant qu'il se trouve en présence des enfants légitimes, des ascendants, des frères et sœurs, ou des collatéraux ordinaires[1]. La défaveur dont il est l'objet se traduit même dans les termes. Bien que le droit qui lui est attribué soit un véritable de succession[2], la qualification honorifique d'héritier ne lui est pas donnée ; il est traité de successeur irrégulier. Le règlement de la condition de l'enfant naturel est une des questions sur lesquelles les législations étrangères varient le

1. Art. 756 et 757, C. civ. — Sur les difficultés d'interprétation auxquelles ont donné lieu ces articles, voy. not. Gros, *Recherches sur les droits des enfants naturels*, p. 33 et s. ; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 161 ; Demolombe, *Traité des successions*, t. II, nos 49 et s. ; Aubry et Rau, t VI, n° 605, p. 322 et s.

2. Demolombe, t. II, nos 24 et s. et es autorités citées.

plus profondément; il n'est même pas rare que le même peuple ait admis tour à tour des systèmes opposés. Suivant les mœurs et les idées du moment, le régime successoral est d'une excessive indulgence ou fait preuve d'une rigueur excessive. A raison même de cette diversité, des collisions fréquentes se produiront entre le Code civil français et les lois étrangères.

L'étendue des droits successoraux de l'enfant doit être déterminée, conformément au système général consacré par le législateur français, pour les immeubles par la loi de la situation, pour les meubles par la loi du domicile. Un arrêt de la Cour de Pau du 19 janvier 1872 a fait une application remarquable des règles que nous venons de rappeler[1]. La cour a jugé que si l'enfant naturel n'a le droit de réclamer, suivant les dispositions de la loi espagnole, aucun droit de succession sur les meubles d'un *de cujus* domicilié dans ce pays, il est bien fondé, en ce qui concerne les immeubles situés en France, à se prévaloir des dispositions de l'article 757 du Code civil[2].

Il peut arriver que la loi étrangère, dans le cas où elle est applicable, attribue à l'enfant naturel des droits

1. *Journal du droit international privé*, 1874, p. 79.

2. Le conflit qui a été tranché par la cour de Pau ne pourrait plus se représenter aujourd'hui. Un changement s'est produit dans la législation espagnole à l'égard des enfants naturels ; le nouveau Code leur assure une large part. — Voy. Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, p. 386.

successoraux plus étendus que la loi française. Nous pensons que dans ce cas elle ne pourra produire ses effets en France. L'ordre public impose cette restriction. A tort ou à raison, c'est l'intérêt social et le souci de la morale publique qui a conduit le législateur à faire à l'enfant naturel une condition rigoureuse. L'exposé des motifs dit que c'est pour honorer les mariages que les enfants naturels ne doivent pas jouir des mêmes prérogatives que les enfants légitimes [1]. Le droit du bâtard a été sacrifié pour assurer le maintien des bonnes mœurs. Cette considération nous paraît décisive, en ce qui concerne la nature du statut [2].

Dans une législation comme la nôtre qui considère l'illégitimité comme un opprobe dont il faut punir l'enfant, il était impossible de traiter à l'égal de l'enfant simplement naturel, l'enfant adultérin ou incestueux dont la filiation néfaste est un attentat aux principes les plus essentiels de la famille. Aussi le Code civil a-t-il édicté contre eux les mesures les plus rigoureuses ; l'article 762 leur refuse tout droit de succession et se borne à leur accorder des aliments. Il peut arriver que la loi étrangère, dans le cas où elle est appelée à régir la dévolution de la succession, confère à l'enfant adultérin ou incestueux certains droits héré-

1. Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 21 (Locré, t. X, p. 191) ; Cf. Chabot, Rapport n° 28 (Locré, t. X, p. 247), Siméon, Discours, n° 25 (Locré, t. X, p. 293).

2. Weiss, *op. cit.*, p. 695.

ditaires. Elle ne pourra recevoir son application en France, car elle est de nature à porter atteinte aux droits de la société. Chabot disait dans son rapport au Tribunat : « La loi ne s'occupe qu'avec regret des enfants adultérins et incestueux. Ils existent ; il faut bien qu'elle leur assure des aliments, mais elle ne leur confère aucun autre droit. Le crime qui leur a donné naissance ne permettait pas de les traiter comme des enfants nés de personnes libres. » [1]

Les parents de l'enfant naturel. — Le législateur français ne plaçant pas l'enfant naturel dans la famille ne pouvait déférer les biens qu'il posséde, dans le cas où il ne laisse ni enfants, ni descendants, qu'à ceux auxquels un lien légal le rattache, c'est-à-dire à ses père et mère qui l'ont reconnu. Une seule exception a été admise ; si le *de cujus* n'a ni père, ni mère, ses frères et sœurs naturels sont appelés à lui succéder ; les frères naturels se trouvant unis entre eux par le lien d'une position commune et ne pouvant espérer aucune succession, puisqu'ils n'ont point de parents, il a paru juste de les considérer comme héritiers les uns des autres. Plusieurs législations suivent des principes différents ; elles établissent un rapport de parenté entre l'enfant et les parents du père ou de la mère qui le reconnaît ; il existe donc entre eux un

1. Chabot, Rapport n° 28 (Locré, t. X, p. 248) — Cf. Siméon, Discours, n° 25 (Locré, t. X, p. 293).

droit de succession réciproque. Pour trancher les difficultés qu'engendre, en cette matière, la diversité des régimes successoraux, il n'y a qu'à faire l'application pure et simple de la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles consacrée par le Code civil : ceux-ci seront dévolus conformément à la loi de la situation ; ceux-là conformément à la loi du domicile.[1]

Le conjoint survivant. — Le code civil n'appelait le conjoint survivant à succéder qu'en dernière ligne, à défaut de parents au degré successible et d'enfants naturels. C'est, paraît-il, à la suite d'une confusion qu'aucun droit ne lui fut reconnu. L'oubli du législateur de 1804 vient d'être réparé par la loi récente du 9 mars 1891. Aujourd'hui le conjoint survivant non divorcé et contre lequel il n'existe aucun jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée a dans tous les cas un droit d'usufruit sur les biens compris dans la succession ; la quotité de ce droit varie suivant la qualité des héritiers appelés.[2] Les législations étrangères varient à l'infini sur ce point ;[3] des conflits seront donc fréquents. Pour les résoudre il faudra se conformer aux principes généraux que nous avons déterminés sur l'article 3 ; la loi territoriale en

1. Paris, 11 juin 1861 (*Gazette des tribunaux*, 14 juin 1861) ; Pau, 14 mars 1874 (*Journal du droit international privé*, 1875, p. 357).

2. Souchon, *Commentaire de la loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint*. *Revue critique*, 1891, p. 230 et s.

3. Boissonade, *Histoire des droits de l'époux survivant*, liv. 4.

ce qui concerne les immeubles héréditaires sera seule appelée à indiquer si le conjoint survivant a des droits à faire valoir et dans quelle mesure: à l'égard des meubles qui sont compris dans la succession, il faudra consulter la loi du domicile du *de cujus*.

La solution que nous proposons n'est applicable que tout autant que les droits réclamés par le conjoint survivant constituent de véritables droits de succession ; s'ils lui étaient attribués à un autre titre, des principes complètement différents pourraient être suivis. Il faut à cet égard se prémunir contre une confusion qui a été commise par la jurisprudence dans une affaire fort intéressante et qui mérite d'être étudiée avec attention.

Boutros Kassab, sujet grec veuf d'un premier mariage avec trois enfants se remaria en 1868 avec Marie Bittar qui appartenait à la même nationalité que lui, sans faire dresser de contrat de mariage. Deux enfants naquirent de cette seconde union. Kassab fut naturalisé Français le 28 novembre 1877 et mourut au Caire en juillet 1880, sans avoir fait de testament. Des difficultés se sont élevées au sujet des droits de la veuve par rapport aux cinq enfants du *de cujus*. Dans l'espèce, la succession mobilière était, sans contestation possible, régie par la loi française[1] ; les cinq enfants devaient donc être seuls héritiers puisqu'à cette époque, il n'existait dans le Code civil aucun avantage

1. Sur le réglement de la succession en Égypte. Voy. ci-dessous, 4e part., ch. II.

héréditaire au profit du conjoint survivant. La veuve Kassab réclama cependant la quarte du conjoint pauvre conformément aux dispositions de la législation grecque qui reposait sur le droit romain. Elle disait qu'elle s'était mariée sous l'empire de la législation grecque et que la naturalisation postérieure de son mari n'avait pu la priver d'un droit qu'elle avait acquis lors de son mariage. Le tribunal consulaire de France siégeant au Caire admit cette prétention par un jugement du 27 mai 1881 qui fut confirmé en appel par la cour d'Aix le 21 mars 1882[1]. Les considérants de l'arrêt méritent d'être rapportés. « Attendu que pour exercer les droits qu'elle prétend avoir dans la succession de son mari la veuve Kassab ne se fonde sur aucune loi française, qu'elle s'appuie uniquement sur la loi grecque ou sur la loi romaine qui était celle de son pays au moment où elle s'est mariée et qui assure à la veuve certains avantages sous des conditions et dans des limites parfaitement déterminées — attendu que, pour échapper à l'application de cette loi, les héritiers soutiennent que la veuve Kassab a perdu le droit d'en réclamer le bénéfice par l'effet de la naturalisation française que son mari a obtenue postérieurement au mariage. — Mais, attendu que la naturalisation est personnelle à celui qui l'obtient ; que d'une manière générale elle n'influe en rien sur les droits des tiers et qu'en aucun cas elle ne pourrait avoir pour effet de

1. La loi du 22 avril 1882 ; Dalloz 1883, 2, 22.

faire perdre à la veuve Kassab les avantages qui résulteraient pour elle de la loi sous l'empire de laquelle elle a contracté son mariage ; — attendu que ces avantages, soit qu'on les appelle gains nuptiaux ou droits de survie soit qu'on leur attribue le caractère de créance ou de part héréditaire, constituent pour la veuve Kassab un droit positif qui naît à la fois et de la loi et du mariage contracté en vue de cette loi et que s'il n'est qu'un droit éventuel, en ce sens que sa réalisation est soumise aux variations de fortune du mari, il n'en est pas moins un droit acquis et immuable en ce sens qu'une loi postérieure ne pourrait ni le modifier ni le détruire. »

Ce raisonnement prête aux plus vives critiques[1]. Si le droit attribué à la veuve était un pur droit héréditaire, c'était au moment du décès qu'il fallait se placer pour savoir s'il pouvait ou non être invoqué. Dans l'espèce le défunt était devenu Français et sa succession était certainement régie par la loi française ; il ne pouvait donc être question d'appliquer les dispositions de la législation grecque, pas plus dans le cas où la veuve aurait conservé la nationalité hellénique que dans celui où elle serait devenue française. La question était toute autre s'il s'agissait de gains nuptiaux ou de droits de survie considérés comme résultant d'un contrat tacite sous-entendu par la loi à l'époque de la célébration du mariage ; il est très vrai de dire alors avec la cour qu'il y avait un véritable droit ac-

1. Observations de M. Renault, *Revue critique*, 1883, p. 730 et s.

quis auquel la naturalisation du mari n'avait pu porter atteinte, pas plus que n'aurait pu le faire une loi postérieure. Et même, dans ce cas, la nationalité de la veuve n'était pas à considérer ; qu'elle fût Grecque ou Française, elle devait être admise à se prévaloir de la situation qui lui avait été faite lors de son mariage. Ainsi, suivant la nature du droit prétendu, la solution changeait du tout au tout.

La question du règlement des droits du conjoint survivant en cas de conflit de lois vient de se présenter récemment, devant la cour d'appel d'Alger ; mais cette fois, les véritables principes juridiques ont été appliqués. La cour, dans son arrêt du 24 décembre 1889[1], pour déterminer sa décision recherche à quel titre le droit réclamé par le conjoint survivant lui est attribué, et reconnaissant, dans l'espèce dont elle était saisie, qu'il s'agissait d'un avantage se rattachant au régime matrimonial, elle écarte la loi qui régit la succession pour se conformer aux dispositions de la législation sous l'empire de laquelle le mariage avait été célébré.

L'État. — Supposons que d'après la loi régulatrice de la succession, il n'y ait ni parents au degré successible, ni conjoint, que vont devenir les biens laissés par le défunt ? L'article 768 du Code civil décide « que la succession est acquise à l'État ». Cette disposi-

1. *Journal du droit international privé*, 1891, p. 1171.

tion législative est de nature à soulever des conflits lorsque les biens sont répartis entre le territoire de plusieurs états. En ce qui concerne les immeubles situés sur le territoire français, le système que nous avons admis sur l'article 3 du Code civil supprime toute difficulté, puisque la loi française est seule applicable dans l'espèce. Il n'en est pas de même en ce qui concerne les meubles ; doivent-ils appartenir à l'État sur le territoire duquel ils se trouvent situés ? Ne reviennent-ils pas, au contraire, à l'État dont relève le *de cujus* ?

Cette question s'agitait déjà autrefois, ainsi que nous l'avons dit, entre les seigneurs hauts-justiciers qui exerçaient chacun le droit de déshérence dans l'enceinte de leur haute justice, et l'on demandait si les meubles appartenaient au seigneur de la situation, ou au seigneur du domicile. L'opinion générale était que le droit de déshérence, qui appartenait aux seigneurs, s'appliquait à tous les meubles qui se trouvaient sur le territoire soumis à leur autorité, que le *de cujus* y fût ou non domicilié [1].

Dans le droit actuel, cette doctrine est la seule qui soit exacte, la seule qui soit conforme aux textes et aux principes juridiques. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

A quel titre l'État est-il appelé à recueillir les biens lorsque le *de cujus* ne laisse aucun successible ? Ce

1. V. ci-dessus, p. 263 et s.

n'est pas comme héritier, car l'État est un être fictif qui n'a, comme on l'a dit en termes pittoresques, ni sang ni âme et qui par conséquent est incapable de succéder. Il acquiert des biens comme vacants et sans maître en vertu de son droit de souveraineté qui lui permet de prendre les mesures nécessaires pour éviter les désordres auxquels donnerait lieu la libre occupation de ces biens par les premiers venus. Cette manière de voir ne saurait être sérieusement contestée dans notre législation. L'article 768 qui attribue la succession à l'État n'est qu'une application pure et simple du principe général posé dans l'article 713 : les biens sans maître appartiennent à l'État. La preuve en résulte clairement de l'article 539 qui porte en termes formels : « Tous les biens vacants et sans maîtres, *et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers*, appartiennent au domaine public. » S'il subsistait encore un doute, les travaux préparatoires le feraient disparaître. « Le fisc, dit Siméon, l'orateur du Tribunat, recueille les successions auxquelles personne n'a le droit de se présenter, par cette raison que ce qui n'appartient à aucun individu appartient au corps de la société qui représente l'universalité des citoyens. Jouissant pour l'avantage commun, il prévient les désordres qu'entraîneraient les prétentions de ceux qui s'efforceraient d'être les premiers occupants d'une succession vacante[1]. » Dans le discours préliminaire

1. Siméon, Discours n° 27 (Locré, t. V, p. 137.)

du projet de Code civil, Portalis déclare que « le droit de l'État sur les successions que personne ne réclame n'est pas un droit d'hérédité, c'est un simple droit d'administration et de gouvernement ; il n'y a que les despotes qui se prétendent propriétaires des biens de leurs sujets. »

Les motifs sur lesquels est fondé le droit de l'État déterminent la solution. Puisque la souveraineté est en cause, le statut devient essentiellement réel. Il n'appartient pas à un État étranger de faire en France un acte de souveraineté ; ce serait empiéter sur la souveraineté française : ce qui est inadmissible[2].

Cette question a été portée plusieurs fois devant les tribunaux français. Des gouvernements étrangers ont fait réclamer par leurs consuls des successions mobilières en déshérence laissées par leurs nationaux. Ces demandes n'ont avec juste raison jamais été admises par la jurisprudence[3]. L'État ne se dessaisirait des biens qu'il a recueillis que si des parents du *de cujus*

1. Portalis, *Discours préliminaire*, n° 94 (Locré, t. I, p. 182).

2. Demolombe, *Traité des successions*, t. II, n° 178 ; Aubry et Rau, t. VI, 606, p. 337 ; Renault, *op. cit. Journal du droit international privé*, 1875, p. 428 ; Bard, *op. cit*, p. 238 ; Laurent, t. VI, p. 435 et s. ; Despagnet, p. 490 ; Weiss, p. 696. *Contra*, Antoine, *op. cit.*, p. 90.

3. Paris, 15 novembre 1833 (S. 1833, 2, 593) ; Trib. Bordeaux 12 février 1852 (D. 1854, 2, 154) ; Cass. 23 juin 1852 (D. 1852, 1, 284) ; Paris, 11 juin 1861 (*Gazette des tribunaux*, du 14 juin 1861) ; Trib. Nantes 18 avril 1872 et Rennes 26 novembre 1873 (*Journal du droit international privé*, 1876, p. 105).

se présentaient avant le délai de la prescription trentenaire[1].

La pratique administrative est également fixée en ce sens. Une instruction de la direction générale de l'enregistrement et des domaines et plusieurs décisions ministérielles[2], ont rappelé aux agents de la régie que le droit de déshérence de l'État s'applique à tous les biens qui se trouvent en France quelle que soit la nationalité du *de cujus* et qu'à cet égard il n'y a aucune distinction à établir entre les meubles et les immeubles. Réciproquement ces divers documents constatent que le gouvernement français doit s'abstenir de toute revendication des biens et des valeurs laissées à l'étranger par des Français morts sans successeurs.

3° Des successions spéciales.

Le Code civil admet des successions spéciales connues sous le nom de retour successoral : contraire-

1. Trib. Nantes, 18 avril 1872 et Rennes 26 novembre 1873, précités.

2. Instruction de la direction générale de l'enregistrement et des domaines du 10 octoble 1878 (*Journal du droit international privé*, 1879, p. 321) ; Décision du ministre des finances du 30 septembre 1884 (eod. 1885, p. 75). Une décision du ministre des finances, en date du 13 mars 1867, décide que la Caisse des dépôts et consignations ne doit se dessaisir des sommes déposées pour le compte des successions d'étrangers décédés en France au profit des consuls étrangers, qui les réclament, en qualité de représentants de la nation à laquelle les personnes décédées appartenaient, que moyennant justification de la présence d'héritiers.

ment au principe consacré dans l'article 732, il considère dans certains cas l'origine des biens pour en régler la dévolution. C'est ainsi que l'article 351 dispose : « Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté retourneront à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes. » Aux termes de l'article 747 : « Les ascendants succèdent à l'exclusion de tous autres aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. » Enfin l'article 766 porte : « En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus passent aux frères ou sœurs légitimes s'ils se retrouvent en nature dans la succession. » Quelle extension faut-il reconnaître à ces dispositions en cas de conflit ? Faut-il leur faire l'application du système général consacré par le Code civil ? N'y échappent-elles pas à raison de leur caractère exceptionnel ? M. Duranton [1] pose la question et sa réponse est que la solution est douteuse. Le doute provient de la nature qu'il convient de reconnaître à ces dispositions. Constituent-elles un véritable droit de succession ? Ne représentent-elles, au contraire, que l'exercice d'un droit de retour ? Ce point est d'une importance capitale : dans le premier cas, le statut

1. Duranton, t. Ier, nº 86.

serait réel, puisqu'il s'agirait d'une question de succession ; dans le second cas, il serait personnel, puisque c'est en vertu d'un contrat tacite que le donateur reprendrait les biens.

Le droit de retour existait déjà dans notre ancienne jurisprudence, mais il avait un caractère bien différent dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutumes. Dans les premiers, il était considéré comme une condition résolutoire dont l'accomplissement remettait *in præteritum* les choses dans le même état que si la donation n'avait pas été faite, absolument comme dans le cas de retour conventionnel [1] et dans les seconds comme un véritable droit de succession [2]. Nous n'hésitons pas à déclarer que le Code civil a consacré le système des pays de coutumes. D'abord l'article 747, qui est le siège de la matière, est inséré au titre des successions au chapitre III dont la rubrique porte : *Des divers ordres de successions*; le texte dit même à deux reprises que l'ascendant *succède* ; il est vrai que le Code, dans les arti-

1. « Il est fondé, disait Furgole, sur une stipulation tacite, inhérente à la donation, et les biens donnés reviennent de plein droit, *veluti quodam jure postliminii*. » Quest. 42 sur l'Ordonnance de 1731.

2. La coutume de Paris, dans son art. 313, s'exprimait à cet égard en termes formels : « Toutefois, *succèdent* (les ascendants) ès choses par eux données à leurs enfants décédant sans enfants et descendants d'eux. » L'art. 315 de la coutume d'Orléans formulait une règle absolument analogue et presque dans les mêmes termes. Cf. Pothier, *Comment. sur cout. Orléans*, art. 315. note 2 et *Traité des successions*, ch. II, sect. II, art. 352; Ferrière, *Comment. cout. Paris*, art. 313, § 3 n° 3.

cles 351 et 766, emploie des expressions qui prêtent à l'équivoque ; mais la pensée du législateur n'en est pas moins clairement révélée par ces articles eux-mêmes. C'est ainsi que l'article 351 ne fait *retourner* les biens à l'adoptant qu'à charge de contribuer aux dettes ; ce qui suppose que le droit qui lui est reconnu est un véritable droit de succession. L'article 766 dit qu'en cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus *passent* à ses frères et sœurs légitimes. Il ne faut pas s'étonner que le mot *succéder* n'ait pas été employé ; on a remarqué, en effet, que le législateur, en parlant des successions irrégulières, a évité de s'en servir, bien qu'il s'agisse cependant d'un véritable droit de succession [1].

La nature que nous venons de reconnaître à ces diverses dispositions est décisive en ce qui concerne le règlement du conflit des lois sur ce point. Du moment qu'il s'agit d'une question de succession, il faut faire l'application du système général que le Code civil a consacré dans l'article 3. La succession est-elle mobilière? Ce sera la loi du domicile du *de cujus* qui dira s'il y a lieu ou non au retour successoral. S'agit-il d'une succession immobilière ? Il faudra dans tous les cas consulter la loi territoriale [2]

1. Demolombe, *Traité des successions*, t. I, n° 481 et les nombreuses autorités qu'il cite.

2. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 450. M. Bertauld reconnaît aussi qu'il faut appliquer la loi régulatrice de la succession et cette loi pour lui

SECTION II

DE LA TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ ET DE LA POSSESSION DE L'HÉRÉDITÉ.

Nous venons de voir comment se déterminent les droits des héritiers légitimes et des successeurs irréguliers; mais comment se transmet la propriété de l'hérédité? Comment se transmet la possession de l'hérédité?

D'après le Code civil, la transmission de la possession et la transmission de la propriété sont soumises à des règles différentes. L'article 711 porte que « la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire; et par l'effet des obligations ». Aucune distinction n'est établie entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers; ils acquièrent tous *de plano* la propriété de l'hérédité. Au contraire, aux termes de l'article 724, les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession; les enfants naturels, l'époux survivant et l'État doivent se faire envoyer en possession par justice dans les

est la loi du dernier domicile du *de cujus*. Questions doctrinales du Code Napoléon, t. 1, nº 128.

formes qui seront déterminées. » Qu'est-ce que le Code entend par cette saisine ? D'après notre opinion qui aujourd'hui est généralement admise, la saisine n'est que la transmission de la possession. Que tel soit bien le sens de l'article 724. C'est ce qui résulte de l'examen du texte même : car il ajoute que les successeurs irréguliers doivent demander l'envoi en possession. En d'autres termes, voici la pensée du législateur : les héritiers légitimes peuvent s'emparer des biens dès la mort du *de cujus* ; ils n'ont pas besoin de s'adresser aux tribunaux pour se mettre en possession puisque ce droit leur est reconnu par la loi ; les successeurs irréguliers, au contraire, bien qu'ayant *de plano* la propriété de l'hérédité n'en ont pas la possession ; ils ne peuvent donc recueillir les biens qu'après en avoir obtenu la délivrance. Cependant quelques auteurs comprennent, sous le nom de saisine, et la transmission de la propriété et la transmission de la possession ; c'est une erreur ou tout au moins une confusion de langage qu'il est bon d'éviter pour exposer clairement ce sujet.

La transmission de la propriété et la transmission de la possession présentent un caractère de réalité nettement accentué. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de questions qui mettent en jeu l'organisation intime de la propriété. En cette matière, la loi territoriale est donc seule compétente, à l'exclusion de tout autre ; chaque législateur a, en effet, le droit et le devoir

d'édicter les règles qui lui paraissent les meilleures et de refuser toute application des lois étrangères. Cette solution présente un tel degré de certitude que plusieurs auteurs qui se prononcent pour la personnalité du droit successoral, même au point de vue du droit français, apportent ici une exception au système général qu'ils ont adopté. « Pour tout ce qui touche à l'acquisition et à l'investiture de l'hérédité, dit M. Antoine,[1] la loi applicable sera celle de la situation des biens. » M. Despagnet n'est pas moins affirmatif; voici comment il s'exprime à cet égard : « Il faudra suivre la loi territoriale pour trancher la question de savoir si l'héritier est de plein droit propriétaire et possesseur des biens de l'hérédité; la saisine se rattache, en effet, à la transmission de la propriété des biens, à la possession ainsi qu'à la prescription et aux actions possessoires qui en sont la suite, en un mot à l'organisation même de la propriété qui est d'ordre public[2]. » Nous adoptons pleinement cette manière de voir.

Les conflits relatifs à la transmission de la propriété seront peu fréquents. La plupart des législations ont, en effet, reproduit la règle du Code civil d'après laquelle cette transmission s'opère de plein droit. Quelques-unes cependant suivent encore la règle romaine qui retarde l'acquisition de l'hérédité

1. Antoine, *op. cit.*, p. 87.
2. Despagnet, *op. cit.*,.p. 489.

jusqu'au moment de l'acceptation[1]. La loi territoriale, conformément au principe que nous avons posé, décidera seule de cette question.

La saisine proprement dite, c'est-à-dire la transmission de la possession, donne lieu à des difficultés plus sérieuses. Si les principes du droit français sont admis dans bien des pays, ils sont formellement repoussés dans d'autres. Plusieurs législations mettent à ce point de vue les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers sur le même rang[2]; d'autres ignorent l'institution de la saisine et décident en conséquence que tout successible, avant d'entrer en possession des biens compris dans l'hérédité, doit demander à l'autorité compétente l'envoi en possession[3]. Une personne appelée à recueillir des biens situés sur le territoire de divers États sera tenue de se conformer aux règles qui sont en vigueur dans chacun d'eux. A raison même du caractère essentiellement territorial que nous venons de reconnaître à la saisine, il

1. M. Lehr, dans son récent *Traité de droit germanique*, t. II, p. 92, dit: « Dans la plupart des contrées de droit commun, en Bavière et en Autriche. l'ouverture de la succession donne seulement à l'héritier un titre pour l'acquérir et il ne l'acquiert effectivement qu'après l'avoir acceptée. »

2. Il en est ainsi notamment en Italie et en Hollande. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 609.

3. En Autriche et en Russie, personne n'a le droit d'appréhender une succession de sa propre autorité ; il appartient aux tribunaux de constater le droit dont se prévalent les héritiers et de les mettre régulièrement en possession, s'il y a lieu. *Répertoire général du droit*, V° Acceptation de succession, n^os^ 1022 et 1071.

est de la plus haute importance de bien en préciser les effets. Nous croyons que le seul effet de la saisine est de permettre à la personne qui en est investie de se mettre de sa propre autorité en possession des biens héréditaires et d'accomplir tous les actes d'administration qu'ils jugent utiles, notamment d'exercer les actions possessoires; acte d'administration et acte de possession sont, en effet, des idées synonymes. Mais nous refusons absolument d'admettre que le paiement des dettes *ultra vives* soit un des résultats de la saisine. « La confusion que l'on a faite depuis si longtemps à cet égard, dit fort exactement M. Demolombe[1], est venue sans doute de ce que, la saisine s'appliquant à l'héritier, on aura attribué à cette saisine ce qui est un effet du titre même d'héritier, toutes les fois que ce titre est acquis, de quelque manière d'ailleurs qu'il s'acquière. Mais dans la pureté du principe si l'héritier est tenu des dettes *ultra vives*, c'est parce qu'il est héritier et représentant du défunt ; ce n'est point parce qu'il est saisi de plein droit. Et la preuve en est que l'héritier *extraneus* des Romains, qui n'acquérait l'hérédité que par l'adition, n'en était pas moins, une fois l'adition faite et même rétroactivement, le représentant de la personne du défunt, *ac si continuo sub tempore mortis hæredes extitissent*[2]. On pourrait remarquer en outre que l'obliga-

1. Demolombe, *Traité des successions*, t. I, p. 184.
2. L. 193, *De regulis juris*. L. 54, *De acquir. et omitt. hæred.*

tion de payer les dettes *ultra vives* était si peu dans l'origine un effet de la saisine elle-même que, d'après l'ancien droit germanique[1], l'héritier, quoique investi de la saisine, ne répondait pas indéfiniment de toutes les dettes du défunt. » Il en résulte donc que l'on ne peut argumenter du statut de la saisine pour résoudre les conflits qu'engendre la diversité des législations en ce qui concerne le paiement des dettes.

SECTION IV

DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS

Les conflits que fait naître en cette matière la contrariété des lois sont fort nombreux. La première question que nous ayons à résoudre est celle-ci : Quelle loi faut-il consulter pour connaître la situation qui est faite à l'héritier en présence de la succession ouverte à son profit. Les auteurs se prononcent avec raison, croyons-nous, pour la loi régulatrice de la succession [2]. Et en effet, c'est à la loi qui attribue les biens aux héritiers qu'il appartient d'indiquer à quelles conditions elle en-

1. Analyse d'un article de M. le professeur Renaud, par M. Chauffour, *Revue de législation*, t. II, p. 81 et 366.

2. Despagnet, p. 489. Weiss, p. 696, *Répertoire du droit français*, Vo *Acceptation*, nos 1169 et s. Vincent et Penaud, *Dictionnaire de droit international privé*, Succession, nos 83 et 88.

tend les leur attribuer. Le système que nous avons adopté sur l'article 3 du Code civil nous conduit naturellement à établir une distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière. C'est donc la loi du dernier domicile du *de cujus* ou la loi de la situation des biens, suivant les cas, qui décidera si l'héritier est tenu d'accepter la succession ou de la répudier, ou bien s'il peut prendre le moyen terme de l'acceptation bénéficiaire, qui fixera le délai dans lequel il devra se prononcer et qui indiquera si le parti pris est irrévocable ou à quelles conditions il peut être rescindé.

Suivant quelles formes l'héritier appelé à recueillir une succession fera-t-il connaître la décision qu'il prend ? Il est admis en droit international privé qu'un acte juridique accompli par une personne en dehors du territoire de sa patrie est valable si les formes locales ont été observées. C'est ce qu'exprime l'adage bien connu : *locus regit actum*. Mais on est généralement d'accord pour reconnaître que cette règle est purement facultative et que l'étranger peut, s'il le préfère, s'en tenir aux prescriptions de sa loi personnelle. Recherchons dans quelle mesure ces principes sont applicables à notre sujet.

D'après les termes mêmes de l'article 778 du Code civil, l'acceptation peut être expresse ou tacite. En ce qui concerne l'acceptation tacite, il ne peut exister

aucune difficulté. L'étranger appelé à succéder en France, qui accomplira un des actes auxquels le Code civil attache l'acceptation, sera réputé héritier, même dans le cas où sa loi personnelle en déciderait autrement [1]. Le législateur français, en effet, en faisant dépendre l'acceptation de l'accomplissement de certains actes, a voulu éviter qu'un successible puisse se conduire en maître sans en supporter les conséquences. Cette règle s'impose à tous, aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux.

L'acceptation expresse donne lieu à des difficultés plus sérieuses. En droit positif français, pour qu'il y ait acceptation expresse, il faut que le successible ait pris le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou sous seing privé. Le Code civil ne se contente pas d'un simple écrit, il exige un acte, c'est-à-dire un écrit spécialement dressé pour constater le fait juridique dont il s'agit. L'acceptation expresse d'une succession est donc un acte solennel; la solennité résulte de la nécessité d'un acte. En droit romain, au contraire, l'acceptation pouvait avoir lieu *nuda voluntate*, par n'importe quel écrit, même verbalement. Cette règle est encore en vigueur dans plusieurs pays [2]. Des conflits de lois sont donc possibles en cette matière; comment les résoudre ?

Quelques auteurs tiennent le raisonnement suivant :

1. *Journal du droit international privé*, 1880, p. 571.
2. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 629.

La loi en exigeant un acte pour la validité de l'acceptation a eu en vue l'intérêt du successible ; elle a voulu le protéger contre toute surprise. Dans la conversation, en effet, bien des paroles échappent à la légère, tandis que l'on pèse ses expressions dans un écrit. Il en résulte que l'acceptation verbale faite par un Français à l'étranger ne sera pas valable, bien qu'elle intervienne dans un pays dont la législation l'autorise. Au contraire, nos tribunaux ne devraient pas hésiter à reconnaître la validité d'une acceptation verbale faite en France par un étranger, conformément aux dispositions de la loi personnelle, puisque celle-ci est mieux placée que tout autre pour édicter, en faveur de ses nationaux, les mesures de garantie qu'elle juge utiles [1].

Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Nous croyons qu'il faut simplement appliquer à cette hypothèse la règle *locus regit actum* qui, à notre avis, s'étend à tous les actes, même aux actes solennels. Les formes extérieures dont un acte juridique est entouré ont pour but de protéger ceux qui l'accomplissent contre toute fraude et contre toute pression. Ces formes varient donc nécessairement avec la situation morale du pays, avec le caractère de ses habitants. Comme le dit fort exactement Merlin : « Chaque pays a ses lois pour les formes probantes des actes, et ces lois sont toujours fondées sur des motifs différents.

1. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 629 et s. ; Duguit, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes*, p. 132 et s.

Tout dépend en cette matière de l'opinion que le législateur a eue de ses sujets et par conséquent les lois relatives à la force probante des actes sont fondées sur des raisons purement locales et particulières à chaque territoire. Il n'y a donc que la loi du lieu où un acte est passé qui puisse en attester la vérité [1] ». Concluons donc qu'un Français appelé à recueillir une succession dans un pays où la législation permet l'acceptation verbale pourra valablement y recourir [2].

De toute manière si l'acceptation résulte d'un acte instrumentaire, si elle est expresse dans le sens de l'article 778, elle sera valable soit que l'héritier ait obéi, en le passant, aux formes établies par la loi du lieu de la rédaction (*lex loci actus*) soit qu'il ait préféré satisfaire aux exigences de sa loi personnelle. Ici encore la règle *locus regit actum* s'applique, mais ici encore elle est facultative.

Le Code trace également les règles de la renonciation qui, à la différence de l'acceptation, ne peut jamais être tacite. Aux termes de l'article 784, la renonciation doit se faire au greffe sur un registre tenu *ad hoc* ; le greffier peut même exiger que l'identité du successible soit certifiée par un avoué. Le droit romain n'exigeait pas plus de formalités pour la reconciation que pour l'acceptation ; elle pouvait même être tacite ; quel-

1. Merlin, *Répertoire*, V° Preuve, sect. II, § 3, art. 1er.
2. Despagnet, *op. cit.*, p. 489 ; Weiss, *op. cit.*, p. 696 ; *Journal du droit international privé*, 1881, p. 570.

ques législations ont encore conservé ces principes [1].

Les auteurs qui refusent d'étendre, la règle *locus regit actum* aux actes solennels n'admettent naturellement pas qu'un Français puisse renoncer valablement en pays étranger sans remplir les formalités prescrites par sa loi nationale [2]. La solution que nous avons adoptée sur la question précédente nous force à reconnaître la validité d'une pareille renonciation [3]. Dans le cas où un étranger est appelé à succéder en France, il existe de sérieuses difficultés. Supposons une renonciation verbale faite par un étranger conformément aux prescriptions de sa loi personnelle ; est-elle valable ? Il faut, croyons-nous, établir une distinction. A son égard la renonciation est valable ; elle pourra donc être invoquée par tous ceux qui y auront intérêt : ainsi les héritiers du degré subséquent pourront accepter ainsi que les y autorise l'article 790, sans qu'il puisse élever aucune réclamation. Quand il voudra s'en prévaloir au contraire contre des personnes qui ont intérêt à ce qu'elle n'existe pas, sa prétention sera repoussée. Les formes prescrites pour l'acceptation n'ont pas seulement pour but de protéger le successible contre toute surprise ; elles ont

1. « Dans les pays de droit commun et en Saxe, dit M. Lehr (*op. cit.* t. I, p. 405, n° 1409), la renonciation n'est soumise à aucune forme. »

2. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 630 ; Duguit, *op. cit.*, p. 142.

3. Despagnet, *op. cit.*, p. 483 ; Weiss, *op. cit.*, p. 699, *Journal du droit international privé*, 1880, p. 57[illegible].

avant tout été édictées pour sauvegarder les droits des tiers. De nombreuses personnes sont intéressées à connaître la renonciation; au prémier rang il faut citer les créanciers et les légataires. Voilà pourquoi le Code civil français a imposé une déclaration au greffe au lieu de se contenter d'un simple acte notarié qui aurait constitué une sérieuse protection pour le successible, mais qui n'aurait pas assuré une publicité suffisante. Il faut comparer la déclaration au greffe à la transcription ou à l'inscription prescrites pour les mutations de propriétés et pour les hypothèques. Il en résulte une conséquence importante relativement à la nature du statut. Toutes les fois qu'un étranger voudra se prévaloir en France de sa renonciation, que la succession y soit ouverte ou non, il devra se conformer aux prescriptions de la loi française [1]. C'est, en effet, un principe de droit international privé universellement admis que les formes établies dans l'intérêt des tiers dépendent de la loi territoriale et s'imposent à tous aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux. Dans l'espèce qui nous occupe il serait difficile de comprendre qu'il en fût autrement : la loi a voulu que les créanciers et les légataires fussent promptement avertis, afin qu'il leur fût possible de prendre toutes les mesures qu'ils jugeraient utiles pour sauvegarder leurs droits. Quelle connaissance auraient-ils d'un acte qui n'aurait reçu aucune publicité ou qui tout au

1. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 633.

moins n'aurait reçu qu'une publicité insuffisante?

Le bénéfice d'inventaire est aussi un acte solennel: le Code civil a établi des règles analogues à celles qui sont suivies pour la renonciation. Les législations étrangères qui admettent cette institution contiennent souvent des prescriptions différentes [1]; certaines difficultés peuvent donc se produire en cette matière.

Les formalités imposées à l'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire ont pour but de sauvegarder les droits des tiers. Du moment que l'action des créanciers est limitée aux biens compris dans la succession il est juste qu'ils soient mis à même de veiller à ce que le meilleur parti en soit tiré. Avertis par la publicité qu'organise le Code, ils pourront prendre les mesures conservatoires qui leur paraîtront convenables; ils pourront même, s'ils craignent des divertissements de la part de l'héritier, réclamer une caution et en cas de refus exiger que l'administration du patrimoine soit remise à un curateur nommé par le tribunal. Les motifs mêmes qui imposent à l'héritier l'obligation de rendre public le fait qu'il accepte sous bénéfice d'inventaire nous dictent notre solution en ce qui concerne la nature du statut: la loi territoriale est seule applicable [2].

L'acceptation et la répudiation d'une succession

1. Pour la législation comparée sur ce point, voy. Répertoire général du droit, Vo Bénéfice d'inventaire.

2. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 615.

sont des actes fort graves ; ils ne peuvent donc être accomplis que par des personnes jouissant de leur pleine capacité civile. La capacité des personnes reste régie par leur loi nationale même hors des frontières de leur patrie ; c'est là une règle dont nous avons déjà eu l'occasion de démontrer l'exactitude ; nous nous bornerons donc à en faire l'application au sujet qui nous occupe. La loi nationale de chaque successible indiquera les conditions auxquelles il doit satisfaire pour accepter une succession ou pour y renoncer. En droit français la femme mariée ne peut accomplir aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari qui peut être tacite et résulter de son concours à l'acte ; en cas de refus, l'autorisation de justice supplée. Cette incapacité la suivra partout ; quelle que soit la législation du pays où elle sera appelée à recueillir une succession, elle ne pourra jamais prendre à elle seule une décision valable. Ce sera également l'article 818 qui partout servira à déterminer les droits du mari sur la succession échue à sa femme. Les mêmes principes seront suivis à l'égard des étrangères. Une femme russe ou autrichienne, qui d'après sa loi nationale jouit d'une capacité pleine et entière, n'aura besoin d'obtenir aucune autorisation.

L'incapacité résultant de la minorité donne lieu à des conflits plus difficiles à résoudre. Dans notre législation ce n'est pas le mineur qui agit, c'est le tuteur qui est chargé de le représenter dans tous les actes de

la vie civile. La renonciation aussi bien que l'acceptation qui ne peut jamais être que bénéficiaire doit être faite par le tuteur aux lieu et place du mineur ; le Code civil lui impose l'obligation d'obtenir l'autorisation du conseil de famille. Une succession s'ouvre-t-elle à l'étranger au profit d'un mineur français ? Le tuteur est tenu, avant de prendre parti, de remplir les formalités que nous venons d'indiquer; s'il ne le faisait pas, il engagerait sa responsabilité sans obliger le mineur [1].

Le conseil de famille chargé de donner l'autorisation nécessaire doit se réunir au domicile du mineur. Que décider, si ce mineur a son domicile hors des frontières de sa patrie [2]. Si la loi nationale de l'incapable et la loi du lieu de son domicile qui est le siège de la tutelle ont réglementé de la même manière la protection des incapables, il n'y a pas de difficulté. Aucun obstacle matériel n'empêchera, par exemple, qu'un mineur français ne soit autorisé par un conseil de famille réuni en Belgique sous la présidence d'un juge de paix à accepter une succession ou à la répudier. Dans l'un et l'autre pays, à raison de l'identité de législation, il existe des institutions analogues qui prêteront leur concours au fonctionnement de la tutelle de l'étranger [3]. Mais que décider s'il s'agit d'un

1. Voy. Laurent, t. VII, p. 104 et s.
2. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 110.
3. Laurent, *op. cit.*, t, VII, p 111.

mineur français domicilié dans un pays où les juges de paix et les conseils de famille sont inconnus ? Il est matériellement impossible de satisfaire aux exigences de la loi nationale. En présence d'un pareil état de choses plusieurs auteurs enseignent que la tutelle doit être réputée ouverte dans le pays auquel appartient le mineur, au lieu où ses parents ont eu leur dernier domicile avant d'émigrer [1]. Ce système présente de sérieuses difficultés d'application, il arrivera que le siège de l'administration tutélaire sera fixé dans une commune où l'incapable n'a plus ni parents, ni amis, et où il ne possède aucun bien ; où par conséquent personne ne s'intéresse plus à lui et où les éléments d'appréciation font défaut. A notre avis, il est possible d'échapper à ces inconvénients en attribuant compétence aux consuls qui remplaceront dans l'espèce le juge de paix et qui convoqueront le conseil de famille qui délibérera sous leur présidence, conformément aux dispositions de la législation française. Les consuls, en effet, accomplissent de nombreux actes de juridiction gracieuse ; le rôle du magistrat en matière de tutelle dépend de la juridiction gracieuse ; il en résulte logiquement qu'ils doivent avoir le droit de le remplir [2]. Si le consul refuse

1. Chavegrin, *De la tutelle des mineurs en droit international privé*, *Revue critique*, 1883, p. 501 ; Louiche-Desfontaines, p. 312.

2. De Clercq et de Vallat, *Guide des Consulats*, 3e édit., 1868, t. II, p. 350 ; Weiss, p. 411 — Cf. Chavegrin, *op.* et *loc. cit*, p. 503.

d'agir, le tuteur devra se conformer à la loi territoriale pour être autorisé à accepter la succession [1].

Si nous examinons maintenant l'hypothèse inverse, celle où un étranger est appelé à succéder en France, nous devons logiquement faire l'application des mêmes principes ; il est impossible que les deux faces d'une même question ne soient pas réglementées de la même manière. C'est donc la loi nationale du mineur qui sera appelée à déterminer les règles qu'il faudra suivre pour l'acceptation ou la renonciation d'une succession, sans qu'il y ait à tenir compte des dispositions contraires de la loi française [2]. Ainsi l'Angleterre ne connaît pas l'institution des conseils de famille; le tuteur d'un enfant anglais pourra donc prendre de lui-même une décision valable. La loi prussienne de 1875 soumet le tuteur à la surveillance d'un tribunal tutélaire composé d'un juge unique [3]; un contrôle analogue est exercé dans certains cantons suisses par les autorités municipales ou administratives [4]; si le mineur appartient à un de ces pays, son tuteur devra se munir des autorisations nécessaires.

La législation nationale du mineur permet-elle l'acceptation pure et simple? Rien à notre avis ne s'oppose à son application. Il serait excessif de reconnaître à

1. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 111.
2. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 108.
3. Lehr, *Traité de droit civil germanique*, t. II, p. 386, nos 1332 et s.
4. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1880, p. 138 et s.

l'article 461 du Code civil français qui impose à l'acceptation bénéficiaire un caractère d'ordre public et de faire tomber, à ce titre, cette règle sous le coup de l'article 3 § 1 [1]. L'intérêt seul du mineur est en cause. Qu'un Français en réclame l'application à l'étranger, cela se comprend facilement, mais qu'un étranger se plaigne de ce qu'on ne lui fait pas l'application d'une mesure de protection que sa loi nationale a jugé inutile de lui accorder, qu'il ne veuille pas être traité comme il l'aurait été dans sa patrie, c'est ce que nous ne pouvons admettre. Remarquons enfin que l'article 461 est l'objet de vives critiques de la part de plusieurs auteurs, car dans certains cas, il est contraire à l'intérêt bien entendu du mineur.

SECTION V

DU PARTAGE

Dans le plus grand nombre des cas, que la succession soit régie par la loi française ou par la loi étrangère, il y aura plusieurs héritiers appelés à recueillir les biens laissés par le *de cujus*. Chacun d'eux a acquis du jour du décès de son auteur un droit sur chaque objet compris dans l'hérédité et sur chacune des

1. Laurent, *op. cit.* t. VII, p. 110.

molécules de chaque objet. On qualifie d'indivision ce concours de droits rivaux qui se rencontrent, se réunissent et se confondent dans chaque objet de la succession. Le partage met fin à l'indivision en limitant le droit général de chaque héritier à certains biens déterminés qui lui appartiennent dès lors exclusivement. Si les diverses législations reposent sur les mêmes principes, elles diffèrent profondément dans l'application : de là d'inévitables conflits qui soulèvent d'importantes questions de droit international privé.

Quel est la nature du statut qui régit le partage? Fœlix répond sans hésitation qu'il est réel[1]; son seul argument consiste à dire que tout ce qui concerne les successions *ab intestat* dépendant, quant aux immeubles, de la loi de leur situation, il doit en être ainsi du partage qu'il faut en faire. Si l'on admet la théorie du savant auteur, il en résulte, par une conséquence logique, que le partage d'une succession mobilière doit être soumis à la loi du domicile conformément à la règle traditionnelle qui répute les meubles situés en ce lieu. Comme presque toutes les successions sont en partie mobilières, en partie immobilières le partage d'une seule et même succession serait soumis à des lois différentes pour les deux catégories de biens; il y aurait en outre autant de législations à consulter qu'il y aurait d'immeubles situés dans des pays différents.

1. Fœlix, *op, cit* , t. I, p. 122.

Cette doctrine est-elle bien fondée au point de vue juridique?

A raison même du laconisme du Code, le principe de la réalité en matière successorale n'a d'autre fondement que la tradition ; pour en connaître la portée et l'étendue il faut toujours remonter à la tradition. Quelles étaient donc les règles suivies à cet égard dans notre ancien droit? Si l'on s'en tient au mot : partage, il faut répondre que tous les statutaires se prononcent catégoriquement dans le sens de la réalité. Froland dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts* a consacré un long chapitre à cette matière sous cette rubrique : « *Du partage des immeubles, meubles meublants, effets mobiliers, actions ; et par quelle coutume il est d'usage d'y procéder* ». L'auteur déclare le statut réel sans même en faire l'objet d'une discussion ; il l'avait déjà dit dans ses *Prolégomènes*, il se borne en rappelant le principe à citer les autorités qui abondent, aussi bien parmi les légistes français que parmi les légistes belges et hollandais. Sur ce point l'accord s'était même fait entre Boubier et Boullenois, si opposés pourtant dans leurs idées, tant il est vrai de dire, suivant l'expression de ce dernier, que c'était une *voix unanime*. La question paraît donc mise hors de toute controverse ; il n'en est pourtant rien, car si sans se laisser égarer par les expressions, on considère le fond des choses on s'aperçoit vite que nos anciens auteurs avaient en vue le partage de droit de celui

qui a lieu en vertu de la loi, c'est-à-dire de la dévolution successorale qui s'opère entre les héritiers suivant leur qualité et surtout suivant la nature des biens. Nous avons étudié cette matière en nous conformant aux règles consacrées par la tradition ; maintenant il s'agit de l'opération matérielle du partage, de sa nature et de ses effets. Les deux sujets sont essentiellement différents ; le partage de droit procède de la loi, le partage de fait de la volonté des parties. S'il est vrai, comme le soutient Fœlix, que tout ce qui concerne la matière des successions *ab intestat*, appartient au statut réel, la question serait résolue d'avance ; il n'y aurait plus qu'à faire l'application purement mécanique du principe posé. Mais est-il bien certain qu'il en soit ainsi ? Il faut se méfier des formules absolues, même en ce qui concerne la tradition ; car si complets que soient les renseignements que nous fournissent les traités de nos anciens praticiens, bien des points cependant nous sont encore inconnus. Il en est ainsi en ce qui concerne l'opération matérielle du partage : les statutaires ne se sont pas occupés de déterminer les règles à suivre. Il est pourtant impossible de rejeter ce silence sur l'absence de conflits ; toutes les fois, en effet, qu'une succession s'est ouverte comprenant des biens répartis entre des coutumes diverses, il a fallu s'occuper de la liquider. Comment se fait-il que les jurisconsultes dans leurs ouvrages ne se soient pas occupés de cette question ? L'explication est facile à donner ; elle résulte de la nature

même des choses. Qu'est-ce que le partage, en effet ? La plus simple analyse montre qu'il s'agit d'une convention et même d'une convention expresse; or peut-il y avoir lieu à discussion sur la nature des conventions ? Les réalistes reconnaissent eux-mêmes que les conventions devaient produire leurs effets partout, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la situation de tel ou tel immeuble. C'était là, en effet, un principe que Dumoulin avait réussi à faire admettre et qui était devenu aussi certain que la réalité du statut de la succession immobilière. Le partage, il est vrai, n'était pas toujours conventionnel; dans certains cas il se faisait en justice. Mais il ne pouvait exister également aucun doute. Il s'agissait, en effet, d'un procès et tout procès est soumis aux règles de procédure édictées par la loi territoriale. Voilà ce qu'il y a de plus certain en ce qui concerne la tradition sur ce point ; les auteurs qui, sans entrer dans les détails, déclarent d'une manière générale que tout est réel en matière de succession, commettent donc une erreur à l'égard de partage conventionnel. L'ancien droit pour n'être écrit nulle part n'en est pas moins facile à connaître.

Les mêmes principes doivent être suivis aujourd'hui ; c'est ce qui résulte, avec évidence, des dispositions consacrées par le Code civil. Le législateur, après avoir établi la régle que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, décide que le partage peut toujours être provoqué. Est-ce la loi qui confère ce droit aux héri-

tiers? Non, la loi leur a transmis la propriété des biens compris dans la succession ; mais une fois cette attribution de propriété accomplie, l'œuvre de la loi est terminée : le partage qui reste à faire n'est plus qu'une opération matérielle qui dépend uniquement de la volonté des parties en cause (art. 819, C. civ.). C'est décisif en ce qui concerne la règle à suivre en cas de conflit de législations. Du moment que la volonté est seule en cause, elle doit produire son effet partout ; en ce sens, on peut dire que le statut est personnel. A vrai dire, la théorie des statuts n'a rien à voir dans l'espèce : elle suppose, en effet, une loi qui s'impose aux parties et elle a pour but de déterminer l'étendue qui doit lui être assignée ; or ici, la volonté humaine domine la loi : suivant l'expression consacrée, elle est autonome.

Nos anciens auteurs qui se croyaient obligés de diviser tous les statuts en deux classes étaient naturellement conduits à ranger les actes de volonté parmi les statuts personnels, puisqu'à l'exemple de ceux-ci ils produisent leurs effets partout. Mais aujourd'hui, conformément à la doctrine que nous avons adoptée sur l'article 3 du Code civil, nous pensons que le législateur n'a pas eu l'intention de diviser systématiquement tous les statuts en statuts personnels et en statuts réels et qu'un certain nombre d'actes échappent à cette division ; il en est ainsi en cette matière. Nous dirons donc que le partage doit produire son effet partout

parce que le partage est une convention et qu'aux termes de l'article 1134 « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » : ce qui implique que cette loi s'étend à tous les biens que les parties ont voulu y comprendre [1].

Si, en règle générale, les parties restent libres de procéder au partage des successions qui leur sont échues ainsi que bon leur semble, certaines règles échappent pourtant à leur autonomie et s'imposent à eux.

L'état de communauté ayant paru à tous égards contraire à l'intérêt général, le législateur n'a pas voulu que l'indivision, d'où il résulte, pût être perpétuée par la volonté des héritiers ou d'un tiers ; aussi a-t-il établi, dans l'article 815 du Code civil, ce principe fondamental : « Nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires. » Des motifs de convenances ou d'intérêt peuvent cependant engager les héritiers à suspendre le partage. Ainsi les biens compris dans la succession ne sont pas susceptibles d'être partagés en nature et par suite d'événements momentanés, tels qu'une guerre, une crise politique, commerciale ou agricole ;

1. Cette solution est admise par tous les auteurs, quel que soit le système qu'ils suivent ; voy. à cet égard : Weiss, p. 717 ; Despagnet, p. 492 ; Laurent, t. VII, p. 28 ; Vincent et Penaud, *Dict. de dr. int. pr.*, V° Succession : Du partage.

ils subissent une dépréciation considérable, de sorte qu'il y aurait un grand avantage à retarder la vente, et, par conséquent, le partage qui doit y donner lieu. Dans ces circonstances et dans d'autres dont elle leur laisse l'appréciation, la loi permet aux parties de décider que le partage pourra être suspendu pendant un certain laps de temps. C'est ce que fait l'alinéa 2 de l'article 815 : « On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité ; cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée. » Les législations étrangères diffèrent profondément sur ce point. Pour ne citer qu'un exemple, le Code civil italien permet de stipuler l'indivision pendant dix ans. Si un Italien était partie dans une convention faite en France, devrait-il être admis à se prévaloir des dispositions de sa législation nationale. On pourrait être tenté de le soutenir en argumentant de l'autonomie de la volonté du *de cujus*. Mais cette autonomie, même dans le cas où elle s'est exercée dans les limites où la loi nationale des parties le lui permet, ne peut aller à l'encontre de l'ordre public du pays où ses conséquences doivent se produire[1]. Le législateur français a admis une exception temporaire de cinq ans à la prohibition de l'indivision qu'il a édictée ; une suspension de dix ans serait con-

[1]. V. sur les inconvénients que présente l'indivision ; Demolombe, *Traité des successions*, t. III, nos 495 et s.

traire à l'intérêt général, tel que la loi française le comprend. Il s'agit, dans l'espèce, d'une de ces lois dont parle l'article 3, al. 1, du Code civil et qui s'imposent au respect de tous, aussi bien des étrangers que des nationaux[1].

Une convention de ce genre n'est, du reste, pas nulle ; elle est simplement réductible au terme légal. Il est de la dernière évidence, en effet, que les personnes qui consentent à rester dans l'indivision pendant dix ans, consentent par *a fortiori* à y rester pendant cinq ans[2].

Une question, beaucoup plus délicate, est celle de savoir ce qu'il faut décider à l'égard d'une convention faite pour un temps indéfini? Un conflit serait possible sur ce point avec la législation anglaise qui permet aux cohéritiers de décider qu'ils resteront toujours dans l'indivision[3] ; comment le résoudre ? Quelques auteurs adoptent la même solution que dans l'hypothèse précédente et décident, en conséquence, que cette convention est valable, mais pour cinq ans seulement. Il est, peut-être, plus rationnel de se prononcer pour la nullité, car les parties en prenant un

1. Laurent. *op. cit.*, t. VII, p. 40. Weiss, *op. cit.*, p. 717 ; Despagnet, *op. cit.*, 492 *Contra* Arthuys et Surville, *op. cit.*, p. 349, n° 347; Antoine, *op. cit.*, p. 92.

2. L'article 1660 du Code civil fournit un argument d'analogie absolument décisif. « La faculté de rachat, y est-il dit, ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme. »

3. Anthoine de Saint-Joseph, t. II, p. 247.

tel engagement, paraissent avoir considéré l'indivision non point comme un état temporaire, devant durer plus ou moins longtemps, suivant les circonstances, mais comme une situation absolue dans laquelle elles entendaient rester ; ce qui est formellement prohibé par la loi française[1].

Un autre conflit est possible en cette matière. Le testateur peut-il établir l'indivision entre ses héritiers pendant cinq ans? C'est là une question vivement controversée, mais qui, à notre avis, doit être résolue négativement. L'article 815 du Code civil autorise le partage *nonobstant toutes prohibitions et conventions contraires ;* il n'admet d'exception que pour les *conventions ;* étendre l'exception aux *prohibitions*, ce serait violer la règle : *exceptio est strictissimæ interpretationis*. Au point de vue rationnel, de puissantes raisons militent contre l'extension que l'on propose de donner au texte. La convention qui intervient entre les cohéritiers ne présente aucun inconvénient ; les contractants qui se connaissent conçoivent qu'il leur sera possible de s'entendre et de vivre en paix. Il n'en serait pas de même de la prohibition imposée par le testateur, car il peut se faire illusion sur les sentiments que ses héritiers nourrissent les uns à l'égard des autres et sur la compatibilité de leurs ca-

1. Duranton, t. VII, n° 81 ; Demante et Colmet de Santerre, t. III, n° 139 *bis* III ; Demolombe, *Traité de successions*, t. III n° 502 ; Aubry et Rau, t. VI, n° 622, note 3 ; Laurent, t. X, n° 240.

racières[1]. La véritable raison de douter provient de ce que le texte, qui suscite ce débat, est emprunté à Pothier, et que, dans la pensée de ce jurisconsulte, il s'appliquait aussi bien aux prohibitions qu'aux conventions, ainsi qu'il prend soin de l'expliquer lui-même ; nous croyons, toutefois, cette objection insuffisante en présence de la rédaction si précise de l'article 815. Quelques législations étrangères ont formellement consacré des principes contraires. C'est ainsi que le Code civil italien a reconnu au testateur qui compte des mineurs parmi ses successibles, le droit d'interdire le partage avant la fin de l'année qui suit la majorité de l'incapable. Si un *de cujus* italien avait usé de la faculté qui lui est reconnue à cet égard, sa volonté devrait-elle être respectée en France? La question est la même que dans l'hypothèse précédente ; notre solution sera donc la même, nous dirons donc que le partage pourra toujours être demandé en France, malgré cette prohibition. Une volonté particulière ne saurait entraver l'exercice d'un droit qui tient à l'ordre public[2].

Le partage étant un contrat, les héritiers, pour y procéder, doivent être capables de contracter[3].

1. Merlin, Répertoire, V° Partage, § 1, n° 1 à 3 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 649. Demante et Colmet de Santerre, t. III, n° 151 *bis*-II ; Laurent, t. X, n° 243. *Contra* Demolombe, *op. cit.*, t. III, n° 819; Aubry et Rau, t. VI, n° 622, p. 533.

2. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 41 et s. ; Weiss, *op. cit.*, p. 717.

3. Sur la capacité requise en D Fr. Demolombe, *op. cit.*, t. t. 3, nos 548 et suiv.

Ici, l'autonomie des parties n'est plus en cause ; il existe une loi qui fixe la capacité que doivent avoir les ayants-droit ; il faut en déterminer l'étendue. Nous avons eu l'occasion d'établir le principe que la capacité dépend de la loi nationale ; nous n'avons qu'à en faire l'application à cette matière[1]. Si la question venait à se représenter devant les tribunaux, il serait à craindre, cependant, qu'elle ne fût pas résolue conformément aux règles que nous venons d'exposer et qui, croyons-nous, sont seuls conformes aux vrais principes juridiques. La Cour de cassation, en effet, approuvée par plusieurs auteurs, admet la réalité du statut, en ce qui concerne la capacité de succéder ; pour rester fidèle à sa doctrine elle devrait admettre la même solution en ce qui concerne la capacité de partager. La solution ne serait ni mieux, ni plus mal, fondée dans un cas que dans l'autre. La capacité requise chez chacun des copartageants est donc, d'après nous, mesurée par la loi nationale. C'est la loi française qui, dans tous les cas, sera appelée à déterminer la capacité de la femme mariée française et les pouvoirs de son mari, la capacité du mineur, ou de l'interdit français et de leur tuteur.

Il existe, cependant, une institution qui est de nature à soulever certaines difficultés, nous voulons parler du partage provisionnel que le Code civil organise dans ses articles 466 et 480. On en-

1. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 29.

tend par là le partage auquel il a été procédé par les représentants des incapables, en dehors des règles protectrices écrites dans la loi. D'après le droit commun, un tel partage devrait être nul ; le législateur, au lieu de l'annuler, le transforme en un partage de jouissance. Quel est le motif de cette dérogation? C'est que le partage intéresse un nombre considérable de personnes. Est-il annulé? Tous les actes faits par les copartageants, même les actes d'administration et de jouissance viennent à tomber ; un trouble profond est apporté aux relations civiles. En présence d'un pareil état de choses, il a paru préférable d'adopter une solution qui sauvegarde les droits des tiers sans nuire aux incapables. Cette restriction est évidemment de statut personnel[1] ; elle suivrait le mineur en pays étranger : le partage opéré sans l'observation des formes légales vaudrait comme partage provisionnel, même dans un pays où la législation prononcerait la nullité des opérations.

Le partage provisionnel est un principe particulier du droit français. Que décider si un mineur étranger se trouve partie en France dans un partage et si les formalités protectrices prescrites en sa faveur par la loi personnelle n'ont pas été observées ? Au premier abord la question ne paraît soulever aucun doute. C'est en vertu de l'incapacité du mineur que la nullité du partage est prononcée ; or comme son statut personnel le

1. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 36 et s.

suit en France, il en résulte qu'il devrait avoir le droit de se prévaloir de la nullité. Mais dans l'espèce la législation étrangère qui détermine la capacité de ses nationaux ne rencontre-t-elle pas dans la loi française une disposition qui la tient en échec ? Le partage provisionnel a été institué pour sauvegarder les droits des tiers, pour assurer la sécurité des transactions et empêcher des recours incessants et ruineux ; ces motifs nous paraissent décisifs relativement à la nature du statut. Le partage dans lequel figure le mineur étranger devra donc être maintenu comme partage de jouissance[1].

Le partage est régulièrement conventionnel. Quand tous les héritiers sont présents et majeurs, ils peuvent le faire dans la forme et par tel acte qu'ils jugent convenable. Les formes du partage seront nécessairement celles usitées au lieu où il est procédé selon la règle : *locus regit actum*, dans le cas où les parties n'appartiennent pas à la même nationalité. Si, au contraire, les copartageants ressortissent au même état, ils pourront à leur choix recourir, soit aux formes admises par leur législation personnelle, soit aux formes locales. Si tous les héritiers ne sont pas présents, ou s'il y a parmi eux des incapables, le partage doit être fait en justice ; il en est de même lorsqu'ils ne s'entendent pas sur la manière d'y procéder. Il s'agit alors d'un véritable procès, et les règles de procédure dépendent de la *lex fori*.

1. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 38

Enfin, les effets du partage sont régis par la législation à laquelle les cohéritiers se sont soumis en y procédant ; à cet égard, leur volonté est souveraine. A moins de stipulations expresses, il faudra consulter la loi qui leur est commune à tous s'ils relèvent du même État ; sinon la loi du lieu où le partage se fait[1]. Mais ici comme dans toutes les questions de droit international privé, nous retrouvons la restriction ordinaire : celle qui résulte de l'ordre public international. Ainsi aux termes de l'article 883 du Code civil : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Ce texte établit le principe que le partage est déclaratif de propriété. La loi fait rétroagir le partage au jour de l'ouverture de la succession ; les héritiers sont réputés tenir les biens compris dans leur lot, du défunt ; ils n'acquièrent rien du chef de leurs copartageants. C'est là une fiction ainsi que l'indique le mot : censé. Dans la réalité des choses, en effet, le partage est translatif de propriété au moins pour partie. Tant que dure l'indivision, chaque cohéritier a un droit sur chaque objet et sur chaque molécule de chaque objet. Le partage a pour but d'attribuer à chacun certains biens en propre contre sa quote-part à l'ensemble des biens hérédi-

1. Weiss, *op. cit.*, p. 718 ; Despagnet, *op. cit.*, p. 493 ; Laurent, *op. cit.* t. VII, p. 45.

taires. Il contient donc, en ce qui concerne chaque copartageant, une acquisition et une aliénation ; il n'est à bien dire qu'un échange de parts indivises. Le droit romain avait reconnu au partage son véritable caractère et plusieurs législations suivent encore ce principe. Des conflits sont donc possibles sur ce point ; pour les résoudre, il faudra appliquer la loi territoriale à l'exclusion de tout autre. Il s'agit, en effet, de questions qui touchent à l'organisation intime de la propriété [1].

SECTION VI

DU PAIEMENT DES DETTES

Dans l'ancien droit, lorsque les biens héréditaires se trouvaient soumis à l'empire de plusieurs coutumes différentes, le paiement des dettes soulevait d'inextricables difficultés, véritable cauchemar pour les jurisconsultes. Ainsi que nous l'avons dit, les opinions les plus divergentes s'étaient produites et l'incertitude était extrême aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine [2]. La tradition ne nous fournit donc aucune règle certaine.

1. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 52 ; Weiss, *op. cit.*, p. 718.
2 V. ci-dessus, p. 283 et s.

Puisque la liberté d'interprétation existe en cette matière[1] nous devons rechercher la solution la plus logique, celle qui se concilie le mieux avec le système général que nous avons adopté sur l'article 3 du Code civil à propos du conflit des lois successorales. Et si l'on se place à ce point de vue, il nous semble qu'il ne peut exister aucun doute. Toute succession se composant de l'actif et du passif, deux parties qui sont en corrélation étroite l'une avec l'autre, il appartient à la loi qui règle la dévolution de l'actif de se prononcer sur le paiement du passif dont il est grevé. S'il y a des biens situés sur différents territoires, on calculera donc pour le paiement des dettes comme s'il y avait autant de successions distinctes. Les dispositions de la loi française s'appliqueront aux immeubles français et aux meubles appartenant à une personne morte domiciliée en France; la loi étrangère s'appliquera aux immeubles étrangers et à la fortune mobilière laissée en France par une personne domiciliée à l'étranger. Et à cet égard, il n'y a aucune distinction à établir entre la *contribution* et *l'obligation* aux dettes: ce sont les deux faces de la même question. Cela est si vrai que les dispositions du Code civil confondent souvent les termes qui indiquent l'obligation de payer les dettes et la part pour laquelle les héritiers y contribuent.

La solution que nous proposons ne saurait être ac-

1. Cf. Brocher, t. I, p. 430.

ceptée par les auteurs qui considèrent que l'obligation où se trouve l'héritier de payer les dettes provient de l'acceptation, véritable quasi-contrat par lequel il s'engage vis-à-vis des créanciers héréditaires. En effet, pour déterminer les effets que produit un quasi-contrat, il faut consulter la loi du lieu où il s'est formé[1] et cette loi, dans l'espèce, ne peut être que celle du lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire celle du dernier domicile du défunt. C'est, en effet, en ce sens que s'étaient prononcés Christin et le président Bouhier, le grand Conseil de Malines et le parlement de Flandre. Cette décision, si l'on admet que l'acceptation est un quasi-contrat, est absolument logique. Aussi est-ce avec une véritable surprise que nous avons lu dans le répertoire du procureur général Merlin le passage suivant : « L'héritier qui accepte une succession fait un quasi-contrat avec les créanciers du défunt. Tout contrat quant aux obligations qu'il produit se règle par les lois du lieu où il est passé ; or le quasi-contrat qui résulte de l'appréhension que fait un héritier des biens du défunt se passe certainement dans le lieu où les biens sont situés, car il y a comme autant de successions que de lois. Celle de l'ouverture de la succession n'a aucune force dans un autre et par conséquent ne peut régler l'obligation que contractent les héritiers en appréhendant les biens

1. Laurent, *op. cit.*, t. VIII, p. 9.

qui y sont situés[1] ». Cette argumentation nous paraît tout à fait inacceptable. Comment un contrat peut-il être censé passé là où les biens, qui en sont l'objet, ont leur situation. Si l'on s'en tient à l'idée d'un contrat, il faut dire que tout dépend de la volonté des héritiers; et peuvent-ils avoir l'intention de s'obliger d'après les dispositions de lois différentes. Quant à nous, nous refusons d'admettre que l'acceptation constitue un quasi-contrat. L'obligation où se trouvent les héritiers de payer les dettes provient uniquement de ce qu'ils sont les représentants du défunt et que succédant à tous ses droits ils doivent être tenu de toutes ses dettes. Mais, dira-t-on, s'il en est ainsi, le paiement des dettes devrait être régi par la loi personnelle du *de cujus*. Cette objection est fort exacte, il nous est cependant facile d'y répondre. Le législateur, contrairement à la nature même des choses, a admis pour le conflit des lois successorales, un système en vertu duquel l'héritier représente le défunt d'une manière différente, lorsque les biens se trouvent en divers pays ; le paiement des dettes doit être soumis aux mêmes règles. Ce qui est critiquable, c'est le système général suivi en cette matière, et non la solution spéciale relative au paiement des dettes qui en résulte logiquement.

Au paiement des dettes se rattache la séparation des patrimoines, qui n'est qu'une garantie pour les

1. Merlin, *Répertoire*, v° Dette, § IV.

créanciers du défunt contre le concours des créanciers de l'héritier. En cas de conflit quelle loi faut-il suivre pour savoir si la séparation des patrimoines peut être invoquée? Pour les immeubles, il ne peut exister aucune difficulté : la loi territoriale est seule applicable. Mais que faut-il décider à l'égard des meubles ? Faut-il consulter la loi régulatrice de la succession, c'est-à-dire la loi du dernier domicile du *de cujus*? Ne faut-il pas s'attacher à la loi de la situation réelle ? La solution dépend de la nature que l'on reconnait à la séparation des patrimoines. Si on la considère comme un véritable privilège, la loi territoriale est seule applicable[1]. Mais si la séparation des patrimoines n'est regardée que comme un droit personnel des créanciers de la succession (ce qui paraît bien être le caractère que lui attribue le législateur français), il faut la faire régir par la loi du dernier domicile du *de cujus*; c'est cette loi qui détermine les droits des créanciers héréditaires ; il est donc logique qu'elle fixe aussi les garanties spéciales auxquelles ils ont droit. Cependant, il faudra s'en tenir à la loi de la situation en ce qui concerne la prescription du droit, car ce point touche à la sauvegarde du crédit public, à l'intérêt général. La séparation des patrimoines ne pourra donc jamais être demandée en France pour les meubles après un délai de trois ans (art. 880),

1. Brocher, *op. cit.*, t. I, p. 432 et s.; Milhaud, *Des privilèges et hypothèques en droit international privé*, p. 170.

même dans le cas où la loi étrangère en disposerait autrement[1].

SECTION VII

DES RAPPORTS

Tout le régime successoral organisé par le Code civil repose sur le principe de l'égalité entre cohéritiers; le rapport a pour but de le maintenir intact. Dans d'autres pays, les mœurs et les idées sont différentes, ce qui explique que cette institution peut être inconnue ou réglementée d'une manière complètement différente. Il arrivera donc que des conflits se produiront; quelle règle faudra-t-il suivre pour les résoudre?

D'après l'opinion générale il faut faire en cette matière l'application du principe que le législateur a consacré dans l'article 3 alinéa 2. Le rapport sera donc soumis à la loi de la situation pour les immeubles et à la loi du domicile pour les meubles[2]. Cette solution ne peut faire aucun doute si l'on considère que le rapport produit directement son effet sur les biens et qu'il

1. Cf. Despagnet, *op. cit.*, n° 509; Trib. Sousse, 13 mars 1890, *Journal du droit international privé*, 1891, p. 973.

2. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 57.

est impossible, étant donnée l'étroite corrélation qui existe entre les deux matières, de lui appliquer une autre loi que celle qui gouverne la dévolution de la succession.

Cette question s'est présentée à diverses reprises devant les tribunaux, notamment en 1879 devant le tribunal de la Seine; mais chose étonnante ! la jurisprudence, dans cette affaire, a éprouvé de sérieuses hésitations, et de singulières erreurs ont été commises. L'espèce est intéressante et mérite d'être examinée de près. Il s'agissait de la succession d'un sujet espagnol, le sieur Joseph-Remi-Garcia, comte de la Palmira, qui était mort à Paris laissant plusieurs enfants parmi lesquels un fils et une fille d'un premier mariage et une fille d'un second mariage. Cette dernière lors de son mariage avait été avantagée par son père qui lui avait donné, à titre exprès de préciput et hors part, le quart des biens qu'il laisserait à son décès. Lors de la liquidation, les autres enfants demandèrent contre leur sœur la nullité de la donation ; ils soutinrent, à l'appui de leur prétention, qu'aux termes de la loi espagnole le père de famille ne peut valablement constituer entre-vifs à sa fille des avantages préciputaires, *la loi* 6, *tit.* 3, *liv.* 10 *de la Novissima Recopilacion* étant formelle à cet égard. Cette prétention, admise par le notaire liquidateur, fut repoussée par un jugement du tribunal de la Seine qui déclara la donation valable et « dit qu'elle sera exécutée tant sur les biens situés

en France que sur les biens situés à l'étranger. »[1] Ce jugement prêtait aux plus vives critiques. Comment admettre que la donation puisse produire un effet quelconque sur les biens situés en Espagne alors qu'elle est contraire aux dispositions de la législation de ce pays ? Si la souveraineté a fait admettre que la loi territoriale peut seule régir les immeubles situés en France, ce serait violer la souveraineté égale des autres États que de prétendre leur imposer dans le même cas une loi étrangère. Comment oublier d'autre part que, d'après une jurisprudence constante et implicitement reconnue, dans les attendus du jugement, les meubles corporels ou incorporels ne pouvaient dans l'espèce être régis par la loi francaise lorsqu'on emploie dans le dispositif le terme général « biens » où il semble que les meubles eux-mêmes soient aussi compris ? Le plus simple examen suffisait à montrer l'erreur du jugement.[2]

Appel fut formé contre cette décision qui naturellement fut cassée. La cour de Paris ne fut pas plus heureuse, et tomba dans l'excès contraire en annulant la donation pour le tout au nom de la loi espagnole[3].

1. Trib. civ. Seine, 31 juillet 1879, *Journal du droit international privé*, 1881, p 355.

2. La critique complète du jugement du tribunal de la Seine a été faite par M. Salmeron, ancien ministre de la justice en Espagne (*Journal du droit international privé*, 1882, p. 405 et s.),

3. Paris, 12 mars 1881 (*Journal du droit international privé*, 1881, p. 355 et s , D. 1881, 2, 137).

Une confusion fut commise ; la cour dans ses considérants déclara qu'il s'agissait d'une question de capacité ; ce qui l'entraîna à faire l'application du statut personnel de l'étranger. Les choses furent remises au point par la Cour de cassation, qui reconnut que le Code civil devait être consulté pour savoir si la dispense de rapport était valable, mais uniquement en ce qui concerne les immeubles situés en France, « attendu, porte l'arrêt, que l'article 3, § 2 du Code civil dispose que les immeubles situés en France même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française. — Qu'il en résulte que tout ce qui touche à la transmission des biens immeubles par voie de succession *ab intestat* est régi par le statut réel français et non par le statut personnel de celui dans la succession duquel ces biens se trouvent ; — Que, quels que soient dès lors la nationalité des intéressés et le lieu où l'acte de transmission a été passé, c'est d'après la loi française que doivent être appréciées la valeur de cet acte et la légalité des stipulations qu'il contient ; — Que l'article 1082 du Code civil autorise les père et mère des époux à disposer au profit de cet époux par préciput et hors part dans son contrat de mariage de tout ou partie des biens qu'ils laisseraient à leur décès ; — Que Garcia de la Palmira a donc pu faire à sa fille l'institution contractuelle dont elle demande l'application au partage des immeubles, dépendant de la succession de son père, qui sont situés en France. — Qu'en jugeant le con-

traire et en faisant prévaloir la loi espagnole sur le statut réel qui en France régit les immeubles situés sur son territoire l'arrêt attaqué a violé les dispositions des articles de la loi susvisés ; — Par ces motifs, casse mais seulement au chef qui a déclaré sans effet sur les immeubles de France la donation faite par Garcia de la Palmira à la dame Antonelli du quart des biens qu'il laisserait à son décès [1]. » C'est la consécration de la solution qui nous paraît seule bien fondée au point de vue du droit positif français [2].

La combinaison de la loi française avec les lois étrangères soulève parfois des questions très délicates ; en voici un exemple. Une femme Suisse avait distribué ses biens à ses enfants conformément aux dispositions de sa loi personnelle pour pouvoir se remarier ; à son décès sa succession se trouva régie par la loi française ; le rapport était-il dû ? Un jugement du tribunal de la Seine, confirmé en appel [2], s'est prononcé pour la négative. Les magistrats ont considéré que, dans l'espèce, les enfants avaient reçu les biens moins par donation volontaire que par l'effet de la loi ; or le Code civil n'exige que le rapport de ce qui a été donné ; les règles qu'il édicte n'étaient donc pas applicables [3].

1. Cass. req., 23 juin 1882 (*Journal du droit international privé*, 1882, p. 415, D. 1884, 1, 277).

2. Salmeron, *op.* et *loc. cit.*

3. Tribunal de la Seine, 13 juillet 1869 et Paris 7 janvier 1870, (S. 1870, 2, 97.)

Il peut arriver que la législation compétente, pour déterminer dans quel cas il y a lieu au rapport, varié entre la donation et le décès du *de cujus*. La Cour de cassation a jugé, le 16 mars 1880, qu'aucun rapport n'était dû par les héritiers mâles à raison des avantages qui leur ont été faits par un de leurs parents, avant l'annexion de la Savoie, sous l'empire du Code Charles-Albert, lequel dispensait du rapport l'abandon fait par le père de famille au profit de ses enfants mâles, à la charge de payer les dettes et de solder les légitimes auxquelles leurs sœurs pouvaient avoir droit. L'annexion de la Savoie à la France dont la conséquence a été de soumettre la succession du *de cujus* à la loi française n'a pu avoir pour résultat d'imposer aux donataires l'obligation du rapport[1].

SECTION VIII

DU RETRAIT SUCCESSORAL

L'article 841 du Code civil s'exprime ainsi : « Toute personne même parente du défunt qui n'est pas son successible et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession peut être écartée du partage soit par tous les cohéritiers soit par un seul en lui rem-

1. *Journal du droit international privé*, 1880, p. 195.

boursant le prix de la cession. » C'est là ce qu'on appelle le retrait successoral. Le législateur français organise ainsi en faveur des héritiers une véritable expropriation. Cette institution qui prête aux plus vives critiques a disparu d'un certain nombre de législations étrangères[1]. Un conflit est donc possible sur ce point ; comment le résoudre ?

Le retrait successoral ayant avant tout pour objet la condition des biens, il paraît tout naturel, en cas de conflit, de faire l'application du système que le Code civil a consacré pour en régler la dévolution. Ce sera donc la loi territoriale qui décidera si le retrait peut ou non être exercé à l'égard des immeubles ; pour les meubles, il faudra consulter la loi du domicile du *de cujus*. Cette solution, en ce qui concerne les immeubles, ne peut faire aucun doute ; en ce qui concerne les meubles, il existe au contraire une sérieuse difficulté ; elle provient de la nature même du retrait. N'est-ce pas là une de ces institutions qui touchent à l'ordre public, et qui, par conséquent s'appliquent à tous les biens, quelle que soit leur nature. La question est vivement discutée. Les travaux préparatoires qui pourraient nous renseigner à cet égard sont très succints. Ce qu'il y a de plus précis a été dit par Chabot dans son rapport au Tribunat. « Les étrangers qui achètent des droits successifs appor-

1. Huc, *Le Code civil Italien et le code Napoléon, Etudes de législation comparée*, p. 232.

tent presque toujours la dissension dans les fami les et le trouble dans les partages. Le projet donne le moyen de les écarter..... Il est de l'intérêt des familles qu'on n'admette pas à pénétrer leurs secrets et qu'on n'associe pas à leurs affaires des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires.[1] » C'est en s'appuyant sur ces paroles qu'on a soutenu que cette disposition législative tombait sous l'application de l'alinéa 1 de l'article 3 du Code civil[2]. Cette opinion paraît même pouvoir se prévaloir de la jurisprudence. On lit, en effet, dans un arrêt de la Cour de cassation que le retrait successoral est fondé sur *l'ordre public*[3]. Un autre arrêt déclare qu'il importe à la *morale* que des spéculateurs étrangers ne pénètrent pas dans les affaires des cohéritiers et ne soient pas admis à pénétrer les secrets d'une famille auxquels ils ne doivent pas participer[4]. Si le retrait avait pour fondement l'ordre public et la morale, la question ne pourrait plus soulever aucun doute. Nous ne croyons pas qu'il en soit ainsi[5]; sans entrer dans une discussion sur le point de savoir si le retrait se justifie ou non rationnellement, ce qui n'aurait aucune impor-

1. Chabot, Rapport, Locré, t. V, p. 125.
2. Despagnet, *op. cit.*, p. 488.
3. Cass. 28 juin 1836 (Dalloz *Répertoire*, Vo Succession, nos 1881 et 1891.)
4. Cass. 15 mai 1844 (S. 1844, 1, 605).
5. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 42 et s.

lance dans l'espèce, puisque l'interprète doit prendre la loi telle qu'elle est et n'a pas le droit d'en modifier le caractère, nous nous bornerons à faire une remarque qui nous paraît décisive. La preuve que le retrait n'est pas une disposition d'ordre public résulte clairement, à notre avis, de ce que les héritiers — la jurisprudence[1] et la doctrine[2] sont d'accord sur ce point — peuvent renoncer à se prévaloir de la faculté que la loi leur accorde ; or on ne renonce pas à ce qui est d'intérêt social, à ce que la morale commande. Chabot, dans son rapport, ne prononce pas du reste les mots de morale et d'ordre public ; c'est la Cour de cassation qui interprète ainsi les raisons que l'orateur avait données pour justifier l'article 841 ; mais, elle-même dément dans ses décisions ce qu'elle avait affirmé dans ses considérants en permettant la renonciation.

SECTION IX

DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

Quand une succession est ouverte, les parties peuvent disposer des droits qui leur appartiennent ainsi

1. Voy. les arrêts précités.
2. Demolombe, *Traité des successions*, t. IV, nos 67 et 127 et les autorités citées.

que bon leur semble ; la loi leur laisse à cet égard la plus grande latitude. Mais tant que vit le *de cujus*, de nombreuses restrictions ont été consacrées. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1130, « on ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession même, avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ». L'article 1600 fait une application du principe posé : « On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement». Les renonciations aux successions ont été de la part du législateur l'objet d'une prohibition spéciale. L'article 791 déclare que : « on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à sa succession ». Au titre du contrat de mariage, le Code civil renouvelle cette prohibition. « Les époux, porte l'article 1389, ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions. » Cette défaveur que le législateur français montre aux pactes successoires est loin d'être communément acceptée. En Allemagne, par exemple, les jurisconsultes ont posé en principe qu'il est inutile de tracer pour les pactes successoires d'autres règles que celles admises pour la validité des contrats en général [1] ; plusieurs législations suivent cette règle. Le droit commun allemand

1. Voy. not. Boehmer, *Exercit. ad Pandectas*, IV, [illegible].

a apporté une restriction à cette doctrine : il autorise les pactes sur successions futures, mais il les entoure de certaines garanties, soit en précisant les cas dans lesquels ils sont licites, soit en édictant des formes protectrices [1]. Des conflits sont donc possibles sur ce point ; on peut très bien, en effet, supposer les faits suivants : des étrangers font une convention sur une succession future qui s'ouvre en France ; la validité de cette convention est contestée ; les contractants invoquent leur loi nationale qui l'autorise. Quelle sera le sort de la convention ? Doit-elle être maintenue ? Doit-elle être annulée ? Considérons d'abord la nature de l'opération qui a été faite. Il s'agit d'une convention ; or, en cette matière, les parties, ainsi que nous avons eu l'occasion de le constater à plusieurs reprises, jouissent de l'autonomie la plus complète ; leur volonté peut librement s'exercer dans les limites tracées par leur loi nationale. Dans l'espèce, la loi nationale n'a apporté aucune restriction ; la convention doit donc être valable, à moins qu'elle ne trouve dans la législation française une disposition législative qui la tienne en échec au nom des bonnes mœurs et de l'ordre public. Toute la question consiste donc à rechercher les motifs qui ont fait édicter la prohibition des pactes successoires. Pour déterminer notre

1. Lehr, *Eléments de droit civil germanique*, p. 216 et s. Cf. *Traité de droit civil germanique* (1892). t. 1er, nos 828 et s , et t. II, nos 1516 et suiv.

opinion, nous devons consulter l'ancien droit et les travaux préparatoires.

Pothier, qui a été le guide habituel du législateur de 1804, s'exprime de la manière suivante : « Il y a des choses qu'il est contre la *décence* et les *bonnes mœurs* d'espérer, telle qu'est une succession future que l'on ne pourrait espérer qu'en *espérant la mort de la personne* qui doit y donner ouverture, ce que les *bonnes mœurs* ne permettent pas [1]. » C'est donc toujours la crainte des pensées criminelles que pourraient faire naître de pareilles conventions qui conduit à les prohiber, ainsi que le voulait une loi romaine. L'intérêt social est en cause, ce qui permet de porter atteinte à la liberté des contractants. Le grand jurisconsulte admettait il est vrai une exception relative au contrat de mariage, car il n'est pas possible de supposer que des enfants attentent à la vie de leurs parents ou souhaitent leur mort dans l'espoir de recueillir leur fortune. Dans notre ancien droit, c'était à ce moment en général que les filles et souvent les puînés renonçaient en faveur de l'aîné aux droits auxquels ils auraient pu prétendre. Cette pratique, dictée par l'orgueil nobiliaire, justifiait l'exception ; mais, en dehors de cette hypothèse, les pactes successoires étaient formellement interdits comme immoraux.

Qu'a fait le législateur au moment de la rédaction

1. Pothier, *Traité des obligations*, n° 132 ; *Traité de la vente*, n° 157.

du Code? Il s'est inspiré de la doctrine de Polhier pour repousser les pactes successoires. C'est au au nom de la morale et de l'intérêt social qu'ont été édictées les diverses prohibitions que nous avons signalées. Bigot de Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs, que ces conventions sont réprouvées parce qu'elles sont contraires à *l'honnêteté publique*[1]. Au titre du contrat de mariage, Berlier, en parlant des clauses qui peuvent y être insérées, s'exprime de la manière suivante : « Que la plus grande liberté y préside donc et qu'elle n'ait d'autres limites que celles que lui assignent les bonnes mœurs et l'ordre public ; car rien en cette matière ne doit être spécialement commandé, mais ce qui serait contraire à l'ordre public peut et doit être positivement défendu..... c'est d'après ces vues que toutes conventions tendant à intervertir l'ordre légal des successions sont spécialement défendues[2]. » La prohibition est même plus complète que dans l'ancien droit : les renonciations aux successions par contrat de mariage ont été formellement interdites. La révolution de 1789, en effet, en inaugurant un nouvel ordre de choses, a définitivement aboli les privilèges et les exclusions qui autrefois étaient vus avec tant de faveur. C'était au nom de l'intérêt social que l'on permettait ces renonciations, c'est encore au nom de l'intérêt social qu'on les

1. Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, t. VI, p. 152.
2. Berlier, *Exposé des motifs au Corps législatif*, Fenet, t. XIII, p. 663.

condamne. On lit dans le rapport que Chabot fit au Tribunat : « Les renonciations auxquelles on forçait les filles de souscrire par leurs contrats de mariage à la succession de leurs parents et sans lesquelles on ne leur permettait guère de se marier, avaient la même tache *d'injustice* et de *féodalité* que les exclusions coutumières concernant le droit d'aînesse et de masculinité ; elles blessaient également la *nature* et *l'égalité* ; il fallait également les proscrire [1] ».

Les témoignages que nous venons de citer nous montrent clairement que le législateur a considéré les pactes successoires comme immoraux et dangereux. Il nous paraît impossible, dès lors, de reconnaître les effets de pareilles conventions [2]. La volonté de l'homme ne peut porter atteinte aux règles qui ont été établies pour sauvegarder les droits de la société. M. Laurent cependant est d'un avis différent ; voici la raison qu'il invoque à l'appui de son opinion : « Peut-on dire que le législateur français considère le pacte successoire comme immoral, alors qu'il autorise dans un contrat moral par excellence, le contrat de mariage [3]. » Le savant auteur fait al-

1. Chabot, Rapport, Locré, t. V, p. 121.

2. Les interprètes du Code civil Napoléon qui traitent cette question se contentent de dire que le statut réel, sans motiver leur opinion. Voy. not. Aubry et Rau, t. I, p. 106. M. Brocher, *Droit international privé*. p. 256, n° 91 et M. Bertauld, *Questions doctrinales du Code Napoléon*, t. Ier, p. 36 n° 45, se prononcent également en ce sens mais avec certaines restrictions.

3. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 511.

lusion aux articles 1081 et suivants du Code civil qui autorisent l'institution contractuelle en faveur des époux et des enfants à naître du mariage. C'est assurément là une exception à la règle qui prohibe les pactes sur successions futures, mais l'argument qu'il en tire nous paraît mal fondé. N'est-ce pas en effet le cas d'appliquer l'adage bien connu que l'exception confirme la règle. Si le législateur a permis dans le contrat de mariage une véritable convention sur succession future, c'est qu'il a pensé qu'il n'y avait aucun danger à le faire et, en effet, bien différente est la situation faite à la personne qui, pour faciliter un mariage, consent à donner des biens dont elle se réserve la jouissance et la situation faite à la personne dont des spéculateurs escomptent la mort: la première a le droit de compter sur la reconnaissance, la seconde a tout à craindre. Il serait trop facile de déclarer que, du moment qu'une exception est apportée à une règle quelconque, cette règle cesse de s'imposer au respect des étrangers. Un exemple précisera notre pensée. Le législateur français, dans le but d'éviter des poursuites scandaleuses, prohibe la recherche de la paternité ; il l'autorise cependant exceptionnellement dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception. Dira-t-on que la prohibition de la recherche de la paternité cesse d'être une disposition d'ordre public, parce que la loi admet une

exception, et autorisera-t-on des sujets Prussiens, qui le peuvent d'après leur législation nationale, à intenter une pareille action ? Personne n'oserait le soutenir. Il ne saurait cependant y avoir deux modes d'argumentation différents à propos de la même question. M. Laurent aurait pu ajouter qu'aux termes de l'article 761 l'enfant naturel peut, en recevant la moitié de sa part, renoncer à ses droits successoraux. Mais ce nouvel exemple n'aurait nullement consolidé sa théorie. C'était une exception de plus, et ce n'était qu'une exception, ne modifiant en rien le caractère de la règle générale, qui interdit les pactes successoires parce qu'ils sont contraires à la moralité publique, et qui, à ce titre, s'impose aussi bien au respect des étrangers qu'au respect des nationaux.

CHAPITRE IV

DE L'ENREGISTREMENT

Aux termes de l'article 4 de la loi du 22 frimaire an VII, qui est la loi organique de l'enregistrement, un droit proportionnel est établi pour toute transmission de propriété, d'usufruit, de jouissance des biens meubles ou immeubles, soit entre vifs, soit par décès. Ce droit est assis sur les valeurs.

Cette disposition s'applique à tous les biens meubles ou immeubles qui se trouvent en France ; peu importe que le défunt et les héritiers soient domiciliés eu pays étranger, ou relèvent d'une autre nationalité. Le régime des impôts étant lié à l'intérêt de l'État, le quantum des droits de succession doit être déterminé par la loi de chacun des pays où sont situés les biens du patrimoine du défunt, et c'est au fisc de ce pays qu'ils doivent être acquittés. Il ne peut s'élever aucune difficulté en ce qui concerne les immeubles situés en France ou les meubles corporels qui s'y

trouvent au jour du décès [1]. Mais cette disposition est générale ; elle s'étend également aux meubles incorporels, aux créances ; quand leur assiette sera-t-elle déterminée en France ? Un avis du Conseil d'État, du 11 février 1829, décide qu'il faut s'attacher au domicile du débiteur. « Considérant qu'il suffit, pour que le droit de mutation par décès soit exigible, que les biens transmis soient assujettis à la législation Française à raison de la situation locale ; considérant que si les créances ou autres biens incorporels n'ont précisément nulle part de situation matérielle, il a toujours été permis de leur assigner pour l'application de la loi une situation fictive ; considérant que la garantie des droits du créancier étranger sur le sujet Français repose principalement sur la protection que leur accorde la loi Française ; que, tant que l'obligation subsiste, la matière est censée se trouver en France, au domicile du débiteur Français....., le Conseil d'État est d'avis de résoudre affirmativement la question de savoir si le droit de mutation par décès est dû sur les obligations souscrites par des sujets Français au profit des sujets étrangers lorsque ceux-ci décèdent en pays étranger. » La jurisprudence tout entière est en ce sens. Il a été jugé à plusieurs reprises que les

1. Décision ministérielle du 7 février 1834 ; solution du 22 mai 1869 instruction de la régie du 20 juin 1882 (*Journal du droit international privé*, 1882, p. 610.) — Voy. aussi, Trib. Seine, 7 février 1879 (*Journal du droit international privé*, 1879, p. 279) ; 16 mars 1888 (*Gazette des Tribunaux* du 5 avril 1888).

créances dues au *de cujus* par des personnes domiciliées en France sont assujetties aux droits de mutation [1] et cela même dans le cas où le débiteur, domicilié en France, réside à l'étranger [2], ou dans le cas où la créance a été garantie par une hypothèque constituée sur des immeubles qui se trouvent à l'étranger [3]. L'application de cette règle est parfois des plus délicates. Un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1858 [4] décide qu'une lettre de change tirée de l'étranger en France constitue une valeur française dans le sens de la loi sur l'enregistrement, même lorsque le tireur est domicilié à l'étranger et qu'elle n'a pas été acceptée en France par le tiré ; les premiers juges avaient adopté une autre solution [5]. La question est, en effet, fort douteuse. Tant que la lettre de change n'a pas été acceptée, ne convient-il pas de considérer le tireur comme le principal obligé ?

En ce qui concerne les biens situés en pays étranger, il faut distinguer entre les biens corporels et les biens incorporels. Il est reconnu sans difficulté que les immeubles et les meubles corporels qui se trou-

1. Cass. 27 juillet 1819 (S. 1819-1, 495) ; 16 juin 1823, S. 1823,1, 342) ; 29 août 1837, (S. 1837,1, 762) ; 20 janvier 1858 (S. 1858, 1, 309); 13 juillet 1867 (S. 1869, 1, 431).

2. Trib. Brives, 29 août 1848. *Journal de l'enregistrement*, n° 4585.

3. Cass 20 janvier 1858 (S. 1856, 1, 309.)

4. Cass. 29 novembre 1858 (S. 1859, 1, 263).

5. Trib. Marseille, 20 août 1856.

vent hors des frontières échappent aux droits de mutation établis par la législation française, quelle que soit la nationalité des parties, en quelque lieu que se trouve leur domicile.[1] La question devient beaucoup plus difficile lorsqu'il s'agit des créances.

A l'origine, la loi du 22 frimaire an VII ne contenant aucune disposition spéciale, il en résultait, par une conséquence logique, que les créances devaient échapper en France aux droits de mutation lorsque leur assiette se trouvait déterminée à l'étranger, c'est-à-dire lorsque le débiteur y était domicilié. La jurisprudence avait bien souvent fait l'application de ce principe; elle avait même décidé que les titres émis par des gouvernements étrangers, des sociétés ou des établissements étrangers n'étaient pas soumis à l'impôt, même lorsque les titres sont cotés en France et lorsque le service des intérêts et de l'amortissement est fait en France [2].

La loi du 18 mai 1850 vint consacrer une réforme importante; son article 7 impose les droits de mutation « aux fonds publics et actions des compagnies ou sociétés d'industrie et de finances étrangers dépendant d'une succession régie par la loi française ». L'article 11 de la loi du 13 mai 1863 a étendu ces

1. Instruction de la régie précitée; trib. Saint-Julien, 19 février 1878 (*Journal du droit international privé*, 1878, p. 374); Cass. 28 janvier 1880 (*Journal du droit international privé*, p. 192 et la note).

2. Cass. 23 janvier 1849 (S. 1849, 1, 193) ; 2 juillet 1849 (S. 1849, 1. 640).

dispositions aux obligations des sociétés étrangères. Désormais toutes les valeurs étrangères, c'est-à-dire celles dont le paiement doit être effectué hors de France, se trouvaient à cet égard assimilées aux valeurs françaises dans le cas où elles faisaient partie d'une succession régie par la loi française. Quand pouvait-on dire que la succession était régie par la loi française? La jurisprudence, ainsi que nous l'avons dit, prend en considération le domicile du *de cujus*, lorsqu'il s'agit de régler la dévolution de sa succession, mais elle n'attache cet effet qu'au domicile légal, à celui qui a été acquis en vertu de l'autorisation du gouvernement, conformément aux dispositions de l'article 13 du Code civil. Il en résultait que les valeurs étrangères comprises dans la succession des étrangers ne tombaient sous l'application des nouvelles lois que dans le cas où ils avaient obtenu du gouvernement l'autorisation de fixer leur domicile en France. Trois arrêts de la Cour de cassation rendus le même jour consacrèrent formellement cette solution[1]. Comme il arrivait le plus souvent que les étrangers se contentaient de transporter en France leur principal établissement, sans tenter une démarche officielle qui leur aurait occasionné des frais sans leur procurer de grands avantages, le but que s'était proposé le législateur n'avait pas été atteint.

Une nouvelle loi du 23 août 1871 vint compléter

1. 12 janvier 1869 (S. 1869, 1, 138).

a réforme ; son article 7 dispose : « Sont assujettis aux droits de mutation par décès les fonds publics, actions, obligations, parts d'intérêts. créances et généralement toutes les valeurs mobilières étrangères de quelque nature qu'elles soient, dépendant de la succession d'un étranger. » Ainsi, dans le droit actuellement en vigueur, il importe peu que l'étranger ait ou n'ait pas de domicile légal en France ; que sa succession soit régie par la loi étrangère ou par la loi française ; s'il y a un domicile de fait, les valeurs étrangères dépendant de sa succession sont assujetties aux droits de mutation [1]. La jurisprudence entend cette règle avec une grande rigueur. Il a été jugé notamment — bien que la question soulevât de sérieuses difficultés — que l'impôt est dû pour une rente qui aurait été immobilisée par l'inscription sur le grand livre, conformément aux dispositions de la législation étrangère [2], et pour une annuité frappée de substitution et immobilisée, ainsi que le permet le droit anglais [3]. Ces circonstances, d'après la Cour de cassation, n'impriment pas aux valeurs dont il s'agit un caractère d'immeuble réel et territorial ; par suite, cette partie de la succession ne peut être soustraite à ce titre à l'application de la loi de finance française.

1. Trib. Versailles, 26 février 1878 (*Journal de l'enregistrement*, n° 20.757) ; Trib. Nice, 15 février 1879 (*eod.* n° 21.020) ; Trib. Seine, 7 février 1879 (*Gazette des Tribunaux* 16 avril 1879.)

2. Cass. 28 juillet 1862 (S. 1862, 1, 988 ; D. 1862, 1, 371.)

3. Cass. 15 juillet 1885 (*Le Droit* du 23 août 1885).

La loi du 23 août 1871 ne concerne pas les Français ; ils restent donc toujours soumis au système établi par les lois du 18 mai 1850 et du 13 mai 1863. Ainsi lorsqu'il s'agit de la succession d'un Français domicilié en France, l'impôt est dû sur toutes les valeurs incorporelles étrangères[1]. Le Français se trouve-t-il à l'étranger au moment de son décès ? Il faut établir une distinction Si son établissement hors des frontières de sa patrie ne présente pas le caractère d'un véritable domicile, sa succession est régie par la loi française et l'impôt, par suite, est dû sur les valeurs mobilières étrangères comme sur les valeurs françaises[2]. Si. au contraire, le Français a son domicile légal à l'étranger, sa succession est régie par la loi étrangère ; l'impôt n'est dû que sur les valeurs françaises et ne l'est pas sur les valeurs étrangères[3].

Lorsque le défunt a un domicile en France, où s'ouvre sa succession, c'est au bureau de ce domicile que doit être faite la déclaration, même en ce qui concerne les valeurs étrangères[4]. Si le défunt n'a pas de domicile, les valeurs françaises, les seules sur lesquelles puisse porter l'impôt dans cette hypothèse, doivent

1. *Journal du droit international privé*, 1876, p. 255.

2. *Journal du droit international privé*, 1876, p. 257. Trib. Reims, 30 mars 1878 (*Journal du droit internationvl privé*, 1879, p. 397). Trib. Saint-Julien, *Rép. périod. de l'enregist.* nº 5302.

3 Trib. Seine, 25 juin 1880 (*Journal du droit international privé*, 1886, p. 164.)

4. Trib. Seine, 20 juillet 1867 (S. 1868, 2, 154) ; Cass. 24 février 1869 1, 140); 14 décembre 1870 (S. 1870, 1, 407).

être déclarées : les actions et obligations de sociétés françaises, au bureau dans le ressort duquel ces sociétés ont leur siège ; les créances, au domicile du débiteur; les rentes sur l'État Français, au premier bureau de Paris[1].

Le délai qui est accordé pour faire la déclaration de succession est de huit mois, si le décès a eu lieu hors de France, en Europe ; d'une année, si le décès a eu lieu en Amérique; de deux ans, si c'est en Afrique ou en Asie[2].

Nous venons d'exposer la législation financière sur ce point; il nous reste à l'apprécier. Le régime des impôts, étant lié à l'intérêt de l'État, doit s'étendre à tous les biens qui se trouvent sur le territoire, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération soit la nationalité de leur propriétaire, soit son domicile[3]. La fiction traditionnelle qui concentre en un seul point la fortune mobilière doit donc cesser de recevoir son application toutes les fois qu'elle est contraire à la réalité même des choses ; il faut s'attacher à la situation matérielle de chaque meuble. Une sérieuse difficulté se présente en ce qui concerne les créances ; par elles-mêmes, elles n'ont pas d'assiette. A quel endroit la loi d'impôt doit-elle les saisir ?

1. *Dictionnaire de l'enregistrement*, Vo Étranger, no 326.

2. Loi du 22 frimaire an VII, art. 24.

3. Wahl, *Des droits d'enregistrement dans les rapports internationaux*, *Journal du droit international privé*, 1891, p. 1065 et s.

Deux solutions se présentent naturellement à l'esprit : le droit de créance constituant un rapport d'obligation entre deux personnes, on peut le fixer là où demeure habituellement l'une ou l'autre de ces personnes, c'est-à-dire soit au domicile du débiteur, soit au domicile du créancier. Effectivement, chacune de ces solutions compte des partisans. Que l'on adopte l'une ou l'autre, la logique n'a rien à reprendre. Mais il est impossible de les appliquer concurremment, comme le fait la législation française ; car, par la force même des choses, elles s'excluent l'une l'autre.

Rechercher le droit d'après le domicile du débiteur, nous paraît être le vrai principe de la matière [1]. La créance, en effet, n'est-elle pas principalement en contact avec le domicile du débiteur ? N'est-ce pas là que le créancier doit aller demander son paiement ? N'est-ce pas devant le tribunal qui y siège qu'il portera son action en cas de difficulté ? Et, d'autre part, le sort de la créance ne se trouve-t-il pas aux mains du débiteur qui, par son incurie, ou son incapacité, peut lui enlever toute valeur ? On ne saurait le contester. Le mot de créance lui-même l'indique : le créancier, jusqu'à l'échéance, s'en est remis à la bonne foi du débiteur. S'il en est ainsi, une conséquence s'impose : c'est au domicile du débiteur qu'il faut s'attacher lorsqu'il

1. Lehr, *Journal du droit international privé*, 1883, p. 13 et s. — *Walh eod.* 1891, p. 1076.

s'agit de donner à la créance une sorte de corps et une assiette légale. Mais, objecte-t-on, « l'impôt doit frapper la richesse ; or la richesse que constituent les créances ne se trouve pas chez le débiteur ; elle est bien plutôt du côté du créancier [1]. » Cette objection ne nous paraît pas irréfutable. De ce que la créance est une richesse pour le créancier, il n'en résulte nullement qu'elle se trouve à son domicile : les meubles corporels constituent bien aussi une richesse pour leur propriétaire ; cela n'empêche pas qu'ils peuvent se trouver loin de sa demeure habituelle. La créance est une richesse pour le créancier, mais c'est une richesse détenue par le débiteur [2].

1. Roguin, *La règle de droit*, p. 111.
2. Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 266.

CHAPITRE V

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Après avoir étudié le conflit des lois successorales au point de vue du droit positif Français, nous devons rechercher comment les législations des autres États règlent ce point de droit. La question est du plus grand intérêt. Il ne suffit pas, en effet, de savoir comment est traitée en France la succession des étrangers; il est indispensable de connaître les règles applicables au règlement de la succession de nos nationaux en dehors des frontières de notre pays.

PREMIER GROUPE.

Ce groupe comprend les législations qui, à l'exemple du droit Français, établissent une distinction entre les meubles et les immeubles héréditaires, et soumet-

tent les premiers à une loi unique, les seconds à la loi de leur situation.

Belgique. — La Belgique, ayant emprunté à la France son Code civil, c'est en vertu des mêmes principes que sont tranchés les conflits de lois relatifs à la succession des étrangers. Dans la doctrine, de vives critiques leur ont été adressés ; aussi M. Laurent, l'éminent professeur de l'université de Gand, avait-il adopté un autre système dans l'avant-projet de révision du Code civil que le ministre de la justice, M. Bara, l'avait chargé de préparer. En 1884, le ministère dont M. Bara faisait partie fut renversé. Le nouveau cabinet arrivé aux affaires retira à M. Laurent la mission qui lui avait été confiée et en chargea une commission qui se divisa en trois sections de six membres chacune, entre lesquelles les divers titres du Code civil ont été répartis, aux fins de rédiger les propositions revisionnistes à soumettre par les sections à la commission tout entière et par celle-ci au gouvernement. La deuxième section, qui est chargée du titre préliminaire, est composée de MM. Guillery, président ; de Bavay, secrétaire, Bayet, Bilant, Van Berchem, Van der Heuvel, membres. Les propositions de la deuxième section ont été adoptées le 12 décembre 1885 par une commission réunie en séance plénière ; voici comment est tranché le conflit des lois.

successorales. Article 6 : « Les successions sont réglées d'après la loi nationale du défunt. L'application de la loi nationale du défunt a lieu, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent. » La rédaction de l'article 6 est fort large, mais il va de soi que la règle posée dans cette disposition doit se combiner avec celles des autres dispositions du projet. Ainsi c'est la loi territoriale qui devra être appliquée, conformément à l'article 5, lorsqu'il s'agira des conditions et des formalités moyennant lesquelles le droit de propriété ou les autres droits réels ouverts par le décès sont consolidés vis-à-vis des tiers ; c'est encore la loi du lieu où le partage est fait qui en déterminera les formes, ainsi que le décide l'article 9 [1]. Ces propositions qui sont analogues à celles de M. Laurent n'ont plus besoin que d'être sanctionnées par le législateur, ce qu'il fera selon toute probabilité.

Hollande. — En Hollande, le système suivi est analogue à celui du droit Français ; cela n'a rien de surprenant, si l'on considère que telle était la doctrine universellement enseignée par les auteurs qui, dans ce pays, se sont occupés des questions de statuts. Le Code Néerlandais, de même que le Code Français, ne contient aucune disposition précise relativement à la solution de la question qui nous occupe ; son article 7 se borne

1 *Revue de droit international privé*, 1886, p. 443 et s.

à soumettre, dans les termes les plus généraux, les immeubles à la loi de la situation ; il ne contient aucune règle pour les meubles. Pour combler cette lacune, il suffit de consulter la tradition, qui ne laisse subsister aucun doute [1].

Roumanie. — L'article 2 du Code roumain déclare que tout immeuble possédé par des étrangers est régi par la loi roumaine. Cette disposition est fondée sur l'indivisibilité de la souveraineté qui serait atteinte, si des portions du même territoire étaient soumises à des lois qui n'émaneraient pas du même souverain. Les termes généraux de cet article, ainsi que les motifs sur lesquels il repose, prouvent qu'il s'étend à toutes les hypothèses : c'est donc la loi roumaine qui gouvernera la succession des immeubles situés dans ce pays, même lorsque le propriétaire est étranger [2]. Le Code ne contient aucune disposition en ce qui concerne les meubles ; de là une controverse sur le point de savoir quelle est la règle applicable au règlement de la succession mobilière. Plusieurs auteurs se prononcent en faveur de la loi étrangère en argumentant, par *a contrario*, du silence de l'article 2, et en faisant remarquer que, les meubles se déplaçant

1. *Revue de droit international privé*, 1869, p. 632, 633. Asser et Rivier, *Eléments de droit international privé*, p. 135.

2 Suliotis, *Journal du droit international privé*, 1887, p. 434 et s.

avec la plus grande facilité, l'application de la *lex rei sitæ* présenterait de très sérieuses difficultés. D'autres veulent que les meubles soient régis par la législation roumaine ; à leur avis, si l'article 2 ne parle pas de cette catégorie de biens, c'est que l'action de la loi territoriale, en ce qui les concerne, est tout à fait précaire, parce qu'il est très facile de les soustraire à son empire ; mais l'esprit du texte, les motifs qui servent à le justifier prouvent qu'il doit s'appliquer aux meubles, dans le cas où ils se trouvent sur le territoire. M. Ch. Suliotis, qui a publié sur la condition des étrangers en Roumanie un intéressant article dont nous avons largement profité, a adopté cette solution ; la manière dont il la défend mérite d'être relevée car, d'après nous, elle soulève les plus vives critiques : « L'opinion la mieux fondée et la plus conforme aux intérêts généraux d'un pays, sans doute est celle que les biens meubles doivent également être régis par la loi roumaine, sans s'occuper de la nationalité du *de cujus* ni de celle de ses héritiers ; car supposons, par exemple, que la loi du *de cujus* lui accorde la faculté absolue de tester tandis que la loi roumaine restreint cette faculté, il résulterait de là qu'on appliquerait la loi étrangère aux biens immeubles. Or, cela serait déraisonnable, parce qu'il n'y a qu'un seul patrimoine, une succession et que, par conséquent, il ne peut y avoir qu'une seule loi pour les régir. Ainsi la succession *ab intestat* étant le tes-

tament présumé du *de cujus*, on ne peut admettre que celui-ci ait l'intention de laisser après sa mort ses biens d'après deux modes différents, selon qu'ils soient meubles et immeubles, » et plus loin : « Il est donc évident que les meubles, surtout aujourd'hui où ils forment souvent la principale part de la succession sinon la totalité, doivent être régis par la loi roumaine, à l'instar des immeubles pour lesquels il n'y a aucun doute. C'est du reste la doctrine de l'unité du patrimoine qu'il faut maintenir d'autant plus qu'à juste titre, rien dans le Code civil ne s'oppose à la mise en pratique de cette opinion. On peut dire que cette opinion est la plus conforme à la raison, à l'esprit de la loi, aux intérêts généraux du pays, et à l'application équitable des principes de la justice. » Les raisons données par M. Suliotis soulèvent les plus vives critiques. Si la succession *ab intestat* est, dans ce pays, comme il le prétend, le testament présumé du *de cujus*, à quel titre la loi territoriale serait-elle applicable ? Comment admettre qu'un Français laissant des meubles sur le territoire roumain, d'une manière tout à fait accidentelle, par exemple au cours d'un voyage qui lui est imposé par ses affaires, ait entendu se soumettre au régime successoral établi dans ce pays, alors qu'il conserve sa législation personnelle et les habitudes de la vie intime de nos nationaux ? Un simple déplacement suffit-il à changer le cœur humain, et à modifier les affections ? Personne n'oserait le sou-

tenir. L'auteur invoque encore la nécessité de maintenir l'unité du patrimoine ; il commet une confusion évidente ; aucun système, au contraire, ne morcelle plus la succession que celui qu'il défend. Mille circonstances peuvent faire qu'une personne possède des meubles dans divers pays ; surtout aujourd'hui où le public prend l'habitude de diviser sa fortune entre les valeurs des différents États. Une succession mobilière est donc exposée à être soumise à plusieurs lois dans des cas bien plus nombreux qu'une succession immobilière, si l'on applique la législation territoriale. La vérité est que ce système est inspiré par le désir de donner à la loi roumaine la plus grande extension possible, ce qui aboutit aux plus fâcheuses conséquences, ainsi que nous l'avons dit en parlant du droit français, où plusieurs auteurs profitent également du silence gardé par le Code civil pour proposer cette solution. Concluons donc que le Code roumain ne contenant aucune disposition relative aux meubles, il est préférable de soumettre la succession mobilière à une loi unique qui peut être la loi étrangère ; c'est du reste la doctrine qui prévaut.

Autriche. — Dans ce pays, les questions relatives au règlement des successions en droit international privé doivent être décidées suivant la nature des biens dont elles se composent. Quand il s'agit des immeu-

bles, la loi du 9 août 1854 ordonne aux Cours autrichiennes d'appliquer dans tous les cas la loi de la situation. Quand il s'agit des meubles, la loi précitée les soumet à la loi du domicile du *de cujus*[1]. La distinction des meubles et des immeubles constitue en Autriche une anomalie encore plus étrange que partout ailleurs, car le principe de l'unité de la succession est fortement implanté dans la législation[2].

Monaco. — Les règles de la matière se trouvent dans l'article 3 du Code civil monégasque qui reproduit textuellement le même article du Code civil français. Il ressort nettement des délibérations du Conseil d'État qu'on a entendu donner à cette disposition le même sens et la même portée qui lui sont attribués par la jurisprudence française. La dévolution des immeubles est soumise à la loi de leur situation ; en ce qui concerne la dévolution des meubles, il peut exister un doute entre la loi du domicile du *de cujus* et la loi nationale, puisque la question est discutée en France, mais les jurisconsultes monégasques paraissent donner la préférence à la loi du domicile[3]. Deux articles s'occupent du domicile des étrangers. L'article 13, qui reproduit notre article 11, décide que les étrangers

1. *Revue de droit international*, 1875, p. 403.
2. V. not. art. 531 du Code autrichien.
3. De Rolland, *Journal du droit international privé*, 1890. p. 243.

qui ont obtenu du prince l'autorisation de fixer leur domicile dans la principauté jouissent des droits civils. L'article 79 porte de son côté: « Seront considérés comme domiciliés dans la principauté, au point de vue de l'exercice des droits civils, les étrangers qui, depuis cinq ans au moins, ont été autorisés à fonder leur établissement. » L'autorisation dont il est question dans cet article n'est pas celle du prince, autrement il ferait double emploi avec l'article 13; il s'agit simplement de l'autorisation administrative, qui est exigée de toute personne qui veut se fixer dans le pays. Lorsqu'un étranger a été admis à domicile, conformément à l'article 13, ou a satisfait aux conditions imposées par l'article 79, sa succession s'ouvre dans la principauté et c'est la loi monégasque qui est appelée à la régir. En dehors de ces cas, l'étranger est considéré comme ayant conservé son domicile dans sa patrie et sa succession est gouvernée par sa loi nationale[1].

Suède. — En Suède, on suit pour le règlement de la succession en droit international privé, la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles; seulement, en ce qui concerne les meubles, on prend en considération la loi nationale du *de cujus* au lieu de s'attacher à la loi de son domicile[2].

1. De Rolland, *op.* et *loc. cit.*
2. *Revue du droit international privé*, 1875, p. 404.

Angleterre. — Le règlement du conflit des lois successorales présente en Angleterre une importance capitale. La question sepose, en effet, non seulement dans les rapports de cet État avec les autres États étrangers, mais encore dans les rapports des divers pays qui composent le Royaume-Uni, puisque quelques-uns, comme l'Écosse, ont obtenu la faculté de conserver leur législation nationale.

Bien que le droit anglais soit arrivé à des solutions analogues à celles admises par la plupart des nations du continent, cette matière est cependant, marquée au coin de l'originalité qui se retrouve dans toutes les parties de cette législation ; ce qui en rend l'étude si intéressante et si attrayante.

L'Angleterre est un pays réaliste par excellence ; c'est dans les ouvrages des statutaires hollandais que les auteurs modernes vont chercher leurs autorités ; à leur exemple, ils proclament la souveraineté de la loi territoriale, et n'admettent la loi étrangère qu'exceptionnellement, par bienveillance, par courtoisie [1].

C'est, d'après la loi de la situation qu'est dévolue la succession immobilière ; cette règle se trouve hors de toute contestation possible. Story rapporte ainsi les paroles du lord-chief-justice Abbott « La propriété immobilière n'a jamais été soumise à la loi du domicile;

1. Harrison, *Le droit international privé ou le conflit des lois, au point de vue historique particulièrement en Angleterre* (*Journal du droit international privé*, 1880, p. 417 et s.)

il n'existe pas dans les archives de Westminster-Hall une seule décision qui permette d'étendre au sol un principe qui ne regarde que la personne. Puisqu'il ne se trouve aucune autorité qui puisse autoriser de soumettre la succession immobilière à la loi du domicile, il faut décider avec certitude que la loi de la situation doit être appliquée [1]. »

Les principes suivis à l'égard de la succession mobilière sont complètement différents ; il est généralement admis qu'il faut se référer à la loi du domicile. Cette solution n'a cependant pas été acceptée sans difficulté. Lord Campbell nous apprend, en cause d'*advocate general c. Thomson*, que ce n'est que depuis une époque relativement récente que les juges anglais tiennent compte du domicile. Sous le règne de Charles II, sir Leonine Jenkins, dans une lettre adressée au roi en date de Nimègue 1676 et relative à la succession mobilière de la reine douairière Henriette Marie, en parle comme d'une expression qui n'est pas encore bien connue; il propose de s'y référer dans les espèces de ce genre [2]. C'est, croit-on, le plus ancien document en cette matière. Au XVIII[e] siècle, cette solution est plusieurs fois consacrée. « Les meubles, dit Lord Hardwicke en cause de *Pipon c. Pipon* [3], suivent la personne; en matière successorale,

1. Story, *Conflit of laws* (8e édition), § 434, p. 606.
2. *Vie de sir Leonine Jenkins*, t. II, p. 785.
3. Pipon c. Pipon, 1744, Ambler, p. 25.

ils se partagent d'après la loi ou la coutume du lieu, où le défunt avait établi son habitation réelle. » C'est également en ce sens que se prononcent à peu près à la même époque le chancelier Thurlow dans le célèbre procès *Bruce c. Bruce* [1]. Aujourd'hui cette doctrine a définitivement triomphé; tous les jurisconsultes anglais sont d'accord sur ce point [2].

Ainsi en Angleterre la dévolution des meubles s'opère conformément aux dispositions de la législation du domicile du *de cujus*. Un Français vient-il à mourir en Angleterre où il a établi son domicile, sa succession mobilière sera dévolue conformément à l'*English statute of Distributions*. Un sujet anglais, qui a transporté son domicile en France, vient-il à mourir même en Angleterre, ce sera la loi française qui sera applicable à tous les biens compris dans sa succession, sans exception [3]. Il sera parfois très difficile de connaître l'endroit où le *de cujus* avait fixé son principal établissement ; des questions très délicates pourront s'élever à ce sujet,

1. Bruce c. Bruce, 1790, Bosanquet, *and Puller's reports,* 2, 229.

2. Burge, *Commentaries on colonial and foreign laws generally and in their conflict with each other and with the law of England* (London 1838). t. Ier, p. 28; t. II, p. 19, 28, 622 ; t. III, p. 752 et 906 ; t. IV, p. 156, 159 et s. — Sir Robert Phillimore, *Commentaries upon international law,* t. IV : *Private international law or comity,* nos 875 et 877, p. 686 et 687. — Westlake. *A treatise on private international law,* § 158. — Dicey et Stocquart, *Le statut personnel anglais* ou la loi du domicile envisagée comme une branche du droit anglais, t. II, p. 262 et s.

3. Dicey et Stocquart, *op.* et *loc. cit*.

en voici une, à titre d'exemple, qui s'est présentée en 18°5 devant la cour de la Chancellerie. Il s'agissait d'un sujet anglais né en 1836 de parents anglais, domiciliés en Angleterre. Ceux-ci se rendirent en 1840 à l'île de Jersey avec l'intention d'y établir leur habitation permanente, emmenant avec eux leur fils qui continua à habiter l'île jusqu'en 1854, époque à laquelle il obtint le grade d'officier dans l'armée anglaise. Envoyé en garnison au Canada, il y mourut peu de temps après ; c'est alors que se posa la question de savoir suivant quelle loi se ferait le partage des biens meubles qu'il laissait. Il fut décidé que le droit de l'île de Jersey devait être appliqué attendu qu'un officier ne perd pas, par son entrée dans l'armée, son domicile d'origine ou de choix [1]. Il peut arriver que la législation change entre le décès du *de cujus* et le partage des biens héréditaires ; il faut, dans ce cas, se conformer aux lois en vigueur au moment de l'ouverture de la succession [2].

En droit anglais, personne n'est saisi de plein droit des meubles héréditaires. La garde en est confiée par la *Court of probates* à un ou plusieurs administrateurs qui représentent la succession tant vis-à-vis des créanciers que vis-à-vis des personnes appelées à recueillir le reliquat net. Des décisions ont été ren-

1. In re Maereight, 30 (Chancery) D., 165.

2. Lynth c. governement of Paraguay, Law reports, 2, Probates and divorces, 2 8.

dues sur le point de savoir quelles personnes doivent être nommées, mais comme c'est là une simple question de législation intérieure, nous n'avons pas à y insister. Les étrangers, dans le cas où ils sont appelés à succéder, sont soumis à ces dispositions au même titre que les nationaux; ils ne pourront donc jamais se mettre en possession de leur pleine autorité des meubles situés sur le territoire anglais : ils devront demander l'investiture à un tribunal anglais qui pourra la leur refuser et l'attribuer à une personne de son choix qui, après avoir liquidé la succession, leur en remettra le montant; peu importe que la loi applicable à la succession, par exemple la loi française ne contienne aucune disposition de ce genre [1]. Le droit anglais pour la saisine abandonne donc la loi du domicile pour la loi territoriale. Cette solution est très rationnelle, car il s'agit d'une question qui intéresse l'organisation de la propriété.

Le règlement de la succession *ab intestat* fait naître en Angleterre une question qui a été l'objet de longues discussions dans la jurisprudence et dans la doctrine : c'est celle qui est relative à la légitimité des successibles. Dans ce pays, l'enfant naturel n'est uni à ses père et mère par aucun lien légal, et ne peut jamais être légitimé par leur mariage subséquent. Ce principe a été nettement établi, ainsi que nous l'avons dit, dans le statut de Merton en 1232,

1. Westlake, *A treatise on private international law*, 55, 57, 58.

sous le règne de Henri III. Dans les autres contrées de l'Europe c'est la solution contraire qui prévaut ; il en est ainsi même en Écosse, d'après ses lois territoriales, qu'elle a encore conservées comme un dernier vestige de son indépendance passée. Cela étant, quelle règle faut-il adopter lorsque la loi anglaise est en conflit avec les lois étrangères ? Au premier abord, il paraîtrait tout naturel d'appliquer le statut personnel, la loi du domicile par conséquent, puisque c'est cette loi qui détermine le statut personnel en Angleterre. Il en résulterait que l'enfant né de parents domiciliés dans un pays où le mariage subséquent opère légitimation, devrait jouir de cette faveur partout et pourrait par suite se présenter comme héritier légitime même en Angleterre. Telle n'est cependant pas la doctrine qui a prévalu. Après de nombreuses hésitations, la question paraît avoir été résolue dans le sens d'une distinction entre les meubles et les immeubles.

Dans le cas où la succession était purement mobilière, il avait été jugé à plusieurs reprises que l'enfant né de parents domiciliés en Écosse devenait par le subséquent mariage de ceux-ci parfaitement légitime et pouvait leur succéder [1]. Ces jugements n'étaient cependant pas absolument décisifs et prêtaient à l'é-

1. Voy. not. Les affaires *Dalhousie c. M Donall* (*Clarke, and Finnely's reports,* t. VII, p. 817) ; *Udny c. Udny* (*Law reports,* I, app. p. 441.)

quivoque. L'effet attaché par la jurisprudence au domicile du défunt en ce qui concerne la dévolution des meubles ne permettait pas d'apercevoir quelle était au juste l'opinion des tribunaux sur la question qui nous occupe. Au point de vue pratique, il importait peu que le jugement, admettant le fils légitimé d'un Ecossais mort intestat et domicilié dans ce pays, à lui succéder, eût pour base la valeur de la légitimité ou ce fait que la loi Écossaise était seule applicable dans l'espèce. Pour que la difficulté apparût nettement, il aurait fallu qu'un enfant légitimé par le mariage subséquent de ses parents se présentât à une succession gouvernée par la loi anglaise. Une espèce de ce genre fut soumise en 1881 à la cour d'appel de Londres. Il s'agissait d'une fille, qui, née de parents anglais domiciliés en Hollande au moment de leur mariage, y avait été légitimée par leur mariage subséquent, conformément aux dispositions des lois hollandaise, et qui réclamait une succession ouverte en Angleterre. L'arrêt décida que la loi étrangère devait seule décider de la validité de la légitimation et que la prohibition du parlement de Merton n'était pas applicable, attendu qu'elle vise seulement le cas où l'enfant est né en Angleterre de parents qui y sont domiciliés [1]. La cour de la chancellerie a de nouveau tranché la question en 1882 dans le même sens [2].

1. *In goodman's trusts, law reports* (chancery) 1881, p. 425-444.
2. *The law journal*, 1883, (chancery) p. 637.

Dans le cas où la succession est immobilière, les tribunaux sont unanimes à décider qu'une personne née hors d'un légitime mariage ne peut succéder aux biens fonds situés en Angleterre. C'est la conséquence rigoureuse du principe général d'après lequel les immeubles sont régis par la loi de leur situation. La règle du droit anglais est que les biens passent à l'héritier (*heir*), mais pour avoir cette qualité il est indispensable de réunir les deux conditions suivantes : 1° être l'aîné des enfants légitimes ; 2° être né en légitime mariage ; à supposer que l'enfant naturel légitimé par le mariage subséquent de ses parents puisse remplir la première, il ne peut remplir la seconde. « Nous croyons, disait le lord chief Alexander, dans la célèbre affaire *Birsuthitle c. Vardill*, que l'avis que vos seigneuries nous demandent doit être fondé sur la distinction suivante : en admettant que Birstwhitle est fils aîné légitime de son père, en Angleterre aussi bien qu'en Ecosse, nous pensons qu'il faut aussi considérer si cette qualité lui confère des droits aux biens litigieux comme héritier de son père, et d'après nous cette question d'autant plus importante qu'elle concerne des biens fonds situés en Angleterre, doit être décidée conformément au principe qui règle la transmission des immeubles dans ce pays, sans aucun égard aux lois, qui en Ecosse régissent cette matière. Nous avons donc à examiner si d'après la loi anglaise un fils est héritier dans les biens fonds anglais, sim-

plement parce qu'il est fils aîné légitime. Nous estimons que ces circonstances ne sont pas suffisantes en elles-mêmes mais que nous devons porter nos regards plus loin et rechercher s'il *était né en légitime mariage*, parce que, suivant le droit anglais, cette circonstance est essentielle à la qualité d'héritier ; et que cette règle concerne bien moins les individus que le sol même auquel elle semble attachée, s'il est possible de s'exprimer ainsi. Il en résulte donc qu'elle ne peut être supprimée ou annulée par une loi étrangère quelconque. C'est cette circonstance qui, à notre sens, doit dicter la réponse à donner à vos seigneuries, à savoir : que pour décider qui est héritier d'une succession immobilière en Angleterre, c'est uniquement d'après la loi anglaise que nous devons rechercher cette qualité [1]. » Voilà donc un point de droit qui paraît nettement tranché ; il serait possible cependant de soutenir que la légitimation, ayant pour effet de faire considérer l'enfant comme né d'un légitime mariage, devrait être reconnue partout, une fois qu'elle a été valablement acquise. La jurisprudence anglaise changera-t-elle? L'unanimité de ses décisions fait craindre que non ; il ne faut pourtant pas en désespérer ; cet État n'a-t-il pas modifié de fond en comble le système qu'il suivait depuis des siècles relativement à la condition des étrangers?

1. Clarke, *And Finnely's reports*, 2, 571, 577, Voy. Story, *op. cit.*, § 93, p. 125 et suiv.

États-Unis. — Le droit des États-Unis ne diffère en rien du droit anglais. C'est la loi du domicile qui règle la succession mobilière. Story insiste sur ce point. « Il est de principe, dit-il [1], que les meubles appartenant à une personne décédée *intestat* doivent être régis par la loi du pays dans lequel cette personne habitait, et était domiciliée au moment de sa mort, sans prendre en considération le lieu de sa naissance, le lieu du décès ou le lieu de la situation des biens. La doctrine unanimement reconnue aujourd'hui par la *common-law* mais fort contestée précédemment est que la succession *ab intestat* dépend de la loi du domicile au moment du décès. » Quant aux immeubles, on leur applique la loi de leur situation, non seulement pour déterminer l'ordre de succession, mais même en ce qui concerne la qualité des héritiers et partant leur capacité [2]. C'est le réalisme dans toute sa rigueur.

Il résulte de l'étude que nous venons de faire que le droit anglo-américain repose sur une distinction perpétuelle entre les meubles et les immeubles; cette distinction est même poussée fort loin, puisqu'elle s'étend aux conditions de capacité que doit réunir le successible pour recueillir les biens laissés par le *de cujus*. Nous

1. Story, *Conflict of laws*, § 480. p. 611.

2. Story, *op. cit.*, § 480 et 483, p. 611 et 615. — Kent, *Commentaries of american law*, t. II, p. 428. — Wheaton et Lawrence, *Commentaires sur les éléments du droit international* t. III, p. 124. — Dudley-Field, *Projet d'un Code international* (trad. Rolin) art. 585 et 586.— Wharton, *A treatise on the conflict of laws on Private international law*, 548-645.

ne pouvons terminer cette étude sans signaler la corrélation que plusieurs auteurs ont établie entre les principes qu'admet le droit anglo-américain pour la solution du conflit des lois en matière de succession et le régime successoral qu'il consacre. La *common-law* présente un caractère tout particulier. Le régime successoral, tel qu'elle l'organise, varie profondément suivant qu'il porte sur les immeubles ou sur les meubles. Ce ne sont pas les mêmes personnes qui sont appelées à succéder aux uns et aux autres, et l'administration en est gouvernée par des règles complètement différentes. Il y a en réalité deux successions bien distinctes : la transmission des immeubles s'opère à titre particulier celle des meubles à titre universel. Les biens héréditaires se trouvent-ils répartis entre les territoires de plusieurs États? L'héritier succédant aux immeubles sans succéder à la personne du défunt, il est tout naturel d'appliquer la loi de la situation. Quant au mobilier, l'héritier étant à cet égard le représentant du défunt, il faut appliquer la loi personnelle de ce dernier. Ce sont des écrivains allemands, Bar [1] et Schaffner [2], qui ont établi cette liaison entre le statut qui gouverne la succession soit mobilière soit immobilière et la nature du droit héréditaire,

1. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 379 et s. — *International law, by Dr Bar translated by Gillespie, advocate*, p. 449.

2. Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 70 et p. 165.

universel pour les meubles, à titre particulier pour les immeubles, et qui ont prétendu que l'un était une conséquence de l'autre. Un jurisconsulte américain, Wharton[1], qui a séjourné en Allemagne s'y est imbu de ces idées et les a enseignées avec beaucoup d'autorité.

Si séduisant que soit ce système nous ne le croyons pas fondé. La preuve évidente en résulte à notre avis de ce que notre ancien droit coutumier appliquait la loi de la situation aux immeubles et la loi du domicile aux meubles, bien qu'il admît le principe de la succession. Il serait même possible de faire remarquer que le droit germanique, auquel Bar prétend faire remonter le régime successoral anglais, et qui admettait la succession à titre particulier, ne s'opposait pas à ce que les biens héréditaires fussent soumis à la loi du *de cujus*. Ainsi nous trouvons une législation qui ne connaît que la succession à titre universel et qui pourtant applique la loi territoriale; nous trouvons au contraire une autre législation qui reconnaît la succession à titre particulier et qui pourtant applique la loi personnelle du défunt. Comment soutenir, dès lors, que les deux idées sont intimement liées. La vérité, c'est qu'en Angleterre comme en France l'application de la loi territoriale a été la conséquence de la féodalité.

1. Wharton, *Conflict of laws*, § 548, p. 514.

Mexique. — Il résulte d'un jugement, rendu le 11 mars 1874, que la jurisprudence de ce pays admet le principe que les meubles sont régis par la loi du domicile, et les immeubles par la loi de la situation[1]. Dans l'espèce, le tribunal de Mexico refusait d'homologuer une commission rogatoire envoyée par le tribunal de Madrid en se fondant sur ce que l'affaire pourrait devenir contentieuse, et ressortirait alors exclusivement des tribunaux mexicains, en vertu des principes ci-dessus énoncés.

Pérou. — L'article 5 du titre préliminaire du Code péruvien porte que les immeubles sont régis par la loi péruvienne. « C'est, dit M. Pradier Fodéré[2], la consécration du principe généralement admis. Aucune portion du territoire ne peut être soustraite à l'administration du souverain comme aucune personne ne peut être soustraite à sa surveillance. La souveraineté est indivisible; elle cesserait si des portions du même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même souverain. »

Le Code ne contient aucune disposition relative aux meubles. En présence de ce silence, les jurisconsultes enseignent que les meubles, lorsqu'il s'agit de régler leur dévolution, doivent être soumis à la loi du

1. *Journal du droit international privé,* 1874, p. 276.
2. *Journal du droit international privé,* 1879, p. 43.

domicile de leur propriétaire [1]. Il y a donc encore une distinction fort importante à établir entre les étrangers « *Vecinos* » et les étrangers « *Transeuntes* ». Quant aux premiers, qui ont fixé leur domicile au Pérou, il n'est pas douteux que les meubles compris dans leur succession soient régis par la loi du Pérou. Quant aux seconds, qui n'ont aucun lien d'attache fixe les rattachant au Pérou, s'ils y possèdent des biens meubles, ces biens restent soumis à la loi de leur domicile, à condition, bien entendu, qu'ils aient conservé un domicile dans un autre pays.

DEUXIÈME GROUPE.

Ce groupe comprend les rares législations qui imposent à tous les biens héréditaires, quelle que soit leur nature, la loi de la situation. C'est le système le moins répandu; il présente de si grands inconvénients qu'il a été abandonné dans presque tous les pays.

Bavière. — En Bavière, le Code civil contient la règle suivante : « Ne sont jamais applicables aux affaires litigieuses concernant les successions *ab intestat*, les lois du lieu où le *de cujus* est mort, mais

1. Zegarra, *De la condition juridique des étrangers au Pérou*, nº 152, p. 282. — Pacheco, *Traité de droit civil*, Appendice, p. 1 et s.

bien celles du lieu où se trouve la succession [1]. » Les auteurs français qui ont eu à s'occuper de la législation bavaroise sur ce point, interprètent l'article que nous venons de citer en ce sens que tous les biens de la succession, meubles ou immeubles, doivent être soumis à la loi territoriale [2].

Russie. — Le peuple Russe s'est toujours montré très hospitalier : à une époque où, dans tous les pays, l'étranger était traité avec la dernière rigueur, il fut accueilli par lui avec bienveillance. La législation, se conformant aux sentiments intimes de la nation, lui reconnut tous les droits qu'elle avait établis; elle fit plus, elle l'assimila aux nationaux en décidant qu'il serait soumis aux mêmes lois. L'impératrice Cathe-rine II ordonna d'appliquer le droit russe aux contestations qui pourraient s'élever entre étrangers [3].

Nous trouvons donc ces deux règles consacrées concurremment : capacité pleine et entière de l'étranger ; territorialité absolue de la loi. Ces principes se sont, en général, maintenus dans le droit moderne; il en est ainsi en ce qui concerne les successions. En Russie, l'ordre de transmission des biens situés sur le

1. Art. 12, Ire partie, ch. II.

2. Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 140 ; Demolombe, t. I, p. 103; Weiss, *op. cit.*, p. 678, note 1 ; Arthuys et Surville, *op. cit.*, p. 357.

3. Witte, *Die Rechtsverhaltnisse der Auslander in Russland*, p. 29.

territoire de l'Empire est régi par les mêmes règles pour les étraugers que pour les Russes. Si général que soit ce principe, il comporte cependant, quelques exceptions. C'est ainsi que les rentes inscrites sur le grand livre de la dette publique ou les obligations de l'État à revenu permanent, appartenant à un étranger, passent, quand il meurt sans avoir testé, aux héritiers appelés par sa législation nationale[1].

Rappelons enfin que, dans plusieurs pays, en France et en Roumanie notamment, quelques auteurs ont profité du silence gardé par le législateur en ce qui concerne les meubles pour proposer l'application de ce système.

TROISIÈME GROUPE

Les législations, dont l'examen va suivre, soumettent la succession tout entière, sans distinguer suivant les biens qui la composent, à une loi unique qui, pour elles, est celle du domicile du *de cujus*.

Allemagne. — La doctrine traditionnelle a régné en Allemagne avec beaucoup de force. Pendant des siècles, il a été admis sans contestation que la dévolution des immeubles héréditaires devait être sou-

1. Lehr, *Eléments de droit civil Russe*, § 498.

mise à la loi de leur situation et celle des meubles à la loi du domicile du *de cujus*. Ce n'est qu'au XVIII[e] siècle que la personnalité du statut des successions trouva faveur dans ce pays. Peut-être faut-il attribuer la réaction qui se produisit à l'autorité légale que le droit romain y avait acquise, car la personnalité a une étroite liaison avec le système de la représentation universelle du défunt par son héritier. Vers la fin du siècle dernier, cette opinion devint celle de la plupart des légistes; la jurisprudence l'appliqua : ce qui lui donna la plus sérieuse autorité. Toutefois il n'est pas possible de dire que la nouvelle théorie fut universellement reçue; elle rencontra des adversaires qui la combattirent énergiquement, préférant s'en tenir à la tradition [1]. Malgré ces résistances, la personnalité finit par prévaloir; elle est admise aujourd'hui dans la science allemande, aussi bien par les germanistes que par les romanistes; Gluck et Mittermaier, Savigny et Eichborn sont d'accord.

Ainsi aujourd'hui, en Allemagne, la successsion rentre dans le statut personnel et c'est le domicile qui détermine le statut personnel [2]. Par domicile, il faut entendre non ce domicile de droit qui est indépendant du fait même de l'habitation, qui établit un lien juridique entre une personne et un territoire déterminé, mais la simple résí-

1. Voy. les témoignages dans Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 143.
2. Savigny, *Traité de droit romain* (trad. Guenoux), t. VIII, § 358 et s.

dence [1]. Si la succession est soumise à une loi unique, cette loi est des plus variables.

Le principe du domicile, que Savigny présentait, il y a quelques années, comme une *communis opinio*, perd tous les jours du terrain et semble devoir céder le pas au principe de la nationalité qui recueille sans cesse de nouveaux partisans. La société allemande des juristes réunis à Wiesbaden, en septembre 1886, époque à laquelle a été tenu le dix-huitième congrès, a admis cette proposition, que pour résoudre les conflits en matière de succession, il y a lieu de préférer la loi nationale à celle du domicile [2]. M. Mommsen insiste avec énergie pour que le Code civil projeté pour l'empire d'Allemagne tienne compte désormais non plus du domicile, mais de la nationalité [3]. M. de Bar s'est également prononcé en ce sens dans une remarquable consultation [4]. Voici comment il répond aux objections qui avaient été faites à l'égard des conflits qui peuvent s'élever entre les divers États qui composent l'empire d'Allemagne : « Les conflits entre les diverses lois provinciales d'un même État unitaire, dit-il, ne peuvent être résolus que par application de la *lex domicilii* ; mais dans les États fédératifs où existent l'un à côté de l'au-

1. Lehr, *Traité de droit civil germanique*, t. 1, p. 89.
2. *Journal du droit international privé*, 1886, p. 629.
3. *Archiv fur die civ Praxis*, LXI. p. 152 et s.
4. Verhandlungen des XVII deustchen Jurintentags, 1886. — *Journal du droit international privé*, 1888, p. 441.

tre deux ou plusieurs nationalités distinctes, comme en Allemagne, où l'on trouve encore la nationalité de l'empire commune à tous les sujets Allemands (*Reichsangehœrigkeit*) et la nationalité de l'État (*Stantsangehœrigkeit*) propre aux citoyens de l'empire : Prusse, Bavière, Saxe, etc., l'application de la loi nationale ne soulève aucune difficulté. » En présence de pareils témoignages, il est à prévoir qu'un changement imminent est probable, d'autant plus que de sérieuses raisons pratiques le commandent. L'application de la loi du domicile au règlement de la succession présente les plus grands inconvénients dans un pays qui, comme l'Allemagne, confond le domicile avec la résidence, et qui prend toujours en considération le lieu où l'on réside habituellement. Des changements continuels se produisent et les relations juridiques se trouvent profondément troublées.

Etant donnée la règle qui a prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence allemandes, il est curieux de signaler la convention du 12 novembre-31 décembre 1874 entre l'Allemagne et la Russie, qui consacre une dérogation formelle. L'article 10 porte, en effet, que la succession aux immeubles est réglée par la loi du pays où les immeubles sont situés et la succession aux meubles par la loi d'origine [1]. Voilà donc un cas où les tribunaux allemands se verront forcés

1. Böhm, *Handbuch der internationalen Nachlassebehandlung*, p. 114, *Journal du droit international privé*, 1886, p. 733.

de revenir à la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles.

Les législations particulières des divers États qui composent l'Empire d'Allemagne ne contiennent en général aucune disposition spéciale relativement au règlement de la succession en droit international privé. Malgré ce silence, il ne peut exister aucune difficulté ; il faut, en effet, appliquer purement et simplement le droit commun, qui est fait précisément pour suppléer aux lacunes des législations particulières.

Le Code prussien soumet, dans son § 28, les objets mobiliers à la loi de la juridiction personnelle de leur propriétaire et, dans son § 32, les immeubles à la loi de leur situation. Ces dispositions ont soulevé de sérieuses difficultés. Plusieurs auteurs, parmi lesquels nous citons tout particulièrement Bornemann [1], ont soutenu avec beaucoup de force qu'elles s'appliquaient à la matière des successions et que, par conséquent, la dévolution des meubles devait être soumise à la loi du domicile du *de cujus* et celle des immeubles à la loi de leur situation. Telle n'est cependant pas la solution qui a prévalu, et aujourd'hui, en Prusse, il est admis, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, que, conformément au droit commun, la succession rentre dans le statut personnel et relève de la loi du domicile. Savigny [2] a écrit

1. Bornemann, *Preussisches recht*. I, p. 54-62.
2. Savigny, *Traité de droit romain*, (trad. Guenoux) § 378.

une longue dissertation pour prouver que telle est bien l'interprétation que devait recevoir le Code prussien et la théorie du savant romaniste paraît bien exacte, puisque la tradition peut seule déterminer d'une manière précise le sens des textes qui font l'objet de ce débat, et qu'en présence des divergences qui s'étaient produites entre les jurisconsultes et leur tendance de plus en plus prononcée à faire de la personnalité des lois successorales la règle générale[1], il est difficile de soutenir que le législateur ait eu l'intention de maintenir la doctrine traditionnelle.

Dans plusieurs pays, le Code Napoléon est toujours en vigueur et, par suite, l'article 3 qui, en France, sert d'argument fondamental aux arrêts et aux auteurs pour appliquer la *lex rei sitæ* au règlement de la succession. Les tribunaux allemands décident que ces dispositions ne portent aucune atteinte à la personnalité du statut des successions. C'est en ce sens que s'est prononcé l'Oberlandesgericht de Darmstadt : la partie condamnée avait précisément invoqué l'article 3 du Code Napoléon ; ses conclusions ont été formellement écartées[2]. Il n'y a là rien qui doive nous surpendre. Ce texte, par lui-même, peut se prêter à toutes les interprétations ; c'est la tradition qui en dé-

1. Quelques années avant la rédaction du Code, Puffendorff notamment avait démontré que le système de la réalité du statut des successions ne présentait que des inconvénients (*Observationes juris universi*, I, 28.)

2. *Journal du droit international privé*, 1886, p. 732, 733.

termine le sens. Transporté d'un pays essentiellement réaliste dans un pays où la personnalité constitue le droit commun, il devait, par la force même des choses, se concilier avec la doctrine en vigueur.

République Argentine [1]. — Dans la République Argentine, c'est la loi du domicile qui est appelée à résoudre tous les conflits de lois et on entend par domicile non ce domicile légal qui ne s'acquiert et ne se perd que par des déclarations spéciales et qui souvent est indépendant du fait de l'habitation, mais la simple résidence, pourvu qu'elle soit habituelle et non accidentelle. Faisons l'application de ces principes à la matière des successions. La loi ne tient compte ni de la nationalité des parties en cause ni de la situation individuelle des biens : elle ne s'occupe que de leur ensemble et de leur universalité. En conséquence, elle dispose dans son article 3283 que « le droit de succession au patrimoine du défunt est régi par le droit local du domicile que le défunt avait au jour de sa mort, que ses héritiers soient nationaux ou étrangers ». La règle que consacre cette disposition législative a une grande importance ; car elle indique non seulement comment sera régie la succession des étrangers dans la République, mais encore comment devra être dévolue celle des nationaux à l'étranger. La loi argentine ne

1. *Journal du droit international privé,* 1886, p. 294 et s.

s'attache qu'au domicile du défunt sans prendre en considération la situation des biens même immeubles.

Si libérale que se soit montrée la loi argentine, elle a cependant pris soin de tracer les limites qu'elle entendait apporter à l'application de la loi étrangère. Les articles 9 et 10 contiennent les dispositions suivantes : « 1° les biens immeubles situés dans la République sont exclusivement régis par la loi du pays quant à leur qualité, aux modes de transmission et aux formes qui doivent accompagner ces actes ; 2° les biens meubles qui ont une situation permanente et qui sont possédés sans intention de les transporter sont régis par les lois du lieu de leur situation, mais les meubles que le propriétaire porte toujours avec lui ou qui sont de son usage sont régis par les lois du domicile de leur propriétaire ». Le principe inscrit dans cet article ne contredit en rien le principe inscrit dans l'article 3283 ; car il ne concerne que la manière dont les biens sont transférés. Il est, en effet, bien entendu que si la dévolution des biens héréditaires peut se faire suivant les lois étrangères, leur prise de possession ne se fera jamais que conformément aux lois locales. En d'autres termes, le Code argentin abandonne, en ce qui concerne la saisine, la loi du domicile pour la loi de la situation ; c'est la solution la plus rationnelle ; c'est aussi celle qui prévaut dans la plupart des législations.

Chili [1]. — L'article 997 du Code chilien porte : « Les étrangers sont appelés aux successions *ab intestat* qui s'ouvrent au Chili de la même manière et suivant les mêmes règles que les Chiliens. » Le Code parle des successions ouvertes au Chili, ce qui n'est pas la même chose que les successions des individus qui y meurent puisque, d'après l'article 955, la succession s'ouvre non pas au lieu où est survenu le décès mais au lieu du dernier domicile qui peut être différent dans bien des cas. Par exemple, s'agit-il d'un commerçant qui est venu au Chili pour ses affaires on un touriste pour ses plaisirs et qui y meurt au cours de son voyage ? Les biens qu'il laisse seront dévolus à ses héritiers conformément aux dispositions de sa loi personnelle.

QUATRIÈME GROUPE

A ce groupe appartiennent les législations qui soumettent la succession tout entière, quelle que soit la nature des biens dont elle se compose, à la loi nationale du défunt. Ce système gagne tous les jours du terrain ; c'est celui qu'ont adopté les Codes les plus récents.

1. Fabrès, *Journal du droit international privé*, 1887, p. 293 et s.

Italie. — Le Code italien contient un article spécial sur le droit héréditaire : « Les successions légitimes et testamentaires sont, en ce qui concerne soit l'ordre de successibilité, soit la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, réglées par la loi de la personne du défunt, quelle que soit la nature des biens, et en quelque pays qu'ils se trouvent[1]. » C'est la consécration d'une hardie initiative. Le législateur italien, rompant avec la doctrine traditionnelle et repoussant toute distinction entre les meubles et les immeubles, reconnaît le principe de la personnalité des lois successorales. Le grand jurisconsulte italien, Mancini, dont l'autorité et la persévérance ont fait triompher cette doctrine dans la législation italienne, la justifie de la manière suivante : « Les successions sont une dépendance du droit de propriété ; donc elles doivent être réglées par la volonté du propriétaire et sa volonté doit faire loi partout, sauf le droit des réservataires. S'il n'a point disposé de ses biens, la loi le fait pour lui et d'après sa volonté présumée, en tenant compte de l'organisation de la famille, laquelle a un lien intime avec le droit de succession. Or l'état des personnes procède de la famille ; donc le droit de succession est personnel à tous égards[2]. » L'ancienne doctrine reposait sur la souveraineté ; c'était pour la faire respecter qu'on appli-

1. Article 8 du titre préliminaire.
2. Mancini, *Journal du droit international privé*, 1874, p. 234.

quait la loi territoriale. Portalis l'a formellement déclaré pour expliquer les règles consacrées par le Code civil français. Si ce principe était exact, on aurait pu accuser le législateur italien de sacrifier les intérêts de la puissance souveraine à une théorie allemande. Le ministre de la justice, dans le rapport qu'il adressa au roi, s'explique longuement à cet égard. Et d'abord il n'est pas vrai de dire que la théorie de la personnalité du statut successoral est allemande ; elle a une origine italienne. Le ministre a raison : nous avons vu qu'au XIV^e^ et au XV^e^ siècles elle avait eu son heure de succès dans les écoles de Bologne et de Florence et qu'elle avait rallié les suffrages des meilleurs docteurs. En inscrivant cette règle dans le nouveau Code, le législateur n'a donc fait que se rattacher aux anciennes traditions de son pays tombées dans l'oubli à la suite de nombreux événements. Le ministre ajoute que la souveraineté se trouve hors de cause dans l'espèce. L'autorité publique n'a pas à intervenir dans l'exercice du droit de propriété, puisque la loi elle-même laisse à cet égard la plus grande liberté au propriétaire. En ce qui concerne l'état de famille, le législateur doit se borner à l'organiser suivant les mœurs et les idées du peuple dont il est le représentant ; mais il n'a aucune qualité pour intervenir dans l'organisation d'une famille étrangère ; son rôle ici se borne à accepter purement et simplement la loi nationale. La souveraineté ne peut être intéressée

que dans le cas où il s'agit de la conservation de la société et du maintien de ses droits ; alors elle doit forcer la loi étrangère à s'incliner devant les dispositions de la loi territoriale [1]. Le Code civil italien contient une restriction formelle pour les cas où l'ordre public est en cause [2]. L'ordre public est malheureusement un terme vague et qui comprend un grand nombre de choses absolument différentes ; il y a là pour les tribunaux et pour les jurisconsultes une question d'interprétation très délicate.

La règle établie par le Code civil italien est aussi générale que possible ; cependant un certain nombre de points y échappent et doivent être résolus d'une manière différente. Les auteurs italiens reconnaissent que les conditions de capacité, que chaque successible doit réunir pour recueillir les biens laissés par le *de cujus*, sont déterminées par sa législation nationale qui seule est compétente pour indiquer le sort qui lui est réservé [3]. C'est ainsi encore que toutes les questions relatives à la transmission de la propriété et de la possession de l'hérédité dépendent de la *lex rei sitæ*. « Cette distinction, dit M. Fiore, est du plus grand intérêt pour déterminer comment la possession des biens du défunt a passé dans la personne de l'héri-

1. Esperson, *Il principio di nazionalita,* p. 108-110, en note, Cf. Lomonaco, *diritto civile internazionale*, p. 124.

2. Art. 12. Titre préliminaire.

3. Fiore, *Traité de droit civil international* (trad. Pradier-Fodéré), nº 397.

tier et pour résoudre toutes les questions qui découlent de la possession du patrimoine. Ainsi, par exemple, une distinction pareille est nécessaire pour décider si l'héritier appelé à succéder peut exercer les actions possessoires avant d'avoir pris possession de fait des choses héréditaires, si dans le cas de plusieurs individus appelés à une même hérédité et saisis d'une manière indivise, l'un d'eux peut revendiquer l'hérédité entière comme déférée conjointement à lui avec les autres, si l'héritier peut être immédiatement actionné par les créanciers du défunt et s'il peut exercer toutes les actions pour faire valoir ses droits propres de succession. Ces questions et autres semblables dépendent de la manière différente selon laquelle la possession des biens du défunt passe à la personne de l'héritier et doivent se résoudre en tenant compte de la *lex rei sitæ* [1]. » Enfin, en ce qui concerne les divers actes juridiques auxquels peut donner lieu la succession; il faut se conformer aux règles admises pour les contrats et les quasi-contrats [2].

Espagne. — La législation espagnole applique au règlement de la succession en droit international privé la loi nationale du *de cujus*. C'est d'après la jurispru-

1. Fiore, *op. cit.*, n° 401.

2. Huc, *Le code civil Italien et le code Napoléon, Etudes de législation comparée*, p. 21.

dence du tribunal suprême, qui a force de loi dans ce pays, qu'a été consacrée la doctrine de la personnalité du droit en matière de succession. Plusieurs sentences ont été rendues en ce sens. Dans la première, en date du 6 novembre 1867, il a été établi : « que le statut personnel régit tous les actes qui se rapportent au point de vue civil à la personne de l'étranger, se soumettant aux lois en vigueur dans le pays dont il est sujet, et décidant d'accord avec elles toutes les questions d'aptitude, de capacité et de droit personnel, parce qu'en procédant différemment on introduirait la perturbation et il deviendrait facile d'éluder les lois de la patrie, qui protègent les droits des nationaux en même temps qu'elles leur imposent des obligations corrélatives [1]. » Une nouvelle sentence du 27 novembre 1868 a encore précisé les principes qui avaient été consacrés; elle porte « que la loi nationale de chaque individu régit ses droits personnels, sa capacité de transmettre par testament ou *ab intestat* et le régime de son mariage ou de sa famille [2]. » Enfin, le 6 juin 1873, le tribunal suprême a appliqué le statut personnel du *de cujus* à la transmission de sa succession; voici dans quelles circonstances. Un Français, résidant à Palma (Majorque), y avait épousé une Espagnole et l'avait instituée sa légataire universelle. A la mort du testateur, sa mère intenta une action pour

1. *Journal du droit international privé*, 1882, p. 407.
2. *Journal du droit international privé, eod. loc.*

faire prononcer la nullité du testament en se fondant sur cette considération que, d'après la loi espagnole, son fils ne pouvait avoir fait un testament valable sans l'instituer ou sans l'exhérèder pour une juste cause ; or la loi espagnole devait être appliquée dans l'espèce à l'exclusion de tout autre, car la transmission des biens héréditaires ne peut être régie que par la loi du lieu où ils sont situés. Le tribunal la débouta de sa demande par un jugement fort bien motivé « considérant, dit-il, que, s'il est effectivement vrai que la transmission de la propriété immobilière ou foncière doit être réglée par le statut réel dans le cas où il ne s'agit que de certaines propriétés acquises à un particulier, ce principe ne peut être appliqué dans le cas où on attaque une disposition testamentaire qui comprend l'ensemble ou l'universalité des biens héréditaires dont l'espèce et la nature ne sont pas encore connues, parce que, dans ce cas, il n'y a que des lois concernant le statut personnel qui puissent être appliquées[1]. » Le tribunal ne dit pas d'une manière positive quelle est cette loi personnelle dont il faut faire l'application, mais si l'on rapproche cette décision des décisions précédentes, il ne peut exister aucun doute ; c'est toujours la loi nationale qui est prise en considération. Cette jurisprudence avait établi en Espagne la doctrine de la personnalité du droit en matière de succession ; le législateur n'a eu qu'à l'ins-

1. *Journal du droit international privé*, 1874, p. 40.

crire dans le nouveau Code qu'il vient de consacrer. L'article 10 dispose: « La succession légitime ou testamentaire, tant au point de vue de l'ordre successoral qu'à celui de la quotité des droits successoraux et à la valeur intrinsèque des dispositions, sont régies par la loi nationale du *de cujus*, quels que soient la nature des biens et le lieu de leur situation[1] .»

Bade. — Dans le grand-duché de Bade, la succession des étrangers est soumise à la nationale du défunt. Le tribunal de Carlsruhe a rendu plusieurs décisions en ce sens, notamment le 27 janvier 1880 et le 10 février 1881 [2].

Saxe. — C'est également ce système qui prévaut en Saxe [3]. Voilà donc deux pays allemands qui adoptent une règle contraire à celle qu'admet le droit commun allemand. C'est une preuve de plus que, même en Allemagne, la loi du domicile ne constitue pas une *communis opinio*, ainsi que le soutient de Savigny.

1. Manuel Torrès Campos, *Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol*, traduction Audinet, *Journal du droit international privé*, 1891, p. 1115 et traduction Périé, *Revue pratique de droit international privé*, 1892, p. 55.

2. *Revue de droit international privé*, 1886, p. 465. — Arthuys et Surville, *op. cit.*, p. 355.

3. Voy. note précédente.

Serbie. — En Serbie, certains traités conclus par l'Etat avec les puissances étrangères ont prévu l'hypothèse qui nous occupe. L'article 2 *in fine* de la convention relative aux successions conclue avec l'Autriche porte que « le droit à la succession, de même que le partage de la succession, du défunt doit être régi d'après les lois de son pays. » Quant aux autres nations qui n'ont pas conclu de traités à ce sujet, M. Paulowitch, Président de la Cour d'appel de Belgrade, affirme que leurs ressortissants peuvent toujours se prévaloir de leur loi nationale [1].

1. *Journal du droit international privé*. 1884, p. 28 et s.

CHAPITRE VI

PRINCIPES THÉORIQUES

Jusqu'à présent nous avons recherché dans les diverses législations les solutions qu'elles consacraient pour résoudre le conflit des lois en matière successorale ; mais le droit positif ne doit pas être l'objet exclusif de notre étude. On peut lui adresser plusieurs reproches : d'abord, il varie suivant les divers États ; ensuite, il est incomplet, la plupart des Codes ne contenant que peu ou point de dispositions ayant trait aux questions de droit international privé ; enfin, il prête aux plus vives critiques, car il ne consacre pas toujours les meilleures règles. En présence de cet état de choses, il est indispensable de mettre en lumière les principes dont l'application est commandée par la logique et la raison. Ces discussions purement spéculatives présentent une grande utilité ; elles préparent le triomphe des doctrines rationnelles, et sollicitent l'at-

tention du législateur auquel il appartient seul de les inscrire dans le Code de son pays.

Si nous parcourons tous les systèmes qui ont été proposés en cette matière, nous en trouvons quatre:

1° Le système qui maintient la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles;

2° Le système qui applique à tous les biens sans distinction la loi de leur situation;

3° Le système qui soumet la succession tout entière à la loi nationale du défunt;

4° Le système qui applique aussi la même règle à tous les biens héréditaires, mais qui prend en considération la loi du domicile.

En allant au fond des choses, ces quatre systèmes peuvent se ramener à deux principaux, dont les autres ne sont que des variantes. Le premier, plaçant la succession dans le statut réel, donne la préférence à la loi territoriale. Le second place la succession dans le statut personnel et ne se réfère qu'à une loi unique. Chacun de ces systèmes a ses partisans convaincus en théorie et peut être défendu par de sérieux arguments.

C'est d'abord au nom de la souveraineté que le principe de la réalité des lois successorales a été défendu. Cet argument est le plus ancien : invoqué par tous les statutaires, il a passé dans le droit moderne où il a obtenu un plein succès[1].

1. Fœlix, t. I, p. 143 et le autorités citées.

Du moment que la souveraineté est en cause, une rigoureuse logique, semble-t-il, devrait conduire à appliquer indistinctement à tous les biens la loi du lieu où ils se trouvent. Cependant, telle n'est pas l'opinion dominante : les auteurs sont généralement d'accord pour admettre une exception à l'égard des meubles, qui restent soumis à la loi nationale du *de cujus*, d'après les uns, à la loi de son domicile d'après les autres. Les raisons qui ont fait introduire ce tempérament sont dictées par les nécessités de la pratique. La situation des meubles est trop variable, trop accidentelle pour qu'elle puisse déterminer la loi appelée à en régir la dévolution. Est-il admissible qu'un voyage, qu'un simple déplacement suffisent pour changer le régime successoral?

Cette distinction entre les meubles et les immeubles prête aux plus vives critiques. Les meubles ne sont plus chose vile comme au temps jadis ; grâce à la merveilleuse transformation qui s'est opérée au courant de ce siècle, ils composent souvent la partie la plus considérable du patrimoine. Si la loi territoriale est souveraine, si admettre sur son territoire l'application d'une loi étrangère est pour elle une abdication ; les conséquences ne sont-elles pas les mêmes, qu'elle abdique pour les meubles on pour les immeubles? Eh quoi! la souveraineté serait brisée si elle ne s'étendait pas aux plus petites parcelles du territoire, et elle ne s'oppose pas à ce que des actions de chemin de fer

s'élevant à des millions soient soumises à une loi étrangère ! Bien mieux ! Les rentes sur l'Etat qui, en droit français, sont rangées parmi les meubles, échapperaient à l'empire de la loi française. La conservation du territoire intéresserait la souveraineté de l'Etat, la conservation de son crédit ne l'intéresserait en rien. C'est inadmissible.

Si l'on ne veut tomber dans de singulières contradictions, il faut donc traiter de la même manière tous les biens qui composent la succession. Quelques auteurs[1], comprenant l'inanité de la distinction que l'on établit, ont proposé de soumettre les meubles à la loi de la situation, comme les immeubles. Ce système nous paraît insoutenable : il accumule les difficultés d'application sans présenter aucun avantage. La soumission de la succession mobilière à une loi unique a été un expédient pour éviter les inconvénients que présentait le concours de lois diverses ; les mêmes considérations conduisent naturellement à appliquer le même principe aux immeubles. C'est en vain qu'on invoque la souveraineté de l'Etat ; elle ne s'oppose pas à cette solution, ainsi que nous allons essayer de le démontrer.

Le principe de la souveraineté territoriale de la loi est un vestige du droit féodal. Au moyen âge, il existait une corrélation étroite entre la souveraineté et le sol. La souveraineté faisait les lois, mais c'était la pos-

1. Voy. ci-dessus. p. 296 et s.

session de la terre qui conférait la souveraineté : chaque baron, disait Beaumanoir, est roi dans sa baronnie. De là l'exclusion de toute souveraineté étrangère : comment une terre aurait-elle pu être souveraine hors du lieu où elle était située ? Sous un pareil régime, quiconque mettait le pied sur un territoire se trouvait par cela même soumis à la loi qui gouvernait le sol ou, pour mieux dire, à la loi du sol, puisque c'était la terre qui était souveraine. L'homme, suivant l'expression de Michelet, était possédé par elle bien plus qu'il ne la possédait.

La vieille doctrine est abandonnée aujourd'hui Il s'est produit un changement décisif en ce qui concerne la souveraineté : de territoriale elle est devenue personnelle. La mission de l'Etat, comme organe de la puissance souveraine, a en vue non les choses mais les personnes. « L'Etat, dit M, Weiss[1], est avant tout un agrégat de personnes réunies par un lien contractuel de sujétion commune. Mais pour qu'il puisse assurer à chacune de ces personnes les garanties de la protection qu'elle a droit d'attendre de lui, il faut que cet Etat ait un territoire. Sa puissance s'exerce donc à la fois sur les personnes et sur le sol; mais ces deux éléments sont d'importance inégale. Privé de sujets, l'Etat ne se conçoit même pas, tandis que l'imagination peut à la rigueur concevoir un Etat dénué de territoire et réduit à la seule souveraineté personnelle.

1. Weiss, *op. cit.*, p. 241.

Les tribus sauvages de l'Amérique et celles qui habitent les déserts Africains n'ont pas à vrai dire de territoire, et cependant elles constituent des Etats ayant une organisation qui, pour être imparfaite, ne leur garantit pas moins une existence indépendante et autonome. Suivant l'ingénieuse remarque d'un récent auteur, le territoire est à l'État ce que le domicile est à la personne ; il n'est pas plus l'État que le domicile n'est la personne. C'est donc par ses sujets et pour ses sujets que l'État existe ; sa souveraineté territoriale n'est que l'accessoire, que la dépendance de sa souveraineté personnelle. » C'est en vertu de cette souveraineté personnelle que chaque État a le droit de donner des lois à tous ceux qui sont soumis à son autorité. Imposer aux étrangers un régime successoral établi par la législation territoriale, ce serait violer la souveraineté égale des autres États ; mais, d'autre part, ce serait, de la part d'un État, abdiquer sa propre souveraineté que de renoncer au droit exclusif de régler la dévolution de la succession que laisse, même à l'étranger, une personne qui dépend de lui. Ainsi, la souveraineté territoriale a joué un grand rôle dans la vie de l'humanité et dans son développement ; nous avons assisté à son déclin et aujourd'hui elle n'a plus sa raison d'être. Telle est l'utilité des études historiques : en nous apprenant l'origine des institutions civiles, elles nous avertissent en même temps quand elles doivent disparaître : une institution féodale ne

peut plus régir les nations modernes. Le principe de la territorialité des lois successorales doit donc disparaître définitivement avec les derniers vestiges de la féodalité, si tel est son unique fondement.

La dévolution d'une succession, lorsque plusieurs législations sont en conflit, soulève encore une difficulté qui menace de tout remettre en question. Il existe, en effet, une règle universellement admise en droit international privé, et qui ne peut être l'objet d'aucune contestation : c'est que les lois qui concernent l'intérêt social et l'organisation de l'État s'imposent à toutes les personnes, quelle que soit d'ailleurs leur nationalité. Or, on prétend que les lois successorales présentent ce caractère au plus haut degré : elles deviendraient donc à ce titre essentiellement territoriales. « Toute loi de succession, dit M. Demangeat, est une loi politique, une loi qui intéresse l'ordre public[1]. »

C'est, à notre avis, l'argument le plus puissant en faveur de la doctrine de la réalité. Il est impossible, en effet, de contester la concordance qui existe entre les lois successorales et les lois politiques. Toutes les fois que l'on désire connaître l'état social d'une nation, il faut commencer par étudier le régime successoral qu'elle consacre. Suivant que le gouvernement est de

1. Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers en France*, p. 337. — Cf Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 98; Aubry et Rau, t. I. 31.

privilège ou égalitaire, on retrouve dans les lois de succession le privilège ou l'égalité. En veut-on une preuve éclatante ? Que l'on parcoure les divers régimes successoraux qui ont été suivis en France aux diverses époques de son histoire ! Tous nous apparaissent comme des instruments dont le législateur s'est servi pour faire triompher les principes d'organisation politique ou sociale qui lui paraissent les meilleurs. L'ancienne société était aristocratique ; aussi toutes les mesures étaient-elles prises pour assurer la conservation des biens dans les familles et pour maintenir, suivant l'expression consacrée, la splendeur du nom. La nuit du 4 août 1789 vient détruire le régime féodal et tous les privilèges qui en découlaient ; la loi des 8-15 avril 1791 ne tarde pas à proclamer le triomphe des idées nouvelles en établissant le principe d'égalité de tous les enfants dans la famille. Plus de droit d'aînesse ! Plus de droits de masculinité ! Plus d'exclusions coutumières, ni en ligne directe, ni en ligne collatérale ! Le mouvement révolutionnaire s'accentue ; les principes de liberté et de justice disparaissent pour faire place aux pires excès. Aussitôt, la loi du 17 nivôse an II, organise un régime successoral destiné à assurer le morcellement de la propriété et le nivellement de la fortune. Mais rien de ce qui est violent ne saurait durer ; un pareil régime ne pouvait convenir à la France apaisée. Aussi le législateur de 1804, en déposant dans les entrailles de

la France, comme l'a dit éloquemment de Montalembert [1], ce grand et noble principe d'égalité a eu en même temps la sagesse de le renfermer dans de justes limites et d'assurer ainsi des bases solides à la nouvelle société. La loi successorale suit donc toujours les événements politiques ; faut-il en conclure qu'elle s'impose aux étrangers [1]. La conséquence, à notre avis, serait excessive.

Le régime successoral est intimement lié aux principes économiques et politiques de chaque Etat, nous le reconnaissons ; mais n'est-ce pas là le caractère de toutes les institutions juridiques. Le droit civil tout entier subit l'influence du droit politique dont il est, en quelque sorte, l'émanation et l'application. C'est là une remarque qui a été faite fort justement par M. Renault [2] et qui trouve dans les diverses législations une justification complète. Il en est ainsi surtout en ce qui concerne l'état des personnes. La fixation de la majorité intéresse bien l'ordre public ; le mariage, le divorce sont gouvernés par des considérations politiques ou religieuses ; l'étendue et la durée de la puissance paternelle varient avec l'état social des différents peuples ; la protection des incapables est un devoir dont chaque nation s'acquitte suivant son degré de civilisation. Est-ce à dire que toutes ces lois

1. De Montalembert, *De l'avenir politique de l'Angleterre,* ; ch. VII. La liberté de tester.

2. Renault, *Journal du droit international privé,* 1875, p. 333 note 5.

soient réelles? Assurément non ; les Codes des divers pays, aussi bien que les auteurs qui se sont occupés du conflit des lois, sont d'accord pour les déclarer personnelles. C'est là un des points les plus certains et les moins contestés. Il n'est donc pas suffisant que des raisons politiques interviennent dans la confection d'une loi pour qu'elle s'impose au respect des étrangers : il faut pour cela que l'existence, la conservation ou les droits de la société se trouvent compromis. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, l'application exclusive de la loi territoriale se légitime. En est-il ainsi en ce qui concerne le régime successoral? Il nous serait impossible de l'admettre. Comme le dit très-bien M. Brocher : « L'ordre économique du pays ne saurait être sérieusement troublé par la circonstance qu'un fonds délaissé par un étranger serait attribué à telle personne plutôt qu'à telle autre [1]. » Certaines dispositions, en cette matière comme dans toutes les autres, présentent incontestablement un caractère d'ordre public : elles s'appliqueront aussi bien aux étrangers qu'aux indigènes. Mais ce sont là des exceptions qu'il ne faut pas généraliser, les autres branches du droit successoral étant loin d'avoir la même importance.

Faut-il ajouter que l'argument tiré de l'ordre public, pas plus que l'argument tiré de la souveraineté, ne rend compte de la distinction entre les meubles et

1. Brocher, *Traité de droit international privé*. p. 231-233.

les immeubles, et que la fortune mobilière acquérant tous les jours une importance de plus en plus considérable, ce serait satisfaire bien incomplètement aux exigences que l'on s'impose, si l'on se contentait de régler ce qui concerne les immeubles, ce que la force des choses conduit à faire et ce qui prévaut.

Ainsi, ni la souveraineté de l'Etat, ni l'ordre public, n'imposent l'application de la loi de la situation au règlement de la succession en droit international privé ; cette solution est-elle au moins conforme à la nature du droit héréditaire et aux principes sur lesquels repose le régime successoral? Nous ne le pensons pas, et nous croyons que tout milite en faveur de la doctrine de la personnalité du droit et de l'unité du patrimoine.

Sur le continent Européen, c'est partout la théorie romaine qui prévaut ; l'héritier est le représentant de la personne du défunt ; il la continue, alors même qu'il ne recueillerait pas le moindre émolument. En partant de cette conception, Savigny[1] déclare qu'il est juridiquement impossible d'appliquer au règlement de la succession le principe du statut réel. Le savant auteur allemand a incontestablement raison. Il ne s'agit pas en effet de statuer sur tel ou tel meuble ou immeuble considéré individuellement. Malgré la dispersion des biens dont elle se compose, l'hérédité constitue une universalité de droits et d'obligations

1. Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, § 375.

unique : c'est un être de raison, un tout purement idéal qui ne se conçoit que par un lien intellectuel entre les biens et la personne. Il serait absurde de parler de loi territoriale ; est-ce que des droits ou des obligations ont une situation ? La succession doit donc être gouvernée par une loi unique : cette loi, du moment que l'héritier constitue la personne du défunt, ne peut être que la loi à laquelle celui-ci était soumis.

On aboutit au même résultat quand on remonte au fondement du droit successoral. La vocation héréditaire dépend de la parenté. C'est en vertu du sang qui coule dans nos veines que nous sommes appelés à succéder. La naissance, qui nous rattache à une famille déterminée, est la base de tous les droits dont nous jouissons, et notamment du plus important de tous, du droit de succession. Ce droit constitue la condition essentielle de l'existence de la famille et réciproquement ; sans famille, on ne le comprendrait pas. Si, à raison de la division du genre humain en nations, l'ordre des successions n'est pas le même dans toutes les législations, c'est que le principe sur lequel il repose : la parenté, sous de multiples influences sociales, politiques, religieuses, et même physiques varie profondément de pays en pays. M. Fiore a fort bien fait ressortir l'influence de l'organisation de la famille sur le régime successoral ; voici le tableau qu'il en trace : « La communauté de biens dans les temps patriarchaux et dans les Etats primitifs, les fidei

commis et les majorats qui s'introduisent au moyen âge pour le principe de conserver la famille, les portions légitimes qui, dans la majeure partie des Etats modernes limitent la libre disposition du patrimoine de l'homme et d'autres institutions analogues sont dérivées de la manière différente de concevoir le régime économique du patrimoine. Toutes les législations n'interprètent pas d'une manière identique les tendances naturelles du cœur humain ; les rapports même entre père et fils qui, sous un certain point de vue sont absolus ont subi diverses modifications, suivant qu'on a tenu plus ou moins compte de certaines affections qui peuvent faire concurrence à l'affection de la famille. Les législateurs qui considèrent la famille comme une société permanente, comme un corps collectif, et les membres de la même famille, chacun comme copropriétaire du patrimoine du père, limitent la pleine propriété de disposition et garantissent au fils un droit naturel sur le patrimoine familial par l'établissement de portions légitimes. De sorte que, selon qu'on a donné plus ou moins grande importance à cette idée de copropriété de chacun des membres de la famille, le régime des successions a été modifié [1]. »

Si tout dépend de la vie et du droit de famille, quelle est la loi qui doit être appelée à régler la succession, sinon celle sous laquelle la famille vit civile-

1. Fiore, *op. cit.*, p. 603.

ment. Les liens de parenté ou de filiation qui nous rattachent à une famille étant essentiellement personnels, n'est-il pas évident qu'il doit en être de même à l'égard des droits qui en résultent ? Le sang ne change pas d'après la situation des biens ou d'après leur nature ; nous sommes partout membres de la famille à laquelle nous appartenons. Déclarer personnel le droit de famille et réel le droit de succession, ce serait commettre une contradiction évidente : l'accessoire ne peut avoir une autre nature que le principal.

Il existe une raison également péremptoire de se prononcer en faveur de la personnalité du droit héréditaire. L'homme a le droit de disposer de son patrimoine, comme il l'entend par acte de dernière volonté : en ne testant pas, il s'en rapporte tacitement à la loi pour la transmission de ses biens qu'il n'entend pas laisser à l'abandon. « Si la volonté humaine, dit éloquemment M. Rodière, a le droit de commander par delà la tombe, si la volonté qu'a exprimée pour la distribution de ses biens un homme que la mort a maintenant frappé a quelque chose de sacré et même de plus respectable que ses ossements, la législation n'a pas autre chose à faire qu'à rechercher cette volonté. Si le défunt l'a exprimée, il n'a qu'à en ordonner l'exécution. Dans le cas contraire, il doit chercher à la saisir dans les derniers battements de son cœur, comme le sacrificateur des païens cherchait à lire l'avenir dans

les entrailles des victimes [1]. ». Il ne s'agit donc pas de savoir si tel ou tel système favorise plus ou moins l'organisation politique; l'ordre entier des successions ne peut avoir qu'un seul fondement : l'affection présumée du *de cujus*, pourvu, bien entendu, que cette affection puisse être avouée par la morale.

En cas de conflit, quelle est la loi qui est la mieux placée pour interpréter la volonté du défunt, pour faire connaître ses affections ? Est-ce la loi territoriale ? Une loi qui varie suivant la situation des divers biens ! C'est inadmissible. La volonté de l'homme, qu'elle soit expresse ou tacite, ne connaît pas de limites; elle embrasse au besoin le monde entier. Serait-il raisonnable que le même individu fût considéré comme ayant préféré tel de ses parents dans un pays et tel autre dans un pays différent, parce que les immeubles sont répartis entre les territoires de plusieurs Etats ou parce que la succession comprend tout à la fois des meubles et des immeubles. Pour qui ne voit dans le régime successoral organisé par la loi qu'un testament présumé, une loi unique peut seule être appliquée : c'est celle qui gouverne la personne elle-même, qui organise sa famille, loi qui est aussi l'expression de ses idées et de ses sentiments.

Si le régime successoral n'est que l'interprétation de la volonté du *de cujus*, la personnalité du droit en

1. Rodière. *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1856 t. V, p. 132.

résulte nécessairement ; mais ce caractère est-il bien celui que lui assignent les législations positives. Dans certains pays, comme l'Italie[1] ou l'Espagne[2], la question ne peut soulever aucune difficulté puisque le législateur donne la préférence à l'hérédité testamentaire. En est-il ainsi en France ? Plusieurs auteurs[3] refusent de l'admettre. « Ce système séduisant en pure théorie, dit M. Guénée[4], semble avoir l'avenir pour lui, mais il ne pourra être accepté que lorsque le droit positif ne prendra, pour la transmission des biens par voie successorale, d'autre guide que la volonté du défunt. Du jour seulement où cette évolution législative sera accomplie, les successions *ab intestat* passeront par voie de conséquence logique dans le romaine du statut personnel. Il n'en est pas encore ainsi. Le Code a suivi un système de transaction en cherchant à rapprocher du droit romain de la dernière époque qui déférait l'hérédité d'après l'ordre des affections ; les rédacteurs ont tenu compte de l'idée coutumière de la conservation des biens dans la famille : le partage entre les deux lignes pour les ascendants et les collatéraux. Ce partage qui peut faire concourir des ascendants au premier degré avec des collatéraux au douzième n'est certes pas inspiré par la volonté présumée du *de cujus*. Les lois successorales,

1. Huc, *Le Code civil italien et le code Napoléon*, p. 170 et s.
1. Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, p. 383 et s.
3. Voy. auteurs cités, p. 419.
4. Guénée, *Revue pratique de législation*, 1889, p. 430.

corollaire de l'organisation politique de l'Etat, laissent encore de côté cette volonté lorsqu'elles favorisent tour à tour soit la entraɔcıution des fortunes, soit le morcellement des propriétés, suivant le caractère aristocratique ou démocratique du gouvernement. »

Nous ne saurions admettre cette manière de voir ; les travaux préparatoires la détruisent complètement. Chabot de l'Allier, dans son rapport au Tribuna s'exprime d'une manière fort catégorique à cet égard : « La loi n'ayant pas ici d'autre office à remplir que de suppléer à la volonté de l'homme qui est mort sans l'exprimer, doit régler la transmission de ses biens comme il est présumable qu'il en eût disposé lui-même. Elle doit lui donner pour héritiers ceux qui auraient été le sujet de son propre choix, et l'on doit supposer naturellement qu'il aurait choisi ses propres parents lorsqu'il n'a pas manifesté une volonté contraire, parce qu'il doit être présumé avoir eu plus d'affection pour ses parents que pour les étrangers [1]. » Treilhard, dans l'exposé des motifs, n'est pas moins affirmatif : « Le législateur appelé à tracer un ordre de succession, dit-il, doit se pénétrer de toutes les affections naturelles et légitimes [2] ».

Le législateur français de 1804 a donc pris pour guide la volonté probable du *de cujus*. Certaines insti-

1. Locré, t. V, p. 107 et 115.
2. Locré, t. V, p 90.

tutions, il est vrai, semblent ne pas répondre à cette règle de conduite. Telle est notamment la division par lignes qui paraît être la négation même du principe des affections naturelles. Mais Treilhard ajoute : et légitimes ; or c'est précisément la justice, le devoir, tel que l'impose la famille, qui a inspiré cette déviation apparente de la loi d'affection.

Il est incontestable que le Code civil est une œuvre de transaction ; mais n'était-il pas bien fait pour une société qui, elle aussi, était une société de transaction. En 1804, si près de l'ancien régime où la conservation des biens dans les familles était un des dogmes sociaux, qui oserait affirmer que le législateur, en consacrant encore une large part à ce principe, ne répondait pas aux vœux de la plupart des Français. C'était donc toujours la volonté du *de cujus* qui était prise en considération. Si le système de la fente n'a plus sa raison d'être aujourd'hui, s'il est directement contraire à l'intention de la plupart des personnes, il faut s'en prendre à la transformation qui s'est opérée dans les mœurs et dans les esprits ; non au législateur qui n'a fait que traduire les sentiments de ses contemporains. Il est, du reste, une considération qui est de nature à dissiper tous les doutes. Vouloir que l'ordre légal soit dans tous les cas l'ordre des affections, c'est demander une chose absolument impossible. Les affections sont individuelles, elles varient avec chaque personne ; la loi est générale, elle est faite pour tous. C'est justement parce

qu'il peut arriver qu'une volonté particulière soit en désaccord avec la loi que l'homme a le droit de disposer de ses biens par acte de dernière volonté ; sans cela, la faculté qui lui est reconnue ne se comprendrait pas. Le *de cujus* meurt-il intestat ? Son silence prouve qu'il a entendu adopter le régime successoral établi par sa législation personnelle.

Mais, dira-t-on, la réserve, en rendant indisponible une certaine portion de biens, va à l'encontre de la volonté du *de cujus*, puisqu'elle a pour résultat de lui imposer pour héritiers des parents qu'il cherchait à exclure de sa succession. Cette objection est facile à réfuter. La loi respecte la volonté de l'homme, mais seulement lorsqu'elle est raisonnable. Les liens de parenté qui unissent certaines personnes entre elles sont si étroits que ce serait violer le vœu de la nature que de les méconnaître. La loi rappelle à leur devoir ceux qui essaient de s'y soustraire. Mais en quoi cette restriction pourrait-elle changer la nature du statut ? Le devoir n'est-il pas un élément aussi essentiellement personnel que l'affection, avec laquelle il se confond, du reste, car l'amour ne doit pas être désordonné.

Bien des dispositions encore paraissent contraires à cette idée que la succession *ab intestat* est le testament présumé du *de cujus*. Pourquoi refuser aux enfants naturels le titre et les prérogatives d'héritier qui sont accordés aux cousins du douzième degré ? Pourquoi

reléguer le conjoint survivant au dernier rang ? N'est-ce pas s'écarter ouvertement de la loi de la nature? A cela il faut répondre que toute œuvre humaine présente des lacunes et des imperfections. Le législateur, en édictant contre les enfants nés en dehors du mariage des mesures draconiennes, a cru sauvegarder les bonnes mœurs, et, en ce qui concerne les droits du conjoint survivant, il y a eu un malentendu. Mais des erreurs ou des oublis ne peuvent détruire l'exactitude du principe posé. C'est au législateur qu'il appartient de combler les lacunes ou de réparer les fautes de ses prédécesseurs. Il en a été ainsi en France tout récemment. Une loi de 1891, dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, est venue replacer le conjoint au rang que lui assignait l'ordre naturel des affections. C'est un retour aux vrais principes : le Code civil a été modifié conformément aux données de la science rationnelle qui n'assigne d'autre fondement à la vocation héréditaire que la volonté présumée du *de cujus*. C'est une raison de plus pour se prononcer en faveur de la personnalité de la loi successorale et une preuve que cette doctrine, se conciliant parfaitement avec les principes généraux du droit positif français, l'article 3, tel que le Code civil l'a consacré, est une disposition législative surannée [1].

1. Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 211 et s. ; t. VI, p. 225 et s. — Renault, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 329. — Guénée, *op. cit.*, p. 335. — Surville et Arthuys. *op. cit* , p. 340.

Aux arguments de principe que nous venons d'exposer, il faut ajouter que l'application d'une loi unique, en matière successorale, présente les plus grands avantages au point de vue pratique. Le règlement de la succession s'opèrera avec beaucoup plus de facilité. Des frais et des lenteurs seront épargnés aux héritiers. Il leur sera facile de connaître exactement les droits qu'ils peuvent avoir à prétendre, et les charges qui leur sont imposées, tandis qu'avec le système qui prend en considération la situation réelle ou fictive des biens pour en régler la dévolution, de sérieuses complications se produiront, plusieurs lois pouvant se trouver en présence ; ce qui entraîne des conflits souvent insolubles, surtout au point de vue du paiement des dettes.

Le règlement de la succession en droit international privé doit donc être soumis à une loi unique ; reste à savoir quelle est cette loi unique. Deux liens, mais de nature bien différente, peuvent rattacher un individu à un pays quelconque : le domicile et la nationalité. Quelle loi faut-il suivre en cette matière ? Est-ce la loi du domicile ? Ne faut-il pas plutôt consulter la loi nationale ?

Avant d'entrer dans la discussion de cette question, il faut remarquer que plusieurs auteurs, en parlant du domicile, ont en réalité la nationalité en vue parce qu'ils n'admettent pas qu'une personne puisse avoir un domicile en dehors du territoire de sa patrie : telle

est notamment en France la théorie de Fœlix[1], telle est surtout en Allemagne l'opinion de plusieurs auteurs, parmi lesquels il faut citer au premier rang Vattel ainsi que le grand germaniste Eichborn[2]. Mais même parmi les auteurs qui distinguent nettement les deux idées, il existe une vive controverse[3].

Le domicile, disent ses partisans, est le centre de l'existence juridique d'une personne. C'est là que se trouve le siège de ses intérêts et de ses affaires ; là qu'elle est toujours présumée présente aux yeux de la loi. Dès lors n'est-il pas conforme à la nature même des choses de s'attacher au domicile, puisque c'est là que se trouvent les circonstances et les causes qui déterminent la personnalité humaine.

Si pressantes que paraissent ces raisons, elles ne nous ont pas convaincu et nous n'hésitons pas à déclarer qu'à notre avis la loi personnelle doit être déterminée par la nationalité. C'est, en effet, le lien le plus intime et le plus étroit qui puisse exister entre une personne et une nation. Si les divers régimes successoraux présentent entre eux des divergences aussi considérables, c'est que chaque législateur en les édictant s'est inspiré avant tout des mœurs et du génie particulier de son peuple. A quel titre voudrait-on que la loi russe, par exemple, réglât la succession d'une famille

1. Fœlix, *Droit international privé*, t. 1er, § 28.
2. Eichborn. *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, § 34.
3. Voy. ch. II et ch. V, *passim*.

française établie dans ce pays, alors que cette famille a conservé les habitudes, les traditions, les tendances de la vie intime de nos nationaux ? Il existe une harmonie parfaite entre chaque individu et le droit de la nation dont il fait partie ; quant au domicile, il n'établit qu'un rapport purement accidentel qui se forme et se rompt au gré de mille circonstances diverses.

On insiste pourtant, et l'on dit : le seul fait d'avoir fixé son principal établissement en pays étranger montre clairement que l'émigrant a eu l'intention de renoncer à sa législation nationale pour s'identifier avec le milieu dans lequel il est destiné à vivre ; l'acquisition d'un domicile à l'étranger implique soumission aux lois de ce pays.

Cette explication nous paraît complétement erronée. Quoi de moins naturel que de déduire du fait que l'on a fixé son domicile hors du territoire de sa patrie que par là même on a entendu soumettre sa succession à la loi qui est en vigueur à cet endroit. Des faits qui se répètent tous les jours viennent détruire la présomption que l'on s'efforce d'établir. L'émigrant qui, poussé par les nécessités de l'existence, va tenter fortune au loin, conserve fidèlement les mœurs et les traditions de sa patrie, vers laquelle il s'empressera de revenir dès que les événements le lui permettront. De quel droit lui imposera-t-on la loi étrangère qui n'a pas été faite pour lui et qui peut porter atteinte à ses sentiments les plus intimes ? Celui qui voyage pour son plaisir ou

pour ses affaires, pour sa santé ou pour ses études, n'a certes pas l'intention de se soumettre aux diverses législations des pays où il va s'établir ? Sa loi nationale est la seule que puisse être en harmonie avec ses désirs.

Les auteurs qui donnent la préférence à la loi du domicile ont l'habitude d'adresser au principe de la nationalité certaines objections qu'il est nécessaire de réfuter. Pour que la dévolution de la succession fût régie par la loi nationale, il faudrait, disent-ils, que le *de cujus* eût toujours une patrie et n'eût jamais qu'une patrie. Or il n'en est pas ainsi. Une même personne peut relever de deux Etats en même temps. Ainsi un enfant naît d'un Français en Angleterre : il est Anglais d'après la loi anglaise et Français d'après le Code civil français. Quelle sera dans ce cas la législation applicable ? Comment les juges se décideront-ils ? Tant que ce point de droit sera résolu d'une manière différente, chaque tribunal appliquera la loi de son pays. On retombe donc ainsi dans la difficulté que l'on se proposait d'éviter en adoptant la doctrine de la personnalité du droit. Bien mieux ! Il arrive parfois qu'un individu n'a pas de patrie. En conclura-t-on qu'il n'est soumis à aucune loi ? La conséquence serait absurde. La loi du domicile s'impose par la force même des choses.

Le principe de la nationalité aboutit, dans certaines hypothèses, à de singulières anomalies, nous le recon-

naissons, mais c'est un tort d'en tirer argument. Il ne faut pas s'en prendre au principe ; la diversité des législations en ce qui concerne la fixation de la nationalité, en est la seule cause. Il est inadmissible qu'une personne ait deux nationalités. Les droits et les obligations qui sont imposés au citoyen sont le plus souvent exclusifs et s'opposent à ce qu'il puisse relever de plusieurs États. Il est encore plus illogique qu'une personne n'ait pas de patrie. L'homme ne peut vivre seul ; sa faiblesse native lui fait une nécessité de l'assistance de ses semblables. En fait, cependant, il arrive que certaines personnes n'ont légalement aucune patrie ; cette situation, que l'on désigne sous le nom de « *heimathlosat* », est une plaie sociale que tous les peuples s'efforcent de combattre. Une loi française récente, la loi du 26 juin 1889, a cherché à diminuer, le plus possible, la catégorie « des vagabonds internationaux. » Les faits que l'on invoque contre l'adoption de la loi nationale seront donc extrêmement rares ; lorsqu'ils se produiront, nous appliquerons la loi du domicile. mais à titre purement subsidiaire, sans abandonner le principe de la nationalité qui nous paraît supérieur à tous égards, surtout, bien que l'on soutienne le contraire, au point de vue pratique. Les anomalies que soulève l'application de la loi nationale sont encore bien plus considérables dans le système qui prend en considération la loi du domicile. Qu'est-ce que le domicile? Le Code civil répond que

c'est le lieu où se trouve le principal établissement ? Il y a là une question d'appréciation fort délicate et qui varie avec l'esprit particulier des magistrats. Peut-on avoir deux domiciles ? Ne pas avoir de domicile ? Autant de difficultés qui divisent les meilleurs jurisconsultes et qui sont loin d'être résolues. Rien de plus mobile que le domicile, surtout à une époque comme la nôtre, où les communications entre les divers pays sont si rapides et les déplacements si nombreux. En cas de changements successifs, quelle loi faudra-t-il suivre ? Celle du dernier domicile, répond Wachter [1], et son opinion a rencontré des partisans. Mais alors, le hasard va jouer un rôle considérable ; aussi, plusieurs auteurs proposent-ils de s'en tenir au domicile d'origine [2]. La notion du domicile, elle-même, n'est pas toujours considérée de la même manière. Certaines législations confondent le domicile avec la résidence. Il en est ainsi en Allemagne où le même nom (Wohnsitz) sert à les désigner [3]. En Suisse, l'étranger qui veut résider quelques jours doit prendre à la police un permis de séjour qui donne lieu au paiement d'une taxe et d'après lequel il est réputé domicilié dans la localité pendant toute la durée du permis [4] ; s'il y meurt, comprend-on que la loi de ce lieu régisse sa succession quand cette loi lui est absolument

1. Wachter dans l'*Archiv für civilistesche,* t. XXV, p. 381.
2. Story, *op. cit.*, §, 40 et suiv.
3. Lehr, *Traité de droit civil germanique* p. 89.
4. Lehr, *Journal du droit international privé,* 1883. p. 17.

inconnue et que les circonstances seules l'y ont involontairement soumis. Ce résultat est inadmissible.

Tout milite donc en faveur de la loi nationale ; cependant le domicile compte encore de nombreux partisans. Il ne faut pas s'en étonner, car il représente la tradition, tandis que le principe de la nationalité ne date que d'hier. Autrefois où chaque Etat était divisé en une foule de petits territoires soumis à des coutumes différentes entre lesquelles s'élevaient les collisions, la loi du domicile était encore la plus fixe. Mais, maintenant que les nationalités se sont formées, maintenant que le conflit est repoussé aux frontières, l'application de la loi nationale est commandée par la force même des choses. Et remarquons qu'il devrait en être ainsi même dans les pays qui comprennent plusieurs Etats soumis au même pouvoir central ; en Allemagne, par exemple, ne serait-il pas plus logique de soumettre un Bavarois à sa loi nationale qu'à la loi du domicile qu'il a pu établir accidentellement en Prusse ?

Il résulte donc de notre étude que la succession doit être soumise à la loi nationale du *de cujus* dans le cas où il existe un conflit entre plusieurs législations. Cette solution gagne tous les jours du terrain dans la doctrine. L'institut de droit international fondé à Gand par M. Rolin-Jaequemyns comprend des membres de tous les Etats de l'Europe et de l'Amérique :

les Italiens s'y rencontrent avec les Anglo-Américains, les Français avec les Allemands. Tous y viennent plus ou moins imbus des doctrines qui prévalent dans leur pays. Mais les différences nationales se mitigent au contact des hommes ; et l'harmonie arrive parfois à se faire sur les bases du droit international privé. Voici en ce qui concerne notre sujet la résolution qui a été votée par cette éminente assemblée. « Les successions à l'universalité d'un patrimoine sont, quant à la détermination des successibles, à l'étendue de leurs droits, à la mesure ou qualité de la portion disponible ou de la réserve et à la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté, régies par les lois de l'Etat auquel appartenait le défunt ou subsidiairement par les lois de son domicile quels que soient la nature des biens et le lieu de leur situation. »

Si la doctrine de la loi nationale est la plus rationnelle de toutes celles qui ont été proposées, elle ne doit pas moins être renfermée dans de sages limites ; par la force même des choses, un certain nombre de points échappent à son empire. Ainsi, la capacité des successibles doit, croyons-nous, rester régie par leurs lois personnelles [1]. C'est ainsi encore que les questions qui touchent à l'organisation de la propriété dépendent de la loi territoriale ; que pour celles

1. Fiore, *Traité de droit international privé*, (trad. Prodier-Fodéré, p. 608. — Laurent, *Droit civil international*, t. VI, p. 311 et s.

où la volonté des parties est en cause, il faut appliquer les règles admises pour les contrats ou les quasi-contrats[1]. En outre, dans tous les cas, l'ordre public apporte une restriction générale. C'est, en effet, le droit incontestable de tout Etat, de proscrire de son territoire les lois qui lui paraissent de nature à compromettre les bases fondamentales sur lesquelles son organisation est assise. L'institut de droit international, dans sa session d'Oxford, a voté la résolution suivante : « En aucun cas, les lois d'un Etat ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre, si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'ordre public. »

1. Laurent, *op. cit.*, t. VI, p. 22 et s. — Despagnet, *op. cit.*, p. 491. — Weiss, *op. cit.*

TROISIÈME PARTIE

DES

RÈGLES DE PROCÉDURE APPLICABLES

AUX ÉTRANGERS EN MATIÈRE DE SUCCESSION

CHAPITRE PREMIER

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX

Il existe peu de matières aussi fertiles en procès que celle du règlement de la succession en droit international privé. La difficulté des hypothèses qui se présentent, la gravité des intérêts en jeu soulèvent de fréquentes contestations. Il est donc de la dernière importance de déterminer la compétence des tribunaux chargés de statuer. La solution de cette question dépend en général de la solution admise pour le conflit des lois.

Notre étude sur ce point portera sur la législation française et sur les législations étrangères ; enfin, dans une dernière section, laissant de côté les divers systèmes consacrés par les législations positives, nous rechercherons les principes dont l'application est commandée par la logique et la raison.

SECTION PREMIÈRE

DROIT POSITIF FRANÇAIS

La jurisprudence — et nous croyons qu'elle est bien fondée sur ce point — suit des règles de compétence absolument différentes, suivant qu'il s'agit d'une succession mobilière ou d'une succession immobilière ; il est donc nécessaire d'envisager les deux hypothèses successivement.

Lorsque la succession est purement mobilière, le tribunal naturellement compétent pour connaître des contestations qu'elle peut soulever est le tribunal du dernier domicile du *de cujus*, en quelque lieu que se trouvent les meubles. Dans cette hypothèse, l'application de l'art. 59 al. 6 C. pr. résulte de la nature même des choses. Les meubles, en effet, n'ont pas d'assiette fixe ; par suite d'une fiction universellement admise, ils sont réputés situés au domicile de la personne ; dès lors, n'est-il pas naturel d'attribuer compétence à ce tribunal ? N'est-il pas mieux placé que tout autre pour juger bien et vite ?

Mais l'art. 59 al. 6 C. pr. trace un titre de compétence relative ; il n'a pour objet que d'établir un ordre de juridiction entre plusieurs tribunaux français ;

il suppose donc résolue la question de compétence générale[1]. Si la compétence du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession est indiscutable, lorsque parmi les héritiers se trouve un Français, il n'en est plus de même, lorsque toutes les personnes appelées à l'hérédité sont étrangères, et la difficulté provient de ce que la jurisprudence décide d'une manière constante que les tribunaux français ne sont pas chargés de rendre la justice aux étrangers. La faculté de soumettre un procès à un tribunal, dit-on, est un pur droit civil qui doit, à ce titre, être refusé aux étrangers par application de l'art. 11 du Code civil. Voici comment s'exprime la cour de Colmar pour prononcer leur exclusion : « Si le droit de rendre la justice est un des apanages de la souveraineté, celui de la réclamer et de l'obtenir est un avantage que le sujet est fondé à exiger de son souverain ; sous ce double rapport, chaque monarque ne doit la justice qu'à ses sujets et doit la refuser aux étrangers, à moins qu'il n'ait un intérêt bien reconnu à faire juger le procès dans ses États ou que, dans les traités, il n'y ait des stipulations dérogeant à ces maximes de droit public[2]. »

1. Bonfils, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, n° 292.

2. Colmar, 30 septembre, 1815 (S. 1817, 2, 62) ; Cass. requêtes 2 avril 1833 (D. *répertoire*, V° droit civil, n° 314) ; Lyon, 25 février 1857 (S. 1857, 2, 625) : Paris, 15 juin 1861 (S. 1861, 2, 455) ; Alger, 4 mars 1874 (S. 1874, 2, 103) ; Chambéry, 11 février 1880 (*Le droit* du 16 janvier). Trib. Seine, 5 mai 1880 (*Journal du droit international privé*, 1880, p. 299.)

Et pour fortifier cette argumentation, plusieurs arrêts font observer que cette solution est à la fois dictée et par l'intérêt des Français et par l'intérêt des étrangers. Est-il juste, dit-on, que nos tribunaux consacrent un temps précieux à l'examen des procès qui s'élèvent entre étrangers, et apportent ainsi un retard, souvent fort préjudiciable, à la solution des conflits qui leur sont soumis par des nationaux[1] ? D'ailleurs les contestations entre étrangers donnent lieu fréquemment à l'application des lois étrangères, et il n'appartient pas aux magistrats d'un autre pays de faire cette application, d'autant plus qu'ils n'en auront pas une connaissance suffisante. N'est-ce pas, en effet, une impossibilité absolue pour un juge de se livrer à l'étude de toutes les législations de l'univers ? De là les erreurs les plus graves et les plus regrettables[2] !

L'incompétence des tribunaux français n'est, du reste, pas d'ordre public. La jurisprudence admet que les tribunaux français peuvent connaître des procès qui leur sont soumis par des étrangers ; mais cette compétence est facultative en un double sens : d'une part, les plaideurs ont toujours le droit de la décliner ; d'autre part, les juges sont toujours libres de se

1. Paris, 15 juin 1861 (S. 1861, 2, 455.)

2. Voyez not. Lyon, 25 juillet 1857 (S. 1857, 2, 625) ; Bastia, 8 décembre [illegible] (D. 1864, 2, 1) ; Alger, 4 mars 1874 (S. 1874, 2, 103) ; Paris, [illegible]75 (*Journal du droit international privé*, 1876, p. 181) ; Cass. [illegible]od. loc. 1876 p. 276) ; Trib. Seine, 3 mai 1880 (eod. loc. 1880 [illegible] 1881 (*Le droit* du 26 août).

dessaisir de l'affaire, même en cas de silence des parties [1].

Tel est, brièvement résumé, le système de la jurisprudence en cette matière. Faut-il, faisant une application du principe général, décider que les tribunaux seront incompétents pour liquider une succession mobilière quand tous les héritiers appartiennent à une nationalité étrangère ? Ne faut-il pas au contraire admettre une exception ? La jurisprudence considère que, si en règle générale, les étrangers ne relèvent pas de la justice française, aucune disposition législative ne défend cependant expressément aux tribunaux français d'intervenir dans les débats qui peuvent s'élever entre les étrangers, et que, dans certaines hypothèses, cette intervention est nécessitée par les principes généraux du droit : il en est ainsi en matière de succession. « Aux termes de l'art. 59 § 6 C. pr., dit M. Féraud-Giraud pour justifier la jurisprudence, le tribunal compétent pour connaître des actions qui y sont énumérées, et pendant le temps qu'il détermine, étant celui de l'ouverture de la succession, cette attribution de juridiction relèverait les étrangers qui intenteraient une pareille action même contre des étrangers de l'exception tirée de leur extranéité [2]. »

1. Cass. 10 mars 1858 (S. 1858, 4, 529).

2. Féraud-Giraud, *Journal du droit international privé* 1880, p. 153. — Cet argument se retrouve dans tous les arrêts. Voy. not. Cass.

Du reste, par une fiction fort juste, tant que le partage n'est pas venu fixer les droits de chaque héritier, la succession peut être considérée comme continuant en quelque sorte la personne du *de cujus*, « si bien, dit M. Demolombe, que l'on pourrait dire à ce point de vue que la compétence attribuée au juge du lieu de l'ouverture de la succession n'est qu'une application du droit commun, d'après lequel le défendeur en matière personnelle doit être assigné devant le tribunal de son domicile. [1] » Or, le *de cujus* étant soumis à la justice française, il doit en être de même de ses héritiers, en tant qu'ils le représentent.

Nous reconnaîtrons d'autant plus volontiers que la jurisprudence a eu raison de faire une exception en matière de succession, malgré les critiques qu'elle peut soulever au point de vue juridique, que cette exception constitue un retour à ce qui, d'après nous, devrait être la règle générale. C'est cette règle que nous trouvons mauvaise, et que nous regrettons de voir sanctionnée par tant de décisions judiciaires.

2 février 1832 (S. 1832, 1, 133); Paris, 28 juin 1834 (S. 1834, 2, 386); Orléans, 4 août 1859 (S. 1860, 2, 37); Paris, 12 août 1873 et Cass. 7 juillet 1874 (S. 1875, 1, 19).

1. Demolombe, *Traité des successions*, t. III, p. 615. La Cour d'appel de Paris, en infirmant par un arrêt du 28 juin 1834 (S. 1834, 2, 386) un jugement du tribunal de la Seine qui s'était déclaré incompétent pour connaître des contestations soulevées par la succession d'une Française, à raison de l'extranéité des héritiers en cause, base sa décision sur ce motif que : « les intimés sont assignés comme représentants de la dame de Rastignac, Française décédée en France. »

Nous pensons, en effet, que les tribunaux français sont compétents pour connaître des contestations entre étrangers. Sans réfuter, en détail, le système de la jurisprudence, réfutation qui a été faite bien souvent par de savants auteurs , nous nous bornerons simplement à montrer combien ce système est arbitraire et contradictoire.

Lorsque, dans un pays, des facultés de droit privé sont concédées aux étrangers, cette concession implique nécessairement le droit pour ces étrangers de faire sanctionner par les tribunaux de ce pays les facultés qui leur sont reconnues[2]. Si aucun texte n'oblige le juge à se déclarer compétent, l'équité la plus élémentaire le lui commande ; interdire à des étrangers de faire valoir judiciairement les droits qu'on vient de leur reconnaître, n'est-ce pas les leur retirer indirectement? La loi du 14 juillet 1819, en permettant à l'étranger de recevoir, à titre de succession, l'a autorisé, par cela même, à faire reconnaître sa qualité d'héritier et l'étendue de ses droits par les tribunaux français.

Que l'on ne nous objecte pas qu'il ne rentre pas dans l'office du juge d'appliquer les lois étrangères. Le juge a parfaitement le droit de dire : dans l'affaire qui est soumise à mon appréciation, il y a conflit de

1. Voy. les auteurs cités par Vincent et Penaud, *Dictionnaire du droit international privé*, V° Compétence civile n^os^ 225 et s.

2. Laurent, *Principes du droit civil*, t. I. n° 435.

lois, et le rapport de droit doit être apprécié conformément aux dispositions de la législation élrangère ; c'est là, justement, l'objet propre du droit international privé. On oublie, du reste, que, de la combinaison des art. 3, 14 et 15 du Code civil, il résultera fort souvent pour les juges l'obligation d'appliquer la loi étrangère. L'argument, s'il était fondé, conduirait à refuser à nos tribunaux le droit de statuer sur la validité des actes passés par nos nationaux hors de France, suivant les formes usitées dans ce pays conformément à la règle : *locus regit actum*. Les art. 47, 170, 999 du Code civil ne permettent pas d'admettre une pareille conséquence.

Nous ne sommes pas beaucoup plus touchés de l'argument tiré de la difficulté d'appliquer les lois étrangères. La difficulté qu'on signale est très réelle ; il est impossible de demander à un magistrat, quelle que soit son intelligence, la connaissance parfaite de toutes les législations. Mais une difficulté n'est pas un motif de droit ; ce n'est pas la loi applicable qui peut déterminer la juridiction. Il appartient au législateur de rechercher les moyens qui peuvent être employés pour faciliter aux magistrats la connaissance du droit étranger.

Enfin, si l'on allègue que le jugement des procès entre étrangers prendrait un temps précieux au détriment des nationaux, nous répondrons, avec M. Demangeat [1], qu'il n'y aura jamais en France un encom-

1. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 323, note a.

brement de procès entre étrangers tel que les Français puissent en souffrir un véritable préjudice. Si nos tribunaux sont surchargés d'affaires, il faut en augmenter le nombre ou plutôt en multiplier les Chambres ; mais on ne peut, sous un prétexte d'ordre purement matériel, refuser la justice à des personnes qui ont le droit de l'exiger.

Notre conclusion est donc que le droit d'introduire une instance devant nos tribunaux appartient aux étrangers comme aux Français, et que les tribunaux sont tenus de juger leurs procès dans tous les cas où ils seraient compétents pour statuer entre Français aux termes des lois françaises sur la compétence.

En ce qui concerne les contestations qui peuvent s'élever entre étrangers, nous arrivons donc, grâce au système que nous avons adopté, tout naturellement et avec beaucoup de logique au résultat que la jurisprudence n'a pu obtenir que par des raisonnements subtils et en créant une exception. Notre système a l'immense avantage de poser une règle fixe, applicable dans tous les cas et de ne pas prêter à l'équivoque. Nous dirons donc avec la jurisprudence, mais par des motifs différents : le tribunal compétent pour liquider une succession mobilière est le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession ; ce sera donc un tribunal français toutes les fois que le domicile du *de cujus* se trouvera sur le territoire de notre patrie, peu importe la nationalité des héritiers.

L'application des principes que nous venons d'exposer ne souffre aucune difficulté dans plusieurs cas : c'est ainsi qu'en supposant un Français dont la succession s'ouvre en France, la Cour de cassation a posé, en règle générale et sans établir de distinction suivant la nationalité des héritiers, que le tribunal de l'ouverture de la succession doit être seul appelé à connaître jusqu'au partage des difficultés que peut faire naître cette succession [1]. Les mêmes résultats sont facilement admis lorsque les contestations soulevées se rattachent à la succession d'un étranger autorisé par le gouvernement français à fixer son domicile en France conformément à l'art. 13 du Code civil [2].

La question devient fort délicate dans le cas où l'étranger s'est établi en France sans obtenir l'autorisation du gouvernement. A notre avis, il peut y acquérir un véritable domicile; c'est donc à cet endroit que doit s'ouvrir sa succession, c'est donc devant le tribunal qui y siège que doivent être portées les contestations qu'elle peut soulever. La jurisprudence se prononce également en ce sens; cette solution, au premier abord, paraît surprenante quand on se rappelle que la jurisprudence [3], dans de pareilles circonstances, adopte une solution contraire en ce qui concerne la désignation de la loi appelée à régir la suc-

1. Cass. 19 avril 1852 (S. 52, 1, 801).

2. Trib. Seine, 6 janvier 1890 et Paris, 17 juillet 1890 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-91, 1, 215).

3. Voy. ci-dessus, p. 332 et s.

cession mobilière en cas de conflits. Cette divergence provient de ce que les tribunaux, tout en décidant que l'étranger ne peut, sans autorisation du gouvernement, avoir un domicile légal en France, si prolongée que soit sa résidence, admettent cependant qu'il peut y avoir un domicile de fait, qui produit quelques-unes des conséquences attachées au domicile de droit, telles que la détermination de l'ouverture de la succession et de la compétence du tribunal chargé de connaître des procès qui peuvent s'élever entre cohéritiers[1]. Voici comment sont rédigés les considérants d'un important arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1874 : « Attendu que l'art. 13 C. civ. a pour objet d'indiquer comment un étranger peut acquérir la jouissance des droits civils ; — que l'autorisation du gouvernement ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable à l'établissement de son domicile en France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance ; — qu'aucune loi ne s'oppose à ce que l'étranger fixé en France y acquière et y conserve un domicile de fait entraînant

1. Cass. 2 février 1832 (S. 1832, 1, 133) ; Paris, 28 juin 1834 (S. 1834, 2, 386) ; Paris, 8 août 1842 (*Gazette des tribunaux,* du 9 août 1842) ; Cass. 19 avril 1852 (S. 1852, 1, 801) ; Paris, 25 mai 1852 (S. 18 2, 2, 289) ; Cass. 15 avril 1861 (S 1861, 1, 721) ; Paris, 12 août 1873, joint à Cass. 7 juillet 1874 (S. 1875, 1, 19) : Bordeaux, 19 août 1879 (S. 1880, 2, 247) ; Trib. Seine, 2 août 1890 (*Revue pratique de droit international privé,* 1890-91, p. 66) ; Paris, 6 décembre 1891 (*eod.* 1892, p. 69) ; Trib. Seine, 8 décembre 1891 (*Gazette des Tribunaux,* 28 novembre 1891.)

certaines circonstances telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français et de déterminer la compétence du juge qui devra connaître après son décès de la succession qu'il laissera en France [1] ».

Nous combattons cette jurisprudence ; la distinction qu'elle établit est purement arbitraire. Où sont les textes, où sont les principes qui l'autorisent à attacher certains effets à l'établissement d'un étranger en France et à en rejeter d'autres ? La loi française ne connaît que deux choses : la simple résidence ou le domicile ; il n'y est jamais question d'un domicile de fait qui tiendrait de l'un et de l'autre.

Que l'on adopte le système de la jurisprudence ou celui que nous défendons, c'est à la juridiction qui juge la question de fait qu'il appartiendra de décider souverainement si l'étranger a véritablement fixé en France le centre de ses affaires et a pu y acquérir un domicile de droit ou de fait, suivant les diverses opinions, ou bien s'il n'a qu'une simple résidence. Pour se décider, les tribunaux n'auront qu'à se conformer aux règles tracées dans les art. 103 et 105 C. c. ; deux conditions sont requises pour l'acquisition d'un nouveau domicile : le fait et l'intention ; le fait, qui consiste dans la prise de possession d'un autre lieu d'habitation ; l'intention, qui n'est autre que la volonté de s'établir à demeure dans ce nouvel endroit. Mais comme l'appréciation des circonstances varie sui-

1. Cass. 7 juillet 1874 (D. 1875, 1, 271).

vant la disposition d'esprit de chaque magistrat, il se peut que des décisions soient rendues en sens contraires, bien que le principe posé reste toujours le même.

S'il est reconnu que le défunt étranger a conservé son domicile dans son pays d'origine, sa succession s'ouvre à l'étranger, et c'est devant le tribunal de ce lieu que doivent être intentées les actions en partage et en pétition d'hérédité. Toutes les raisons qui nous ont fait admettre la compétence des tribunaux français, lorsque le *de cujus* avait son domicile en France, militent en faveur de cette solution. Telle est, en effet, la décision de la jurisprudence, telle est aussi notre opinion mais par d'autres motifs. La jurisprudence fonde l'incompétence des tribunaux sur l'extranéité des parties en cause, « attendu, dit la Cour de cassation [1], que les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur les contestations entre étrangers et relatives à la succession d'un étranger. » Nous fondons simplement l'incompétence du tribunal français sur cette simple règle de procédure tracée dans l'art. 59 § 6 C. pr., d'après laquelle les actions soulevées par une succession doivent être portées devant la juridiction du lieu où elle s'est ouverte. Et cette

1. Cass. 18 août 1847 (S. 1847, 1, 645). — *Sic.* Paris 22 juillet 1815 (S. 1816, 2, 298); Paris 13 mars 1850 (*Gazette des Tribunaux* du 18 mai); Paris, 29 novembre 1865 (*eod.*, 7 décembre 1865); Trib. Marseille, 18 janvier 1873 (*Journal de Marseille*, 1873, p. 64).

discussion n'est pas simplement théorique ; elle a une portée pratique considérable. D'après la jurisprudence, les tribunaux pourront refuser de statuer, même lorsqu'aucun des plaideurs ne réclamera ; d'après nous, au contraire, le tribunal sera valablement saisi et devra prononcer sur la question qui est soumise à son appréciation, à moins qu'une des parties en cause ne soulève l'exception d'incompétence ; le demandeur français, en effet, est toujours libre de porter sa réclamation devant un tribunal quelconque, sauf le droit pour le défendeur de refuser le débat, s'il juge que le tribunal est incompétent, et s'il y trouve quelque intérêt ; il faut appliquer la même règle aux étrangers puisque dans notre système ils sont complètement assimilés aux Français en ce qui concerne les règles de compétence.

Même dans le cas où les tribunaux sont incompétents pour statuer sur les contestations entre héritiers, ils ont cependant qualité pour ordonner des mesures purement conservatoires. La jurisprudence elle-même, bien que posant en règle générale que les tribunaux ne sont pas tenus de trancher les procès qui n'intéressent que des étrangers, reconnaît qu'ils ont l'obligation de prescrire des mesures urgentes, sans préjuger le fond en quoique ce soit et cela avec beaucoup de raison : autre chose est de décider d'une affaire; autre chose de prendre des garanties qui seront utiles dans tous les cas. Ne voyons-nous pas du reste

tous les jours des mesures conservatoires ordonnées par des tribunaux qui ne pourraient connaître de la contestation ? En matière de succession, les tribunaux devront donc intervenir toutes les fois que l'affaire réclamera une solution urgente[1]. Tel serait assurément le caractère d'une demande de scellés et d'inventaire relativement aux biens laissés par un étranger en France.[2]. Il serait contraire à la dignité d'une nation que la sauvegarde des intérêts en présence ne fut pas assurée sur son territoire. Il est du reste des mesures de police générale qui obligent tous les hommes; l'art. 3 § 1 C. c. ne dit-il pas que l'étranger, doit s'incliner devant toutes les dispositions de la législation qui intéressent l'ordre public. Les tribunaux français pourraient également et, pour les mêmes raisons, ordonner le dépôt des valeurs mobilières dans un endroit déterminé par exemple : à la Caisse des dépôts et consignations[3]. Mais ici une question fort délicate se pose : le tribunal peut-il en prévision du cas où l'étranger ne se conformerait pas aux mesures prescrites prononcer contre lui une condamnation en dommages-intérêts? La Cour de Paris[4] l'avait pensé et avait prononcé une condamnation sévère en

1. Paris, 29 novembre 1865 (*Gazette des Tribunaux*, du 7 décembre.)

2. Paris, 12 août 1840 (S. 1840, 2, 442) ; Trib. Seine (*Journal du droit international privé*, 1877, p. 429).

3. Paris, 8 août 1842 (*Le droit* du 9 août); Paris, 4 décembre 1843 et Cass. 18 août 1847 (S. 1847, 1, 465).

4. Paris, 4 décembre 1843, précité.

cas de résistance. La Cour de cassation n'a pas adopté cette manière de voir et a infirmé la décision des premiers juges « attendu, dit-elle, qu'une pareille décision n'a plus le caractère d'une simple mesure conservatoire que des juges incompétents aient pu ordonner[1]. » Cette théorie nous semble des plus critiquables. Assurément les juges étaient incompétents au fond mais en agissant ainsi préjugeaient-ils la solution que pouvait recevoir l'affaire? Voilà toute la question. Le jugement qui ordonne une mesure conservatoire ne peut rester lettre morte; il faut absolument qu'il y ait un moyen de contraindre l'étranger à s'y soumettre et on est obligé de décider, si on veut raisonner avec logique, que reconnaître à nos tribunaux le droit d'ordonner de pareilles mesures, c'est leur reconnaître par voie de conséquence directe et immédiate le droit d'en assurer l'exécution. Dès lors nous ne voyons pas pourquoi le tribunal ne pourrait sanctionner une mesure qui reste toujours conservatoire des droits des parties intéressées[2].

Jusqu'à présent nous avons supposé que tous les héritiers étaient étrangers; nous devons examiner maintenant ce qui arriverait si l'intérêt d'un Français se trouvait en cause. Si aucun texte ne prévoyait cette situation, nous devrions dans tous les cas, reconnaître

1. Cass, 18 août 1847, précité.

2. Gerbaut, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 418, n° 326. — Contra Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 170.

la compétence du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession ; ce serait donc un tribunal étranger qui serait chargé de statuer toutes les fois que le *de cujus* aurait son domicile en pays étranger. Mais il existe au code civil deux articles : les art. 14 et 15 qui établissent certaines règles de compétence spéciale lorsque le débat s'engage entre Français et étrangers ; nous devons étudier les dérogations qui en résultent.

Le Français créancier d'un étranger peut toujours aux termes de l'art. 14 se soustraire à la juridiction de la justice étrangère et porter son action devant un tribunal français ; c'est là une dérogation formelle à la règle : *actor sequitur forum rei.* Mais dans l'art. 59 § 6 C. pr. le législateur a établi une règle différente en ce qui concerne la compétence du tribunal en matière de succession. Faut-il appliquer l'art. 14 dans ce cas, et décider que le tribunal français est compétent pour statuer sur une demande intentée, soit par un Français contre ses cohéritiers étrangers, soit par un légataire ou un créancier français contre les héritiers étrangers, même quand la succession s'est ouverte hors de France ? La question est controversée, et la jurisprudence elle-même a éprouvé quelques hésitations.

Pour soutenir que l'art. 14 ne vise pas cette hypothèse, on raisonne de la manière suivante. Cet article contient une règle exceptionnelle ; or c'est un principe d'interprétation universellement admis qu'il faut limiter l'exception aux termes mêmes du texte qui l'éta-

blit. *Exceptiones sunt strictissimi interpretationis.* L'art. 14 ne se rapporte qu'au litige né d'une obligation contractuelle, et ce qui le prouve d'une manière péremptoire, c'est qu'il contient deux fois le mot *obligation.*

Du reste, le raisonnement vient à l'appui de cette interprétation. Dans le cas prévu par notre article, il s'agit d'un contrat passé entre un étranger et un Français. En figurant à ce contrat l'étranger a renoncé à ses juges naturels et accepté la compétence des tribunaux français. Dès lors de quel droit se plaindrait-il de ce qu'on lui fait l'application d'une règle à laquelle il s'est volontairement soumis. Bien différente est l'hypothèse qui nous occupe; sur quelle raison pourrait-on s'appuyer pour soutenir que l'héritier ou le créancier étranger a renoncé à porter son action devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession [1].

Cette argumentation ne nous a pas convaincu et nous pensons, avec la majorité des auteurs, qu'il faut appliquer l'art. 14 en matière de succession.

Les termes de cet article ne prouvent rien contre notre système. Le législateur en parlant des « *obligations contractées*, » prévoit les cas les plus fréquents ; statue, comme il le fait souvent, *de eo quod plerumque fit.* Du reste, tout le monde sait que le mot : *con-*

1. Consultation de M. Crémieux (S. 1843, 1, 13); Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 360, note a ; Antoine, *op. cit.*, p. 186 ; Guénée, *Revue pratique*, 1889, p. 438. — Paris, 22 juillet 1815 (S. chr.) C. f. Paris, 29 mars 1862 et cass. 22 mars 1865 (S. 65, 1, 175).

tracter n'a pas dans la langue du droit un sens rigoureusement déterminé, c'est une de ces expressions qui se prêtent aux divers sens qu'on veut leur donner. La loi elle-même applique cette expression à des obligations formées sans convention [1]. Il n'y a donc pas lieu de s'en prévaloir pour en faire sortir, dans l'espèce, un argument restrictif.

Le fondement de cette disposition, en effet, ne repose pas, comme on le dit, dans une renonciation qui serait censée avoir été faite par le débiteur étranger en faveur du créancier français, mais bien dans une pensée de protection en faveur des nationaux [2]. L'application du droit commun aurait eu pour effet de livrer le plaideur français au mauvais vouloir des juges étrangers qui, peut-être préoccupés des intérêts de leurs compatriotes, auraient pu sacrifier les droits les plus respectables et les mieux fondés. Le législateur a cru nécessaire d'édicter en faveur de ses nationaux un privilège de juridiction; de là les dispositions de l'article 14 du Code civil.

Dès lors qu'il s'agisse d'un contrat ou de tout autre acte juridique, qu'importe? Rien ne vient limiter la portée de ce texte. Au contraire la garantie qu'il con-

1. Voy. not. l'art. 1372 C. civ. « Lorsqu'on a volontairement géré l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère, *contracte* l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même. »

2. Boulay de la Meurthe, *Exposé des motifs* (Locré, t. II, p 226).

sacre est plus nécessaire à l'héritier qui veut faire valoir ses droits à la succession de ses parents morts à l'étranger, qu'au créancier qui demande l'exécution d'un contrat. Le Français est libre de contracter avec un étranger, et par conséquent, doit prévoir qu'en agissant ainsi, il peut se trouver exposé à porter sa demande devant des magistrats étrangers; il n'y aurait eu aucune injustice à lui faire l'application de la maxime : *actor sequitur forum rei*. Mais lorsqu'il s'agit d'un fait indépendant de sa volonté, on comprend bien mieux qu'il trouve dans sa loi nationale une faveur et un appui : tel est le cas lorsqu'un Français est appelé à une succession en pays étranger [1].

L'art. 14 sera donc invoqué par tout héritier français ; qu'il puisse l'être également par un étranger autorisé à fixer son domicile par le gouvernement ; ce point ne fait aucun doute, car l'admission à domicile confère à l'étranger la jouissance de tous les droits civils et lui assure les mêmes privilèges qu'au national. Mais la jurisprudence nous paraît avoir dépassé le but en décidant qu'un domicile de fait suffit à l'étranger pour se prévaloir de cette mesure de pro-

1. Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 360 ; Aubry et Ran, t. VIII, p. 137 note 5 ; Demolombe, t. I, n° 250 ; Massé, t. I, n° 686, Bonfils, *op. cit.*, p. 73. Gerbaut *op. cit.*, p. 240 et s. Weiss, p. 745. — Voy. en ce sens, Paris 17 novembre 1834 (S. 36, 2, 171) ; Paris 11 décembre 1847 (S. 1848, 2, 49) ; Paris 11 décembre 1855 (S. 1856, 2, 302) ; Paris, 12 janvier 1858 (S. 1858, 2, 542) ; Cass. 19 avril 1859 (S. 1859, 1, 411) Trib. Seine, 28 décembre 1875 (*Le droit* du 12 janvier 1876) Trib. Seine, 6 décembre 1877 (*Le droit* du 4 janvier).

tection [1]. Il faut se garder d'assimiler le domicile que peut avoir tout étranger lorsqu'il fixe son principal établissement en France et le domicile qui a été autorisé conformément à l'art. 13 ; le second seul peut conférer la jouissance des droits civils [2]. Et ces décisions de la jurisprudence sont d'autant plus bizarres, qu'elle n'admet pas l'étranger à avoir sur le territoire français un domicile légal mais un simple domicile de fait.

L'art. 15 forme pour ainsi dire la contre-partie de l'art. 14 ; il permet au créancier étranger de traduire un Français « devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger. » Ce n'est là en général que l'application de la règle qui veut que le demandeur aille plaider devant le tribunal du domicile du défendeur. Mais l'art. 59 § 6 C. pr. admet en matière successorale une dérogation formelle à cette règle ; l'étranger pourra-t-il en s'appuyant sur l'art. 15 poursuivre son cohéritier français devant le tribunal de son domicile ? Si ce dernier réclame son renvoi devant la juridiction du lieu où s'est ouverte la succession, devra-t-il être écouté ?

La question est la même que celle dont nous nous sommes occupés en parlant de l'art. 14 ; notre solution sera identique. Sans nous laisser arrêter par les termes trop restrictifs employés par le texte, nous di-

1. Aix, 28 août 1872 (S. 1873, 2, 265).
2. Weiss, *op. cit.*, p. 128, note 2.

rons en songeant à la pensée du législateur que la prétention de l'héritier français doit être repoussée[1]. L'art. 59 § 6 C. p. trace une règle de compétence applicable entre les divers tribunaux français ; c'est une disposition de législation intérieure qui ne pourrait s'appliquer quand il s'agit de régler les conflits de juridiction qui peuvent s'élever entre nos tribunaux et les tribunaux étrangers ; l'art. 15 est le seul guide[2].

Nous devons maintenant rechercher quel est le tribunal compétent pour connaître des contestations que peut soulever la succession d'un Français établi en pays étranger ? Cette question, grâce à nos explications antérieures, ne peut soulever de grandes difficultés. Nous savons qu'un Français peut, en s'expatriant, acquérir un domicile à l'étranger ; il faut donc décider conformément à la règle qui attribue compétence au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, que les instances devront être poursuivies devant la juridiction de ce pays. C'est ce qui a été décidé à plusieurs reprises par différentes décisions judiciaires. Il

1. Bonfils, *op. cit.*, p. 105. Gerbaut, *op. cit.*, p. 350. Weiss, *op. cit.*, p. 754.

2. Dans la liquidation de la succession du prince Ghyka les diverses juridictions saisies n'ont pas tenu compte de cet article. Par un arrêt du 2 mars 1862 la Cour de Paris refusa de connaître de la demande formée par des étrangères contre une Française sous prétexte que la succession s'était ouverte en pays étranger. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejetté par la chambre civile de la Cour de cassation le 22 mars 1865, du moins en tant qu'il ne s'agissait pas d'immeubles situés en France (D. 1865, 1, 127).

appartiendra en conséquence aux juges du fait de décider suivant les circonstances dans quels cas la translation de domicile peut être considérée comme opérée et par suite dans quels ils sont ou non compétents.

Lorsqu'une succession comprend des immeubles, la compétence des tribunaux chargés de statuer sur les contestations qui peuvent s'élever relativement à ces immeubles se détermine par des motifs d'un autre ordre et les règles applicables sont complètement différentes. Voici le raisonnement que tiennent presque tous les auteurs[1] et qui se retrouve dans tous les arrêts relatifs à cette question[2].

Le territoire de l'état se composant de l'ensemble des immeubles qui s'y trouvent, le principe de la souveraineté nationale donne à chaque peuple le droit de régler législativement d'une manière absolue et exclusive le régime de la propriété foncière et d'écarter toute application des lois étrangères. Mais le droit de juridiction est aussi une émanation de la souveraineté ; il doit donc s'étendre sur tout le territoire français : il est naturel de charger nos magistrats de

1. Demolombe, t. 1er, nº 261 ; Fœlix et Demangeat, t. 1, nº 160 p. 335 ; Bonfils, *op. cit.*, nº 37, p. 34 ; Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 146, Glasson, *France judiciaire*, 1881, p. 125.

2. Paris, 23 thermidor an XII (S. 7, 2, 944) ; Colmar, 12 août 1817 (S. 1818, 2, 290) ; Cass. 14 mars 1837 (S. 1837, 1, 195) ; Cass. 19 novembre 1847 (S. 1848, 1, 52) ; Cass. 22 mars 1865 (S. 1865, 1, 175) ; Trib. Nice, 30 décembre 1884 et Ain, 1er juin 1885 (*Journal du droit international privé*, 1886, p. 726) ; Trib. Seine, 9 août 1887 et Paris 31 décembre 1889 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-91, 1, 290).

faire respecter des règles que le législateur a considérées comme touchant au plus haut point à l'ordre public. La compétence des tribunaux étant fondée sur la situation de l'immeuble litigieux, il importe peu que la succession se soit ouverte en France où à l'étranger, que les héritiers soit des nationaux ou relèvent d'un autre Etat. Le territoire est Français comme les personnes : suivant une heureuse expression de M. Demolombe, la nationalité est dans le sol comme elle est dans le sang.

Ce système nous paraît bien fondé ; sans doute nous n'irons pas jusqu'à dire, avec la cour de Colmar, « que l'art. 3 soumettant à la loi française les immeubles situés en France possédés par des étrangers soumet par une conséquence nécessaire, ces mêmes immeubles à la juridiction française [1]. » On conçoit, en effet, que le législateur aurait pu à la rigueur laisser au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession la connaissance de toutes les contestations relatives à l'hérédité, sauf pour ces magistrats l'obligation d'appliquer les lois françaises en ce qui concerne les immeubles ; mais telle n'a certainement pas été son intention. Que l'on se rappelle les circonstances au milieu desquelles a été élaboré le code civil ; les mesures de défiance édictées contre les tribunaux étrangers ; que l'on songe à la part active prise par le premier consul aux travaux du conseil d'état, et les

1. Colmar, 12 août 1817 (S. 1818, 2, 290).

idées qu'il professait relativement à l'indépendance du territoire vis-à-vis des autres états, et l'on restera convaincu que jamais les rédacteurs du code n'auraient consenti à subordonner aux décisions d'une juridiction étrangère le régime des biens fonciers dont l'ensemble constitue le sol national. Il existe du reste une raison qui est de nature à lever tous les doutes : cette solution était formellement admise dans notre ancien droit.

En vain, nous objecterait-on, qu'il va falloir introduire plusieurs instances devant des tribunaux relevant d'une nationalité différente et que la liquidation de la succession se fera avec les plus grandes difficultés [1]. Les inconvénients que l'on signale sont réels ; mais la justesse de cette observation ne peut nous faire abandonner notre système; il ne s'agit pas de savoir ce qui est préférable en théorie mais bien ce qu'a voulu établir le législateur français ; *dura lex sed lex.*

On ne serait pas mieux fondé en faisant remarquer que l'art. 59 § 6 C. pr. en attribuant compétence au tribunal de l'ouverture de la succession, n'a fait aucune distinction entre les meubles et les immeubles; nous répondrions que cette disposition a pour objet de régler la compétence respective des divers tribunaux français et qu'elle est inapplicable, lorsque le conflit s'élève entre une juridiction française et une juridiction étrangère.

L'hypothèse inverse présente plus de difficultés.

1. Dubois, *Journal du droit international privé*, 1874, p. 142.

Que faut-il décider lorsqu'une succession s'ouvrant en France comprendra des immeubles situés à l'étranger ? Devant quels tribunaux les héritiers devront-ils intenter leurs actions ? La cour de Besançon a affirmé la compétence des juges français d'une manière exclusive et absolue. Le tribunal de première instance avait au contraire refusé de connaître de la constestation « attendu qu'aux termes de l'art. 3 C. c., la loi française soumettant les immeubles situés en France à la juridiction française, quand bien même ils seraient possédés par des étrangers, il y a lieu de procéder par voie d'analogie et comme une conséquence nécessaire du principe par l'art. 3 sus-visé que les immeubles sis en pays étranger doivent, quoique appartenant à des Français, être soumis à la juridiction des tribunaux étrangers dans le ressort desquels ils sont situés [1], » La cour d'appel n'accepta pas cette argumentation et cassa la décision des premiers juges « attendu qu'en cette matière l'égalité des partages doit prévaloir sur les règles du statut réel et que cette égalité exige l'unité dans la liquidation [2]. »

Bien que plusieurs autres arrêts aient été rendus dans le même sens [3] que celui de la cour de Besançon nous ne pensons pas que cette jurisprudence fasse

1. Trib. Lure, 18 mai 1875.

2. Besançon, 18 juillet, 1875 (S. 1876, 2, 20).

3. Cass. 19, avril 1852 (S. 1852 1, 801) ; Trib. Seine, 29 mai 1889 et Paris, 14 janvier 1873 (S. 1874, 2, 234. — C. f. Trib. Versailles, 6 mars 1890 (*Le droit* du 25 juin 1890).

l'application des vrais principes. Quels sont en somme ses arguments? Des considérations d'utilité pratique, l'interêt des plaideurs ; mais qui ne comprend que les mêmes raisons peuvent servir — et servent, en effet, ainsi que nous l'avons vu — pour combattre la jurisprudence lorsqu'elle refuse aux tribunaux étrangers le droit d'intervenir, quand il s'agit d'immeubles situés en France. C'est, qu'en effet, les deux décisions sont contradictoires. Dans le cas où il s'agit d'une succession ouverte à l'étranger, la situation de l'immeuble est la seule base de la compétence des tribunaux français ; il en résulte par une conséquence nécessaire que la connaissance du procès devra appartenir au tribunal étranger, lorsqu'elle portera sur un immeuble situé en pays étranger et cela quelle que soit la nationalité des parties puisqu'elle n'est nullement à considérer dans cette hypothèse. Si l'intérêt de la souveraineté est assez considérable pour faire admettre que les immeubles doivent être placés sous la sauvegarde de la juridiction nationale, il faut accepter ce principe avec toutes les conséquences qu'il comporte. Admettre la juridiction de nos tribunaux lorsque des immeubles sont situés à l'étranger, c'est refuser contrairement à une juste réciprocité de faire aux autres Etats l'application d'un principe de justice. Nos tribunaux devraient même être incompétents d'une manière absolue, *ratione materiæ* [1].

1. Bonfils, *op. cit.* nº 175.

SECTION II

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

A l'étranger, les règles relatives à la compétence des tribunaux en cette matière varient suivant le système appliqué au règlement de la succession en droit international privé.

Les législations qui, à l'exemple de la législation française, soumettent la succession mobilière à la loi du domicile, et la succession immobilière à la loi de la situation décident que le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession est naturellement désigné pour statuer sur les contestations que peut soulever la dévolution ou le partage des meubles, mais que la juridiction territoriale a seule qualité pour décider des questions qui intéressent les biens fonciers. En Belgique, cette solution, qui était déjà suivie par la jurisprudence, a été inscrite dans le nouveau Code de procédure civile. Aux termes de l'article 48, les tribunaux belges sont compétents pour connaître des procès qui ont pour objet des immeubles dépendant de la succession d'un étranger, s'ils sont situés en Belgique ; le lieu de l'ouverture de la succession est à cet égard sans importance. Au contraire de la combi-

naison des articles 48 et 53, il résulte que si la succession est mobilière, le tribunal compétent est celui du dernier domicile du défunt. Les articles 14 et 15 du Code civil français qui, avant la réforme, était en vigueur dans ce pays ont été abrogés. Un héritier belge appelé à une succession mobilière ouverte à l'étranger ne pourrait donc pas citer un de ses cohéritiers devant un des tribunaux de sa patrie, pas plus qu'il ne pourrait y être actionné [1].

Les législations qui soumettent la succession tout entière, quelle que soit la nature des biens dont elle se compose, à la loi du domicile du *de cujus* reconnaissent, par la force même des choses, la compétence du tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. Il en est ainsi notamment en Allemagne. L'Oberlandesgericht de Darmstadt a fait une remarquable application de cette règle en décidant que la succession immobilière d'un étranger domicilié à l'étranger, étant réglée d'après la loi du domicile, même en ce qui concerne les immeubles situés en Allemagne, les tribunaux Rhénans ne devaient pas connaître de l'action en partage, et que la compétence était exclusivement réservée au tribunal du domicile [2].

Dans les législations qui soumettent la succession à une loi unique mais qui donnent la préférence à la

1. *Journal du droit international privé*, 1877, p. 508 et s.

2. *Journal du droit international privé*, 1886, p. 732 et 733. Cf. De Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, § 376 et 377.

loi nationale du défunt, c'est encore la compétence du tribunal du domicile qui est admise. Cependant, comme il n'y a plus concordance entre les règles relatives à la compétence et celles relatives à la loi applicable, des exceptions sont parfois consacrées. L'Italie nous en offre un exemple remarquable. Le Code civil a consacré le principe de la personnalité du droit pour la solution des conflits qui peuvent s'élever entre les législations des divers pays ; la loi applicable à la succession d'une personne qui laisse des biens meubles ou immeubles dans plusieurs pays est toujours la loi nationale de cette personne. Il eût paru logique de déclarer que le tribunal compétent pour statuer sur les contestations qui peuvent s'élever serait dans tous les cas le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, d'autant plus que telle est la règle de droit commun en Italie. Cependant l'article 94 § 2 du Code de procédure civile contient une règle spéciale dans le cas où le *de cujus* meurt domicilié en pays étranger. « Lorsque la succession s'est ouverte hors du royaume, les actions se portent devant l'autorité judiciaire où est située la plus grande partie des biens immeubles ou meubles à partager, et à défaut devant le tribunal du lieu où le défendeur a son domicile ou sa résidence. » Cette disposition déroge à un des principes juridiques les mieux fondés : la compétence du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession consacrée en droit interne aurait dû l'être également en droit

international privé. C'est là une règle suscitée par la diversité des régimes législatifs en cette matière : le législateur italien ne pouvant imposer aux autres nations le principe qu'il consacre et qu'il considère avec raison comme seul conforme à la nature des choses, a voulu en empêcher la violation, au moins pour la partie desbiens situés dans le pays soumis à son autorité. Ces motifs peuvent servir à justifier cette règle, mais il n'en est pas moins vrai de dire que c'est un expédient tout à fait arbitraire.

Personne ne doute que l'art. 94 § 2 C. P. ne doive être observé au cas où un Italien vient à mourir en pays étranger, mais il existe au contraire une vive controverse sur le point de savoir si cet article doit s'appliquer au cas où un étranger vient à mourir à l'étranger, laissant en Italie la plus grande partie de ses biens.

La cour de Naples a jugé que la compétence appartient au tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au tribunal du dernier domicile du *de cujus* ; elle a pensé que le législateur ayant décidé que la succession tout entière serait régie par une loi unique : la loi nationale, il était naturel de reconnaître un droit de juridiction exclusif aux magistrats du pays où la succession s'était ouverte, car autrement des jugements différents pourraient être rendus, ce qui serait contraire au but poursuivi par le législateur [1].

1. *Journal du droit international privé*, 1875, p. 139.

La Cour de cassation de Turin s'est prononcée en sens contraire ; voici dans quelles circonstances : un Suisse qui s'était fait naturaliser Français était mort en France laissant des immeubles et la plus grande partie de sa fortune mobilière en Italie. Des contestations s'élevèrent entre ses héritiers Suisses et sa femme, Française ; une instance fut introduite devant les tribunaux Modènais à une époque où la législation en vigueur à Modène était, pour la loi civile, le Code civil de Modène et pour la loi de procédure le Code de procédure Sarde, dont l'article 22 contenait une disposition semblable à celle de l'article 94 ci-dessus reproduite du Code civil italien de 1865. La Cour de Modène se déclara compétente pour les immeubles mais incompétente relativement aux meubles. Les parties formèrent un pourvoi contre la décision relative aux meubles devant la cour de Turin qui cassa l'arrêt de la Cour d'appel et renvoya l'affaire devant la Cour de Bologne. Celle-ci ayant également proclamé son incompétence, son arrêt fut encore cassé par la Cour suprême.

La doctrine de la cour de Turin a été défendue par des jurisconsultes italiens de la plus haute valeur, par M. Pescatore et par M Fiore.

Parmi les nombreux arguments invoqués par M. Pescatore, nous n'en relèverons qu'un seul parce qu'il nous paraît méconnaître le véritable caractère juridique du droit de succession. « La loi, dit cet

auteur, attribue aux tribunaux du royaume la connaissance des actions sur les biens meubles et immeubles existant dans le royaume (C. procéd. civ. art. 105, n° 1). Or la pétition d'hérédité est une action réelle en revendication sur les biens appartenant déjà au défunt — action universelle, mais qui *resolvitur in suas singularitates*. — La compétence du for de l'ouverture de la succession n'a pas plus de valeur que la compétence par connexion de cause et celle-ci exerce seulement son influence dans l'intérieur de chaque État, elle n'est ni attributive ni suppressive de juridiction dans les rapports d'Etat à Etat. Donc, pour les biens situés dans le territoire du royaume, la pétition de l'hérédité d'étranger à étranger, de citoyen à étranger ou *vice versa* appartiendra aux tribunaux du royaume[1]. » Cet argument est loin d'être probant : la succession ne se compose pas, en effet, comme le dit M. Pescatore, de choses plus ou moins étroitement reliées entre elles ; elle constitue un tout indivisible, une entité juridique. Que les divers objets composant la succession, considérés *ut singuli*, soient soumis aux règles ordinaires, peu importe ; cela n'empêche que pas la succession elle-même, en tant qu'universalité, soit régie par des règles spéciales. C'est du reste ce qui explique pourquoi le législateur italien, se conformant en cela aux données de la science, a appliqué à la succession de l'étranger une loi unique ; si l'argu-

1. Pescatore, *Revue de droit international privé*, 1875, p. 221.

mentation de M. Pescatore est exacte, de quel droit les jurisconsultes italiens pourraient-ils critiquer la doctrine traditionnelle qui prend en considération la nature et la situation des biens pour en régler la dévolution?

Cet exemple est une preuve de l'embarras dans lequel se trouvent les meilleurs jurisconsultes lorsqu'ils essaient de justifier une mauvaise disposition. La véritable raison est celle que donne M. Fiore : « Le législateur italien n'a pas prétendu et ne pouvait prétendre obliger les magistrats de tous les pays à considérer la succession comme un tout indivisible, comme nous le pensons [1]. »

Si grandes que soient les nécessités de la pratique, il faut bien reconnaître que l'extension de l'art. 94 § 2 C. P. ne se justifie pas au point de vue juridique. Cette disposition, en effet, déroge au droit commun, or c'est un principe d'interprétation universellement admis que toute exception doit être interprétée restrictivement. *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis* [2].

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence semble admettre définitivement que l'article 94 § 2 du Code de procédure civil doit être étendu à la succession des étrangers. C'est en sens que s'est prononcée la cour de Venise dans son arrêt du 3 février 1888 [3].

1. Fiore, *Droit international privé*, p. 716.

2. Dubois, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 141 ; Antoine *op. cit.*, p. 135.

3. *Journal du droit international privé*, 1889, p. 170.

SECTION III

« C'est dans la nature des actions intentées, dit M. Dubois, et dans l'intérêt bien entendu des plaideurs qu'il faut chercher ici des raisons de décider. Or la solution qui s'impose, si l'on se place à ces deux points de vue, c'est l'unité de juridiction. En effet, d'un côté les actions en pétition d'hérédité et en partage ayant pour objet le patrimoine du défunt, c'est à dire une universalité, sont universelles de leur nature, et par conséquent doivent être exercées d'une manière indivisible devant un tribunal unique. D'un autre côté, l'intérêt évident des parties est d'éviter l'aggravation des frais et surtout la possibilité d'une contrariété dans les jugements » [1].

Ce point de vue n'avait pas passé inaperçu aux yeux des jurisconsultes Romains, qui avaient si finement analysé les diverses parties de la législation ; aussi avaient-ils vite compris la nécessité, en matière de succession, de centraliser toutes les procédures en attribuant compétence à un seul juge. « *Si inter plures familiæ ercisumdæ agetur et inter eosdem communi*

1. Dubois, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 141, note 3.

dividundo aut finium regundorum, eumdem judicem sumendum. Præterea, quo facilius coire coheredes vel socii possunt, in eumdem locum omnium præsentiam fieri oportet [1]. » Cela étant, où placer le siège de cette juridiction unique? A Rome, l'héritier avait le droit de porter son action en pétition d'hérédité devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession ; mais il pouvait également poursuivre son adversaire devant le juge de son domicile [2].

Le principe de juridiction établi par les jurisconsultes Romains reposait sur une base si naturelle qu'il a été consacré par la plupart des législations modernes. Mais généralement la compétence a été attribuée au tribunal du dernier domicile à l'exclusion de tout autre. Cette règle concilie tout à la fois et la logique et l'intérêt des plaideurs : en effet, mieux que tout autre, le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession peut juger en parfaite connaissance de cause les contestations qui lui sont soumises. C'est en général au domicile du défunt que se trouvent les documents à consulter, la masse des biens à partager ; c'est là que se réunissent les héritiers ; là qu'on est sûr de les trouver. Ces raisons, qui ont été assez puissantes pour faire créer une exception à la règle si naturelle et si équitable qui veut que le demandeur aille plaider devant le domicile du défendeur, sont les mêmes dans

1. L. 1, D., *De quibus rebus ad eumd. jud.*, 11, 2.
2. *Lex unica* : *Ubi de hereditate agatur*, C., 3, 20.

tous les cas et n'ont pas moins de valeur lorsqu'il faut en faire l'application en droit international privé. Bien au contraire, il semble qu'il devient alors indispensable d'attribuer compétence à un seul tribunal, lorsqu'une personne vient à mourir laissant des biens situés dans divers pays. On évite ainsi une contrariété de jugements sur des questions qui sont étroitement unies, contrariété d'autant plus à craindre qu'entre nations différentes, il n'y a plus de Cour suprême chargée de maintenir l'uniformité dans les décisions des tribunaux. Si les héritiers sont obligés de diviser leurs actions et d'introduire autant d'instances qu'il y a de biens situés dans des pays différents, leur situation va devenir des plus difficiles. Supposons, par exemple, qu'une personne vienne à mourir en France, où elle avait fixé son domicile et où se trouve sa fortune mobilière, mais qu'elle possède des immeubles en Belgique et en Angleterre ; ses héritiers devront s'adresser aux tribunaux des trois puissances pour faire reconnaître leurs droits. Que de frais ! Que de lenteurs !

Pour que la compétence du tribunal du dernier domicile du *de cujus* fût universellement reconnue, il faudrait que toutes les nations eussent adopté les mêmes principes de droit international privé relativement à la dévolution de la succession. Sans cela, le législateur qui croira avoir consacré la meilleure solution prendra toutes les mesures nécessaires pour

en empêcher la violation, au moins pour la partie des biens situés sur le territoire soumis à son autorité.

Si l'on compare les législations belge et italienne à la législation française, on reconnaît qu'elles ont réalisé un progrès au point de vue de la compétence des tribunaux : elles ont supprimé les dispositions analogues à l'art. 14 du Code civil et fait disparaître, en conséquence, une des causes qui portaient atteinte à l'unité de juridiction en matière successorale, même lorsque l'hérédité ne comprenait que des meubles. Le but de cette disposition était de soustraire le Français aux difficultés qu'auraient pu lui susciter les tribunaux étrangers ; c'était une mesure de défiance contre la magistrature des autres nations. « Ces craintes, écrivait M. Laurent[1], ne témoignent pas pour notre état social ; espérons qu'un jour ce privilège paraîtra odieux, puisqu'il n'aura plus sa raison d'être. » L'appel du savant auteur a été entendu par le législateur de son pays ; il est à désirer qu'il en soit de même en France. Au moment où le Code civil a été rédigé, la France était en hostilité avec la plupart des États qui l'entouraient et l'on cherchait à mettre nos nationaux à l'abri de toute atteinte de la part de l'autorité étrangère ; les circonstances ont pu être une excuse ; elle ne sauraient constituer une justification. Aujourd'hui, la situation est complètement différente ; les relations extérieures, qui sont devenues extrêmement fré-

1. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n° 436.

quentes, sont des plus courtoises, et tout milite en faveur de l'abrogation de l'art. 14 qui n'a d'autre résultat que de froisser la susceptibilité des autres nations.

Du reste, il faut reconnaître que cette disposition a manqué le but qu'elle se proposait d'atteindre : loin de placer le Français dans une meilleure situation, elle peut lui causer un sérieux préjudice en attirant contre lui des mesures de rétorsion. C'est ainsi qu'en Italie l'art. 105 du Code de procédure civile porte : « L'étranger qui n'a pas de résidence dans le royaume peut être assigné devant les autorités judiciaires du royaume, bien qu'il ne s'y trouve pas... ; 3° dans tous les autres cas où cela peut se faire par réciprocité. » En l'absence de traités internationaux, cette réciprocité ne peut résulter que d'une pratique continuellement observée. Cette réciprocité a été reconnue par la cour de Florence dans plusieurs arrêts ; la cour de Turin s'était prononcée contre cette interprétation, mais sa décision fut cassée par la cour de cassation de Turin qui déclara que la disposition exorbitante de notre art. 14 doit faire cesser les règles ordinaires de compétence et « qu'il en résulte, sinon *jure reciprocitatis*, du moins certainement *jure retorsionis*, que le citoyen italien est autorisé, en équité, à vouloir que le Français soit traité comme il l'est lui-même en France, selon ce principe : *quod quisque juris in alterum statuerit et ipse eodem jure utatur.* »

Ainsi un héritier français, contrairement aux règles admises pour les nationaux des autres Etats, pourra être cité par ses cohéritiers italiens devant un des tribunaux de ce pays, même dans le cas où la succession est ouverte à l'étranger. M. César Norsa. avocat à la Cour de Milan, paraît éprouver cerlaines hésitations pour admettre cette conséquence « attendu, dit-il, que les termes de l'art. 14 parlent d'obligations conventionnelles, c'est à dire provenant d'un contrat ; que si la doctrine et la jurisprudence, tendant à augmenter le privilège des nationaux, se sont montrées souvent disposées à en appliquer les dispositions à des obligations dérivées de causes diverses qui n'avaient rien de conventionnel, cette jurisprudence n'est ni *admise*, ni *définitive* ; elle a au contraire rencontré des contradicteurs sérieux et autorisés et, en définitive, n'a été ni suivie, ni acceptée par le législateur non plus que par la jurisprudence étrangère. » M. Norsa se trompe sur notre législation. La jurisprudence qui étend l'art. 14 à toutes les hypothèses est définitivement admise ; si elle a rencontré de sérieux adversaires, elle a encore rencontré un plus grand nombre de partisans. Il en résulte que l'art. 105 du Code de procédure civil italien est parfaitement applicable au successible Français.

1. *Revue du droit international privé*, 1876. p. 659

CHAPITRE II

DES ADMINISTRATEURS

Pendant l'indivision, si elle se prolonge, il doit y avoir des administrateurs, tous les héritiers ne pouvant concourir aux actes journaliers de gestion. La répartition des biens héréditaires entre les territoires de plusieurs États, en rendant la liquidation de la succession plus lente et plus difficile, impose tout particulièrement la nécessité d'y recourir. Plusieurs questions fort délicates se présentent à cet égard. Qui a le droit de nommer les administrateurs ? Quelle est l'étendue de leur pouvoir ? Quel est le statut qui les régit quand leur administration comprend des biens situés dans des pays différents ? Le Code civil ne contient aucune disposition permettant de trancher les difficultés soulevées ; il faut donc recourir aux principes généraux.

Dans le cas où les héritiers sont d'accord pour nommer un administrateur et pour déterminer ses droits, il n'y a pour ainsi dire pas de question ; il suffit d'appli-

quer l'article 1134 du Code civil. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. » Ce sont des copropriétaires qui constituent un mandataire dans un intérêt commun et leur droit est illimité. Ils peuvent lui donner l'autorisation d'aliéner les biens qui composent la succession, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Le Code civil le suppose : tout ce qu'il exige, c'est que le mandat soit exprès s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer (art. 1988). Dira-t-on que le Code civil ne prévoit que le cas où les biens sont en France ? Qu'importe ? La volonté du propriétaire s'étend partout ; elle n'est pas limitée à tel ou tel territoire [1].

Dans le cas où les héritiers ne s'entendent pas, quel est le tribunal compétent pour nommer les administrateurs ? La jurisprudence applique ici la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles. En ce qui concerne les immeubles, c'est à la juridiction territoriale qu'il appartient seule de désigner les personnes chargées de les administrer [2]. En ce qui concerne les meubles, les héritiers doivent porter leur demande devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris, du 13 mars 1850, a décidé, à l'occasion d'une succession ouverte en Irlande, que les lettres d'adminis-

1. Laurent, *Droit international*, t. VII, p. 145 et s.

2. Trib. Seine, 21 mai 1891 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-91 p. 293).

tration, émanées du président de la Cour des prérogatives, conformément aux dispositions de la législation de ce pays, doivent produire leurs effets en France, et que les tribunaux français sont incompétents pour connaître des difficultés qu'elles soulèvent « attendu que ces lettres ne peuvent être contestées que devant l'autorité dont elles émanent[1] ». Voici comment s'exprimait M. Portier, substitut du procureur général, dans ses conclusions : « L'on objecte que les lettres d'administration doivent être restreintes aux biens d'Irlande, que la justice française ne saurait les rendre légales.... S'il en était ainsi, d'un côté, le pouvoir judiciaire en Irlande serait réduit à l'inaction, à l'impuissance pour les biens de France ; d'un autre côté, les tribunaux français ne pourraient ni connaître des difficultés auxquelles donnerait lieu la succession, ni conférer une administration définitive. Il y aurait là des droits en suspens qui ne trouveraient pas de juridiction pour les apprécier ; c'est inadmissible[2]. » Depuis, plusieurs décisions judiciaires ont été rendues dans le même sens[3]. C'est ainsi qu'à propos de la liquidation de la succession de la reine Marie-Christine de Bourbon, il a été reconnu, par un jugement du tribunal de la Seine du 12 mai 1891, que le tribunal de Madrid, lieu de l'ouverture de la succession, avait seul le droit de nom-

1. S. 1851, 2, 791.

2. *Eod. loc.*

3. Paris, 1er février 1884 (*Le droit* du 13 février 1884) ; Trib. Seine 6 janvier 1890 (*Journal du droit international privé*, 1890, p. 493.)

mer l'administrateur de la fortune mobilière [1]. Réciproquement dans le cas où la succession vient à s'ouvrir en France, un arrêt de la Cour de Paris du 17 juillet 1890 a reconnu avec raison qu'un jugement étranger ne pouvait faire échec aux pouvoirs d'un administrateur nommé par le tribunal français [2].

Si, en principe, le juge ud lieu où les biens sont situés n'a aucun pouvoir, il peut cependant nommer un administrateur provisoire en cas d'urgence [3]. mais la mission de cet administrateur doit prendre fin lorsque l'administrateur général de la succession a été nommé par le juge compétent [4].

A quelles conditions le jugement étranger qui nomme un administrateur aux biens mobiliers peut-il produire son effet en France ? La jurisprudence admet presque unanimement que l'administrateur n'a pas besoin de faire déclarer exécutoire en France le jugement étranger qui l'a investi, tant qu'il se borne à se prévaloir de sa qualité et à exécuter son mandat sans accomplir des actes d'exécution proprement dits. C'est ainsi que dans la succession de la reine Marie-Christine de Bourbon, la cour de Paris a admis que le jugement du tribunal de Madrid, conférant l'ad-

1. Trib. Seine, 12 mai 1891 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-91. p. 293.)

2. Paris, 17 juillet 1890 (*Revue pratique de droit international privé*) p. 215). 1890-91.

3. Trib. Lyon, 21 novembre 1877 (*Jurisp. Lyon*, 1878, p. 20.)

4. Paris, 13 mars 1850 (S. 1851, 2, 791).

ministration des biens mobiliers au marquis de Pidal, n'avait pas besoin d'être revêtu de l'exéquatur pour lui permettre de demander la reddition de compte au prince de Czartoryski, le précédent administrateur démissionnaire « attendu, porte l'arrêt, qu'il ne s'agit pas dans l'espèce de faire produire au jugement de Madrid des effets directs d'exécution en France, que ce jugement n'a conféré au marquis de Pidal qu'une simple qualité, celle d'administrateur en vertu de laquelle il assigne Czartoryski en compte ; qu'un jugement de cette nature n'est pas soumis à la formalité de l'exéquatur [1]. »

Lorsque l'administrateur voudra accomplir un acte d'exécution proprement dit il devra au contraire faire déclarer exécutoire le jugement qui lui a conféré ses pouvoirs, conformément aux dispositions de l'article 546 du code de procédure civile. « Les tribunaux, dit, M. Portier dans ses conclusions, n'ordonneront cette exécution qu'en connaissance de cause, ils ont le droit de révision. » Bien que la jurisprudence admette que le tribunal saisi d'une demande d'exéquatur a le droit de réviser la sentence étrangère qui lui est soumise, nous ne saurions adopter cette doctrine. A notre avis, les juges français doivent se borner à examiner si le jugement étranger est régulier, s'il est valable en la forme, s'il a été

1. Trib. Seine, 12 mai 1891 (*Revue pratique de droit internationa privé*, 1890-91, p. 2.3. C. f. Paris, 13 mars 1850 (S. 185[illegible], 791).

rendu par une juridiction compétente, s'il ne contient aucune disposition contraire à l'ordre public [1].

L'on s'est demandé si l'administrateur nommé par un tribunal étranger pouvait être contraint de fournir caution en France pour la garantie des biens mobiliers qui s'y trouvent. La cour de Paris dans son arrêt du 13 mars 1850, adopte l'affirmative. Cette question ne peut, en effet, soulever aucun doute si l'on admet que le tribunal français a le droit de révision intégrale. M. Portier s'exprime très catégoriquement à cet égard. « Les tribunaux français ont le droit de refuser l'exécution d'une manière complète, à plus forte raison de ne l'ordonner que pour partie, de la soumettre à telles conditions qu'ils jugent nécessaires. »

1. Bonfils, *op. cit.*, nos 251 et s., p. 214 et s.

CHAPITRE III

DES FORMES DE PROCÉDURE

Il ne suffit pas d'avoir déterminé dans quels cas les tribunaux sont compétents pour résoudre les contestations que soulève une succession ; il faut encore rechercher de quelle manière le procès doit être engagé et suivi ?

C'est un point hors de toute contestation qu'il faut se conformer dans tous les cas aux règles de procédure usitées au lieu où l'instance est engagée. La distribution de la justice, en effet, se fait par un des grands pouvoirs de l'Etat : le pouvoir judiciaire qui est lui-même une émanation de la nation souveraine ; or la souveraineté est indivisible de son essence ; on ne conçoit pas qu'il y ait deux justices différentes : l'une pour les étrangers, l'autre pour les citoyens. La procédure dépend donc du droit public ce qui est décisif relativement à la nature du statut. « Les formalités à observer par les parties pour introduire et

pour diriger une action devant les autorités ainsi que les règles à suivre par ces derniers pour rendre une décision ne peuvent tirer leur sanction que de la loi du territoire où elles siègent ; sinon ces autorités dépendraient dans le fait de l'Etat étranger dont les lois leur traceraient les règles de conduite. On ne trouve pas d'exemple qu'une nation ait accordé un effet quelconque dans son territoire aux lois étrangères concernant la forme de procéder devant elles [1] ».

Nous dirons donc, faisant une application du principe général aux tribunaux français, que les règles de procédure écrites dans nos codes devront être observées dans tous les procès qui seront portés devant eux, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la nationalité des parties en cause. Ce sera donc la loi française qu'il faudra consulter pour connaître les diverses prescriptions relatives aux formes de l'assignation, aux délais de comparution, à la nature et à la forme de la procuration *ad litem*, à la rédaction et au prononcé du jugement, à la passation en force de chose jugée, aux délais et aux formalités de l'appel et des autres voies de recours, enfin à la péremption de l'instance. Les mêmes règles seront suivies relativement aux formes du partage judiciaire. Toutes les fois qu'une action en partage sera intentée devant une de nos juridictions c'est la loi française qui déterminera

1. Fœlix, t. I, p. 276.

la procédure, les délais à observer, la manière de procéder au partage et les autorités compétentes, les règles relatives à la composition des lots et à l'homologation, ainsi que les formes de la licitation.

CHAPITRE IV

DE L'AUTORITÉ DES LOIS ÉTRANGÈRES

Lorsqu'il s'agira de liquider une succession les juges seront souvent obligés de se référer aux dispositions des législations étrangères ; mais quelle sera la sanction de ce devoir ? Le refus d'appliquer une loi étrangère ; la fausse interprétation ou la violation de cette loi constituent-ils un juste motif de cassation ? Nous devons envisager successivement plusieurs hypothèses.

La première question à étudier est celle de savoir si un pourvoi en cassation peut être formé contre la décision d'un tribunal qui refuse de tenir compte des dispositions d'une loi étrangère.

Il y a d'abord deux hypothèses qui ne donnent lieu à aucune discussion. Si la loi étrangère doit être appliquée en vertu d'une clause insérée dans un traité, il est absolument certain que le tribunal saisi de la contestation, est tenu de se soumettre à ses pres-

criptions. C'est qu'en effet les traités qui lient la France avec les autres peuples de l'Europe ou même de l'univers constituent de véritables lois internationales et il appartient à la cour suprême de chaque État d'en faire observer l'exécution. Il en est de même lorsque la loi française consacre un renvoi à la loi étrangère : le tribunal qui n'applique pas la loi étrangère viole par cela même la loi francaise. Ainsi les articles 47,170,999 du Code civil ont formellement consacré la règle : *locus regit actum* relativement aux actes de l'Etat civil ou aux testaments passés en pays étranger ; les tribunaux français devront donc, sous peine de voir leurs décisions cassées, reconnaître la validité de ces actes lorsque les formes locales auront été observées. Les hypothèses que nous venons de parcourir sont extrêmement simples ; mais nos codes ne renvoient formellement aux dispositions des législations étrangères que dans un bien petit nombre de cas et les traités sont malheureusement trop rares. La plupart du temps, aucun texte n'aura prévu la question et ce n'est que par suite de l'interprétation donnée par la doctrine et la jurisprudence à l'art. 3 du code civil, le siège de la matière, que la loi étrangère sera applicable. On conçoit très bien que, dans ces sortes de cas, en l'absence de toute disposition législative, la jurisprudence ait pu éprouver une certaine hésitation à considérer l'observation de la loi étrangère comme rigoureusement obligatoire. Il existe sur

ce point une importante décision de la cour de cassation qui est une preuve des hésitations qu'elle a éprouvées : c'est l'arrêt du 15 mars 1833 [1]. Bien que cet arrêt n'ait pas été rendu en matière de succession, il a une importance capitale relativement à notre sujet, puisqu'il touche à un principe dont nous avons eu souvent l'occasion de faire l'application : à une question de capacité. Il s'agissait d'une femme de nationalité espagnole qui, résidant en France, s'était portée caution de son mari et qui, en garantie de sa dette, avait hypothéqué un de ses immeubles situés en France. Poursuivie par le créancier, la défenderesse invoqua la nullité du cautionnement en s'appuyant sur le sénatus-consulte Velléien, toujours en vigueur dans ce pays et aux termes duquel il est défendu à une femme de cautionner les dettes de son mari. Comme d'après l'immense majorité des jurisconsultes et la jurisprudence elle-même, la capacité des étrangers reste régie par leur loi nationale, la prétention de la défenderesse paraissait bien fondée. Le tribunal et la cour d'appel ayant refusé de faire l'application de ce principe, l'affaire fut soumise au contrôle de la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi « attendu que l'art. 3 du Code civil déclare que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger, et ne contient aucune disposition analogue en

1. S. 1833, 1, 633.

faveur des étrangers qui résident en France ; d'où il résulte que l'arrêt attaqué ne peut avoir violé cet article. » Ainsi, aux termes de cet arrêt, la loi étrangère, même dans le cas où son observation est imposée par les principes généraux du droit international privé, reste toujours un simple fait et les juges sont libres d'en refuser l'application tant qu'elle n'a reçu aucune sanction légale. Cet arrêt est inspiré par la théorie, surtout en honneur autrefois, de la souveraineté absolue de la loi territoriale. Les étrangers, dans cette doctrine, constituent une classe d'hommes à part, envers qui chaque gouvernement se doit d'être hospitalier et juste ; les jurisconsultes sont convenus, dans certains cas, de leur appliquer leur loi nationale. C'est là une règle respectable, parce qu'elle répond à la raison universelle et à l'humanité ; mais si l'on admet cette loi étrangère dans une certaine mesure, c'est par pure courtoisie, par déférence. Quant à donner à cette règle une autorité plus étendue, pour ainsi dire, législative, à poser en principe que nos tribunaux sont contraints de l'observer sous peine de voir casser leurs jugements, c'est méconnaître la première et la plus importante de toutes les notions juridiques qui est : que les lois d'un pays n'ont aucune autorité en dehors du territoire. Cette argumentation, si elle était admise, ne tendrait à rien moins qu'à détruire toute règle juridique. Le droit international privé repose sur des bases plus solides. Si la loi étrangère doit être

appliquée de préférence à la loi nationale, c'est qu'elle est mieux placée que toute autre pour régler l'état de ses sujets ; c'est une soumission à un principe de justice. Dès lors, le juge a une voie certaine à suivre et la loi étrangère doit avoir à ses yeux la même autorité que la loi française.

Cette doctrine qui, depuis plusieurs années, a fait de nombreux progrès, a exercé une heureuse influence sur la jurisprudence. L'arrêt de 1833 est resté isolé et la Cour de cassation, à plusieurs reprises, a consacré les vrais principes. C'est ainsi — pour ne prendre des exemples qu'en matière de succession — qu'il a été reconnu que les tribunaux, dans le cas où un étranger était domicilié à l'étranger, avaient mal jugé en appliquant la loi française au règlement de sa succession [1]. Dans une autre hypothèse — qui est pour ainsi dire la contre-partie de celle jugée en 1833 — la Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui avait reconnu les droits successoraux d'un enfant espagnol à la succession de son père, espagnol comme lui, et qui avait été l'objet d'une reconnaissance postérieure au mariage, reconnaissance qui, d'après la loi espagnole, suffit pour opérer la légitimation; la Cour suprême décida ainsi « parce que l'arrêt avait appliqué la loi espagnole comme elle le devait [2]. » Ce motif

1. Cass. 5 mai 1875 (D. 1875, 1. 343).
2. Cass. 20 janvier 1879 (D. 1879 1, 107.)

implique que si la Cour d'appel n'avait pas appliqué à des étrangers leur loi nationale comme elle devait l'être, l'arrêt aurait été cassé. Cette règle paraît donc s'établir plus solidement tous les jours : que les magistrats doivent se référer à la loi étrangère toutes les fois que son application est commandée par un principe de droit international privé ; il est à espérer qu'elle fera bientôt partie du *jus incontroversum*.

Le juge, dans certains cas, est donc tenu de se référer à la loi étrangère, mais s'il l'interprète mal, s'il commet une erreur, le pourvoi en cassation dirigé de ce chef contre sa décision sera-t-il recevable ? Cette question, il faut bien le remarquer, est complètement distincte de la question précédente : le juge ne refuse pas d'appliquer la loi étrangère ; seulement il se trompe sur son sens ou sur sa portée; il s'agit de déterminer le rôle de la Cour de cassation.

Il est incontestable que si, dans une hypothèse quelconque, le juge français, par suite de mauvaise interprétation qu'il donne de la loi étrangère, viole la loi française par une conséquence indirecte, il encourt la censure de la Cour de cassation. Ce point de vue a été fort bien exposé dans un arrêt du 1er février 1813, qui a consacré les vrais principes ; l'espèce mérite qu'on l'examine de près. Un moine modènais, appartenant à la confrérie des Barnabites, était appelé à la succession de son neveu, citoyen français ; son cohéritier prétendit l'exclure en invoquant la pragmatique

sanction de Marie-Thérèse, duchesse de Milan, qui avait déclaré les moines incapables de transmettre une succession. La cour de Gênes ayant reconnu les droits du moine Barnabite, l'affaire fut portée devant la Cour de cassation. Le demandeur avait prévu l'objection tirée de ce que l'erreur des juges sur la capacité des moines italiens, d'après les lois italiennes, ne saurait être un moyen de cassation, mais il soutenait que, dans l'espèce, cette erreur avait pris un caractère de contravention aux lois françaises. Et en effet, à cette époque, ainsi que nous l'avons dit, les art. 11 et 726 du Code civil qui fixaient les conditions auxquelles un étranger pouvait succéder en France, exigeaient la réciprocité, non seulement de nation à nation, mais même d'individu à individu; donc si, en Italie, un Français ne pouvait pas succéder à un moine parce qu'il était mort civilement, il s'ensuivait qu'en France ce moine devait être exclu de toute succession; il en résultait donc cette conséquence : le point de savoir si un moine pouvait succéder donnait lieu au contrôle de la Cour de cassation. Le célèbre procureur général Merlin, s'étant rangé à la thèse du demandeur, la Cour décida que l'examen de la loi étrangère rentrait dans ses attributions et, reconnaissant l'incapacité des moines modènais, cassa l'arrêt de la Cour de Gênes[1]. Depuis, plusieurs arrêts ont confirmé cette doctrine; c'est ainsi notamment que s'est prononcée la Cour de

1. 1er février 1813 (S. 1813, 1, 113).

cassation, le 5 mai 1875 [1], à propos d'une importante affaire de succession.

Dans le cas où la violation d'une loi étrangère n'entraîne pas la violation d'une loi française, la jurisprudence est absolument fixée en ce sens que la contravention aux lois étrangères ne peut jamais donner lieu à cassation. La plupart des auteurs se prononçent également en ce sens. Examinons les arguments invoqués à l'appui de cette doctrine.

On fait remarquer d'abord que la loi n'a été l'objet d'aucune promulgation, qu'elle ne figure pas au Bulletin des lois, que, par suite, elle ne peut prétendre aux garanties que le législateur français réserve pour les textes officiellement promulgués. Elle n'est, par rapport à la juridiction qui la vise dans sa sentence, qu'un simple fait ; or le point de fait échappe toujours à la censure de la Cour de cassation.

On invoque ensuite une autre idée. En créant une Cour suprême chargée de veiller à ce que les tribunaux et les Cours d'appel fassent une juste application de la loi, le législateur a eu pour but d'assurer l'uniformité dans l'interprétation afin que l'unité législative ne restât pas lettre morte. Sans cette haute juridiction, il est probable, en effet, que les Cours d'appel, juges suprêmes dans leur ressort auraient adopté sur bien des points une jurisprudence différente,

1. S. 1875, 1, 409. — Voy. les observations de M. Renault dans la *Revue critique* de 1881, p. 495.

ce qui eût causé le plus sérieux préjudice aux plaideurs. La Cour de cassation, par le contrôle qu'elle exerce, empêche toute divergence et voilà pourquoi on l'appelle souvent la Cour régulatrice, mais tout cela est sans rapport avec l'application des lois étrangères. Qu'importe au législateur qu'elles soient bien ou mal interprétées, si la loi française n'en éprouve aucun dommage.

Le contrôle de la Cour de cassation en cette matière, ajoute-t-on, ne présenterait que des inconvénients. « Il pourrait y avoir quelque chose de choquant. dit M, Brocher, à voir se fixer en France par l'autorité de la Cour suprême, une interprétation contraire à celle qui serait consacrée dans le pays national[1]. »

Ces arguments ne nous ont pas convaincu et nous persistons à croire que la violation d'une loi étrangère peut donner lieu à cassation.

1. Brocher, *op. cit.*, t. I, p. 155. — Voyez aussi Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 34, note 1 ; Aubry et Rau, t. I, p. 99 ; Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 37; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, 1885, t. II, p. 154 ; Chénon, *Origine, conditions et effets de la cassation* p. 156. M. Laurent lui-même qui n'a pas assez de critiques pour ce système déclare cependant qu'il est bien fondé au point de vue du droit positif. — Toute la jurisprudence est en ce sens. Cass. 13 août 1816 (S. 1816, 1, 343) ; Cass. 9 novembre 1846 (S. 47, 1, 55) ; Cass. 15 avril 1861 (S. 1861, 1, 721) ; Cass. 9 novembre 1868 (S. 1868, 1, 222) ; Cass. 12 novembre 1872 (S. 1873, 1, 17) ; Cass. 31 mars 1875 (*Journal du droit international privé*, 1876, p. 272) ; Cass. 18 juillet 1876 (D. 1876, 1, 197) ; Cass. 12, février 1879 (D. 1879, 1, 84) ; Cass. 26 avril 1885 (D. 1885, 1, 225) ; Cass. 18 mai 1886 (S. 1886, 1, 243) ; Cass. 28 février 1890, et la note de M Louis-Lucas et Weiss (*Pandectes françaises*, 5, 41).

Il existe entre les nations, comme le dit Savigny, une certaine communauté de droit, et, dans certaines hypothèses, il faut se référer aux dispositions de la loi étrangère. Le juge qui ne le ferait pas manquerait à son devoir, et verrait sa sentence cassée par la Cour suprême. Tout le monde paraît aujourd'hui d'accord sur ce point. Pourquoi adopter une autre solution dans le cas où la loi étrangère a été mal interprétée? Violer une loi ou ne pas l'appliquer, c'est en réalité absolument la même chose, et lorsque le législateur français ordonne au juge d'appliquer la loi italienne ou la loi anglaise, ce juge ne peut être réputé avoir obéi, dans le cas où, se référant en apparence seulement au droit de ces pays, il aura adopté une solution diamétralement opposée à celle qui aurait dû être consacrée. Allons plus loin ; en laissant à l'étranger sa loi nationale, on a voulu lui faire un avantage, or cet avantage va se retourner contre lui. Si ses réclamations ne sont pas écoutées lorsque le juge commet une erreur, mieux vaudrait encore pour lui l'application de la loi française que l'application d'une loi étrangère, répondant peut-être mieux à ses sentiments, mais qui se trouve défigurée par une fausse interprétation. La loi étrangère, par cela que son application vient à être confiée à une juridiction française, se trouve, selon l'expression de M. Weiss, « en quelque sorte naturalisée française[1] ; »

1. Weiss, *op. cit.*, p. 300. — Sur ce point, voy. Colin, *Du recours en*

elle doit emprunter à notre législateur toutes les garanties qui en assurent l'exacte exécution : elle n'est donc pas un fait mais un droit.

Le rôle restreint que nos adversaires assignent à la cour de cassation ne nous paraît pas répondre à l'idée qui a présidé à la création de cette haute juridiction. Si nous consultons les procès-verbaux des séances de l'Assemblée constituante où s'est élaboré le décret du 27 novembre-1er décembre 1790 instituant le tribunal de cassation, nous voyons que les orateurs emploient les expressions les plus larges. Ils le considèrent comme « le gardien suprême du droit » (Merlin) ; « le grand régulateur du pouvoir judiciaire » (Clermont-Tonnerre) ; sa mission consiste « à empêcher la violation de la loi » (Barère) ; « à réprimer les écarts des juges » (Chabroux)[1]. L'impression qui se dégage des travaux préparatoires ne se dément pas à la lecture du décret. L'article 3 porte que « le tribunal de cassation annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra contravention au texte de la loi. » De la loi, dit simplement le législateur ; l'expression comprend donc toutes les hypothèses ; s'il avait voulu restreindre les pouvoirs de la juridiction qu'il établissait, il n'aurait eu qu'à s'en expliquer.

cassation pour violation de la loi étrangère, *Journal du droit international privé*, 1890, p. 406 et 597.

1. Séances des 24 et 25 mai 1790 ; *Moniteur*, p. 589 et 593.

Puisque rien dans la législation ne s'y oppose, pourquoi la cour de cassation ne pourrait-elle veiller à ce que la loi étrangère fût strictement appliquée? Est-ce par crainte de se mettre en contradiction avec l'interprétation admise à l'étranger? Le plus souvent, en fait, c'est parce que le juge n'en aura pas tenu compte que le pourvoi sera formé. Et il faut avouer que si jamais le contrôle de la cour de cassation a été utile, c'est bien en cette matière; aucune juridiction n'est plus à même de pouvoir se procurer les renseignements relatifs au droit étranger. Poussons même les choses au pire; supposons que la cour de cassation s'écarte de la jurisprudence étrangère parce qu'elle considère qu'elle fait une mauvaise application de la loi étrangère, ce qui, en somme, peut arriver: il est préférable que cette divergence, qui est un peu choquante, cela n'est pas contestable, s'abrite derrière la haute autorité de notre première juridiction que derrière l'autorité d'une cour d'appel qui, naturellement, paraît plus suspecte. Enfin, n'oublions pas une dernière considération qui a sa valeur; dans les pays qui ont adopté le Code Napoléon, les tribunaux chargés de l'appliquer sont loin, dans tous les cas, de se conformer aux décisions de la jurisprudence française. Nous n'en voulons qu'un exemple: l'oberlandesgericht de Darmstad n'a-t-il pas jugé que l'article 3 du Code civil ne s'oppose pas à ce que la succession tout entière reste soumise à la loi personnelle

du défunt, alors que de nombreuses décisions judiciaires proclament en France que ce texte impose la loi territoriale aux immeubles héréditaires.

L'application de la loi étrangère peut soulever une question fort délicate. Lorsqu'un législateur, devant les tribunaux duquel un litige est porté, attribue à une loi étrangère la solution d'une difficulté, doit-il accepter le renvoi que lui fait la loi étrangère de résoudre la difficulté[1] ? Cette question s'est posée en France à propos de la dévolution d'une importante succession mobilière dans les circonstances suivantes. Un nommé Forgo, né en Bavière, avait été amené en France de très bonne heure et y avait passé toute son existence ; mais il ne s'était pas fait naturaliser et n'avait jamais sollicité du gouvernement l'autorisation de fixer son domicile en France. A sa mort il laissa une fortune mobilière considérable ; à qui revenait-elle ? Il y avait conflit entre la loi bavaroise et la loi française. Le *de cujus* était enfant naturel et ne laissait pour parents que des collatéraux ; ceux-ci, d'après la loi bavaroise pouvaient réclamer la succession ; d'après la loi française, au contraire, ils n'avaient aucun droit ; les biens appartenaient au fisc comme biens vacants. En fait, un jugement du tribunal de Pau du 13 octobre 1860 avait envoyé l'administration des domaines en possession de l'hérédité. Les collatéraux

1. Voy. sur cette question une remarquable étude de M. Labbé *Journal du droit international privé,* 1885, p. 5 et s.

maternels du *de cujus* intentèrent une action en pétition d'hérédité et alors s'engagea un procès qui dura de 1874 à 1882 et qui donna lieu à trois arrêts de cour d'appel et trois arrêts de la cour de cassation. Le procès eut deux phases bien distinctes. Dans la première, la cour suprême cassant un arrêt de la cour de Pau[1], décida, conformément à sa jurisprudence générale, que la succession mobilière est soumise à la loi du domicile, mais que Forgo, n'ayant jamais eu en France un véritable domicile, il fallait appliquer la loi étrangère, et la cour de Bordeaux saisie de l'affaire sur renvoi se prononça en ce sens[2]. Le procès semblait donc terminé à l'avantage des parents, mais il devait recommencer et aboutir à leur défaite. L'administration ne se tint pas pour battue. On lui opposait la loi de Bavière, elle l'étudia et y découvrit un argument qui lui parut de nature à assurer le triomphe de ses prétentions; cette loi admettait, en effet, que dans le cas où un sujet bavarois résidait à l'étranger et y laissait des biens, c'était la loi étrangère qui devait être appelée à régir la succession. L'administration des domaines se fit un nouveau moyen de cassation de cette découverte. Elle prétendit que la cour de Bordeaux avait, à la vérité, appli-

1. Pau, 14 mars 1874, *Journal du droit international privé*, 1875 p. 357.

2. Cass. 5 mai 1875 (S. 1875, 1, 409).

3. Bordeaux, 24 mai 1876 (S. 1877, 2, 109).

qué la loi bavaroise, mais qu'elle en avait fait une fausse application puisque, pour se conformer à ses prescriptions, il fallait se référer à la loi française. Cette violation de la loi étrangère entrainait dans l'espèce la violation de la loi étrangère, puisque l'article 768 du Code civil avait été écarté à tort. La cour suprême accueillit cette argumentation [1] et cassant l'arrêt de la cour de Bordeaux renvoya les parties devant la cour de Toulouse, qui, dans un arrêt des plus longs et des plus étudiés, reconnut les droits de l'administration des domaines [2]. Bien que l'affaire ait été soumise à plusieurs juridictions, le point dont dépend uniquement sa solution n'a pas été aperçu. Fallait-il tenir compte du renvoi de la loi bavaroise à la loi française? Telle était la véritable question qui peut recevoir deux solutions différentes.

En faveur de l'affirmative on pourrait raisonner de la manière suivante. En droit strict, il est certain qu'une loi ne peut avoir aucune autorité en dehors des limites de la souveraineté territoriale dont elle émane; mais la courtoisie internationale, la *comitas gentium* a apporté un tempérament à la rigueur des principes en faisant admettre que, dans certains cas, un étranger pourrait se prévaloir des dispositions de sa loi nationale sur le territoire d'une autre nation. Cette courtoisie, du reste,

1. Cass. 24 juin 1878 (S, 1878, 1, 429) D. 1879, 1, 56).

2. Toulouse, 22 mai 1880 (S. 1880, 2, 294 ; D. 1881, 2, 93). — Un nouveau pourvoi fut formé par les héritiers mais il fut repoussé. Cass. 22 février 1882 (S. 1882, 1, 393 ; D. 1882, 1, 301).

est commandée par l'intérêt même des Français car en refusant de l'admettre, les droits de nos nationaux se trouveraient compromis par voie de réciprocité. Mais lorsque le législateur étranger reconnaît lui-même que la loi étrangère doit être appliquée, lorsqu'un texte formel consacre un renvoi à cet égard ; pourquoi persister à appliquer la loi étrangère ? La courtoisie internationale est-elle compromise ? Des mesures de rétorsion sont-elles à craindre ? Assurément non, puisque les juges, en agissant ainsi, n'ont fait qu'obéir aux prescriptions de la loi étrangère. En outre, peut-on ajouter, les étrangers seraient mal fondés à élever des réclamations et à se plaindre de leur exclusion, comme dans l'affaire qui nous occupe. Ne leur applique-t-on pas leur loi nationale ? N'est-ce pas pour eux le summum des garanties ? Si cette loi consacre une mauvaise règle, le juge français n'y peut rien. Il est à remarquer, du reste, que les héritiers de Forgo auraient été traités de la même manière si, par suite d'une circonstance quelconque, ils avaient été conduits à porter leurs prétentions devant un tribunal bavarois.

Le système que nous venons d'exposer peut paraître séduisant ; nous n'hésitons cependant pas à déclarer qu'il ne nous paraît pas bien fondé. L'application d'une loi en dehors des frontières du pays pour lequel elle a été faite se justifie, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, non par une courtoisie

vague et arbitraire, mais par les données même de la raison, par la conception d'un droit commun et supérieur à toutes les nations. Il appartient au législateur de chaque Etat d'édicter, relativement aux conflits des lois, les règles qui lui paraissent les plus justes et les plus propres à sauvegarder les intérêts en présence ; c'est ce qu'a fait le législateur français dans l'article 3 du Code civil. Ce texte est malheureusement trop concis et de nombreuses lacunes ont dû être comblées par la jurisprudence ; or c'est un point bien établi par la Cour de cassation que la succession mobilière est régie par la loi du domicile, et comme les tribunaux avaient reconnu que Forgo avait conservé en Bavière son domicile d'origine, ses héritiers étaient bien fondés à réclamer l'application de la loi de ce pays. Mais, objecte-t-on, pour se conformer à cette loi, il fallait appliquer les dispositions du Code civil puisqu'elle y renvoie. C'est là, à notre avis, un point de vue complètement erroné. Lorsque, pour résoudre un conflit, nos tribunaux doivent se référer aux législations étrangères, ce sont les dispositions du droit interne qui sont visées et non les règles de droit international que peuvent édicter ces législations. Dans l'affaire Forgo, il fallait rechercher dans la loi de Bavière le régime successoral applicable ; quant à l'article qu'on nous oppose, il édicte un principe destiné à résoudre les conflits de lois qui peuvent s'élever en matière de succession et il n'y avait aucun compte à en tenir. Comme le dit

fort exactement M. Labbé : « La loi qu'un juge doit observer doit lui être révélée en toute cause avec certitude par son législateur. Un tribunal n'a pas à attendre d'un législateur étranger l'indication de la route qu'il doit suivre. C'est non pas la loi du domicile des parties ou de la situation des biens, c'est la loi de la juridiction qui tranche la question de statut applicable [1] ».

1. Labbé, *op. cit.*, p. 8.

CHAPITRE V

DE LA PREUVE DES LOIS ÉTRANGÈRES

Une question non moins importante que les précédentes est celle de la preuve de la loi étrangère dans le cas où elle est appelée à régir le débat. C'est un des points qui, en droit international privé, soulèvent les plus sérieuses difficultés.

Il existe entre les lois étrangères et les lois françaises une différence capitale : celles-ci ont été publiées légalement ; le juge ne peut alléguer qu'il les ignore, car la publicité qui en est faite a justement pour but de les porter à sa connaissance ; celles-là, au contraire, bien que publiées légalement dans les pays étrangers pour lesquels elles ont été faites, ne sont en France l'objet d'aucune publicité ; le juge peut donc parfaitement en ignorer l'existence. En réalité, il est rare que les législations étrangères aient été de la part des magistrats l'objet d'une étude sérieuse ; la plupart du temps même, elles sont écrites dans une langue

qu'ils ne comprennent pas. Comment pourront-elles être appliquées ?

La jurisprudence française considère la loi étrangère comme un simple fait ; il appartient, en conséquence, aux plaideurs d'en réclamer l'application et d'en faire la preuve, comme s'il s'agissait d'un acte juridique ordinaire[1]. A défaut de justifications, le tribunal peut déclarer la partie poursuivante non recevable à se prévaloir de la loi étrangère pour intenter son action, l'article 4 du Code civil relatif au déni de justice ne visant que les hypothèses où la loi française doit s'appliquer[2].

Ce système est suivi à l'étranger dans tous les pays ; partout se retrouve cette idée que la loi étrangère est un simple fait que les parties en cause doivent invoquer et prouver[3]. En Angleterre et en Amérique, on admet même que la loi étrangère doit être appliquée par le jury qui est juge du fait et on ne lui permet d'en tenir compte que si elle a été invoquée par les plaideurs[4].

1. Chambéry, 23 février 1885 (*Journal du droit international privé,* 1882, p. 665) : Trib. civ. Seine, 17 avril 1885 (*Journal du droit international privé,* 1886, p. 593) ; 18 juillet 1885 (eod. 1886, p. 202) ; Quelques auteurs se prononcent en ce sens. Voy. not. Demangeat sur Fœlix p. 220, note a; Rougelot de Lioncourt, *op. cit.*, p. 46.

2. Trib. civ. Seine, 17 avril 1885, (*Journal du droit internationa privé,* 1886, p. 593).

3. Wachter, *Archiv für civilistische Praxis,* t. XXV, p. 310.

4. Westlake, *A treatise on the conflict of laws or Private international law,* §§ 334 et 335.

Nous ne saurions combattre trop énergiquement cette théorie. Le juge, à notre avis, est tenu d'appliquer d'office la loi étrangère lorsqu'il la connaît, et obliger les parties qui veulent s'en prévaloir à la prouver, lorsqu'elle lui est inconnue. La communauté de droit qui doit exister entre les diverses nations oblige le juge à mettre toutes les lois nationales ou étrangères sur le même pied. Lorsqu'une affaire est soumise à son appréciation, il doit rechercher la loi applicable. Reconnaît-il que le rapport de droit doit être régi conformément aux dispositions d'une législation étrangère, il doit chercher, par tous les moyens qui se trouvent à sa disposition, à s'éclairer sur les règles qu'elle consacre et veiller à ce qu'elle soit aussi exactement appliquée que la loi nationale[1].

Quant aux modes de preuves de la loi étrangère, il est regrettable qu'il n'existe pas un mode spécial en présence des inconvénients que présente la preuve ordinaire. Il faut lire dans Story et dans Wharton les décisions judiciaires, les opinions divergentes des jurisconsultes les plus expérimentés pour se faire une idée des difficultés qui existent en cette matière. Le système suivi en France est loin d'être parfait. Dans la pratique, les juges se renseignent comme ils peuvent, un peu à l'aventure. Ainsi la loi étrangère est attestée par un

1. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 32, 33 et 35 ; Brocher, *Cour de droit international privé*, t. I, p. 154 ; Despagnet, *op. cit.*, p. 29 ; Weiss, *op. cit.*, p. 295.

parère émané d'un magistrat étranger[1], par des certificats officiels[2], par des certificats délivrés par le consul ou l'agent diplomatique étranger[3], par des consultations de jurisconsultes[4]. Les juges se sont encore appuyés sur la notoriété et sur le témoignage unanime des auteurs[5] ou sur les arrêts émanés des juridictions étrangères et rapportés dans un recueil de jurisprudence[6]. La Cour de Chambéry, en présence des divergences des témoignages produits de part et d'autre, a ordonné à l'une des parties de produire l'avis motivé de trois jurisconsultes du pays étranger sur les questions que l'arrêt indiquait[7]. Enfin, quand il est impossible de justifier des dispositions de la législation étrangère, les tribunaux appliquent leur loi nationale, présumant en cas de doute que les dispositions de l'une et de l'autre sont les mêmes[8].

1. Trib. civ. Seine, 27 mars 1840 (*Le droit* du 28 mars).

2. Lyon, 1er juin 1881 (La loi du 14 octobre 1881); Bordeaux, 21 décembre 1886 (*Journal Bordeaux,* 1887, 1, 91).

3. Cass. 4 avril 1881 (S. 1883, 1, 65).

4. Trib. civ. Bordeaux (18 janvier 1882 (*Journal du droit international privé,* 1882, p. 539 et 541) ; Paris 22 juin 1885 (*Gazette du Palais* du 5 janvier 1887, Supplément).

5. Aix, 29 avril 1844 (S. 1845, 2, 113.)

6. 13 janvier 1886 (*Journal des tribunaux* du 11 mars 1886.)

7. 23 février 1885 (*Journal du droit international privé,* 1886, p. 635).

8. Paris, 12 décembre 1864 (*Bulletin de la Cour de Paris,* 1864 p. 295).

-

QUATRIÈME PARTIE

DES

MESURES DE PROTECTION

EN FAVEUR DES NATIONAUX

-

-

CHAPITRE PREMIER

DU PRÉLÈVEMENT EN FAVEUR DES NATIONAUX

Dans notre première partie en parlant de la capacité des étrangers au point de vue successoral, nous nous sommes occupés de la loi du 14 juillet 1819, et nous avons dit que son article premier mettait sur la même ligne les étrangers et les nationaux. Toutefois cette admission des étrangers au droit de succéder en France sans aucune condition de réciprocité, pouvait tourner dans certains cas au détriment des Français ; le législateur de 1819, a voulu, autant qu'il dépendait de lui, rétablir l'égalité entre les uns et les autres quand elle serait détruite à raison de la différence qui existerait entre la loi française et la loi étrangère. De là, la règle contenue dans l'article 2 de cette même loi. « Dans le cas de partage d'une succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus

quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. »

Il eut peut-être paru logique de placer l'étude de cet article dans notre première partie puisqu'il consacre des rectrictions à la capacité de succéder ; si nous ne l'avons pas fait, c'est qu'il résultera parfois de l'application de cette disposition législative des modifications aux règles normales qui régissent la succession en droit international privé ; il était donc indispensable d'étudier auparavant le système général consacré par le législateur.

La première question dont nous ayons à nous occuper est celle de déterminer la véritable portée de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1829.

Cette loi, en attribuant à titre de compensation au Français exclu des biens héréditaires, sis à l'étranger un droit de prélèvement sur ceux qui sont situés en France, n'abroge nullement les règles établies par l'article 3, du Code civil, relativement aux conflits des lois successorales. Il arrivera bien dans certains cas que des modifications en résulteront, mais le principe restera toujours le même ; c'est à tort incontestablement que certains auteurs ont interprété les mots : *Les étrangers succéderont en France de la même manière que les Français*, en ce sens que depuis la promulgation de cette loi les étrangers ne succèderaient plus en France, que suivant les dispositions de la législation française. La loi du 14 juillet, n'a eu en

vue que la capacité successorale des étrangers ; elle laisse intacte la question de statut. L'exactitude de cette proposition résulte clairement des travaux préparatoires. En effet, si dans la discussion on a formulé l'opinion que la loi française régissait la succession des étrangers, cette solution a toujours été présentée comme résultant de l'interprétation de l'article 3 du Code civil, mais jamais comme déroulant de la nouvelle loi. Cette idée, en effet, a été nettement émise dans l'Exposé des motifs par le garde des sceaux à la Chambre des pairs [1]. « Le droit commun est, dit-il, qu'on ne peut disposer des biens qu'on a dans un pays que conformément aux lois qui y régissent cette disposition. Ainsi un étranger propriétaire en France ne pourra tester sur ces biens de France que de la portion disponible d'après la loi française, et s'il meurt *intestat*, sa succession en France sera partagée d'après les lois françaises. On suivra dans les deux cas ce qui se pratiquait entre Français, quand nous avions des coutumes diverses. Chaque bien immeuble étant régi par la loi de sa situation... etc. [2] » Boissy d'Anglas, dans son rapport à la même Chambre, n'est pas moins affirmatif ; voici comment il s'exprime : « Il résulte des lois de toutes les nations que tout ce qui appartient à la succession des biens vacants doit être réglé d'après les lois du lieu où ils se trouvent ; ainsi nul

1. Locré, *Législation civile*, t. X, p. 501.
2. Locré, *op. cit.*, t. X, p. 525.

doute ne se rencontre lorsque des biens formant la succession d'un étranger se trouveront en France ; ils seront distribués aux héritiers de l'étranger conformément aux lois françaises et cela résulte expressément des dispositions de notre Code[1]. »

Cette observation préliminaire étant faite, nous devons maintenant aborder l'étude de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Le prélèvement qui est organisé par cette loi soulève de sérieuses difficultés ; il importe de s'en rendre exactement compte.

C'est ce que nous allons faire en examinant les deux points suivants :

1. — Dans quelles circonstances le prélèvement pourra-t-il être exercé ?

2. — Quelles seront les conséquences de son application au point de vue des règles générales que nous avons admises en ce qui concerne le conflit des lois successorales ?

1. — Nous recherchons d'abord dans quelles circonstances le prélèvement peut être exercé. Afin de répondre à cette question, il convient successivement de prendre en considération :

A. — Les causes en vertu desquelles les héritiers français se trouvent exclus par la loi étrangère des biens situés dans le pays où elle s'applique ;

B. — La qualité des héritiers en cause ;

C. — La nature des biens qui sont compris dans

1. Locré, *op. cit.*, t. X, p. 526 et 527.

la succession, soit en France, soit à l'étranger.

A. — Pour que l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 soit applicable, il faut que les cohéritiers français soit exclus de la succession en tout ou en partie. L'hypothèse la plus simple est celle où la loi étrangère les déclare incapables de succéder à raison même de leur extranéité; il n'est pas douteux alors qu'il y ait lieu au prélèvement. A l'époque où les Chambres votèrent la loi que nous commentons il existait encore certaines législations qui maintenaient des incapacités successorales contre les étrangers; en Angleterre, notamment, les héritiers français se voyaient privés du droit de recueillir les immeubles situés sur le territoire anglais et faisant partie de la succession à laquelle ils étaient appelés, sous prétexte qu'ils n'avaient pas le *sang héritable*. Le législateur, en accordant aux étrangers une capacité pleine et entière, devait naturellement prendre ses précautions pour que ses nationaux fussent traités d'une manière aussi favorable, ou sinon, leur accorder dans la limite de son pouvoir certaines garanties. Il eut été trop généreux de permettre aux héritiers étrangers de réclamer en France leur part entière et de prendre encore dans leur pays celle de leurs cohéritiers. L'article 2 a pour but de prévenir une surprise pareille. Le rapport de Boissy d'Anglas à la Chambre des pairs le constate d'une manière formelle[1]. »

1. « Vous appelez tous les Anglais à recueillir en France toutes les

Si l'exclusion provenant de l'extranéité est la principale hypothèse qu'ait prévue le législateur, est-il possible d'affirmer que ce soit la seule ? Il peut arriver qu'un Français soit écarté du partage des biens situés à l'étranger non plus à raison de sa qualité de Français mais simplement parce que la législation étrangère, abstraction faite de nationalité du successible, règle la dévolution autrement que ne le fait le Code civil ; le prélèvement est-il possible dans ce cas ? La question est vivement discutée et plusieurs systèmes ont été proposés.

Pour soutenir que l'exercice du droit de prélèvement organisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 doit être restreint à l'exclusion résultant de la nationalité du successible français, on raisonne de la manière suivante. Le législateur de 1819 s'est proposé de remettre en vigueur le décret de 1791 en faisant disparaître les dernières incapacités successorales qui avaient été rétablies par le Code civil ; seulement

> successions auxquelles ils auraient droit s'ils étaient Français ; mais le gouvernement britannique n'en fait pas de même, et pendant que l'Anglais, *quoique Anglais*, est habile à succéder parmi nous ; le Français, *parce qu'il est Français*, ne saurait hériter en Angleterre.... Ce serait le seul cas sans doute où la loi de réciprocité pourrait être regrettée ; mais la loi actuelle actuelle y a pourvu jusqu'à un certain point par l'article 2 du projet. Sans cela la loi, dont il s'agit, ne serait utile qu'aux étrangers et nous devons désirer qu'elle le soit également à l'étranger et au Français. C'est bien assez sans doute de n'établir aucune différence en faveur de ceux qui nous appartiennent sans en créer qui leur soit contraire. » Locré, t. X, p. 526 et 527.

des précautions ont été prises pour préserver les Français contre les incapacités analogues qui pourraient être prononcées contre eux par les lois étrangères. Tel est le but défini et déterminé de l'article 2. Ce texte suppose, en effet, une exclusion du Français ; or ce n'est pas être exclu que d'être traité comme les nationaux de l'Etat étranger ; il doit donc cesser de recevoir son application dès que le Français est admis à succéder. Cette interprétation est pleinement confirmée par le rapport de Boissy d'Anglas, que nous avons déjà signalé et qui rend un compte exact de la pensée du législateur. Du reste, de quel droit le Français se plaindrait-il lorsqu'il est aussi bien traité que les nationaux ? Comment pourrait-il être question de lui accorder un privilège lorsqu'il n'est victime d'aucune injustice ? L'extension de l'article 2 constituerait une atteinte injustifiable à la souveraineté étrangère. « Elle n'aboutit à rien moins, dit M. Antoine, qu'à refuser aux lois étrangères le droit de régler la succession de leurs nationaux. Et en fait, elle exerce des représailles contre les pays étrangers parce qu'ils ne régissent pas la succession de leurs nationaux conformément à la loi française. Or c'est un principe incontestable qne chaque Etat a le droit de régler comme bon lui semble la succession de ses nationaux quand elle se compose de biens situés sur son territoire et pour déroger à ce principe dans le cas donné, il faut un texte de loi bien clair. Or, est-ce bien ce qui existe

ici ? Pour nous, ce point n'est rien moins qu'assuré car, dans notre loi, nous ne croyons qu'une chose incontestable, c'est qu'elle s'applique quand il y a une exclusion pour cause de nationalité française[1] ».

Suivant une autre opinion, il faut établir une distinction suivant que la succession est régie par la loi étrangère ou par la loi française. Si c'est la loi étrangère qui est applicable, le prélèvement qu'autorise l'article 2 ne peut être opéré 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. Autrement « il dirait aux législateurs étrangers : Je serai seul maître chez moi et quand, vous ne me laisserez pas maître chez vous, quand tout en accordant à mes nationaux ce que vous accordez aux vôtres, vous ferez valoir vos prescriptions sur les miennes, je dérogerai à mes propres prescriptions et je vous punirai, dans la personne de vos sujets comme coupables de n'avoir pas abdiqué votre souveraineté[2] ». Au contraire, si c'est à la loi française qu'il appartient de régler la dévolution de la succession, rien ne s'oppose à l'application de l'article 2. Notre législateur peut, à bon droit, sans commettre aucune usurpation, se préoccuper d'assurer à ses dispositions leur plein effet en indemnisant les héritiers

1. Antoine, *op. cit.*, p. 154.
2. Bertauld, *Questions doctrinales*, t. I, p. 81.

français du préjudice que leur cause une loi étrangère indument appliquée [1].

Si ingénieux que soient ces systèmes, ils ne nous paraissent pas donner l'interprétation exacte de la loi du 14 juillet 1819. D'après nous, le prélèvement doit avoir lieu dans tous les cas au profit des cohéritiers français. Les termes de l'article 2 sont aussi formels qu'on peut le désirer ; ils autorisent, en effet, le prélèvement. quelle que soit la cause de l'exclusion totale ou partielle, *à quelque titre qu'ait eu lieu l'exclusion en vertu des lois ou coutumes locales*. Les travaux préparatoires montrent d'une manière péremptoire que le législateur a eu l'intention de donner au texte cette extension. En rappelant dans l'exposé des motifs la diversité de nos anciennes coutumes et les inégalités choquantes qui en résultaient, le garde des sceaux ajoutait : « Si l'on n'avait pas songé à y obvier, c'est parce qu'un Français gagnait ce que l'autre perdait, tandis qu'on ne peut pas avoir la même indifférence pour les avantages d'un étranger sur un Français [2]. » Le baron Pasquier, dans son rapport à la chambre des députés n'a pas été moins affirmatif : « Il ne faudrait pas, a-t-il dit, lorsque l'égalité des partages entre frères est le principe de notre législation, que cette égalité

1. Bertauld, *op. et loc. cit.* ; Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personnelles françaises et étrangères* p. 276 ; Weiss, *Traité de droi international privé*, p. 111.

2. Locré, *op. cit.*, t. V, p 503.

cessât lorsqu'un étranger se trouve avoir part à la succession [1]. »

Pour appliquer sainement la loi du 14 juillet 1819, il ne faut pas perdre de vue le but qu'elle poursuivait ; il faut se rappeler que, suivant l'expression du rapporteur, c'était une loi de calcul, une loi essentiellement pratique et égoïste et qui ne s'est placée qu'au point de vue exclusif de l'intérêt national.

N'est-il pas évident dès lors qu'en édictant une mesure de protection en faveur des cohéritiers français, elle devait naturellement lui assurer la plus grande extension. « A la rigueur, disait M. de Serre [2] qui avait proposé le projet de cette loi, 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. »

Ces diverses considérations nous permettent, croyons-nous, de conclure avec certitude que les Français peuvent se prévaloir du droit de prélèvement organisé par loi du 14 juillet 1819 dans tous les cas où l'application de la loi étrangère est de nature à leur causer un préjudice [3].

1. Locré, *op. cit.*, t. X, p. 572.

2. Moniteur du 30 mai 1819.

3. Duranton, t. VI, n° 83 ; Rossi, *Encyclopédie Carteret*, V° Aubaine nos 18 et 19 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 420 ; Demante, t. III, n° 33 bis-II ; Rodière, *Revue de législation*, 1850, t. 1, p. 192 ;

Dans le cas où les héritiers français, sans éprouver aucun préjudice de l'application de la loi étrangère, seraient simplement empêchés d'exporter les biens du pays où ils sont situés, il ne pourrait y avoir lieu au prélèvement ; il n'y a, en effet, dans l'espèce, aucune exclusion [1].

B. — En ce qui concerne la qualité des héritiers appelés à la succession, l'article 7 de la loi du 14 juillet 1819 suppose que le partage de la succession s'opère *entre des cohéritiers français et étrangers*. Mais il peut arriver que les cohéritiers soient tous étrangers ou Français; que décider dans l'une ou l'autre de ces hypothèses ? Le prélèvement est-il possible ?

Supposons d'abord que tous les cohéritiers soient étrangers. Le prélèvement ne pourra certainement pas être exercé. Non seulement le texte manque, puisqu'il prévoit le concours de cohéritiers français et étrangers, mais il existe à cet égard une déclaration fort précise du garde des sceaux. « L'abolition du droit d'aubaine, a-t-il dit, aura tout son effet chaque fois qu'il n'y aura que des héritiers étrangers [2]. » La raison, en effet, commande cette solution ; si le légis-

Demolombe, *Traité des successions*, t. I. n° 199 ; Aubry et Rau. t. VI, p. 279 ; Renault, *Journal du droit international privé,* 1876, p. 16 ; Despagnet, p. 469 ; Arthuys et Surville, *op. cit.*, p. 352. — La jurisprudence est en ce sens : Grenoble, 25 août 1848 (S. 1849, 2, 258) ; Cass. 18 août 1859 (S. 1859, 1, 815 ; D. 1859, 1, 325) ; Paris, 6 janvier 1862 (S. 1862. 2, 337).

1. Rossi, *op. cit.*, n° 0.

2. Locré, *op. cit.*, t. X, p. 568.

ateur s'occupe à bon droit de sauvegarder les intérêts de ses nationaux, il n'a pas à protéger les étrangers [1].

Mais que faut-il décider lorsque l'un des successibles étrangers a obtenu du gouvernement français l'autorisation de fixer son domicile sur le territoire français ? En général, on reconnaît qu'il peut se prévaloir du prélèvement organisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 car, dit-on, l'autorisation gouvernementale lui a conféré la jouissance des droits civils *stricto sensu* dont ne jouissent pas les étrangers ordinaires [2]. Cette solution ne sera pas la nôtre; et nous refuserons même dans ce cas à l'étranger le droit de prélèvement. En effet, si l'on traite les étrangers comme les nationaux, ils se trouveront bénéficier tout à la fois et de la loi française et de la loi étrangère, ce qui nous paraît tout à fait inadmissible. « Bien que l'article 1^er^ de la loi du 14 juillet 1819 place les étrangers sur la même ligne que les Français, en ce qui concerne le droit de succéder, disent MM. Aubry et Rau [3], l'article 2 maintient encore cependant à ce point de vue une différence entre eux, en ce qu'il refuse implicitement aux premiers le prélèvement qu'il accorde exclusivement aux seconds. Or, si l'assimilation spécialement établie sous le rapport du droit de

1. La doctrine est unanime en ce sens.
2. Renault *op. cit.*, p. 19 note ; Weiss, *op. cit.*, p. 113.
3. Aubry et Rau, t. VI, § 592, p. 278, note 10.

uccession par la loi du 14 juillet 1819 entre les Français et les étrangers n'autorise cependant pas ceux-ci à exiger un prélèvement qui s'exerce lui-même à titre de succession, on ne comprendrait pas qu'ils pussent être admis à le réclamer en vertu de l'art. 13 C. c. et de l'assimilation qu'il consacre au point de vue de la jouissance des droits civils en général : *Generalia specialibus non derogant*. Si le législateur n'avait vu dans le prélèvement établi en faveur des Français qu'un droit ordinaire de succession, il n'aurait pas eu de motifs pour en refuser la jouissance aux étrangers désormais placés, quant au droit de succéder, sur la même ligne que les Français. Ce refus ne peut s'expliquer qu'en partant de l'idée que ce prélèvement constitue, d'après la loi du 14 juillet 1819, un privilège exclusivement attaché à la nationalité française, privilège à la jouissance duquel les étrangers ne peuvent dès lors prétendre par cela seul qu'ils auraient été admis à établir leur domicile en France et à y jouir des droits civils ordinaires. Si, contrairement à notre manière de voir, on voulait, à raison de cette circonstance, autoriser le prélèvement en faveur des étrangers, il faudrait les admettre à l'exercer non seulement contre d'autres étrangers mais même contre les Français. Cette conséquence nous paraissant inacceptable condamne péremptoirement, à notre avis, le système qui y conduit. »

Examinons maintenant l'hypothèse inverse : tous

les cohéritiers sont Français. La loi étrangère par exemple admet les Français à succéder dans les mêmes conditions que les nationaux; mais à raison du régime successoral qu'elle consacre, tels parents qui auraient été appelés à succéder en vertu de la loi française se trouvent écartés, ou ne peuvent invoquer que des droits successoraux inférieurs. Dans l'espèce, conformément à l'opinion que nous avons adoptée, il y aurait certainement lieu au prélèvement si, parmi les héritiers, se trouvaient en même temps des Français et des étrangers ; la circonstance que tous les héritiers sont des nationaux impose-t-elle une autre solution ?

Plusieurs auteurs [1] décident que les parents français ont le droit d'exercer le prélèvement contre les autres parents français que la loi avantage et même, dit l'un d'eux, par *a fortiori* de ce qui est admis en cas de concours entre cohéritiers français et étrangers. La jurisprudence tout entière est en ce sens [2]. « La disposition de l'article 2, dit la cour de cassation, est générale et absolue. Surtout elle ne comporte pas, avec la diversité des solutions qui lui est propre, la

1. Demante, t. III, n° 33 bis-III ; Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 203 ; Aubry et Rau, t. V, p. 192.

2. Bastia, 25 mars 1833 (D. 1834, 2, 3) ; Toulouse, 7 décembre 1863 S. 1864, 2, 241) ; Cass. civ., 27 avril 1868 (D. 1868, 1, 302) ; Dijon, 18 janvier 1872 (D. 1874, 2, 466) ; Paris, 14 janvier 1873 (D. 1874, 2, 234) ; Trib. civ. Bordeaux, 29 novembre 1882 (*Journal du droit international privé*, 1883, p. 296).

distinction proposée entre le cas où les héritiers français concourent avec les héritiers étrangers, et celui où il n'existe que des héritiers français concourant entre eux. Il en résulterait, en effet, 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 contre son cohéritier français, 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. La loi précitée, loin de déroger à ce principe, n'en peut être considérée que comme une application nouvelle et extensive. » La cour de Dijon dit de même « que le législateur se préoccupe de l'extranéité de l'héritage, c'est-à-dire de l'origine de l'héritage, sans se subordonner à la circonstance fortuite de concours entre les successibles français et étrangers. »

La doctrine que nous venons d'exposer soulève les plus vives critiques ; le texte de la loi la condamne et son esprit ne lui est pas favorable.

L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 prévoit la vocation simultanée de *cohéritiers français et étrangers* ; vouloir l'appliquer dans le cas où tous les successibles sont Français, c'est en altérer le sens gram-

matical. Avec une pareille interprétation, il faut, si l'on veut être logique, décider que, dans le cas où des héritiers étrangers seront seuls appelés à la succession, cette disposition devra également être observée ; ce que personne n'admet.

L'extension que l'on donne au texte va, du reste, contre le but que s'est proposé le législateur. En admettant les étrangers à succéder sans aucune condition de réciprocité, il a voulu, en effet, que ses nationaux, appelés concurremment avec eux, ne fussent pas victimes de sa générosité dans le cas où les lois étrangères leur causeraient un préjudice ; c'est pour cela qu'il a édicté dans l'article 2 une restriction à la règle générale qu'il avait consacrée dans l'article 1^er^. Mais la loi nouvelle reste complètement étrangère aux rapports mutuels des cohéritiers français, car ils puisent leur droit non dans cette loi mais dans le Code civil qui ne contient aucune disposition à ce sujet. En d'autres termes, suivant l'excellente formule de M. Renault : « pour qu'un étranger subisse le prélèvement dont parle la loi de 1819, il faut qu'il ait eu besoin, pour succéder, de cette même loi [1]. »

La cour de Dijon prétend que la loi a en vue l'extranéité des héritiers. C'est une méprise complète; il peut s'agir de la succession d'un Français ou d'un étranger, peu importe ; ce qu'elle a en vue et seulement en vue, c'est l'extranéité de certains héritiers.

1. Renault, *op. cit.*, p. 20.

L'argument tiré de l'égalité des partages est loin d'être probant ; c'est bien à tort, suivant nous, que la cour de cassation fait intervenir cette idée dans la matière qui nous occupe. L'ordre public est une notion qu'il est malheureusement trop facile d'étendre ; avec un peu de bonne volonté, on y ferait rentrer toutes les dispositions de notre législation; aussi faut-il être sobre des arguments de cette nature. Dans l'espèce, l'ordre public n'a rien à voir. L'égalité des partages, dont parle la cour de cassation, se confond dans sa pensée avec l'ordre successoral établi par le Code civil ; si l'argument valait quelque chose, il en résulterait cette conséquence forcée qu'aucune loi étrangère relative à la dévolution de la succession ne pourrait recevoir son effet sur notre territoire et que tous les rapports entre cohéritiers seraient soumis aux dispositions de la loi française ; or la jurisprudence admet dans une certaine mesure l'application de la loi étrangère, ce qui condamne son système sur ce point.

Concluons donc que le prélèvement ne pourra jamais être exercé lorsque tous les cohéritiers seront Français [1], et que, dans ce cas, il faut appliquer sans restriction la doctrine générale, c'est-à-dire suivre la loi de la situation pour les immeubles et la loi du domicile pour les meubles [2].

1. Renault, *op. cit.*, p. 20 ; Despagnet, *op. cit.*, p. 471 ; Weiss, *op. cit.*, p. 111 ; Arthuys et Surville, p. 350.

2. Le prélèvement organisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819

C. — Il nous reste maintenant à examiner dans quel cas, à raison de la nature des biens compris dans la succession, il peut y avoir lieu au prélèvement organisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. La succession peut ne comprendre que des immeubles ou des meubles ; dans la plupart des cas, il y aura des biens de toute nature. Ces diverses hypothèses doivent être envisagées successivement.

Si la succession n'est composée que de biens immeubles situés les uns en France, les autres à l'étranger, le prélèvement s'exercera sans aucune difficulté ; peu importe le lieu de l'ouverture de la succession ; peu importe la nationalité du *de cujus* [1].

Si la succession n'est composée que de biens meubles, la question ne peut soulever aucune difficulté dans le cas où le *de cujus* avait établi son domicile en France. Les cohéritiers exclus sur les meubles situés à l'étranger pourront certainement se faire indemniser sur ceux qui se trouvent sur notre terri-

peut-il être invoqué contre les étrangers ressortissants d'Etats qui auraient conclu avec la France des traités stipulant la réciprocité. Nous pensons que la négative ne fait pas de doute pour les traités antérieurs à la loi du 14 juillet 1819. En effet, avant cette époque, aucune restriction de ce genre n'existant dans nos lois, il est bien certain que les négociateurs ne pouvaient songer à en réserver l'application (Rossi, *op. cit.*, n° 20. — Renault, *op. cit.*, p. 26). En ce qui concerne les traités conclus depuis cette époque, la question présente de plus sérieuses difficultés. En parlant du droit conventionnel de la France nous aurons à nous en occuper.

1. Cass. 9 juin 1852, (S. 1852, 1, 733).

toire. Le cas où le *de cujus* était domicilié dans un autre pays et où par conséquent l'ouverture de la succession a lieu en dehors des frontières est beaucoup plus difficile à résoudre. Le prélèvement est-il possible ? La négative a rencontré plusieurs partisans [1]. Les meubles, disent-ils, n'ont pas eux-mêmes d'assiette fixe, de situation propre. Ils empruntent celle du domicile de leur propriétaire ; conformément à la règle traditionnelle *mobilia personam sequuntur*. Lorsque ce domicile se trouve à l'étranger, il sont en vertu d'une fiction légale reputés situés hors de France; il est donc impossible de les faire rentrer sous la dénomination de biens situés en France employée par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 ; et par suite de leur faire l'application des dispositions qu'il édicte. Cette argumentation ne nous a pas convaincu, et nous croyons avec la jurisprudence [2], que le prélèvement pourra être opéré même dans ce cas. Remarquons d'abord que, dans notre ancienne jurisprudence, la maxime *mobilia personam sequuntur* n'empêchait pas que le droit d'aubaine fut exercé sur les meubles laissés en France par un étranger ; il n'y

1. Rodière, *Revue de législation*, t. I de 1850, p. 181 ; Fœlix, *Droit international*, p. 155 ; Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 63.

2. Cass 27 août 1850 (S. 1850, 1, 647); Cass. 21 mars 1855 (S. 1855 1, 273) ; Cass. 20 décembre 1856 (S. 1857, 1, 257) ; Paris, 14 juillet 1871 (D. 72, 2, 65); Chambéry 11 juin 1878 (*Journal du droit international privé*, 1878, p. 611) ; Cass. 20 mai 1879 (S. 1881, 1, 465) ; Bordeaux 18 janvier 1881 (*Journal du droit international privé*, 1881, p. 431) ; Poitiers, 4 juillet 1887.

eut jamais aucun doute à cet égard ; il doit en être de même pour l'exercice du prélèvement qui est incontestablement beaucoup moins rigoureux. L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 n'apporte aucun obstacle à cette solution ; il semble bien plus la commander à raison même des termes généraux qu'il emploie. Le législateur n'aurait du reste pas atteint le but qu'il se proposait, s'il n'avait pas autorisé le prélèvement par cela seul que les meubles se trouvent sur le territoire français. L'expérience ne prouve-t-elle pas que c'est principalement en biens meubles, en effets publics, en obligations ou actions commerciales ou industrielles, en marchandises que les étrangers peuvent laisser en mourant une partie souvent fort considérable de leur fortune en France [1] ?

Ainsi, en ce qui concerne le prélèvement il n'y a aucune distinction à établir entre les divers biens héréditaires; il suffit, pour qu'il puisse être opéré, qu'en fait ces biens meubles ou immeubles se trouvent en France au jour de l'ouverture de la succession. Cette solution ne rencontre pas d'obstacle sérieux, lorsqu'il s'agit de meubles ayant une existence corporelle et une assiette visible, mais il est généralement admis qu'il faut l'étendre aux objets mobiliers incorporels

1. Rossi, *Encyclopédie du droit, op. et loc. cit.,* Valette sur Proudhon, t. I, p. 99; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. III, n° 421 ; Demangeat *De la condition des étrangers*, p. 403 ; Demante t. III, n° 23 *bis*-IV ; Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 206 ; Despagnet, *op. cit.*, p 497 ; Weiss, *op. cit.*, p. 113 ; Arthuys et Surville, *op. cit.*, p. 351.

(créances, rentes, titres d'actions et d'obligations) laissés par le *de cujus*. Il est vrai que leur assiette dans le cas est encore moins fixe et moins certaine que celle des meubles corporels, mais on se tire d'embarras en les réputant situés au lieu où doit se faire le paiement, c'est-à-dire en général au domicile de leur propriétaire [1].

Il semble résulter logiquement de ce que nous venons de dire que si le *de cujus* est domicilié en pays étranger, les créances doivent échapper au prélèvement. La Cour de cassation cependant l'autorise pourvu que les titres qui les réprésentent se trouvent en France, « attendu, dit-elle, que si les tribunaux français sont impuissants pour assurer le paiement de ces valeurs par des banques étrangères aux héritiers français; ils peuvent du moins déclarer qu'elles sont sa propriété et ordonner la remise des titres pour les faire valoir ainsi qu'il avisera [2]. » Plusieurs auteurs approuvent cette décision ; M. Demolombe [3] se borne, ainsi que le fait la cour de cassation, à invoquer l'intérêt des cohéritiers français. M. Laurent [4] s'appuie en outre sur cette considération que les créances n'ont pas d'assiette fixe. Nous ne saurions admettre cette solution. Lorsque le domicile du débiteur se trouve en France c'est en dé-

1. Demante, t. III, n° 37 *bis* IV ; Demolombe, t. I, n° 207 ; Laurent *Principes de droit civil*, t. VIII, n° 561.

2. Cass. 21 mars 1855 (D. 1855, 1, 137.)

3. Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 207.

4. Laurent, *Principes de droit civil*, t. VIII, n°

cidant que les créances doivent y être réputées situées qu'on les soumet au prélèvement ; c'est encore en vertu du même principe qu'il faut les y soustraire lorsque le paiement doit se faire à l'étranger. Les deux solutions sont intimement liées et ne peuvent être séparées ; admettre l'une et repousser l'autre c'est tenir un raisonnement contradictoire. C'est en vain qu'on invoque l'intérêt des Français ; c'est à notre avis se bercer d'une bien grande illusion que de croire rendre service dans l'espèce à l'un de nos nationaux. Prenons un exemple. Un Anglais qui selon l'usage répandu dans son pays a déposé des fonds dans une maison de banque et s'est fait ouvrir un compte-courant vient à mourir au cours d'un voyage en France et y laisse le titre qui constate sa créance. Au nombre de ses héritiers, se trouve un Français qui, par suite des dispositions de la loi anglaise, éprouve un préjudice ; que fera le tribunal français ? Il ordonnera, dit-on, la remise de ce titre entre les mains de l'héritier français. C'est là une mesure purement illusoire. Les cohéritiers anglais feront défense à la maison de banque de payer, et certes la juridiction anglaise qui sera saisie du litige se gardera bien de rendre exécutoire le jugement du tribunal français ; elle autorisera au contraire les héritiers anglais a retirer le dépôt fait par leur auteur. On aboutit ainsi à créer un conflit de plus et voilà tout !

Certains meubles échappent au prélèvement ; il en

est ainsi en ce qui concerne les rentes sur l'Etat français ; un avis du Conseil d'Etat du 31 décembre 1819 avait demandé qu'elles y fussent soumises par une loi ; mais la solution contraire a été formellement admise dans une note insérée au *Moniteur* du 7 janvier 1820[1].

Il ne nous reste plus maintenant à examiner que l'hypothèse où la succession comprend tout à la fois des meubles ou des immeubles. Mais au point où nous en sommes toute difficulté a disparu ; il est évident que la succession devra être considérée comme un seul tout et que le prélèvement s'exercera sur les biens meubles ou immeubles de la succession qui se trouveront en France afin d'indemniser les cohéritiers français des pertes que peut leur occasionner l'application de la loi étrangère.

Il peut arriver que tous les biens laissés par le défunt se trouvent hors de France ou que ceux qui y sont situés soient insuffisants pour indemniser le cohéritier français ; a-t-il le droit dans ces circonstances d'intenter une action personnelle contre le cohéritier étranger? Rossi a soutenu l'affirmative[2], mais cette opinion aujourd'hui est généralement repoussée et il nous semble que c'est avec raison. Aux termes mêmes de l'article 2, c'est *sur les biens situés en France* que le prélèvement peut s'exercer ; la loi s'est bornée à ac-

1. Favard, *Répertoire*, V° Dette publique et Dalloz, *Répertoire*, t. XLII V° Trésor public, n° 1189.

ossi, *Encyclopédie du droit*, V° Aubaine, n° 20.

corder aux cohéritiers français, sur ces biens une part héréditaire plus forte sans les constituer en aucune façon créanciers personnels de leurs cohéritiers étrangers. C'est en vain qu'on invoquerait l'article 1382 du Code civil; le préjudice causé ne provient pas de la faute du cohéritier étranger mais simplement de la loi à laquelle il obéit sans l'avoir faite [1].

2. — Notre seconde question consiste à déterminer les modifications que l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 apporte aux règles ordinaires de la dévolution successorale des biens laissés par les étrangers en France. Supposons que toutes les conditions requises par l'article 2 de cette loi se trouvent réunies et voyons ce qui va se passer. Ainsi une succession a été laissée en France par un étranger domicilié dans son pays. Ses héritiers sont les uns étrangers, les autres Français; ses biens sont les uns meubles, les autres immeubles; ils se trouveut en partie en France en partie à l'étranger. Dans cette espèce, conformément à la doctrine que nous avons adoptée sur l'article 3 du Code civil, la loi nationale du *de cujus* s'applique aux immeubles situés dans son pays et à tous les meubles quelque soit leur situation. La loi française régit la dévolution des immeubles situés sur le territoire. Si tous les cohéritiers étaient étrangers, il y aurait deux successions distinctes gou-

1. Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 211; Despagnet, *op. cit.*, p. 473, Weiss. *op. cit.* p. 116.

vernées par deux lois différentes. L'application de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 apporte le changement suivant. Tous les biens laissés par le *de cujus* sont fictivement réunis, car au regard de la législation française il n'y a qu'une seule et même succession ; c'est sur cette masse que doit être calculée la part que les héritiers français auraient eu en vertu de la législation française. On recommence la même opération pour la loi étrangère qui va présider à la dévolution de la succession. Si celle-ci donne plus ou autant que la loi française il n'y a pas de prélèvement; si elle donne moins, il prend la différence sur les biens qui se trouvent en France[1].

Dans aucun cas le prélèvement ne peut être exercé que sur la part revenant à l'étranger qui a profité hors de France de l'exclusion de l'étranger; il n'est pas autorisé au détriment des héritiers étrangers qui n'ont pas été favorisés par la loi étrangère [2]. Un arrêt peut donc tout en accordant à l'héritier français d'exercer son prélèvement à l'encontre d'héritiers avantagés à l'étranger au delà de ce que permet la loi française, lui refuser ce droit à l'encontre d'autres

1. C. f. le rapport de Boissy d'Anglas, Locré, *op. cit.*, t. X, p. 526 et 527 ; Cass. 16 février 1842 (S. 1842, 1, 714) ; Grenoble, 25 août 1848 (S. 1849, 2, 257) ; Cass. 9 janvier 1856 (*Le droit* du 10 janvier 1856); Chambéry 11 juin 1878 (*Journal du droit international privé*, 1878, p. 611.)

2. Grenoble, 25 août 1848 (S. 1849, 2, 257) ; Cass. 27 août 1850 (S. 1850, 1, 647) ; Cass. 29 juin 1863 S. 1863, 1, 393) ; Cass. 20 mai 1879 (S. 1881, 1, 465).

cohéritiers qui n'ont reçu qu'une valeur inférieure à leur réserve d'après la loi française.

Il résulte de ce que nous venons de dire, que par dérogation à l'article 3 du Code civil, les immeubles situés en France ne seront pas partagés conformément aux dispositons de la loi française, puisqu'on refuse sur ces immeubles aux héritiers étrangers la part qui leur aurait été attribuée si les parents français n'avaient pas éte exclus sur les biens étrangers. D'autre part, les meubles ne seront pas non plus dévolus conformément aux dispositions de la loi étrangère puisque les héritiers en prélèveront une partie ; la règle : *Mobilia personam sequuntur* se trouve donc d'une manière indirecte sinon très formelle, singulièrement restreinte.

Lorsqu'il y a lieu d'appliquer l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, il est bien évident que les tribunaux français peuvent seuls être valablement saisis. Les règles ordinaires de compétence cessent dans ce ca de recevoir leur application [1].

On retrouve le droit de prélèvement en faveur des nationaux dans plusieurs législations étrangères.

Alsace-Lorraine. — L'Alsace et la Lorraine, ont conservé la législation française; la loi du 14 juillet 1819, y est donc toujours en vigueur.

1. V. les arrêts précités.

Bade. — Le grand Duché de Bade a édicté le 4 juin 1864, une loi analogue à notre loi de 1819; voici comment elle est conçue : « Lorsqu'une partie des biens d'une succession ou d'une donation se trouve dans le pays et une autre partie à l'étranger et que les nationaux sont exclus de cette dernière *en leur qualité d'étrangers*, ils retiennent un dédommagement égal sur la part des biens situés dans le pays et revenant aux étrangers qui les excluent. » Cette loi est beaucoup plus rectrictive que la loi française, telle que l'interprète la jurisprudence avec raison; l'exclusion de la seule cause qui permette l'exercice du prélèvement [1].

Belgique. — La Belgique, en reconnaissant aux étrangers, par la loi du 27 avril 1865, une capacité successorale pleine et entière sans aucune condition de réciprocité, a consacré en faveur des nationaux, dans son article 4, une restriction analogue à celle de la loi du 14 juillet 1819 et cela dans des termes tellement identiques que M. Laurent déclare dans ses principes de droit civil, que la jurisprudence française peut être invoquée comme interprétation de la loi belge [2].

1. *Revue de droit international*, 1886, p. 465
2. Laurent, *Principes de droit civil*, t. VIII, n° 554. C. f. Haus, *Le droit privé qui régit les étrangers en Belgique*, nos 69 et s.

Hollande. — En Hollande, la loi du 7 avril 1869, a consacré une règle identique. « Dans le cas de partage entre Néerlandais et étrangers d'une succession qui comprend des biens se trouvant dans les Pays-Bas et d'autres à l'étranger, les cohéritiers néerlandais prélèvent dans la proportion de leur part une valeur égale à celle des biens dont ils seraient exclus par les lois ou les coutumes étrangères. » Cette rédaction est aussi large que possible. Un savant jurisconsulte hollandais, M. Asser soutient cependant en s'appuyant sur les travaux préparatoires que le prélèvement doit être limité au cas où les nationaux sont exclus à l'étranger à cause de leur nationalité [1]. S'il en est ainsi on se demande pourquoi le législateur instruit par l'exemple de la France n'a pas exprimé sa pensée plus formellement et n'a pas adopté un texte semblable à celui de la loi badoise, ce qui aurait supprimé toutes les controverses.

République Argentine. — Le Code Argentin, soumet la succession tout entière quelle que soit la nature des biens dont elle se compose à la loi du domicile du *de cujus*. L'article 3470, apporte une restriction au principe général ; il décide « qu'en cas de division de la succession entre héritiers étrangers et argentins ou entre étrangers sans domicile et étrangers avec domicile dans la République, ces der-

1. *Revue de droit international*, 1869 p. 630.

niers recevront des biens situés dans celle-ci une part égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus en vertu des lois ou coutumes des pays où aura lieu l'ouverture de la succession ». D'après les termes mêmes de cette disposition législative, le prélèvement ne sera possible qu'autant qu'il y aura conflit entre héritiers de domiciles ou de nationalités différentes. Dans quels cas sera-t-il exercé ? Faut-il que les successibles chiliens ou domiciliés dans la République, soient exclus dans es pays du lieu où la succession s'est ouverte à raison de leur qualité d'étranger ? Ce droit doit-il-être admis dans le cas où le successible est écarté du partage des biens héréditaires sis à l'étranger à raison des dispositions de la loi étrangère qui, abstraction faite de la nalionalité des parties intéressées règlent la dévolution successorale d'une manière différente ? Le texte à raison de la généralité des termes employés paraît devoir recevoir une interprétation extensive [1].

Chili. — L'article 998 du Code civil chilien dispose : « En cas de succession *ab intestat* d'un étranger décédé au Chili ou hors du Chili, les Chiliens auront à titre d'héritier ou en ce qui concerne la part du conjoint survivant et les aliments, les mêmes droits que les lois chiliennes leur reconnaissent sur les biens du Chilien mort *ab intestat*. Les Chiliens y

1. *Journal du droit international privé*, 1886, p. 295 et s.

intéressés pourront demander qu'on leur adjuge sur les biens d'un étranger situés au Chili, toute part qui leur revient dans la succession de cet étranger. Cette même règle sera appliquée dans le cas où la nécessité en serait reconnue à la succession d'un Chilien ayant laissé des biens en pays étranger. » Daprès les auteurs chiliens cet article doit s'appliquer non seulement dans le cas où des nationaux seraient exclus en pays étranger, à cause de leur extraneité mais même dans le cas où le préjudice qu'ils éprouvent provient simplement du régime successoral. Il constitue donc une exception non seulement à la règle qui assimile les étrangers aux Chiliens, relativement à l'acquisition et à la jouissance des droits civils, mais aussi à la règle qui soumet la succession à la loi du domicile. Le privilège qui en résulte est tout en faveur des nationaux ; un étranger ne peut jamais s'en prévaloir, mais il s'applique même dans le cas où tous héritiers sont Chiliens. La manière dont un savant jurisconsulte de ce pays, sénateur et doyen de la Faculté de droit de Santiago, M. Fabrés [1] essaie de justifier cette disposition mérite d'être remarquée. « L'article 998, dit-il, loin de provenir du caprice du législateur est solidement basé sur le droit international privé. En effet, c'est une doctrine acceptée par toutes les écoles que les biens immeubles sont régis par les lois du pays où ils sont situés, *lex rei sitæ* ; et l'école

1. *Journal du droit international privé*, 1887, p. 298 et s.

romaine que suit notre Code, étend cette règle aux biens meubles. C'est aussi une doctrine généralement reçue et à nos yeux des plus probables que celle d'après laquelle les lois qui régissent la succession sont des lois réelles et non personnelles. L'exception formulée par l'article 998, n'est donc pas une infraction à la saine doctrine que notre Code aurait commise dans le but de favoriser les Chiliens ; au contraire, par respect pour la loi étrangère et dans un sentiment de bienveillance à l'égard des étrangers elle a voulu (et elle en a fait une règle générale) que la succession aux biens d'une personne fut régie par la loi du domicile où aurait lieu l'ouverture. Ce qui constitue une réelle infraction aux doctrines de toutes les écoles concernant les biens immeubles et aussi à la doctrine formulée dans notre article 16 touchant les biens mobiliers; c'est que le partage des biens situés au Chili, puisse avoir lieu d'après les dispositions d'une loi étrangère différente de la loi chilienne. Donc cette disposition de l'article 998, qui ressemble à une exception n'est tout simplement que l'application de la doctrine commune concernant les biens immeubles et a été directement inspirée par les principes des écoles romaine et allemande en ce qui touche les biens meubles ; il n'y a donc pas autre chose à y voir que l'exercice légal des attributions du pouvoir souverain sanctionnées par la science des lois ».

Plusieurs législations, ainsi que nous venons de le voir, ont cru nécessaire d'assurer certaines garanties à leurs nationaux dans le cas où la répartition des biens héréditaires entre les territoires de différents Etats serait de nature à porter atteinte à leurs intérêts. Quelle est la valeur de ces dispositions ? Nous croyons qu'il faut à cet égard établir une distinction. La loi se borne-t-elle à autoriser ses nationaux à prélever sur le territoire soumis à son autorité une part égale à celle dont ils sont exclus à l'étranger à raison de leur extranéité ? Elle nous paraît à l'abri de toute critique. Ainsi en Angleterre, avant la loi de 1870, les étrangers étaient exclus et ne pouvaient succéder ; le sang héritable (*héritable blood*) leur faisait défaut. Il eut été profondément inique que des héritiers anglais prissent leur part sans restriction dans les biens situés à l'étranger alors que les héritiers étrangers ne pouvaient rien prendre dans les biens situés en Angleterre. La loi va-t-elle plus loin ? Autorise-t-elle le prélèvement quelle que soit la cause de l'exclusion, c'est-à-dire même dans le cas où elle tient à une différence de législation ou de statut ? Elle nous paraît alors méconnaître les véritables principes juridiques. Du moment que les étrangers ne sont plus écartés de la succession en raison de cette qualité, du moment que leur exclusion provient simplement de l'application normale du régime successoral en vigueur dans ce pays, il n'y a plus lieu d'é-

dicter en leur faveur des mesures de garanties. Ils sont traités comme les sujets de l'Etat où ils sont appelés à recueillir les biens que leur parent a laissés en mourant; de quel droit se plaindraient-ils ? Maintenir le prélèvement dans ce cas ce n'est plus respecter l'égalité c'est au contraire introduire un privilège en leur faveur. Un législateur ne peut sous prétexte que les biens sont situés sur le territoire soumis à son autorité faire dominer les lois qu'il a établies sur les lois étrangères car les autres législateurs procéderont de la même manière ; il y aura une lutte d'intérêts et ce sera le hasard qui décidera de la victoire. Un pareil système serait la négation même du droit international privé.

CHAPITRE II

DES TRAITES

Après avoir déterminé les règles applicables au règlement des successions en droit international privé et après avoir recherché les solutions que consacrent les diverses législations positives, il nous reste à parler des conventions qui ont été conclues à ce sujet entre la France et les puissances étrangères.

Au cours de cette étude nous avons constaté à plusieurs reprises l'importance considérable des traités qui seuls peuvent donner l'existence légale aux formules abstraites du droit international privé. Nous avons dit que la violation des traités permettait le recours en cassation au même titre que la violation des lois. Ajoutons que les traités présentent même un avantage sur les lois : celui de ne pouvoir être modifiés que d'un commun accord.

Les clauses relatives aux successions qui se trou-

vent dans les traités conclus par la France avec les autres Etats ont pour but :

1° La reconnaissance du droit des étrangers d'acquérir et de transmettre par succession ;

2° La détermination de la loi applicable aux successions et de la compétence des tribunaux chargés de statuer sur les difficultés auxquelles elles peuvent donner lieu ;

3° Les fonctions des consuls.

1. Droit des étrangers d'acquérir et de transmettre.

Plusieurs traités [1] reconnaissent formellement aux sujets des deux Etats contractants la jouissance des droits héréditaires.

1. L'énumération complète des traités conclus par la France qui contiennent cette clause se trouve à la suite de *l'Aperçu de l'état actuel des diverses législations civiles de l'Europe, de l'Amérique. etc.*, par M. Amiaud auquel nous l'empruntons. Ce sont les traités avec l'Autriche du 11 décembre 1866 ; avec la Birmanie du 24 janvier 1873 ; avec la Bolivie du 9 décembre 1834 ; avec le Brésil des 10 décembre 1860 et 21 juillet 1866 ; avec le Chili du 15 septembre 1846 ; avec Costa Rica du 12 mars 1848 ; avec la République Dominicaine du 8 mai 1852 ; avec l'Equateur du 6 juin 1843 ; avec l'Espagne du 7 janvier 1862 ; avec les Etats-Unis du 23 février 1853 ; avec la Grèce du 7 janvier 1876 ; avec Guatemala du 8 mars 1848 ; avec le Honduras du 22 février 1856 ; avec l'Italie du 26 janvier 1862 ; avec les Etats de Mascate du 17 novembre 1844 ; avec le Nicaragua du 11 avril 1859 ; avec le Pérou du 9 mars 1861 ; avec la Perse du 12 juillet 1855 ; avec le Portugal du 11 juillet 1866 ; avec la Russie du 1er avril 1874 ; avec le Salvador du 5 juin 1878 ; avac les îles Sandwich du 29 octobre 1857 ; avec la Serbie du 18 janvier 1883 ; avec Siam du 15 août 1856 ; avec le Vénézuala du 24 octobre 1856.

Cette clause présente une grande utilité pour les Français à l'étranger, car de nombreuses législations maintiennent encore des incapacités contre les étrangers en matière de succession, ou édictent certaines restrictions qui, dans bien des cas, sont de nature à leur causer le plus sérieux préjudice. Si l'on se place à ce point de vue, la convention conclue par la France avec les Etats-Unis le 23 février 1853, mérite une mention toute particulière. Il y est stipulé que dans tous les Etats de l'Union où les lois existantes le permettent, les Français pourront posséder des biens meubles et immeubles, les acquérir par voie de succession et les transmettre à leurs héritiers au même titre que les citoyens des Etats-Unis. Quant aux Etats de l'Union, dont le législateur ne permet pas aux étrangers de posséder des immeubles, le président s'engage à leur recommander de faire des lois qui confient ce droit aux Français [1]. La restriction que contient ce texte provient de la situation particulière des Etats qui composent l'Union américaine. Ils sont souverains en ce qui concerne leurs intérêts, et on considère comme telles les relations qui naissent du droit privé. Chaque Etat fait ses lois et rédige ses codes comme bon lui semble. Mais les Etats ne sont pas souverains dans l'ordre politique : le président les représente, négocie les traités et le sénat les sanctionne. En ce qui concerne les incapacités qui frap-

1. Martens et de Cussy, *Recueil de traités*, t. VII, p. 173.

pent les étrangers, la souveraineté des Etats peut se trouver en conflit avec la souveraineté de l'Union. Il existe encore des Etats qui maintiennent avec son caractère primitif la *common-law* importée par les conquérants anglais sur le sol américain, et par suite les incapacités qui en résultent pour les étrangers. Le président ne peut faire des traités qui abolissent ces incapacités. Tous les hommes de lois sont d'accord pour lui refuser ce droit et le sénat n'a pas voulu ratifier certains traités qui avaient été conclus à ce sujet avec certaines puissances étrangères [1]. Ainsi s'explique la clause du traité franco-américain.

En ce qui concerne les étrangers en France toute disposition leur reconnaissant le droit de succéder et de transmettre les biens qu'ils possèdent à leurs parents est devenue surabondante puisque, aujourd'hui, le droit commun suffit à leur assurer ce bénéfice. La loi du 14 juillet 1819 qui, en appelant les étrangers à succéder sans aucune condition de réciprocité, a fait disparaître la dernière restriction apportée à leur capacité successorale ne les place cependant pas d'une manière absolue sur la même ligne que les Français. L'article 2 de cette loi permet, en effet, aux nationaux d'exercer dans certains sur les biens situés en France un prélèvement au détriment des étrangers. De là, la question qui se pose : les étrangers autorisés à succéder en France en vertu d'une convention diplomati-

1. Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 89 et s.

que, sont-ils soumis au droit de prélèvement? Il existe, à cet égard, de sérieuses difficultés.

Le traité franco-suisse du 15 juin 1869 a prévu le cas où des sujets des deux Etats contractants seraient appelés concurremment à la même succession ; en effet, dans le deuxième alinéa de l'article 5 il dispose : « Si dans les partages de succession, auxquels des étrangers sont appelés concurremment avec des nationaux, la législation de l'un des deux pays accorde à ces nationaux des droits et avantages particuliers sur les biens situés dans ce pays, les ressortissants de l'autre pays pourront, dans les cas analogues, revendiquer de même les droits et avantages accordés par la législation de l'Etat auquel ils appartiennent. »

Quelques jurisconsultes ont soutenu que ce texte avait eu pour effet d'abroger l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 dans les rapports de la France et de la Suisse. C'est en ce sens que s'est prononcé d'une manière très catégorique M. Ronjat, procureur général à la cour de cassation, dans les conclusions qu'il a présentées devant la chambre civile, en 1890, dans une affaire Casanova-Nouzille, où il s'agissait, entre Français et Suisses, de la succession d'un Suisse[1]. Tel est aussi le sentiment de M. le professeur Surville[2].

Cette solution nous paraît tout à fait inacceptable,

1. *Journal du droit international privé*, 1890, p. 303 et s.
2. *Journal du droit international privé*, 1890, p. 318 et s.

car elle est en contradiction formelle avec les intentions des négociateurs du traité. Le protocole annexé au traité de 1869 s'est expliqué sur le deuxième alinéa de l'article 5 ; voici ce qu'on lit dans ce document :

« La question s'est élevée dans le cours des négociations, de savoir si l'article 2 de la loi française, du 14 juillet 1819 pouvait encore être appliqué dans le cas où des héritiers français et suisses se trouveraient appelés concurremment à la succession d'un Suisse ou d'un Suisse décédé, en laissant des biens dans les deux pays (suit le texte de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819).

Le gouvernement suisse exprimait le désir que les successions respectives des Suisses et des Français fussent réglées, sans égard aux dispositions de cet article ; le gouvernement français a expliqué qu'il ne pouvait, par un traité, abroger une loi faite en faveur des Français ; que, d'après un arrêt de la cour de cassation, du 8 juillet 1859, les traités antérieurs ne faisaient point obstacle à l'application de l'article 2 de la loi de 1819 ; que tout ce qu'il était possible de faire, c'était de stipuler la réciprocité ; en conséquence, on a exprimé dans des termes généraux que si la législation d'un des pays accordait à ses nationaux des droits et des avantages particuliers sur les biens situés dans le pays, les nationaux de l'autre pays pourraient de même invoquer les lois et avantages à eux réservés

par la législation de l'État auquel ils appartiennent. »

Le message fédéral, du 28 juin 1869, s'explique plus longuement sur le maintien de la loi de 1819 : « Les tribunaux français, est-il dit dans ce document, ayant déclaré que cette loi était restée en vigueur à côté du traité de 1828 et qu'elle était également applicable vis-à-vis de la Suisse et des conflits ayant surgi (voir la cause Vanoni dans le *Droit fédéral* d'Ullmer, 1, p. 579 ; cass., 18 juillet 1859), nous espérions obtenir à l'occasion de la révision du traité une position claire sur ce point comme sur d'autres. Nous demandames au gouvernement français, déjà dans les premières négociations de 1863 que pour le partage des successions il voulut bien reconnaître, sans réserves, à son choix ou la loi du pays d'origine ou celle du lieu du domicile du défunt.

Mais, dès les négociations préliminaires, on nous déclara qu'il était impossible d'abroger la loi de 1819. On croyait, toutefois, atténuer cette déclaration en nous montrant que la loi dont il s'agit ne s'applique que lorsqu'il y a des cohéritiers français concourant avec des Suisses et que dans les cas de ce genre on n'avait rien à objecter à ce que la législation des cantons suisses sur les successions fut également réservée. On nous fit remarquer que ces cas forment l'exception, parce que le plus souvent ce ne sont que des Suisses ou que des Français qui élèvent des prétentions à une succession et qu'alors le traité seul est appliqué.

. . . . . .

En ce qui concerne la loi française précitée de 1819, nous devons ajouter que le gouvernement français adhère sur ce point encore à la jurisprudence des tribunaux de France et affirme que le traité de 1828 pouvait d'autant moins invalider la loi de 1819, qu'il n'avait pas été soumis aux Chambres et que cette loi ne pouvait être abrogée que par une autre loi ; mais qu'une nouvelle loi rencontrerait sûrement de l'opposition dans le Corps législatif, surtout en vue de certaines prérogatives accordées en Suisse par des lois cantonales, aux fils au préjudice des filles, en contradiction complète avec l'esprit de la législation française

Ce fut en vain que nous fîmes observer, à l'appui de notre assertion, suivant laquelle la loi dont il s'agit ne pouvait être appliquée à la Suisse, qu'elle avait été décrétée uniquement à l'égard des États chez lesquels il existait des droits d'aubaine. Les délégués français déclarèrent de la manière la plus positive qu'il était absolument impossible à leur gouvernement d'enlever aux Français les avantages que leur assurait formellement le Code civil. Ils ajoutèrent que la loi de 1819 n'avait pas seulement pour but de refuser une compensation des droits d'aubaine, qui ont été partout abolis, mais qu'elle se rapporte, en outre, d'une manière générale aux droits et avantages particuliers que le Code Napoléon confère aux Français en ma-

tière de succession *ab intestat* ; que celle loi avait été maintenue et appliquée par le gouvernement français vis-à-vis de tous les autres pays ; enfin, que son application à la Suisse avait été formellement constatée par un arrêt de la Cour de cassation et était devenue, par cela même, de jurisprudence française. Par tous ces motifs, la France se croyait obligée de faire abstraction d'une révision du traité de 1828, plutôt que de faire droit à notre réclamation. »

Devant des déclarations aussi nettes l'hésitation n'est pas permise. Que le texte soit obscur, qu'il soit difficile de déterminer les cas exacts dans lesquels il doit recevoir son application, nous en convenons volontiers ; mais il n'est pas possible d'éviter la difficulté en soutenant que l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 a été abrogé dans les rapports de la France avec la Suisse[1].

La Cour de cassation dans son arrêt du 11 février 1890 [2] évite de prononcer sur la question que nous

1. Brocher, *Commentaire théorique et pratique du traité du 15 juin 1869, sur la compétence judiciaire et sur l'exécution des jugements*, p. 52. — Curti, Der Staatsvertrag zwichen der Schweiz und Frankreich betreffend gerichtsstand und Urteilsvollziehung vom 15 juin 1869, p. 103. — Roguin, *Conflit des lois Suisses*, p. 357 et s. — Durand, *Essai de droit international privé*, p. 524. — Lecourtois, S. 88, 1, 193. Lucas et Weiss, *Pandectes françaises*, 1890, 5, 10. — Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e édit. p. 123. — Lainé, Consultation reproduite dans la *Revue pratique de droit international privé* 1890-91, 1, 305.

2. *Journal du droit international privé*, 1890-91, 1, 10.

venons de discuter. Elle casse bien l'arrêt de la cour de Poitiers dont le ministère public demandait l'annulation parce que l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 n'était pas applicable, mais en décidant ainsi elle n'a nullement entendu s'associer aux conclusions de son procureur général. Dans l'affaire qui lui était soumise, il s'agissait d'un Suisse ayant institué un Français, légataire universel, alors que sa législation personnelle ne lui permettait pas une pareille disposition. La cour a jugé que des Français légataires universels ne sont pas ces cohéritiers français que la loi de 1819 a entendu protéger, et qu'en conséquence ils ne sauraient être admis à se prévaloir des dispositions de cette loi pour contester aux héritiers suisses la réserve que leur assure la loi du canton d'origine, applicable à la succession mobilière laissée en France par un Suisse [1]. Elle a purement et simplement déterminé le sens qu'il convenait d'attribuer à la loi de 1819 prise en elle-même. Son arrêt du 11 février 1890 se concilie donc fort bien avec celui du 18 juillet 1859 et tout porte à croire que si la question se présentait de nouveau, elle verrait dans l'article 5 du traité de 1819 un motif de plus pour confirmer sa jurisprudence antérieure [2].

1. Il est généralement admis qu'un Français ne saurait réclamer le bénéfice de la loi de 1819 s'il se présente comme légataire ou comme donataire et s'il allègue en cette qualité un préjudice causé par l'application des lois étrangères. -- Weiss, *op. cit.*, p. 113 et les autorités citées.

2. Lainé, *loc. cit.*

Si le traité franco-suisse de 15 juin 1869 n'a pas eu pour effet d'abroger l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, cette abrogation ne résulte-t-elle pas des conventions conclues par la France avec le Chili (15 septembre 1846), avec l'Autriche (11 décembre 1866) et les Etats-Unis (13 février 1853) qui appellent les étrangers à succéder de la même manière que les nationaux ou habitants? Plusieurs auteurs admettent l'affirmative. « Cette clause, dit M. Weiss [1], abroge évidemment le système de prélèvement établi par la loi de 1819 comme elle aurait autrefois abrogé le droit d'aubaine lui-même dont il n'est que la suite. L'égalité qu'elle proclame ne saurait s'en accommoder; ce n'est pas recevoir de la même manière que les nationaux que de subir un prélèvement qui ne peut être opposé à ces derniers ». Tel est aussi le sentiment de M. Renault [2]. Nous ne pensons pas que la clause en question ait une pareille portée. Elle ne fait que reproduire les expressions mêmes de la loi de 1819. Effectivement, l'article 1er de cette loi s'exprime ainsi : « Les articles 726 et 912 du Code civil sont abrogés; en conséquence les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume ». Puisque cet article se concilie fort bien avec l'article 2 de la même loi qui organise le droit de prélèvement

1. Weiss, *loc. cit.*
2. Renault, *Journal du droit international privé*, 1876, p. 19.

pourquoi en serait-il différemment de la clause insérée dans les traités? Pourquoi donner plus d'étendue à l'un des textes qu'à l'autre? Dira-t-on que si les traités reproduisent l'article 1^er^ de la loi du 14 juillet 1819 qui pose le principe, ils ne parlent pas de l'article 2 qui contient la restriction? Nous répondrons qu'il est tout à fait inadmissible qu'une disposition aussi importante que celle-ci ait été abrogé tacitement. Ajoutons que le gouvernement français a déclaré formellement lors des négociations relatives au traité franco-suisse, qu'un traité ne pouvait abroger la loi de 1819 et que les traités antérieurs, par conséquent ceux que nous étudions, ne font pas obstacle à son application, et cette doctrine a reçu l'approbation, soit de la Cour de cassation, soit de la chancellerie qui n'eût pas manqué de stipuler le traitement de la nation la plus favorisée, si cette clause avait pu lui faire obtenir la dispense du droit de prélèvement organisé par la loi de 1819[1].

2. Détermination de la loi applicable et de la compétence des tribunaux.

Il existe plusieurs traités qui règlent formellement la question de la loi applicable aux successions et qui déterminent la compétence des tribunaux chargés de

1. Trib. de Vervins, 19 mars 1891. — Consultation de M. Lainé, *Revue pratique de droit international privé*, 1890-91, 1, 297 et s.

statuer sur les contestations qu'elles peuvent soulever. Ce sont :

1° Le traité conclu avec l'Autriche pour le règlement des successions le 11 décembre 1866, art. 2 [1] ;

2° Le traité pour le règlement des successions avec la Russie du 1er avril 1874, art. 10 [2] ;

3° Le traité de commerce et de navigation conclu avec la République dominicaine le 9 septembre 1882, art. 6 [3] ;

4° Le traité d'amitié de commerce et de navigation avec la Serbie du 18 juillet 1883, art. 8 [4] ;

5° Le traité d'amitié de commerce et de navigation avec le Mexique du 27 novembre 1885, art. 6 [5] ;

6° Le traité d'amitié de commerce et de navigation avec l'Equateur du 12 mai 1888, art. 6 [6].

Ces traités contiennent tous la clause suivante :

« La succession aux immobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeubles seront situés et la connaissance de toute demande ou contestation concernant les successions immobilières appartiendra exclusivement aux tribunaux de ce pays. Les réclamations relatives aux successions mobilières ainsi qu'aux droits de succession sur les effets mobiliers

1 Sirey, *Lois annotées*, 1866, p. 103.
2. Sirey, *op. cit.*, 1874, p. 356.
3. Sirey, *op. cit.*, 1881, p. 576.
4. *J. dr. int. pr.*, 1887, p. 766.
5. *Journal officiel* du 25 avril 1888.
6. *Journal officiel* du 27 février 1889.

laissés dans l'un des deux pays par les sujets de l'autre pays soit qu'à l'époque de leur décès, il y fussent établis ; soit qu'ils y fussent simplement de passage seront jugées par les tribunaux et les autorités compétentes de l'Etat auquel appartenait le défunt et conformément aux lois de cet Etat. »

Ainsi en ce qui concerne la succession immobilière, le droit commun a été confirmé purement et simplement nous n'avons donc pas à insister sur ce point.

En ce qui concerne la succession mobilière, au contraire, une règle nouvelle a été consacrée. Dans les rapports de la France avec les Etats co-contractants, la succession mobilière doit être liquidée par les tribunaux au pays d'origine conformément aux lois de ce pays. Le principe de la nationalité a été substitué au principe du domicile. Il ne faut pourtant pas s'exagérer l'importance de ce changement. Et, en effet, si nos tribunaux, ainsi que nous l'avons dit, se déclarent compétents pour juger les différends qui peuvent s'éléver entre les héritiers toutes les fois que le *de cujus* avait en France un domicile de fait, c'est-à-dire toutes les fois qu'il y avait transporté son principal établissement, ils sont unanimes à proclamer que la succession ne peut être soumise à la loi française que dans le cas où le *de cujus* y avait un domicile de droit, c'est-à-dire dans le cas où il avait été autorisé à s'établir par le gouvernement, conformé-

ment aux dispositions de l'article 13 du Code civil. Comme le plus souvent cette dernière condition ne se trouve pas réalisée, il en résulte en fait que c'est à la loi nationale du *de cujus* que se réfère la juridiction française devant laquelle est porté le litige. Il est présumable que les négociateurs des traités, en insérant la clause que nous étudions, n'ont pas entendu déroger au droit commun relativement à la loi applicable et qu'ils n'ont cru le modifier qu'en ce qui concerne la compétence judiciaire dans l'intention de faire juger les actions successorales par les tribunaux du pays dont la loi doit être suivie, considérant qu'eux seuls pouvaient en assurer l'exacte interprétation.

Si tel a été le poursuivi, il en résulte une conséquence fort importante ; c'est que les étrangers admis à domicile restent sous l'empire du droit commun. Dans ce cas, en effet, d'après notre législation il existe une étroite relation entre la compétence judiciaire et la compétence législative, il n'y a donc aucune raison pour apporter une modification à l'état de choses existant. Cette opinion trouve dans le texte même du traité le plus sérieux appui. Il est parlé des successions laissées par les sujets d'un des États contractants qui se sont établis sur le territoire de l'autre, il est également parlé des successions laissées par ceux qui y sont de passage au moment où la mort vient les frapper ; il n'est jamais question des successions lais-

sées par les étrangers admis à domicile Il est impossible de soutenir cependant qu'une hypothèse aussi importante que celle-ci ait passée inaperçue aux yeux des négociateurs. Aussi sommes-nous autorisés, à affirmer que s'ils ont gardé le silence, c'est parce qu'ils ont entendu maintenir intacts sur ce point les principes de la législation française [1].

Le traité franco-russe ajoute à la clause dont nous avons rapporté le texte un membre de phrase dont l'interprétation soulève certaines difficultés. Après avoir posé en principe que la succession mobilière doit être liquidée par les tribunaux du pays d'origine conformément aux lois de ce pays il dit : « à moins qu'un sujet du pays où la succession est ouverte n'ait des droits à la dite succession. Dans ce dernier cas l'examen de cette réclamation sera déféré aux tribunaux ou autorités compétentes du pays où la succession est ouverte qui statueront conformément à la législation de ce pays sur la validité des prétentions du réclamant, et s'il y a lieu sur le quote-part qui doit lui être attribuée. » Par le lieu de l'ouverture de la succession il faut entendre ici évidemment le lieu où se trouvent les biens sur lesquels des droits sont prétendus par les gens du pays [2]. Quelles raisons ont

1. Consultation de M. Lainé, *Revue pratique de droit international privé*, 1890-91, 1, 301.

2. En ce sens Renault, *op. cit.*, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 428.

fait admettre cette restriction ? Nous ne trouvons aucun renseignement dans les travaux préparatoires. L'exposé des motifs [1] et le rapport[2] se bornent à poser la règle sans l'expliquer ; quant au vote, il a eu lieu sans discussion[3]. Voici l'explication que nous croyons pouvoir proposer. En Russie, la succession mobilière est soumise à la loi territoriale. Cette règle allait-elle être abrogée par le traité ? Les négociateurs russes ont bien consenti à ce que la succession mobilière obéisse à la loi nationale dans le cas où le *de cujus* et ses héritiers appartiennent à la même nationalité ce qui sera de beaucoup le cas le plus fréquent ; mais ils ont voulu sauvegarder les droits de leurs nationaux dans le cas où il seraient appelés à recueillir une succession mobilière laissée en Russie par leur parent français, en décidant que le partage serait fait conformément à la loi de la situation. Il y a donc eu une transaction entre deux principes opposés. Si critiquable qu'elle soit au point de vue périodique il faut bien avouer que la France aurait eu mauvaise grâce à la refuser, elle qui maintient si rigoureusement contre les étrangers le droit de prélèvement organisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet. On comprend très bien dans ces conditions que les Etats avec lesquels des conven-

1. *J. offi.* du 30 mai 1874, p. 3609.
2. *J. offi.* du 9 juillet 1874, p. 3774.
3. *J. offi.* du 18 juin 1874, p. 4109.

tions sont conclues prennent aussi leurs précautions.

Le traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et sur l'exécution des jugements contient, dans son article 5, des dispositions fort importantes en matière de succession. Voici comment est conçu le premier alinéa : « Toute action relative à la liquidation et au partage d'une succession testamentaire ou *ab intestat*, aux comptes à faire entre les héritiers ou légataires sera portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire s'il s'agit d'un Français mort en Suisse devant le tribunal de son dernier domicile en France ; et s'il s'agit d'un Suisse décédé en France devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse. Toutefois on devra pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles se conformer aux lois des pays de la situation. »

Ce texte soulève les plus grandes difficultés d'interprétation et dans la jurisprudence aussi bien que dans la doctrine, on est loin d'être d'accord sur le sens qu'il convient de lui attribuer.

A la simple lecture, on constate que le texte après avoir établi une règle générale sans distinguer entre la nature des biens héréditaires, apporte une restriction relativement aux immeubles. Nous supposerons donc d'abord que la succession est mobilière ; nous verrons ensuite ce qu'il faut décider à l'égard de la succession immobilière.

Si la succession est mobilière, il ne peut exister aucune difficulté en ce qui concerne la compétence judiciaire. Aux termes mêmes du traité, toutes les contestations qui s'élèvent entre héritiers doivent être portées s'il s'agit d'un Français mort en Suisse devant le tribunal de son dernier domicile en France, et s'il s'agit d'un Suisse décédé en France devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse. Quant à la base de cette compétence, il est incontestable qu'à l'égard des Suisses elle repose sur le principe de la nationalité. On pourrait croire au contraire au premier abord que le principe du domicile a été consacré pour les Français. Il n'en est rien : s'agissant du dernier domicile en France, c'est bien encore le principe de la nationalité qui prédomine [1].

Que faut-il décider relativement à la loi applicable à la dévolution de la succession mobilière ? Bien que le texte ne s'en explique pas, nous ne doutons pas que le juge compétent soit tenu d'appliquer sa loi nationale. C'est bien à tort que cette solution a été contestée [2]. Et, en effet, n'est-il pas évident que si deux Etats conviennent de certaines règles de compétence

1. Brocher, *op. cit.*, p. 51.

2. En Suisse, d'après M. Roguin, plusieurs jurisconsultes pensent que le juge compétent reste libre d'ordonner le partage de la succession suivant une autre loi que la sienne. Roguin, *op. cit.*, p. 395 note 1. — M. Martin propose aussi de laisser une certaine latitude au juge. Martin, Du traité conclu le 15 juin 1869 entre la France et la Suisse sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements et de la nécessité de le réviser, *Journal du droit international privé*, 1879, p. 141.

en matière de succession, ce doit être surtout en vue d'arriver à une application aussi constante que possible de la législation correspondante. Autrement la détermination de la juridiction chargée de statuer perdrait la plus grande partie de ses avantages et il aurait été bien inutile de la stipuler avec tant de soin. Dans le cas particulier qui nous occupe, cette présomption est pleinement confirmée par les travaux préparatoires. La question avait été agitée pendant les conférences et les plénipotentiaires français interrogés par celui de la Suisse répondirent que la loi à suivre était celle du juge compétent. Le conseil fédéral le constate ainsi dans son message. « Il est convenu que le juge compétent appliquera toujours sa propre loi. Les délégués français ont refusé de le mentionner dans le traité parce que cela se comprend de soi. Ils ont déclaré catégoriquement qu'il ne pouvait exister aucun doute à cet égard. » Ainsi il y a eu accord entre les hautes puissances contractantes et c'est parce que la chose allait de soi que le traité n'en parle pas. La défectuosité du traité est donc de forme plutôt que de fond[1]; elle n'en est pas moins regrettable puisqu'elle a permis certaines divergences. L'on aurait dû d'une manière précise disposer que la succession mobilière est régie par la loi du pays d'origine et puis tirer la conséquence de cette règle pour le cas de litige. Comme le dit fort exactement M. Brocher : « La compétence

1. Brocher, *op. cit.*, p. 51. Roguin, *op. cit.*, p. 394 et s.

judiciaire occupant une position subordonnée ne saurait être considérée comme attirant à elle la compétence législative mais elle peut être considérée comme une conséquence de cette dernière une fois admise [1]. »

Dans le cas où la succession comprend des immeubles il existe des difficultés beaucoup plus sérieuses. La seule chose qui soit certaine c'est que l'article établit certaines règles spéciales à leur égard. Après avoir renvoyé la connaissance des actions héréditaires au tribunal du lieu de l'origine sans distinguer suivant la nature des biens le texte ajoute : « Toutefois on devra pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles se conformer aux lois des pays de la situation. » Que faut-il entendre par ce mot : partage ? s'agit-il de la répartition héréditaire, de l'attribution des parts, ou bien simplement des formalités de procédure à l'effet d'arriver à diviser les biens entre les cohéritiers ? Ensuite, même en admettant qu'il faille entendre par le mot partage employé dans le traité la fixation des parts héréditaires devant quel tribunal doit être intentée l'action en cas de litige. En d'autres termes, quel est le sens du mot partage et dans quelle mesure y a-t-il relation entre la compétence législative et la compétence judiciaire ?

Recherchons d'abord suivant quelle loi doit être

1. Brocher, *op. cit.*, p. 51.

opérée la répartition des immeubles compris dans la succession. Si nous n'avions que le texte, l'hésitation serait permise. Le mot : partage suivi immédiatement de ceux de licitation et de vente des immeubles pourrait fort bien être interprété comme ne visant que les formalités de procédure. C'est en vain qu'on objecterait le mot : toutefois, qui implique une exception à la règle précédemment admise. On répondrait avec raison que toute exception est de droit étroit et doit être interprétée restrictivement. Cette remarque dans l'espèce serait fort judicieuse. La règle générale n'ayant été formulée expressément que pour la compétence judiciaire, il serait tout naturel que l'exception ne s'appliquât qu'aux formalités de l'action intentée. Mais cette argumentation ne peut être admise car elle méconnaît formellement les intentions des négociateurs du traité. Le message du conseil fédéral constate en effet, que sous l'empire du traité de 1828 qui réglait les rapports des deux Etats en matière de succession, la Suisse avait soutenu que l'unité de la succession était la règle conventionnelle mais que les tribunaux français avaient décidé le contraire à plusieurs reprises ; et il termine en disant : « Le gouvernement français ayant adhéré à cette manière de voir (celle admise par la jurisprudence française) et déclaré qu'il ne pouvait appliquer aux immeubles situés en France aucune législation étrangère, il n'eût guère été possible d'arriver à un arrangement sur une autre base que

celle de la réciprocité, de sorte qu'en Suisse pour le partage des immeubles faisant partie de la succession, il faut se conformer aux lois du canton dans lequel les immeubles sont situés. » Une déclaration aussi nette ne peut laisser subsister aucun doute sur le sens qu'il convient d'attribuer au texte qui fait l'objet de ce débat [1].

La jurisprudence française n'a naturellement éprouvé aucune hésitation pour appliquer aux immeubles la loi de sa situation. Cette solution ne paraît avoir été contestée que dans l'affaire de Rumine et la Cour de Paris, confirmant la décision du tribunal de la Seine, déclara très formellement dans son arrêt du 12 mai 1874 qu' « aux termes de l'article 3 du Code civil les immeubles possédés en France par des nationaux ou des étrangers sont régis par la loi française. Cette disposition commandée par le droit politique s'oppose à ce que, dans quelque cas que ce soit, la transmission des immeubles faisant partie du territoire national soit réglée autrement que par la loi française. Aucun traité diplomatique ne modifie au profit d'une puissance étrangère cette disposition essentielle de notre droit [2]. »

La jurisprudence suisse est loin d'être aussi catégorique. Le tribunal fédéral n'a jamais, il est vrai, dé-

1. Brocher, *op. cit.*, p. 51. — Curti, *op. cit.*, p. 93. — Roguin, p. 396 et s.

2. *Journal du droit international privé*, 1875, 189, 193.

claré d'une manière formelle que la répartition des immeubles devrait se faire suivant la loi du pays du défunt, mais cela est sous-entendu dans plusieurs arrêts qui parlent de l'unité de la succession, ce qui suppose admise la loi nationale [1].

Si la succession immobilière doit être soumise à la loi territoriale, quel est le tribunal chargé de statuer sur les contestations auxquelles elle peut donner lieu ? La compétence judiciaire accompagne-t-elle dans ce cas la compétence législative ?

Un des meilleurs commentateurs du traité, Curti [2], déclare que l'on se serait attendu à voir proclamer la compétence de la juridiction territoriale mais qu'elle ne peut être admise en présence du silence gardé par le texte ; la restriction relative aux immeubles ne vaut, d'après lui, que pour le fond du droit et non pour la compétence qui continue à appartenir au tribunal du pays d'origine.

Cette opinion nous paraît tout à fait inacceptable [3]. Et d'abord cette disjonction a en elle-même quelque chose de très extraordinaire, pour ne pas dire d'impraticable ; elle n'est admise ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine d'aucun pays.

1. Trib. féd., 10 juillet 1885 (aff. Diggelmann, Rec. off. 1885, p. 334) — Trib. féd. 25 septembre 1885 (Aff. Giacometti 1885, Rec. off., p. 343).

2. Curti, *op. cit.*, p. 93.

3. Brocher, *op. cit.*, p. 51. — Roguin, p. 400 et s.

Comment admettre que les deux Etats contractants aient pu adopter, sans le mettre en relief, un principe tout nouveau et entièrement contraire à leurs législations ? Non seulement le message du conseil fédéral, qui s'explique fort longuement sur tous les débats auxquels a donné lieu le traité, n'en parle pas, mais il contient plusieurs passages qui montrent fort clairement que telle n'a pas été l'intention des négociateurs. En effet, après avoir déclaré qu'en présence du refus du gouvernement français d'abandonner à propos de la succession immobilière le principe de la loi territoriale, il n'avait plus pu être question que de réciprocité ; il dit à l'égard de la rédaction du second alinéa visant le maintien de l'article 2 de la loi au 14 juillet 1849, « sauf pour les immeubles au sujet desquels le *forum rei sit* reste toujours réservé ». Et ce principe, rappelé d'une manière incidente, a toute la valeur d'une règle générale, surtout si on le rapproche de cet autre passage que nous avons déjà signalé où il est dit que le juge compétent doit toujours appliquer sa propre loi. Enfin, dans un document conservé aux archives de la légation de Suisse, il est constaté que les plénipotentiaires interrogés par celui de la Suisse à ce sujet ont déclaré que les deux compétences étaient liées.

Le tribunal fédéral a décidé à plusieurs reprises [1]

1. Trib. féd. 10 juillet 1885 (Aff. Diggelmann, Rec. off. 1885, p. 334). — Trib. féd. 25 septembre 885 (Aff. Giacometti, Rec. off. 1885,

que la compétence appartenait dans tous les cas à la juridiction du pays d'origine ; mais peut-être cette solution est-elle conforme à celle qu'il adopterait à l'égard de la loi applicable si la question lui était soumise ; nous savons, en effet, que certaines de ces décisions contiennent des restrictions qui permettent de supposer qu'il admet l'application de la loi nationale au partage des immeubles. En ce qui concerne la jurisprudence française, il semble qu'elle devrait reconnaître sans hésitation la compétence du juge de la situation ; aussi avons-nous été profondément surpris de voir la solution contraire triompher dans une affaire récente. Il s'agissait de la succession d'un Suisse domicilié en France où il laissait des immeubles. Le tribunal de la Seine, saisi par les héritiers d'une demande en liquidation et en partage, se déclara incompétent dans son jugement du 12 décembre 1889 et un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juillet 1890, confirma la décision des premiers juges en déclarant « que la nécessité de se conformer aux lois de la situation des biens pour le partage, la licitation et la vente des biens indivis ne saurait modifier la compétence imposée par la loi à l'action principale en partage de succession [1]. » Ces décisions qui sont con-

p. 34 [illegible]). — Voy aussi dans *Le Droit* du 17 septembre 1888 les divers jugements relatifs à l'affaire Dumas. — Trib. Genève 28 décembre 1886. Cour justice Genève, 19 décembre 1886. Trib. fédéral 31 mars 1888.

1. *Revue pratique du droit international privé*, 1890-91, 1, 105.

traires aux principes de la législation française méconnaissent aussi ouvertement les intentions des négociateurs du traité.

En résumé, il résulte du 1er alinéa de l'article 5 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 que, les contestations relatives aux successions mobilières doivent être jugées par les tribunaux du pays d'origine conformément aux lois de ce pays et les contestations relatives aux succesions immobilières par les tribunaux de la situation des biens conformément aux dispositions de la législation territoriale. Ces deux règles sont les mêmes que celles qui avaient été édictées d'une manière très-nette dans la convention conclue par la France avec l'Autriche le 11 décembre 1866 et qui depuis ont été reproduites dans les conventions conclues avec divers Etats.

Dans quels cas le traité franco-suisse doit-il être appliqué? Le texte de l'article 5, alinéa 1er, se rapporte à la succession du Français mort en Suisse et du Suisse décédé en France. Est-il nécessaire pour que l'hypothèse prévue se réalise qu'il y ait eu décès sur le territoire de l'Etat dont le défunt n'est pas le ressortissant? Cette rédaction n'est-elle pas trop absolue et n'y a-t-il pas lieu de tenir compte du domicile? De sérieuses discussions ont eu lieu à ce sujet.

Il existe d'abord un cas qui ne peut soulever aucune difficulté : c'est celui où le Français vient à mourir en Suisse où il avait son domicile ou inversement quand

le Suisse est décédé en France après s'y être établi. La plupart des espèces recueillies dans la jurisprudence [1] se rapportent à cette hypothèse et c'est probablement pour cela que jusqu'à ces dernières années on ne paraissait pas en pratique s'être beaucoup préoccupé des difficultés qui pouvaient s'élever dans d'autres cas. Quelques affaires récentes ont attiré l'attention sur ce point.

Supposons que le décès ne se produise pas dans le pays du domicile. Voici par exemple un Français qui meurt en Suisse ou un Suisse en France, sans y avoir acquis aucun domicile, au cours d'un voyage. Le traité doit-il être appliqué ? Nous croyons que le texte impose l'affirmative [2] ; d'après les expressions employées, il nous semble, qu'il ne peut exister aucune discussion du moment que le décès survient dans le pays dont le *de cujus* n'est pas le ressortissant, peu importe qu'il soit ou non domicilié. Et cela est du reste fort logique. Du moment que le traité est appli-

1. Trib. Lyon, 19 novembre 1880 (*Journal du droit international privé*, 1880, p. 419 et s.) — Trib. de la Seine 9 décembre 1880 (*eod. loc.* 1881, p. 528) ; Lyon 12 août 1881 (La loi du 1er janvier 1882), Lyon 5 juin 1886 (*Journal du droit international privé*, 1887, p. 336) ; Trib. Versailles, 21 avril 1886 et Paris 19 juin 1888 (Le *Droit* du 17 septembre 1888) ; Chambéry, 19 mars 1888 (Le *Droit* du 9 avril 1888) ; Trib. fédéral, 25 septembre 1885 (Rec. off. 1885, p. 344) ; Trib. Genève, 28 décembre 1886 joint à Genève, 19 décembre 1887 et Genève, 4 mars 1887 (*Le Droit* du 1er septembre 1888).

2. Curti, *op. cit*, p. 82. — Roguin, *op. cit.*, p. 338 et s. — Lyon, 31 mars 1888 (*Le Droit* du 2 septembre 1888) ; Chambéry, 5 février 1889 (*Le Droit* du 15 février 1889).

cable dans le cas ou le *de cujus* est mort domicilié sur le territoire étranger, il doit en être de même, à plus forte raison, lorsqu'il n'y possédait pas de domicile; la dérogation au droit commun, dans ce cas, est bien moins grave. Remarquons, enfin qu'une semblable extension avait été donné au traité franco-autrichien du 11 décembre 1866, et a été reproduite dans les divers traités qui ont été conclus depuis cette époque par la France avec plusieurs puissances étrangères. Ces raisons sont si graves qu'on est étonné qu'il puisse exister des divergences. M. Brocher enseigne cependant d'une manière très catégorique que le lieu du décès est indifférent, et qu'il faut avant tout s'attacher au domicile. « Le texte mieux étudié dans sa contexture générale, dit-il, se prête à cette interprétation qu'il confirme au besoin. Quand il parle de l'ancien domicile ou du lieu d'origine, il semble sous entendre qu'il y avait domicile acquis au lieu du décès; ce sont précisément ces effets du nouveau domicile qu'on a voulu écarter; le fait essentiel et principal dont les hautes puissances contractantes se sont préoccupées est le domicile du défunt au moment du décès. En dehors de cette hypothèse d'un domicile acquis par le défunt dans celui des pays dont il n'est pas le ressortissant, l'article cesse d'être applicable et on reste sous l'empire du droit commun[1]. » Le tribunal fédéral s'est rangé à cette opinion dans l'affaire Rave. Il

1. Brocher, p. 53.

s'agissait de la succession d'un Français décédé en Suisse mais domicilié en France. Le tribunal, reprenant l'argumentation de M. Brocher, déclare que le traité ne vise pas ce cas et qu'il n'est applicable en Suisse que si le *de cujus* Français y était domicilié [1]. Interpréter le texte de cette manière, c'est, il nous semble, en méconnaître ouvertement le libellé.

Il peut arriver que le *de cujus*, domicilié dans un pays dont il n'est pas le ressortissant, vient à mourir sur le territoire d'un autre Etat. Cette hypothèse peut se dédoubler : en effet, le décès a pu se produire soit dans le pays d'origine, soit dans un pays tiers ; mais le raisonnement est le même dans les deux cas. Pour nous, qui nous en tenons à la lettre du traité, nous n'hésiterons pas à en écarter l'application, si regrettable que puisse en être le résultat. Le tribunal fédéral [2], suivant d'ailleurs en cela la doctrine de M. Brocher [3], tranche dans le vif et décide que l'expression décidée doit être remplacée par le mot domicilié. Cette interprétation est tout à fait inadmissible. Ni le juge ni l'interprète n'ont le droit de corriger un texte pour faire triompher la solution qui leur paraît la mieux fondée au point de vue logique.

Le traité serait-il applicable si l'étranger avait été admis à fixer en France son domicile, conformément

1. Trib. fédéral, 27 octobre 1888 (Rec. off., 1888, p. 593).
2. Trib. fédéral, 27 octobre 1888, précité.
3. Brocher, p. 53.

aux dispositions de l'article 13 du Code civil? M. Roguin admet sans hésitation l'affirmative [1]. Nous serions fort portés à croire, au contraire, ainsi que nous avons eu l'occasion de le démontrer précédemment dans des cas analogues, que cette hypothèse n'a pas été prévue par les négociateurs, et reste sous l'empire du droit commun.

En supposant écartées et résolues toutes les circonstances relatives au décès, il nous reste à déterminer le champ d'application du traité. A cet égard, la règle de compétence exceptionnelle, relative à la succession mobilière, a soulevé certaines difficultés. Quelles sont, en effet, au juste les actions qui doivent être portées devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un Français, devant le tribunal du dernier domicile, s'il s'agit d'un Suisse, devant le tribunal d'origine? Il ne saurait être contesté, ce semble, que les dispositions d'une convention diplomatique doivent être régulièrement renfermées dans leurs termes; or l'article 5 suppose un débat entre héritiers; toute autre contestation lui échappe [2]. La jurisprudence est fixée en ce sens. La Cour de cassation a décidé que la règle de compétence établie par ce texte est inapplicable aux contestations qui s'élèvent sur la propriété d'un objet déterminé entre les héritiers et une per-

1. Roguin, *op. cit.*, p. 347.
2. Roguin, p. 405 et s. — De Boeck, D., 1890, 2, 123.

sonne étrangère à la succession [1]. De même, le tribunal de Genève a refusé d'en tenir compte lorsque, le partage étant consommé par la cession des droits successifs, le débat ne porte plus que sur l'exécution de l'acte qui a mis fin à l'indivision [2].

On peut éprouver quelque doute sur l'application de l'article aux poursuites que les créanciers de la succession veulent exercer sur les biens délaissés par le défunt. Le mot de liquidation suivi de celui de partage pourrait faire hésiter, mais comme le texte parle ensuite de comptes à faire entre héritiers, il en résulte que le traité n'a eu en vue que les questions naissant de la succession. Telle était du reste la pratique suivie sous l'empire des traités de 1803 et 1828 et rien ne prouve que les hautes puissances contractantes aient voulu introduire un changement à l'état de choses existant. Ni dans le protocole explicatif, ni dans le message, ni dans le dossier des actes relatifs aux négociations, on ne trouve un seul mot à ce sujet. L'hésitation n'est donc pas possible. Tout ce qui a trait aux rapports des créanciers et des héritiers se trouve en dehors des stipulations internationales. C'est en ce sens que se prononcent les auteurs [3]. L'opinion contraire ne paraît avoir été soutenue que par les con-

1. Cass. 1er avril 1873 (D. 73, 1, 101).

2. Trib. Genève, 22 fév. 1889 (*Sem, jud.*, 1890, p. 282. *Revue pratique de droit international privé*, 4e partie, V° succession, n° 17).

3. Curti, p. 83. — Martin, p. 3. — Brocher, p. 54. — Roguin, p. 409.

seils de la législation suisse à Paris ; à l'occasion de la succession ouverte en France. Le tribunal fédéral ne s'est pas conformé à leur avis ; il a décidé que les actions des créanciers ne rentrent pas dans la compétence du tribunal d'origine [1], et aujourd'hui la jurisprudence paraît bien fixée en ce sens soit en Suisse [2], soit en France [3].

Si tout le monde est à peu près d'accord pour décider que la règle de compétence établie par l'article 5 ne s'applique pas aux réclamations des créanciers héréditaires, une sérieuse difficulté se présente lorsqu'il s'agit de décider devant quelle juridiction elles doivent être portées. Faut-il revenir au droit commun de chaque pays, de sorte que les créanciers d'un Suisse domicilié en France pourraient s'adresser au tribunal français du lieu du domicile du *de cujus*, confor-

1. Trib. fédéral, 1er juin 1877 (Rec. off. 1877 p. 321).

2. Genève, 16 novembre 1883 (*Sem. jud.* 1884, p. 58) ; Trib. Genève 20 février 1886 (*Sem. jud.* 1886, p. 389) ; Trib. fédéral, 5 décembre 1890 (*Revue pratique international privé*, 1re partie, p. 62).

3. Le seul arrêt qui ait trait à cette question est un arrêt de la Cour de Lyon du 26 avril 1879 (Jurispr. Lyon, 1879, p. 273). Voici comment il s'exprime : « Attendu que l'article 5 contenant une dérogation aux règles générales de la législation française en matière de juridiction doit être rigoureusement renfermé dans ses termes quant aux objets auxquels il s'applique, c'est-à-dire quant à la liquidation et au partage d'une succession ; qu'il ne s'agit point au procès d'une action en liquidation de partage de succession mais d'une action purement personnelle tendant au paiement d'une somme de 2000 fr. que l'auteur de l'appelant s'était engagé à payer. Attendu que la demande ainsi déterminée rentre dans les termes du dernier alinéa de l'art. 1er de la convention diplomatique. »

méme aux dispositions de l'article 59 du Code de procédure civile. Cette solution présenterait de très grands avantages ; le plus souvent, en effet, les créanciers auraient intérêt à agir devant le tribunal du domicile plutôt que d'aller porter leur demande devant une juridiction étrangère, et l'on comprendrait fort bien alors, que les négociateurs du traité ne soient pas occupés des actions intentées par les créanciers. Mais ce retour au droit commun est-il possible en présence des articles 1 et 2 de la convention de 1869 ? Les actions des créanciers sont bien des actions personnelles et mobilières ; ne doivent-elles pas dès lors, être soumises aux règles qui les concernent. Mais s'il en est ainsi, quelles difficultés ne vont pas se produire dans le cas où les créanciers et les héritiers appartiennent à différentes nationalités et sont domiciliés dans plusieurs pays ? M. Roguin a encore soulevé une autre question. Si les premiers articles du traité sont applicables, ainsi que le soutient le savant auteur, ne faut-il pas rechercher quel est le véritable défendeur et en matière de succession, n'est-ce pas la collectivité des héritiers? Pour le savoir, M. Roguin propose de consulter la loi régulatrice de la succession, c'est-à-dire la loi du pays d'origine en matière de succession mobilière ? En présence de pareilles complications, on comprend qu'il est bien difficile de parvenir à dégager une solution certaine.

Le tribunal fédéral a décidé à plusieurs reprises

que les actions de créanciers devaient être traitées comme toutes les autres actions personnelles et mobilières et qu'il fallait, en conséquence, leur faire l'application des premiers articles du traité, sans qu'il y ait lieu de rechercher si c'est la succession qui doit être considérée comme débitrice. Dès que l'hérédité est acceptée, que le partage ait été ou non opéré, la compétence se trouve déterminée d'une manière particulière à l'égard de chaque héritier. Cette jurisprudence conduit à un résultat bizarre qui mérite d'être signalé. Supposons que parmi les créanciers se trouve un sujet d'une tierce puissance. Il ne peut être question de lui appliquer le traité ; il reste donc soumis au droit commun. La succession s'est-elle ouverte en France ? Il pourra poursuivre tous les héritiers devant le même tribunal tandis que les créanciers français et suisses, seront obligés de diviser leur action et d'introduire autant d'instances qu'il y a d'héritiers. Le traité avait pour but d'assurer une situation privilégiée aux sujets des états contractants ; voilà pourtant un cas où il leur cause un sérieux préjudice.

Les juridictions françaises n'ont pas eu à se prononcer souvent sur cette question. Nous ne connaissons qu'un arrêt de la Cour de Lyon et encore n'est-il pas très net. Après avoir admis que les premiers articles du traité sont applicables aux actions des créanciers, la cour déclare que la demande a été valablement intentée en France devant le tribunal du

domicile du défunt conformément à l'article 59 [1].

L'alinéa 2 de l'article 5 dispose : « Si dans les partages de succession auxquels des étrangers sont appelés concurremment avec des nationaux, la législation d'un de ces pays accorde à ces nationaux des droits et avantages particuliers sur les biens situés dans ce pays, les ressortissants de l'autre pays pourront, dans les cas analogues, revendiquer de même les droits et avantages accordés par la législation de l'Etat auxquels ils appartiennent. »

Nous avons déjà démontré que ce texte n'avait pas eu pour effet d'abroger l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 ; nous devons maintenant en rechercher la véritable portée. Les expressions employées peuvent autoriser bien des discussions. Que signifient ces mots droits et avantages particuliers et quels sont les cas analogues qui permettent à l'héritier d'invoquer sa loi nationale ?

Nous croyons qu'il faut entendre par les droits et

1. Lyon, 26 avril 1879. Nous avons cité dans la 1re partie cet arrêt *supra* p. 489, note 4, la Cour ajoute : « Considérant qu'il est certain, comme l'ont reconnu les premiers juges que François Favre (le *de cujus* suisse) avait conservé son domicile réel à Lyon où il payait ses impôts personnels mobiliers et de patente et où il avait conservé un logement, que s'il l'a quitté pour aller résider à Montpellier où il est mort, ce n'a été qu'à l'occasion d'une entreprise dont la durée ne devait être que momentanée d'où il suit que c'est avec raison qu'aux termes du paragraphe 6 de l'article 59 du Code de procédure civile la veuve Métral (créancière) a assigné Auguste Favre (héritier) devant le tribunal de Lyon seul compétent comme étant celui d'ouverture de la succession pour connaître de la contestation. »

avantages particuliers, pour les Français, le droit de prélèvement organisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 et pour les Suisses, les droits de même nature qui pourraient être consacrés dans les diverses législations cantonales [1]. Cette interprétation nous paraît ressortir du texte même avec évidence. Il est regrettable que le message fédéral du 28 juin 1869 fasse naître un doute ; tout en expliquant que l'alinéa de l'article 5 a été rédigé pour maintenir en faveur des Français le droit de prélèvement que leur attribue leur législation nationale lorsqu'ils se trouvent en concours avec des héritiers étrangers, les auteurs de ce document laissent entendre que les droits et avantages particuliers qui pourraient être revendiqués par les héritiers suisses consisteraient dans l'application de la loi suisse, si elle leur était plus avantageuse pour la dévolution des biens successoraux. Voici, en effet, l'explication qui a été donnée lors de l'adoption de cette disposition : « Il n'y avait plus qu'à choisir une rédaction qui, d'une part, limitât les effets de la loi de 1819 aux seuls cas dans lesquels des Suisses et des Français étaient appelés à concourir ensemble à une succession, sauf pour les immeubles (au sujet desquels le *forum rei sitæ* reste toujours réservé) et qui, d'autre part, assurât, par analogie, aux Suisses le droit de revendiquer les avantages que leur procurent les

1. Roguin, *op. cit.*, p. 368 et s.

lois de leur canton, si ces lois leur sont plus favorables que les lois françaises.

Pour les cas où ce sont des États ressortissants du même État contractant qui se trouvent intéressés à une succession, on a ajouté à l'article une disposition d'après laquelle les jugements rendus par les tribunaux respectifs et n'intéressant que leurs nationaux seraient exécutoires dans l'autre.

D'après ce qui précède et aux termes du traité, les rapports entre la France et la Suisse en matière de succession seraient les suivants :

A. Si les cohéritiers n'appartiennent qu'à l'un des États :

a. Les contestations entre les cohéritiers au sujet de la liquidation et du partage d'une succession testamentaire ou *ab intestat*, de même que les contestations entre héritiers et légataires, s'il s'agit uniquement de biens immeubles, sont de la compétence du juge de l'origine du défunt, savoir : du juge du dernier domicile en France, si le défunt était Français, et du juge du lieu d'origine, si le défunt était Suisse.

b. Au contraire, s'il s'agit d'immeubles, le partage et la liquidation de la succession sont toujours soumis à la loi de l'État soit canton (pays) où ces immeubles sont situés.

B. Si les cohéritiers appartiennent aux deux Etats :

a. Au cas où la loi du pays du défunt établit l'entière égalité des héritiers et ne fait, par conséquent, aucune

différence en faveur des fils au détriment des filles, conformément à la loi française, le partage s'opère d'une manière uniforme.

b. Mais si la loi du pays d'origine du défunt assure à certains héritiers des privilèges spéciaux (comme c'est le cas dans bon nombre de cantons suisses), en faveur du fils, ces privilèges peuvent aussi être invoqués contre les cohéritiers de l'autre Etat ; toutefois ces derniers peuvent alors invoquer à leur tour les droits et privilèges que les lois de cet Etat leur confèrent.»

Le message fédéral, on le voit, qualifie de privilège l'application de la législation nationale du *de cujus* ; il commet donc une confusion évidente, ce qui lui enlève toute autorité sur ce point. Nous persistons donc à croire que le traité de 1859, dans l'alinéa 2 de l'article 5, n'a entendu parler que des privilèges résultant de la nationalité.

Ce texte prévoit les deux hypothèses suivantes :

1° Un Suisse meurt en France, laissant parmi ses héritiers des Français et des Suisses. Si la loi suisse, appelée à régir la dévolution de la succession, ne reconnaît pas aux Français la même part héréditaire que la loi française, ceux-ci auront le droit d'exercer sur les biens situés en France un prélèvement compensateur, ainsi que les y autorise l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 ;

2° Un Français meurt en Suisse, laissant parmi ses héritiers des Français et des Suisses. Si la loi fran-

çaise n'assure pas aux Suisses les mêmes droits successoraux que la loi de leur canton d'origine et si cette loi réserve, dans ce cas, aux nationaux sur les biens situés en Suisse un privilège ou un avantage analogue à celui de la loi de 1819, les héritiers suisses pourront s'en prévaloir par voie de réciprocité.

Cette interprétation qui est la plus simple de toutes celles qui ont été données et qui vient à l'esprit à la simple lecture du texte, est confirmée, par le protocole explicatif du traité où il est dit : « Tout ce qu'il était possible de faire, c'était de stipuler la réciprocité ». En réalité, les législations cantonales ne contiennent aucune disposition analogue à l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Les plénipotentiaires, en réservant aux Suisses les droits et avantages de même nature, n'ont donc envisagé qu'une pure éventualité. Le principe de la réciprocité a été inséré dans le traité pour sauvegarder la susceptibilité du gouvernement Suisse.

Le bénéfice de la loi de 1819 restant acquis aux Français dans le partage des successions régies par le traité, en résulte-t-il qu'elle a été maintenue sans modification ? A cet égard, il est utile de présenter quelques observations.

Il serait possible de soutenir, en s'appuyant sur un passage du message fédéral cité ci-dessus que les immeubles devant toujours être partagés conformément aux dispositions de la législation territoriale, échappent par suite à la règle établie par la loi de 1819.

Mais cette restriction ne nous paraît pas acceptable en présence du texte de l'article 5. Le second alinéa de cet article est, en effet, rédigé en termes généraux ; il apporte une dérogation aux règles qui sont contenues dans l'alinéa précédent, non seulement pour les meubles mais aussi pour les immeubles. Nous n'y trouvons pas une expression qui permette d'établir une distinction entre les deux catégories de biens [1].

Si le droit commun a été maintenu par le traité relativement aux biens sur lesquels porte le prélèvement, en est-il de même en ce qui concerne les cas où il peut être invoqué? Le texte de l'article n'en a admis l'exercice qu'autant que des héritiers français se trouvent en concours avec des héritiers étrangers. C'est là une dérogation importante au système admis par la jurisprudence, d'après lequel il y a lieu au prélèvement, même lorsque tous ceux qui sont appelés à recueillir la succession sont des nationaux. Mais les tribunaux qui ne se sont pas arrêtés devant le texte de la loi française ne s'arrêteraient certainement pas devant le texte du traité [2].

Le dernier alinéa de l'article 5 est ainsi conçu : « Il est, du reste, bien entendu que les jugements rendus en matière de succession par les tribunaux respectifs et n'intéressant que les nationaux, seront exécutoires dans l'autre, quelles que soient les lois qui y sont en

1. Roguin, *op cit* , p. 377.
2. Roguin, *op. cit.*, p. 375.

vigueur. M. Roguin déclare que cette disposition ne présente aucune utilité. Nous ne sommes pas de l'avis du savant auteur. Et, en effet, la jurisprudence française, dans bien des cas, refuse, au nom de l'ordre public, de reconnaître les effets des lois étrangères, même lorsque des étrangers sont seuls en cause. Or, dans la législation suisse, il existe certaines dispositions qui auraient été de nature à soulever des difficultés. Le gouvernement suisse, qui l'avait bien compris, a cru bon de prendre ses précautions. Voici, en effet, ce qu'on lit dans le Message fédéral : « Cette disposition se rapporte uniquement au cas où l'on aurait reconnu juridiquement, d'après la législation suisse, un privilège qui serait inconnu en France et où des héritiers suisses viendraient réclamer en France l'application du principe français de l'égalité absolue entre les héritiers. On a ainsi sauvegardé dans le partage les privilèges des fils qui existent dans notre pays [1]. »

Les 7 traités que nous venons d'étudier sont les seuls qui s'occupent d'édicter des règles relativement au règlement de la succession en droit international privé. Les nombreuses conventions diplomatiques qui

1 Un arrêt de la cour de Rennes du 24 mars 1890 (*Revue pratique de droit international privé,* 1890-91, 1, 290) décide en s'appuyant sur e dernier alinéa de l'article 5 que le traité n'est pas applicable lorsque tous les héritiers sont Français. Cette solution est formellement contraire au texte tel qu'il est expliqué par le message fédéral.

confèrent aux étrangers la jouissance des droits héréditaires ne modifient en rien le système général consacré par le législateur français. L'évidence est telle que nous n'aurions pas songé à faire cette remarque, si une discussion ne s'était produite à cet égard dans une affaire récente. Il s'agissait de la succession d'un Espagnol qui comprenait des immeubles situés en France. Les héritiers prétendaient que le traité franco-espagnol du 7 janvier 1762, confirmé par le traité du 6 février 1882, aux termes duquel les ressortissants des Etats contractants sont admis à succéder sans condition, avait pour effet d'écarter l'application de l'article 3 du Code civil. La cour de Montpellier condamna ces prétentions dans un arrêt du 27 mars 1889 et la Cour de cassation, par son arrêt du 26 janvier 1892, rejeta le pourvoi dont elle avait été saisie « attendu, dit-elle, que le traité franco-espagnol se borne à assurer un traitement égal aux Français en Espagne et aux Espagnols en France, en ce qui concerne la jouissance et la libre disposition des biens, notamment en ce qui concerne les droits de succession dont ces biens peuvent être grevés au profit du trésor public et ne contient aucune dérogation au principe en vertu duquel les immeubles situés en France sont soumis à la loi française [1]. »

1. *Revue pratique de droit international privé*, 1892, 1, 78. *Journal du droit international privé*, 1892, p. 489.

3. Fonctions des consuls.

De nombreux traités [1] conclus par la France avec les puissances étrangères chargent les consuls de diverses fonctions relativement aux successions laissées par leurs nationaux. Ne pouvant étudier en détail les dispositions de chacun de ces différents actes, nous nous contenterons de donner un aperçu général.

Les consuls doivent en premier lieu apposer les scellés en présence de l'autorité locale où elle est dûment appelée. Il leur appartient de dresser l'inventaire des biens.

Les consuls sont chargés fort souvent d'administrer et de liquider les successions de leurs nationaux et peuvent procéder aux ventes que leur caractère d'urgence range parmi les actes conservatoires ou d'administration. Certains traités leur confèrent même le droit de procéder aux ventes d'immeubles, mais cette clause est tout à fait exceptionnelle et ne doit jamais être étendue ; toutes les mesures concernant les immeubles rentrent, en effet, dans la compétence de la juridiction territoriale [2].

Ils doivent publier la mort du *de cujus* dans différents journaux afin d'en porter la nouvelle à la connaissance des héritiers ; ils paient les dettes de la suc-

1. Ces traités sont rapportés dans le *Dictionnaire de droit international privé*, de M. Vincent et Penaud, V° succ.

2. Trib. Alger, 15 janvier 1886, *J. dr. int. privé*, 1887, p. 74.

cession et en remettent le reliquat aux personnes qui justifient de leurs droits à la succession.

Ils ont aussi quelquefois le droit de représenter la succession en justice, mais ce droit ne peut être exercé qu'en vertu d'un texte formel.

Plusieurs traités autorisent les consuls à organiser la tutelle de leurs nationaux mineurs ou interdits. Nous avons déjà dit qu'il nous paraissait possible de leur reconnaître ce droit en l'absence de toute stipulation internationale.

Les consuls ont des attributions spéciales dans le cas où l'un de leurs nationaux est décédé en mer ou dans un port. Certains traités les chargent exclusivement de dresser l'inventaire et de liquider les biens et effets laissés par le *de cujus*. Ce qui distingue ce droit, c'est que d'ordinaire le consul n'est admis à faire l'inventaire qu'en présence de l'autorité locale où elle est dûment appelée. Dans cette espèce particulière, ils peuvent au contraire agir sans intervention de l'autorité locale.

Nous venons de signaler les principales fonctions attribuées aux consuls en matière de succession ; avant de terminer, il nous reste à faire une remarque fort importante. Les conventions diplomatiques qui accordent aux consuls le droit de s'immiscer dans l'administration de la succession d'un de leurs nationaux, supposent toujours que le *de cujus* a laissé dans son pays d'origine des héritiers ou des légataires.

On ne trouve, en effet, aucune disposition s'appliquant aux successions pour lesquelles il n'existe pas d'ayants-droits. Dans ce cas, la dévolution s'opère conformément aux règles établies pour les successions en déshérence et le droit d'appréhender l'hérédité abandonnée appartient exclusivement à l'Etat sur le territoire duquel sont situés les biens qui en dépendent [1].

Dans les pays musulmans, les pouvoirs des consuls sont beaucoup plus étendus que partout ailleurs [2]. Et en effet ces peuples qui considèrent le droit comme une dépendance de la religion, devaient être conduits, en reconnaissant l'exercice du culte chrétien, à concéder largement sur leur territoire l'exercice de la juridiction étrangère.

En matière de succession, les consuls de France jouissent de la plénitude des droits attribués en France aux juges du pays pour l'apposition et la levée des scellés, aux notaires pour la rédaction des inventaires et aux tribunaux pour ordonner les dépôts et les séquestres.

1. Décision ministérielle du 30 septembre 1884, *J. dr. int. pr.* 1885, p. 75-76.

2. Sur la juridiction des consuls dans ces pays. Voy. Férand-Giraud *De la juridiction française dans les échelles du Levant et de la Barbarie*, Gavillot, *Essai sur les droits des Européens en Turquie et en Egypte*, Renault, *Les réformes de la juridiction des consuls français en Orient*, (La loi des 7 et 8 janvier 1881) Pagès, *De la condition des Français en Orient*.

L'autorité locale ne doit, dans aucun cas et à aucun titre, intervenir dans l'administration et dans la liquidation des successions ; c'est aux consuls seuls qu'il appartient, comme juges de leurs nationaux, de connaître des difficultés qui peuvent s'élever.

Ces principes résultent des capitulations qui reproduisent toutes les deux clauses suivantes :

1° L'une, prescrivant en cas de décès d'un Français la remise des biens du *de cujus* entre les mains des consuls [1] ;

2° L'autre, conférant aux consuls un droit exclusif de juridiction sur leurs nationaux [2].

Une exception fort importante a été apportée aux règles que nous venons d'exposer par la loi turque du 7 sépher 1824 de l'hégire (5 novembre 1868). Cette loi, en autorisant les étrangers à posséder des immeubles, a décidé qu'ils seraient soumis à cet égard à la législation et à la juridiction territoriales. La France, dans le protocole du 9 juin 1868, a reconnu les prétentions du gouvernement ottoman.

Les capitulations étaient applicables dans toutes les parties de l'empire ottoman, mais les événements qui se sont produits dans le cours de ce siècle ont eu pour

1. Capitulations de 1535, art. 9. — 1569, art, 5. — 1581, art. 9. — 1604, art. 28. — 2673, art. 28. — 1740, art. 22.

2. Capitulations de 1535, art. 3. — 1569, art. 12. — 1581, art. 17. — 1604, art. 35. — 1673, art. 37. 1740, art. 26.

effet de soustraire à ce régime une partie des États qui y étaient soumis et d'y placer les étrangers sous les règles normales de la justice territoriale. La réforme judiciaire de 1875 a également apporté en Égypte de graves modifications au régime des capitulations, mais nous n'avons pas à nous en occuper en ce qui concerne notre sujet. Il résulte, en effet, de l'article 9 du règlement sur l'organisation judiciaire, que la compétence des consuls a été maintenue intacte pour toutes les questions relatives au statut personnel et d'après l'article 5 du Code civil égyptien, il faut comprendre sous cette dénomination les successions légitimes et testamentaires.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Introduction..... III

Première partie. — De la condition des étrangers au point de vue successoral.

CHAPITRE I. — L'antiquité..... 3
CHAPITRE II. — Les lois barbares..... 18
CHAPITRE III. — La féodalité..... 24
CHAPITRE IV. — L'ancien droit monarchique..... 55
CHAPITRE V. — Le droit intermédiaire..... 95
CHAPITRE VI. — Le code civil..... 98
CHAPITRE VII. — La loi du 14 juillet 1819..... 103
CHAPITRE VIII. — Les législations étrangères..... 108
Premier groupe. — Belgique..... 109
Hollande..... 109
Danemark..... 110
Russie..... 110
Roumanie..... 113
Italie..... 115
Suisse : cantons de Lucerne, Neufchâtel, Zurich..... 120
Portugal..... 121
Angleterre..... 121
Etats-Unis..... 127
Chili..... 131
République Argentine..... 132
Deuxième groupe. — Allemagne..... 133
Prusse..... 135

Bavière..... 135
Wurtemberg..... 136
Autriche..... 136
Suisse : cantons du Tessin, de Vaud, de Saint-Gall, de Berne, de Fribourg..... 137
Monaco..... 138
Norwège..... 139
Suède....., ... 139
Finlande..... 141
Serbie..... 141
Pérou..... 142
Troisième groupe. — Prusse Rhénane..... 144
Luxembourg..... 144
Pologne..... 144
Suisse: cantons de Genève, des Grisons, du Valais..... 145
Louisiane..... 145
Bolivie..... 146
Quatrième groupe. — Etats-Unis..... 147
Turquie..... 150

Deuxième partie. — Du conflit des lois successorales.

CHAPITRE I. — Historique..... 157
CHAPITRE II. — Système du Code civil..... 295
CHAPITRE III. — Etendue et limites du système du Code civil. Application du principe général aux diverses parties de la succession.... 337
Section I. — Des qualités requises pour succéder..... 338
Section II. — Des personnes appelées à succéder..... 356
1° Successions légitimes..... 356
2° Successions irrégulières..... 365
3° Successions spéciales..... 377
Section III. — De la transmission de la propriété et de la possession de l'hérédité..... 381
Section IV. — De l'acceptation et de la répudiation des successions..... 386

Section V. — Du partage..... 398
Section VI. — Du paiement des dettes..... 413
Section VII. — Des rapports..... 418
Section VIII. — Du retrait successoral..... 423
Section IX. — Des pactes sur succession future..... 426
CHAPITRE IV. — De l'enregistrement..... 434
CHAPITRE V. — Législations étrangères..... 444
Premier groupe. — Belgique..... 445
Hollande..... 446
Roumanie..... 447
Autriche..... 450
Monaco..... 451
Suède..... 452
Angleterre..... 453
Etats-Unis..... 462
Mexique..... 465
Pérou..... 465
Deuxième groupe. — Bavière..... 466
Russie..... 467
Troisième groupe. — Allemagne..... 468
République Argentine..... 474
Chili..... 476
Quatrième groupe. — Italie..... 477
Espagne..... 480
Bade..... 483
Saxe..... 483
Serbie..... 484
CHAPITRE VI. — Principes théoriques..... 485

Troisième partie
Des règles de procédure applicables aux étrangers en matière de succession.

CHAPITRE I. — De la compétence des tribunaux..... 517
Section I. — Droit positif français..... 518
Section II. — Législations étrangères..... 544
Section III. — Principes théoriques..... 551
CHAPITRE II. — Des administrateurs..... 557
CHAPITRE III. — Des formes de procédure..... 563

CHAPITRE IV. — De l'autorité des lois étrangères..... 566
CHAPITRE V. — De la preuve des lois étrangères..... 584

Quatrième partie. — Des mesures de protection en faveur des nationaux.

CHAPITRE I. — Du prélèvement en faveur des nationaux..... 591
CHAPITRE II. — Des traités..... 623

BIBLIOTHÈQUE CENTRALE DES DOUANES

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. La tutelle a été instituée pour assurer la conservation des biens dans les familles.

II. Le tuteur à l'origine devait être propriétaire des biens confiés à sa garde.

III. La première action accordée au pupille contre son tuteur a été une action pénale.

IV. *L'actio tutelæ* est sortie de l'action générale de gestion d'affaires.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. L'usufruitier acquiert les fruits *perceptione non separatione*.

II. La fidéjussion ne peut être contractée sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale.

III. *L'actio auctoritatis* était une action pénale distincte de *l'actio furti*.

IV. Dans la vente pure et simple et dans la vente à terme les risques incombent à l'acheteur.

V. Sous Justinien la compensation n'a pas lieu de plein droit ; elle est restée judiciaire.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. Au XIV^e^ et au XV^e^ siècles, plusieurs jurisconsultes de l'École italienne avaient enseigné la doctrine de la personnalité du droit en matière de succession.

II. Dans le droit positif français, la succession immobilière est soumise à la loi de la situation, la succession mobilière à la loi du domicile du défunt.

III. Un étranger peut avoir un domicile en France sans autorisation du gouvernement.

IV. Les incapacités successorales sont déterminées à l'égard de chaque héritier par sa loi nationale.

V. L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 n'est pas applicable lorsque tous les héritiers sont Français.

VI. D'après le traité franco-suisse du 15 juin 1869 les contestations relatives aux successions immobilières doivent être jugées par les tribunaux de la situation, conformément aux dispositions de la législation terri-

toriale ; et les contestations relatives aux successions mobilières par les tribunaux du pays d'origine conformément aux lois de ce pays.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

Droit civil.

I. Les enfants naturels reconnus peuvent être adoptés par leur père ou par leur mère.

II. L'article 883 est applicable aux créances.

III. La règle : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* ne doit pas être admise dans le droit français.

IV. Sous le régime de la communauté, le mari n'est pas débiteur personnel de l'obligation contractée par sa femme avec son autorisation.

V. L'art. 2123 n'autorise pas les tribunaux français à reviser les jugements rendus par les tribunaux étrangers.

Histoire du droit.

Le douaire provient de la fusion de la dos et du morgengabe.

Droit commercial.

La propriété de la provision est transmise avec la lettre de change au preneur et aux porteurs successifs.

Droit criminel.

I. La poursuite en banqueroute ne peut être exercée devant la juridiction criminelle avant que le tribunal de commerce ait déclaré la faillite.

II. L'excuse atténuante en transformant la nature de la peine transforme la nature de l'infraction.

Paris, le 7 mai 1892.

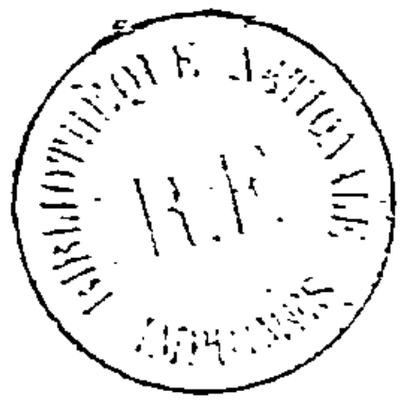
Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Le président,
A. LAINÉ.

Vu et permis d'imprimer :

Le vice-recteur de l'académie de Paris,

GRÉARD.



Châteauroux. — Typographie et Stéréotypie A. Majesté.

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier (Hte-Marne), 30, passage Verdeau, Paris.

!

TABLE DES MATIERES
INTRODUCTION
CHAPITRE I. - LA TUTELLE LEGITIME
CHAPITRE II. - LA TUTELLE TESTAMENTAIRE
CHAPITRE III. - LES POUVOIRS DU TUTEUR
CHAPITRE IV. - L'ETAT SOCIAL; L'OFFICIUM TUTORIS
CHAPITRE V. - L'INTERVENTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE. - LE CRIMEN SUSPECTI. - L'ACTION DISTRAHENDIS RATIONIBUS
CHAPITRE VI. - DE L'APPLICATION DE L'ACTION DE GESTION D'AFFAIRES A LA TUTELLE
CHAPITRE VII. - DE L'INDIVIDUALISATION DE L'ACTION DE TUTELLE
CHAPITRE VIII. - EXTENSION DE LA RESPONSABILITE DU TUTEUR
TABLE DES MATIERES
Introduction
Première partie. - De la condition des étrangers au point de vue successoral.
CHAPITRE I. - L'antiquité
CHAPITRE II. - Les lois barbares
CHAPITRE III. - La féodalité
CHAPITRE IV. - L'ancien droit monarchique
CHAPITRE V. - Le droit intermédiaire
CHAPITRE VI. - Le code civil
CHAPITRE VII. - La loi du 14 juillet 1819
CHAPITRE VIII. - Les législations étrangères
Premier groupe.
- Belgique
Hollande
Danemark
Russie
Roumanie
Italie
Suisse: cantons de Lucerne, Neuf-châtel, Zurich
Portugal
Angleterre
Etats-Unis
Chili
République Argentine
Deuxième groupe.
- Allemagne
Prusse
Bavière
Wurtemberg
Autriche
Suisse: cantons du Tessin, de Vaud, de Saint-Gall, de Berne, de Fribourg
Monaco
Norwège
Suède
Finlande
Serbie
Pérou
Troisième groupe.
- Prusse Rhénane
Luxembourg
Pologne
Suisse: cantons de Genève, des Grisons, du Valais
Louisiane
Bolivie
Quatrième groupe. - Etats-Unis
Turquie
Deuxième partie. - Du conflit des lois successorales.
CHAPITRE I. - Historique
CHAPITRE II. - Système du Code civil
CHAPITRE III. - Etendue et limites du système du Code civil. Application du principe général aux diverses parties de la succession
Section I. - Des qualités requises pour succéder
Section II. - Des personnes appelées à succéder
1° Successions légitimes
2° Successions irrégulières
3° Successions spéciales
Section III. - De la transmission de la propriété et de la possession de l'hérédité
Section IV. - De l'acceptation et de la répudiation des successions
Section V. - Du partage
Section VI. - Du paiement des dettes
Section VII. - Des rapports
Section VIII. - Du retrait successoral
Section IX. - Des pactes sur succession future
CHAPITRE IV. - De l'enregistrement
CHAPITRE V. - Législations étrangères
Premier groupe.
Belgique
Hollande
Roumanie
Autriche
Monaco
Suède
Angleterre
Etats-Unis
Mexique
Pérou
Deuxième groupe.
- Bavière
Russie
Troisième groupe.
- Allemagne
République Argentine
Chili
Quatrième groupe.
- Italie
Espagne
Bade
Saxe
Serbie

CHAPITRE VI. - Principes théoriques
Troisième partie Des règles de procédure applicables aux étrangers en matière de succession.
CHAPITRE I. - De la compétence des tribunaux
Section I. - Droit positif français
Section II. - Législations étrangères
Section III. - Principes théoriques
CHAPITRE II. - Des administrateurs
CHAPITRE III. - Des formes de procédure
CHAPITRE IV. - De l'autorité des lois étrangères
CHAPITRE V. - De la preuve des lois étrangères
Quatrième partie. - Des mesures de protection en faveur des nationaux.
CHAPITRE I. - Du prélèvement en faveur des nationaux
CHAPITRE II. - Des traités